

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

ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

Ежегодник

№ 6

**«Техника
современного правотворчества:
состояние, проблемы,
модернизация»**

Нижний Новгород
2012

Юридическая техника 2012

№ 6

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, профессор

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 — доктор 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

| | |
|--|---|
| Открытие конференции профессором Владимиром Михайловичем Барановым | 8 |
| Приветственное слово начальника Нижегородской академии МВД России Андрея Николаевича Конева..... | 9 |

Доклады на пленарном заседании

| | |
|--|----|
| Молл С.Р. Public Internet Consultation in Support of The Legislation Drafting Process in the Netherlands: Are Mouse-clicking Stakeholders The Future of Consultation? | 10 |
| Молл К.П. Открытые интернет-консультации в поддержку составления законопроектов в Нидерландах: заинтересованные лица как будущее консультаций? | 14 |
| Кабышев С.В. Техника правотворчества в Канаде | 19 |
| Гревцов Ю.И. Формы правообразования и юридическая техника | 22 |
| Арзамасов Ю.Г. Ведомственное нормотворчество: современное состояние, проблемы модернизации...28 | |
| Липень С.В. Теоретические проблемы правового регулирования правотворческой техники | 37 |
| Баранов В.М. Основные направления модернизации техники современного правотворчества в России..... | 42 |

Выступления на круглом столе

| | |
|--|-----|
| Азархин А.В. Целеполагание в современном законотворчестве: к вопросу об эффективности правовой политики в России..... | 51 |
| Алехина А.В. Правовое регулирование слияний и поглощений по законодательству Европейского союза..... | 55 |
| Андриянова О.Ю. Юридическая техника совершенствования судебной системы Российской Федерации..... | 57 |
| Апт Л.Ф., Баранов В.М. Техничко-юридические проблемы систематизации в современном правотворчестве | 61 |
| Баранова М.В. Техничко-юридические проблемы совершенствования рекламного законодательства в Российской Федерации | 67 |
| Бахвалов С.В. О видах, формах и действенности контрольно-надзорных механизмов в правотворчестве субъектов Российской Федерации | 72 |
| Белоконь Н.В. Лингвистическая экспертиза проектов законов в субъектах Российской Федерации (на примере Воронежской области) | 80 |
| Берзинь О.А. Юридическая техника формирования понятий «организованная группа» и «преступное сообщество (преступная организация)» в уголовном законодательстве России: история и современность | 85 |
| Биюшкина Н.И. Организационно-правовые предпосылки формирования чрезвычайного законодательства 80–90-х годов XIX века..... | 93 |
| Бобракова И.С. Терминология уголовно-процессуального права как элемент оптимального правотворчества..... | 101 |
| Вантеева Н.В. Отмена муниципальных правовых актов: некоторые технико-тактические правила и типичные ошибки | 105 |
| Васильев В.В. Проблемы правовой регламентации задержания как меры государственного принуждения, осуществляемой сотрудниками полиции | 111 |
| Вершинина Е.С. Техника подготовки и оформления регламентов как особой разновидности правотворческих актов..... | 113 |
| Власенко Н.А. Разумность, право, правотворчество | 121 |

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|---|-----|
| Гладышев Д. Ю. Некоторые особенности юридической ответственности за экологические правонарушения | 126 |
| Гладышев Ю. А. Антропологические теории в криминологии о причинах преступности..... | 130 |
| Головкин Р. Б. Некоторые аспекты меры использования различных социальных норм в законотворчестве современной России | 133 |
| Голубев А. В. Место и роль нормотворчества по совершенствованию стимулирования деятельности сотрудников органов внутренних дел в условиях реформирования системы МВД России..... | 137 |
| Гончан Ю. А., Лубин А. Ф. Особенности развития функции доказывания в уголовном процессе..... | 140 |
| Гордеева Е. С. Категория «порнография» в зарубежном и российском уголовном праве..... | 146 |
| Давыдова М. Л. Нормативность юридической техники: к вопросу о механизме действия правотворческих правил и средств | 154 |
| Денисенко В. В. Юридификация общества как научная проблема современной правотворческой техники | 159 |
| Денисов С. А. Средства и приемы законодательной техники, обеспечивающие нейтрализацию норм Конституции РФ..... | 163 |
| Дороднов А. Г. Особенности правотворчества в сфере обеспечения транспортной безопасности в США | 171 |
| Дюков А. В. Автоматизированная информационная система «Мониторинг» как средство повышения эффективности правотворчества | 174 |
| Желонкина Е. А. Оценка российскими юристами техники и качества законов Российской империи в XIX веке | 177 |
| Земцова Л. Н., Вадбольская Е. В. Качество правотворчества Банка России как условие эффективности правоприменения..... | 181 |
| Иванов Н. Г. Последовательность российской уголовной политики по поводу оборота наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов | 187 |
| Изосимов С. В. Уголовно-правовые средства противодействия коррупции и взяточничеству: современное состояние и проблемы совершенствования | 191 |
| Капусткин А. С. Юридическая техника законодательства о наградах | 198 |
| Карпычев М. В. Некоторые вопросы использования категории «действия в чужом интересе» в правотворческой деятельности | 205 |
| Карташов В. Н. Качественный нормативный правовой акт как компонент правотворческой технологии | 211 |
| Ковалева В. В. Место и роль механизма правового регулирования в оптимизации правотворчества..... | 215 |
| Ковтун Н. Н. Оговорка как элемент юридической техники уголовно-процессуального права России | 218 |
| Кодан С. В. М. М. Сперанский и формирование теоретических основ юридической техники систематизации законодательства в России (1820–1830-е гг.) | 223 |
| Кожевина М. А. Критерии эффективности правотворчества в контексте интегративного подхода к правопониманию | 234 |
| Кроз М. К. Направления модернизации трудового законодательства Российской Федерации | 237 |
| Кругликов Л. Л., Горячев И. Н. О естественных презумпциях в праве | 244 |
| Крусс В. И. Конституционные критерии и пределы модернизации правотворческой техники | 252 |
| Кузнецов А. Н. Техничко-юридическая конструкция конституционно-правовых стандартов обеспечения публичными властями права на жилище в зарубежных странах | 264 |
| Кузнецов А. П. Дефиниция «должностное лицо» в международном праве и российском законодательстве | 272 |
| Купцова О. Б. Техника юридического оформления рефлексов права..... | 282 |
| Лаврентьев А. Р., Тюрякова А. В. О совершенствовании правового регулирования экспертизы проектов нормативных правовых актов в субъектах Российской Федерации и мониторинга региональных нормативных правовых актов | 287 |
| Леханова Е. С. Проблемы правового регулирования взаимодействия полиции и органов финансового контроля | 292 |

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|--|-----|
| Либанова С.Э. Универсальный методологический ключ для техники правотворческой фиксации принципов права..... | 294 |
| Мазаева Е.С. Концептуальная основа формулирования преамбул в конституциях зарубежных стран..... | 300 |
| Мазуренко А.П. Роль посланий законодательным органам власти и иных документов концептуального характера в формировании правотворческой политики..... | 305 |
| Майорова С.А. Дефекты техники корпоративного нормотворчества..... | 314 |
| Макарейко Н.В. Подзаконное регулирование мер государственного принуждения, применяемых полицией..... | 319 |
| Мамай Е.А. Оптимизация правовых процедур особыми средствами юридической техники | 324 |
| Милушева Т.В. Техника изложения правовых ограничений деятельности публичной власти | 330 |
| Минникес И.А. О технике индивидуальных правовых актов..... | 335 |
| Михеева И.В. Составление законопроекта в Российской империи в XIX веке: роль министерств | 339 |
| Мушинский М.А. Эффективность правотворческой деятельности и эффективность законодательства: соотношение и критерии..... | 347 |
| Мушинский М.А., Иордан Т.А. Техника правотворческого установления юридических иммунитетов | 353 |
| Назарова И.С. Конституционное оформление представительной функции законодательных органов власти (легислатур) в конституционном законодательстве современных государств: технико-юридический аспект | 357 |
| Насиров М.Н. Проблемы совершенствования уголовного законодательства по борьбе с незаконной миграцией: криминологический аспект | 364 |
| Никонов В.А. О некоторых аспектах участия прокуратуры в нормотворческой деятельности органов местного самоуправления муниципального образования «город Нижний Новгород»..... | 367 |
| Оксамытный В.В. Законотворческий процесс: сравнительно-правовой анализ | 374 |
| Панченко П.Н. Техника правотворчества в сфере уголовно-правового обеспечения стратегии модернизации России на этапе инициирования идеи разработки и принятия нормативного правового акта..... | 381 |
| Панько К.К. К вопросу о состоянии техники российского уголовного правотворчества | 392 |
| Петров С.В. Проблемы отграничения сложных форм соучастия, определяемых наличием оценочных признаков..... | 399 |
| Петрянин А.В. Техника современного правотворчества в рамках выработки дефиниции «экстремизм»: особенности и перспективы..... | 403 |
| Пишина С.Г. Судебная практика об оспаривании нормативно-правовых актов как средство оптимизации правотворчества в гражданском праве России..... | 411 |
| Праскова С.В. Типовые предписания как средство оптимизации правотворческой деятельности | 416 |
| Пронина М.П. Правотворческие ошибки при создании презумпций в российском праве | 421 |
| Реутов В.П. Преимущество в развитии источников и форм права..... | 426 |
| Ромашов Р.А. Правовая позиция субъекта правотворчества: этические и технико-юридические особенности формирования и выражения..... | 432 |
| Ряпина А.С., Подгорная Ю.А. Техничко-юридические проблемы правотворческого формулирования оценочных понятий | 435 |
| Савранский В.А. Уголовно-правовая охрана интеллектуальных прав в дореволюционной и советской России.. | 442 |
| Сальников А.А. К вопросу о субъектах правотворчества в Российской Федерации | 445 |
| Сапун В.А., Турбова Я.В. Правовые средства оптимизации правообразования и правотворчества: технико-юридические проблемы | 449 |
| Саркисян Л.Р. Юридические фикции в правоприменительной практике..... | 454 |
| Сверчков В.В. Задачи, решаемые государством посредством уголовного законодательства | 463 |
| Сенякин И.Н., Барсукова В.Н. Основные направления совершенствования структуры кодифицированного законодательства Российской Федерации | 465 |
| Сивицкий В.А. Техника «параллельного правотворчества» на примере формирования системы муниципальных правовых актов | 475 |

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|--|-----|
| Смирнова М.Г. Социальные притязания как технико-юридическое средство правообразования | 479 |
| Сорокин В.П. Эволюция в оценках признаков служащего и должностного лица | 484 |
| Сорокина О.Н. Проблемы технико-юридического конструирования нормы об ответственности за превышение полномочий служащими частных охранных и детективных организаций..... | 487 |
| Сочнев Д.В., Иванова Е.Ю. Проблемы модернизации правотворчества в противодействии молодежному экстремизму в России | 491 |
| Спиридонова О.Е. О технике законодательного закрепления символов в уголовном праве России (на примере государственных наград) | 497 |
| Степанова М.А. Техничко-юридическая конструкция нормы об ответственности за приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения | 503 |
| Стукалова Т.В. Уголовно-процессуальный статус потерпевшего в российской правотворческой деятельности: проблемы и перспективы..... | 507 |
| Сулейманов Б.Б. О некоторых методологических аспектах юридической техники | 515 |
| Суменков С.Ю. Техника закрепления юридических исключений правотворческими средствами | 520 |
| Сутягин С.С. Уголовно-правовое регулирование отношений лесопользования в законодательстве Российской Федерации..... | 527 |
| Тенилова Т.Л. Фактор времени в правотворчестве | 531 |
| Тихонова С.С. Пояснительная записка к законопроекту в уголовно-правовой сфере: значение в процессе современного правотворчества | 537 |
| Токмин С.А. Влияние программных партийных документов на советское правотворчество | 547 |
| Толстик В.А., Трусов Н.А. Правотворческое лоббирование как средство борьбы за содержание права.... | 551 |
| Третьякова О.Д. Совместное правотворчество как фактор конвергенции правовых систем стран СНГ .. | 556 |
| Трифонова Т.А. Техника правотворческого установления режима охраны | 560 |
| Трофимов В.В. Правотворческие правоотношения как форма осуществления планомерно-рационального способа формирования права: проблемы теории и практики | 566 |
| Турапин В.Ю. Техника формирования терминологического аппарата законопроекта: состояние и пути совершенствования..... | 578 |
| Уткина Е.В. К вопросу о применении правил юридической техники в законодательных конструкциях диспозиций статей 260 и 261 УК РФ | 584 |
| Федулов А.В. Проблемы правовой техники регулирования назначения ревизий, документальных проверок и участия в них специалиста при дознании, производимого в сокращенной форме | 587 |
| Фролов С.В. Проблемы правотворчества в сфере государственной службы..... | 590 |
| Хизов В.Е. Юридическая конструкция как куматоид..... | 594 |
| Хужин А.М. Техника нормативного моделирования невинного поведения в праве | 598 |
| Царев Е.В. Перспективы развития нормы, предусматривающей ответственность за халатность (ст. 293 УК РФ) | 604 |
| Цыбулевская О.И., Касаева Т.В. Социальные факторы правообразования..... | 608 |
| Червонюк В.И. Правообразование, правообразующие интересы, законодательные технологии и техника: проблема взаимосвязей в контексте современной социогуманитарной концепции права | 614 |
| Червонюк В.И., Варнавский А.Г. Форма государственного правления как объект конституционного регулирования (технико-юридический аспект) | 632 |
| Червонюк В.И., Кабышев С.В. Техника и технологии использования в современной конституционной практике упрощенных законодательных производств: страноведческий и сравнительно-правовой подходы | 643 |
| Червонюк В.И., Семенов А.В. Ответственность публичных властей как объект законодательного регулирования (технико-юридический контекст) | 652 |
| Червяковский А.В. Актуальные проблемы официального опубликования нормативных правовых актов | 662 |
| Чупрова А.Ю. Понятие имущества как предмета конфискации | 667 |
| Шалюгина Е.С. Влияние технико-юридической конструкции нормы об ответственности за разбой на эффективность ее правоприменения | 672 |

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|--|-----|
| Шапошников Е.Л. Принципы совершенствования российского законодательства о свободе совести и вероисповедания..... | 675 |
| Шашкова А.В. Российское правотворчество и законодательство в регулировании борьбы с незаконной легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем. Проблемы техники антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов | 677 |
| Шестопалов А.И. Пределы осуществления муниципального контроля в сфере предпринимательства (техничко-юридические аспекты) | 682 |
| Шитова Н.Б. Законодательство в сфере трудовой миграции: специфика правотворчества | 689 |
| Шухарева А.В. Техничко-юридические аспекты признания нормативных правовых актов утратившими силу | 697 |
| Интервью с директором Европейской академии права и законодательства магистром права Кристианом Питером Моллом | 703 |

Фотозтуды

Открытие конференции профессором Владимиром Михайловичем Барановым

Надеюсь, что среди присутствующих в этом небольшом зале нет мистически опасаящихся цифры «тринадцать». *Тринадцатый год, тринадцатый сентябрь* под эгидой Нижегородской академии МВД России проходят *международные встречи*, где обсуждаются предельно конкретные проблемы юридической техники.

Ни один форум не оказался «пустым сотрясанием воздуха» — взгляните на эту выставку: почти половина изданий представляют собой тысячестраничные форматы. Особенно востребованы книги о законодательных дефинициях, конкретизации законодательства, правотворческих ошибках, кодификации.

Уверен, что и нынешняя конференция не станет исключением. Стратегические научные партнеры академии меняются, но неизменным остается теоретическое качество разработок, высокая практическая ценность предложений. Соучредителем этой конференции является Российское правотворческое общество, а присутствие самого председателя Сергея Владимировича Кабышева и директора Европейской академии права и законодательства магистра права Кристиана Питера Молла придает ей особый вес.

За прошедшие годы удалось провести исследования как *прикладного*, так и *теоретико-фундаментального* характера. При этом на всех научных встречах господствовал *здоровый научный плюрализм*, но не *интеллектуальная анархия*. Многие из выставленных книг содержат богатую палитру *очень разных* правовых позиций, и это особенно ценно.

Наши публикации (хотя это не всеми и не всегда осознается) — попытки *оптимизировать механизм принятия* государственных решений. И другое дело, что наши предложения не всегда востребованы властью и политической элитой.

Радует широта «географии» заявленных и прибывших участников (представители 22 городов, 6 федеральных округов, 5 стран).

Некоторые считают, что на любой конференции самое интересное происходит не в зале, а в кулуарах. Хочется надеяться, что в нашем случае будет одинаково интересно и в этом зале, и за его пределами — в спортивно-оздоровительном комплексе «Березка».

Разрешите считать наш форум открытым и первое слово предоставить начальнику академии доктору технических наук Андрею Николаевичу Коневу.

Приветственное слово начальника Нижегородской академии МВД России Андрея Николаевича Конева

Добрый день, уважаемые участники и гости Международной конференции «Техника современного правотворчества: состояние, проблемы, модернизация»!

Приятно, что проведение осенью подобного рода мероприятий стало доброй традицией нашей академии. В очередной раз совместно с нашими партнерами: Российским правотворческим обществом, Нижегородским исследовательским научно-прикладным центром «Юридическая техника», факультетом права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» мы организуем столь значимое для науки и практики мероприятие. Пользуясь случаем, хочу констатировать: в академии начала складываться еще одна научная традиция — Бабаевские чтения, которые в третий раз состоятся в мае 2012 года.

С каждым годом уровень представительства на международных конференциях, проходящих в Нижегородской академии МВД России, растет и в качественном и количественном смысле, что не может не радовать. Всего на конференцию заявились 158 докладчиков, из них 33 профессора, доктора наук, 85 кандидатов наук, 21 адъюнкт и соискатель. Особую признательность хочется выразить директору Европейской академии права и законодательства (Гаага) магистру права Кристиану Питеру Моллу.

Конференция посвящена одной из актуальных проблем современной юридической науки — технике современного правотворчества. Общее состояние правотворческой деятельности в настоящее время характеризуется излишней многочисленностью, бессистемностью правовых актов, их внутренней противоречивостью, обилием в законодательстве декларативных норм, не снабженных надлежащим механизмом реализации. Все это свидетельствует о необходимости практической разработки представленной на нашей конференции тематики. Правотворчество — одно из важнейших направлений государственной деятельности, главное звено механизма правового регулирования общественных отношений.

Несоблюдение требований юридической техники при формировании нормативных правовых актов приводит к появлению различных юридических ошибок, отсылкам к несуществующим нормативным правовым актам, конфликтам между нормами различных отраслей права. В итоге существенно снижается качество нормативных правовых актов, возникают затруднения в их толковании, образуются препятствия при реализации юридических норм. Квалифицированное использование приемов юридической техники призвано избавлять от ошибок и способствовать повышению качества не только законодательных, но и иных правовых актов.

Юридическая техника, как известно, влияет не только на форму права, но и на его содержание, служит важнейшим фактором внутреннего развития правовых актов и обретения ими официально признанных свойств. Ее значение особенно возрастает в современных условиях стремительного нормотворчества в субъектах Российской Федерации, масштабного обновления и развития муниципального нормотворчества. Задача состоит в том, чтобы системно совершенствовать технико-юридический механизм правотворчества, добиваться стабильности действующих норм права. Во главу угла необходимо поставить совершенствование юридического качества нормативных правовых актов, формирование непротиворечивой системы российского законодательства, организационную и ресурсную обеспеченность реализации правовых норм.

В этом и проявляется доктринальная, практическая и дидактическая ценность анализа состояния и модернизации техники современного правотворчества.

Искренне признателен всем, кто принимает участие в нашей конференции. Надеюсь на полноценную творческую продуктивную работу, итогом которой станет опубликование сборника статей, где мы постараемся полностью отразить Ваши научные изыскания.

C.P. Moll

Moll Christiaan Piter — LL.M, Director European Academy for Law and Legislation (EALL)

Public Internet Consultation in Support of The Legislation Drafting Process in the Netherlands: Are Mouse-clicking Stakeholders The Future of Consultation?

1. Introduction

Within the framework of the programme «Practical Rule of Law» («*Bruikbare Rechtsorde*»), the Dutch government is continuously looking for ways to improve its capacity as a responsive state. The overall aim of the programme is to be more effective in its relation with the addressees, i.e. Dutch citizens, enterprise and societal organizations.

Interaction with the addressees in the legislative process has been a subject of attention for a long period of time. One element refers to the participation of the citizens, enterprise and societal organizations in the law making process. Evidently, this feature touches significantly on the legitimacy of intervention of the state in society by instrumentation use of legislation. Not in the least: involvement of stakeholder groups in framing (new) legislation will most likely result in a more effective intervention of the state in society.

A latest development in this dossier concerns an experiment on the use of internet for consultation: involving stakeholders and others in the larger audience as deliverers of opinion at least, or 'co-developers' of legislation at most, projected on the scale of involvement.

In 2006 the Dutch government constituted a working group '*public internet-consultation in support of proposed regulation*'. This group issued its recommendation to the Cabinet a year later in a report on the design and implementation of public internet consultation in the course of development of new legislation.

The experiment was implemented in the course of 2009, and aimed to last for a period of 2 years. The results of this experiment were evaluated only a few months ago, in the Summer of 2011.

This paper will give an overview of this experiment, its features and the outcomes, framing the design for future development of internet-consultation in the Netherlands. Will the future of consultation change dramatically as a result? Can we envisage stakeholders merely clicking their mouses, in order to have their opinions heard, or their input in draft-legislation secured?

The paper is written along the following lines

How was this first, organized experimental use of internet in the domain of lawmaking, designed (see under 2.)? What have been the experiences (see under 3), and what parameters have evolved out of the experiment, constituting the framework for further development of internet-consultation (see under 4).

2. The experiment: minimum norms for internet consultation

In its report, the working-group '*public internet-consultation in support of proposed regulation*' recommends the government to implement internet-consultation on state level, and to do it in phases. The first step has to be an experiment for a period of 2 years, in which every ministerial department involves 10% of the acts and another 10% of regulation to be subjected to the experiment. The selection of these proposals of act and regulation has to be such, that it will become clear for the departments in due course which proposals are suited best for subjection to internet-consultation. The Dutch Ministry of Justice has been attributed coordinating powers in relation to the technical development, management of the experiment, as well as monitoring of the project and the evaluation.

On basis of the evaluation, it will be possible to establish how to deploy internet consultation structurally in the course of development of new legislation and regulation. Also to be established, is the capacity and resources to be allocated, in both human and financial sense. The results coming out of the evaluation of this experiment, the insights gained in technological sense and the established needs of the public all will serve as input for the further development of a system for internet consultation.

2.1 Publication and scope of internet consultations

A point of reference for internet-consultation is an inclusive approach. Meaning that citizens, enterprise and organizations that will be effected by the regulation at stake will be alerted at the possibility of internet-

consultation. It should be relatively easy for them to discover how to make their voices heard electronically. It was conceived by the working-group that at least a few conditions will have to be met.

a. Consultations will be made public on central websites for the consultations of the state and announced on the websites of the ministerial departments closest involved.

b. At the central web fora background information is being provided by a few publicly known links (www.wetten.nl and www.overheid.nl)

c. The digital announcement will be combined with the announcement through other media, like newspapers or publications dedicated to particular societal, or economic sectors.

2.2. Clear and understandable content and design of consultation

Participants in the consultation process should have a clear understanding of the aim and the context the consultation taking place, what the room for discussion is and which aspects will not be subjected to consultation. The instruction needs to be as simple as possible and to correspond with the knowledge level of the (proposed) target audience. A common design of internet consultations within the State sector will add up to an increased uniformity in visibility for, and understanding of the target audience or stakeholders. A format in this respect will be of help to the policy-makers as well as the legislative experts.

2.3 Confirmation of reception, feedback

Participants in internet-consultation will receive a confirmation of reception automatically. The submitted reactions will be looked at seriously and will be taken in account in deciding whether to amend the draft-regulation, or not. The result of this exercise will be communicated in the annex to the regulation, as well as published on the website. In essence, it will be explained if and how the submitted reactions in a general sense have effected what parts of the regulation at stake: what has been done with this comments or suggestions? In the event the submitted comments have not lead to any amendments, it will be made clear too.

It is essential to provide for sufficient feedback, but on the other hand ensure no confidential data will be subjected to the public. A critical, delicate balance between both will have to be struck.

2.4 Privacy, time of data storage, anonymity

All contributions made will be published with name, place of residence of the participant. In case a person subjects to this, his or her wishes will be respected. Ministerial departments will decide by their own if they opt for disregarding the comment or to publish it anyhow, without making a reference to the participant that submitted the comment. Needless to say, that the websites used in support of the internet-consultation have to be safe and hacker-proof. The data will be stored and kept until the moment the proposal of act or regulation is a legal fact. From that moment onwards, the data will be stored as is being practised with all governmental data within the framework of the Official Register Act (*Archiefwet 1995*).

2.5 Minimal-time frame of internetconsultation

Internet consultation will take place between the moment it has been decided to solve a societal problem by means of legislation and the moment the proposal of act or regulation will be submitted to the Cabinet. A draft-act has to be available for internetconsultation, which has been discussed on ministerial level, or if need to, has been the outcome of inter-ministerial deliberations. Striking a good balance between an adequate possibility for reaction on one side, and anticipating a limited extension time wise of the legislative process, it is assessed to grant internetconsultation at least a period of 4 weeks 'to make it work'. Needless to say, that exceptional or unfortunate events could be sound arguments to extend this period.

2.6 Motives to abstain from internetconsultation

In the phase prior to the Cabinet decision, all acts or regulations will be subjected to internet consultation. However, there could be reasons to divert from this main principle. In case of urgency, natural disaster or terrorism, it is assessed to be reasonable not to engage in internet-consultation. The government added budget legislation and related fiscal legislation as particular cases in which to abstain from internet-consultation.

However, practice with this new phenomena and the outcome of the experiment could also bring forward particular conditions in which internetconsultation can, or will not be practised, not identified so far.

3. Experiences

In 2010, the experiment had been in progress for a full year. First results were being rounded up, collected and processed. Next, a first and preliminary report on the state of affairs was issued and sent to Parliament. What were the intermediate findings of the experiment?

3.1 Number of visitors

In the period at stake, the website www.internetconsultatie.nl had been visited 140.00 times, by 37.000 visitors. They spent an average 24 minutes on the particular website. The number of visitors proved to be much higher than the number of submitted reactions and comments. This proves that the website is not being visited by solely by those that seek to deliver a contribution to consultation, but also by people that would like to be informed about legislation-in-development.

3.2 Number of consultations

Since the start of the experiment, 24 June 2009, some 50 proposals for consultation have been submitted via the internetconsultation website. These consultations offer a valuable quantity of data. All, but one

ministerial departments engaged in at least one internetconsultation. The departments of Security & Justice and Economic Affairs had a major stake in the number of proposals, as the Ministry of Finance and Education positioned themselves in the middle. The Ministry of Defence did not participated in the experiment. It might be acknowledged, that legislation regarding military matters seem less suited for consultation by the larger public.

3.3. Continuity of the experiment

On the website of internetconsultation, at each time during the reviewed period 3 to 10 proposals were subject of consultation, at which citizens, enterprise and societal organizations could take notice of and submit their comments and reactions. This continuity serves the awareness of the public that internet-consultation is being pursued.

3.4 Number and origin of reactions

The number of reactions received, differs from act to act from regulation to regulation. It depends of the degree in which the existence of the internetconsultation has been communicated. Issuing a press-release on the event of internetconsultation seems to be effective. The maximum number of reactions on a consultation has been 136. With reference to some regulations not a single reaction has been received. The origin of the consultation differs too. All citizens, enterprise and societal organizations react. There seems to be a close relation to the subject at stake. It is important to note, that some target audiences have been reached, that otherwise are not involved in (the traditional) consultation. More in particular, this concerns SME and particular groups of citizens.

3.5 The content of the response

The content of the response ranges. Sometimes it is merely an indication of good or bad. More often comments or concrete suggestions for improvement have been submitted by the participants. The remarks are not always usable for the adjustment of policy of legal aspects. The reactions, however, provide the law-makers with a good insight in stakeholder groups. Occasionally, additional telephone contact form a public servant followed the issue of a suggestions for improvement. A side effect of this consultation mechanism proved to be the more general information being passed on the participants, such as the time involved in the legislation process, but also the anticipated date of entry into force of a particular act or regulation.

3.6. Accessibility of information

The experiment showed that it is of utmost importance that draft-acts and draft-regulations are equipped with understandable information. Thus, participants of a internetconsultation can have a better understanding of what to expect, and consequently deliver a more valuable contribution. The electronic consultation form states clearly the aim of the consultation, expected effects and target audiences of the proposed act or regulation.

3.7 Feedback

After each consultation, a short report was made, covering the most important results of the internet consultation and the amendments that have been issued as a result. This is an important feature of feedback to individual persons and organizations that have submitted a reaction. The feedback is part of the information displayed on the website of internet consultation. It was assessed that the time taken for making these reports public on-line was often too long. This time lap could backfire on the continued interest of the participants in the process of consultation.

3.8 Public Openness

The minimum consultation period of 4 weeks seemed to have been taken into account most of the times. However, on a more than incidental basis a longer period of time for internetconsultation, acceding the maximum consultation period of 12 weeks, has been practised. Reactions of the participants are published on he website once the consultation time has passed. Occasionally, some ministerial departments submitted the comments on-line while the consultation period was still ongoing. This has unmistakeably a positive effect on the dynamics of the consultation process.

3.9 Awareness

The Ministry of Justice is responsible for the communication of this experiment as a whole. However, ministerial departments have a particular responsibility for the consultation within their domain. They themselves are best in judging how to communicate with organizations or stakeholders within their societal sectors. Apart from advertising the internet-consultations on the websites of the ministerial departments, additional campaigns like selected e-mailing and the issuing of pressreleases prove indisputable to be in support of the experiment.

3.10 Time consumption

The time spent by the ministerial departments on the preparation and execution of consultation varies, and is largely depending on the complexity of the proposal. Time consumption ranges from one to several days.

Part of the time is concerned with the introduction to the website and to learn to use the internet consultation form. Keeping track and processing of the response is most time-consuming. From the side of the participants no remarks have been made regarding the time spent in submitting the reaction. However, it has been indicated that a more accessible text would simplify a reaction.

3.11 Embedding in the ministerial organization

Most ministerial departments have to a more or lesser degree enjoyed some experience during the experiment with consultation on draft-acts or draft-regulations. In a more general sense, the following observations can be made.

Internet-consultation demands a structural balance on the desirability of consultation using internet early in the legislative process. It is therefore important to make this action a basic feature in the departmental process of the preparation of legislation. Another key to success is the active involvement of the management. In particular in ministerial departments where the legislative function is organised on a de-central level, it proves difficult to keep closely track on the production of proposals, and consequently to ensure that internetconsultation takes place satisfactory. Additional efforts are needed to safeguard this. Consultation through internet also requires extra communication efforts from both the employees closest involved, as well as the departments of communication within the ministerial organization. The organizations have to communicate directly and effectively with the target-audiences about ongoing and upcoming consultation rounds

For an effective consultation, it is of the utmost importance that the texts and language used are comprehensible for members of the target-audience. This requires particular skills from the staff-members involved. If need to, sufficient training and coaching of staff has to be provided for. Internet-consultation may possibly replace the more traditional means of consultation, but at this stage of the experiment it is too early to arrive at this conclusion. There are no indications so far, that internetconsultation prolongs the legislative process. On balance, internet consultation is often combined with other modes of consultation. Internet-consultation can possibly lead to reactions on platforms for social media (Twitter, Facebook). This is something to take into account very seriously.

One year after the start of the experiment has lead the government to focus on three matters in particular.

First, it appears that internet-consultation is still rather unknown as a mode of decision input for citizens, enterprise and societal organizations. More publicity has to be given to the experiment in general and the consultations in particular. More press releases will be issued, and more cross-references to the websites will be made available. Additional modes of communication will have to improve the level of awareness of stakeholders and the larger public.

An additional matter concerns the accessibility of information on the websites. Information has to be comprehensible and fit for reception by members of the target audience. It is evident, that well formulated, clear, concrete questions will result in better answers and thus in a more effective consultation.

Last but not least, it is very important to deliver feedback on the consultation, covering the essential points of its progression. A report covering this should give stakeholders sufficient and clear insight in the response to the consultation. And more important even: what effect it has on the final draft-act or draft-regulation.

4. Outcomes of the experiment, parameters for further development

In its (final) evaluation of the experiment, the Cabinet concludes in Summer 2011 that internet-consultation is a valuable, additional instrument in the existing practice of consultation in the legislative process. More citizens, enterprises and societal organizations have the ability to gain information about the preparation of legislation and to submit comments or suggestion for improvement.

On balance, the added value of internet-consultation concerns the balance between the use of additional human and financial resources versus the transparency gain of the legislative process. This outcome is judged positive: an increased level of participation in the making of legislation and an increased level of transparency, both contributing to the quality of legislation, outweigh the allocation of additional resources in the Cabinets judgement.

The Cabinet concludes that internet-consultation must be used more often in the preparation of legislation., but not in all cases. It looks to be effective in particular when it concerns legislation or regulation with a significant impact on the obligations and rights of citizens. This means that in each case, an evaluation *ex ante* has to be made in order to assess if Internet-consultation has added value. More concrete, it draws back to the basic question *who are involved?*. A clear definition of the target audience is evidently important in this respect.

The outcomes of the experiment brought the the Cabinet to formulate the following parameters for further development of internet-consultation.

a. The time frame for consultation is set at (minimal) 4 weeks. An alternative time frame will be agreed upon, if requested on basis of sound arguments.

b. Consultation provides a clear and comprehensible explanation of the content of the proposal, the aims and the anticipated effects for the target audiences.

c. In the consultation is clearly indicated with what aim, and and within what context consultation will take place. In addition, it will be made clear what the room for discussion is and what aspects will not be covered by the consultation.

d. Citizens, enterprises and societal organizations will as best as possible be alerted on the proposals which may affect them.

e. Reactions received on the consultations will be made public only on the website under the condition of consent of those who submitted the reaction.

f. After the cabinet has decided on a draft-act of draft-regulation, a short report of the results and effects of internet-consultation and the amendments that resulted from that, will be made available on-line and published in the annex to the act or regulation.

g. Finally, the ministerial departments bear individual responsibility for an adequate and effective allocation of the instrument of internet-consultation. User friendliness of website technology and content are important features in this respect.

On balance, the Cabinet will make a continued effort to make internet-consultation fit the needs of target audiences better. User friendliness and accessibility are keywords in support of this aim. This will no doubt be a gradual process.

The future will see an increasingly developed mode of internet-consultation. This seems a fairly educated guess. As stated, internet-consultation will, according to the Cabinet, not replace the more traditional ways of consultation of stakeholders of legislation. Probably an increasing amount of stakeholders will make their opinions, comments or suggestions known by mouse clicks. The application of social media is something to be taken into account as well. It will likely diversify the modes of internet-consultation and for that matter consultation on the whole.

Internet-consultation seem here to stay in the Netherlands.

But for the mean time, and in the shorter future, consultation will not be exclusively the domain of the internet oriented participants, clicking their mouses.

К.П. Молл

Молл Кристиаан Питер — магистр права, директор Европейской академии права и законодательства

Открытые интернет-консультации в поддержку составления законопроектов в Нидерландах: заинтересованные лица как будущее консультаций?

1. Вступление

В рамках программы «Практическое управление правом» правительство Нидерландов постоянно ищет пути для того, чтобы сделать государство как можно более открытым. Главная цель этой программы состоит в том, чтобы государство могло улучшить свои взаимоотношения с теми, для кого оно работает — с гражданами страны, предприятиями и общественными организациями.

Подобные взаимоотношения в сфере права уже долго находятся под пристальным вниманием. Одним из аспектов этих взаимоотношений является участие граждан, предприятий и общественных организаций в законотворческих процессах. Казалось бы, здесь идет речь о неправомерности вмешательства государства в жизнь общества путем привлечения его к законотворчеству. Но это не так: участие заинтересованных групп лиц в формировании новых законопроектов будет лишь благотворным влиянием государства на жизнь общества.

Одной из последних инициатив был эксперимент с интернет-консультациями, то есть привлечение заинтересованных лиц и широких масс населения к высказыванию своего мнения по тем или иным законопроектам, превращение их тем самым в «со-разработчиков» законопроектов.

В 2006 году правительство Нидерландов создало рабочую группу «Открытые интернет-консультации в поддержку предложенных законопроектов». Год спустя эта группа подала Кабинету отчет, в котором были указаны схемы применения интернет-консультаций при разработке новых законов.

Эксперимент был начат в 2009 году и должен был продолжаться в течение двух лет. Результаты были подведены два месяца назад, летом 2011 года.

В докладе представлен общий рассказ об этом эксперименте, его особенностях и результатах, а также возможностях дальнейшего применения интернет-консультаций в Нидерландах. Изменится ли будущее консультаций? Можем ли мы ожидать того, что люди должны будут просто «кликнуть» мышкой компьютера, чтобы их мнение услышали, а их вклад в законотворчество был учтен?

В докладе освещаются следующие аспекты: организация первого эксперимента использования Интернета в области законотворчества; (см. раздел 2) что было сделано (раздел 3) и какие параметры были выведены для дальнейшего развития интернет-консультаций (раздел 4).

2. Эксперимент: минимальные нормы для интернет-консультаций

В своем отчете рабочая группа «Открытые интернет-консультации в поддержку предложенных законопроектов» рекомендует правительству применять интернет-консультации на государственном уровне и делать это поэтапно. Первым этапом должен стать эксперимент длиной в 2 года, в котором приняли бы участие 10% актов и 10% постановлений каждого министерства. Проекты этих актов и постановлений должны быть тщательно отобраны таким образом, чтобы они подходили именно для интернет-консультаций. Министр юстиции Нидерландов был назначен ответственным за координирование, техническое обеспечение и управление экспериментом, а также за наблюдением за его ходом и результатами.

На базе результатов эксперимента будет понятно, каким образом лучше структурировать интернет-консультации при разработке новых законопроектов и постановлений. Также необходимо установить количество необходимых ресурсов — как человеческих, так и финансовых. Результаты оценки этого эксперимента, его технической стороны и реакции общественности послужат для дальнейшего развития системы интернет-консультаций.

2.1. Оповещение и масштабы интернет-консультаций

Для оповещения о проведении интернет-консультаций граждане, организации и учреждения, которые будут затронуты постановлением, выносящимся на обсуждение, будут заранее предупреждены. Им должно быть понятно, как они могут воспользоваться своим правом высказаться в электронной форме. Для этого рабочая группа вывела несколько условий:

— о консультациях будет сообщаться на центральном государственном сайте по консультациям, а также на сайтах министерств, непосредственно затрагиваемых законопроектом;

— на центральном сайте также должна быть представлена дополнительная информация либо ссылки на нее;

— сообщение о консультациях в Интернете также будет дублироваться оповещением в других средствах массовой информации, например, в газетах или в других СМИ, относящихся к общественному или экономическому сектору.

2.2. Ясный и понятный метод проведения консультаций

Участники консультаций должны четко представлять себе цели и содержание предстоящего мероприятия: что является темой обсуждения, и какие аспекты в дебаты не входят. Инструкция по этим вопросам должна быть как можно более простой и ясной, а также должна соответствовать уровню знаний предполагаемой целевой аудитории. Правильный метод проведения интернет-консультаций поможет целевой аудитории и заинтересованным лицам лучше понимать обсуждаемые проблемы. Верный формат окажет помощь также правительству и законодателям.

2.3. Утверждение участников

Участники интернет-консультаций автоматически получают уведомление о своем участии. Их мнения будут тщательным образом рассмотрены и учтены при внесении изменений в законопроект. Результаты эксперимента будут указаны в приложении к постановлению, а также опубликованы на сайте. То есть будет указано, каким образом мнения граждан повлияли на законопроект и каким образом на нем отразились их комментарии и предложения. Если же поступившие пожелания не были учтены в постановлении, об этом будет также сообщено.

Механизмы обратной связи в этом эксперименте необходимы, но, с другой стороны, недопустимо, чтобы конфиденциальная информация стала достоянием общественности. Таким образом, между ними нужно найти верный баланс.

2.4. Время хранения данных и анонимность

Все предложения будут опубликованы с указанием имени и места жительства участника консультаций. Если участник возражает против этого, его или ее мнение будет учтено. Решение не учитывать предложение или опубликовать его, но без указания личных данных участника, остается за министерством. Даже не нужно говорить о том, что интернет-сайты в поддержку этих консультаций должны быть совершенно надежны и недоступны для взломов хакеров. Информация по предложениям будет храниться до тех пор, пока законопроект или постановление не станут официальным актом. После этого момента вся информация будет храниться вместе с остальными государственными сведениями согласно Официальному регистрационному акту 1995 года.

2.5. Минимальные временные рамки интернет-консультаций

Интернет-консультации будут проходить в период между тем временем, когда было принято решение некую общественную проблему с помощью законодательства, и тем временем, когда законопроект был подан в Кабинет. Черновик законопроекта, который обсуждался на уровне министерства или явился результатом межведомственного обсуждения, должен быть предоставлен для интернет-консультаций. Учитывая время, необходимое для подачи предложений, а также время, необходимое для официального закрепления акта, считается, что интернет-консультации необходимо около 4 недель для работы. Безусловно, согласно особым обстоятельствам этот отрезок времени может быть продлен.

2.6. Причины воздержаться от интернет-консультаций

Таким образом, проекты законов и постановлений должны обсуждаться на консультациях до их поступления в Кабинет. Однако бывают причины, по которым от этой практики лучше воздержаться. В случае чрезвычайно срочного дела или дела, касающегося терроризма и экологических катастроф, на интернет-консультации времени уже не остается. Финансовые законопроекты, например, о государственном бюджете, также представляют собой те случаи, когда от интернет-консультаций лучше воздержаться.

Этот эксперимент — новое явление в процессе законотворчества, поэтому те условия, когда интернет-консультации нужно или не нужно применять, еще не до конца определены.

3. Действия

К 2010 году данный эксперимент шел уже целый год. Первые результаты были собраны, составлены и обработаны. Затем о состоянии проекта был написан первый предварительный отчет и отправлен в парламент. Каковы же были первые впечатления от эксперимента?

3.1. Число участников

За первый период веб-сайт www.internetconsultatie.nl посетили 37 000 пользователей; всего было зарегистрировано 140 000 посещений. В среднем пользователи проводили на сайте около 24 минут. Число посетителей сайта превышает число поданных предложений и комментариев. Это говорит о том, что веб-сайт посещают не только те, кто хочет принять участие в интернет-консультациях, но и все те, кто интересуется процессами законотворчества.

3.2. Число консультаций

В день начала эксперимента, 24 июня 2009 года, было подано около 50 предложений через сайт интернет-консультаций. Вся информация была ценной. Все министерства, за исключением одного, приняли участие в эксперименте. Большинство предложений поступило в департамент безопасности и юстиции и в департамент экономики, чуть меньше — в министерство финансов и образования. Участие в проекте не приняло только министерство обороны. Однако нужно отметить, что вопросы законотворчества в военной сфере не слишком подходят для обсуждения широкой публикой.

3.3. Непрерывность эксперимента

На веб-сайте интернет-консультаций во время эксперимента на обсуждение выносилось всегда от 3 до 10 законопроектов, по которым граждане, предприятия и общественные организации могли высказать свои замечания. Такая непрерывность эксперимента дает гражданам понять, что проектом интересуются и его не забывают.

3.4. Число и происхождение откликов

Число полученных откликов для каждого законопроекта разное. Это зависит от того, привлекалось ли внимание к этому законопроекту. Эффективным способом является создание пресс-релиза по случаю интернет-консультаций. Максимальное число откликов по одному законопроекту — 136. По некоторым законопроектам комментариев не было получено. Происхождение комментариев также различное — послать сообщение могут как обычные граждане, так и предприятия, и общественные организации. Все зависит от важности законопроекта для той или иной группы населения. Некоторые целевые аудитории иначе никак нельзя было привлечь к участию в законотворческом процессе — особенно это касается мелких и средних предприятий и определенных групп граждан.

3.5. Содержание откликов

Содержание откликов разнообразно. Иногда это просто указание на то, что законопроект хороший или плохой. Но чаще всего участниками даются конкретные рекомендации, как законопроект может быть улучшен. Комментарии эти не всегда полезны для принятия законов, но так или иначе, дают законодателям точное представление о мнениях заинтересованной группы лиц. Иногда госслужащие даже созваниваются с участниками для дальнейших обсуждений.

Консультации дают немного дополнительной информации участникам, например, сколько времени может занимать законотворческий процесс, а также когда постановления вступают в действие.

3.6. Доступность информации

Эксперимент показал, как важно, чтобы проекты законов и постановлений сопровождались понятной информацией. Так, участники интернет-консультаций будут лучше понимать, что они могут ожидать и, как следствие, внести лучший вклад в обсуждение законопроектов. Таким образом, при электронных консультациях должна быть совершенно ясна их цель, ожидаемые результаты и целевая аудитория для предложения на обсуждение законопроекта.

3.7. Обратная связь

После каждой консультации был написан короткий отчет, в котором указывались наиболее значимые результаты интернет-консультации и те поправки, которые были приняты по окончании. Эта обратная связь имеет большое значение для отдельных лиц и организаций, принявших участие в проекте. Такая информация публикуется на сайте интернет-консультаций. Было отмечено, что написание этих отчетов занимает довольно продолжительное время. Это может отрицательно сказаться на интересе общественности к проекту онлайн-консультаций.

3.8. Открытость общественности

Чаще всего консультации проходили в течение 4 недель. Однако не так уж редко бывало, что консультации занимали куда больше времени — вплоть до 12 недель. Мнения участников публикуются на сайте после окончания консультации. От случая к случаю министерства публикуют комментарии и до окончания срока консультации. Это еще больше способствует динамике процесса консультаций.

3.9. Привлечение внимания

Министерство юстиции несет ответственность за продвижение данного эксперимента. Однако к этому причастны и другие министерства соответствующих сфер деятельности. Они чаще всего лучше осведомлены, как привлечь внимание нужных групп людей. Кроме продвижения интернет-консультаций на веб-сайтах министерств, необходимо использовать и другие способы — например, рассылку по электронной почте и выпуск пресс-релизов.

3.10. Временные затраты

На подготовку и исполнение программ интернет-консультаций министерства по-разному тратят время, и зависит это от сложности законопроекта. Обычно это занимает от одного до нескольких дней. Часть времени уходит на знакомство с веб-сайтом и с самой формой интернет-консультации. Больше всего времени уходит на обработку отзывов. Со стороны участников не было никаких нареканий касательно времени, необходимого на отсылку отзыва. Однако было отмечено, что более доступный интерфейс упростил бы подачу комментариев.

3.11. Включение в структуру министерства

Большинство министерств сталкивалось в большей или меньшей степени с экспериментами интернет-консультаций при подготовке тех или иных законопроектов. Могут быть сделаны следующие заключения.

Интернет-консультации были бы желательны с самого начала законотворческого процесса. Поэтому очень важно сделать их его обязательной частью. Еще один ключ к успеху — правильное управление. В тех министерствах, где законодательная функция децентрализована, особенно сложно уследить за предложениями и за тем, чтобы интернет-консультации проходили удовлетворительно. Для этого требуются особые усилия отделов по связям с общественностью министерств. Ведомства должны напрямую работать с целевыми аудиториями по текущим и ожидающимся консультациям.

Для того, чтобы консультация прошла успешно, очень важно, чтобы тексты и их язык был понятен для участников проекта. Для этого может потребоваться специальное обучение. Интернет-консультации в будущем могут заменить остальные виды консультаций, но пока в точности об этом говорить еще рано. Пока можно сказать, что интернет-консультации не замедляют процесс законотворчества. Кроме того, часто онлайн-консультации совмещаются с другими формами консультаций. Их можно вести, например, на базе социальных сетей («Фейсбук» и «Твиттер»). И к этому нужно относиться со всей серьезностью.

Год спустя после начала эксперимента государство может сделать следующие выводы:

Во-первых, интернет-консультации — новый инструмент для узнавания мнения граждан, предприятий и общественных организаций. К эксперименту с консультациями должно привлекаться больше внимания. Необходимо выпускать больше пресс-релизов, а также давать больше ссылок на консультации в Интернете. Дополнительные инициативы привлекут внимание большего числа заинтересованных лиц к эксперименту.

Второй важный вопрос — о доступности информации на веб-сайтах. Она должна быть удобочитаемой и подходящей для целевой аудитории. Правительство осознает, что на ясно сформулированные вопросы будут даны ясные ответы, и консультация будет проведена успешно.

И, наконец, очень важно, чтобы во время консультаций была организована обратная связь по их важнейшим моментам. Отчет, в котором они указаны, должен дать участникам консультаций полное представление о том, что было достигнуто и, что важнее всего, как их предложения повлияли на финальный законопроект.

4. Результаты эксперимента и его дальнейшее развитие

Летом 2011 года Кабинет заключил, что интернет-консультации — это ценный дополнительный инструмент в существующей практике в законотворческом процессе. С его помощью больше граждан, предприятий и общественных организаций могут узнать о механизме подготовки законопроектов и внести в них свои предложения.

Польза онлайн-консультаций в том, что они не только привлекают дополнительные человеческие и финансовые ресурсы в законотворческий процесс, но и также способствуют его прозрачности. Таким образом, интернет-консультации являются положительным веянием: вовлеченность населения в законотворческий процесс и прозрачность положительно влияют на качество законопроектов, и это перевешивает затраты средств Кабинета.

Кабинет, таким образом, заключил, что интернет-консультации должны чаще использоваться в законотворчестве, но не во всех случаях. Они особенно эффективны, когда законопроекты касаются

прав граждан. Это значит, что каждый раз необходимо оценивать, принесет ли онлайн-консультация ожидаемую пользу, и нужно искать ответ на вопрос «Кому выгодно?» Таким образом, очень важно определить целевую аудиторию.

Результаты интернет-консультаций позволяют наметить этапы будущего развития этого механизма:

а) минимальное время длительности консультации — 4 недели. Эти временные рамки могут расширяться по согласованию, если того требуют обстоятельства;

б) консультация способствует уяснению содержания законопроекта, его целей и ожидаемых результатов для целевой аудитории;

в) во время консультаций должно быть четко указано, в каких рамках они проводятся и с какой целью. Таким образом, будут ясны все аспекты, которые необходимо затронуть при обсуждении;

г) граждане, предприятия и общественные организации должны быть в курсе новых предложений, которые могут повлиять на их интересы;

д) отклики, поступившие во время консультаций, публикуются на веб-сайте консультаций с согласия лица, от которого поступил отклик;

е) после решения Кабинета по законопроекту в Интернете и в приложениях к законам будут опубликованы короткие отчеты о результатах консультаций и о тех поправках, которые были благодаря им внесены;

ж) министерства несут ответственность за эффективное проведение интернет-консультаций, для этого также важна простота использования веб-сайта.

Таким образом, Кабинет будет продолжать добиваться того, чтобы интернет-консультации удовлетворяли нуждам целевых аудиторий. Для этого ключевыми являются аспекты простоты и доступности онлайн-консультаций. Безусловно, добиться этого можно только постепенно.

В будущем только возрастет частота использования интернет-консультаций. Это можно констатировать с большой долей вероятности. Как указывалось выше, интернет-консультации не заменят традиционных способов совещания с заинтересованными группами лиц по законопроектам. Просто с помощью пары «кликов» мышкой больше граждан смогут добиться того, чтобы их голоса, идеи и предложения были услышаны. Также нужно принять во внимание развитие социальных сетей. Они еще более разнообразят как онлайн-консультации, так и систему консультаций вообще.

Можно сказать, что интернет-консультации в Нидерландах — это не временное явление. Но пока что сфера консультации не будет отдана только пользователям Интернета — «кликателям мышкой».

С.В. Кабышев

Кабышев Сергей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, председатель Российского правотворческого общества, доцент кафедры конституционного и муниципального права РФ Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина

Техника правотворчества в Канаде

Канада последние годы неизменно занимает первые места в различных авторитетных рейтингах по качеству жизни и передовым технологиям оказания государственных услуг. Во многом это обусловлено высоким качеством канадских законов. Соединение английской и французской (романо-германской) моделей деятельности по подготовке законов обеспечило появление уникального «сплава» технологий подготовки законопроектов, что выразилось, в частности, в наличии такого документа как «Руководство по разработке федеральных законов и регулирующих актов Правительства Канады», где четко и подробно изложены основные требования по организации законодательного процесса и правила юридической техники¹.

Рассмотрим некоторые особенности техники правотворчества в Канаде, которые могли бы быть использованы в России.

Разработка законопроекта в Канаде подразумевает трансформацию правительственной политики в законодательную форму и придание ей правового содержания подробными инструкциями заказчика (соответствующего министра) и правилами юридической техники.

Считая разработку законопроекта не рутинной, а искусством, разработчики законопроектов (всего их около 100 человек), сосредоточенные в Министерстве юстиции Канады, отвечают на три основных вопроса при его создании:

- 1) является ли законодательный акт лучшим средством достижения желаемой цели?;
- 2) конституционен ли законодательный акт?;
- 3) вписывается ли законопроект в систему законодательства Канады?

Разработчик закона прежде всего должен ответить на вопрос, действительно ли цель, поставленная соответствующим членом Парламента, наилучшим способом достигается именно законодательным актом, или проблему целесообразнее решить принятием постановления, директивы или программы? Одного только желания заявить о внесении законопроекта или обсудить спорный вопрос в палатах Парламента явно недостаточно для оформления каждого предложения в виде законопроекта. Законопроект, не являющийся лучшим средством достижения цели, в конечном итоге не послужит поводом для доверия и хорошей репутации соответствующего члена Парламента.

Конституционность федерального законодательного акта можно оспорить по трем позициям. Во-первых, предмет закона может находиться в компетенции провинций. Во-вторых, некоторые меры, предусмотренные законом, могут нарушать определенные права и свободы, гарантированные Канадской хартией прав и свобод и Канадским биллем о правах. Разработчик должен быть бдителен и предупреждать соответствующего члена Парламента, если определенные положения законопроекта делают его финансовым законопроектом или требуют королевской рекомендации.

Канада имеет одну из наиболее непротиворечивых систем законодательства в мире. Во многом, это явилось следствием того, что:

- 1) деятельность по разработке законодательных актов осуществляется специалистами-легистами в Министерстве юстиции и законодательных службах двух палат Парламента;
- 2) разработка законопроектов на двух официальных языках позволяет выявлять лингвистические ошибки на самой ранней стадии;
- 3) правила юридической техники унифицированы и были введены более 40 лет назад, что оказалось достаточным для того, чтобы привести в соответствие с ними весь свод законов.

Техника правотворчества в Канаде понимается как совокупность методов, правил и приемов придания закону и делегированному акту оптимальной языковой формы, логической структуры и достижения научной истинности его содержания, а также практическая деятельность по их реализации².

В качестве примера приведем один из фундаментальных принципов канадской юридической техники: **лаконичность нормы**. Иными словами: «Одна статья — одна идея». «Золотое правило заключа-

¹ См.: www.pco-bcp.gc.ca

² House of Commons Procedure and Practice/ Edit. R. Marleau and C. Monttpetit. — Ottawa, 2000. — P. 17.

ется в том, чтобы распределить максимальную интеллектуальную нагрузку на точно рассчитанной опоре, то есть выразаться с помощью как можно меньшего количества слов»¹.

Статья должна представлять собой некое концептуальное и итоговое единство. Статья — это базовая логическая единица закона. Каждая статья должна образовывать единицу законодательной мысли. «Нельзя, чтобы одна и та же статья содержала положения, не имеющие прямой связи между собой», нельзя также, «чтобы в статье содержались слишком многочисленные положения, даже если эти положения напрямую связаны между собой. Лучше их распределить по разным статьям»².

Разработчикам советуют стараться, чтобы статья закона состояла из одного предложения, это облегчает ее толкование и применение. Точность всегда уместна в языке законодателя.

Тем не менее, надо помнить, что такая техничность имеет свои границы «Закон — это, прежде всего, способ коммуникации» и правила юридической техники являются лишь формальными приемами с помощью которых законопроект может стать законом. Техника правотворчества у канадцев заключается в «искусстве правильного создания законов», то есть составления текстов, «имеющих форму, наиболее подходящую для применения, выражающую волю законодателя и способную быть понятой и принятой всеми»³.

Так, например, в постановлении о законопроекте в отношении брака между людьми одного пола, Верховный суд Канады отметил следующее по поводу статьи 2 проекта закона: «Настоящий закон не ущемляет свободу религиозных властей отказывать в проведении брачных церемоний, которые не соответствуют их верованиям». Генеральный прокурор Канады утверждает, что статья 2 предлагаемого закона носит правоустанавливающий характер, так как она уточняет, что Парламент не желает, чтобы другие положения предлагаемого закона толковались как вмешательство в компетенцию провинций в отношении брачных церемоний. Однако эта статья может быть воспринята как усилие, направленное на то, чтобы успокоить провинции и рассеять опасения религиозных властей, которые организуют брачные церемонии. Как бы ни были достойны внимания эти опасения, только провинции могут освобождать от действующих правил в отношении брачных церемоний. Таким образом, статья 2 предлагаемого законопроекта не относится к компетенции Парламента.

Конечно, Парламент обладает исключительной компетенцией разрабатывать правоустанавливающие нормы в отношении своих собственных законов, но эти нормы никак не могут влиять на конституционное разделение законодательных компетенций. Именно суды должны решать этот вопрос, как только он возникает. Следовательно, федеральная норма, имеющая целью гарантировать, что содержащий ее закон не будет истолкован как вмешательство в полномочия провинций, является неэффективной и излишней⁴.

После того, как законопроект готов для представления парламентариям и общественности, необходимо достижение общественного консенсуса. Он будет подвергнут проверке на это качество перед каждой палатой Парламента, которые должны будут решить, принимать ли предложенный закон «в целях поддержания общественного спокойствия и порядка, а также надлежащего управления в Канаде».

Консультации с общественностью в Канаде предусматривают различные варианты обратной связи, которая является важным элементом отчетности. В течение всей процедуры разработки нормативных актов министерства должны учитывать мнения заинтересованных сторон и объяснять им, каким образом эти мнения были учтены. Если учесть какие-либо предложения было невозможно, то ответственные лица должны четко объяснить, почему.

Обратная связь должна быть возможной как во время консультаций, так и после их завершения. Во время мероприятий такая обратная связь может происходить неофициально, посредством составления промежуточных отчетов, вопросников и оценок. По окончании мероприятий следует составить заключительный доклад, в котором будет говориться о том, какие предложения были внесены, насколько консультации соответствовали намеченному плану, и каким образом были использованы полученные предложения.

Заключительный доклад должен быть своевременно распространен среди участников и опубликован на интернет-сайте. Его краткое изложение должно быть включено в отчет по результатам изучения возможных последствий принятия того или иного акта. В это изложение должна войти информация об участниках, о внесенных предложениях, об их использовании, а также о методах проведения консультаций и графике мероприятий

В докладе должно быть отражено совпадение либо расхождение оценок экспертов и граждан ответствующего проекта нормативно-правового акта.

¹ Driedger E.A. A Manual of instructions for legislative and legal Writing. Book Two. Department of Justice Canada. — 1982. — P. 167.

² Ibid. — P. 170—175.

³ Philippe Hallee. Evolving Legislative Design. The Loophole // Journal of Commonwealth Association of Legislative Counsel. — 2010. — № 2. — P. 11.

⁴ См.: www.justice.gc.ca

В структуре Министерства юстиции Канады четко определены исполнители, которые ответственны за планирование и проведение общественных консультаций. Они также отвечают за обеспечение качества экспертизы как в рамках Министерства и, при необходимости, между федеральными министерствами и ведомствами и другими уровнями власти.

В Министерстве юстиции есть специальный отдел, который отвечает за проведение независимой оценки по участию общественности в процессе консультаций и выработке показателей для самооценки сотрудников Министерства.

В 2005 году был создан специальный интернет-портал «Сервис-Канада»¹ для улучшения предоставления государственных программ и услуг для канадцев, сделав доступ к ним быстрее, проще и удобнее.

«Сервис-Канада» обеспечивает обратную связь между гражданами и государством, предоставляя интернет-услуги независимой организации — Управлению по удовлетворенности клиентов (OCS), которая получает предложения и жалобы, касающиеся оказания государственных услуг.

Управление по удовлетворенности клиентов руководствуется тремя основными принципами: оперативность, тщательное и беспристрастное рассмотрение и персональное внимание, с обязательным доведением до сведения соответствующего государственного органа.

Последние пять лет степень удовлетворенности канадцев государственными услугами, предоставляемыми онлайн, составляла от 64% до 83%.

Степень удовлетворенности общественности учетом ее мнения при окончательной редакции проекта нормативного акта рассматривается при служебной аттестации соответствующих сотрудников министерств.

На основе этих данных, а также отчетов по финансовым затратам, Совет секретариата казначейства Канады делает вывод об эффективности расходования бюджетных средств Министерством юстиции, что также доводится до сведения граждан².

В процессе принятия закона учет мнений представителей гражданского общества, которые будут участвовать в его реализации, не только дает возможность привести законы в соответствие с жизненными реалиями, исключить некорректные и заведомо невыполнимые установления, но и позволяет закону заранее получить определенную поддержку социальных групп и институтов и общества в целом, начать подготовительную работу по обеспечению его выполнения заблаговременно. Это связано также с созданием у наиболее активных граждан ощущения сопричастности к подготовке законов и работе государственной власти. Современный этап развития интернет-диалога можно характеризовать созданием сети горизонтальных связей, объединяющих структуры гражданского общества в их области, как в рамках Министерства и, при необходимости, между федеральными министерствами и ведомствами и другими уровнями власти.

Таким образом, высокий уровень разработанности правил юридической техники в Канаде, ответственность и профессионализм участников правотворческого процесса минимизируют риски, связанные с разработкой и исполнением законов.

¹ www.servicecanada.gc.ca

² Официальный сайт секретариата Совета казначейства Канады // www.tbs-sct.gc.ca

Ю.И. Гревцов

Гревцов Юрий Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Формы правообразования и юридическая техника

1. В детально разработанной программе данной конференции (в Информационном письме) лично меня привлекло предложение обсудить вторую проблему, а именно вопрос о соотношении техники правотворчества, правообразования и нормосозидания. Когда я работал с этой проблематикой, компьютер постоянно подчеркивал красной волнистой линией понятия «правообразование» и «нормосозидание». Очевидно для него это — незнакомые понятия. Что касается термина «правообразование», то компьютер мог бы этот термин и распознать. А термин «нормосозидание» для него, как, по видимому, и для многих из нас, является новым. Можно полагать, что основное значение термина «нормосозидание» — «законотворчество», хотя, возможно, такое значение не совсем совпадает со смыслом, вложенным в это понятие составителями программы.

Юридическая техника неотделима, можно даже сказать, ее характер определяется той или иной формой правообразования. Поэтому так важно обращение ученых к этим формам, познание и объяснение их особенностей. И еще одно вводное положение. Что такое норма права? Я уверен, что если обратиться к аудитории, то можно обнаружить, в общем-то, единое понимание нормы права. И это единство обусловлено тем, что каждый знает, что норма права — это **правило** поведения. Но в большинстве случаев — это пассивное знание. *Очень редко знание это используется, кладется в основу наших рассуждений, выводов, положений относительно той или иной юридической проблематики. Знание о том, что норма права — это общее правило поведения, превратили в тривиальность, а между тем это — важнейший, необходимейший, отнюдь не утративший своей значимости посыл для подавляющего большинства юридических исследований. Разумеется, и для исследований форм и техники правообразования, правотворчества, законотворчества.*

Обратимся к основным формам возникновения права — правообразованию, правотворчеству и законотворчеству.

2. *Правообразование.* Если иметь в виду процессы формирования норм права (правил поведения), то, по видимому, правообразование — это исторически первые способы формирования людьми правил поведения — норм общего характера. Правообразование — это стихийный и спонтанный процесс выработки норм права — правил поведения. Именно сами люди, в рамках той или иной общности, союза, социальной группы в процессе преследования жизненных целей, отвечая на вызовы окружающей действительности, вырабатывали и продолжают вырабатывать оптимальные, полезные с их точки зрения и с точки зрения общности нормы — правила поведения. Следование таким нормам обеспечивало в первую очередь выживание общности, ее развитие. А также, если выработанная модель поведения оказывалась удачной, приоритетное положение данной группы среди других групп.

Макс Вебер в свое время писал, что люди давно поняли необходимость и важность для них фиксированных норм (правил поведения). Наличие последних, во-первых, сдерживает и ограничивает произвольную волю во взаимодействиях людей; во-вторых, нормы обозначают оптимальные, общественно приемлемые средства и способы достижения людьми желаемых целей. Можно к этому добавить, что *наличие общих норм — правил поведения образует основу социального порядка в общности.*

Авторитетный исследователь пишет по этому поводу: причина того, что все члены группы делают нечто строго определенным образом зачастую заключается не столько в том, что таким способом, то есть действуя одинаково, они могут получить предсказуемый и определенный результат, сколько в том, что действуя таким способом, они способствуют сохранению социального порядка, в рамках которого более вероятен успех их индивидуальных действий.

Многие правовые нормы — правила поведения, которыми сегодня пользуются граждане большинства стран, возникли спонтанно и стихийно, они — результат правообразования (основные законы собственности, семья, наследования, сделки и др.). Они, эти нормы, эти правила поведения общего порядка не были выдуманы, сконструированы с заранее обдуманым намерением, а были выработаны людьми в ходе своей повседневной жизнедеятельности. Вместе с тем, было бы совершенно абсурдным полагать, что такие нормы, правила поведения формировались вне или помимо сознания самих людей. Такие нормы, являясь продуктом спонтанной деятельности людей, отражают знание, опыт, способность самих людей оценивать жизненные обстоятельства, вырабатывать ответы на вызовы окружающей действительности в виде того или иного правила поведения.

При этом необходимо кое-что учитывать. В частности, чтобы та или иная норма, правило поведения приобрели правовой характер, то есть стали нормой права, они должны были быть, во-первых, выражены в понятии и получить письменное закрепление. Во-вторых, получить организованную защиту общности, социальной группы, государства. Сами люди, практически выработавшие нормы поведения, в этом отношении были и продолжают оставаться большей частью пассивными.

Три основные силы занимались и занимаются сегодня открытием и санкционированием правил поведения — норм, их формулированием и письменным закреплением. Придание письменной формы тому или иному правилу поведения в большинстве случаев означало и организованную защиту правила поведения. Именно эти обстоятельства и знаменуют переход тех или иных правил поведения, норм права в разряд правовых норм.

Что же это за силы? Первая — класс экспертов, которых в Риме называли юрисконсультами и которые были и практиками и «учителями» права; в Германии их называли юристами, в англосаксонских странах — законниками. Эти люди имели самое непосредственное отношение к созданию типа права, который называют по источнику — «право юристов».

Вторая — специальный класс экспертов, которых называли судьями.

Третья — государство в лице законодательного органа.

Именно эти силы являются субъектами различающихся процессов формирования правовых норм (правил поведения), две из них имеют непосредственное отношение к правотворчеству, третья — к законотворчеству.

3. *Правотворчество* — это, несомненно, уже рациональная деятельность, в ходе которой формулируются и закрепляются в источнике права правила поведения общего характера. Можно полагать, что понятием правотворчества отражается деятельность уполномоченных на то субъектов права. Отсюда — особенности и характер техники. Очевидно, она должна быть дифференцированной в зависимости как от предмета, так и от субъекта правотворчества.

Сделанный выше вывод о том, что правотворчество есть рациональная деятельность с заранее обдуманном намерением, не следует, очевидно, трактовать в том смысле, что правотворчество — это всегда конструирование, творение норм права. Здесь едва ли не важнейшим принципом можно считать умственную деятельность юристов, судей по отысканию и формулированию общей нормы — правила поведения, в том числе и нередкое за счет обобщения явлений практики.

С точки зрения результатов правотворчества следует говорить уже не о норме права, а об источнике права — нормативно-правовом акте, судебном прецеденте, юридической доктрине.

Таким образом, с содержательной стороны, процесс возникновения права означает процесс формирования, выработки правил поведения общего характера, их вербальное или письменное оформление и обеспечение организованной защитой.

Хотелось бы обратить внимание, что первая форма возникновения норм права, правил поведения (правообразование) не сводима к образованию обычного права, правовых обычаев. Обычное право, в качестве правовых обычаев, формировалось в замкнутых, слабо развитых общностях. С развитием коллективной жизнедеятельности, возникновением городов и дифференциацией общественной жизни правообразование продолжается, но значительно сокращается, а затем и сводится почти на нет образование правовых обычаев. И в первую очередь потому, что кровнородственные связи все более и более заменяются другими связями и отношениями, личностный характер связей и отношений, господствовавший в замкнутых общностях, уступает дорогу формализованным общественным отношениям, основанным не на чувственно-эмоциональных ценностях, а на рациональном расчете, выгоде.

4. *Законотворчество.* Законодательство, намеренное создание законов, справедливо было названо наиболее важным по своим далеко идущим последствиям изобретением человека, более значительным даже, чем огонь и порох (Ф. Хайек). Возможно, если иметь в виду отечественное правоведение, далеко не каждый примет такую оценку законодательства безоговорочно. В немалой степени это можно было бы объяснить исключительно формальным подходом, возобладавшем в нашем правоведении, закон для многих — это продукт, изготавливаемый определенной группой людей, именуемых законодателем. Отсюда и формальный анализ этого важнейшего инструмента правового регулирования, не приводивший к глубокому пониманию закона, его назначению, роли, содержательных, а не формальных характеристик.

Проблема закона у нас — запущенная проблема, мы ограничиваем наше понимание закона только тем, что считаем, как само собой разумеющимся, что все то, что изготавливают законодатели является законом, или законы это то, что создает законодательный орган, законодатели. Ничто иное, то есть произведенное за рамками законодательного органа, законом быть не может и не смеет. Хотя в определенном (формальном) смысле это верно, но в такой интерпретации как минимум две неточности. Во-первых, законы, то есть правила поведения общего характера, могут, в своей основе, быть выработанными самими людьми. В производстве таких юридических законов участвуют судьи и юристы. Во-вторых, не вся продукция законодательного органа есть закон или должна получать официальную форму закона. Наверное, сказанное лучше всего пояснить на примерах.

Возьмем закон Архангельской области от 26 мая 1999 года, названный с непосредственностью ребенка «О предоставлении индивидуальной налоговой льготы ОАО «Энергомашкорпорация»¹. Разве это закон?! Или сопоставим два федеральных закона: Федеральный конституционный закон «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации», и Федеральный конституционный закон «Об образовании в составе Российской Федерации в результате объединения Иркутской области и Усть-Ордынского Бурятского автономного округа». Первый Федеральный конституционный закон « О порядке принятия в РФ и образования в ее составе нового субъекта РФ» есть закон, что же касается второго, то это, конечно, акт применения названного выше закона в собственном смысле слова (хотя в этом акте применения права содержатся нормативные положения).

Одним из основных признаков закона, будем говорить, закона в собственном смысле слова, является то, что он должен обеспечивать равные возможности для всех. Такой закон есть общая норма, общее правило поведения, назначение такого закона является в постоянном, долговременном и единообразном поведении всех граждан или их большинства. Поэтому такой закон обеспечивает людям не достижение конкретных целей, а преследует цель утверждения определенного порядка, в рамках которого (порядка) люди могли бы ставить самые различные цели и добиваться их осуществления.

Закон — это единое правило игры для всех (неопределенного круга лиц), закон — это то, что объединяет людей, а не сталкивает их.

Важнейшим признаком закона является определенность его, прежде всего в том смысле, что закон не должен внезапно и неожиданно изменяться, тем более отменяться, с тем, чтобы люди могли обрести чувство уверенности в завтрашнем дне, могли строить планы на долговременную перспективу.

Я глубоко уверен, что и в прошлом, и сегодня именно правотворчество является повивальной бабкой таких законов, при этом хотелось бы обратить внимание на то, что правотворчество — не есть законотворчество. И законотворчество нельзя отождествлять с правотворчеством, поскольку это также самостоятельная форма правообразования, имеющая в своем составе как процессы, весьма близкие к правотворчеству, так и заметно разнящиеся.

Законотворчество (законодательство) весьма существенным образом отличается от двух других способов получения закона. В наши дни этот процесс стал настолько распространенным, что во многих странах обычные люди даже не в состоянии представить себе других способов получить то, что мы называем правовым законом; законодательство воспринимается как продукт воли неких людей, которых называют законодателями.

В чем законодательство существенным образом отличается от других способов получения закона?

Юристы и судьи создают закон, работая с определенными, представленными им материалами, будучи так или иначе связанными практикой уже вынесенных решений. Все это ограничивает итоговый результат. Если воспользоваться удачной метафорой Карлтона Кемпа Аллена, они «создают» закон в том же смысле, в каком человек, который рубит дерево на поленья, «создает» поленья.

Напротив, замысел законодателя нередко выражается, к сожалению, в том, чтобы создать закон без каких бы то ни было ограничений. Они не только «делают» закон, они также делают его из ничего, вне всякой зависимости от исходных материалов и даже противоположных желаний и мнений других людей. Постепенно законодательная практика внушила людям, что обнародованием закона можно не констатировать права, а создавать их. Приведенное мнение зарубежного автора, конечно, имеет под собой определенные основания, однако нельзя не видеть, что замалчивается важное обстоятельство: государство и в прошлом, и сегодня санкционирует выработанные людьми нормы — правила поведения. И не только обычаи. Но нужно признать, что процесс санкционирования, его содержание, был и остается во многом тайной за семью печатями. Это не может не сказываться на исследованиях юридической техники применительно к законотворчеству.

Хотелось бы дополнительно подчеркнуть, что законотворчество, как форма правообразования, неоднородно. Следует иметь в виду два основных способа: а) открытие и придание официальной внешней формы (санкционирование) уже выработанному людьми и сформулированному, выраженному в письменной форме юристами, судьями, правилу поведения (нормы); б) создание, конструирование закона с заранее обдуманной намерением как бы «из ничего». Разумеется, в этом случае законодатель может ориентироваться на заявившую о себе необходимость принятия закона, может учитывать всплеск конфликтов и многое другое. Но в таких случаях отсутствует, не выработано еще практикой людских отношений оптимальное правило (норма) и законодатель пытается решить проблему сам. Такое, особенно в современном обществе, может «провоцироваться» динамикой развития и другими, но уже не столь очевидными причинами, когда, как будто, необходимо оперативное вмешательство государства. Но в любом случае происходит игнорирование потенциала людей, их знаний, опыта, умения оценить обстоятельства, в которых они действуют и к которым они находятся значительно ближе, нежели законодатель, вознамерившийся сконструировать правила поведения вместо людей, но именно для них.

¹ Ведомости Архангельского областного Совета народных депутатов второго созыва. — 1999. — № 22.

Совершенно очевидно, что серьезные разработки юридической техники законоотворчества без всестороннего учета отмеченных выше различий весьма проблематичны.

Рассмотренным формы правообразования с позиций сегодняшнего дня не исчерпываются. Любопытной во всех отношениях является такая форма правообразования, как заимствование.

Заимствование норм (правил поведения). Здесь также больше предположений, нежели достоверной информации относительно того, каким образом законодательная (возможно, и исполнительная) власть открывает, отбирает эти правила поведения с тем, чтобы придать им общеобязательную силу, силу официального «национального закона». Возможно, один из основных способов здесь — привлечение специалистов соответствующей области, в том числе авторитетных ученых, судей, и обсуждение, в ходе которого обозначается искомое правило. Во всяком случае, отмеченное — важная и в значительной мере остающаяся в глубокой тени проблематика, требующая к себе серьезного внимания ученых и специалистов. Основная особенность этого вида правового регулирования, — правило поведения, норма права не создается, а отыскивается где-то на стороне.

Обратимся к примеру, который я взял из книги Бруно Леони «Законодательство и свобода». Несколько лет назад, пишет ученый, один его итальянский коллега к своему огромному удивлению обнаружил, что в некоторых странах, например в ЮАР, Свод Юстиниана действует до сих пор в самом буквальном смысле слова. Его клиентка, дама из Италии, которая имела собственность в ЮАР, поручила ему совершить сделку с этой собственностью, чем он и занялся. Некоторое время спустя юрист из Южной Африки попросил его выслать ему подписанный клиенткой документ о том, что она отказывается от использования привилегии, предоставленной женщинам актом римского Сената девятнадцать веков назад и который разрешал женщинам отказываться от своего слова и вообще не соблюдать некоторые виды договоренностей с другими людьми. Клиентка подписала документ, в котором отказывалась от названной привилегии. Сделка состоялась.

Имело ли место здесь правовое регулирование? Кто выступил субъектами этого правового регулирования? Какова форма или вид этого правового регулирования? Можно ли говорить здесь о юридической технике?

Попытаемся ответить, хотя бы в самом общем виде, на эти вопросы. Правовое регулирование здесь, безусловно, имело место. Можно говорить о двух формах правового регулирования: первая — правовое регулирование посредством правотворчества. Оно имело место девятнадцать веков назад и, похоже, его результаты сохраняют силу. Субъектом такого регулирования был римский Сенат. Вторая форма — правовое регулирование посредством правоприменения. Субъектами правового регулирования здесь являются адвокаты. Вот применительно к этой форме правового регулирования (посредством) правоприменения можно, очевидно, рассуждать о юридической технике.

Возьмем другой пример. В 30-х годах прошлого столетия Турция ввела у себя Французский гражданский кодекс. Действующий в нашей стране Гражданский кодекс, похоже, заметно опирается на Гражданский кодекс Нидерландов. Можно ли в этих случаях говорить о правовом регулировании и юридической технике? Говорить, конечно, можно, но что? Все здесь в тумане. Будем надеяться, что рано или поздно он рассеется.

В рамках такой формы правообразования происходит заимствование принципов норм международного права и последующее правовое регулирование в соответствии с нормами международного права.

Разумеется, при этом необходимо понимать, что эта форма правового регулирования основана не на создании правовых норм (правил поведения), а на их заимствовании. Это — весьма своеобразная форма правового регулирования, было бы неправильным говорить о механическом заимствовании. В общем, эта форма непростая и требует серьезного внимания. Нормативная основа существует только применительно к заимствованию принципов и норм международного права (ст. 15 Конституции РФ).

Важно, чрезвычайно важно обратить внимание на то, что заимствоваться могут не только нормы права (правила поведения) для граждан, но и для государства, правосудия. В этой связи хотелось бы остановиться на принципе прямого действия конституционных норм. Здесь, правда, есть свидетельства как заимствования, так и своего творчества.

Обратимся к статье 15 Конституции РФ и задержим внимание на части 1 данной статьи: Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации.

Итак, в части 1 статьи 15 Конституции РФ указывается на то, что Конституция РФ имеет прямое действие. Что значит — «прямое» действие Конституции РФ? Прежде всего, это означает, что все нормы нашей Конституции имеют прямое действие. Но так ли это на самом деле? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо разобраться с тем, что же означает «прямое» действие Конституции, тех или иных ее норм. Один из классиков в области конституционного права немецкий ученый Теодор Маунц раскрывает этот вопрос, обозначая два основных признака прямого действия нормы Основного закона.

Первый: между статьей конституции и практикой ее осуществления не должно быть никаких промежуточных законодательных актов (обычных законов), которыми норма конституции обычно конкретизируется, нередко серьезно деформируется (усекается или, напротив, неоправданно расширяется). Второй: в случае нарушения прав, закрепленных нормами конституции, действительно имеющими прямое действие, носитель такого права может обратиться в суд «держа в руке только конституцию». Суд в порядке прямого действия статьи конституции рассматривает конфликт и решает его, основывая свое решение только на норме конституции. Защищая нарушенное субъективное право, суд каждый раз защищает саму конституцию.

Вернемся к поставленному выше вопросу: действительно ли все нормы нашей Конституции имеют прямое действие? Совершенно очевидно, что нет, в Конституции достаточно норм, действие которых обуславливается принятием обычного федерального закона. Другими словами, такие нормы Конституции не имеют прямого действия, они действуют через обычный федеральный закон, то есть опосредовано.

В пункте 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»¹ (в ред. от 6 февраля 2007 г.) разъяснено, что суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию, в частности:

а) когда закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения;

б) когда суд придет к выводу, что федеральный закон, действовавший на территории Российской Федерации до вступления в силу Конституции, противоречит ей;

в) когда суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции;

г) когда закон либо иной нормативно-правовой акт, принятый субъектом РФ по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ, противоречит Конституции, а федеральный закон, который должен регулировать рассматриваемые правоотношения, отсутствует.

Нужно заметить, что весьма любопытное решение, точнее сказать, толкование прямого действия Конституции дают авторы научно-практического комментария Конституции Российской Федерации. В частности, они пишут, что прямое действие нашей Конституции имеет две формы: прямую и опосредованную?! По-видимому, к такому решению подвинуло их стремление во что бы ни стало доказать, что вся Конституция, все ее нормы имеют прямое действие. Прямо скажем, сделали они это весьма неуклюже.

Теперь обратимся к части 4 статьи 15 Конституции РФ. В развитии положений преамбулы части 4 статьи 15 Конституции устанавливает, что *общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ* являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотрено законом, то применяются правила международного договора. Понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права» содержатся также в статьях 17, 63 и 69 Конституции РФ.

Конституция, не устанавливая общий примат международно-правовых принципов и норм над государственным правом, закрепляет приоритет международного договора в применении, если и поскольку между ним и нормой национального закона возникла коллизия. Это означает, что нормы закона, предусматривающие иные правила, чем установленные договором, сохраняют свою юридическую силу, но не применяются при разрешении дел, касающихся государства, также участвующего в соответствующем 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 РФ: 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 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»² впервые в отечественной юридической практике дано легальное

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. — 1996. — №1; 2007. — № 5.

² Там же. — 2003. — № 12.

определение понятия общепризнанных принципов международного права как основополагающих императивных норм международного права, принимаемых и признаваемых международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо.

В отличие от общепризнанных принципов под общепризнанными нормами международного права Верховным Судом РФ понимаются правила поведения, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательных. Получается, что Верховный Суд РФ не провел разграничения между общепризнанными принципами и общепризнанными нормами права.

В постановлении по делу о делимитации морской границы в районе залива Мэн (Канада против США, 1984) Международный суд ООН отметил, что применение в сочетании отчасти совпадающих по значению терминов «норма» и «принцип» передает одну и ту же идею принципы включают в себя нормы международного права, а употребление термина «принципы» обосновано их более общей и фундаментальной природой.

В заключение хотелось бы еще раз подчеркнуть чрезвычайную актуальность и важность серьезного внимания к закону, его содержательной, а не только формальной стороне. Пренебрежение этим приводило и приводит к невероятной сумятице в теоретическом знании и правовому хаосу на практике.

Ю.Г. Арзамасов

Арзамасов Юрий Геннадьевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», эксперт Центра мониторинга права при Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации

Ведомственное нормотворчество: современное состояние, проблемы модернизации

В современных условиях нормотворчество в Российской Федерации осуществляется не только законодательными органами, но и различными субъектами исполнительной ветви власти как на федеральном, так и региональном уровнях. При этом нормотворческие функции в соответствии со своей компетенцией сегодня реализуют в основном такие федеральные органы исполнительной власти, как федеральные министерства.

Однако здесь существует масса проблем как теоретического, так и эмпирического плана. При этом одной из теоретических проблем является понимание и содержание ведомственного нормотворчества.

Содержание ведомственного нормотворчества в первую очередь составляют подготовка и принятие ведомственных нормативных правовых актов, на втором плане стоит изменение, дополнение и отмена норм права. Из этого следует, что включение в данную деятельность отдельными авторами подготовки министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти проектов законодательных, президентских и правительственных нормативных правовых актов следует признать не вполне обоснованным. Здесь речь идет либо об участии министерств и ведомств, то есть федеральных органов исполнительной власти в подготовке соответствующих законопроектов, либо об их участии в разработке президентских и правительственных нормативных правовых актов по отдельным поручениям данных органов государственной власти. А так как в указанном виде юридической деятельности принимают участие различные органы власти, то ее нельзя назвать чисто ведомственным нормотворчеством. В понятие рассматриваемой деятельности необходимо включать юридический процесс не только по разработке, но и принятию, отмене и изменению ведомственных норм права, выраженных в той или иной форме (приказ, инструкция, административный регламент и т. п.). Участие какого-либо министерства в разработке нормативных правовых актов высших органов государственной власти — это не нормотворчество в чистом виде, а выполнение лишь отдельных нормотворческих функций федеральными органами исполнительной власти.

В современных условиях создания новой правовой системы, как показывает проведенный анализ, прослеживается увеличение объема законопроектов, подготовленных федеральными министерствами. Но это не означает, что принимать документы высших органов государственной власти будут эти министерства. Согласно законодательству, последние имеют право только разрабатывать проекты федеральных законов, актов Президента и Правительства, а также содействовать их разработке и сопровождению.

Важной проблемой сегодняшнего дня является модернизация ведомственного нормотворчества. Как показывает проведенный анализ, ведомственное нормотворчество, в силу своей специфики, часто подвергалось справедливой критике, поэтому призывы к реформированию данного вида нормотворчества в период проведения реформ неоднократно звучали с разных трибун. В связи с этим еще в 80-е годы были предприняты попытки упорядочения ведомственного нормотворчества и совершенствования системы ведомственных нормативных актов, об этом отмечалось в материалах резолюции XIX Всероссийской конференции КПСС о правовой реформе¹. Было ограничено количество министерств, которые могут принимать нормативные правовые акты (например, МВД, Минфин, Минобр и др.), но потом данный список расширили и данная реформа, как и многие другие в советское время, не увенчалась успехом. Крах этих реформ был предначертан характером неизменных производственных отношений. В связи с этим сама суть ведомственного нормотворчества и цели правового регулирования оставались прежними, поскольку основывались, как правило, на идеях и методах именно тоталитарного государства.

Сегодня в юридической литературе проблема ведомственного нормотворчества не имеет монистического решения, поскольку некоторые ученые, активно пропагандируя вполне состоятельную идею «верховенства закона», предлагают полную ликвидацию всей подсистемы ведомственных нормативных правовых актов. Тем не менее, большинство теоретиков права адекватно понимают, какое значение имеют ведомственные нормативные правовые акты в правовом регулировании различных

¹ См.: Материалы XIX Всесоюзной конференции КПСС. — М., 1988. — С. 146.

сфер в нашем социуме. Примером тому может служить Концепция развития российского законодательства в целях обеспечения единого правового пространства в России, подготовленная Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

По нашему мнению, которое основывается на концептуальных теоретических положениях, становление новой общеправовой российской парадигмы и строящейся на ее основе правовой системы без ведомственного нормотворческого процесса никак не возможно, поскольку из законов, которые должны регулировать наиболее важные общественные экономические, социальные, культурные и иные отношения, нельзя делать подробные инструкции, регламентирующие отдельные детали поведения различных субъектов права.

Однако, говоря о модернизации ведомственного нормотворчества, надо сначала дать дефиницию правовой модернизации. Здесь следует заметить, что в последнее время различные проблемы модернизации в своих научных трудах рассматривали в основном экономисты¹ и политологи², что же касается юристов, то монографических работ, посвященных проблемам правовой модернизации вышло не так уж много³. Отчасти это объясняется тем, что правоведы в своих исследованиях, посвященных нормотворчеству, использовали в основном термин «оптимизация»⁴, который, по нашему мнению, аналогичен термину «улучшение». Рассуждая над этой проблемой, Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькин справедливо заметил, что «речь должна идти не просто о правовой реформе, а о правовой модернизации общественных отношений. Реформа — это преобразование формы того, что уже существует. Модернизация же предполагает еще и появление качественно новых идей, институтов и практик»⁵. С данной точкой зрения, на наш взгляд, следует согласиться и взять ее за основу понимания сущности правовой модернизации.

Рассматривая данную проблему на уровне докторской диссертации, А.П. Мазуренко предложил авторскую дефиницию модернизации правотворчества, под которой он предлагает понимать процесс перманентного обновления, актуализации идей и планов правотворчества, позволяющий более мобильно связывать правотворческую деятельность с социально-экономическими, политическими, правовыми и духовными потребностями общества, сделать правотворчество более гибким и адекватным вызовам времени⁶. В своей работе автор аргументированно доказывает, что основной целью модернизации правотворчества выступает создание условий для опережающего развития права. По его мнению, проблему такого опережающего развития способна решить научно обоснованная и социально ориентированная правотворческая политика, в формировании которой ведущую роль должно играть современное российское государство при заинтересованном и деятельном участии субъектов гражданского общества⁷.

Между тем модернизация такого важного вида нормотворчества исполнительной власти, как ведомственное нормотворчество, должна основываться не только на дефиниции «модернизация правотворчества», но и опираться на фундаментальные идеи концепции «разделения властей» и вообще теории построения правового государства и гражданского общества, а также на правильном применении как классических, так и новых средств юридической техники, быть прозрачной в телеологическом плане, демократичной и эффективной.

При этом необходимо отметить, что фундаментальные идеи о четком разграничении компетенции федеральных органов власти, которые основываются в том числе и на концепции разделения властей, были положены в основу административной реформы⁸. Девятого марта 2004 года был принят Указ Президента Российской Федерации № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти», в котором закреплены нормы-дефиниции, раскрывающие понятия «федеральное

¹ См.: Ясин Е.Г. Модернизация России. Доклады для 10 конференций. Книга 1. — М., 2009.

² См., например: Гавров С.И. Модернизация России: постимперский транзит: Монография. — М., 2010; Коломийцев В.Ф. Россия. Реформы, трансформация, модернизация. Заметки политолога. — М., 2011.

³ Профессор Е.Е. Тонков в своей монографии рассмотрел проблемы модернизации юридических форм государственной деятельности, которые отражаются не только на экономике государства, но и «становятся катализатором политико-правовых преобразований в обществе». См.: Тонков Е.Е. Модернизация юридических форм государственной деятельности: Монография. — М., 2011.

⁴ См.: Ильин А.В. Оптимизация правотворческой деятельности в современной России (вопросы теории и практики): Монография / Под ред. С.А. Комарова. — СПб., 2005; Мартынов Г.А. Теория и методика оптимизации федерального законотворческого процесса: Монография / Под ред. С.А. Комарова. — СПб., 2010.

⁵ Зорькин В. Освободительные реформы и правовая модернизация России // Юридическая газета. — 2011. — 3 марта.

⁶ См.: Мазуренко А.П. Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: Дис... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2011. — С. 45.

⁷ Там же. — С. 42—43.

⁸ Академик РАН профессор Т.Я. Хабриева отмечает, что суть проводимой административной реформы состоит в том, что «...именно государство является главным субъектом социального действия и основным мотором всех преобразований. Речь может идти только об освобождении государственных органов от избыточных полномочий, оптимизации функционирования государственного механизма, сосредоточении государства на тех проблемах, которые не могут решаться без его вмешательства». См.: Хабриева Т.Я. Стратегия социально-экономического развития России и модернизация законодательства // Концепции развития российского законодательства. — М., 2010 — С. 30.

министерство», «федеральная служба» и «федеральное агентство». Таким образом, устанавливалась известная триада, то есть так была утверждена новая, на первый взгляд, наиболее оптимальная, система федеральных органов исполнительной власти.

Согласно данному Указу, «федеральное министерство является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в установленной актами Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации сфере деятельности». В пунктах 4 и 5 Указа был закреплен запрет, из содержания которого следовало, что федеральные службы и федеральные агентства не вправе осуществлять нормативно-правовое регулирование в установленной сфере деятельности, кроме случаев, устанавливаемых указами Президента Российской Федерации¹.

Однако данный запрет на осуществление нормотворческих функций, содержащийся в Указе Президента от 9 марта 2004 года № 314 просуществовал до 20 мая 2004 года, когда был принят Указ Президента Российской Федерации № 649 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти», в пункте 8 которого отмечалось, что «иные федеральные органы исполнительной власти, руководство которыми осуществляет Правительство Российской Федерации, исполняют функции по принятию нормативных правовых актов наряду с другими функциями, предусмотренными Указом Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 года № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти»².

Фактически данная норма свела на нет прогрессивную идею административной реформы о разграничении компетенции федеральных органов исполнительной власти.

Анализ нормотворческой деятельности таких министерств, как МВД России, Минюст России и других позволил выделить следующие стадии процесса подготовки ведомственных нормативных правовых актов:

- 1) сбор, изучение, анализ материалов, относящихся к регулируемому вопросу;
- 2) разработка концепции нормативного правового акта;
- 3) составление плана-конспекта и плана-графика;
- 4) разработка первого варианта проекта;
- 5) доработка проекта с учетом поступивших замечаний и предложений;
- 6) комплексная оценка проекта и подготовка окончательного текста проекта;
- 7) визирование и согласование проекта нормативного правового акта;
- 8) представление проекта на подпись;
- 9) государственная регистрация ведомственных нормативных правовых актов.

При этом нам удалось выявить следующие типичные ошибки, характерные для ведомственного нормотворчества. Остановимся на них подробнее.

Так, для **первой стадии** подготовки ведомственных нормативных правовых актов, когда происходит сбор, изучение, анализ материалов, относящихся к регулируемому вопросу, то есть когда осуществляется правовой мониторинг³, существуют следующие проблемы, связанные с техникой проведения правового мониторинга:

¹ См.: Российская газета. — 2004. — 12 марта.

² Там же.

³ Правовому мониторингу в последние годы посвящены следующие научные и учебно-методические работы: *Минюк Н.В.* Законотворчество как форма выражения правовой политики // Государство и право. — 2007. — № 64; *Нормография: теория и методология нормотворчества: Учебно-методическое пособие / Под ред. Ю.Г. Арзамасова.* — М., 2007; *Горохов Д.Б.* Правовой мониторинг: концепция и организация / Д.Б. Горохов, Е.И. Спектор, М.Е. Глазкова // Журнал российского права. — 2007. — № 5. — С. 25—38; *Арзамасов Ю.Г.* Понятие и функции мониторинга нормативных актов / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный // Государственная власть и местное самоуправление. — 2007. — № 10. — С. 114—123; *Арзамасов Ю.Г.* Место и роль мониторинга нормативных актов в механизме правового регулирования и в образовательном процессе / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный // Право и образование. — 2007. — № 12. — С. 29—35; *Тихомиров Ю.А.* Управление на основе права. — М., 2007. — С. 378—394; *Наконечный Я.Е.* Мониторинг в правотворчестве (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. — М., 2008; *Негробов В.Л.* Мониторинг российского законодательства как элемент правовой политики: общетеоретический аспект: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2008; *Наконечный Я.Е.* Мониторинговые экспертизы законопроектов // Право и государство: теория и практика. — 2007. — № 12; *Наконечный Я.Е.* Правовая природа мониторинга нормативных актов и его роль в правотворчестве // Право и образование. — 2008. — № 4. — С. 71—72; *Черногор Н.Н.* Мониторинг Конституции: постановка проблемы // Законодательство и экономика. — 2008. — № 11. — С. 49—52; *Научно-методическое пособие по разработке законов в современной России / Ю.Г. Арзамасов, Д.Н. Вороненков, Г.П. Ивлиев [и др.].* — М., 2009. — С. 143—152; *Арзамасов Ю.Г.* Мониторинг в правотворчестве: теория и методология / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный. — М., 2009; *Арзамасов Ю.Г.* О правовом мониторинге и проблемах его регламентации // Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации: Материалы Международной научно-теоретической конференции 4—6 декабря 2008 г. / Под ред. Н.В. Витрука, Л.А. Нудненко. — М., 2009. — Т. 2. — С. 123—132; *Правовой мониторинг: Научно-практическое пособие / Под ред. Ю.А. Тихомирова, Д.Б. Горохова.* — М., 2009; *Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практика: Монография / Под ред. Н.Н. Черногора.* — М., 2010; *Черногор Н.Н.* Юридическая техника правового мониторинга // Доктринальные основы юридической техники / Отв. ред. Н.А. Власенко. — М., 2010. — С. 334—356; *Арзамасов Ю.Г.* Концепция мониторинга нормативных правовых актов / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный. — М., 2011.

- 1) правовой мониторинг осуществляется не системно, стихийно, разово, точно, без применения определенной проверенной временем и научно обоснованной методики;
- 2) отсутствует план проведения правового мониторинга;
- 3) на основе проведенного анализа не осуществляется прогнозирование правового регулирования при принятии того или иного акта. Не осуществляется оценка регулирующего воздействия на отношения в социуме;
- 4) сотрудники правовых департаментов не обращаются к уже существующим «досье нормативных правовых актов».

Для стадии разработки концепции нормативного правового акта¹ характерны следующие проблемы, связанные с качеством данного документа.

- 1) концепция не содержит указание, какие отношения будут урегулированы нормативным правовым актом;
- 2) в концепции не указано, как данный акт будет соотноситься с другими нормативными правовыми актами;
- 3) структура и содержание концепции не соответствует нормам права;
- 4) не дана общая характеристика и оценка состояния правового регулирования соответствующих общественных отношений с приложением анализа действующих в этой сфере федеральных законов и иных нормативных правовых актов.

Таким образом, без правового мониторинга никак нельзя обойтись на стадии подготовки концепций проектов нормативных правовых актов. Регулярное осуществление мониторинга концепций проектов ведомственных нормативных правовых актов является своеобразной формой модернизации ведомственного нормотворческого процесса².

На стадии составления плана-конспекта и плана-графика проекта нормативного правового акта возможны следующие ошибки и недочеты:

- 1) разработчики нормативных правовых актов не указывают гриф секретности акта;
- 2) в плане-графике отсутствуют сроки подготовки отдельных частей (разделов, глав) проекта нормативного правового акта;
- 3) не указаны конкретные исполнители;
- 4) отсутствует указание на создание рабочей группы по подготовке проекта нормативного правового акта.

Для четвертой стадии, связанной с **разработкой первого варианта проекта**, характерны следующие проблемы:

- 1) неверно определена форма нормативного правового акта. По нашему мнению, это связано, в большей степени, с тем, что на сегодняшний день формы ведомственных нормативных правовых актов не закреплены федеральным законом. Согласно Правилам подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти могут издаваться в форме постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений. Кроме этого в данном документе содержится запрет на издание ведомственных нормативных правовых актов в виде писем и телеграмм, но на практике отдельные федеральные органы исполнительной власти принимают нормативные правовые акты в форме писем.

Однако серьезным недостатком Правил является то, что в них отсутствуют дефинитивные нормы, раскрывающие содержание таких понятий, как приказ, инструкция, положение и т. п. В связи с этим на практике расшифровка данных понятий осуществляется в основном на уровне того или иного федерального органа исполнительной власти. Например, в Приказе МВД России от 27 июня 2003 года № 484 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов в центральном аппарате МВД России» было раскрыто содержание следующих видов (форм) нормативных актов МВД России: приказ, директива, положение, устав, инструкция, правила, наставление.

Дискуссионным является вопрос о таких формах ведомственных нормативных актов, как директива и устав, поскольку в Правилах подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации такой вид нормативных актов вообще не упоминается³. Такая форма ведомственных нормативных правовых актов не предусмотрена и в приказах Минюста России, содержащих разъяснения о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации.

¹ О концепции проектов нормативных правовых актов см.: *Баранов В.М.* Концепция законопроекта. — Н. Новгород, 2003.

² Об особенностях мониторинга концепций нормативных правовых актов см.: *Арзамасов Ю.Г.* Концепция мониторинга нормативных правовых актов / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный. — М., 2011. — С. 77—95.

³ См.: *Собрание законодательства РФ.* — 1997. — № 33. — Ст. 3895.

Некоторые министерства, например, Министерство образования и науки Российской Федерации, принимают акты в форме инструктивных писем, придавая им при этом статус нормативных правовых актов. Кроме инструктивных писем, федеральные органы исполнительной власти иной раз принимают и циркулярные письма (Центробанк), которые обладают теми же свойствами, что и инструктивные. Такие письма начинаются, как правило, следующими словами министра или руководителя федерального ведомства: «приказываю принять к неуклонному исполнению в целях реализации Постановления Правительства...»;

2) ведомственные нормативные правовые акты не всегда являются образцом законности, нередко они возлагают обязанности как на органы государственной власти, государственных служащих, так и на граждан, что и создает определенные проблемы в сфере охраны и обеспечения прав и свобод человека и гражданина;

3) к принципиальным недостаткам проектов ведомственных нормативных актов следует отнести несоответствие содержания форме, то есть виду, выбранного разработчиком нормативного правового акта. Такие нарушения могут происходить в результате оформления «первичных», базовых норм права в форме ведомственного нормативного правового акта, когда очевидно, что данные нормы должны быть закреплены федеральным законом, либо указом Президента, либо правительственным актом;

4) отсутствие в проекте нормативного правового акта перечня тех нормативных документов, в которые должны быть внесены определенные коррективы, иными словами, изменения и дополнения, в связи с принятием данного проекта и указания времени принятия этих актов;

5) серьезным недостатком является отсутствие в проекте списка нормативных правовых актов, которые должны быть отменены, в связи с принятием данного акта. Отсутствие такого указания в дальнейшем способно привести к коллизиям норм права, что осложнит правовое регулирование определенной группы общественных отношений.

Для стадии **доработки проекта с учетом поступивших замечаний и предложений**, как показал проведенный анализ, характерны технико-юридические ошибки в большей степени стилистического характера. Когда в проект нормативного правового акта внесено много новых норм права и даже целые разделы, то проект становится «пестрым» по стилю, что на практике затрудняет его понимание и применение, поскольку требует дополнительного толкования. Нормы такого документа могут содержать коллизии как норм, так и дефиниций. К сожалению, встречаются акты, в которых содержится несколько разных дефиниций, раскрывающих значения одного понятия.

Чтобы избежать таких ошибок, для разработки проекта ведомственного нормативного правового акта следует привлекать либо одного высококвалифицированного специалиста, либо создавать специальную рабочую группу. Причем такая группа должна не просто состоять из единомышленников, а из грамотных специалистов, которые имеют опыт работы в команде. Важную роль здесь должны играть лингвисты, поскольку проект ведомственного нормативного правового акта в обязательном порядке должен проходить не только общеправовую экспертизу, но и лингвистическую, не говоря уже о финансово-экономической экспертизе в форме финансово-экономического обоснования и антикоррупционной экспертизе.

Серьезной проблемой данной стадии является игнорирование конструктивных предложений, высказанных сотрудниками федеральных органов исполнительной власти, учреждений, организации, гражданами. Опасность здесь, на наш взгляд, заложена в самой сути исполнительной власти¹, которая больше внимания обращает на ведомственные интересы и задачи, а не на проблемы обеспечения прав и законных интересов граждан.

Для стадии **комплексной оценки проекта и подготовки окончательного текста проекта** характерны следующие нормотворческие ошибки:

1) комплексная оценка проекта нормативного правового акта осуществляется без применения современных методик осуществления правового мониторинга проектов нормативных правовых актов;

2) в отдельных федеральных органах исполнительной власти отсутствуют экспертные советы, не учитывается опыт нормотворческой деятельности МВД, Минфина, Минэкономразвития.

Деятельность экспертных советов направлена на преодоление «узковедомственной зашоренности, однобокости и субъективизма» в работе федеральных органов исполнительной власти и призвана обеспечить, с одной стороны, «комфортность» в их деятельности, а с другой — «высокий уровень гарантий прав и интересов граждан»². Так, например, в МВД России действует Экспертный совет по вопросам нормотворческой работы. Его деятельность регламентируется Приказом МВД России от 27 ноября 2001 года № 1038 «Об утверждении Положения об экспертном совете МВД России по вопросам нормотворческой работы»;

¹ О теоретических проблемах модернизации исполнительной власти см.: Петров М.П. Исполнительная власть в России: правовая концепция и практика реформирования. — Саратов, 2011.

² Экспертный совет МВД России по вопросам нормотворческой работы. — М., 2004. — С. 7.

3) осуществляется точечный мониторинг, не проводится мониторинг всех нормативных правовых актов, актов официального толкования, в том числе принятых судебными органами¹, методических документов, связанных с регулированием конкретных общественных отношений;

4) не проводится анализ данных статистики, социологических опросов, научных работ по рассматриваемой проблематике;

5) отсутствует проектирование нормативного материала;

6) не осуществляется ретроспективная оценка акта;

7) результаты проведения комплексной оценки не полно отражены в заключениях на проекты НПА, в отчетах, докладах, «досье нормативных правовых актов» и т. п.

Для стадии визирования и согласования проекта нормативного правового акта возможны такие недостатки, как:

1) не учитывается мнение отдельных министерств и ведомств, учреждений и различных организаций и по предполагаемому предмету регулирования;

2) неправильно оформляется лист визирования и согласования.

Теперь остановимся на ошибках, характерных для **стадии представления проекта на подпись**. На данной стадии встречаются следующие ошибки организационно-технического характера:

1) сотрудники правовых департаментов не всегда ответственно подходят к выполнению своих обязанностей, поскольку проверяют правильность не всех ссылок, сделанных на нормативные правовые акты, которые не соответствуют их наименованию, номерам и датам;

2) к проекту не прилагаются сопроводительные документы, такие как: справки, в которых дается краткое обоснование необходимости принятия нормативного правового акта, финансово-экономическое обоснование.

Теперь остановимся на проблемах, характерных для стадии **государственной регистрации**.

Нередко Министерство юстиции Российской Федерации регистрирует не весь нормативный правовой акт, а лишь его отдельную часть, например приложение к нормативному правовому акту, что, по нашему мнению, неверно, поскольку «подрывается» сама правовая природа нормативного правового акта, ставится под сомнение его нормативность и законность.

На практике федеральные министерства часто используют и такой прием. Посылают в неофициальном порядке проект нормативного правового акта для предварительной экспертизы, которую можно назвать вторичной, так как подобную, а может быть, даже более основательную, нормативный правовой акт проходил уже в правовом департаменте федерального органа исполнительной власти. Когда же нормативный документ будет подписан руководством и официально, с соблюдением всех атрибутов, поступит на государственную регистрацию, то это будет уже третья, а может быть и четвертая или даже пятая экспертиза. Таким образом, мы видим, что федеральные министерства и ведомства иной раз проявляют некоторую «осторожность» при регистрации ведомственных нормативных правовых актов.

Если после проведения правовой экспертизы нормативному правовому акту какого-либо федерального органа исполнительной власти Минюст отказывает в государственной регистрации, то данный властный орган может оформить просьбу вернуть нормативный правовой акт на доработку.

Согласно постановлению Правительства Российской Федерации от 8 мая 1992 года № 305 «О государственной регистрации ведомственных нормативных актов», министерство или ведомство, которому отказывали в государственной регистрации, было вправе обжаловать решение Министерства юстиции в Правительстве Российской Федерации, но с принятием 13 августа 1997 года Правительством постановления № 1009 ситуация в корне изменилась, поскольку процедура обжалования была упразднена нормодателем. Однако отдельные ведомственные нормативные правовые акты под предлогом их ненормативного содержания в некоторых случаях не регистрируются Минюстом. При этом суды общей юрисдикции не принимают решения по исковым заявлениям от граждан и юридических лиц, в которых содержатся ссылки на нормы данных актов, так как они не прошли государственную регистрацию.

Решение данной проблемы заключается в необходимости внесения изменений в законодательство, в соответствии с которыми все без исключения ведомственные нормативные правовые акты должны проходить процедуру государственной регистрации, поскольку изъятие из процедуры государственной регистрации каких-либо ведомственного нормативного правового акта неотвратимо приведет к нарушению прав человека и гражданина. Не существует нормативных правовых актов, которые бы прямо либо косвенно не выходили на проблему реализации прав и свобод человека и гражданина.

Как показал проведенный анализ, регистрационная работа Министерства юстиции Российской Федерации является, с одной стороны, дополнительной мерой по обеспечению единого правового пространства в Российской Федерации, с другой — правовым инструментарием, с помощью которого выявляют юридические нормы, ущемляющие права, свободы и законные интересы человека и гражданина, либо возлагающие на граждан обязанности, не предусмотренные законодательством.

¹ Как отмечает профессор В.В. Лазарев, «проблема мониторинга решений Конституционного Суда освещена менее всего». См.: Нормотворческая юридическая техника / Под ред. Н.А. Власенко. — М., 2011. — С. 37.

Сегодня реально действует более 60 тысяч ведомственных нормативных правовых актов. Такая статистика ставит под сомнение законность данных актов.

Указанные факты говорят об отсутствии должного контроля за ведомственным нормотворческим процессом и его результатами, а также о необходимости определения путей и форм его модернизации.

Таким образом, разработка концепции ведомственного нормотворчества, несомненно, будет способствовать установлению благоприятного правового режима в сфере ведомственных нормотворческих отношений.

Одной из форм модернизации ведомственного нормотворчества является разработка современной теоретической модели системы гарантий законности ведомственного нормотворчества, которая, по нашему мнению, включает в себя следующие элементы:

- нормы закона, регламентирующие нормотворческий процесс федеральных министерств;
- требования законности, предъявляемые к содержанию и форме ведомственных нормативных правовых актов, которые должны быть закреплены на уровне закона;
- систему контроля и надзора за ведомственными нормативными правовыми актами;
- юридическую ответственность руководителей органов исполнительной власти за умышленное принятие ничтожных (незаконных) ведомственных нормативных правовых актов.

Как мы видим, научная оценка состояния ведомственного нормотворчества не свидетельствует о его оптимальности, в связи с этим считаем, что необходимо принять следующий пакет нормативных правовых актов.

Во-первых, актуальное значение имеет принятие федерального закона «**О нормотворческой деятельности и нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти**». В нормах данного акта необходимо закрепить не только нормотворческую компетенцию федеральных органов исполнительной власти, но и формы ведомственных нормативных правовых актов, что реально будет способствовать унификации форм данных актов. Помимо этого, в проекте указанного федерального закона надлежит зафиксировать все стадии ведомственного нормотворческого процесса, порядок учета и хранения ведомственных нормативных правовых актов, а также порядок осуществления контроля за ведомственным нормотворческим процессом и легитимностью ведомственных нормативных правовых актов. Также в данном законе необходимо закрепить обязательную регистрацию всех ведомственных нормативных правовых актов. Отсутствие на сегодняшний день федерального закона «О нормотворческой деятельности и нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти» является пробелом в праве и отрицательно сказывается на создании единого правового пространства в России.

Что же касается структуры проекта федерального закона «О нормотворческой деятельности и нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти», то по нашему мнению, она должна выглядеть следующим образом.

Глава 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Предмет регулирования и цели Закона. Основные понятия, применяемые в настоящем Законе. Правовые основы разработки и принятия ведомственных нормативных правовых актов. Принципы ведомственного нормотворчества. Нормотворческие функции федеральных органов исполнительной власти. Субъекты нормотворческой инициативы. Система нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти.

Глава 2. ПРОГНОЗИРОВАНИЕ И ПЛАНИРОВАНИЕ В ВЕДОМСТВЕННОМ НОРМОТВОРЧЕСТВЕ

Понятие и задачи прогнозирования в ведомственном нормотворчестве. Осуществление прогнозов в ведомственном нормотворчестве. Планирование ведомственного нормотворчества. Мониторинг ведомственных нормативных правовых актов.

Глава 3. ПОДГОТОВКА НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Стадии ведомственного нормотворческого процесса. Нормотворческая инициатива. Решение руководителя федерального органа исполнительной власти о подготовке ведомственного нормативного правового акта. Предварительная подготовка перед разработкой нормативного правового акта. Концепция нормативного правового акта. Разработка плана-графика и плана-конспекта нормативного правового акта. Разработка первого варианта проекта нормативного правового акта. Доработка проекта с учетом поступивших замечаний и предложений. Комплексная оценка проекта нормативного правового акта и подготовка окончательного текста проекта нормативного правового акта. Статус экспертов проектов нормативных правовых актов. Процедура экспертизы проектов нормативных правовых актов. Виды научных экспертиз проектов нормативных правовых актов. Сроки подготовки проектов нормативных правовых актов.

Глава 4. СОГЛАСОВАНИЕ И ВИЗИРОВАНИЕ ПРОЕКТОВ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Согласование проектов нормативных правовых актов. Оформление согласования проекта нормативного правового акта. Визирование проекта нормативного правового акта. Подписание проекта нормативного правового акта.

Глава 5. ОФОРМЛЕНИЕ ВЕДОМСТВЕННЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Реквизиты ведомственных нормативных правовых актов. Структура ведомственного нормативно-правового акта. Нумерация элементов (составных частей) ведомственных нормативных правовых актов. Требования, предъявляемые к языку нормативных правовых актов. Наименование государственных органов, предприятий, учреждений, организаций и должностей в ведомственных нормативных правовых актах.

Глава 6. ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГИСТРАЦИЯ ВЕДОМСТВЕННЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Субъекты государственной регистрации ведомственных нормативных правовых актов. Структура государственной регистрации ведомственных нормативных правовых актов. Представление документов на государственную регистрацию. Сроки государственной регистрации ведомственных нормативных правовых актов. Заключения о ведомственных нормативных правовых актах, представленных на государственную регистрацию. Отказ в государственной регистрации ведомственных нормативных правовых актов. Обжалование отказа в государственной регистрации.

Глава 7. ОПУБЛИКОВАНИЕ И ВСТУПЛЕНИЕ В ЮРИДИЧЕСКУЮ СИЛУ ВЕДОМСТВЕННЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Основания опубликования ведомственных нормативных правовых актов. Официальные источники опубликования ведомственных нормативных правовых актов. Порядок опубликования ведомственных нормативных правовых актов. Общий порядок вступления в юридическую силу ведомственных нормативных правовых актов. Порядок вступления в юридическую силу ведомственных нормативных правовых актов, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, или сведения конфиденциального характера.

Глава 8. ТОЛКОВАНИЕ ВЕДОМСТВЕННЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Понятие толкования ведомственных нормативных правовых актов. Виды толкования ведомственных нормативных правовых актов. Запросы о толковании ведомственных нормативных правовых актов.

Глава 9. СИСТЕМАТИЗАЦИЯ И ХРАНЕНИЕ ВЕДОМСТВЕННЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Понятие и виды систематизации ведомственных нормативных правовых актов. Учет и хранение ведомственных нормативных правовых актов.

Глава 10. ФИНАНСИРОВАНИЕ НОРМОТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Порядок финансирования нормотворческой деятельности федеральных органов исполнительной власти.

Глава 11. КОНТРОЛЬ ЗА НОРМОТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ И НОРМАТИВНЫМИ ПРАВОВЫМИ АКТАМИ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Система контроля за ведомственным нормотворчеством и законностью ведомственных нормативных правовых актов. Внутренний контроль правовых департаментов федеральных органов исполнительной власти за ведомственным нормотворчеством и законностью ведомственных нормативных правовых актов. Внешний контроль за ведомственным нормотворчеством и законностью ведомственных нормативных правовых актов. Координация контроля за ведомственным нормотворчеством и за законностью ведомственных нормативных правовых актов.

Глава 12. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Порядок вступления в юридическую силу настоящего Закона. Приведение ведомственных нормативных правовых актов в соответствие с настоящим Законом.

Во-вторых, в развитие норм данного закона в каждом федеральном органе исполнительной власти при участии научной общественности следует выработать **концепции нормотворческой деятельности**, которые должны детализировать положения федерального закона и содержать нормы, не только закрепляющие ведомственные принципы нормотворчества и основные направления нормотворческой работы в конкретном ведомстве, но и подробный перспективный план реализации концепции, с конкретными сроками и исполнителями.

Принятие таких документов придаст нормотворческой деятельности упорядоченный характер, что нанесет удар по авральности ведомственного нормотворчества. В итоге это будет способствовать повышению уровня качества принимаемых нормативных правовых актов в федеральных министерствах, а также скоординированности субъектов, участвующих в ведомственном нормотворческом процессе.

В-третьих, как свидетельствует практика, повышение качества ведомственных нормативных правовых актов непосредственно связано с усилением внешнего контроля за ведомственными нормативными правовыми актами. В связи с этим большое значение имеет принятие федерального закона **«О государственном контроле в Российской Федерации»**. Такая новелла в законодательстве, выступит в роли нормативной и методологической основы для создания самостоятельных, независимых контрольных структур в государственном механизме, что будет содействовать реальному установлению режима законности посредством создания определенного буфера от противоправных действий и

злоупотреблений правом государственными органами и должностными лицами. В данном законе необходимо закрепить, что координирующим звеном системы контроля должен стать Президент, который в своей деятельности должен опираться на Главное контрольное управление Администрации Президента Российской Федерации.

Принятие такого федерального закона напрямую будет способствовать правовой модернизации, что проявится в борьбе с коррупцией, взяточничеством, злоупотреблением властных структур и должностных лиц. Иными словами, под юрисдикцию государства должны попадать не отдельные правонарушители, а все коррумпированные чиновники, злоупотребляющие властными полномочиями.

Помимо этого, принятие федерального закона «О государственном контроле...» способствует формированию самостоятельной контрольной ветви власти в государстве, наряду с законодательной, исполнительной и судебной. Однако для становления такой ветви власти в государстве, которая бы в действительности реально оценивала информацию и без предвзятости и ведомственного заискивания перед начальством, боролась с нарушением прав и свобод граждан, необходимо придать данному виду власти в России законный (легитимный) характер. Иными словами, речь идет о внесении дополнения в Конституцию, которое будет выражено в форме соответствующей главы, регламентирующей функции и задачи контрольной ветви власти в государстве.

В-четвертых, остается нерешенной проблема принятия статусного закона «**О территориальных органах исполнительной власти**», который бы определил компетенцию территориальных органов и регламентировал взаимоотношения федеральных органов исполнительной власти с территориальными министерствами и ведомствами и их структурными подразделениями. Данный закон, несомненно, способствовал бы установлению четких вертикальных отношений в структуре органов исполнительной власти, доведению нормативных предписаний до их адресатов. Помимо этого выстраиванию современных цивилизованных отношений федеральных органов исполнительной власти с территориальными будет способствовать также принятие договоров о разграничении полномочий и предметов ведения между исполнительными органами власти Российской Федерации и исполнительными органами власти субъектов Федерации.

Таким образом, принятие указанных нормативных правовых актов станет реальной преградой на пути чиновничьего произвола и коррупции, способствует установлению современных, культурных, основанных на праве общественных отношений.

Модернизации ведомственного нормотворческого процесса будет содействовать не только принятие перечисленных законов, но и внесение определенных корректив в действующее законодательство. Во-первых, на наш взгляд, актуальна необходимость в каждой отрасли законодательства закрепить **нормы, регламентирующие соотношение федерального законодательства с ведомственными нормами**. Такая новелла в итоге будет способствовать процессу быстрого разрешения коллизий в праве и защите прав, как юридических, так и физических лиц.

Во-вторых, следует внести дополнение в Федеральный закон «**О прокуратуре Российской Федерации**», согласно которому при принесении протеста прокурора какому-либо федеральному органу исполнительной власти на противоречащий законодательству или международным нормам и принципам ведомственный нормативный правовой акт либо при обращении прокурора с аналогичным вопросом в суд, оспариваемый ведомственный нормативный правовой акт приостанавливает свое действие во времени до рассмотрения протеста либо до принятия судебного решения.

Важное значение в деле модернизации ведомственного правового регулирования имеет также **систематизация ведомственных нормативных правовых актов**. С учетом сложившейся практики она должна осуществляться по следующим направлениям:

— кодификация ведомственных нормативных правовых актов в форме правил, наставлений, положений и административных регламентов, которая характеризуется существенной переработкой нормативного материала, при которой устаревшие нормы отменяются и принимаются новые. При этом кодификация должна осуществляться на основе умелого применения ведомственными нормодателями правил, приемов и средств юридической техники;

— консолидация ведомственных нормативных правовых актов, данный вид систематизации направлен, прежде всего, на преодоление множественности ведомственных нормативных правовых актов, поскольку с ее помощью ранее принятые нормативные предписания объединяются в один акт без существенных изменений текста;

— другим направлением систематизации ведомственных нормативных правовых актов является издание официальных инкорпоративных сборников. Такие сборники, несомненно, будут способствовать повышению эффективности правоприменительной деятельности. Необходимо, чтобы все ведомственные нормативные правовые акты внешнего действия, содержались в одном издании. Это обусловлено тем, что с увеличением цен на подписку гражданам порой не хватает средств на покупку сразу нескольких изданий;

— серьезным направлением в систематизации ведомственных нормативных правовых актов является помещение официальной информации о них в наиболее известных справочно-правовых системах.

С.В. Липень

Липень Сергей Васильевич — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь

Теоретические проблемы правового регулирования правотворческой техники

Правовое регулирование правотворческой деятельности развивается параллельно с самой этой деятельностью государственных органов. Нормы, регламентирующие процесс создания нормативных правовых актов, содержатся в регламентах парламентов, их палат, правительства, местных представительных и исполнительных органов.

Со временем и в юридической науке, и в правотворческой практике начинает сознаваться необходимость создания такого нормативного документа, в котором нашли бы консолидированное выражение требования к нормативным правовым актам, правила их подготовки, а также были бы решены общие для правотворческого процесса принципиальные проблемы правовой системы. Уточнение системы нормативных правовых актов, их особенностей их иерархической соподчиненности, систематизация и нормативное закрепление как требований юридической техники, так и последовательности и обязательности ряда правотворческих процедур (той же экспертизы нормативных правовых актов) позволяет добиться улучшения качества законодательства.

Следует отметить, что теоретические проблемы правового регулирования правотворческой техники практически не обсуждаются в специальной литературе по теории правотворчества. В наиболее известных изданиях последних лет, посвященных проблемам юридической техники, проблемы правового регулирования правотворческой деятельности, как правило, не находят самостоятельного изложения (в качестве самостоятельного раздела или параграфа)¹. В библиографическом указателе «Техника правотворчества»² свыше 50 разделов, каждый из которых посвящен определенной проблеме правотворческой техники, проблемам правового регулирования правотворческой техники специальный раздел не соответствует. В одном из изданий есть специальный раздел «Нормативное регулирование законодательного процесса»³, здесь, однако, рассматривается, в основном, роль регламентов палат, в заключение параграфа внимание уделяется вопросу о целесообразности принятия специального закона, который подробно регламентировал бы всю технологию создания законодательного акта⁴.

Наличие систематизированных правил формулирования правовых норм, составления нормативных правовых актов позволяет в большей степени гарантировать должный результат правотворческой деятельности.

Один из древнейших правовых памятников, в которых содержатся требования к будущему нормативному документу — Конституция Юстиниана «О составлении Дигест» (Конституция от 15 декабря 530 года называется обычно по ее первым словам «Deo auctore»). В ней намечены основные принципы составления будущей кодификации, собственно говоря, такими мы и видим Дигесты. К этим принципам можно отнести:

— необходимость составления единого документа из трудов многих римских юристов, расположение предписаний в 50 книгах и определенных титулах по образцу уже составленного Кодекса императорских конституций, устранение повторений и противоречий: «Император Цезарь Флавий Юстиниан... привет Трибониану, своему квестору. ...4. Поэтому мы приказываем вам собрать и отделить относящиеся к римскому праву книги древних мудрецов, которым священные принцепсы предоставили власть составления и толкования законов, дабы в собранном из всех них материале не было

¹ См., например: *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: Учебник. — М., 2007; *Юридическая техника: Учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти* / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. — М., 2010; *Москалькова Т.Н.* Нормотворчество: Научно-практическое пособие / Т.Н. Москалькова, В.В. Черников. — М., 2011.

² См.: *Техника правотворчества. Природа, основные приемы, значение: Ретроспективный библиографический указатель* / Авт.-сост. В.М. Баранов. — М., 2010.

³ См.: *Нормография: теория и методология нормотворчества: Учебно-методическое пособие* / Под ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 151—156.

⁴ См. там же. — С. 155—156.

оставлено никаких по возможности повторений и противоречий, но чтобы из всех книг была составлена одна, достаточная вместо всех»¹;

— сохранение авторства положений римского права (указание на автора произведения, откуда взято то или иное положение): «4. ...Но так как и другие лица написали относящиеся к праву книги и их писания не восприняты авторитетами и не используются, мы не даем соизволения, чтобы тома (произведений) этих лиц смешивались»²;

— недопустимость заранее определенного приоритета взглядов какого-либо юриста: «5. ...Всем авторитетам в области права должно быть предоставлено одинаковое достоинство, и никому из них не должно быть дано каких-либо преимуществ, так как никто из них не является лучшим или худшим по сравнению с другими во всех вопросах, но некоторые (лучше или хуже) в определенных вопросах... 6. И не судите о том, что является лучшим и более справедливым, по большинству авторитетов: ибо мнение одного и худшего может превосходить в каком-либо вопросе (мнения) многих и более высоких...»³;

— необходимость устранения излишних длиннот, возможность редакторской правки (сокращений, исправлений, приведения формулировок в более совершенный, современный вид и т. д.): «7. Мы хотим, чтобы вы стремились к устранению излишних длиннот, если вы найдете в старых книгах что-либо нехорошо помещенное или что-либо лишнее или недостаточно совершенное, и чтобы вы исполнили то, что является несовершенным, и чтобы вы представили труд достаточный и прекраснейший. Не менее нужно соблюдать следующее: если вы найдете в старых законах или конституциях, помещенных древними в их книгах, что-либо неправильно написанное, то вы должны исправить и привести в порядок; что вы изберете и поместите, то и будет считаться истинным и хорошим и как бы написанным с самого начала, и никто не должен осмеливаться на основании сравнений с старыми томами доказывать порочность (вашего) писания...»⁴.

Следует, однако, отметить, что системно правовое регулирование правотворческой деятельности начало развиваться только в XX веке.

В советской юридической науке был известен опыт ряда социалистических стран (Болгария, Венгрия, Румыния и др.) по разработке и принятию так называемого «закона о законах». Необходимость общего правового регулирования правотворческой деятельности (помимо специального правового регулирования отдельных ее видов — законотворчества и др.), разработки общих правил составления нормативных правовых актов была обозначена во второй половине 80-х годов⁵. В 90-е годы ряд ведущих российских ученых продолжили разработку проблем правового регулирования правотворческой деятельности⁶. К настоящему времени в России на федеральном уровне закон о нормативных правовых актах не принят, хотя вносился в российский парламент и рассматривался там. В некоторых субъектах РФ подобные нормативные правовые акты⁷ приняты и действуют с 90-х годов XX века. Работы российских авторов последних лет⁸ свидетельствуют о продолжающихся поисках в направлении дальнейшего уточнения концепции нормативного регулирования правотворческой деятельности.

Среди государств — членов СНГ наибольший опыт в развитии правового регламентации правотворчества накоплен в Республике Беларусь; закон «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» принят в 2000 году⁹. Кроме того, правовому регулированию правотворческой деятельности по-

¹ См.: Дигесты Юстиниана // Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М., 1997. — С. 153.

² См. там же.

³ См. там же. — С. 154.

⁴ См. там же.

⁵ См., например: Казьмин И.Ф. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания / И.Ф. Казьмин, С.В. Поленина // Советское государство и право. — 1989. — № 12. — С. 3—9.

⁶ См.: Пиголкин А.С. Инициативный проект Закона «О нормативно-правовых актах Российской Федерации» / А.С. Пиголкин, И.Ф. Казьмин, Т.Н. Рахманина // Государство и право. — 1992. — № 7. — С. 76—86; Инициативный проект федерального Закона о законах и иных нормативно-правовых актах РФ / С.В. Поленина [и др.] // Государство и право. — 1995. — № 3. — С. 57—68; Юристы России ждут закон о нормативных правовых актах // Журнал российского права. — 1997. — № 10.

⁷ См. например: Игнатенко В.В. Модельный региональный закон о правотворческой деятельности: концепция и содержание. — Иркутск, 1995.

⁸ См.: Тихомиров Ю.А. Закон о нормативных правовых актах — актуальная повестка дня / Ю.А. Тихомиров, Т.Н. Рахманина, А.Г. Хабибуллин // Журнал российского права. — 2006. — № 5. — С. 88—93; Юртаева Е.А. Закон о нормативных правовых актах и практика российского правотворчества // Журнал российского права. — 2006. — № 5. — С. 12—22.

⁹ См.: О нормативных правовых актах Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 10 января 2000 года, № 361-З (в ред. Законов Республики Беларусь от 4 января 2002 г. № 81-З, от 1 ноября 2004 г. № 321-З, от 2 ноября 2005 г. № 48-З, от 16 мая 2006 г. № 119-З, от 29 июня 2006 г. № 137-З, от 7 мая 2007 г. № 212-З, от 15 июля 2008 г. № 410-З, от 2 июля 2009 г. № 31-З) // СПС «КонсультантПлюс».

священы два декрета¹ и ряд указов² Президента Республики Беларусь, одним из них утверждены «Правила подготовки проектов нормативных правовых актов». В разработке нормативной базы правотворческого процесса следует отметить активную роль структур, осуществляющих организационно-методическое руководство правотворческой деятельностью в Республике Беларусь, прежде всего Национального центра законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь (с декабря 2007 г. — Национальный центр законодательства и правовых исследований). В течение 2010—2011 годов появились 4 указа Президента Республики Беларусь, посвященные разным вопросам правотворческой деятельности³. Таким образом, с 2000-х годов в Республике Беларусь создана, функционирует и совершенствуется система нормативных правовых актов, регулирующих правотворческую деятельность. Проблемы правового регулирования правотворчества обсуждаются на республиканских и международных научных форумах⁴. По интенсивности внесения изменений и дополнений в указанные выше нормативные правовые акты можно видеть, что правовое регулирование отношений в сфере правотворческой деятельности постоянно совершенствуется. Накоплен определенный опыт, осмысливая который можно обозначить общие проблемы, актуальные и для совершенствования российского законодательства.

В Законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь», содержащем 80 статей:

— изложена система понятий, связанных с типологией, принятием, систематизацией, толкованием, действием, реализацией нормативных правовых актов;

— закреплены виды принимаемых нормативных правовых актов, основные принципы правотворческой деятельности, система требований к нормативным правовым актам (требования к структуре, языку, терминологии нормативного правового акта, ст. 23—36);

— дано правовое регулирование стадий правотворческого процесса (в соответствии со ст. 39 к таковым отнесены планирование нормотворческой деятельности, нормотворческая инициатива, подготовка проекта нормативного правового акта; принятие (издание) нормативного правового акта, включение в Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, опубликование нормативного правового акта; основное содержание этих стадий раскрыто в ст. 37—65);

— содержатся положения, связанные с действием и реализацией нормативных правовых актов (действие нормативных правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц, обратная сила нормативного правового акта, порядок официального толкования нормативных правовых актов, разрешения юридических коллизий, устранения и преодоления пробелов, создание условий для реализации нормативных правовых актов, контроль и надзор за исполнением нормативных правовых актов).

¹ См.: Декрет Президента Республики Беларусь от 10 декабря 1998 года № 22 «Об утверждении Положения об официальном опубликовании и вступлении в силу правовых актов Республики Беларусь» (с изм. и доп., внес. декретами Президента Республики Беларусь от 30 сентября 1999 г. № 38, от 28 февраля 2006 г. № 4, от 22 мая 2006 г. № 7, от 3 июня 2008 г. № 11, от 4 ноября 2008 г. № 21, указами Президента Республики Беларусь от 13 декабря 2000 г. № 671, от 19 апреля 2011 г. № 166) // СПС «КонсультантПлюс»; Декрет Президента Республики Беларусь от 26 июня 2008 года № 14 «О некоторых мерах по совершенствованию деятельности Конституционного Суда Республики Беларусь» // СПС «КонсультантПлюс».

Декрет Президента Республики Беларусь — нормативный правовой акт Главы государства, имеющий силу закона, издаваемый в соответствии с Конституцией Республики Беларусь на основании делегированных ему Парламентом законодательных полномочий либо в случаях особой необходимости (временный декрет) для регулирования наиболее важных общественных отношений (ч. 6 ст. 2 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»).

² См., например: Указ Президента Республики Беларусь от 23 июня 1998 года № 327 «Об утверждении Положения о порядке рассмотрения Президентом Республики Беларусь проектов правовых актов» (с изм. и доп., внес. указами Президента Республики Беларусь от 31 января 2000 г. № 29, от 9 февраля 2000 г. № 49, от 15 мая 2001 г. № 263, от 17 сентября 2001 г. № 506, от 7 июля 2003 г. № 289, от 10 августа 2005 г. № 364, от 13 декабря 2007 г. № 630, от 28 мая 2008 г. № 286, от 4 ноября 2008 г. № 600, от 9 апреля 2009 г. № 187, от 5 мая 2009 г. № 229; Указ Президента Республики Беларусь от 11 августа 2003 г. № 359 «О мерах по совершенствованию нормотворческой деятельности» (утверждены «Правила подготовки проектов нормативных правовых актов», с изм. и доп., внес. указами Президента Республики Беларусь от 25 апреля 2005 г. № 189, от 13 декабря 2007 г. № 630, от 28 января 2010 г. № 53) // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Указ Президента Республики Беларусь от 30 декабря 2010 года № 711 «О некоторых вопросах осуществления обязательной юридической экспертизы нормативных правовых актов»; Указ Президента Республики Беларусь от 30 декабря 2010 года № 712 «О совершенствовании государственной системы правовой информации Республики Беларусь» (с изм. и доп., внес. указом Президента Республики Беларусь от 30 декабря 2011 г. № 621); Указ Президента Республики Беларусь от 6 июня 2011 года № 230 «О мерах по совершенствованию криминологической экспертизы» (с изм. и доп., внес. указом Президента Республики Беларусь от 30 декабря 2011 г. № 621); Указ Президента Республики Беларусь от 13 июня 2011 года № 248 «О некоторых вопросах официального опубликования нормативных правовых актов» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См., например: Правовое регулирование нормотворческой деятельности в Республике Беларусь и Федеративной Республике Германия: Материалы Международного семинара 17 ноября 2003 г., г. Минск / Германский фонд международного правового сотрудничества; Министерство юстиции Республики Беларусь. — Минск, 2004.

Наличие и действие закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» имеет несомненные положительные моменты. Отмечается, что нормотворческая деятельность, в особенности органов исполнительной власти, стала более упорядоченной. Решение общих вопросов соотношения нормативных правовых актов, их действия способствует единообразию правоприменительной практики (ссылки на статьи Закона нередки и в решениях высших судебных инстанций Республики Беларусь). Ряд обязательных процедур нормотворческого процесса (подготовка, согласование, экспертиза нормативного правового акта) способствуют повышению качества законодательства. Не последнюю роль играет и сам факт наличия закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь», что постоянно акцентирует внимание правотворческих и правоприменительных органов на проблемы качества законодательства¹, необходимости системного регулирования общественных отношений.

В научной литературе² указывают и на наличие спорных положений в законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь».

Так, оригинальным выглядит данное в пункте 19 статьи 1 Закона нормативное определение права («право — система общеобязательных правил поведения, устанавливаемых (санкционируемых) и обеспечиваемых государством в целях регулирования общественных отношений»). Неоднозначно решены вопросы, связанные с типологией нормативных правовых актов:

- отсутствует понятие подзаконных нормативных правовых актов,
- постановления пленумов высших судебных инстанций, акты Конституционного Суда Республики Беларусь однозначно отнесены к нормативным правовым актам (п. 10 ст. 2),
- законодательство определяется как система всех нормативных правовых актов (п. 4 ст. 1), включая, по всей видимости, и приказ министерства (п. 16 ст. 2), и решения органов местного управления и самоуправления (п. 17 ст. 2) и локальные нормативные правовые акты (п. 11 ст. 1),
- создана оригинальная конструкция «законодательных актов» («законодательные акты — Конституция Республики Беларусь, законы Республики Беларусь, декреты и указы Президента Республики Беларусь», п. 5 ст. 1).

Не очень удачным представляется развитие положений Конституции Республики Беларусь о «немедленном» опубликовании нормативных правовых актов, об обратной силе закона. Институт аналогии права и аналогии закона благодаря закреплению в законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (ст. 72) превратился из цивилистического в общеправовой, что также может быть подвергнуто сомнению.

Деятельность по принятию нормативных правовых актов именуется «нормотворчеством» (п. 13 ст. 1), как указывают белорусские ученые, желательнее было бы не отказываться от термина «правотворчество», в большей степени выражающем юридический характер этой деятельности.

В более удачном изложении нуждаются, по нашему мнению, нормативные предписания, закрепляющие принципы правотворчества³ и основные требования юридической техники к формулированию правовых норм. Так, последние перечисляются вне какой-либо строгой системы и достаточно фрагментарны. Нормативно не закреплены основные требования — точности и полноты правового регулирования общественных отношений. Система требований «внутренней» юридической техники, закрепленная в законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь», основана на научных подходах, выработанных с 60-х годов XX века и не учитывает современных научных разработок в области нормотворческой техники. По нашему мнению, ведя речь об общих требованиях к нормативному правовому акту, необходимо останавливаться (быть может, в первую очередь) на требованиях, которые в изданиях по юридической технике последних лет получили название содержательных — на необходимости достижения социальной адекватности права, на точности, полноте правового регулирования, оправданном выборе способа правового регулирования и т. д.⁴

¹ См., например: *Мательский А.* Типичные ошибки в нормотворческой деятельности // Юстиция Беларуси. — 2003. — № 3. — С. 24—27; № 4. — С. 19—22.

² См., например: *Василевич Г.А.* Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь». — Минск, 2003; *Ковкель Н.Ф.* Логические правила и ошибки легального дефинирования правовых понятий // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. — 2006. — № 2. — С. 26—31; *Ковкель Н.Ф.* Логика и язык закона. — Минск, 2009. — С. 67—68.

³ См.: *Липень С.В.* Принципы правотворчества в законодательстве Республики Беларусь // Принципы права: Материалы Всероссийской научно-теоретической конференции, Санкт-Петербург, Санкт-Петербургский государственный университет, 30 ноября 2006 г. / Под общ. ред. Д.И. Луковской; Сост. С.В. Волкова, Н.И. Малышева. — СПб., 2007. — С. 289—299.

⁴ См.: *Липень С.В.* Необходимость достижения социальной адекватности права — основное требование юридической техники / С.В. Липень, В.А. Маджарова // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. — 2011. — № 2 (22). — С. 167—171; *Липень С.В.* Особенности построения системы требований к формулированию нормативных правовых предписаний в российской дореволюционной, советской и постсоветской юридической науке // С.В. Липень, В.А. Маджарова // Проблемы взаимосвязи теоретического и исторического юридического научного знания: Сборник статей / Под ред. В.В. Лазарева, С.В. Липеня. — Минск, 2011. — С. 175.

Кроме того, в формулировках закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» имеются и технические неточности.

Есть повторы и дублирование нормативных предписаний, избегать чего предписывает часть 3 статьи 23 Закона: «Изложение нормы нормативного правового акта должно быть лаконичным...» (ч. 6 ст. 23) и «Текст нормативного правового акта излагается лаконично...» (ст.31); «Термины и понятия, используемые в тексте нормативного правового акта, должны быть понятными и однозначными» (ч. 3 ст. 23) и «Терминология нормативного правового акта должна формироваться с использованием общепонятных слов и словосочетаний. Одни и те же термины в нормативных правовых актах должны употребляться в одном значении...» (ч. 1 ст. 32).

В отдельных случаях стремление уйти от повторов создает удвоение, или даже утроение терминологии (например — «понятный термин», ч. 3 ст. 23, «общепонятное слово», ст. 32). В статье 3 используется три термина для обозначения правоприменительных актов: «правовые акты, не являющиеся нормативными» (название статьи, ч. 1), «ненормативные правовые акты» (ч. 2), «правовые акты, имеющие ненормативный характер» (ч. 3).

Имеются неудачные стилистические выражения: «общепонятное слово», «терминология ... должна формироваться с использованием общепонятных слов и словосочетаний» (ч. 1 ст. 32), «одни и те же термины ... должны ... иметь единую форму» (ч. 2 ст. 32). Среди научных требований юридической техники не говорится о «форме терминов», как и о «специальных обозначениях» (ст. 33), это специальные термины.

Определениям, содержащимся в статье 1, присущи ошибки слишком узкого и слишком широкого определения, тавтологии, опосредованного круга в определении («акты законодательства — нормативные правовые акты, составляющие законодательство Республики Беларусь», «нормотворческий процесс — нормотворческая деятельность нормотворческих органов (должностных лиц) по разработке и принятию (изданию) нормативных правовых актов, введению их в действие»)¹.

Следует отметить, что уже более двух лет научная общественность ждет появления закона «О правовых актах Республики Беларусь», который должен прийти на смену закону «О нормативных правовых актах Республики Беларусь». Проект Закона Республики Беларусь «О правовых актах Республики Беларусь» внесен в Палату представителей Национального собрания Республики Беларусь Советом Министров Республики Беларусь 27 декабря 2011 года и по состоянию на начало 2012 года находится в Постоянной комиссии по законодательству и судебно-правовым вопросам для подготовки и рассмотрения на сессии².

В «Обосновании необходимости принятия Закона Республики Беларусь “О правовых актах Республики Беларусь”» отмечается: «В целях построения государства с высоким уровнем правовой культуры в условиях функционирования Национального реестра правовых актов Республики Беларусь, олицетворяющего единство системы всех правовых актов Республики Беларусь, должны быть установлены требования не только к нормативным, но также к ненормативным правовым актам. Нормативные и ненормативные правовые акты подготавливаются нормотворческими органами (должностными лицами) по одной технологии. Вместе с тем, отсутствие правовой регламентации порядка подготовки и принятия ненормативных правовых актов позволяет государственным органам (организациям) оформлять такие акты по своему усмотрению, не обеспечивая соответствие их законодательству, в том числе актам большей юридической силы»³.

Проведенное автором данной статьи рецензирование подготовленных в течение 2010—2011 годов проектов закона «О правовых актах Республики Беларусь» показывает, что, наряду с положительными моментами принятия такого закона, существуют опасности как сохранения недостаточно продуманных положений действующего закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь», так и появления новых законодательно закрепленных спорных предписаний, регулирующих деятельность по разработке и принятию правовых актов.

Таким образом, одной из современных тенденций развития правотворческой техники является стремление к ее правовому регулированию. На постсоветском пространстве эта тенденция развивается разными темпами, наиболее развернутая система нормативных правовых актов, регулирующих различные аспекты правотворческой деятельности, сложилась в Республике Беларусь, опыт этого может быть использован и другими государствами. Теоретические проблемы правового регулирования правотворческой деятельности вполне могут претендовать на самостоятельное место в структуре юридической техники как научного направления.

¹ См.: Ковкель Н.Ф. Логические правила и ошибки легального дефинирования правовых понятий // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. — 2006. — № 2. — С. 29—30.

² См.: Национальное собрание Республики Беларусь (официальный сайт) // www.house.gov.by

³ См.: Национальный центр законодательства и правовых исследований (официальный сайт) // center.gov.by/lawacts.html

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»

Основные направления модернизации техники современного правотворчества в России

Техника современного российского правотворчества, как и всякий «живой» процесс, конечно, изменяется и, естественно, неуклонно совершенствуется. Это происходит объективно, порой даже вопреки устремлениям и намерениям правотворящих инстанций.

Но надо признать — *кардинальной* модернизации техники современного правотворчества (я имею в виду период с начала перестроечных процессов до сегодняшнего дня) *не происходит*.

Технико-юридическое качество разных законов, естественно, неодинаковое. Есть и удачные образцы новейшей законодательной регламентации, встречаются интересные и перспективные правовые новеллы. В том числе и поэтому хочу зафиксировать тезис — малопродуктивна ставшая «общим местом» множества публикаций констатация того, что увеличение числа законов в России ведет к снижению уровня их технико-юридического совершенства.

Немало исследователей стоят на позиции: правотворчество, модернизация его техники — глубоко творческий процесс, который невозможно, да и не нужно, нормативно урегулировать.

Может быть и по этой причине мы имеем уникальный парадокс — в сотнях работ по различным юридическим дисциплинам *почти тридцать* лет предлагаются нормы в закон о правотворчестве (закон о нормативных актах), а его все нет, и никто не знает, когда он будет принят. Главная причина уклонения депутатов от разработки этого документа ясна, хотя официально не озвучивается — нормодатели не хотят, чтобы их правовое творчество было ограничено законом.

Заблуждением является мнение, будто отсутствие нормативных ограничений подготовки и принятия правовых актов дает больший простор в этом действительно творческом деле. Напротив, размах, а точнее, разгул, субъективизма, которым сопровождается отсутствие нужных технико-юридических норм, порождает правотворческие ошибки, элементарную неуверенность и беспомощность депутатов: они вынуждены идти за законодательными разработками аппарата, за специалистами, не зная, чью правовую позицию и почему они отстаивают.

Мое частное доктринальное мнение, которое я неоднократно с разной степенью подробности публиковал, следующее: зачастую упускается из виду, что в упрочении правопорядка в государстве участвуют не только нормативные правовые акты и, значит, не только качество их техники влияет на уровень законности. Все иные формы (источники) права порой не менее (а иногда и более) мощны, нежели нормативные правовые акты. От технического совершенства и этих, в том числе теневого, форм прав зависит качество правовой регламентации.

Назрела необходимость в подготовке и издании специального федерального Кодекса об основных формах права. Идея закона о правотворчестве себя не оправдала и оказалась фактически скомпрометированной. В предлагаемом кодексе целесообразно подчеркнуть, что сведения форм права только к нормативно-правовым актам (или еще уже — к законам) неоправданно. В документе желательно с максимальной определенностью выразить отношение государства к прецедентному, обычному, договорному праву, а также к доктрине права. Речь идет о том, что требуется развернутое законодательное закрепление новых «социальных ролей» всех форм (источников) права. В нем полезно нормативно зафиксировать «фундамент» регулятивной системы государства, главную форму права. Полагаю, что в правовом государстве главной формой права должен быть признан не нормативно-правовой акт вообще, а только один из них — Конституция. При этом Конституция государства не может ограничиваться «цементированием» лишь правовых актов. Целесообразно зафиксировать конституционную норму примерно такой редакции: «Все правовые акты и иные формы действующего права Российской Федерации, противоречащие Конституции, не имеют юридической силы».

Кроме всего прочего, предлагаемое законодательное решение проблемы позволит обеспечить реальную подвижность форм права. Конституция государства в этой сложной регулятивной системе образует твердое и стабильное «ядро», «стержень», «центр», а все остальные формы права, «вращаясь» вокруг него, взаимопроникая в него и друг в друга, позволят быстро заполнять «пустоты» юридического общения.

И здесь уместно подчеркнуть важный момент, который в силу разных причин зачастую ускользает из поля зрения правоведов. Так сложилось, что принимаемые нормативные правовые акты активизируют (и далеко не всегда в достаточной мере) лишь органы государственной власти, соответствующих должностных лиц и крайне редко «мобилизуют» общество, граждан, население. В немалой степени в этом «повинна» и техника современного правотворчества. К основным направлениям модернизации техники современного правотворчества, кроме вышеобозначенных предложений, можно отнести следующие.

Одним из самых трудных направлений модернизации техники современного правотворчества является *поиск разумного ограничения* политико-идеологического влияния на содержание, форму, темпы и приоритеты разработки и принятия законодательных документов¹. Техничко-юридическое оформление законов, особенно распределение их иерархического уровня, приобретает принципиальное значение при изменении расклада политических сил в российском парламенте. Например, в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации шестого созыва при отсутствии монополии «Единой России» неизбежны острые дискуссии и диалоги с оппозицией при принятии тех или иных законов. И вот сюжет — для принятия федерального закона у депутатов, объединившихся во фракцию «Единая Россия», достаточно голосов. Другое дело — федеральные конституционные законы: для их принятия требуются коалиционные договоренности депутатов. Техничко-юридическая «деталь» в этих случаях становится серьезным препятствием. Если бы закон о бюджете (обычно он всегда является полем обостренной борьбы) был федеральным конституционным, то оппозиционные силы могли бы кардинально изменить его конфигурацию. Но это «простой» федеральный закон и потому при его принятии «Единая Россия» может легко провести свою экономическую стратегию и тактику. Можно возразить, что закон о бюджете нерационально принимать в форме федерального конституционного закона, поскольку в него часто приходится вносить изменения.

Полагаю, что ради стабильности общества можно пойти на преодоление этих сложностей. При такой ситуации у оппозиции будут выбиты многие «козыри» и она не сможет перекладывать политико-юридическую ответственность за экономические просчеты на других депутатов.

Простейшее, давно известное технико-юридическое правило о *краткости и точности* наименования нормативного правового акта *не соблюдается* на всех уровнях правотворчества, хотя никаких финансовых «вливаний» оно не требует: нужны лишь интеллектуальные усилия и четкое представление о сущности документа.

Вот лишь некоторые примеры архигромоздких названий нормативных правовых актов последнего времени.

Приказ Министерства промышленности и торговли Российской Федерации (Минпромторг России) от 27 мая 2011 года № 708 имеет следующее наименование — **«Об утверждении перечня информации, размещаемой в системе информационного обеспечения в области торговли деятельностью в Российской Федерации, перечня товаров, в отношении которых размещается информация о среднем уровне цен и форм предоставления уполномоченными органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления Министерству промышленности и торговли Российской Федерации информации о состоянии торговли и тенденциях ее развития в соответствующих субъектах Российской Федерации и муниципальных образованиях, об издании нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, муниципальных правовых актов, регулирующих отношения в области торговой деятельности»².**

Такого же плана название Приказа Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации (Минздравсоцразвития России) от 3 июня 2011 года № 464 — **«Об утверждении форм отчетности о расходах средств федерального бюджета, связанных с осуществлением денежных выплат за оказание дополнительной медицинской помощи врачами-терапевтами участковыми, врачами-педиатрами участковыми, врачами общей практики (семейными врачами), медицинскими сестрами участковыми врачами-терапевтов участковых, врачей-педиатров участковых, медицинскими сестрами врачей общей практики (семейных врачей) федеральных учреждений здравоохранения, находящихся в ведении Российской академии наук и Сибирского отделения Российской академии наук, при условии размещения в этих ме-**

¹ Подробнее см.: Баранов В.М. Политико-идеологические пределы преемственности юридической техники // Юридическая техника. — 2011. — № 5. — С. 55—57.

² Российская газета. — 2011. — 29 июля.

дицинских учреждениях муниципального заказа на оказание первичной медико-санитарной помощи, а также федеральных учреждений здравоохранения, находящихся в ведении Федерального медико-биологического агентства, и порядка их предоставления»¹.

Этот изъян присущ и законодательству субъектов Российской Федерации. Так, 2 июня 2010 года Законодательным собранием Нижегородской области принят закон № 88 со следующим наименованием: «**О внесении изменения в Закон Нижегородской области “О наделении органов местного самоуправления городского округа город Нижний Новгород отдельными государственными полномочиями по осуществлению денежных выплат на выполнение государственного задания по оказанию высокотехнологичной медицинской помощи” и признании утратившими силу Закона Нижегородской области “О наделении органов местного самоуправления городского округа город Саров Нижегородской области отдельными государственными полномочиями по осуществлению равного с Министерством внутренних дел Российской Федерации повышения денежного довольствия сотрудникам и заработной платы работникам подразделений милиции общественной безопасности, содержащихся за счет средств бюджета городского округа город Саров”**».

Вряд ли нормально, когда даже в коротком названии акта содержатся грамматические повторы, дублирующие детали, которых можно было легко избежать. Например, приказ Федеральной службы по тарифам от 14 июля 2011 года № 165-Э/2 называется «**Об утверждении положения об определении формулы цены газа**»². Два раза «об» — явное излишество.

Лаконичность, простота и точность названия нормативного правового акта, отсутствие в нем лишних деталей ценны тем, что могут сразу привлечь внимание и усилить интерес к нему прикосновенных субъектов. И, напротив, громоздкость, усложненность названия акта, как правило, незамедлительно «отвращают» от ознакомления и тем более углубленного изучения юридического документа.

Кстати, особое отношение к началу произведения (а любой нормативный акт в большей или меньшей степени — творческое произведение) издавна существует в литературе. В этой связи один развлекательный казус — в 1982 году преподаватель университета Сан-Хосе Скотт Райс учредил конкурс худших начальных фраз литературных произведений и теперь в Америке вручается награда Бульвера — Литтона (начало романа «Пол Клиффорд» этого маститого английского писателя XIX века и ныне считается образцом насыщенной витиеватой прозы).

В России независимо от различных политических веяний сложилась относительно четкая и стабильная иерархическая система нормативных правовых актов, и отступать от нее нужно лишь в исключительных случаях и с понятной всем мотивировкой. Субъективные, искусственные «новеллы» — это не модернизация, а неоправданное создание правовых коллизий. Одна иллюстрация — Приказ Федеральной службы по экономическому и атомному надзору от 31 мая 2011 года № 262 называется: «**Об утверждении Нормативных требований по применению способов и схем проветривания угольных шахт**»³. Что такое «нормативные требования» (термин «нормативные» дан с заглавной буквы) и почему они утверждаются приказом службы, неясно. Перед нами обычный ведомственный процедурный нормативный правовой акт и «внедрять» через него такую технико-юридическую новеллу резона не было.

При формулировании названий нормативных правовых актов не может быть мелочей и особенно недопустима двусмысленность. Возможно, я ошибаюсь, и это специфика морского дела, но вряд ли удачно название Приказа Министерства транспорта Российской Федерации от 12 августа 2011 года № 212 — «**Об утверждении Обязательных постановлений в морском порту Пригородное**»⁴. Можно подумать, что юридической практике известны *необязательные постановления*. Полагаю, что это нонсенс и вряд ли надо было вводить такую терминологию. Ведь, по сути, в этом документе содержится описание морского порта Пригородное, правила захода в него и выхода из него, правила стоянки и т. п.

Кардинальная и качественная модернизация техники правотворчества немислима без официальной идейно-нормативной основы.

Вряд ли оправдано помещать раздел о юридической технике в Концепцию о правотворческой политике, как предлагают некоторые ученые.

Целесообразнее общие и частные вопросы модернизации юридической техники «вычленить» в качестве отдельного предмета законодательной регламентации в форме специальной Программы.

Требуется кардинальная модернизация *техники планирования* на всех уровнях правотворческой деятельности. Надо прямо признать — ныне нет подлинного планирования даже законотворческой работы. Планы сессионной работы Федерального Собрания и законодательных органов субъектов

¹ Российская газета. — 2011. — 22 августа.

² Российская газета. — 2011. — 17 августа.

³ Российская газета. — 2011. — 3 августа.

⁴ Российская газета. — 2011. — 7 сентября.

Российской Федерации на самом деле есть фиксация текущей работы, закрепление пролоббированных законодательных инициатив. А требуется «привязка» к *долговременным стратегическим* целям политического и социально-экономического развития. Планы законодательства и иных видов правотворчества надо иметь на ближайшее *десятилетие*, а не на 4-6 месяцев.

Выбор приоритетов в стратегическом планировании правотворчества — это всегда острое столкновение интересов, всегда ущемление какой-то сферы юридически значимой деятельности. И нужна политическая воля, чтобы взять на себя ответственность за тот или иной стратегический выбор законодательства.

Подлинное стратегическое планирование правотворчества предполагает знание и умелое использование сильных сторон для развития государства и общества. Этого политической элите явно не хватает. Вспомним опыт стратегического планирования экономического и правового развития Японии после поражения во Второй мировой войне — были максимально использованы собственные человеческие ресурсы, развита особая трудовая этика, достигнуто разумное сочетание частной инициативы и государственного централизованного планирования.

Качество правотворческой работы напрямую зависит от *времени*, отводимого на подготовку юридического акта.

Кстати, удивительно, что властвующая элита, заказывая разработку *сценариев* развития государства, не включает в них *прогнозы* законодательства. Прогнозирования законодательной деятельности в силу разных причин не производится — никто из нас не знает, что может стать предметом правовой регламентации через тридцать-сорок лет.

Модернизировать ведь требуется *нормосозидающую деятельность вполне определенных субъектов*. И архиважно представлять — *как* они сами понимают эту деятельность, *в чем* видят свою задачу, как очерчивают свою личную компетентность в правотворчестве.

И вот здесь налицо «клубок» весьма непростых научных, организационных, морально-психологических проблем и консервативных стереотипов.

Один из устоявшихся вредных и опасных стереотипов (он присутствует и в доктрине, и в учебном процессе, и главное — в среде законодателей) состоит в том, что правотворчество искусственно, несомненно, резко делят на два направления — «формирование содержательной стороны (то есть формулирование норм права) и его внешнее оформление (то есть закрепление норм права в тексте письменного официального документа). *Документальное закрепление правовых предписаний находится за рамками правотворчества*»¹. Создание норм права и их текстуальное закрепление рассматриваются как *принципиально* отличающиеся друг от друга виды юридической деятельности. Как провести в реальном правотворчестве это различие *непонятно*. *Должно быть преодолено* противопоставление вопросов: «Кто и как создает закон?» и «Каково его содержание и что он регулирует?»².

Развитая, подлинная, профессиональная техника правотворчества предполагает отражение этих вопросов в неразрывном единстве. Правильно оценить технико-юридическое качество нормативного правового акта невозможно без системного анализа *содержания* документа и предмета его регламентации.

Британский математик с мировым именем Иэн Стюарт написал любопытную книгу «Истина и красота: всемирная история симметрии», где содержится интересная мысль: «Симметрия — это не число и не форма, но специальный вид *преобразований*, то есть некоторый способ «шевелить» объект. Если объект выглядит неизменным после преобразования, то данное преобразование *представляет собой симметрию*»³.

Вот по этому поводу и я хочу порассуждать применительно к проблеме модернизации техники правотворчества. На протяжении многих веков симметрия оставалась ключевым понятием для архитекторов, художников, музыкантов, сейчас ее глубинный смысл оценили физики и математики. Думаю, не только гармония⁴, но и симметрия может и должна лечь в основу многих правовых теорий и «пластов» юридической практики.

Система действующего законодательства — не просто не симметрична, она асимметрична. Надо думать: как ее преобразовать, как модернизировать, чтобы она стала симметричной или приблизилась к симметрии.

В России слишком много законов — именно поэтому нежизненна презумпция знания закона, именно поэтому десятилетиями «функционирует» дефектные законодательные акты. С использова-

¹ См.: Булатова Ю.В. Правотворческая техника как составляющая правовой экспертизы управленческих решений // Современное право. — 2009. — № 6. — С. 7.

² Темнов Е.И. Звучащая юриспруденция=lurisprudencia eloquenta. — М., 2010. — С. 542.

³ Стюарт И. Истина и красота: всемирная история симметрии. — М., 2010. — С. 12.

⁴ Подробнее см.: Жбырь О.Н. Категория «гармония права» и основные формы ее выражения: теоретико-правовой аспект; Пшеничнов М.А. Гармонизация российского законодательства (теория, практика, техника): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2011.

нием всех имеющихся ресурсов надо определить *нужное, оптимальное* число федеральных и федеральных конституционных законов. Отобрать это количество актов, «отточить» их содержание и форму и затем добиваться освоения и неуклонного выполнения.

Все остальные законы, естественно, не надо выбрасывать на «свалку истории»: их можно перевести на иные уровни юридической регламентации.

Имея в виду симметрию, разумно «рассредоточить» имеющуюся законодательную материю по другим результатам правотворческой деятельности государства.

Объект существующей ныне правовой регламентации остается неизменным, но такое преобразование, такая модернизация приведет к симметрии.

Модернизация техники современного правотворчества *немыслимо без обеспечения более высокого уровня* ее открытости. Абсолютно все элементы и стадии именно техники правотворчества должны быть *прозрачными*.

Открытость техники правотворчества не следует отождествлять или смешивать с *принципом гласности самого правотворчества*. Конечно, техника правотворчества — своего рода «кухня» создания и «производства» юридических норм. И, надо признать, что она обычно в силу самых разных (и далеко не всегда узкокорыстных) причин скрывается нормодателем. Техника правотворчества может и должна быть понятна любому заинтересованному или «прикосновенному» к ней участнику юридической регламентации.

В технико-юридических деталях обычно «кроется дьявол», и большинству граждан и должностных лиц это хорошо известно. «Вскрытие» их в процессе правотворчества, без сомнения, будет воспринято как «знак доверия» населению, что повлечет за собой правотворческую активность, вызовет стремление помочь подготовить качественный нормативный правовой акт.

Преимущество желательно предоставить *противникам* готовящегося акта правотворчества, и вот здесь «борьба за содержание права»¹, за которую ратуют В.А. Толстик и Н.А. Трусов, уместна и своевременна.

Требуется законодательное закрепление *принципа исключения дублирования нормативного правового материала*. Общеизвестны далеко не единичные факты дублирования законодательных норм в подзаконных актах. Многие региональные законы буквально копируют федеральные. *Конкретизация законодательства* должна быть освоена во всех ее проявлениях.

Самым сложным, самым труднореализуемым направлением модернизации техники современного правотворчества является *учет прав будущих поколений*. Проблема обеспечения прав будущих поколений в технике правотворчества — это не только прогностический элемент этого вида юридической деятельности. Это даже не только составная часть теории устойчивого развития государства. По убеждению В.Д. Зорькина, «разработку концепций прав будущих поколений можно рассматривать как вклад юристов в формирование государственной стратегии перехода к инновационному развитию»².

Технико-юридическое обеспечение этой стратегии также способно помочь реализации принципа справедливости в его этническом истолковании в современной концепции прав будущих поколений.

В гуманитарной и публицистической литературе принято говорить об ответственности нынешних поколений и государств перед будущими поколениями. По всей видимости, здесь имеется в виду эфемерная «*позитивная юридическая ответственность*». Полагаю, что с технико-юридической стороны разумнее использовать категорию «перспективная юридическая обязанность». Перспективная — не значит отдаленная, будущая. Это нынешняя, реальная юридическая обязанность, но нацеленная на будущее, на отдаленные результаты, которые формулировать надо сейчас.

Легко быть ответственным перед Богом и перед Историей. Труднее реально гарантировать и обеспечить права будущих поколений. Ведь совершенно очевидно, что и технико-юридическим путем можно планомерно обеспечивать «замену сырьевой ренты доходами от несырьевого сектора экономики и рентой интеллектуальной»³. Конечно, ныне в условиях кризиса нельзя резервировать средства от нефтегазового сектора для будущих поколений. Но раньше или позже кризис закончится, и возникнут проблемы адекватного технико-юридического оформления конституционной экономики. Нарботки в этом направлении надо «копить» уже сейчас.

С технико-юридической точки зрения здесь мыслимы два основных пути — жесткие запреты и ограничения на использование оскудевших природных объектов, животного мира и последовательное накопление резервов самых разных благ для будущих поколений. Признаем — современные «творцы права» над этим почти не работают. Причин и объяснений этому можно найти множество, но ведь будущим поколениям они окажутся совсем ненужными.

¹ См.: Толстик В.А. Борьба за содержание права / В.А. Толстик, Н.А. Трусов. — Н. Новгород, 2008.

² Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. — М., 2010. — С. 530.

³ Прокофьев А.В. Справедливость и газонептяные доходы // Формирование морально-ценностных и правовых основ современной культуры: истоки и перспективы: Материалы межвузовской научно-практической конференции. — Тула, 2008. — С. 187.

Основой модернизации, совершенствования, развития законодательства выступает *соотношение традиционности и инновационности* правотворчества. Акцент на любой элемент из этих двух составляющих чреват ошибками. *Стереотипность и творчество* — две необходимые составляющие в правотворчестве. Требуется в каждой конкретной правотворческой ситуации искать разумный баланс между традицией и инновацией.

Иногда законопроектам придается такое ускорение, что его нельзя квалифицировать иначе как «законодательный марш-бросок». При любых оговорках это нельзя признать нормальным законотворческим процессом.

В этом ряду стоит отнюдь не редкая тактика *частых* изменений законов и иных нормативных правовых актов. Если взять Налоговый и Уголовный кодексы, то счет идет на сотни поправок и дополнений. Вспомните «казус» ноября 2009 года, когда федеральный закон о повышении транспортного налога просуществовал три дня. После серии массовых протестов граждан Администрация Президента *порекомендовала* Госдуме (так сообщали СМИ) вернуться к прежней базовой ставке.

Может быть, есть резон директивно ввести технико-юридическое правило — 1 год не вносить во вновь принятый нормативный акт никаких изменений, кроме исправления фактических ошибок. Мониторинг перед изменением акта должен быть обязательным этапом.

То обстоятельство, что федеральный законодатель и региональные нормотворцы «львиную долю» своей деятельности посвящают *изменению* действующего законодательства (поправки, дополнения, отмены, приостановления, оговорки), а не крупным новым актам, достоверно свидетельствует о *дефиците идей законопроектов*. Например, из 1617 действующих в 2011 году законов Нижегородской области 1027 посвящены внесению изменений и 108 — отмене.

Конечно, и учеными, и практиками *высказывается* немало спорных, может быть, даже нежизненных идей законопроектов. Но вычислить «себестоимость» правотворческой идеи (как и художественной) нельзя, а вот «рыночную» стоимость законопроекта всегда (пусть неточно) определить можно. «Банк» идей законопроектов нужен, а уж затем законодатель в силу своего профессионализма, опыта и культуры будет оценивать и по возможности реализовывать эти идеи. При отсутствии если не «банка», то хотя бы «портфеля» идей законов, мы получаем импульсивно создаваемое законодательство, «латание дыр», «точечные акты».

Критерии эффективности не только законопроектов, их концепций, но и идей надо искать. Для введения этого критерия нужна система четких *математических формул и свидетельств*.

Иногда появляются те или иные доктринальные концепции, освещающие конкретные фрагменты социальной жизни, весьма близко примыкающие к юридической сфере. Их познавательное значение обычно велико, но, к сожалению, часто они остаются без надлежащего внимания правотворческих органов.

Так, в 2009 году был опубликован массовым тиражом (5 000 экземпляров) проект Концепции правозащитной деятельности в Российской Федерации¹, где содержится немало дельных предложений по совершенствованию этой многотрудной работы.

И неясно — что и кем именно из нее будет взято для законодательной регламентации.

Идея закона — это начальная, первичная «пульсация» концепции законопроекта. Идея закона — схематичный прообраз концепции. Вот почему важно всеми средствами стимулировать выдвижение *идей и концепций* нормативных актов и только после их комплексной проверки переходит к разработке *проекта* документа.

Надо привлечь внимание юридической общественности к необходимости реанимации и подлинной модернизации «мертворожденного» института консолидированной законодательной инициативы. Цель в свое время перед этим институтом была поставлена благая — помочь продвижению в Государственной Думе инициативных законопроектов субъектов Российской Федерации. «Снизу» продвинуть свои законопроекты у субъектов Федерации пока не очень получается. Зато есть примеры организации этого процесса «сверху», и эти иллюстрации сводят на нет идею консолидированной законодательной инициативы. 14 октября 2009 года Комиссия Совета Федерации по взаимодействию со Счетной Палатой Российской Федерации направила руководителям органов законодательной (представительной) власти субъектов Российской Федерации информационное письмо № 38-29/379, в котором региональные парламенты оповещаются о разработанном Комиссией законопроекте «О порядке проведения аудита эффективности контрольно-счетным органом, создаваемым законодательным (представительным) органом субъекта Российской Федерации». Далее в письме содержится следующий текст: «Предлагаю возглавляемому Вами органу по возможности, присоединиться к указанному проекту в качестве субъекта права законодательной инициативы, и назначить своего представителя при рассмотрении консолидированной законодательной инициативы Государственной Думой. Прошу Вас в течение 45 дней направить Ваши отзывы по тексту данной инициативы, а

¹ См.: Проект Концепции правозащитной деятельности в Российской Федерации / Сост. К.П. Краковский. — М., 2009.

также Ваши предложения по законодательному закреплению механизмов аудита эффективности в частности и государственного финансового контроля в целом». Естественно, Законодательное собрание Нижегородской области своим постановлением от 28 января 2010 года № 1914-IV «горячо» поддержало это предложение. Ясно, что в этом случае говорить об истинной консолидированной законодательной инициативе субъектов Российской Федерации не приходится. По всей видимости, желательнее ввести технико-юридическое правило, согласно которому предоставить приоритетное рассмотрение законопроектов субъектов Федерации, если их число составляет, допустим, не менее 10.

Модернизация правотворчества, особенно его верхнего эшелона — законодательной деятельности — это важная, но лишь часть объявленного властью процесса обновления.

Юридическое экспертное сообщество расколото, депутатский корпус, как на федеральном, так и региональном уровнях, неоднороден. У многих ощущение, что для модернизации у России масса времени. Об опасности необратимого отставания государства и страны почти никто всерьез не задумывается. Имитировать производство законов бессмысленно — надо, чтобы они обеспечивали результативную инновационную экономику.

Для запуска процесса модернизации правотворчества нужна консолидация экспертного правового сообщества по базовым вопросам, нужны смелые правотворческие эксперименты.

За 20 лет Межпарламентская ассамблея государств — участников Содружества Независимых Государств (МПА СНГ) разработала и приняла около 300 модельных законов и кодексов, создав основу общего правового пространства Содружества¹.

Ценность модельных нормативных актов очевидна и неоспорима: они способствуют появлению унифицированных нормативных правовых актов и позволяют на ранней стадии предупредить появление существенных расхождений в принятых законах. Но модельные юридические документы не являются обязательными, нет специального механизма контроля за их использованием. Государства — участники СНГ сами определяют целесообразность обращения к модельным стандартам в процессе нормотворчества.

Считаю, что пришло время повысить регулятивную роль модельных нормативных актов, придать им определенную (пусть не жесткую) степень обязательности. И самое главное — с общего согласия должны разрабатываться такие модельные акты, которые устраняют «болевы точки» общественной жизни, являющиеся насущными для экономического сотрудничества государств. Может, я ошибаюсь, но вряд ли (при всей остроте проблемы) можно признать приоритетным иницируемый ныне модельный закон о защите репродуктивных прав.

О том, что необходимо повышение статуса и эффективности модельных нормативных актов, свидетельствует, например, такой факт. На десятом пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи СНГ в декабре 1997 года был принят модельный закон о меценатстве и благотворительной деятельности. Но в октябре 2010 года Российский форум меценатов констатировал: «Точка как была мертвой, так и осталась». За все это время в национальных законодательствах не появилось самого главного: должных мер благоприятствования меценатству².

Немало приемов техники правотворчества, элементов актов нормотворчества десятилетиями применяются в традиционном формате, хотя юридической наукой убедительно доказана необходимость кардинального изменения их правовой природы, организационно-управленческих функций, культурно-воспитательных и морально-психологических задач.

Обращусь в этой связи к феномену «преамбула нормативного акта»³. Многие исследователи и практикующие юристы стоят на позиции: преамбула нормативного правового акта представляет собой малозначимый вспомогательный элемент, где не могут и не должны содержаться нормы права. Крупные, имеющие огромное социальное значение федеральные законы, кодексы по непонятным причинам не имеют преамбул. Неоправдано отсутствие преамбул у Гражданского кодекса Российской Федерации, Земельного кодекса Российской Федерации, Водного кодекса Российской Федерации, Градостроительного кодекса Российской Федерации, Трудового кодекса Российской Федерации, Таможенного кодекса Российской Федерации. По непонятным причинам не формулируются преамбулы даже в тех региональных законах, которые затрагивают права, свободы и интересы многих граждан, касаются общественно значимых проблем или вызывают дискуссии и протестные акции. Считаю, что нежелательно было принимать 1 декабря 2007 года без преамбулы закон Нижегородской области № 143 «О порядке и нормах заготовки древесины, порядке заготовки и сбора недревесных лесных ресурсов, порядке заготовки пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений гражданами для собственных нужд на территории Нижегородской области».

¹ См.: Мурзабаева С. Актуальность модельных законов доказана временем // Парламентская газета. — 2011. — 9 сентября.

² См.: Бочаров Г. Культура в петле свободы // Российская газета. — 2011. — 16 сентября.

³ См.: Баранов В.М. Преамбула нормативного правового акта (проблемы теории и практики) / В.М. Баранов, Л.К. Лутова. — Н. Новгород, 2012.

Учитывая остроту, деликатность и многолетнее недовольство граждан качеством оказания ритуальных услуг, надо было подготовить развернутую убедительную преамбулу к закону Нижегородской области от 8 августа 2008 года № 97 «О погребении и похоронном деле в Нижегородской области».

Известно о бедственном положении многих даже известных спортсменов после завершения карьеры, и этот момент надо было непременно использовать, и продемонстрировать заботу органов региональной государственной власти об этой категории граждан при принятии 4 июня 2008 года закона Нижегородской области № 60 «О мерах дополнительного материального обеспечения ведущих спортсменов Нижегородской области и их тренеров».

По всей видимости, как федеральные, так и региональные законодатели не только не осознают организационно-управленческой и морально-психологической ценности преамбул законов, но и просто-напросто *не умеют* их составлять.

При этом преамбулы многих отечественных и международных правовых актов активно используются в правоприменительной, особенно судебной, практике.

Я предлагаю разумный вариант — законодательно закрепить шесть элементов содержания преамбулы нормативного правового акта: предмет регуляции, цель юридического документа, сфера его действия, принципы регламентируемой деятельности, система используемых дефиниций, нормативные ссылки.

Дилемма проста — либо принять (пусть с определенными корректировками) это доктринальное предложение, и тогда структура нормативных актов существенно преобразуется, станет четче. Либо мотивированно отвергнуть эту правовую позицию, и тогда по-прежнему нормодатели всех уровней не станут «обременять» себя формулированием преамбул.

И последний сюжет. Высшая политическая власть, крупные и влиятельные институты гражданского общества в России выдвигают множество самых разных амбициозных проектов, ставят неординарные правовые эксперименты. Далеко не все из них реальны и необходимы не только в ближайшей, но и в отдаленной перспективе.

Мне непонятно — почему из числа этих проектов исчезла первостепенная юридическая задача: создание Свода законов Российского государства. Неудачные попытки создать Свод законов СССР и РСФСР не означают принципиальной невозможности поддержания в постоянном рабочем состоянии «кодекса кодексов». По всей видимости, нужна новая схема Свода законов государства, новые, может быть, несколько упрощенные принципы его формирования. Речь идет о поиске инновационной техники электронной систематизации действующего в России законодательства. Может, не стоит в доктрине, да и в правотворческой практике столь жестоко «разводить» инкорпорацию, консолидацию, кодификацию: мыслима «монтажная» в единое самостоятельное целое отдельных элементов различных видов упорядочивания нормативных правовых актов. «Фигура умолчания» относительно Свода законов Российского государства на федеральном уровне быстро перешла и на региональный уровень — в субъектах Федерации, за редким исключением (Республика Башкортостан) не предпринимается никаких мер по созданию Собраний или Сводов законодательства.

Интересно проследить ход событий после принятия 6 февраля 1995 года Указа Президента Российской Федерации № 94 «О подготовке к изданию Свода законов Российской Федерации»¹. Сразу после опубликования документа были предприняты элементарные организационно-правовые меры (создана временная комиссия, фактически продублированы по схеме и принципам создания Свода подходы к тематической систематизации советских времен), но реальной работы по упорядочению конкретных актов не велось.

Более того, 14 разноплановых управленческих актов разными ведомствами были приняты в порядке конкретизации Указа Президента России № 94. Минздрав РФ издал Указание от 21 мая 1997 года № 3019 «О Своде законов», Минсельхозпрод России опубликовал приказ от 14 июля 1998 года № 440 «О создании рабочей группы по организации работы, связанной с формированием Свода законов Российской Федерации», Госкомэкология РФ — приказ от 16 апреля 1998 года № 225 «О Своде законов Российской Федерации», Минфин России — приказ от 11 марта 1998 года № 36 «О подготовке предложений, связанных с формированием Свода законов Российской Федерации».

Подобные мало к чему обязывающие акты издали и другие ведомства, министерства, госкомитеты.

Когда выяснилось, что кроме официального «выражения намерений», заметных подвижек в подготовке Свода законов Российской Федерации не произошло, и фактически Указ главы государства «торпедирруется», появился еще один документ — Указ Президента Российской Федерации от 14 февраля 1998 года № 170 (в ред. от 22 марта 2005 года) «О мерах по повышению эффективности работы, связанной с формированием Свода законов Российской Федерации»².

Минюст России разработал Рекомендации по подготовке предложений в соответствии с этим Указом, но и эти меры результата не принесли. В итоге появился Указ Президента Российской Феде-

¹ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 7. — Ст. 509.

² Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 829.

рации от 28 июня 2005 года № 736 «Об изменении и признании утратившими силу некоторых актов Президента РСФСР и Президента Российской Федерации», где в пункте 20 решение о подготовке к изданию Свода законов Российской Федерации признано *утратившим силу*¹.

Вряд ли можно считать нормальным, что не только всем гражданам России, но даже юридическому сообществу не сообщили причин такого провала. И дело, конечно, не в низкой исполнительной дисциплине. Причины гораздо глубже и серьезнее — отсутствует политическая воля, нет осознания важности Свода законов государства, недостаточен профессионализм юристов, работающих в высших эшелонах представительной и исполнительной государственной власти.

В этой связи вызывает недоумение позиция некоторых исследователей, которые считают, что «на сегодняшний день работа по созданию Свода приостановлена». Исходя из непонятно на чем основанном выводе о *преждевременности* такого официального источника вторичного опубликования актов, Н.А. Толкунова пишет: «Критический взгляд на российское законодательство позволяет согласиться с принятым решением. Несмотря на то, что действующее законодательство имеет значительное количественное содержание, еще очень большой круг общественных отношений законодательно не урегулирован, а структура самого законодательства окончательно не сформирована»².

С такой идеалистической и явно комплиментарной для власти оценкой согласиться нельзя. Утрата юридическим документом силы и с правовой и с фактической сторон означает не приостановление, а *прекращение* деятельности, которая подвергалась регламентации.

Официально ныне никто не обязан вести какую-либо работу по реальной подготовке Свода законов Российской Федерации. Неофициально, если, конечно, такие подвижники найдутся, готовить Свод законов государства можно, но без официального санкционирования все равно не обойтись. Да и вряд ли в неофициальном порядке можно качественно выполнить столь масштабную и дорогостоящую работу.

Что касается довода относительно неурегулированности некоторых общественных отношений и несформированности структуры законодательства, то не было, нет и вряд ли когда появится государство, в котором бы оказались урегулированными все виды юридически значимой деятельности и окончательно оформилась структура законодательства. Эти две составляющие — самые динамичные части законотворческого процесса, в которых всегда присутствует элемент *non finit*, незаконченности. И это обстоятельство не может служить препятствием для подготовки Свода законов государства. Это отчетливо понимали в царское время, когда в 1906 году учреждался Государственный совет. В документе, ему посвященном, статья 121 гласит: «В тех случаях, когда, при изготовлении нового издания Свода законов или при внесении в него новых узаконений, встретятся вопросы, которые не могут быть разрешены порядком кодификационным, а также когда при этом обнаружится неполнота или недостаточность действующего закона, Государственный секретарь или министр, до ведомства которого предмет относится, входит с представлением о разъяснении, изменении или дополнении подлежащих статей Свода или других узаконений»³.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 28. — Ст. 2865.

² Толкунова Н.А. Систематизация российского законодательства в сфере социальной защиты населения: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 130. По мнению А.К. Бондарева, «наше законодательство еще не было готово к созданию Свода законов, следовательно, сколько бы стараний ни было приложено, цели все равно не удалось бы достичь». См.: Бондарев А.К. Снова о Своде законов Российской Федерации // Законодательство. — 2001. — № 12. — С. 3.

³ Государственный совет Российской империи, Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации в истории российского парламентаризма: преемственность и традиции. — М., 2007. — С. 158.

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

А.В. Азархин

Азархин Алексей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Института права Самарского государственного экономического университета

Целеполагание в современном законодотворчестве: к вопросу об эффективности правовой политики в России

Проблематика целей в юридических науках не является новой. Тем не менее, в последнее время к ней обращаются все чаще и чаще в попытках разрешения наиболее острых проблем современной правовой политики. Формирование стратегии развития правовой системы Российского государства также связывается с эффективным целеполаганием. Понятно, что определение основных направлений реформирования действующего законодательства и практики его применения требует понимания целевых ориентиров — того результата, который выступает в качестве идеальной модели правовой жизни. Последняя, в свою очередь, должна адекватно отразить объективные потребности людей, общества, государства в урегулировании посредством норм права определенных сфер общественной практики.

Проблема целеполагания в праве имеет важное значение и с теоретической точки зрения. Можно сказать, что само познание права, равно как и оценка эффективности механизма правового регулирования общественных отношений, зависят от правильного понимания и степени достижения нормативно установленных целей. Как верно отмечал в свое время Д.А. Керимов, «цель как философская категория лежит в основе познания существа права, процесса его создания и реализации, развития и совершенствования»¹.

Социальная значимость категории «цель в праве» определяется еще и тем фактом, что будучи закрепленными в правовых нормах, цели отражают социально значимые интересы и потребности. Подобные цели-ценности становятся стандартами жизнедеятельности, служат одним из факторов устойчивости общественной системы². Социальные ценности не только ориентируют людей во внешнем мире и взаимодействии друг с другом, социальными и государственными институтами, определяя социально допустимые, приемлемые и одобряемые формы поведения, но и формируют стандарты государственно-правовой политики в плане обеспечения и защиты указанных ценностей.

В этой связи совершенствование российской системы законодательства сегодня все чаще связывается с целевыми установками. Именно цель задает определенный вектор развития правотворческой деятельности в целом и отдельных правовых институтов в частности. Цели в правотворчестве несут сугубо функциональную нагрузку, придавая определенный смысл правовым нормам и ориентируя субъектов права в их правовом поведении.

Правовое регулирование как процесс упорядочения общественных отношений при помощи норм права предполагает обязательное осознание того результата, того идеального (желаемого или возможного) образа, к которому стремится государство, устанавливая данные нормы. «Осознание, то есть выраженное в словах предвосхищение будущего результата действия, и называется целью»³. Целеполагание, таким образом, выступает исходным, отправным моментом правотворчества. Законодатель должен, прежде всего, представить теоретически, умозрительно, возможные результаты воздействия правовых норм на реальные общественные отношения, оценить заранее предположительные нежелательные последствия правового воздействия, так называемые побочные эффекты. Своего рода предвидение, прогнозирование результатов правового воздействия на общественные отношения самым тесным образом связано с правовым целеполаганием. Целью такого прогнозирования, как верно отмечает Т.С. Юрина, является выявление и учет потребностей в законодательном урегулировании общественных отношений, научное предвидение ближайших и отдаленных последствий действия законодательных актов, их эффективности⁴.

¹ Керимов Д.А. Категория цели в советском праве // Известия вузов. Правоведение. — 1964. — № 3. — С. 31.

² См.: Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. — Л., 1977. — С. 31—32.

³ Проблемы социального планирования / Под ред. З.И. Файнбурга. — Пермь, 1974. — С. 5.

⁴ См.: Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. — М., 2003. — С. 292—295.

Эффективность права (в форме конкретных нормативных правовых актов) определяется, в первую очередь, результативностью действия правовых норм, их способностью оказывать определенное влияние на общественные отношения, содействовать достижению социально полезных целей. В теории права практически общепризнанной является точка зрения, что правовые нормы эффективны тогда, когда практика их реализации дает положительные результаты, способствует достижению поставленных целей, как юридических, так и социальных. «Материализация целей в конкретные результаты есть неотъемлемый элемент эффективности... Если цели, заложенные в юридических моделях, не достигнуты в ходе их использования, то говорить об эффективности права в данном случае не приходится»¹.

Однако подобное понимание справедливо только тогда, когда нормативная цель правильно отражает объективные закономерности развития общества, а не носит, к примеру, конъюнктурный характер либо отвечает каким-либо узкогрупповым (партийным, корпоративным и т. п.) интересам. Объективная обоснованность цели в праве является, таким образом, необходимой предпосылкой ее эффективности, да и реальности ее достижения также. По справедливому замечанию К. Маркса, не утратившему своего значения в результате смены государственной идеологии, законодатель «должен смотреть на себя как на естествоиспытателя. Он не делает законов, он не изобретает их, а только формулирует, он выражает в сознательных положительных законах внутренние законы духовных отношений. Мы должны были бы бросить упрек законодателю в безграничном произволе, если бы он подменил сущность дела своими выдумками»².

Детерминированность процесса правотворчества объективными социальными закономерностями обеспечивает процесс познания и оценки различных социальных факторов, обуславливающих потребность в нормативно-правовом регулировании конкретных общественных отношений, а также выявление и учет многообразных интересов различных социальных групп и общества в целом. Закономерности общественного развития объективны и составляют необходимую основу правотворческой деятельности, формирования общих тенденций развития права. Для законодателя крайне важно понимание этих закономерностей. Осознание объективно складывающихся социальных закономерностей является базой для формулирования определенных правовых идей, требующих объективации в форме правового акта или отдельных правовых норм.

Под потребностями обычно понимают «состояние организма, человеческой личности, социальной группы, общества в целом, выражающее зависимость от объективного содержания условий их существования и развития и выступающее источником различных форм их активности»³. Данное определение акцентирует внимание на зависимости любой социальной системы от объективных условий ее существования, с одной стороны, а с другой — на причинно-следственных связях между наличной потребностью и целенаправленной активностью субъекта. В сфере правотворчества эта зависимость выражается в форме целеполагания — от осознания потребности в нормативно-правовом регулировании к предвидению его результата.

Объективные потребности служат источником целенаправленной активности законодателя, что порождает, на наш взгляд, феномен ценности целеполагания. Цель всегда должна рассматриваться в масштабе социально-правовых ценностей, и при необходимости — корректироваться ими. Если бы цель не представляла собой ценности, то целеполагание в законотворчестве носило бы бессистемный и бессмысленный характер. Подобная ситуация способна повлечь существенные негативные последствия как для отдельной личности — субъекта права, так и для общества и государства в целом. Спонтанный характер целеполагания противоречит системным качествам правовой сферы общества. Проблема целеполагания имеет, таким образом, базовое значение в структуре анализа эффективности правовой политики современной России.

Правотворчество, как представляется, является основной формой реализации правовой политики государства; именно в форме правотворчества, то есть в принятии, изменении и отмене нормативных правовых актов, правовая политика обретает свое внешнее выражение. По справедливому утверждению С.В. Полениной, правовая политика при всем многообразии характеристик этого понятия понимается и воспринимается в обществе в первую очередь как политика правотворческая. Такое положение не случайно, поскольку, будучи закрепленной в преамбулах, определениях и статьях законов и иных нормативных правовых актов, правовая политика приобретает наиболее ясную и доступную для широкого обозрения и ознакомления населением форму⁴.

А.В. Малько и К.В. Шундилов отмечают, что правовая политика представляет собой «стратегически осмысленную деятельность», поскольку в ее основе всегда лежит определенная система целей и

¹ Малько А.В. Цели и средства в праве и правовой политике / А.В. Малько, К.В. Шундилов. — Саратов, 2003. — С. 221.

² Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — 2-е изд. — Т. 1. — С. 162.

³ Философская энциклопедия. — М., 1967. — Т. 4. — С. 327—328.

⁴ См.: Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М., 2003. — С. 180.

концептуальных идей, отражающих узловые моменты будущей организации социальных отношений. Любая политика, в том числе правовая, немыслима без конкретных ориентиров, представлений и конечных результатов деятельности¹. Правовая политика — это стратегия деятельности государства в области правового регулирования. В рамках такой стратегии формируется перспективное представление о социально-экономическом и политическом облике государства, о базовых ценностях общества и государства, о направлениях их скоординированного развития.

Например, Конституция Российской Федерации закрепляет основные социальные цели, которые общество ставит и достигает при помощи государства и с его участием: создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, формирование правового государства, обеспечение благополучия и процветания России, целостности и неприкосновенности ее территории, народовластия.

Не упоминая текстуально слово «цель», Основной закон российского государства, тем не менее задает контуры правовой политики современной России, ее стратегические приоритеты. В этой связи нельзя не согласиться с точкой зрения Б.Н. Топорнина, что «компоненты целеполагания, точные ориентиры явились сильной стороной Конституции РФ, позволили ей выйти за привычные рамки и оказывать более сильное воздействие на развитие страны»².

Вместе с тем, нельзя не видеть, что закрепленные в Конституции цели есть базовые ценности современного цивилизованного общества и демократического правового государства. Они имеют глобальное содержание, интегрируют компоненты, направленные на обеспечение общественной пользы, в них выражены устремления всех (или большинства) людей. Такие цели-ориентации носят гуманистический характер, при этом практически невозможно оценить степень достижимости этих целей в общегосударственном масштабе. Их декларация на конституционном уровне придает им вид «конечных» целей, что снимает вопрос о реальности того состояния, к которому стремится общество и государство в соответствии с Конституцией РФ.

Надо сказать, что главный недостаток конечных декларируемых целей — именно крайняя неопределенность, абстрактность и общие формулировки, что не позволяет реально оценить их социально-правовой эффект. Но если для конституционного правотворчества это и оправданно, учитывая преимущественно декларативный характер конституции как нормативного правового акта, то для базового законодательства представляется спорным.

В современной правовой литературе высказана точка зрения, что в настоящее время, «когда задача правового регулирования видится уже не в достижении заданных сверху целей, а в выражении и согласовании социальных интересов, способствующих нормальному, свободному развитию общественных отношений, должны быть соответствующим образом пересмотрены и положения теории эффективности законодательства... В русле современного понимания сущности закона в условиях формирующейся правовой государственности эффективность законодательства следует измерять его вкладом в укрепление правовых начал государственной и общественной жизни, в формирование и развитие элементов свободы в общественных отношениях, в реализацию прав и свобод человека и гражданина»³.

Как представляется, за абстрактными формулировками трудно увидеть реальный социально-правовой эффект закона. В каких единицах можно измерить его вклад «в укрепление правовых начал государственной и общественной жизни, в формирование и развитие элементов свободы в общественных отношениях, в реализацию прав и свобод человека и гражданина»? Все указанное — базовые ценности правового государства; любой закон, если он отвечает данным ценностям, в качестве конечной цели их и имеет. Цели закона должны быть конкретны, понятны его адресатам.

Факты принятия законов, других нормативных правовых актов, страдающих излишней декларативностью и неопределенностью, свидетельствуют о дефектах правотворческого процесса в Российской Федерации. Подобная абстрактность, как правило, означает одновременно и отсутствие механизма реализации закрепленных норм права. Нечеткость, аморфность нормативных предписаний затрудняет, а в ряде случаев делает невозможным применение нормативных правовых актов субъектами права.

В мотивированной общественной активности (а адресатом законов является неопределенный круг лиц — общество в целом либо его отдельные социальные группы, выделенные по определенным признакам) важную роль играет не только значимость, ценность поставленной цели, но и ее конкретность. Чем большее значение имеет цель, чем более она конкретизирована в общественном сознании, тем большую активность проявляют субъекты права в процессе ее объективации. Указанная

¹ См.: Малько А.В. Цели и средства в праве и правовой политике / А.В. Малько, К.В. Шундилов. — Саратов, 2003. — С. 215.

² Конституция Российской Федерации: стабильность и развитие общества / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. — М., 2004. — С. 50.

³ Лапаева В.В. Социология права. — М., 2004. — С. 503.

устремленность превращается в один из важнейших факторов достижения правовых целей. Как правило, четкое осознание общественно значимой цели, ее трансформация в субъективно значимую цель и обеспечивают результативность, эффективность правовых норм.

В действительности, любой закон, иной нормативный правовой акт преследуют определенные социальные и юридические цели, независимо от того, выражены ли эти цели текстуально или нет. Однако в последнем случае создаются условия, когда правильность понимания целевых установок законодателя ставится в зависимость от уровня правовой культуры субъектов права. Понятно, что адекватность восприятия правовых целей в таких условиях не всегда может быть обеспечена, что безотлагательно скажется на эффективности правового акта. Важно и то, что цель — это не только мысленно предвосхищаемый результат правотворческой деятельности. Цель пронизывает все содержание правового акта, обеспечивая тем самым внутреннюю согласованность, упорядоченность и непротиворечивость правовых норм.

В заключение исследования проблемы целеполагания в современном законодательстве в ее соотношении с вопросом эффективности правовой политики, сформулируем следующий вывод.

Конечной целью законодательного процесса является удовлетворение определенной потребности в надлежащем нормативно-правовом регулировании конкретной сферы общественных отношений. Познание объективных закономерностей, трансформация основанных на них правовых идей в нормы права способствуют более эффективному правотворчеству. Их неиспользование либо недостаточное использование, фальсификация либо приспособление в угоду каким-либо узкогрупповым интересам приводит к созданию нецелесообразного закона, что в конечном итоге повлечет отрицательные последствия для личности, общества и государства. Целеполагание (выраженное формально, текстуально) является важнейшим показателем качества юридической техники правотворчества.

А.В. Алехина

Алехина Александра Викторовна — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Правовое регулирование слияний и поглощений по законодательству Европейского союза

Европейский союз (Евросоюз, ЕС) был создан на основании вступившего в силу 1 января 1958 года Римского договора и представляет собой экономическое и политическое объединение 27 европейских государств. Основной целью образования, объединения подобного рода служило создание условий для успешного экономического взаимодействия стран-участниц, в том числе посредством формирования единого рынка товаров, работ и услуг. В этом смысле процессы по слияниям и поглощениям в современных условиях являются универсальными механизмами развития мирового торгового оборота. Вопросу правового регулирования деятельности компаний, в том числе проблемам законодательного обеспечения процессов слияний и поглощений, в деятельности ЕС уделяется большое внимание.

Во второй половине XX века практически во всех странах — участницах ЕС были внесены серьезные изменения в национальные законодательства, регулирующие деятельность компаний. Причиной этого многие специалисты называют стремление к созданию единого экономического пространства, глобализацию производства и капитала.

Европейский союз организывает свою деятельность, главным образом, на основании Учредительных договоров, заключенных со своими государствами-членами. В соответствии с ними Евросоюз проводит комплекс мероприятий с целью координации национальных законодательств государств-членов по вопросам регулирования деятельности компаний. Вместе с тем, следует отметить, что ЕС, принимая во внимание различные особенности правовых систем государств-членов, оставляет решение ряда вопросов по регулированию процессов по слияниям и поглощениям на усмотрение национальных законодательств стран-участниц.

Прежде всего, следует отметить Римский договор о ЕС с учетом последних изменений, внесенных в него Маастрихтским, Амстердамским и Ницким договорами. Основной задачей этого договора является создание целостного права для всех без исключения государств — членов ЕС. Примечательно, что первостепенная роль в формировании единого правового поля отводится директивам Совета ЕС и межгосударственным переговорам.

Четырнадцать основных директив образуют так называемую Программу гармонизации права компаний ЕС.

Первая директива по праву компаний была утверждена Советом ЕС 9 марта 1968 года (68/151/ЕЕС). Данная директива устанавливала исчерпывающий перечень существующих оснований и жесткий порядок и условия признания регистрации компании недействительной.

Вторая директива Совета ЕС от 13 декабря 1976 года (77/91/ЕЕС) и имела название «Директива о капитале компании». Положения Директивы прежде всего регулировали процедуру увеличения и уменьшения уставного капитала, порядок доступа к информации о капитале компании и др.

Третья директива от 9 октября 1978 года (78/855/ЕЕС) и Шестая директива от 17 декабря 1982 года (82/891 ЕЕС) касаются вопросов реорганизации торговых товариществ. В этой Директиве закреплен основной принцип слияния компаний, в соответствии с которым слияние компании производится без ее ликвидации. Директива различает две формы слияний: «слияние путем присоединения» («division by acquisition»), означающее переход активов к уже существующему обществу, и «слияние путем создания нового общества» («division by formation of new companies»), когда активы переходят к обществу, возникшему вновь. Примечательно, что Третья директива обязывает страны-участницы, ранее не знавшие института слияния, ввести его в свое национальное законодательство (ст. 2 Директивы). Помимо этого Третья директива содержит ряд положений, направленных на защиту акционеров. Так, например, она закрепляет, что решение о слиянии принимается общим собранием акционеров (ст. 7), до принятия собранием решения составляется договор слияния и др.

Вслед за Директивой о слияниях в 1982 году была принята Директива о разделениях (Шестая директива). Она, как и Третья директива, распространяется только на акционерные общества и гармонизирует только разделения компаний, подчиняющихся праву одного государства, то есть «национальные разделения». Директива не обязывает государства, где не предусмотрено разделение, вводить у себя этот институт (ст. 1).

Четвертая директива от 25 июля 1978 года (78/660/ЕЕС), Седьмая директива от 13 июня 1983 года (83/349/ЕЕС) и Восьмая директива от 10 апреля 1984 года (84/253/ЕЕС) посвящены преимущественно решению вопросов по правилам составления и опубликования финансовой информации компаний.

Положения относительно регулирования порядка обращения финансовой отчетности Четвертой и Седьмой директив находят свое отражение и уточнение в Одиннадцатой директиве Совета ЕС (89/666/ЕЕС), принятой 21 декабря 1989 года, с обозначением особенной процедуры предоставления информации подобного рода филиалами и представительствами иностранных компаний.

Кроме этого, следует отметить Директиву 2005/56/ЕС Европейского Парламента и Совета от 26 октября 2005 года «О трансграничных слияниях хозяйственных обществ, основанных на объединении капиталов». В пункте 1 Директивы закреплено, что сотрудничество и объединение хозяйственных обществ, основанных на объединении капиталов, из разных государств-членов является необходимым. Кроме этого, данная Директива достаточно четко определяет в отношении каких именно хозяйственных обществ могут применяться правила слияний, что конкретно понимается под слиянием, а также каковы порядок, условия контроля и последствия проведенного слияния.

Двенадцатая директива Совета ЕС от 21 декабря 1989 года (89/667/ЕЕС) касается актуального вопроса создания и деятельности закрытых акционерных обществ, имеющих единственного участника (так называемые one-man company).

И, наконец, Директива 2004/25/ЕС Европейского парламента и Совета от 21 апреля 2004 года, так называемая Тринадцатая директива, регулирующая предложения о поглощении (Директива о предложениях о покупке, Директива о поглощениях), а также Регламент Совета (ЕС) № 139/2004 от 20 января 2004 года о контроле над концентрацией предприятий (Регламент ЕС о слиянии), последний из которых модернизировал Регламент Совета 4064/89, регулировавший эти вопросы прежде. Важно отметить, что законодательные акты, которые принимаются в отдельных странах из состава ЕС, должны в обязательном порядке быть согласованы с нормативно-правовыми актами самого ЕС.

Директива 2004/25/ЕС устанавливает общие принципы и требования, которые государства-участники должны учитывать в своем законодательстве о компаниях «с учетом систем национального права и культурных особенностей». Основное внимание уделяется вопросу использования защитных механизмов в ходе поглощения компаний. Наиболее важное значение имеют правила невмешательства (принцип нейтралитета совета директоров (the Neutrality Rule — ст. 9), захвата (the Breakthrough Rule — ст. 11), возможность выбора и оговорка о взаимности (Reciprocity Clause). Эти правила ограничивают использование различных «защитных мер», которые компании могут противопоставить попыткам недружественных поглощений («защита от поглощений»). Кроме этого, Директива содержит ряд принципов в отношении миноритарных акционеров, к которым относятся принцип равенства (the Equal Treatment Principle), принцип справедливой цены (the Equitable Price Principle). Однако положения Директивы в основном имеют диспозитивный характер, что позволяет национальному законодателю отклониться от ее текста.

Наравне с регулированием вопросов деятельности компаний посредством директив Совета ЕС, еще одним способом разрешения вопросов компаний является заключение международных конвенций, которое предусмотрено статьей 293 Римского договора о ЕС и в соответствии с которым государства-члены вступают в переговоры по мере необходимости для того, чтобы прийти к общему решению по поводу взаимного признания компаний.

В странах — участницах Евросоюза сложилась двухуровневая система регулирования: все сделки по слияниям и поглощениям наряду с местными антимонопольными органами также рассматриваются и специальной Комиссией по регулированию слияний в рамках Европейского союза.

В заключение следует отметить: из анализа рассматриваемых основополагающих документов Европейского союза очевидно, что для совершенствования и гармонизации правовых положений по регулированию деятельности компаний государства — члены ЕС на протяжении уже достаточно длительного времени проводят трудоемкую работу.

О.Ю. Андриянова

*Андриянова Ольга Юрьевна — кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской ака-
демии МВД России*

Юридическая техника совершенствования судебной системы Российской Федерации

Исследование деятельности судов общей юрисдикции в современных условиях имеет особое значение. Как показывает практика, проблемы функционирования именно этой системы судов наиболее остро сказываются на состоянии законности и правопорядка в стране.

Активная законотворческая деятельность последних лет значительным образом увеличила массив нормативных правовых актов, при разработке которых зачастую не учитываются многие положения, связанные с использованием технико-юридических средств, правил и приемов юридической техники, что затрудняет их реализацию и правоприменительную деятельность.

В настоящее время, когда в стране проводятся реформы, требующие существеннейших изменений законодательства, погрешности формального свойства, наблюдающиеся во многих законодательных актах, порождают ошибки при реализации права, приводят к дестабилизации общественных отношений, искажая волю законодателя¹.

Существующая на сегодняшний день система судов общей юрисдикции во многом является результатом эволюции советской судебной системы.

С распадом в 1991 году СССР, новой России «в наследство» досталась фактически сложившаяся к тому времени судебная система. Все существовавшие к этому времени на территории страны судебные органы являлись судами Российской Федерации. Верховный Суд России стал правопреемником Верховного Суда СССР, а военные трибуналы (именуемые с 1992 года военными судами), дислоцированные на территории РСФСР, также вошли в судебную систему России².

Судебная система, действовавшая в СССР, была закреплена Конституцией СССР и конституциями союзных республик, а также Основами законодательства о судостроительстве Союза ССР и союзных республик (от 25 декабря 1958 г. и от 28 ноября 1989 г.) и законами республик о судостроительстве. К судам Союза ССР относились Верховный Суд СССР и военные трибуналы. Все иные суды — от Верховного Суда союзной республики до районных судов — считались судами союзных республик³.

Таким образом, в СССР существовала как судебная система Союза ССР, так и отдельные судебные системы союзных республик. Суды республик разных уровней формировались органами государственной власти того же уровня (или избирались населением). В этой связи напрашивается вывод о том, что судебные системы союзных республик предполагали достаточно сильную децентрализацию судебной власти. Однако судебную систему СССР нельзя назвать децентрализованной, поскольку господство одной партии обеспечивало жесткую централизацию и единство судебной системы всего Советского Союза.

Конституция Российской Федерации, принятая 12 декабря 1993 года, утвердила судебную власть как самостоятельную ветвь власти в государстве, закрепила основополагающие принципы судопроизводства — презумпцию невиновности, право обвиняемого на защиту, состязательность процесса и равноправие сторон.

Результатом проводимой судебной реформы стало постепенное превращение судов в центральный элемент механизма разрешения социальных конфликтов в обществе, значительно возросла роль судов общей юрисдикции в обеспечении реальной защиты прав и свобод человека⁴.

Важнейшие положения о судебной системе Российской Федерации закреплены федеральным конституционным законом (ст. 118 Конституции РФ), сама же Конституция РФ называет только три федеральных суда — Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ и в общем виде указывает на существование «иных федеральных судов» (ст. 128 Конституции РФ), в том числе — судов общей юрисдикции и арбитражных судов (ст. 126 и ст. 127 Конституции РФ).

¹ См.: Суханов Е. Те ли законы мы пишем? // Российская Федерация сегодня. — 2000. — № 16. — С. 1; Пыхтин С. Сколько законов нужно России? // Там же. — С. 12.

² См.: Боровский М.В. Суды общей юрисдикции в Российской Федерации: проблемы и перспективы // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2001. — № 1.

³ Конституция СССР // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. — 1977. — № 41. — Ст. 617.

⁴ См.: Боровский М.В. Суды общей юрисдикции в Российской Федерации: проблемы и перспективы // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2001. — № 1.

Нужно отметить, что совокупность экономических и политических преобразований неминуемо привела к изменению «акцентов» и в деятельности судов — первостепенное значение приобрели вопросы правовой защиты и гарантий прав и свобод человека.

Первого января 1997 года вступил в силу Федеральный конституционный закон «О судебной системе», который стал по существу «рамочным» законом, поскольку большинство его положений должно раскрываться в других федеральных конституционных и федеральных законах. И хотя судебная система России в Федеральный конституционный закон «О судебной системе» определена достаточно четко, многие вопросы, затронутые в законе, остаются предметом дискуссий и по сей день.

Суды, входящие в систему судов общей юрисдикции, подразделяются на две подсистемы: суды общие (гражданские) и военные суды.

Хотя с теоретической точки зрения военные суды относятся к специализированным судам, однако Военная коллегия входит в состав Верховного суда Российской Федерации — высшего органа в системе судов общей юрисдикции.

Исходя из этого при разработке Федерального конституционного закона «О судебной системе» это противоречие было разрешено — военные суды объявлены входящими в систему федеральных судов общей юрисдикции (ч. 3 ст. 4 Федерального конституционного закона «О судебной системе»)¹.

Если обратиться непосредственно к тексту Конституции РФ, можно сделать вывод, что судебная система России должна включать в себя как федеральные суды, так и суды субъектов Федерации.

Вместе с тем, в Конституции РФ о судах субъектов Федерации прямо не сказано ни слова. По-видимому, законодатель осознанно ушел от решения этих вопросов на конституционном уровне, поскольку реформирование судебной системы в то время только начиналось, да и реальное утверждение принципа федерализма в России произошло именно после принятия Конституции РФ.

Федеральный конституционный закон «О судебной системе» во многом воспринял позицию Верховного Суда РФ — ее сформулировал на одном из круглых столов первый заместитель Председателя Верховного Суда РФ В.И. Радченко: «сохранить сложившуюся судебную систему, дополнив ее системой местных судов».

Таким образом, Федеральный конституционный закон «О судебной системе» относит к судам субъектов Федерации только мировой суд, решения которого обжалуются в федеральные районные (городские) суды, хотя Конституцией РФ закреплена возможность создания именно системы судов субъектов Федерации.

Еще в 1996 году в докладе, подготовленном экспертами Совета Европы, отмечались недостатки существующего в России порядка пересмотра судебных решений. В частности, было отмечено, что процедура обжалования приговоров и рассмотрения дел в вышестоящей инстанции должна соответствовать принципам равенства сторон и состязательности, что существующий механизм обжалования судебных решений в большей мере предназначен для контроля высших инстанций над низшими, нежели для защиты интересов сторон в деле. Однако это совершенно не означает, что единственным способом решения этой действительно важной проблемы является введение «чистой» апелляции и создание нового звена судов общей юрисдикции.

Но двадцать лет судебной реформы в России по существу не затронули законодательство о судах общей юрисдикции.

Сегодня же многие эксперты оценили как настоящую революцию принятый 7 февраля 2011 года Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции».

В соответствии со статьей 1 Закона к федеральным судам общей юрисдикции относятся: Верховный Суд Российской Федерации; верховные суды республик, краевые, областные суды, суды городов федерального значения, суд автономной области, суды автономных округов; районные суды, городские суды, межрайонные суды; военные суды; специализированные суды.

К судам общей юрисдикции субъектов Российской Федерации по-прежнему относятся только мировые судьи.

Следует отметить, что порядок формирования (создания) и компетенция военных судов и мировых судей не урегулированы положениями Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции», он устанавливается иным федеральным конституционным и федеральным законодательством.

К числу законодательных новелл прежде всего следует отнести учреждение процедуры апелляционного рассмотрения не вступивших в силу судебных решений федеральных судов, для чего в судах различного уровня предлагается создание апелляционных инстанций.

Президиумы судов субъектов Федерации полностью освобождаются от пересмотра дел в порядке надзора, их деятельность будет заключаться в кассационном пересмотре всех судебных решений мировых судей, районных судов, а также своих собственных промежуточных судебных решений (п. 1 ч. 2

¹ Федеральный конституционный закон «О судебной системе» // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 1. — Ст. 1.

ст. 401³ УПК РФ). Данная норма уже вступила в действие с 1 мая текущего года. В судах субъектов Федерации созданы соответствующие судебные составы по рассмотрению в апелляционном порядке промежуточных судебных решений первой инстанции.

Надзор же остается прерогативой исключительно Президиума Верховного Суда РФ (ч. 1 ст. 412¹ УПК РФ). По словам председателя Верховного Суда Российской Федерации Вячеслава Лебедева, надзорная инстанция будет рассматривать исключительно вопросы, связанные с фундаментальными принципами правосудия.

На Судебную коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ возлагается обязанность пересмотра в апелляционном порядке окончательных решений судов уровня субъекта Федерации (п. 4 ч. 2 ст. 389³ УПК РФ). Эта же коллегия пересматривает в кассационном порядке все решения президиумов судов уровня субъекта Федерации, а равно итоговые судебные решения судов нижестоящего уровня, если таковые не были обжалованы в апелляционном порядке (п. 2 ч. 2 ст. 401³ УПК РФ).

В этих целях Закон упраздняет Кассационную коллегия Верховного Суда РФ, функционирующую с 4 января 1999 года с момента вступления в юридическую силу Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судостроительстве РСФСР», Гражданский процессуальный кодекс РСФСР и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» от 16 декабря 1998 года.

Вместо упраздненной Кассационной коллегии Верховного Суда РФ предусмотрена Апелляционная коллегия Верховного Суда РФ (п. 3 ч. 1 ст. 10, ст. 17 Закона), которая будет заниматься рассмотрением уголовных дел лишь до 1 января 2013 года, после чего сосредоточится на рассмотрении административных и гражданских дел.

В соответствии со статьей 19 Федерального конституционного закона «О судебной системе» Верховный Суд РФ имеет право рассматривать уголовные и гражданские дела в качестве суда первой инстанции.

Однако указанные нормы закона противоречат классической схеме «первая инстанция — апелляция — кассация» и нарушают принцип обжалования судебного решения в вышестоящей инстанции. Положения Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции» лишают Верховный Суд РФ полномочий по рассмотрению дел в качестве суда первой инстанции (часть 7.1 статьи 31 УПК РФ).

Двадцать восьмого июня 2011 года Постановлением Пленума Верховного Суда РФ был утвержден Регламент Верховного Суда РФ, который закрепляет полномочия Председателя Верховного Суда РФ, его заместителей, устанавливает порядок формирования и полномочия Пленума Верховного Суда РФ, Президиума Верховного Суда РФ, а также порядок формирования и полномочия Коллегий и судебных составов Верховного Суда РФ.

Верховный суд, который выступил разработчиком Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции» рассчитывает, что введение апелляции, процедуры, максимально приближенной к процедуре суда первой инстанции, повысит качество рассмотрения дел и сократит число жалоб, которые подаются на вступившие в законную силу решения суда.

Но на принятие нового Закона некоторые юристы смотрят весьма скептически. Многие из них полагают, что данные изменения системы судов общей юрисдикции принципиального влияния на ситуацию с защитой прав граждан оказать не могут, поскольку преследуют исключительно цель снятия нагрузки с вышестоящих судебных инстанций и тем самым носят чисто процедурный характер. Противники принятого Закона ссылаются также на то, что нечто подобное уже проводилось в системе арбитражных судов и не улучшило, а, наоборот, ухудшило ситуацию, поскольку, чем больше судебных инстанций, тем тяжелее своевременно отслеживать проблемные вопросы их деятельности и обеспечивать единообразие правоприменительной практики. Но в то же время при реформировании системы арбитражных судов, помимо преследования такой же цели — снижения нагрузки на Высший Арбитражный Суд РФ, — одновременно решалась и другая задача. Апелляционные и кассационные инстанции арбитражных судов были образованы по округам, не совпадающим с административно-территориальным делением Российской Федерации, что позволило ослабить влияние региональных властей на эти суды. Система судов общей юрисдикции строится на иных принципах, поэтому через ведение апелляционных инстанций изменить ее подобным образом невозможно.

Согласиться с таким утверждением в полной мере все-таки нельзя, поскольку очевидным достоинством новой системы обжалования судебных решений является повторное рассмотрение дела судом второй инстанции в полном объеме. Это в первую очередь дает возможность участникам со стороны обвинения и стороны защиты исправить собственные ошибки в ведении процесса, и уже только во вторую очередь указать на ошибки, допущенные судом.

Анализ сложившейся практики подачи жалоб свидетельствует о низком уровне качества их подготовки, инициаторы процедуры пересмотра судебных решений зачастую перегружают жалобы совершенно немотивированными доводами, рассчитывая, видимо, «на авось». Однако после рассмотрения жалобы в судебном заседании сетуют на формальный подход к рассмотрению со стороны судей, возможно забывая о том, что судья изучает доводы жалобы и материалы дела не в ходе судебного заседания, а в процессе подготовки к нему.

Апелляция — это не только новая разновидность производства, но и свидетельство признания за сторонами нового уровня правовой культуры¹.

Безусловно, введение новой процедуры потребует дополнительных расходов из федеральной казны. На внедрение апелляции в гражданских процессах выделяется более 2 млрд рублей. Апелляция по уголовным делам потребует более 2,3 млрд рублей.

Несмотря на такие существенные финансовые вливания, процесс набора судей в апелляционные инстанции идет очень медленно. Между тем уже с 1 января будущего года в судах общей юрисдикции должны открыться апелляционные инстанции по гражданским делам. Как сообщает Совет судей, для введения апелляционных инстанций по гражданским делам численность судей судов общей юрисдикции была увеличена на 860 единиц. Вместе с тем, в Комиссию при президенте страны по предварительному рассмотрению кандидатур на должности судей федеральных судов, заседание которой состоялось 28 июля текущего года, представлено только 42 кандидатуры. В сентябре на комиссию представлено еще 113 кандидатур. В общей сложности набирается 18% от требуемого. Совет судей рекомендовал председателям региональных судов ускорить представление кандидатур.

Говоря о качестве юридической техники при совершенствовании законодательства, регламентирующего вопросы деятельности судов общей юрисдикции, нужно указать на то, что в Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 года № 1 «О судах общей юрисдикции» были внесены изменения Федеральным конституционным законом от 1 июня 2011 года № 3. Поправки коснулись следующего: по общему правилу, суды регионального и районного уровней рассматривают дела по месту своего нахождения. Ранее суды при необходимости могли проводить заседания в других населенных пунктах, но в пределах своей территориальной подсудности. Внесенными поправками это ограничение снимается — теперь выездные заседания могут проходить в любом удобном для суда месте.

Если же рассматривать перспективу дальнейшего изменения законодательства в этой области, небезынтересны, на мой взгляд, неумолкающие споры вокруг законопроекта, ограничивающего на территории России юрисдикцию Европейского суда по правам человека, инициатором которого стал и.о. спикера Совета Федерации Российской Федерации Александр Торшин.

Суть законопроекта сводится к следующему: если Европейский суд по правам человека посчитает, что права российского гражданина были нарушены в результате применения того или иного закона Российской Федерации, такое решение не может служить основанием для пересмотра приговора.

А. Торшин предлагает в подобных случаях судам общей юрисдикции обращаться в Конституционный Суд РФ. Высшая судебная инстанция проверит, соответствует ли закон, ставший предметом спора, Основному закону страны. Если нет, значит, его нужно менять. Если же соответствует, тогда Конституционный Суд вправе наложить вето на исполнение решения Европейского суда (вето не будет распространяться на такую санкцию, как выплата заявителям штрафов и компенсаций).

Правозащитники в один голос напоминают, что в статье 15 Конституции РФ говорится следующее: если международным договором установлены иные правила, чем записаны в законе, применяются нормы международного документа.

Однако президент Гильдии российских адвокатов, доктор юридических наук, профессор Гасан Мирзоев, комментируя эту ситуацию, указывает на то, что многие забывают, что решения Страсбурга носят лишь рекомендательный характер. Европейский суд — это не некая высшая инстанция по отношению к нашей судебной системе. В Конституции России есть статья 4, которая гласит, что законы Российской Федерации имеют верховенство на всей территории страны. Если Европейский суд по правам человека в Страсбурге посчитает, что права российского гражданина были нарушены в результате применения того или иного закона Российской Федерации, такое решение не может служить основанием для пересмотра приговора.

Противники нового Закона утверждают: нашим гражданам все труднее отстаивать свои права и законные интересы дома, поэтому поток обращений в Страсбург идет уже валом, мы по числу жалоб в пересчете на душу населения уступаем только Грузии².

Нельзя не согласиться с мнением Г. Мирзоева, действительно не стоит уповать на «заграницу» (имеется в виду Европейский суд по правам человека), нужно строить собственную систему судов таким образом, чтобы работали реальные механизмы судебной защиты интересов населения Российской Федерации, а не отдельных ее представителей.

Подводя итог вышесказанному, выскажу надежду на то, что введение новых процедур обжалования судебных решений оправдает расчет законодателя на повышение уровня доверия граждан к судебному механизму, который начнет действовать в нашей стране уже в ближайшее время.

¹ Колоколов Н. Уплотнение нынче в моде // www.yur-gazeta.ru/articles.php?rub=9&ty=1

² www.rg.ru/2011/08/02/sud.html

Л.Ф. Апт, В.М. Баранов

Апт Людмила Фальковна — кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Российской Федерации, ведущий научный сотрудник отдела теории права, государства и судебной власти Российской академии правосудия;

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»

Технико-юридические проблемы систематизации в современном правотворчестве

В разные годы государственная потребность в систематизации законодательства бывает различна. Когда в течение многих лет накапливается большой объем нормативного правового материала, действует значительное число актов, принятых в разное время и к тому же частично дублирующих друг друга, действующих не полностью или попросту фактически утративших силу, систематизация законодательства становится особенно необходимой. Основной причиной ее проведения является потеря контроля над политико-правовой ситуацией и управлением правотворческими процессами.

Подобная ситуация уже давно налицо, а потому вопрос о пути ее проведения является на сегодняшний день задачей архиактуальной. Выбор методов проведения упорядочения результатов правотворчества напрямую связан с раскрытием смысла этого непростого явления.

Поводом написания данной статьи явилось различное понимание в современной действительности форм систематизации законодательства и практики ее проведения. Но, прежде чем проводить работы по систематизации законодательства, неплохо было бы разобраться с теоретическими ее основами — функциями систематизации — и проанализировать традиционные формы проведения систематизации с учетом изменившегося предмета — законодательства постсоветского времени, а затем сосредоточить свое внимание на строго определенном массиве актов и попытаться рассмотреть, так сказать, технологию упорядочения нормативного материала в действии.

Систематизации предшествует правотворчество, она проводится в рамках соответствующей системы законодательства и имеет как бы вторичное значение, являясь тем итогом, к которому приходит законодатель на определенном этапе правотворческой деятельности.

Правотворчество — это перманентный процесс, законодательство не может оставаться в каком-либо застывшем состоянии. Постоянно меняющиеся нормативные правовые акты, принятие новых актов, отмена устаревших требуют упорядочения всего массива действующих нормативных правовых актов, приведение их в определенную систему, издания разного рода сводов, сборников и собраний законодательства. Вся эта деятельность по приведению нормативных правовых актов в единую упорядоченную систему и составляет содержание систематизации законодательства различного уровня.

Систематизация законодательства необходима, в первую очередь, для дальнейшего его развития. Анализ и обработка действующих актов осуществляются, как правило, с помощью соответствующих приемов, таких как формирование тематической схемы, а также составление собрания всего нормативно-правового материала, который представляет объект систематизации и очерчивает ее границы.

Обычно в понятие систематизации законодательства включаются следующие самостоятельные формы — **кодификации и инкорпорации**.

Учет нормативных правовых актов является основой всех форм систематизации, обеспечивая кодификационными службами государственных органов и других учреждений сбор действующих нормативных правовых актов, их обработку и расположение по определенной системе, а также выдачу справок, сведений для заинтересованных органов, учреждений, отдельных лиц по их запросам.

Не затрагивая методологии проведения кодификации, которая существенно отличается от инкорпорации, а главное, за годы своей реализации мало в чем изменилась, подвергнем анализу упорядочение норм в пределах реально действующих законодательных систем и подсистем Российской Федерации.

Всем известно, что итогом работы по кодификации является кодекс или иной кодифицированный акт. Итог работы при инкорпорации всецело зависит от материала, подлежащего упорядочению, от того кто проводит работы по инкорпорации — государственный орган или иной субъект, от задач, стоящих перед специалистами, проводящими эти работы.

При инкорпорации нормативные правовые акты объединяются полностью или частично в различные сборники или собрания в определенном порядке (хронологическом, алфавитном или предметном). Однако нормативное содержание актов при этом, как правило, не меняется. Приемы, обеспечивающие проведение инкорпорации, отличаются большим разнообразием. Инкорпорация не сводится к простому воспроизведению ранее принятых актов. В частности, возможно изменение формы изложения отдельных нормативных актов. При составлении собраний по решению органа, призванного осуществлять инкорпорацию, вносятся частичные изменения в содержание актов. Меняется редакция структурных единиц нормативного материала, заменяются наименования органов, со временем переименованных, о которых говорится в текстах.

Примерами подобной инкорпорации могут служить Свод законов Российской Империи¹, Своды законов СССР и РСФСР.

Под инкорпорацией локального масштаба, скажем, в пределах одного акта, понимают объединение предписаний основного нормативного правового акта с положениями последующих официальных изменений. Именно этот вид инкорпорационных работ получил в настоящее время большое распространение в информационно-правовом обслуживании, а поэтому заслуживает отдельного анализа.

Качественной чертой современного правотворчества и, в частности, законотворчества является внесение большого количества изменений и дополнений в нормативные правовые акты².

В юридической литературе и информатике подобный вид инкорпорированного текста получил наименование «текущая редакция». Как правило, подобные редакции составляются на неофициальной основе³ с использованием средств вычислительной техники. Прообразом текущих редакций послужили контрольные экземпляры текстов актов на бумажных носителях, используемые в процессе учета нормативного правового материала. Технология составления текущих редакций заключается в том, что в текст основного акта вносятся нормативные правовые положения из актов, которые изменяют и дополняют основной акт, а также удаляются отдельные нормативные предписания, статьи, пункты и другие структурные единицы нормативного материала, например, заголовки разделов, статей, пунктов, которые утратили силу, изменены или отменены. Выполнение подобной задачи требует особой тщательности с указанием отметок о таких изменениях. Система отметок очень сложна и требует от составителя текущих редакций профессионализма, опыта и знания принципов как системы права, так и в области законодательной техники.

Информационный подход к праву в целом, рассмотрение законодательства как одного из основных видов правовой информации позволили выработать научные и практические рекомендации по подготовке текущих редакций. Эти рекомендации основаны на правилах юридической (законодательной) техники, приемы которой обычно содержатся в правилах, инструкциях, методиках по разработке различного рода нормативных правовых актов⁴.

В юридической практике следует отметить отсутствие единой методики составления текущих редакций, а это часто приводит к тому, что в инкорпорированных текстах, представленных в различных справочных компьютерных системах, существуют отличия в представлении общеобязательных норм.

Составление текущих редакций законодательных актов преследует, в первую очередь, потребительские цели — облегчить правоприменителю (пользователю, гражданину) понимание того круга нормативных правовых предписаний, которые изложены в нескольких актах, но имеют одинаковое содержание и представляют собой, по сути, проведение работ по инкорпорации на неофициальной основе в строго ограниченных пределах. По существу, проводится работа по инкорпорации информации об актах.

Чем квалифицированнее составлен основополагающий акт и акты, вносящие в его предписания изменения и дополнения (имеются в виду формы выражения и изложения нормативных правовых предписаний), тем в меньшей степени будет проявляться субъективность составителя. Отметка об

¹ Немалый интерес представляет недавно изданная книга выдающегося отечественного историка А.С. Лаппо-Данилевского, где исследуется процесс создания первого (так и не опубликованного тогда) сборника законов Российского государства. См.: *Лаппо-Данилевский А.С. Собрание и свод законов Российской империи, составленные в царствование императрицы Екатерины II. Очерк внутренней политики императрицы Екатерины II.* — М., 2011.

² Количество изменений (дополнений), вносимых в законы Российской Федерации и федеральные законы столь велико, что, например, в 2004 году почти 70% федеральных законов вносили изменения в ранее принятые законы (или их полностью или частично отменяли).

³ В отличие от издания «новой редакции», «следующей редакции» самим законодателем на основании соответствующего нормативного предписания во вновь принимаемом нормативном акте.

⁴ См.: *Апт Л.Ф. Особенности составления текущих редакций законодательных актов в правовых базах данных / Л.Ф. Апт, А.Г. Ветров // Информационные ресурсы России.* — 1997. — № 2.

изменении текста нормативного правового акта должна содержать указание на форму изменяющего акта, дату его принятия, номер и источник официального опубликования. В связи с нечеткостью структурного состава основополагающих и изменяющих актов, регулирующих одни и те же общественные отношения, основным структурным элементом текущей редакции выбирается нормативное правовое предписание. Под ним в теории и практике правотворчества, как и в информатике, понимают соответствующий текст статей, пунктов или других грамматически и логически завершенных частей нормативных актов¹

Выбор этот обусловлен тем, что именно нормативное правовое предписание представляет собой непосредственную форму выражения правовой нормы, которая является основной. Почему возникает вопрос об основном элементе текущей редакции закона, которая совпадает с элементом нормативного правового акта? Дело в том, что необходимо выбрать такой элемент структуры, который всегда присутствует в нормативном правовом акте и всеми одинаково понимается. Нормативное правовое предписание в достаточной степени формально и, как правило, самостоятельно может регулировать общественные отношения. Его структурные элементы — правовые положения, а в редакционной терминологии — абзацы, начинающиеся с прописной буквы, самостоятельного регулирования, как правило, не осуществляют.

Имеются определенные трудности, связанные с проставлением отметок в текущих редакциях обычных, текущих законов, где недостаточно четко определены структурные элементы на уровне части статьи, пункта, подпункта и т. д. Причиной этого можно считать отсутствие типизации структурных единиц нормативных актов системы законодательства.

Выбранный критерий или прием проставления отметок после каждого изменения нормативного правового предписания обусловлен тем, что он дает возможность проследить историю частей (пунктов) статей закона при последующих изменениях и дополнениях. Например, при изменении одновременно двух частей, состоящих, как правило, из двух нормативных правовых предписаний, одной из статей закона отметку об изменении логично поставить после второй части с новой строки с заглавной буквы. Однако такой прием не всегда удобен, так как часто между этими частями последующими законами вводится (вводятся) новые части или изменяется текст одной из частей, поэтому в этом случае отметки придется проставлять заново, так как имеющиеся не дадут правильной картины.

Следует отметить, что инкорпорируемые тексты текущих редакций могут являться основой для официального переиздания законов и других нормативных правовых актов с последующими изменениями, дополнениями и подготовки систематического собрания законов, законодательных актов (сводов).

В практике инкорпорации законодательства применяется такой прием, как консолидация, с помощью которого разрозненные нормативные правовые акты группируются по одному какому-либо вопросу, с отметкой соответствующих частей соединяемых актов (возможно, преамбул), но без внесения изменений правовых положений в регулирование данных общественных отношений.

Обычно консолидация трактуется в юридической литературе как самостоятельная форма систематизации, при этом никогда не приводятся формы итоговой деятельности по консолидации. Сеем утверждать, что подобных форм в действующем правотворчестве не наблюдается. Прием консолидации использовался в масштабных работах при подготовке Свода законов СССР и Свода законов РСФСР, когда законодательство имело по-настоящему системный характер.

При выполнении работ по систематизации законодательства важно различать официальную и неофициальную инкорпорацию. Под первой понимают утверждение соответствующих подготовленных собраний, сборников инкорпорируемых актов государственными органами, издавшими эти акты и проводившими работу по их упорядочению.

Неофициальную инкорпорацию вправе осуществлять любой орган, учреждение, организация, физические и юридические лица, не имеющие на то специального полномочия. В настоящее время неофициальная инкорпорация локального характера повсеместно ведется производителями компьютерных баз данных по законодательству.

Кроме двух названных форм инкорпорации, следует указать еще и официозную инкорпорацию, то есть издание собраний и сборников инкорпорируемого законодательства специально уполномоченным на то государственным органом, например, Министерством юстиции Российской Федерации.

На наш взгляд, официозной инкорпорацией можно считать упорядочение, которое осуществляет госорган в отношении издания своего кодифицированного акта, в который внесено большое количество изменений, путем его переиздания без предварительного утверждения (принятия) новой редакции, например, в Регламенты Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания РФ внесено множество поправок, в результате чего они переиздаются отдельными изданиями, самими же палатами без дополнительных переутверждений их текстов и вне источника официального опубликования (Собрание законодательства РФ).

¹ См.: *Мицкевич А.В.* Акты высших органов Советского государства. — М., 1967. — С. 34—37.

Никакую инкорпорацию нормативного материала нельзя провести без квалифицированного учета нормативных правовых актов, который выступает как бы предпосылкой работ по систематизации.

Обычно учет первоначально ведется на бумажных носителях в фондах нормативных правовых актов, а затем с помощью компьютерных справочно-правовых систем.

При инкорпорации тексты нормативных правовых актов и извлечения из них приводятся в собрании или сборнике по определенной тематической схеме в алфавитном или хронологическом порядке. Точно так же в компьютерном банке данных по законодательству различные структурные единицы нормативных правовых актов могут быть представлены в зависимости от проектных решений справочных правовых систем в любом требуемом пользователю порядке.

Информационно-правовые потребности современного общества привели к широкому использованию компьютерных баз данных, а вместе с тем, и к правовому регулированию понятия учета. При этом следует подчеркнуть, что подобные базы данных содержат не тексты актов законодательства, а только информацию об этих текстах, так как обычно такая информация не носит официального характера, часто содержит ошибки. Но основные принципы ведения классификаторов и традиционных тематических картотек учета легли в основу формирования рубрикаторов отраслей законодательства и установления индексов тематических рубрик в компьютерных системах по законодательству.

При рассмотрении вопросов, связанных с составлением текущих редакций, отмечалось, что их прообразом явились тексты нормативных правовых актов в контрольном состоянии. Контрольный экземпляр фонда представляет собой идентичную копию акта на бумажном носителе, куда подклеиваются все последующие изменения и дополнения с указанием их реквизитов. Таким образом, по контрольному экземпляру можно отследить всю динамику изменений нормативного правового акта — правовых предписаний, заголовков, преамбул, подписей и т. д.

Существуют различные методики ведения контрольных экземпляров нормативных правовых актов, но все они базируются на том, что никакие элементы, и в первую очередь предписания, не уничтожаются, не выбрасываются из поля зрения правоприменителя (пользователя). Они перечеркиваются (если отменяются), в них вписываются или зачеркиваются отдельные слова, фразы (если меняется редакция), подклеиваются новые редакции статей, частей, пунктов и так далее, но вся правотворческая судьба акта на контрольном экземпляре должна быть запечатлена.

Для юристов, осуществляющих систематизацию законодательства, контрольные экземпляры являются основными документами для работы, которые никакие текущие редакции заменить не могут. Подобная практика учета имеется и в зарубежных странах, например, в Канаде. Контрольные экземпляры текстов законов ведутся на бумажных носителях специалистами Министерства юстиции, на основании которых вносятся изменения в информационные документы компьютерных систем.

Основываясь на сказанном, можно утверждать, что упорядочение нормативных правовых актов, то есть приведение их в систему, является главной и единственной функцией систематизации. Тогда как информационная функция, по существу, отпала, или не играет той роли, которую она играла ранее, так как сведения о действии или утрате силы того или иного акта (нормы) являются общеизвестными. Именно в этих обстоятельствах прослеживается непосредственная связь систематизации правовых норм с правотворчеством.

Законодательство переходного периода представляет собой информационный массив с постоянно изменяющимися нормативными предписаниями, ориентироваться в котором сложно, а полномасштабно упорядочить на данном этапе не представляется возможным. В отечественном законодательстве можно выделить нормативный правовой материал, обладающий относительной стабильностью, — положения, входящие в понятийный аппарат нормативных правовых актов: то есть понятия (термины) и их определения. Они должны подлежать дополнительному анализу и, как нам представляется, стать объектом его систематизации.

Вопросу дефиниций понятий в юридической литературе посвящено немало исследований¹. Их значение весьма важно в законодательной системе, на всех уровнях власти, они играют существенную роль. С известной долей условности можно констатировать, что «борьба в праве» и «борьба за право» в значительной мере есть борьба законодательных дефиниций. Потому процесс систематизации законодательства следует начать с упорядочения дефинитивных предписаний.

¹ См.: Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы / Под ред. В.М. Баранова, П.С. Пацуркивского, Г.О. Матюшкина. — Н. Новгород, 2007; *Апт Л.Ф.* Дефиниции и право: Монография. — М., 2008; *Хайретдинова М.Д.* Законодательная дефиниция (проблемы теории и практики): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2008; *Власенко Н.А.* Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. — 2009. — № 12. — С. 58—67; *Давыдова М.Л.* Нормативно-правовое предписание: природа, типология, технико-юридическое оформление. — СПб., 2009. — С. 118—147; *Турагин В.Ю.* Теория и практика использования законодательных дефиниций. — М., 2009; *Ушакова Л.Н.* Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Тамбов, 2009; *Чиннова М.В.* Дефиниции в нормативных правовых актах. — Киров, 2010; *Панько К.К.* Теория и практика законотворчества в уголовном праве: Монография. — М., 2011. — С. 103—118.

Формирование дефиниций в федеральном законодательстве складывается в постперестроечный период в ходе создания и реформирования правовой системы российского государства. Этот процесс не был запланирован, протекал спонтанно, в отсутствие теоретических и методологических разработок.

Проводить систематизацию законодательства в полном объеме можно только в условиях стабилизации правотворческой деятельности. Все известные в дореволюционной России и Советском Союзе работы по систематизации — создание сводов, собраний действующего законодательства, кодексов, основ, а также упорядочения ведомственного правотворчества — в переходные периоды не выполнялись. В качестве одного из путей решения этой проблемы на данном этапе можно рассматривать только систематизацию понятийного материала, используемого в актах законодательства Российской Федерации.

Систематизацию понятий (терминов) и их определений в ранее изданных актах и актах текущего правотворчества можно рассматривать и как непременную составляющую правовой реформы в субъектах Российской Федерации.

Систематизация дефиниций так же сложна, как и упорядочение регулятивных нормативных правовых предписаний, и в этом случае необходим учет дефиниций. Такой учет проводился и до сих пор проводится отделом систематизации законодательства Правового управления Аппарата Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Упорядочение дефиниций может проводиться и на основе словарей-справочников понятий, терминов, определений в российском законодательстве, в которых собран базовый массив определений. С помощью тематической схемы из них можно формировать тематическое собрание дефинитивных предписаний, которые являются предшественником свода.

По сути, этот прием традиционен для систематизации законодательства. Им в свое время воспользовался М.М. Сперанский, вначале составивший Собрание законодательства Российской Империи, а на его основе был сформирован Свод законов. Не был он чужд и советским ученым-юристам, которые на основе Собрания действующего законодательства СССР подготовили Свод законов СССР (на основе Систематического собрания действующего законодательства РСФСР был подготовлен Свод законов РСФСР).

Цель создания подобного тематического собрания — дать специалистам, проводящим систематизацию, достаточно полное представление о понятийном аппарате действующего законодательства, его терминологическом составе и сформировать базу для одного из направлений его систематизации. Если структура в правотворчестве консолидирует предписания акта, законодательства в целом, то тематическая схема, наоборот, дает возможность анализа отдельных единиц актов, законодательства в целом.

При формировании тематического собрания необходимо охватить все представленные в текстах актов, подлежащих систематизации, определения различных видов. В основу отбора понятий (терминов) должен быть положен логический критерий, согласно которому любая правовая материя, рассматриваемая как определение, подлежит включению в собрание. Так в него наряду с определениями понятий, отображающими их качественные черты, должны быть включены дефиниции понятий (терминов), предусматривающие правовую характеристику, правовой статус или их объем. Отбираются также характерные для правовой материи определения, в которых законодатель, используя императивные формулировки, устанавливает содержание и объем понятий, исходя из своих целей и задач, например, «В настоящих Правилах термин "военнослужащие" означает граждан, проходящих военную службу в соответствии с Федеральным законом "О воинской обязанности и воинской службе"».

В собрании дефинитивные предписания помещаются в виде словарных статей со всеми реквизитами текста нормативного правового акта, из которого оно взято, аналогично тому, что обычно свойственно приемам любых тематических собраний законодательства.

Расположение определений, относящихся к одному и тому же понятию (термину), подчинено определенным правилам систематизации законодательного материала:

- приведение текстов в соответствие с иерархией актов;
- приоритетность кодифицированных актов перед актами текущего нормотворчества;
- соблюдение хронологии, то есть определения из нормативных правовых актов одинаковой юридической силы располагаются согласно времени их принятия.

Информация о дефинитивных предписаниях федерального массива подчас указывает на неизбежную избыточность этих норм, их дублирование, в отдельных случаях — несоответствие и даже противоречивость, некорректность и ошибочность формулировок, а в актах исполнительной власти — не всегда правомерную конкретизацию понятия, употребляемого в законе. У законодателя и соответственно тех, кто применяет законодательство, не всегда присутствует четкое понимание взаимосвязи дефинитивных норм в системе законодательства в целом и в различных его институтах, отраслях, отдельных нормативных правовых актах.

Подобный прием позволяет посредством тематических рубрик в процессе систематизации:

- выявить системные и межотраслевые понятия законодательства и упорядочить их дефиниции с учетом применения в международно-правовом аспекте (или международно-правовых документах);
- понять, что сформированный массив законодательного материала в целом носит разносторонний характер, во многих аспектах крайне противоречив, а потому нуждается в систематизации;

— считать собранные для систематизации определения понятий законодательства, в которые вошлись изменения (дополнения), информацией, не носящей официального характера.

В тоже время компьютерная версия тематического собрания дефиниций может использоваться как структурный элемент информационной системы законодательства в качестве поискового языка. Можно предположить, что наряду с тематическим поиском (по рубриктору системы) будет использоваться терминологический, представляющий словарь понятий и их определений. Организация этой части компьютерной системы может быть сформулирована на основе алфавита.

Рассматриваемые технологии применимы и для упорядочения понятий и определений в актах субъектов Российской Федерации.

Тематическое собрание дефинитивных норм регионального законодательства позволит провести его систематизацию на основе лексического анализа федеральных актов либо самостоятельно. Таким образом, легальные правовые дефиниции федерального уровня создают условия для упорядочения и совершенствования всего понятийного аппарата законодательства Российской Федерации, являющихся в современных условиях основой, связующим элементом всего нормативного массива.

Помимо собрания дефиниций понятий действующего федерального законодательства для проведения работ по их систематизации важное значение имеет наличие теоретических разработок по определению природы легальных дефиниций, описанию их видов, разновидностей, отличительных черт и признаков, классификаций и динамики изменений. Пока же следует отметить, что дефиниции рассматриваются, в основном, как объект теоретического изучения, а поскольку эти предписания имеют прикладной характер в законотворческой деятельности, возникает необходимость их выделения, сбора и упорядочения по определенным методикам.

Предполагаемая систематизация понятий и определений отечественного законодательства как самостоятельная форма проведения упорядочения российского законодательства может быть проведена двумя традиционными путями:

— официальным, что предполагает осуществление систематизации специально уполномоченными на то государственными органами законодательной или исполнительной власти на основе издания в отношении ее проведения актов (акта);

— неофициальным, что предполагает проведение систематизации органами, организациями, научными и иными учреждениями, не имеющими специальных полномочий, а также отдельными лицами, например, научными и профессиональными работниками, специалистами.

Возможными результатами как официальной, так и неофициальной систематизации могут быть тематические и хронологические собрания, своды законодательства разного статуса и характера.

При неофициальной систематизации возможно и желательно издание разнообразных сборников, словарей-справочников, перечней дефиниций, подготовленных творческими коллективами, специалистами разных областей знаний.

Официальная систематизация понятий и определений всегда является предпочтительной, так как обеспечивает более высокий уровень проведения подобных работ. Исходя из их содержания, приоритет со всей очевидностью следует отдать формированию систематического собрания, сводов законодательства, поскольку хронологическое собрание вряд ли будет отвечать указанным целям.

Проведение работ по формированию тематического собрания понятий и определений российского законодательства потребует создания соответствующих методик по отбору дефиниций, их учету и приведению в контрольное состояние, а также рекомендаций по составлению тематической схемы распределения отобранного правового материала.

С помощью тематического собрания дефинитивных норм возможно их дальнейшее упорядочение, предполагающее инвентаризацию материала, помещенного в собрании, выявление и устранение носящих явно противоречивый характер. Подобное упорядочение проводится прежде всего в целях стандартизации лексического состава проектируемых, вновь принимаемых правовых нормативных актов разных уровней, а также единства понимания и применения понятий, употребляемых законодателем.

Задачи собрания этим не исчерпываются. В собранных тематических разделах дефиниции должны быть проанализированы на предмет эффективности действия, фактической утраты силы, несоответствия логической природе, неправомерной конкретизации в актах одинаковой и низшей юридической силы. Следует иметь в виду, что в собрании будут представлены как официальные тексты дефиниций из законов и подзаконных актов на федеральном уровне, так и текущие редакции отдельных определений понятий.

Текущие редакции, о природе которых речь шла выше, и которые применимы и в отношении дефинитивных норм при официальной систематизации, например, при вхождении в свод, требуют их официального переутверждения органом, осуществляющим легальную инкорпорацию.

Что же касается формирования собраний (тематических, хронологических, алфавитных), то этот процесс представляет юридико-технические операции, которые не в полной мере отвечают правотворческому значению систематизации. При полномасштабной систематизации необходим стопроцентный пересмотр нормативного правового материала, имеющегося в собрании.

М.В. Баранова

Баранова Марина Владимировна — доктор юридических наук, кандидат культурологии, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Технико-юридические проблемы совершенствования рекламного законодательства в Российской Федерации

В современной юридической литературе нет устоявшегося понимания категорий «совершенствование», «динамика». Нередко в качестве синонима этих категорий применяют понятия «развитие», «изменение», «дополнение» норм права. Некоторые ученые (В.А. Кирин) вводят в научный оборот понятие «движение правовых норм», под которым понимается «в одних случаях — возникновение и изменение состояния правовых норм, в других — проявление их жизнеспособности, оказание влияния на общественные отношения, а также на другие нормы права, побуждение их к функционированию»¹. Что касается терминологии, то вряд ли понятие «движение правовых норм» можно признать удачным. Видеть определенную аналогию развития норм права в учении о непрерывности движения материи не совсем верно. Движение — одна из многозначных философских категорий, которая в сфере правоведения не приобретает конкретной определенности.

Понятия «движение» и «развитие» норм права вообще не сравнимы в формально-логическом отношении, ибо это суть понятия различных и непересекающихся понятийных рядов. «Развитие, — правильно пишет И.Ф. Ведин, — это тоже движение, но это то же движение, только рассматриваемое со стороны его внутреннего источника, как единство и борьба противоположностей, как диалектическое самоотрицание»². Развитие не есть нечто, пребывающее наряду с движением, а представляет собой сущность движения, своего рода самодвижение.

Более оправданным представляется использование категории «динамизм норм права». «Динамизм права, — отмечает Д.А. Керимов, — требует всестороннего познания каждого звена, каждого направления его движения, системного единства всех движущихся звеньев: процесса правообразования и правотворчества, характера самих правовых норм, ненормативных правовых явлений и иных правовых форм, их восприятия, уяснения и оценки людьми, этапов правореализации и эффективности правового действия, результатов и социальных исследований правового регулирования общественных отношений»³.

Таким образом, динамизм есть проявление и элемент социального ритма, заключающийся в развитии и совершенствовании содержания и формы норм права в целях своевременного стабильного обеспечения практически необходимого их соответствия отражаемой действительности⁴.

Динамика конкретного закона, безусловно, обладает значительным своеобразием. При этом тенденции развития отдельного закона объективно находятся «в русле» пути совершенствования действующего законодательства, ибо они напрямую зависят от экономического уровня общества, от политического «вектора» работы органов государственной власти и управления. Именно в динамике отдельных, особенно базовых законов, можно уловить зачатки новых правовых закономерностей, выявить технико-юридические доминанты развития законодательства.

Так, анализ технико-юридических проблем совершенствования отдельных нормативных правовых актов, регламентирующих рекламную деятельность, позволяет проявить особенности трансформации рекламного законодательства в целом.

Все элементы рекламного законодательства в той или иной степени динамичны. Меняется количество норм, структура и содержание нормативных правовых актов, расширяется спектр регулируемых рекламных отношений. Такое совершенствование, с одной стороны, обуславливает адекватность действующего законодательства, эффективность действия норм. Однако постоянная трансформация рекламного законодательства порождает и проблемы, связанные с реализацией норм, необходимостью осваивать правовые новации всеми субъектами рекламной деятельности, недостаточностью юридического опыта.

История развития правового регулирования рекламной деятельности в современной России не очень богата и в большей степени отражена в динамике двух редакций базового закона «О рекламе».

¹ См.: Кирин В.А. Движение как форма бытия права // Советское государство и право. — 1976. — № 12. — С. 105.

² Ведин И.Ф. Бытие человека: деятельность и смысл. — Рига, 1987 — С. 108.

³ Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. — М., 1986 — С. 167—168.

⁴ Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. — Саратов, 1989 — С. 302.

Федеральный закон «О рекламе»¹, принятый 13 марта 2006 года, открыл новый этап в регулировании рекламной деятельности в России. Почти одиннадцатилетняя история существования первого Федерального закона «О рекламе»² завершилась. Принятия нового Закона рекламное сообщество, контролирующие органы и общественность ждали, с интересом следили за ходом обсуждений отдельных положений нового нормативного правового акта. После опубликования Закона в прессе и по телевидению появились высказывания о неадекватности ряда его статей, сложности применения, возможности и необходимости скорого внесения поправок. Так, Национальная ассоциация телерадиовещателей (НАТ) через неделю после принятия нового Закона договорилась с руководством партии «Единая Россия» о создании согласительной комиссии, которая будет обсуждать и вносить необходимые поправки³.

Безусловно, всякая новация вызывает вопросы, опасения, требует времени для выработки подходов к использованию. Особенно важно понять, после какого периода действия нормативного правового акта допустимо и оправданно вносить изменения без существенного ущерба для целостности законодательства, для юридической практики. Какое количество дополнений и изменений допустимо?

За двенадцать лет существования первого Федерального закона «О рекламе» изменения в него вносились восемь раз. За пять лет, прошедшие после принятия ныне действующего Федерального закона «О рекламе» поправки вносились девятнадцатью нормативными правовыми актами, причем первые изменения были внесены уже через девять месяцев после вступления акта в силу. Только в 2011 году базовый Закон трансформировался пять раз. Столь динамичная модернизация обусловлена изменением социокультурной, экономической, политической ситуации в стране, активным развитием рекламного рынка и правовой регламентации рекламной деятельности. С высокой долей уверенности можно утверждать, что для подвижных, активно и позитивно развивающихся новационных сфер такое положение вещей нормально, естественно. Для современной России рекламная деятельность — явление довольно новое, но уже мощное, показавшее устойчивость к кризисным явлениям, перспективное. Только стабильное, «привычное» бытие рекламного рынка позволит стать более стабильным рекламному законодательству, ведь эти величины взаимозависимы. Однако констатация причин столь частых изменений не решает проблемы, связанные с интерпретацией и реализацией новых норм. Здесь весьма актуальным представляется введение некоего моратория на внесение изменений в нормативный правовой акт в течение первого года его действия. Такой подход, во-первых, дисциплинировал бы законодателя, призывая к более тщательной работе по подготовке и согласованию отдельных положений, во-вторых, позволил бы накопить опыт в толковании и применении норм, выявить на практике сильные и слабые стороны нормативного правового акта.

Трансформация базового закона привела к модернизации дефиниции понятия «реклама» — основной категории рекламного права. Ее технико-юридический и содержательный анализ крайне важен для выявления спорных и проблемных положений.

Впервые законодательная дефиниция понятия «реклама» появилась в 1995 году. Реклама в статье 2 первого базового Федерального закона «О рекламе» трактовалась как «распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях (рекламная информация), которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к этому физическому, юридическому лицу, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний»⁴.

Принятие в 2006 году нового Федерального закона «О рекламе» не принесло существенных содержательных изменений в дефиницию понятия «реклама». Так, в пункте 1 статьи 3 Закона под рекламой понимается «информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижению на рынке»⁵.

Здесь же вводятся дефиниции ранее не известных рекламному законодательству понятий. В частности, новым является понятие «объект рекламирования» — «товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама» (пункт 2 статьи 3).

¹ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1232.

² Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 30. — Ст. 2864.

³ Подробнее см.: *Левинский Р.* Закон «О рекламе» уже начинают править. «Единая Россия» договаривается с телевизионщиками / *Р. Левинский, Т. Бордюг* // *Коммерсантъ*. — 2006. — 24 марта; *Ефременко Т.* Ролики поставили на место. Рекламистам не хватает эфира, а зрителям — передач без рекламы // *Российская газета*. — 2006. — 24 марта; *Бордюг Т.* Рекламодатели не влезают в эфир // *Коммерсантъ*. — 2006. — 30 марта; *Ефременко Т.* В одни руки не давать. Рекламный рынок ждет перемены // *Российская газета*. — 2006. — 24 ноября.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 30. — Ст. 2864.

⁵ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1232.

В пункте 3 статьи 3 сформулировано определение понятия «товар», под которым понимается «продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот». При тщательном рассмотрении становится понятно, что по сути понятие «реклама» имеет трехэлементный состав. Дело в том, что определения объекта рекламирования и товара необходимы для раскрытия этого фундаментального для нашей темы понятия. Так, понятие «реклама» раскрывается через понятие «объект рекламирования», а последнее — через понятие «товар». Введение этих законодательных определений, вероятно, было задумано для более четкого выделения их квалифицирующих признаков. Однако использование подхода гиперссылки в нормативном правовом акте усложняет восприятие правоприменителем дефиниции базового понятия «реклама» и затрудняет дальнейшую с ней работу.

Следует обратить внимание, что под рекламой понимается «информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств...». Подобный подход к вопросу распространения рекламы представляется неоправданным. С логико-философской точки зрения употребленная законодателем терминология вызывает сомнение. Форма весьма условно отличается от содержания и может приобрести значение содержания. Средство, способ могут противоречить содержанию и дискредитировать его, переводя в сферу противоправного. Думается, логика законодателя здесь заключалась в стремлении охватить весь спектр проявлений рекламы. Столь широкий подход к распространению рекламы позволяет без ущерба отказаться от указания способов, форм, средств.

Совершенствование рекламного законодательства порой приводит к неоправданному его расширению, размыванию границ. Так, в 2010 году статья 40 Федерального закона «О рекламе» была дополнена частью 4 следующего содержания: «Особенности размещения (распространения) рекламы на территории инновационного центра “Сколково” устанавливаются Федеральным законом “Об инновационном центре “Сколково”». Регламентация специфики распространения рекламы в некой «особой» зоне инновационного центра неоправданно выводится из базового закона, нарушая целостность подхода к регулированию рекламной деятельности, создавая перспективные сложности в правоприменении. Соответствующие нормы вполне органично могли бы быть встроены в Федеральный закон «О рекламе».

Существенные изменения, внесенные Федеральным законом от 28 декабря 2009 года № 380 «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»¹ привели к многократному увеличению норм, регламентирующих рекламную деятельность в КоАП РФ. Так, статья 14.3 КоАП РФ в новой редакции существенно выросла по объему и содержательно значительно трансформировалась. В части 1 появилось положение, исключающее наложение административного штрафа за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе в случаях, предусмотренных частями 2—4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса. При этом указанные части и статьи вновь введены в КоАП РФ.

Часть 2 статьи 14.3 КоАП предусматривает возложение административной ответственности за нарушение порядка прерывания рекламой теле- или радиопрограммы, теле- или радиопередачи либо совмещения рекламы с телепрограммой, превышение допустимого законодательством о рекламе объема рекламы в теле- или радиопрограммах, а равно распространение рекламы в теле- или радиопрограммах в дни траура, объявленные в Российской Федерации, что влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц — от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей. Содержательно эта часть основана на обширном спектре требований Федерального закона «О рекламе» к рекламе в телепрограммах и телепередачах (статья 14 Федерального закона «О рекламе») и рекламе в радиопрограммах и радиопередачах (статья 15 Федерального закона «О рекламе»). В связи с этим возникает вопрос: по какой причине законодатель не помещает в тексте части 2 статьи 14.3 КоАП РФ отсылку к нормам базового закона?

Административная ответственность за превышение допустимого законодательством о рекламе объема рекламы, распространяемой в периодических печатных изданиях, нашла отражение в части 3 статьи 14.3 КоАП РФ, где предусмотрены штрафные санкции за подобные правонарушения в размере от четырех тысяч до семи тысяч рублей — для должностных лиц, от сорока тысяч до ста тысяч рублей — для юридических лиц. Регламентация допустимого объема рекламы в периодических печатных изданиях содержится в статье 16 Федерального закона «О рекламе», поэтому в части 3 статьи 14.3 КоАП РФ было бы целесообразно применение отсылки к нормам этой статьи.

Частью 4 статьи 14.3 КоАП РФ административная ответственность возлагается за прерывание рекламой при кино- и видеообслуживании демонстрации фильма, а также совмещение рекламы с демонстрацией фильма, религиозной телепередачи, телепередачи продолжительностью менее чем пятнадцать минут, трансляцией агитационных материалов, распространяемых в телепрограммах и

¹ Российская газета. — 2009. — 30 декабря.

телепередачах в соответствии с законодательством о выборах и референдумах, способом «бегущей строки» или иным способом ее наложения на кадр демонстрируемого фильма либо телепрограммы или телепередачи, что влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц — от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей. Минимальные размеры штрафных санкций в этой части увеличены (в сравнении с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ), как для должностных, так и для юридических лиц.

Вышеприведенные новации КоАП РФ при надлежащей организационно-правовой подготовке способны реально повысить ответственность за правонарушения в сфере рекламы.

Здесь уместно обратить внимание на такой нюанс: непонятно, чем руководствовался законодатель, выбирая для административной ответственности те или иные способы распространения рекламы. Можно предположить, что в значительной мере субъективно были избраны наиболее значимые для социума и государства коммуникационные рекламные каналы. Тогда возникает вопрос — почему не были аналогичным образом выделены высокочисленные, влекущие опасные последствия для жизни и здоровья граждан отдельные виды объектов рекламирования? Имеются в виду — алкоголь (статья 21 Федерального закона «О рекламе»), пиво (статья 22), табак (статья 23), лекарственные препараты (статья 24), оружие (статья 26). Часть 1 статьи 14.3 КоАП РФ, носящую более общий характер, имеющую отношение к ненадлежащей рекламе в целом, желательно (как было в прежней редакции КоАП РФ) поместить в отдельную статью. Более логичным представляется выделение в главе 14 КоАП РФ отдельных статей, содержащих правовые нормы о нарушении требований к распространению телевизионной и радиорекламы, рекламы в периодических печатных изданиях, рекламы при кино- и видеообслуживании.

Остается открытым и еще один вопрос — почему не гармонизированы коррелирующие между собой нормы базового закона «О рекламе» и новационные нормы КоАП РФ? Думается, что социально-правовые реалии и проблемы реализации норм, вводящих новые для КоАП РФ составы, приведут к необходимости более детальной проработки соотношения и взаимодействия правовых установлений Федерального закона «О рекламе» и КоАП РФ.

Можно предположить, что оптимальным решением технико-юридической проблемы кардинального изменения правового регулирования в рассматриваемой сфере может стать подготовка и принятие Кодекса рекламной деятельности Российской Федерации.

Прежде всего следует отметить, что кодификация в столь сложной сфере юридически значимой деятельности должна быть проведена на основе Концепции государственной политики Российской Федерации инновационного развития рекламной деятельности в правотворчестве, правоприменении, повышении уровня правовой культуры. К сожалению, до сих пор такой директивный документ не разработан — имеются лишь отдельные предложения общего плана, которые цельной системы не представляют. Но это обстоятельство не может служить организационно-правовым препятствием для принятия Кодекса рекламной деятельности Российской Федерации.

С учетом масштабов развития рекламного бизнеса недостаточно простого улучшения ныне действующего Федерального закона «О рекламе». Речь должна идти не о внешней обработке норм существующего рекламного права, а о полномасштабной переработке его содержания, изменении структуры и юридических процедур реализации законодательных норм о рекламе.

Кодекс — это всегда результат законотворчества, это форма законодательной регламентации.

Верно подчеркивая, что кодекс — разновидность законов, Ю.А. Тихомиров и Э.В. Талапина констатируют пять его основных особенностей:

- 1) полнота регулирования отношений в какой-либо сфере;
- 2) единообразии регулирования;
- 3) закрепление основных юридических принципов, понятий и конструкций;
- 4) отражение крупных юридических теорий и концепций;
- 5) лидирующее место среди иных законов и особое воздействие на все правовые акты и процесс правоприменения¹.

Кодекс не просто важнейшая, высочайшая и относительно самостоятельная форма упорядочения нормативно-правовых актов, но и мощное средство стабилизации российского, и не только рекламного, законодательства.

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.

Весьма категоричен в своих предложениях по этой проблеме Комитет производителей алкогольных напитков Европейского делового клуба в Российской Федерации. «Закон «О рекламе» должен

¹ См.: Тихомиров Ю.А. О кодификации и кодексах / Ю.А. Тихомиров, Э.В. Талапина // Журнал российского права. — 2003. — № 3. — С. 48; а также: Концепции развития российского законодательства / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского. — М., 2004. — С. 32—37.

стать единственным и всеобъемлющим законом, регулирующим рекламу, необходимо исключить статьи, регулирующие рекламную деятельность, из иных действующих законодательных актов, а также исключить возможность появления таких статей в иных законопроектах в будущем»¹. Приведенное предложение — явная гиперболизация проблемы систематизации норм рекламного права. Появление новых видов производства товаров и услуг неизбежно, и для их включения в правовое пространство есть специальные технико-юридические приемы (например, отсылки к базовому Закону).

В перспективе требуется подготовка не «всеобъемлющего» закона о рекламе, а Кодекса рекламной деятельности в Российской Федерации.

Кодекс как форма упорядочения юридических норм, как высшая ступень их систематизации имеет гораздо больше возможностей для комплексного содержательного регулирования всех юридически значимых элементов и этапов рекламной деятельности. Именно Кодекс рекламной деятельности РФ может придать цельность всем функционирующим ныне в сфере рекламы юридическим нормам.

Наряду с перспективной необходимостью принятия цельного, кодифицированного акта весьма актуальна проблема становления единого государственного регулятора, возглавляющего систему государственного контроля за реализацией норм рекламного права.

Анализ Указа Президента РФ от 9 марта 2004 года № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти»² свидетельствует, что объективно рекламная деятельность выступает предметом «функционального интереса» ряда министерств и ведомств.

Возникает резонный вопрос — могут ли, должны ли эти органы заниматься защитой прав потребителей от ненадлежащей рекламы? Кто именно, например, должен отвечать за качественную рекламу лекарственных средств и биодобавок? На Федеральную службу по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ возложены функции борьбы с рекламой наркотиков. Означает ли это, что другие государственные органы и общественные объединения не могут противодействовать этому социальному злу?

Одним из приоритетов рекламной политики в современной России должно быть последовательное создание единого государственного мегарегулятора рекламного рынка, одного властного центра нормативно-правовой и индивидуальной (поднормативной) регуляции рекламной деятельности.

Этот центр может быть полиструктурным, но функционально действующим как единый механизм. Базовый элемент этого центра — нормотворческий орган. Второй, не менее важный, но подчиненный первому элемент — система правореализации (а не только правоприменения) принятых норм рекламного права.

В качестве такого центра применительно к рекламной деятельности, по всей видимости, должна выступить Федеральная антимонопольная служба. Именно на нее целесообразно при принятии компетенционных актов возложить координацию деятельности в сфере рекламы всех иных органов исполнительной власти. При ином подходе юридически значимая рекламная деятельность окажется «раздробленной» по ведомствам и потому малоэффективной.

Подводя итоги краткого анализа технико-юридических проблем совершенствования рекламного законодательства России, можно сделать ряд выводов.

Технико-юридическая динамика структуры и содержания базового Закона, как развитие и совершенствование содержания и формы его норм, проявляется, и будет проявляться в длительном процессе внесения изменений и дополнений в этот нормативный правовой акт. Практика его применения с течением времени расставит необходимые акценты и проявит слабые и сильные стороны. Этот процесс обусловлен необходимостью своевременного стабильного обеспечения соответствия норм базового Закона реалиям рекламной действительности. Вполне можно вести речь о перспективной возможности принятия Кодекса рекламной деятельности, что приведет к изменению уровня и качества правовой деятельности в рекламной сфере в целом. Совершенствование рекламного законодательства и последующая реализация норм будут проходить более гармонично и результативно при наличии четкой вертикали государственного регулирования, возглавляемой Федеральной антимонопольной службой РФ.

¹ Реклама и право. — 2003. — № 1. — С. 8.

² Российская газета. — 2004. — 11 марта.

С.В. Бахвалов

Бахвалов Сергей Владимирович — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории государства и права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова

О видах, формах и действенности контрольно-надзорных механизмов в правотворчестве субъектов Российской Федерации

Количество нормативных актов, издаваемых законодательными (представительными) органами субъектов РФ, с каждым годом все возрастает. Растет и число законов (других правовых актов), которые по содержанию или формальным основаниям, в силу объективных или субъективных факторов не соответствуют общепризнанным принципам и нормам международного права, Конституции РФ, федеральному законодательству¹. Правильная реализация контрольно-надзорных полномочий при принятии законов невозможна без четкого представления о видах и формах их осуществления.

Можно говорить о разнообразных типах, видах (подвидах) контроля и надзора², одновременно действующих в российской юридической практике. Так, в зависимости от отраслевой принадлежности «проверяемого» закона или иного нормативного акта можно рассматривать контроль гражданского, уголовного, жилищного, экологического, трудового и прочего законодательства.

По времени осуществления целесообразно выделять текущий, периодический и итоговый контроль. Текущий контроль осуществляется постоянно и выражается в непосредственной оценке воздействий, производимых на законопроект. Периодический контроль абстрагируется от детального изучения всех производимых операций над проектом закона и сосредоточен на исследовании результатов отдельных стадий его принятия. Итоговый контроль позволяет дать общую характеристику готовому закону, сопоставить заявленные цели с наличным их воплощением. По этому же критерию возможно деление контроля на предварительный, текущий и последующий³.

В зависимости от положения контролирующего субъекта по отношению к объекту контроля можно говорить о внешнем контроле и внутреннем контроле (самоконтроле и т. п.).

По характеру контрольно-надзорных полномочий необходимо выделять оценочный и ревизионный контроль. Если оценочный контроль носит исключительно информационный, справочный характер, то ревизионный — предполагает наличие у субъекта контроля властных полномочий, позволяющих давать подконтрольному органу либо должностному лицу обязательные для исполнения указания.

В зависимости от способа осуществления можно выделять: сплошной, выборочный и частный контроль. Сплошной контроль означает проведение проверок всех законодательных актов за определенный период времени. Выборочный контроль предполагает, что контролирующий орган анализирует несколько законов из всего множества и распространяет выводы, полученные в ходе контроля, на всю совокупность. Частный контроль проводится в случае подозрения о допущенных нарушениях законности при подготовке, принятии, обнародовании конкретного закона и иного акта.

Контроль классифицируют и по другим основаниям: порядку принимаемого решения (коллегиальный и единоначальный), полноте исследования (поверхностный и углубленный), объему анализируемого материала (обзорный и детальный), степени организации (плановый и внеплановый); субъектам осуществления (государственный и негосударственный) и т. д.⁴

¹ См.: *Лопатин В.Н.* Конституционная законность и проблемы нормотворчества в России // Журнал российского права. — 2004. — № 5. — С. 8.

² Далее по тексту понятие «контроль» будет использоваться в качестве термина, включающего как контрольную, так и надзорную деятельность. Понятие же «надзор» употребляется исключительно в отношении надзорной деятельности.

³ См.: *Беляев В.П.* Контроль и надзор как формы юридической деятельности: вопросы теории и практики: Дис... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2006. — С. 98.

⁴ О многообразии видов контроля см. подробнее: *Марков К.В.* Конституционно-правовые основы развития государственного контроля в Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 73—93; *Беляев В.П.* Контроль и надзор как формы юридической деятельности: вопросы теории и практики: Дис... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2006. — С. 95—100; *Макарова О.В.* Судебный контроль судов общей юрисдикции за соответствием нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти федеральным законам: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2005. — С. 40—66; *Кузнецов А.В.* Парламентский контроль в субъектах Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 19—37; *Чиркин В.Е.* Контрольная власть. — М., 2008. — С. 114; и др.

Наибольшее практическое значение, на наш взгляд, имеет выделение следующих видов контроля на основе расширенного субъектного критерия:

- общественный контроль;
- научный контроль;
- парламентский контроль;
- президентский (губернаторский) контроль;
- министерский контроль;
- судебный контроль;
- контроль, осуществляемый уполномоченными по правам человека;
- контроль со стороны счетных палат;
- прокурорский надзор.

Общественный контроль предполагает такую организацию системы законотворчества, которая способствует сохранению демократических процедур, обеспечивает необходимый уровень эффективности законодательства, в том числе его устойчивости по отношению к конъюнктурным изменениям¹. В литературе предлагается понимать общественный контроль в широком и узком смысле. В широком смысле он представляет собой совокупность форм, принципов, методов и средств воздействия гражданского общества на государство (власть); в более узком — это деятельность соответствующих институтов гражданского общества по обеспечению реализации нормативно закрепленных параметров взаимодействия общества и государства посредством установления (выявления) фактического выполнения правовых норм органами государства и сдерживания выявляемых отклонений².

К сожалению, далеко не во всех регионах приняты законы, регулирующие право граждан на законодательную инициативу. Также необходимо отметить, что проекты законов субъектов Федерации редко выносятся на всеобщее обсуждение, а учет замечаний, пожеланий и предложений граждан (их объединений) в значительной мере носит формальный характер. В то же время не стоит забывать, что часть 1 статьи 32 Конституции РФ гарантирует гражданам возможность непосредственного участия в управлении делами государства. Именно поэтому общественный контроль должен стать тем «фильтром», который уже на стадии проектирования закона позволит выявить и устранить возможные погрешности закона, максимально объективно отразить в нем реально складывающиеся общественные отношения.

Общественные палаты, сформированные во многих регионах России, занимают особое место в реализации рассматриваемого вида контроля. Так, согласно статье 4 закона Ростовской области от 6 июля 2011 года № 619-ЗС Общественная палата имеет право вносить предложения в органы государственной власти и органы местного самоуправления по наиболее важным вопросам социально-экономического и культурного развития области и муниципальных образований; проводить общественную экспертизу; направлять членов Общественной палаты для участия в заседаниях в органов государственной власти и местного самоуправления; и пр.³

Следует учитывать, что «рекомендательный характер»⁴ решений Общественной палаты отнюдь не означает право органов власти игнорировать сформулированные предложения. Все рекомендации «подлежат обязательному рассмотрению»⁵ и по ним должны готовиться мотивированные заключения, содержащая полную информацию о причинах, по которым они принимаются или отвергаются.

Независимую экспертизу законопроекта научными учреждениями и организациями, отдельными учеными следует «отнести к важнейшему технологическому этапу законотворческого процесса»⁶. Технология создания и совершенствования законов обязательно должна предусматривать порядок взаимодействия законодательных органов с наукой (в том числе юридической)⁷. Причем взаимодействие должно быть построено таким образом, чтобы создать все условия для обеспечения научной обоснованности законодательства. В этой связи мы считаем необходимым выделять *научный контроль* за качеством и эффективностью разрабатываемого закона как самостоятельный вид контроля.

¹ См.: Демидов А.С. Общественное мнение и законотворчество // Вестник Саратовской государственной академии права. — 2008. — № 2. — С. 19—21.

² См.: Федоров В.В. Общественный контроль за деятельностью уголовно-исполнительной системы как форма взаимодействия гражданского общества с государством: Дис... канд. юрид. наук. — Владимир, 2006. — С. 8.

³ См.: Наше время. — 2011. — 12 июля.

⁴ См., например: Закон Нижегородской области от 31 октября 2006 года № 132-З «Об Общественной палате Нижегородской области» // Нижегородские новости. — 2006. — 11 ноября.

⁵ См.: Закон Калининградской области от 26 сентября 2007 года № 162 «Об Общественной палате Калининградской области» // Калининградская правда. — 2007. — 10 октября.

⁶ Нормография: теория и методология нормотворчества: Учебно-методическое пособие / Под. ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 202, 427.

⁷ См.: Чернобель Г.Т. Процесс создания закона // Журнал российского права. — 2008. — № 1. — С. 138—140.

В современной литературе уровень развития научного контроля оценивается весьма низко. «Важной проблемой в плане научного обеспечения законотворческого процесса, — пишут Т.Н. Рахманина и Ю.Г. Арзамасов, — является то, что у нас сегодня, по существу, нет достаточно эффективного механизма взаимодействия высших органов государственной власти и правовой науки. Не создав такого механизма, мы не сможем сколько-нибудь реально говорить об обеспеченности научной обоснованности законодательства»¹.

Несмотря на то, что в большинстве региональных законов, регулирующих разработку законов и иных нормативных правовых актов, содержатся нормы, позволяющие проводить полноценное научное исследование будущего документа, на практике их воплощение вызывает множество вопросов. Например, за 10 лет, истекших с момента принятия закона Ярославской области от 7 марта 2001 года № 16-З «О правовых актах Ярославской области» в Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова не поступило ни одной заявки на проведение научной экспертизы законопроекта. В то же время часть 1 статьи 30 вышеуказанного закона устанавливает, что «научная экспертиза проектов правовых актов осуществляется научными учреждениями и вузами соответствующего профиля, экспертами из числа ведущих ученых и специалистов»². Не поступало подобных обращений в адрес университета и от структурных подразделений территориальных органов Минюста России, на которые возложена обязанность по проведению юридической экспертизы нормативных правовых актов субъектов Федерации³.

В рамках научного контроля имеются возможности для осуществления не только собственно правовой, но и лингвистической, профессионально-специализированной, экологической, научно-технической, финансово-экономической и прочих видов экспертиз проектов закона.

Научная проверка позволяет выявить позитивные и негативные последствия, которые может повлечь принятие закона в различных сферах общественной жизни. Необходимо, чтобы рекомендации, предложенные научными экспертными советами, подлежали обязательному учету при принятии закона в окончательной редакции.

А.В. Кузнецов, исследуя *парламентский контроль* в субъектах Российской Федерации, приходит к выводу, что он «является одной из разновидностей государственного контроля»⁴ и связан исключительно с «внешним контролем за деятельностью исполнительной власти»⁵. На наш взгляд, подобный подход является несколько односторонним и не учитывает многообразия проявлений контрольной функции законодательной ветви власти.

Прежде всего, следует отметить, что региональные парламенты являются тем уникальным субъектом, который способен выполнять внутренний контроль, то есть самоконтроль.

Создание закона — это не одномоментное творение. В своем становлении закон проходит множество стадий, этапов, на которых он подвергается проверке, оценке с точки зрения качества и планируемой эффективности. Заседания рабочих комиссий и комитетов, консультации и согласительные процедуры, даже сам процесс голосования по законопроекту — все это следует рассматривать как своеобразные контрольные точки, через которые оценивается закон.

Обеспечение законности процедурно-процессуальных аспектов принятия закона возложено на председателя соответствующего законодательного органа субъекта Федерации. Например, согласно подпункту «ж» пункта 1 статьи 49 Законодательного собрания Вологодской области «председательствующий на заседании Законодательного собрания... контролирует ведение и подписывает протокол заседания Законодательного собрания»⁶. В случае нарушения положений регламента Законодательного собрания председательствующий, в частности, может предупредить депутата, а при повторном нарушении лишить его слова; указывать на допущенные в ходе заседания нарушения положений действующего законодательства, а также исправлять фактические ошибки, допущенные в выступлениях; удалять из зала заседаний приглашенных лиц, мешающих работе Законодательного собрания.

Конституционный принцип разделения государственной власти обуславливает существование *губернаторского (президентского) контроля* за качеством принимаемого закона. Отдельные ученые считают, что «наделение глав субъектов Федерации компетенцией по промульгации законов создает перекос в системе региональной власти»⁷, поскольку «правовой статус глав исполнительной власти,

¹ Нормография: теория и методология нормотворчества: Учебно-методическое пособие / Под. ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 184.

² Губернские вести. — 2001. — 13 марта.

³ См.: Указ Президента РФ от 13 октября 2004 года № 1313 «Вопросы Министерства юстиции Российской Федерации» // Российская газета. — 2004. — 19 октября.

⁴ Кузнецов А.В. Парламентский контроль в субъектах Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 22.

⁵ Там же.

⁶ Постановление Законодательного собрания Вологодской области от 19 октября 1999 года № 536 «О регламенте Законодательного Собрания области» // СПС «Гарант».

⁷ Рабко Т.А. Надзор прокуратуры за соответствием законам правовых актов, издаваемых представительными (законодательными) органами субъектов Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Тверь, 1999. — С. 31.

губернаторов краев и областей, глав и президентов республик существенно отличается от статуса главы государства»¹.

На наш взгляд, вряд ли можно согласиться с подобной точкой зрения. Принцип разделения власти является общеправовым и в качестве такового пронизывает все уровни российской государственности, в нем проявляется существенный элемент системы сдержек и противовесов.

Мы разделяем позицию Конституционного Суда РФ, высказанную в постановлениях от 18 января 1996 года № 2-П и от 1 февраля 1996 года № 3-П, где положения Уставов Алтайского края и Читинской области, предусматривающие полномочия глав законодательных органов данных субъектов Федерации на подписание и обнародование региональных законов, были признаны не соответствующими Конституции РФ. В праве «вето» главы исполнительной власти и промульгации региональных законов Конституционный Суд РФ обоснованно видит «существенный элемент законотворческой процедуры, обеспечивающей разделение властей, как гарантию от возможных ошибок. В результате закон, принятый органом законодательной власти, обретает силу правового акта единой государственности власти. Принятие и промульгация законов одним и тем же органом нарушили бы баланс властей в сфере законотворчества»².

Другой формой контроля главы региона за качеством законов является полномочие по представлению заключений на законопроекты, предусматривающие расходы, покрываемые за счет средств регионального бюджета. Например, в части 4 статьи 46 Устава Челябинской области закреплено, что «законопроекты о введении или отмене налогов, об освобождении от их уплаты, об изменении финансовых обязательств области, другие законопроекты, предусматривающие расходы, покрываемые за счет средств областного бюджета, рассматриваются Законодательным Собранием только по представлению Губернатора области либо при наличии его заключения»³. Аналогичные нормы помещены в основных законах других субъектов РФ.

Министерский контроль за правотворческой практикой субъектов Федерации осуществляет Минюст России. Согласно пункту 1 постановления Правительства РФ от 3 июня 1995 года № 550 на Министерство юстиции РФ возложено «проведение юридической экспертизы правовых актов, принимаемых органами государственной власти субъектов Российской Федерации»⁴. Однако право проведения экспертизы отнюдь не означает автоматическое наделение государственного органа контрольными полномочиями, поскольку пункт 9 Указа Президента РФ от 13 октября 2004 года № 1313 прямо запрещает Минюсту России в пределах установленного предмета ведения «осуществлять функции по контролю и надзору..., кроме случаев, предусмотренных указами Президента Российской Федерации или постановлениями Правительства Российской Федерации»⁵. Рассматриваемое право предоставлено Минюсту России постановлением Правительства РФ от 29 ноября 2000 года № 904 где указано, что федеральный регистр нормативных правовых актов субъектов Федерации ведется в целях **обеспечения контроля** за соответствием нормативных правовых актов субъектов Федерации Конституции РФ и федеральным законам, а его ведение, включая определение порядка предоставления сведений⁶, возложено на Министерство юстиции РФ⁷.

Хотя территориальные органы Министерства юстиции РФ и не наделены полномочиями на прекращение или приостановление действия незаконного нормативного правового акта органов власти субъекта Федерации, их экспертные заключения влекут весьма существенные юридические последствия. Так, пункт 32 приказа Минюста России от 29 октября 2003 года № 278 предусматривает, что «при выявлении в акте положений, не соответствующих Конституции Российской Федерации и (или) федеральному законодательству, экспертное заключение для рассмотрения и принятия мер по устранению выявленных нарушений направляется в орган государственной власти субъекта Российской Федерации».

¹ Рабко Т.А. Надзор прокуратуры за соответствием законам правовых актов, издаваемых представительными (законодательными) органами субъектов Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Тверь, 1999. — С. 29.

² Постановление Конституционного суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края» // Российская газета. — 1996. — 1 февраля.

³ Закон Челябинской области от 25 мая 2006 года № 22-30 «Устав (Основной Закон) Челябинской области» // Южноуральская панорама. — 2006. — 16 июня.

⁴ Постановление Правительства РФ от 3 июня 1995 года № 550 «О дополнительных функциях Министерства юстиции Российской Федерации» // Российская газета. — 1995. — 9 июня.

⁵ Указ Президента РФ от 13 октября 2004 года № 1313 «Вопросы Министерства юстиции Российской Федерации» // Российская газета. — 2004. — 19 октября.

⁶ См.: Приказ Министерства юстиции РФ от 20 декабря 2005 года № 244 «Об утверждении порядка предоставления сведений, содержащихся в федеральном регистре нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. — 2006. — № 2.

⁷ См.: Постановление Правительства РФ от 29 ноября 2000 года № 904 «Об утверждении Положения о порядке ведения федерального регистра нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» // Российская газета. — 2000. — 16 декабря.

Федерации, принявший акт. Для принятия мер прокурорского реагирования копия экспертного заключения на акт может направляться в органы прокуратуры»¹.

Подобное взаимное сотрудничество Минюста и Прокуратуры России обладает значительным потенциалом и уже привело к определенным положительным результатам².

Между тем нельзя не отметить и отдельные негативные моменты, обнаруживающиеся в данной практике. Это, прежде всего, немотивированный характер многих заключений Минюста России, отсутствие четкого механизма направления результатов проведенных экспертиз в прокуратуры регионов, чрезмерная абстрактность, формальность, поверхностность некоторых заключений, определенное дублирование деятельности и т. д.³

В таких условиях вполне обоснованным выглядит вывод о необходимости «наделить органы юстиции правом законодательной инициативы и правом на обращение в суд с требованием о признании нормативного акта недействующим в силу его противоречия федеральному законодательству»⁴.

Важно, чтобы заключения органов Министерства юстиции были построены на глубоком анализе правового материала. Не меньшее значение имеет время осуществления контроля. Следует согласиться с мнением Г.Т. Чернобеля, что контроль *ex post facto* (после того, как действие совершено) зачастую теряет свою рациональность, не всегда эффективен⁵.

Необходимо активнее вовлекать представителей органов юстиции в работу по предварительной оценке будущего закона, притом, что опыт такого контроля за законотворческой деятельностью в субъектах РФ уже имеется.

Ведущую роль в деле обеспечения законности нормативных правовых актов субъектов Федерации играет *судебный контроль*. Под ним предлагается понимать «осуществляемую в особом установленном законом процедурном порядке деятельность судов по проверке правовых актов на предмет соответствия предъявляемым к ним требованиям» (по мнению Т.В. Паршиной). В этом плане необходимо уточнить некоторые положения, которые излагаются в литературе.

Итак, судебный контроль осуществляется международными судами, Конституционным Судом РФ, арбитражными судами, судами общей юрисдикции соответствующего уровня и конституционными (уставными) судами субъектов Федерации.

Сейчас органы конституционной юстиции действуют лишь в четверти субъектов РФ, в других регионах проверке законодательных актов регионального и муниципального уровня осуществляют арбитражные суды и суды общей юрисдикции соответствующего уровня.

Такая практика сложилась под влиянием двух обстоятельств. С одной стороны, законодательные органы власти субъектов Федерации не заинтересованы в самоограничении и установлении дополнительного контроля над своей деятельностью⁶, с другой — ранее сформированная позиция представителей Верховного и Высшего Арбитражного судов выражалась в том, что «нет необходимости создавать в субъектах Федерации судебные органы конституционного (уставного) контроля»⁷.

Между тем следует согласиться с мнением Н. Чепурновой, что «создание конституционных (уставных) судов в субъектах Федерации как органов конституционного (уставного) контроля обусловлено объективной необходимостью, имеет необходимую правовую базу и должно стать важным шагом по укреплению режима законности, обеспечить правовой механизм реализации основных законов субъектов Российской Федерации»⁸.

Данный тезис можно подкрепить множеством аргументов. Перечислим лишь наиболее существенные из них. Во-первых, производство по делам об оспаривании нормативных правовых актов в сравнении с другими видами производств (исковым и т. д.) обладает значительной спецификой и является более сложным процессом.

¹ Приказ Министерства юстиции РФ от 29 октября 2003 года № 278 «Об утверждении рекомендаций по проведению юридической экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. — 2003. — № 11.

² См.: Рабко Т.А. Надзор прокуратуры за соответствием законам правовых актов, издаваемых представительными (законодательными) органами субъектов Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Тверь, 1999. — С. 147—148.

³ См. также: Долгова Е.Б. Организация и проведение мониторинга регионального законодательства в территориальном органе Минюста России: практика Сибирского федерального округа // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. — 2006. — № 10. — С. 13—25.

⁴ См., например: Варакин В.Б. Обеспечение единого правового пространства органами юстиции Российской Федерации: (на примере Липецкой области) // Правовая политика и правовая жизнь. — 2002. — № 3. — С. 140—145.

⁵ См.: Конституция, закон, подзаконный акт. — М., 1994. — С. 42.

⁶ Чепурнова Н. Конституционный Суд РФ как орган судебного контроля за законностью правовых актов субъекта Федерации // Российская юстиция. — 2000. — № 3. — С. 2.

⁷ Чепурнова Н. Конституционный (уставный) суд как орган судебного контроля за законностью правовых актов субъекта Федерации // Российская юстиция. — 1999. — № 3. — С. 4.

⁸ Там же. — С. 2.

Во-вторых, за последние несколько лет в судебском сообществе все отчетливее проявляется тенденция к специализации судопроизводства. Председатель Верховного Суда РФ В. Лебедев, например, отмечает: «Закон об административном судопроизводстве, — пишет он, — очень нужен нашему государству. Жалобы населения на должностных лиц и органы власти должны рассматриваться быстро, качественно и на высоком профессиональном уровне, а не в общем потоке других дел. Поэтому необходимо введение специализированных судов. Сейчас жалобы граждан подобного рода и юридические споры рассматриваются в судах общей юрисдикции, что нельзя считать эффективным методом работы»¹.

В-третьих, реально складывающаяся загруженность судебского корпуса не позволяет детально и тщательно исследовать все возможные связи оспариваемого нормативного правового акта с другими положениями законодательства. Так, председатель Московского арбитражного суда О.М. Свириденко сообщил, что в первом полугодии 2009 года данным судом было принято к рассмотрению 80 тысяч заявлений, а это в два раза больше показателей того же периода прошлого года. В результате судьи вынуждены рассматривать 30-40 дел в день, что в пересчете составляет не более 10 минут на одно дело². Вполне естественно, что такое «ускоренное» правосудие не лучшим образом отражается на результатах, а ведь в производстве об оспаривании нормативных актов решения судов носят правопрекращающий, то есть, фактически, правотворческий характер, что, в свою очередь, предъявляет особые требования к их качеству.

В-четвертых, предполагается, что создание в субъектах Федерации конституционных (уставных) судов позволит судебной власти активнее участвовать в законотворческом процессе, например, путем осуществления предварительного контроля за качеством законопроектов на стадиях принятия законов или их промульгации.

Важным направлением контроля должна стать *деятельность уполномоченных по правам человека*, урегулированная соответствующими региональными законами. Так, статья 10 закона Санкт-Петербурга от 30 декабря 1997 года № 227-77 устанавливает, что «в целях выполнения своих основных задач Уполномоченный... принимает участие в разработке законопроектов, затрагивающих права и свободы человека»³. А согласно статье 9 закона Ростовской области от 15 марта 2007 года № 643-ЗС «заключения уполномоченного по правам человека... подлежат обязательному рассмотрению государственными органами Ростовской области»⁴. Кроме того, уполномоченный по правам человека в субъекте Федерации, как правило, обладает правом законодательной инициативы, что позволяет не только констатировать нарушение прав и свобод граждан в силу принятия несправедливого закона, но и дает возможность реально устранять подобные недостатки.

Одним из основных показателей качества принимаемого закона является его ресурсообеспеченность, то есть необходимо оценивать законопроекты с точки зрения их обеспеченности финансовыми, организационными и иными ресурсами, а также в плане целесообразности предполагаемых затрат на издание закона с учетом ожидаемых результатов. Декларативное законодательство, принятое без должного финансово-экономического обоснования, под воздействием сиюминутных интересов способно повлечь значительные негативные последствия. Поэтому предварительный *контроль со стороны счетных палат* субъектов Федерации имеет особое значение.

На наш взгляд, вряд ли можно признать обоснованной норму закона Ивановской области от 21 декабря 2006 года № 140-ОЗ, согласно которой «результаты выполнения контрольно-счетной палатой экспертиз проектов законов Ивановской области... рассматриваются комитетами по их усмотрению»⁵. Депутаты законодательных органов субъектов Федерации в большинстве своем не обладают глубокими экономическими познаниями, а в совокупности с пренебрежительным отношением к материалам профессионального анализа их необдуманные действия могут существенно подорвать экономическое положение региона. Более взвешенными следует признать положения части 2 статьи 10 закона Пермского края от 6 марта 2007 года № 7-ПК, которыми прямо устанавливается, что заключения Контрольно-счетной палаты подлежат обязательному рассмотрению головным комитетом (рабочей группой), а замечания, изложенные в заключениях, подлежат внесению в таблицу поправок к законопроекту⁶.

Положительной тенденцией следует также признать предоставление счетным палатам субъектов Федерации права законодательной инициативы для решения поставленных перед ними задач⁷.

¹ Российская газета. — 2006. — 11 марта.

² См.: РБК-ТВ, программа «Диалог», 26 октября 2009 г. // www.rbctv.ru/archive/index.shtml?date=2009/10/26

³ Закон Санкт-Петербурга от 30 декабря 1997 года № 227-77 «Об Уполномоченном по правам человека в Санкт-Петербурге» // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. — 1998. — № 2.

⁴ Закон Ростовской области от 15 марта 2007 года № 643-ЗС «Об уполномоченном по правам человека в Ростовской области» // Наше время. — 2007. — 20 марта.

⁵ Закон Ивановской области от 21 декабря 2006 года № 140-ОЗ «О контрольно-счетной палате» // Собрание законодательства Ивановской области. — 2007. — № 1.

⁶ См.: Закон Пермского края от 6 марта 2007 года № 7-ПК «О порядке рассмотрения, принятия и обнародования законов Пермского края» // Российская газета. Прикамье. — 2007. — 13 марта.

⁷ См., например: Закон Ивановской области от 21 декабря 2006 года № 140-ОЗ «О контрольно-счетной палате» // Собрание законодательства Ивановской области. — 2007. — № 1.

Активную позицию в сфере обеспечения законности разработки и принятия нормативных актов представительными органами субъектов Федерации занимают органы прокуратуры¹. Прокурорский надзор — это «законодательно закрепленный вид основной специфической осуществляемой от имени государства в пределах их полномочий деятельности прокуроров в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, охраняемых законом интересов общества и государства путем своевременного выявления, устранения и предупреждения нарушений законов»². Пункт 2 статьи 1 и пункт 1 статьи 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» устанавливает, что при осуществлении надзора за законностью прокуратура следит за соответствием актов законодательных органов субъектов Федерации Конституции РФ, федеральным конституционным законам, федеральным и региональным законам, имеющим более высокую юридическую силу.

Основой эффективного выполнения задач, возложенных на прокуратуру, должен стать превентивный надзор, то есть такая деятельность прокуратуры, которая направлена на выявление возможных правовых актов либо отдельных их положений, не соответствующих или противоречащих Конституции РФ, федеральному законодательству, иным актам высшей юридической силы на стадиях проектной разработки, принятия и промульгации; с последующим оповещением заинтересованных сторон о выявленных нарушениях с целью недопущения принятия и издания незаконного правового акта³. При этом прокуроры должны занимать активную позицию, то есть не только сообщать о выявленных противоречиях законопроекта, но и излагать свое видение того, как нужно изменить проект закона, чтобы он соответствовал актам высшей юридической силы. Для достижения указанной цели прокурорские работники могут и должны участвовать в обсуждении проектов законов на заседаниях законодательного (представительного) органа власти субъекта Федерации, изучать законопроекты и представлять на них заключения.

Дополнительным инструментом в их руках является право внесения предложений о совершенствовании законов, предоставленное прокурору частью 4 статьи 1 и статьей 9 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации».

В своей деятельности прокуратура тесно взаимодействует с органами Министерства юстиции РФ и полномочными представителями Президента РФ⁴, контрольно-счетными палатами и другими органами и должностными лицами. Таким образом, можно без преувеличения утверждать, что прокуратура является системообразующим компонентом контроля за законностью, качеством и эффективностью принимаемых законов.

В юридической науке и практике существует множество мнений о формах осуществления контрольной деятельности⁵. Например, под формой участия прокуроров в правотворческой деятельности предлагается понимать «внешнее выражение неоднократно повторяющихся действий, содержанием которых является осуществление прокурорами своих полномочий по совершенствованию нормативной правовой базы Российской Федерации (законов и иных нормативных актов) в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, охраняемых законом интересов общества и государства»⁶.

К основным формам относят:

- представление инициативных проектов;
- участие в подготовке проектов нормативных правовых актов;
- подготовку правовых заключений на проекты нормативных правовых актов;
- внесение предложений об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных правовых актов;
- обсуждение проектов законов и других нормативных правовых актов;
- консультирование по правовым вопросам депутатов, представителей органов, обладающих правом законодательной инициативы и правом принятия нормативных правовых актов;
- участие в рассмотрении внесенных протестов и представлений представительными (законодательными), исполнительными органами и органами местного самоуправления;
- деятельность прокуроров по оспариванию принятых нормативных правовых актов в суде⁷.

В науке также существует мнение, что контроль может осуществляться не только в письменной, но и в устной форме. Прокурор, обнаруживший несоответствие на заседании законодательного органа,

¹ См. подробнее: Петрова Л. Роль прокуратуры в правотворческой деятельности // Законность. — 2008. — № 3. — С. 2—6; Соколова И.А. Участие прокурора в правотворческой деятельности: Пособие для прокуроров. — М., 2007.

² Бессарабов В.Г. Прокурорский надзор. — М., 2006. — С. 9.

³ См.: Рабко Т.А. Надзор прокуратуры за соответствием законам правовых актов, издаваемых представительными (законодательными) органами субъектов Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Тверь, 1999. — С. 54—55.

⁴ См., например: Там же. — С. 166.

⁵ См., например: Чиркин В.Е. Контрольная власть. — М., 2008. С. 193—197; Беляев В.П. Контроль и надзор в Российском государстве: Монография / Науч. ред. А.В. Малько. — М., 2005. — С. 156—225; и т. д.

⁶ Бессарабов В.Г. Прокурорский надзор. — М., 2006. — С. 409.

⁷ См. там же. — С. 410.

может заявить о нем депутатам во время заседания в устной форме¹. Такие случаи носят редкий, если не исключительный, характер, кроме того, заседания законодательных (представительных) органов субъектов Федерации протоколируются, то есть облекаются в форму письменных документов.

По нашему мнению, целесообразно выделение *внутренней и внешней форм контроля*. Внешнюю форму составляют разнообразные акты-документы, фиксирующие результаты контрольно-надзорных мероприятий. К ним можно отнести замечания и пожелания граждан по тексту законопроекта, судебные решения, акты прокурорского реагирования (протест, представление и т. д.), заключения, предложения или обращения общественных палат². Главы субъектов Федерации, органы Министерства юстиции РФ, контрольно-счетные палаты, уполномоченные по правам человека, научные учреждения оформляют результаты своей работы, как правило, в виде заключений.

Каждый из перечисленных документов составляется по установленным правилам, должен иметь определенную структуру, реквизиты и т. д. Например, в экспертном заключении органов Министерства юстиции РФ должны быть отражены следующие сведения:

1) реквизиты акта, проходящего юридическую экспертизу (в случае если проводится юридическая экспертиза акта с изменениями и дополнениями, то указываются реквизиты всех актов, вносящих изменения и дополнения, по которым осуществлялась юридическая экспертиза);

2) повод (поводы) рассмотрения акта (принятие нового акта, внесение в него изменений (дополнений), принятие нового федерального закона, поручение Минюста России или территориального органа, обращение полномочного представителя Президента РФ, органа государственной власти субъекта Федерации, прокурора, иных органов, а также если есть основания полагать, что в экспертном заключении содержится ошибочное положение, отсутствует указание на имеющееся в акте противоречие федеральному законодательству, и другие);

3) предмет регулирования и его соответствие сфере ведения субъекта Федерации, совместного ведения Российской Федерации и ее субъекта или ведения Российской Федерации, установленной Конституцией РФ (с указанием конкретных статей и пунктов);

4) состояние нормативного регулирования в данной сфере (перечень актов федерального законодательства, на соответствие которым рассматривался акт), необходимость и достаточность акта для урегулирования общественных отношений;

5) оценку компетенции принявшего акт регионального органа государственной власти;

6) соответствие содержания акта Конституции РФ и федеральным законам;

7) соответствие формы и текста акта правилам юридической техники.

При формулировании замечаний к акту необходимо увязывать их с конкретным поводом рассмотрения акта. Выводы, отраженные в заключении, должны быть аргументированы. Если вывод о несоответствии нормы акта субъекта Федерации обосновывается несколькими логически взаимосвязанными федеральными нормами, необходимо четко указать, каким именно из них противоречит нормативное предписание закона или иного акта субъекта Российской Федерации.

В том случае, если в акт внесены изменения, направленные на устранение выявленных нарушений, рекомендуется отразить это в экспертном заключении.

При составлении заключения о несоответствии акта федеральному законодательству рекомендуется наиболее точно описать конкретные нормы рассматриваемого акта, противоречащие положениям актов, имеющих большую юридическую силу, то есть включить в текст заключения информацию о локации акта субъекта Федерации, противоречащего федеральному законодательству, и нарушаемых им конкретных положений федеральных законов, а также об их содержании.

Экспертное заключение органа юстиции должно быть подписано его руководителем.

Внутреннюю форму, то есть процедурно-процессуальное выражение контрольной деятельности, составляют определенные стадии, производства и режимы. Так, статья 11 закона Нижегородской области от 31 октября 2006 года № 132-З устанавливает, что «формами деятельности Общественной палаты являются заседания Общественной палаты, заседания Совета, комиссий, рабочих групп. Заседания Общественной палаты проводятся в соответствии с планом работы Общественной палаты, но не реже одного раза в два месяца. Порядок формирования и деятельности постоянных и временных комиссий Общественной палаты определяется Регламентом Общественной палаты»³.

На наш взгляд, проверка качества законопроекта может быть условно разделена на 4 стадии: а) подготовка к проведению проверки; б) непосредственное осуществление самой проверки; в) составление документа о результатах проверки; г) правовая оценка ее результатов.

¹ См.: Рабко Т.А. Надзор прокуратуры за соответствием законам правовых актов, издаваемых представительными (законодательными) органами субъектов Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Тверь, 1999. — С. 58.

² См., например: Закон Костромской области от 7 декабря 2006 года № 92-4-ЗКО «Об Общественной палате Костромской области» // СП-нормативные документы. — 2006. — 20 декабря.

³ Закон Нижегородской области от 31 октября 2006 года № 132-З «Об Общественной палате Нижегородской области» // Нижегородские новости. — 2006. — 11 ноября.

Н.В. Белоконь

Белоконь Наталья Викторовна — преподаватель кафедры конституционного права России и зарубежных стран юридического факультета Воронежского государственного университета

Лингвистическая экспертиза проектов законов в субъектах Российской Федерации (на примере Воронежской области)

Лингвистическая экспертиза законов и иных нормативных правовых актов проводится в соответствии со статьей 99 Регламента Воронежской областной думы¹, а также Положением о лингвистической экспертизе проектов законов Воронежской области и иных правовых актов областной думы² (далее — Положение), которым определяются цели, задачи и порядок проведения лингвистической экспертизы.

В соответствии с Положением возможно проведение предварительной лингвистической экспертизы, лингвистической экспертизы поправок и окончательной лингвистической экспертизы. Статья 99 Регламента областной думы «Обязательность проведения юридической и лингвистической экспертиз после принятия проекта закона Воронежской области во втором чтении» предусматривает, что «*после принятия проекта закона Воронежской области во втором чтении председательствующий без голосования принимает решение о направлении принятого проекта закона Воронежской области на окончательные юридическую и лингвистическую экспертизы для устранения возможных внутренних противоречий, установления правильной взаимосвязи статей и для редакционной правки, необходимой в связи с изменениями, внесенными в текст проекта закона Воронежской области при рассмотрении его во втором чтении*». Таким образом, фактически осуществляется только окончательная экспертиза, в ходе которой не допускается внесение изменений в текст закона, приводящих к изменению содержания правовых норм.

В настоящий момент лингвистическая экспертиза проектов законов в Воронежской областной думе проводится следующим образом. Электронная версия проекта попадает к специалисту-лингвисту, который осуществляет компьютерную правку документа. Она предшествует экспертизе. В начале работы создаются две папки. В первую помещается исходный вариант проекта законодательного акта, поступивший к лингвисту. Больше эта папка не используется. Вторая содержит папки, названные в соответствии с наименованиями комитетов Воронежской областной думы. В папках комитетов размещаются файлы с текстами законопроектов, названные по номеру проекта. На этом техническая деятельность лингвиста заканчивается, и начинается компьютерная правка. Она заключается в исправлении грамматических, орфографических, пунктуационных ошибок и устранении недочетов в графическом оформлении текста законопроекта. После этого документ распечатывается, и начинается собственно лингвистическая экспертиза, при проведении которой, согласно Положению, надлежит выяснить такие вопросы, как:

- правильно ли используются понятия и термины по тексту закона;
- соответствуют ли используемые понятия и термины понятиям и терминам, используемым в федеральных законах;
- обеспечено ли единство терминологии;
- обеспечена ли четкость и однозначность понимания понятий и терминов;
- обеспечены ли точность наименования органов, организаций, должностных лиц, а также правильность написания этих наименований;
- соблюдаются ли правила стилистики, грамматики, орфографии и пунктуации и т. д.

То есть текст проекта закона подлежит оценке и проверке с точки зрения соблюдения всех юридико-технических правил.

В соответствии с Положением по результатам лингвистической экспертизы текста проекта закона Воронежской области даются предложения по внесению в текст изменений, направленных на устра-

¹ Регламент Воронежской областной думы: утв. постановлением Воронежской областной думы от 22 апреля 2004 года № 824-III-ОД (в ред. постановлений Воронежской областной думы от 23 июня 2010 года № 170-V-ОД, от 21 апреля 2011 года № 529-V-ОД) // Собрание законодательства Воронежской области. — 2011. — № 4. — Ст. 213.

² Положение о лингвистической экспертизе проектов законов Воронежской области и иных правовых актов областной думы: утв. постановлением областной Думы от 18 марта 1999 года № 780-II-ОД // Документ официально не опубликован.

нение выявленных ошибок и недостатков и повышение лингвистического качества текста. В случае обнаружения в тексте многочисленных или существенных лингвистических ошибок и недостатков это указывается в качестве замечания к юридической технике проекта закона в заключении, подготовленном в соответствии с положением о юридической экспертизе проектов законов Воронежской области. Специалист правового управления, отвечающий за проведение экспертизы, на данный момент не делает никаких заключений о ее проведении, поскольку наличие этого документа напрямую не предусмотрено.

Анализ работы по проведению лингвистической экспертизы законопроектов в Воронежской областной думе позволяет выделить следующие характерные моменты.

Большая часть ошибок и недочетов встречается в проектах законов о внесении изменений. Это, в частности:

1) ошибки в написании реквизитов того законодательного акта, в который вносятся изменения (дата принятия, название закона и т. п.);

2) неверный номер абзаца или пункта, в который вносятся изменения (например: «пункт 5 статьи 3 изложить в следующей редакции...», а статья 3 содержит всего 4 пункта);

3) ошибки при указании рубрик (например: «в ч. 1 п. 2 ст. 20...», тогда как указания рубрик должны идти от меньшего к большему: «в п. 2 ч. 1 ст. 20»);

4) нарушение правил единообразия, например, в использовании сокращений:

— различные сокращения одного и того же наименования в законе о внесении изменений и в законе, в который вносятся изменения (например, если в действующем законе «Воронежская областная дума» сокращена до «областной думы», то и в законе о внесении изменений должно быть такое же сокращение, а не полное наименование);

— использование сокращений, затрудняющих понимание смысла правовой нормы (например, употребление словосочетания «бюджет Воронежской области». Во-первых, такого понятия в законодательстве области нет, а во-вторых, неясно, что имеется в виду — областной бюджет или консолидированный бюджет Воронежской области);

5) использование общих ссылок типа «в соответствии с действующим законодательством», «в соответствии с законодательством Российской Федерации», «в соответствии с федеральным законодательством», что недопустимо, необходимо ссылаться на конкретные законы;

6) ошибки в наименованиях федеральных законов, государственных органов, организаций;

7) использование усеченных вариантов слов и терминов (*технадзор*, *райвоенкомат* и т. п.);

8) часто встречающаяся формулировка «слова заменить на слова» (правильно — «слова заменить словами»).

Это нарушения, наиболее характерные для проектов законов о внесении изменений в законы Воронежской области.

Существуют недостатки и в проектах законов Воронежской области. Например, часто путаются понятия «областная собственность» и «государственная собственность Воронежской области». Также не соблюдаются правила использования сокращений, например, в проекте закона «О мониторинге» в статье 1 понятие «мониторинг применения нормативных правовых актов Воронежской области» сокращено словом «мониторинг», а в статье 16 — снова полный вариант.

В проекте закона Воронежской области «Об особо ценных землях» разные органы в разных статьях законопроекта сократили одним и тем же наименованием «уполномоченные органы». В пункте 2 части 2 статьи 6 речь шла об уполномоченных органах исполнительной власти Воронежской области, осуществляющих государственное управление в сфере определения, охраны и использования особо ценных земель в Воронежской области, а в частях 4 и 5 статьи 9 — об уполномоченных исполнительных органах государственной власти Воронежской области в сфере имущественных и земельных отношений. В результате в принятом законе в статье 6 сокращение оставили, а в статье 9 убрали, заменив полными наименованиями.

В проекте закона Воронежской области «О ставках на прибыль организаций и льготах по налогу на имущество организаций для отдельных категорий предприятий обрабатывающей промышленности» в части 1 статьи 1 предписано «установить ставку налога на прибыль организаций для предприятий... по виду экономической деятельности». В части 2 этой же статьи указано, что «устанавливаемый размер ставки налога на прибыль организаций не может применяться в отношении организаций, указанных в части 1 настоящей статьи, находящихся в процессе реорганизации или ликвидации». Но в части 1 статьи 1 указаны не организации, а предприятия, а слово «организаций» входит в название налога — «налог на прибыль организаций».

В статье 2 проекта закона Воронежской области «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности на территории Воронежской области» нарушены правила ссылок: «Законодательство Воронежской области в сфере использования автомобильных дорог и осуществления дорожной деятельности основывается на Конституции Российской Федерации, Федеральном законе от 8 ноября 2007 года № 257-ФЗ «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федера-

ции и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», **иных федеральных законах и нормативных правовых актах** Российской Федерации и состоит из принимаемых в соответствии с ними настоящего Закона Воронежской области, других законов и иных нормативных правовых актов Воронежской области». После проведения лингвистической экспертизы выделенный фрагмент статьи выглядит следующим образом: «**других федеральных законах и иных нормативных правовых актах**».

В этом же законопроекте в статье 1 словосочетание «автомобильные дороги регионального и межмуниципального значения» сокращено до сочетания «автомобильные дороги». Далее в пункте 15 части 2 статьи 6 наряду с этим сокращением используется сочетание «другие автомобильные дороги»: «**выдача согласия на строительство, реконструкцию, капитальный ремонт пересечения автомобильной дороги с другими автомобильными дорогами и примыкания автомобильной дороги к другой автомобильной дороге**». Не вполне понятно, какие именно дороги подразумеваются под словом «другие» — федеральные, местные, платные.

В пункте 2 части 2 статьи 6 упомянутого законопроекта указано, что к полномочиям исполнительного органа государственной власти Воронежской области в сфере использования автомобильных дорог и осуществления дорожной деятельности относятся, в частности, «**планирование дорожной деятельности на основании документов территориального планирования, подготовка и утверждение которых осуществляются в соответствии с Градостроительным кодексом Российской Федерации, нормативов финансовых затрат на капитальный ремонт, ремонт, содержание автомобильных дорог общего пользования регионального или межмуниципального значения и оценки транспортно-эксплуатационного состояния автомобильных дорог общего пользования регионального или межмуниципального значения, долгосрочных целевых программ**». Не совсем очевидно, что же следует относить к полномочиям: «планирование дорожной деятельности на основании нормативов финансовых затрат» или «планирование нормативов финансовых затрат на капитальный ремонт автомобильных дорог».

В последних двух случаях в ходе лингвистической экспертизы противоречия так и не были устранены. И здесь выявляется еще одна проблема, связанная с проведением экспертизы. Лингвисты считают, что такие ситуации должны разрешаться в ходе юридической экспертизы, юристы уверены в обратном. В результате подобные несоответствия так и не устраняются, что существенно сказывается на качестве текста закона.

Похожая ситуация возникла и при обсуждении проекта закона Воронежской области «О предупреждении распространения на территории Воронежской области ВИЧ». Статья 15 «Обязанности ВИЧ-инфицированных» была сформулирована следующим образом: «**В целях предупреждения распространения заболевания ВИЧ-инфицированные обязаны в случае заражения своевременно обращаться в организацию здравоохранения за медицинской помощью**». Спор вызвало словосочетание «своевременное обращение». Депутаты задались вопросом: что считать **своевременным** обращением — когда человек заразился или когда узнал о заражении, ведь эти два момента не обязательно совпадают по времени. На момент принятия закона вопрос так и остался без ответа.

Таким образом, когда речь идет о переформулировании нормы, которое требует серьезного смыслового анализа термина или словосочетания, юристы и лингвисты часто переключаются ответственность друг на друга вместо того, чтобы найти вариант, который отражал бы точный юридический смысл и имел качественную языковую форму. Первые, не владея достаточными языковыми знаниями, не видят неточности или неопределенности значения или, видя ее, не могут сформулировать вопрос, ответ на который хотят получить от лингвистов. Вторые же, не всегда будучи способными соотнести лингвистические понятия с правовыми, работу с терминами и юридическими формулировками переключают на юристов, ограничиваясь лишь редакционной языковой правкой.

Кроме того, одной из причин появления ошибок и недочетов в законодательстве субъектов Российской Федерации является их переход из федерального законодательства, когда правовые нормы акта высшей юридической силы воспроизводятся в акте низшей юридической силы. И эту ситуацию вряд ли можно изменить усилиями лингвистов на уровне субъектов Федерации. В ходе лингвистической экспертизы этого уровня невозможно переформулировать правовую норму, перефразировать текст, исправить неточности или внести дополнения с тем, чтобы исправить ошибку. Поэтому одной из проблем лингвистической экспертизы в субъектах Федерации является невозможность стопроцентного приведения текста законопроекта в соответствие с языковыми нормами и правилами. В этой ситуации эксперт-лингвист становится перед выбором — в соответствие чему приводить проект закона: федеральному законодательству или нормам языка.

Например, ситуация, сложившаяся с термином «паралимпийский» (и, по аналогии, «сурдлимпийский»). Единственный словарь — это электронная версия орфографического словаря современного русского языка — устанавливает написание этого слова с буквой «о»: параолимпийский. Этому напи-

санию следуют и все законы и иные нормативные правовые акты, принятые до 2008 года, в том числе Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»¹. А поскольку Паралимпийские игры, как и Олимпийские, — событие международное, понятно желание сделать терминологию в этой сфере универсальной. Раз международный комитет по организации подобных состязаний называется Paralympic (слово в английском языке прошло похожий путь: от parAOlympic до parAlympic), то и в русском языке должен быть Паралимпийским.

Федеральным законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»² слова «сурдоолимпийский» и «параолимпийский» заменены словами «сурдлимпийский» и «паралимпийский» в Закон Российской Федерации «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей»³, часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации⁴, Федеральный закон «О дополнительном ежемесячном материальном обеспечении граждан Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией»⁵. В перечне законов, в которые внесены эти изменения, Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» отсутствует. Возникает вопрос — в соответствии какому закону должны привести свое законодательство, использующее термины «параолимпийский» и «сурдоолимпийский», субъекты Федерации: Федеральному закону «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» или Федеральному закону «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»?

Основываясь на результатах лингвистической экспертизы законопроектов в субъекте Федерации, можно выделить определенные противоречия.

Во-первых, лингвистическая экспертиза законопроектов фактически осуществляется повсеместно, но не везде закреплена юридически. Отсутствие официального заключения о ее проведении не позволяет накапливать, анализировать и обобщать информацию о наиболее часто встречающихся, типичных ошибках и недочетах, имеющих место быть в текстах законопроектов. Тогда как наличие такого заключения позволит выработать и своевременно корректировать рекомендации по подготовке текстов законопроектов и сделать работу по созданию законов более эффективной.

Во-вторых, отсутствие официального документа о результатах проведения лингвистической экспертизы в некотором смысле освобождает депутатов при принятии законодательного акта от обязанности учитывать замечания и рекомендации лингвистов. Усугубляют эту ситуацию формулировки, которые содержатся в регламентах федерального органа и органов законодательной власти субъектов Федерации о «возможном» направлении законопроекта на лингвистическую экспертизу. Например, статья 112 Регламента Государственной Думы⁶ предусматривает, что «ответственный комитет **может** поручить Правовому управлению Аппарата Государственной Думы провести лингвистическую экспертизу законопроекта».

¹ Федеральный закон от 4 декабря 2007 года № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (с изм., внесен федер. законами от 17 декабря 2009 г. № 313-ФЗ, от 13 декабря 2010 г. № 358-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 50. — Ст. 6242.

² Федеральный закон от 9 ноября 2009 года № 253-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 45. — Ст. 5271.

³ Закон Российской Федерации от 12 февраля 1993 года № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 49. — Ст. 4693; 1997. — № 51. — Ст. 5719; 1998. — № 30. — Ст. 3613; 2001. — № 17. — Ст. 1646; 2002. — № 10. — Ст. 965; № 22. — Ст. 2029; № 24. — Ст. 2254; № 30. — Ст. 3033; 2003. — № 27. — Ст. 2700; 2007. — № 50. — Ст. 6232; 2008. — № 7. — Ст. 543.

⁴ Налоговый кодекс Российской Федерации. Ч. 2 // Собрание законодательства РФ. — 2000. — № 32. — Ст. 3340; 2001. — № 1. — Ст. 18; № 23. — Ст. 2289; № 33. — Ст. 3413; 2002. — № 30. — Ст. 3021; 2003. — № 21. — Ст. 1958; 2004. — № 27. — Ст. 2715; № 34. — Ст. 3518; 2005. — № 1. — Ст. 30, 38; № 27. — Ст. 2710, 2717; № 30. — Ст. 3104; 2006. — № 31. — Ст. 3452; № 50. — Ст. 5279, 5286; 2007. — № 1. — Ст. 20; № 13. — Ст. 1465; № 31. — Ст. 4013; № 45. — Ст. 5416; № 49. — Ст. 6045; № 50. — Ст. 6237; 2008. — № 18. — Ст. 1942; № 30. — Ст. 3614; № 49. — Ст. 5723; 2009. — № 18. — Ст. 2147; № 23. — Ст. 2772; № 29. — Ст. 3598, 3639; № 30. — Ст. 3739; № 39. — Ст. 4534.

⁵ Федеральный закон от 4 марта 2002 года № 21-ФЗ «О дополнительном ежемесячном материальном обеспечении граждан Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией» // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 10. — Ст. 964; 2003. — № 28. — Ст. 2877; 2009. — № 7. — Ст. 772; № 30. — Ст. 3739

⁶ Регламент Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: утв. постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22 января 1998 года № 2134-II ГД (в ред. пост. ГД СФ РФ от 14 января 2011 года № 4752-5 ГД, от 11 апреля 2011 года № 5110-5 ГД) // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 801.

В-третьих, нередко лингвистическая экспертиза подменяется обычной языковой редакционной правкой, корректурой, для осуществления которой достаточно знаний исключительно языкового характера. Она заключается в устранении ошибок и недочетов, связанных с нарушением орфографических, грамматических и пунктуационных норм русского языка, а также фактографических ошибок (неверных реквизитов, наименований и т. п.). Хотя сейчас достаточно высок уровень развития компьютерных текстовых редакторов, и он дает возможность создавать качественные с точки зрения орфографии и пунктуации тексты. Поэтому такую правку действительно проще осуществлять в электронной форме без документального оформления ее результатов.

В-четвертых, юристы правовых управлений органов законодательной власти субъектов Федерации не всегда обладают необходимым инструментарием для исследования текста, не владеют лингвистической терминологией и, следовательно, не могут правильно сформулировать вопросы, подлежащие разрешению экспертами-лингвистами. У лингвистов же отсутствуют единые принципы, методы и приемы проведения экспертизы. Кроме того, они не всегда способны согласовать лингвистические понятия с правовыми, обозначающими юридически значимые обстоятельства для конкретной правовой ситуации. Добиться того, чтобы текст закона имел высокий качественный уровень, невозможно усилиями только юриста или только лингвиста. Совместная работа по исследованию вопросов, одновременно значимых для юриспруденции и находящаяся в сфере языкознания, в силу объективных причин не всегда эффективна и дает положительный результат. Выходом было бы привлечение к этой работе специалистов, имеющих два профильных образования — юридическое и лингвистическое, что позволит на профессиональном уровне придать качественному правовому содержанию не менее качественную языковую форму.

Исходя из выявленных особенностей и противоречий проведения лингвистической экспертизы законопроектов в субъектах Российской Федерации, необходимо сделать следующее:

- отделить экспертизу от смежных видов деятельности, в частности, от редакционной правки, корректуры;
- придать лингвистической экспертизе проектов законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации статус официальной обязательной экспертизы;
- привести в определенное соответствие с современными юридико-техническими требованиями существующие нормативные правовые акты, регламентирующие проведение лингвистической экспертизы законопроектов в субъектах Федерации;
- разработать и утвердить единую форму заключения о проведении лингвистической экспертизы проектов законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, что позволит накапливать и анализировать информацию, необходимую в конечном итоге для повышения качества законодательства субъектов;
- исходя из специфики языка законодательных актов, его лексических (в том числе терминологических) и стилистических особенностей, а также практических проблем осуществления экспертной деятельности, установить образовательный ценз для специалистов-экспертов правовых управлений, осуществляющих лингвистическую экспертизу, — высшее юридическое и высшее филологическое образование.

О.А. Берзинь

Берзинь Ольга Александровна — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса, заместитель декана факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

**Юридическая техника формирования понятий
«организованная группа» и «преступное сообщество
(преступная организация)» в уголовном законодательстве России:
история и современность**

Применительно к различным криминальным образованиям в судебно-следственной практике употребляются различные категории и понятия. Например, организованные преступные сообщества, организованные преступные структуры, организованные преступные формирования, криминальные образования, организованные преступные группы, группировки, организованная преступность и др. Между тем Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) содержит значительно меньшее количество соответствующих понятий, основными из которых в сфере борьбы с организованной преступностью являются понятия «организованная группа», «преступное сообщество» и «преступная организация»¹. Результаты проведенного предварительного исследования данных понятий свидетельствуют о том, что существует значительное количество пробелов и противоречий в их определении. Причем это относится как к самому законодательству, так и к практике его применения. Отсутствие в законе четкого понятия данных дефиниций приводит не только к значительному снижению эффективности борьбы с этими криминальными формированиями, но и к искажению статистической отчетности о реальном состоянии организованной преступности. В этой связи В.В. Лунеев справедливо отмечает, что «статистика организованной преступности в России не только неполна, но и искажена, так как наиболее умная, организованная, законспирированная, коррумпированная, а следовательно, и более опасная часть мафиозных структур «уходит» из-под контроля правоохранительных органов. Попадают примитивно организованные группы, совершающие элементарные деяния: кражи, грабежи, разбой, вымогательство, убийства и т. д. Статистический сдвиг в этой части организованной преступности упрощает и деформирует представление о ней в целом и затрудняет осознание обществом реальных вызовов организованной преступности. Самый большой недостаток получаемых сведений заключается в отсутствии четкого правового критерия организованных формирований...»².

Юридическая техника формирования рассматриваемых нами понятий прошла достаточно долгий исторический путь в своем развитии. Так, одно из первых упоминаний об организованных формированиях, участвующих в совершении преступлений, встречается еще в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных от 15 августа 1845 года, вступившем в действие с 1 мая 1846 года (с изм. 1866 и 1855 гг.). В Особенной части данного Уложения появилось упоминание о шайке, как одной из разновидностей организованных преступных структур, как об обстоятельстве, усиливающем ответственность. При этом Уложение не определяло понятия шайки а, в некоторых статьях, в частности, в статьях 923, 924 (по изд. 1885 г.), статьях 1633, 1639, 1645 говорилось о шайке как о сообществе, составившемся для совершения преступлений того или иного рода. Принципиальным было положение, что составление сообщества или шайки наказуемо только в случаях, особо в законе указанных. К этим случаям относились следующие:

а) составление заговора или составление сообщества при преступлениях государственных и против порядка управления;

б) составление шаек для разбоя, зажигательства, делания или провоза фальшивых денег, ассигнаций, кредитных или иных государственных бумаг, кражи, мошенничества, делания фальшивых до-

¹ Поскольку закон не устанавливает каких-либо правовых различий между понятиями «преступное сообщество» и «преступная организация», в дальнейшем нами будет использоваться одно из указанных названий. Подробнее об этом см.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 года № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней) // СПС «КонсультантПлюс».

² Лунеев В.В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2005. — С. 541—542.

кументов, контрабанды, тайного запрещенного провоза нитей, запрещенной игры и подкупа должностных лиц¹.

В Уголовном уложении от 22 марта 1903 года² также имеется упоминание о некоторых видах преступных образований. Так, в частности, в статье 43 Уложения четко противопоставляется участие в сообществе, составившемся для учинения отдельного преступления или проступка, участию в шайке, составившейся для учинения нескольких преступлений или проступков, безотносительно к их определенности или неопределенности.

В статье 52 указывается, что участие в сообществе или шайке наказуемо в случаях, особо законом указанных, а в Особенной части эти случаи перечисляются. К ним относятся:

1. Участие в сообществе запрещенном или имеющем в виду противогосударственную или противообщественную деятельность (ст. 125, 126), бунта или измены (ст. 105, 118); подделки, переделки или сбыта монеты, кредитных билетов или бумаг (п. 2 ст. 428); убийства (ст. 453); общеопасного повреждения имущества (ст. 554).

2. Составление или участие в шайках, если они образовались для: подделки монеты, кредитных билетов или бумаг, общеопасных повреждений имущества, воровства, разбоев, вымогательства или мошенничества, сбыта добытого преступным деянием имущества и контрабанды (ст. 276), если виновный не подлежит за преступные деяния, шайкой учиненные, более строгому наказанию (то есть, если шайка совершает реально вышеуказанные преступления, то ответственность за их совершение, а не за участие в соглашении).

Отдельно предусматривалось, что «участие в сообществе, поставившем целью учинение преступления, предусмотренного статьей 99 (посягательство на жизнь, свободу, здоровье или неприкосновенность царя, царицы или наследника или низвержение Императора с престола, или на ограничение прав верховной власти) и статьей 100 (посягательство на изменение в России или в какой-либо ее части установленных законами основ образа правления или порядка наследия престола или на отречение от России какой-либо ее части), а также в сообществе, заведомо поставившем целью своей деятельности ниспровержение существующего в государстве общественного строя или учинения тяжких преступлений посредством взрывчатых веществ или снарядов, наказывается пожизненной каторгой, каторгой до 8 лет или ссылкой» (ст. 102).

Комментируя дефиницию шайки, предусмотренную в так и не вступившей в силу части Уголовного уложения 1903 года, Н.С. Таганцев поясняет, что «шайка предполагает прежде всего наличность не только предварительного соглашения, но и соглашения на несколько преступных деяний, на целый их ряд, притом не периодически повторяющееся соглашение на отдельные деяния, а соглашение на постоянное сообщество в целом ряде преступных деяний»³.

Раннее уголовное законодательство СССР и РСФСР содержало упоминания о таких преступных формированиях, как шайки, банды и преступные организации. УК РСФСР 1922 года участие в шайке или банде считал отягчающим обстоятельством.

Основные начала уголовного законодательства СССР и союзных республик 1924 года⁴ в качестве отягчающих обстоятельств определяли совершение преступлений группой или бандой.

В ряде статей Особенной части УК РСФСР 1926 года⁵, который вступил в действие с 1 января 1927 года, предусматривались такие квалифицирующие признаки, как совершение преступления бандой и преступной организацией.

УК РСФСР 1960 года выделял, пожалуй, самое большое количество разновидностей групповых преступных образований. К ним относились: организация (ст. 72); банда (ст. 77); преступная группировка (ст. 77¹); незаконное вооруженное формирование (ст. 77²); объединение (ст. 143¹); группа (ст. 117, 238, 240, 244, 74, 162⁸); организованная группа (ст. 70, 78, 87, 125¹, 132, 144, 146, 147, 147¹, 148, 148¹, 154³, 156, 218¹, 224¹); группа по предварительному сговору (ст. 67², 83, 83¹, 86¹; 102, 125¹, 125², 144—147¹, 148, 148¹, 148², 154³, 156, 173, 188, 218¹, 224, 224¹).

Исходя из проведенного краткого уголовно-правового исторического анализа, можно констатировать, что отечественное законодательство на всем протяжении своего развития содержало большое разнообразие трудноотличимых на первый взгляд понятий различных видов криминальных образований, перечень которых либо дополнялся, либо сужался. При этом расшифровка многих из этих понятий законодателем не приводилась.

¹ См.: Полное собрание законов Российской империи. — Т. 20. — Отд. 1. — 1845. — СПб., 1846; Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. — СПб., 1885. К слову, данное Уложение просуществовало до октября 1917 года, являясь главным источником русского уголовного законодательства.

² См.: Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1903 год. — СПб., 1903. Необходимо отметить, что данный законодательный акт так и не был полностью принят и введен в действие: 7 апреля 1904 года были введены в действие почти все статьи, касающиеся государственных преступлений и ряд других, а 5 июля 1912 года был введен новый закон о шпионаже и затем была введена в действие практически вся Общая часть Уложения.

³ Таганцев Н.С. Уголовное уложение 22 марта 1903 года. — СПб., 1904. — С. 106—107.

⁴ СУ РСФСР. — 1924. — № 24. — Ст. 205.

⁵ СУ РСФСР. — 1926. — № 80. — Ст. 600.

Уголовный кодекс Российской Федерации, принятый в 1996 году, сведя разновидности криминальных образований к меньшему количеству, по-прежнему не решил вопрос о четком разграничении понятий организованной группы и преступного сообщества (преступной организации).

Так, в соответствии с частью 3 статьи 35 УК РФ под организованной группой должна пониматься устойчивая группа лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений. Под преступным сообществом (организацией) в соответствии с частью 4 статьи 35 УК РФ предлагалось понимать сплоченную организованную группу (организацию), созданную для совершения тяжких и особо тяжких преступлений либо объединение организованных групп, созданное в тех же целях¹. Что касается структурных подразделений организованных преступных сообществ (организаций), то их расшифровке законодатель не уделил внимания. Если следовать логике, то, очевидно, как раз организованная группа будет выступать в качестве такого подразделения.

Некоторые дополнения к указанным формулировкам даются в постановлениях Пленума Верховного суда РФ. Так, в частности, организованная группа — это группа из двух и более лиц, объединенных умыслом на совершение одного или нескольких убийств², иначе организованная группа — это устойчивая группа из двух и более лиц, объединенных умыслом на совершение одного или нескольких преступлений³.

Как видим, до внесения последних изменений в УК РФ, понятия «организованная группа» и «преступное сообщество» (преступная организация) были очень близки между собой. При этом многие исследователи отмечали, что законодательное определение преступного сообщества (преступной организации) выводилось из понятия организованной группы. Так, по мнению Р.С. Белкина, «преступные группы с более высокой степенью организованности и сплочения образуют преступные организации»⁴. Многие ученые подчеркивали, что в основе понятия «преступное сообщество» лежало понятие «организованная группа», которые в этом случае предлагалось рассматривать как общее и частное. Так, в частности, А.П. Козлов отмечает, что «преступное сообщество — устойчивая организованная группа»⁵. Указывая на такую законодательно закрепленную взаимосвязь указанных понятий, многие ученые неоднократно отмечали, что это вызывает определенные проблемы в их разграничении. На практике сотрудники правоохранительных органов также неоднозначно квалифицировали преступления, совершаемые организованными группами и преступными сообществами. Основные различия между уголовно-правовыми понятиями организованной группы и преступного сообщества (организации) на практике, по данным нашего исследования, определялись по нескольким признакам. Основными из них можно назвать такие, как: количественный состав; наличие в преступных сообществах отдельных блоков; количество совершаемых преступлений. Рассмотрим данные признаки более подробно.

1. Количественный состав. Законодательно определен только нижний предел участников организованной группы — 2 человека. В этой связи законодатель и судебная практика последовательно придерживаются позиции, теоретической иллюстрацией которой является мысль Н.С. Таганцева: «Со стороны объективной, шайка предполагает соглашение нескольких лиц, хотя бы и двух»⁶. Соответствующий признак применительно к организованным преступным сообществам в законодательстве не определен, но если понимать данный вид преступного формирования как объединение организованных групп, созданное в целях совершения тяжких и особо тяжких преступлений, то в этом случае минимальный предел количества участников должен составлять 4 человека. Между тем результаты изучения оперативно-следственной практики показали, что количественный состав преступного сообщества может быть и менее 4-х человек. Так, например, следственный комитет при МВД России в сентябре 2006 года предъявил обвинение в организации преступного сообщества по статье 210 УК РФ главному фигуранту дела о незаконной поставке в Россию крупной партии мобильных телефонов. По данным следствия, с июля 2005 года по февраль 2006 года задержанный «организовал преступное сообщество и совместно с двумя соучастниками по поддельным документам осуществил поставку мобильных телефонов и аксессуаров к ним через аэропорт Шереметьево-2 на территорию России». В данном случае преступное сообщество состояло из 3-х человек. Но такие случаи, скорее, являются исключениями, чем правилами, потому что большинство опрошенных нами сотрудников правоохранительных органов (67%) отметили⁷, что основным признаком разграничения организованных групп

¹ В данном случае приводится определение преступного сообщества без учета последних изменений УК РФ, внесенных Федеральным законом от 3 ноября 2009 года № 245-ФЗ.

² См.: Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 29 января 1991 года № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Российская газета. — 1999. — 9 февраля.

³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года «О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за преступления против собственности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 1995. — № 9. — С. 14.

⁴ Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. — М., 1997. — С. 53.

⁵ Козлов А.П. Виды и формы соучастия в уголовном праве. — Красноярск, 1992. — С. 86.

⁶ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая: Лекции: В 2 т. — М., 1994. — Т. 1. — С. 336.

⁷ В ходе проведенного исследования были проинтервьюированы 300 сотрудников правоохранительных органов.

от преступных сообществ (организаций) является количество активных участников данных формирований. При этом респонденты отмечали, что организованные группы могут состоять из двух-трех человек (14%); от четырех до шести человек (28%); от семи до десяти человек (46%); от одиннадцати до двадцати человек (11%); свыше двадцати человек (1%). Соответственно, численность организованных преступных сообществ должна превышать пятнадцать—двадцать человек (по мнению 73% респондентов), а преступных структур этого типа численностью менее пяти человек практически не существует (17%). Для сравнения можно привести данные исследований, проведенных другими учеными в отношении такого вида преступных формирований, как банды. Так по данным В.А. Волынского и И.В. Тишутинной, численный состав банд чаще всего состоит из трех-пяти человек (73%), реже — из шести-десяти (18%), также встречаются банды, численность которых колеблется от пятнадцати до тридцати участников¹.

По нашим исследованиям данных департамента по борьбе с организованной преступностью по Приволжскому федеральному округу, количественный состав выявленных в 2008—2010 годах организованных преступных структур, варьировался следующим образом: 4 человека — 15%; 5 человек — 14%; 6 человек — 16%; 7 человек — 12%; 8 человек — 11%; 10 человек — 7%; от 11 до 20 человек — 21%, свыше 20 человек — 4%.

2. *Наличие в преступных сообществах (организациях) отдельных блоков*, и их отсутствие в организованных группах отметили 89% опрошенных в качестве второго основного признака различия между этими криминальными образованиями.

3. *Количество совершаемых преступлений*. Так, только 6% опрошенных считают, что организованные группы создаются для совершения одного преступления. Остальные респонденты сходятся во мнении о том, что организованные группы создаются для совершения двух и более преступлений. При этом организованные преступные сообщества (организации) формируются для совершения систематической преступной деятельности. Исследованные нами материалы судебно-следственной практики свидетельствуют о том, что данные организованные формирования совершали: 1 преступление — 2%; 2—5 преступлений — 11%; 6—10 преступлений — 28%; 11 и более преступлений — 59%.

Кроме указанных признаков, при квалификации преступлений, совершаемых в организованных формах, необходимо должны были быть установлены и другие признаки, характерные для различных видов криминальных образований, закрепленные законодательно. К ним относились, в частности, устойчивость и сплоченность. Устойчивость в качестве одного из признаков организованной преступности вытекает из смысла уголовного законодательства, в соответствии с которым преступление признается совершенным организованной группой в случаях, если оно совершено «устойчивой группой лиц» (п. 3 ст. 35 УК РФ). Между тем, как отмечают некоторые авторы, в УК РФ хотя и назван такой признак, как «устойчивость», однако его понятие не раскрыто. По этой причине на практике возникают трудности в решении вопросов, касающихся содержания этого признака. Например, довольно сложно определить, совокупность каких именно критериев позволяет признать организованную группу устойчивой.

В теории устойчивый характер организованной преступности предполагает устойчивое объединение людей, рассчитанное на осуществление длительной преступной деятельности. В этой связи А.И. Алексеев правильно отмечает, что «устойчивость в широком смысле слова есть способность системы не отклоняться от заранее избранной цели под воздействием случайных обстоятельств и сохранять равновесие под влиянием внешних факторов»².

Наряду с понятием устойчивости, уголовный закон выделял еще один признак для криминальных формирований более высокого уровня (преступных сообществ). Это — сплоченность. При этом данный признак в специальной литературе рассматривался в рамках такого признака, как «организованность в преступности», и расценивался учеными в качестве результата сплочения криминальной среды.

По мнению некоторых авторов, именно сплоченность расценивалась в качестве отличительного признака преступных сообществ (организаций), которые представляют собой те же организованные группы, но достигшие наибольшей степени организованности и сплоченности³. Без высокой степени организованности преступные формирования превращаются в простые группы преступников — соучастников. В свою очередь, высокая степень организованности предполагает наличие в преступном формировании определенной (двух-, трехзвенной и более) иерархической структуры и обязательно руководящего звена, работающего на основе строгого распределения криминальных обязанностей с вертикальным подчинением. В принципе, как и любые организации, все преступные сообщества должны обладать внутренней структурой и цепью инстанций, построенных по принципу иерархичности.

¹ См.: Волынский В.А. Раскрытие и расследование бандитизма — первоначальный этап / В.А. Волынский, И.В. Тишутинна. — М., 2005. — С. 5.

² Алексеев А.И. Оперативно-розыскная характеристика организованных преступных групп и сообществ: Курс лекций: В 3 вып. — М., 1997. — Вып. 1. — С. 15.

³ См. там же. — С. 16, 18.

На наш взгляд, юридическая техника формулирования понятий рассматриваемых видов криминальных образований, кроме опыта построения законодательных формулировок, безусловно, должна учитывать имеющийся опыт научных разработок в данной области. Проведенное нами исследование свидетельствует о том что, несмотря на большой интерес ученых к проблеме исследования организованной преступности, и огромное количество научных и учебных публикаций, разработке понятий «организованная группа» и «преступное сообщество» в них уделяется не так уж много внимания. При этом большинство ученых исходят из уголовно-правовых понятий организованной группы и преступного сообщества (организации). Например, в качестве основы преступных сообществ (организаций) признаются организованные преступные группы, которые, помимо признака устойчивости, характеризуются также и признаком сплоченности, создаются, как правило, для совершения не одного тяжкого или особо тяжкого преступления, а множественности таких преступлений (два и более), что и является материально-правовым признаком повышенной общественной опасности этих видов ОПФ. По мнению А.П. Козлова, преступное сообщество — групповое образование, в котором максимально выражены асоциальные групповые устремления некоторых лиц. Преступной организацией признается устойчивое объединение двух или более лиц, организовавших для совместной преступной деятельности. От организованной группы она отличается более высокой устойчивостью и организованностью¹.

Анализ также показал, что часть предлагаемых формулировок основана на уголовно-правовых понятиях, соответствующих УК РСФСР 1960 года, которые, как известно, являются несколько устаревшими и не соответствующими современному законодательному определению криминальных формирований. В целом, наиболее полно возможные разновидности криминальных образований изложены в работах В.М. Быкова², А.Н. Волобуева³ и А.И. Гурова⁴. Авторы выделяют три основных разновидности криминальных формирований: организованную группу, организованную преступную группировку и преступную организацию.

При этом организованной преступной группой считается простейшая форма организации преступников, созданная для временного или систематического совершения преступлений. «В такой группе нет четко выраженного лидера, поскольку небольшой состав (обычно 2—3 человека), общие интересы и одинаковая «квалификация» не вызывают в этом необходимости. В организованных группах данного вида роли распределены заранее, причем отработаны до деталей, и речь может идти только о времени, месте, объекте совершения посягательства. К подобным образованиям чаще всего относятся группы карманных и квартирных воров, отдельные мошеннические группы»⁵.

Преступная организация состоит из отдельных блоков или звеньев со своими лидерами, со строгой конспирацией. В ее структуру входят блоки или группы защиты и прикрытия, в состав которых могут быть вовлечены некоторые представители администрации предприятия или ведомства, работники правоохранительных и контрольных органов. Возникают признаки, характеризующие организованную преступность⁶.

Как известно, современные реалии потребовали от законодателя изменения в формулировках рассматриваемых нами определений, которые были внесены в УК РФ Федеральным законом от 3 ноября 2009 года № 245-ФЗ.

При этом необходимо отметить, что изменения не коснулись определения организованной группы (ч. 3 ст. 35 УК РФ), а относятся только к определению преступного сообщества (преступной организации), под которым теперь в соответствии с частью 4 статьи 35 УК РФ следует понимать структурированную организованную группу или объединение организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды.

Первоначальный анализ современных понятий показывает следующее.

В основе обоих понятий: и организованной группы, и преступного сообщества (преступной организации) лежит понятие группы лиц, то есть совместное участие в совершении преступлений 2-х и более лиц (по формулировке ч. 1 ст. 35 УК РФ — исполнителей)⁷. То есть, любой вид криминальных

¹ См.: Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. — М., 1974. — С. 115.

² Подробнее см.: Быков В.М. Криминалистическая характеристика преступных групп. — Ташкент, 1986; Быков В.М. Преступная группа: криминалистические проблемы. — Ташкент, 1991.

³ См.: Волобуев А.Н. Организованная преступность в СССР: проблемы и перспективы // Проблемы борьбы с организованной преступностью. — М., 1990.

⁴ См.: Гуров А.И. Профессиональная преступность. Прошлое и современность. — М., 1990; Оперативно-розыскные меры борьбы с организованностью и профессионализмом в преступности / Под ред. А.И. Гурова и А.Н. Волобуева. — М., 1989.

⁵ Гуров А.И. Профессиональная преступность. Прошлое и современность. — М., 1990. — С. 23.

⁶ См.: Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. — М., 1997. — С. 53.

⁷ Исполнителем признается лицо, непосредственно совершившее преступление либо непосредственно участвовавшее в его совершении совместно с другими лицами (соисполнителями), а также лицо, совершившее преступление посредством использования других лиц, не подлежащих уголовной ответственности в силу возраста, невменяемости или других обстоятельств, предусмотренных УК РФ.

образований, на наш взгляд, опирается на общее понятие «организации», которое является словообразующим для понятия «организованный», трудно поддается однозначному определению, так как богато своим содержанием (это отмечали У. Эшби, Дж. Марч и Дж. Симон, М. Сетров и др.). В качестве некоторого ориентира приведем два определения: «организация — совокупность взаимосвязанных функций элементов и структур целостного объекта»¹, или: «взаиморасположение и взаимосвязь элементов некоторого комплекса (предметная или структурная часть организации), их действия и взаимодействия (функциональная часть), обусловленные единством целей или выполняемых ими функций и определенными обстоятельствами места и времени»². В словаре иностранных слов под организацией понимается: 1) устройство, сочетание, объединение чего-либо или кого-либо в одно целое, приведенное в строгую систему; 2) группа людей, объединенных общей программой, общей целью или задачей; общественное объединение, государственное, партийное и тому подобное учреждение³.

Таким образом, любая социальная организация (или система) возникает тогда, когда два и более индивида объединяются и скоординировано действуют (функционируют) для достижения общей цели по удовлетворению своих потребностей. И несмотря на то, что организованные группы могут различаться по количественному и качественному составу, могут быть малыми группами, объединениями, организациями, сообществами, все они в данном случае — суть организации. Получается, что и организованная группа, и преступное сообщество (организация) — это лишь юридически значимые разновидности социальных организаций⁴. Как и различные организации, они могут быть малочисленными или многочисленными, рассчитанными на длительную или кратковременную деятельность и т. п.

Другие отличительные признаки организованной группы остались прежними. Это устойчивость организованной группы и заблаговременное объединение ее участников для совершения одного или нескольких преступлений. При этом признак устойчивости является основным признаком, отделяющим понятия организованной группы и группы лиц по предварительному сговору.

Что касается основных отличительных признаков преступного сообщества, то они существенно изменились. Прежде всего, законодатель отказался от использования характеристики сплоченности, которая раньше отделяла организованную группу от преступного сообщества. Теперь вместо сплоченности для преступного сообщества обязательной характеристикой является наличие структуры в группе, то есть если организованная группа обладает структурой, то по смыслу законодательства, при наличии других признаков, она становится преступным сообществом. Вместе с тем, из пояснений Верховного Суда РФ следует, что структурированы могут быть как организованная группа, так и преступное сообщество. В частности, в одном из своих последних постановлений Пленум Верховного Суда РФ конкретизирует, что «преступное сообщество (преступная организация) отличается от иных видов преступных групп, в том числе от организованной группы, более сложной внутренней структурой...»⁵. Таким образом, Верховный Суд РФ допускает, что наличие структуры может быть характерно не только для преступного сообщества, но и для организованной группы. Но в преступном сообществе данная структура должна быть «более сложной». В этой связи становится непонятным, кто должен определять степень сложности внутренней структуры преступной организации и по каким критериям?

Далее в данном постановлении поясняется, что структурированная организованная группа должна состоять из «подразделений (подгрупп, звеньев и т. п.), характеризующихся стабильностью состава и согласованностью действий». Ей должны быть присущи: единое руководство, взаимодействие различных ее подразделений в целях реализации общих преступных намерений, распределение между ними функций, наличие возможной специализации в выполнении конкретных действий при совершении преступления и другие формы обеспечения деятельности преступного сообщества (преступной организации). Из смысла данных положений следует, что в преступных сообществах должны быть самостоятельные взаимодействующие подразделения в виде подгрупп или звеньев, и соответственно, таких подразделений не может быть у организованных групп. Но ведь структура — это не

¹ Сетров М.И. Специфика системно-организационного подхода // Методологические проблемы теории организации. — Л., 1976. — С. 18.

² Боголепов В.П. О состоянии и задачах развития общей теории организации // Организация и управление. — М., 1968. — С. 45.

³ См.: Словарь иностранных слов. — М., 1955. — С. 176.

⁴ См.: Айдинян Р. Функциональная теория организации и организованная преступность / Р. Айдинян, Я. Гилинский // Изучение организованной преступности: российско-американский диалог: Сборник статей. — М., 1997. — С. 60—76. Примечательно, что Р. Айдинян и Я. Гилинский относят все равноуровневые преступные организации (преступная группа, преступное объединение, преступное сообщество) к специфической разновидности такой реальной социальной организации, как трудовой коллектив, указывая, что только две последние относятся к организованной преступности.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 года № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней) // СПС «КонсультантПлюс».

всегда наличие подразделений, и в этом смысле данные положения постановления вступают в противоречие с соответствующей нормой УК РФ.

Следующим отличительным признаком преступного сообщества является наличие цели совместного совершения тяжких или особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды. В этой связи необходимо отметить следующее.

В любой совместной профессиональной деятельности общая цель является фактором, объединяющим людей, она связана с потребностями групп как целостных образований. И, поскольку организованная преступная деятельность — это разновидность совместной деятельности, то общая цель данной деятельности является основным фактором, объединяющим отдельных субъектов преступной деятельности в целостное криминальное формирование. Таким образом, преступники объединяются в преступные группы и в преступные сообщества именно для совершения преступлений, то есть в этом смысле их цель всегда едина. Отличительными признаками здесь выступают, во-первых, то какие преступления по степени их тяжести, совершаются и, во-вторых, то, ради чего эти преступления совершаются. Для преступных сообществ должно быть характерно совершение тяжких либо особо тяжких преступлений, преследующих получение прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду. Включение в число признаков, характерных для преступных сообществ, получение финансовой или материальной выгоды следует расценивать как положительный момент, так как на протяжении нескольких лет после принятия в 1996 году УК РФ ученые и практики неоднократно указывали, что основной целью практически любой организованной преступной деятельности является извлечение сверхвысоких доходов в легальном и нелегальном бизнесе. В этой связи А.Ф. Лубин справедливо отмечает, что «предвосхищение результата преступной деятельности в виде некой выгоды, наживы, собственности — чувство закономерное»¹, и, что корыстная направленность характерна для многих преступлений, совершаемых организованными преступными формированиями. Так, например, в изучаемых нами материалах уголовных дел все криминальные формирования создавались с целью получения материальной выгоды их участниками.

Вместе с тем, в уголовном законодательстве в числе необходимых признаков преступных сообществ остался такой признак, как степень тяжести совершаемых их членами преступлений. В этой связи мы присоединяемся к С.В. Наземцеву, который утверждает, что «в этом случае Закон практически позволяет безнаказанно создавать организованные формирования, на первых порах предназначенные для совершения преступлений, не являющихся тяжкими или особо тяжкими, и не способствует предупреждению тяжкой организованной преступности»². Исходя из результатов проведенных нами исследований, с указанной выше формулировкой законодателя трудно согласиться. Весьма доказательной и обоснованной представляется позиция А.И. Долговой, которая утверждает, что общественная опасность преступных организаций заключается не только в совершении тяжких преступлений (с этой точки зрения их общественная опасность могла бы оцениваться идентично общественной опасности тяжких преступлений), но прежде всего в том, что существует и функционирует такая организационная структура, которая в состоянии обеспечить широкую организованную преступную деятельность в разных ее вариантах, в зависимости от мотивации субъектов управления ею и внешних условий³.

Между тем большинство преступлений, совершаемых преступными сообществами, относятся к экономическим преступлениям, которые хотя и не относятся к категории тяжких, но причиняют значительный экономический ущерб, и, соответственно, приносят большие финансовые или материальные выгоды. Поэтому создание преступных сообществ с целью совершения именно этих преступлений, в связи с прямым требованием уголовного закона, не может квалифицироваться по статье 210 УК РФ, что, выступает одним из существенных факторов, снижающих эффективность уголовно-правовой борьбы с ними.

Применительно к преступлениям, совершаемым во внешнеэкономической сфере, очень наглядно показана данная проблема одним из журналистов. В частности, М. Рутман отмечает: «Уголовный кодекс скроен совершенно удивительно. Степень опасности контрабанды определяется на размер нанесенного государству ущерба, а совсем иными факторами. Уголовная ответственность, предусмотренная статьей 188 УК РФ, наступает с суммы 200 тысяч рублей, а далее хоть миллион, хоть 100 миллионов, уже неважно. Важно, перевозил ли ты наркотики, оружие, боеприпасы и культурные ценности.

Причем все это преступления небольшой и средней тяжести, то есть предусматривающие условные сроки, амнистии, условно-досрочные освобождения и прочие прелести. Тяжкими они станут, ес-

¹ Лубин А.Ф. Методология криминалистического исследования механизма преступной деятельности: Дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 1997. — С. 117.

² Наземцев С.В. Совершенствование уголовного законодательства и правоприменительной практики органов внутренних дел по борьбе с групповыми формами преступной деятельности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2000. — С. 16.

³ См.: Организованная преступность / Под ред. А.И. Долговой. — М., 1996. — С. 10.

ли совершены неоднократно, сопрягались с насилием либо были совершены должностным лицом с использованием его служебного положения. Все это либо трудно доказуемо, либо маловероятно. А особо тяжким деянием контрабанда считается, если совершена организованной преступной группой. В этом, последнем случае, оговоренном в части 4 указанной статьи, предусмотрено от 7 до 12 лет реального срока (раньше допускалась и конфискация имущества, но теперь таковая вовсе отменена). Правда, маленькая оговорка: ОПГ в принципе всегда доказать очень сложно. А в данном случае, в свете всего вышеизложенного, и вовсе невозможно. И потому суровую 4-ю часть можно считать практически мертвой.

Особо же крупный размер ущерба — более 1,5 миллиона рублей, который обычно является определяющим для признания преступления тяжким, появляется в другой, «смежной», 194-й статье УК РФ. Это когда в документах перевозимый товар указан честно, но резко занижена его стоимость. Но и здесь жуликам почему-то оставлена лазейка — ни при какой сумме ущерба (а также каких-либо иных обстоятельствах) данное преступление тяжким не является! Мухлой сколько хочешь...»¹.

К сказанному добавить нечего, если только то, что в данной художественной «зарисовке» выражено мнение большинства сотрудников правоохранительных органов, которые считают, что уголовное законодательство в части определения квалифицирующих признаков контрабанды и других внешнеэкономических преступлений не совершенно, и требует корректировки. Несовременным респонденты считают и такой признак преступного сообщества (преступной организации), как определение цели их создания: «совершение тяжких и особо тяжких преступлений». Это, по мнению опрошенных респондентов существенно тормозит борьбу с организованными преступными формированиями, и позволяет их лидерам уходить от уголовной ответственности.

Выход в данной ситуации видится в том, чтобы исключить из содержания статьи указание в качестве целей создания преступных сообществ категорию совершаемых ими преступлений, и признать «высокую общественную опасность преступных объединений независимо от тяжести тех преступлений, ради которых они создаются, поскольку создание преступных формирований не бывает связано с четким очертанием круга деяний, которые будут совершаться»².

Проведенный краткий анализ понятий «организованная группа» и «преступное сообщество» позволяет говорить о том, что процесс законодательного закрепления данных определений должен совершенствоваться, учитывая весь имеющийся опыт построения юридических понятий и определений. При этом, на наш взгляд, с методологической точки зрения при формулировке законодательных определений необходимо учитывать, что обиходный язык в силу своей универсальности и многозначности не всегда оказывается удобным для выражения юридических понятий, имеющих вполне определенное значение. Это требует известной формализации юридического языка, применения для изложения норм права лишь некоторого круга стандартных терминов и оборотов, с точно установленными правилами их семантического истолкования, основанными на «первоначальном и прямом смысле применяемых терминов, понятных каждому индивидууму»³. Еще давно было отмечено, что «язык является костью, мускулом, нервом, кожей фактов, и поэтому точность, ясность, простота языка совершенно необходимы для того, чтобы правильно и ярко изображать процессы создания фактов человеком и процессы влияния фактов на человека»⁴. Таким образом, то, что присуще литературному языку вообще, должно составлять специфическую особенность юридического языка — речь идет о понятности, краткости и точности⁵. Представляется, что эти принципы должны быть использованы при формулировке определений организованной группы и преступного сообщества, чтобы в результате уголовный закон содержал не схожие, трудноразличимые понятия, которые дифференцируются субъективно по усмотрению правоприменителей, а которые четко различаются между собой и содержат конкретные, характерные для каждого из них признаки.

¹ Рутман М. Контрабандист — кормилец // Санкт-Петербургские ведомости. — 2006. — 1 ноября.

² Наземцев С.В. Совершенствование уголовного законодательства и правоприменительной практики органов внутренних дел по борьбе с групповыми формами преступной деятельности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2000. — С. 16.

³ Законодательная техника / Под ред. Д.А. Керимова. — Л., 1965. — С. 89.

⁴ Горький М. О литературе. — М., 1937. — С. 376.

⁵ Подробнее см.: Иеринг Р. Юридическая техника. — СПб., 1906.

Н.И. Биюшкина

Биюшкина Надежда Иосифовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права ННГУ им. Н.И. Лобачевского

Организационно-правовые предпосылки формирования чрезвычайного законодательства 80–90-х годов XIX века

Административное регулирование охраны общественного порядка не является чем-либо чуждым, инородным, не характерным для российского государства. Так, знаменитое Положение «О мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия» от 14 августа 1881 года¹ представляет собой органичное последовательное продолжение традиционной государственно-правовой деятельности в области обеспечения безопасности. Об этом убедительно свидетельствует комплекс нормативно-правовых актов, издаваемых на протяжении XIX века.

Высочайший указ от 3 июля 1826 года², согласно которому Особенная канцелярия при Министерстве внутренних дел, ведавшая вопросами государственной полиции, была преобразована в III Отделение Собственной Его Величества канцелярии. В круг ее обязанностей входили, в том числе, сбор сведений обо всех лицах, состоящих под надзором полиции, включая соответствующие распоряжения, высылку и размещение «людей подозрительных и вредных». Отсюда видно, что такие предметы ведения полицейского права и правового регулирования, как надзор за неблагонадежными лицами, административная высылка находились в поле зрения Российского государства уже во второй четверти XIX века, то есть задолго до вступления на престол Александра III. Граф А.Х. Бенкендорф, возглавлявший III Отделение, вполне может быть назван одним из основоположников концепции полицейского государства и свойственных ему чрезвычайных мероприятий.

Отсюда напрашивается мысль, о том, что, наоборот, либеральный курс Александра II кардинально выбивается из контекста охранительного направления развития Российского монархического государства и в силу этого может быть определен как исключительный (от словосочетания «исключение из правила»), а следовательно, чрезвычайный. Общеизвестно, к каким масштабам катастрофы привели неограниченные рамки охранительного закона (регулирования) либеральные преобразования 60–70-х годов XIX века. Волна терроризма, поднятая леворадикально настроенной интеллигенцией, в том числе студенчеством, захлестнула империю: 10-кратные покушения на жизнь императора Александра II, вооруженное восстание в Польше в 1863 году, вооруженное сопротивление в Одессе в 1878 году и т. д.

К концу 70-х — началу 80-х годов в стране разразился системный кризис, правительство встало на охранительный консервативный курс, начавшийся в России после покушения Д. Каракозова на императора Александра II в 1866 году³. Как писал известный советский исследователь И.В. Оржеховский, перед правительством стояла первоочередная задача сохранения самодержавной власти: «укрепление административно-политической власти, создание «единства управления» внутри правительства и органов высшего государственного управления; борьба с «нигилизмом» и революционным движением; усиление роли дворянства и консолидации «всех консервативных сил» вокруг самодержавия; всемерное ограничение развития и деятельности новых институтов, созданных реформами предшествующих лет»⁴. Однако, с нашей точки зрения, акцент среди указанных задач следует сделать не на сохранение устоев самодержавия, а на поддержание общественного порядка, который обеспечивается сильной государственной властью. Даже либеральное правительство осознало острую необходимость введения охранительных мер на высшем государственном уровне, комплекс которых можно классифицировать по предмету правового регулирования.

Так, законодательные попытки пресечения актов неповиновения предпринимались правительством Александра II еще в период активного проведения либеральных реформ. К таковым относятся Высочайшее повеление, последовавшее 6 июля 1870 года⁵, по всеподданнейшему докладу Управ-

¹ ПСЗРИ. — 3-е изд. — СПб., 1885. — Т. I. — Ст. 350.

² См.: ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1830. — Т. I. — Ст. 449.

³ П.А. Зайончковский писал, что курс буржуазных реформ был прерван событиями 1866 года (*Зайончковский П.А.* Архив Д.А. Милютина // Вопросы истории. — 1946. — № 5—6. — С. 99).

⁴ *Оржеховский И.В.* Из истории внутренней политики самодержавия в 60–70-х годах XIX века. — Горький, 1974. — С. 161.

⁵ Текст данного Указа не был официально опубликован. Выдержки из его содержания приводятся на основании работы В.М. Гессена. См.: *Гессен В.М.* Исключительное положение. — СПб, 1908. — С. 165. Как писала «Русская мысль», «некоторые законы о чрезвычайных мерах, изданные в 1878 и 1879 годах, в свое время не были обнародованы. Тогда правительство держало их в секрете от общества, как будто из скромности набрасывало на них покрывало» (См.: Внутреннее обозрение. По поводу закона 14 августа // Русская мысль. — 1881. — Кн. X. — С. 136).

ляющего Министерством внутренних дел «О принятии особых мер против стачек рабочих», Высочайшее повеление, последовавшее в сентябре 1871 года¹, по всеподданнейшему докладу министра внутренних дел, в разъяснение Высочайшего повеления о принятии особых мер против стачек, которыми забастовки фабричных рабочих признавались выражением недовольства с целью порождения смут, беспорядков и волнений. При возникновении стачек рабочих на каком-либо предприятии генерал-губернаторам разрешалось немедленно высылать главных зачинщиков стачки в любую из назначенных им губерний, без предварительного разрешения министра внутренних дел.

К концу 70-х годов XIX века охранительная направленность внутренней политики усиливается. Предметом правового регулирования нормативно-правовых актов этого периода становятся *административно-полицейские отношения в сфере пресечения различных проявлений неповиновения*, о чем свидетельствуют законодательные акты тех лет. Так, Высочайшим повелением, последовавшим 24 мая 1878 года по всеподданнейшему докладу Главного Начальника III Отделения Собственной Его Императорского Величества канцелярии, лица, привлеченные по делам о противоправительственной пропаганде, подлежали административной высылке в распоряжение генерал-губернатора Восточной Сибири. При этом не регламентировался какой-либо порядок установления срока административной высылки, а также объема ограничений прав и свобод, сопряженных с нею².

К аналогичным мерам относится Именной Высочайший указ, принятый по рапорту Министра внутренних дел от 8 августа 1878 года «О правах общей полиции и жандармских чинов посещать все фабрики и заводы во всякое время»³, которым полицейским и жандармам предоставлялся свободный допуск на все фабрики и заводы в любое время с правом производства обысков или арестов, при единственном условии присутствия при этом управляющего соответствующим предприятием.

О продолжении указанной правительственной политики свидетельствуют также Высочайше утвержденные 1 сентября 1878 года Временные правила «Об особых мерах к ограждению общественного спокойствия», которые также не были опубликованы в официальных источниках, но в Указе Правительствующему Сенату от 4 сентября 1881 года «Об издании Положения к охранению государственного порядка и общественного спокойствия и объявлении некоторых местностей Империи в состоянии усиленной охраны»⁴ говорилось об отмене данных правил, и название их свидетельствует о регулировании именно охранительных отношений. Временные правила расширяли административные права полиции в розыском процессе: на губернские жандармские управления возлагалось производство дознаний по государственным преступлениям, а к городской полиции полностью перешел политический розыск⁵.

Пресекательную политику продолжает Высочайший указ от 18 марта 1879 года «О мерах к пресечению уклонения от прописки видов в городах: Санкт-Петербурге, Москве, Киеве, Харькове, Одессе и Ялте и Санкт-Петербургской губернии»⁶, ужесточивший меры ответственности лиц, уклоняющихся от уведомления органов власти о своем прибытии в названные местности и регистрации в полиции своего постоянного места жительства, а также вводивший административную ответственность в отношении дворников, содержателей комнат и гостиниц, домовладельцев за потворство и укрывательство таких лиц.

Таким образом, видно, что императивные методы правового регулирования к началу действия внутривидового курса Александра III явно начинают преобладать над диспозитивными.

Охранительные мероприятия того периода сказываются и на функционировании *органов дознания и следствия* в области расследования государственных преступлений. Высочайше утвержденные Правила «О порядке действий чинов Корпуса жандармов по исследованию преступлений» от 19 мая 1871 года⁷ вносили изменения в общий порядок производства дознаний по государственным преступлениям. Упразднялась высочайше утвержденная в Санкт-Петербурге Следственная комиссия по делам о государственных преступлениях, ее дела передавались Корпусу жандармов. Ведением дознаний

¹ Данный нормативно-правовой акт не был официально опубликован. Ссылка на содержание приводится на основании работы В.М. Гессена. См.: *Гессен В.М.* Исключительное положение. — СПб., 1908. — С. 165.

² См. там же.

³ Именной Высочайший указ «О правах общей полиции и жандармских чинов посещать все фабрики и заводы во всякое время» от 8 августа 1878 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1880. — Т. LIII. — Отд. 2. — Ст. 58777.

⁴ Указ Правительствующему Сенату «Об издании Положения к охранению государственного порядка и общественного спокойствия и объявлении некоторых местностей Империи в состоянии усиленной охраны» от 4 сентября 1881 года // ПСЗРИ. — 3-е изд. — СПб., 1885. — Т. I. — Ст. 382.

⁵ *Алексеева М.А.* Государственные преступления на Северо-Западе России во второй половине XIX — начале XX в. (на примере Новгородской губернии) // История государства и права. — 2010. — № 5. — С. 31.

⁶ Высочайший указ «О мерах к пресечению уклонения от прописки видов в городах: Санкт-Петербурге, Москве, Киеве, Харькове, Одессе и Ялте и Санкт-Петербургской губернии» от 18 марта 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 1. — Ст. 59422.

⁷ Высочайше утвержденные Правила «О порядке действий чинов Корпуса жандармов по исследованию преступлений» от 19 мая 1871 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1874. — Т. XLVI. — Отд. 1. — Ст. 49615.

по государственным преступлениям занимались офицеры Корпуса жандармов при содействии в случае необходимости нижних чинов, под общим наблюдением лиц прокурорского надзора. Полиция обязана была сообщать обо всех выявленных ими в кругу своего ведомства нарушениях, содержащих признаки государственного преступления, начальникам губернских жандармских управлений или их помощникам. В случае отсутствия таковых чины полиции обязаны были принять все меры по расследованию совершенных преступлений. По окончании дознания все материалы передавались прокурором Судебной палаты министру юстиции, который по совещании с шефом жандармов принимает решение о производстве предварительного следствия или об испрошении Высочайшего разрешения о прекращении производства по делу без последствия или с разрешением его в административном порядке¹.

Об изменениях в судебной системе, в частности, свидетельствует Именной Высочайший указ Правительствующему сенату от 9 августа 1878 года «О временном подчинении дел о государственных преступлениях и о некоторых преступлениях против должностных лиц ведению военного суда»² предписывалось лиц, обвиняемых в вооруженном сопротивлении властям или нападении на чинов войска и полиции, других должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей, если преступления эти сопровождалась убийством или покушением на него, нанесением ран, увечий, тяжких побоев или поджогом, предавать военному суду с применением наказания, установленного статьей 279 Воинского Устава о наказаниях³.

В развитие названного законодательного акта был принят ряд разъяснений, детализировавших порядок его применения. Именным Высочайшим указом от 9 августа 1878 года «О порядке суждения военным судом по законам военного времени лиц, совершивших преступления, означенные в Именном Высочайшем указе, данном Правительствующему сенату 9 августа сего года»⁴ относительно порядка применения вышеназванного указа разъяснял следующее: 1) лица, совершившие означенные в Указе преступления подлежат преданию военному суду главными начальниками военных округов, 2) временные члены военно-окружного суда должны быть каждый раз особо назначаемы исключительно из штаб-офицеров, 3) главным начальникам военных округов предоставлялись по таким делам права Главнокомандующего в военное время, предусмотренные статьями 1234, 1238 и 1241 книги XXIV Свода военных постановлений⁵.

Далее Высочайшим повелением 8 апреля 1879 года «О порядке производства дел о лицах гражданского ведомства, предаваемых военному суду на основании Высочайших указов 9 августа 1878 года и 5 апреля 1879 года»⁶ приводились дополнительные изъятия из общего порядка судопроизводства в военно-окружных судах. Так, в случае, если преступление было совершено «очевидно», генерал-губернатор был вправе предать обвиняемого военному суду без предварительного следствия, на

¹ Следует отметить, что во время правления императора Александра III была создана комиссия по пересмотру данного Закона, что было встречено «весьма сочувственно всеми сторонниками тех начал, которые выработаны были составителями уставов 20 ноября 1864 года». Называя Закон от 19 мая 1871 года «явным анахронизмом» в области процессуального законодательства, сторонники либеральных преобразований отмечали недостатки, выявившиеся в его практическом применении. Так, определяя виды следственных действий, производящихся жандармами, Закон не упомянул допросы, указывая при этом в другой статье на необходимость ведения протокола допроса и заверения его понятыми. Присутствие понятых при допросе нарушало основной принцип негласности и неформальности расспросов и розысков, производимых при дознании. Осуждался Закон и за неполноту формулировок прав и обязанностей следователей жандармского корпуса. Например, судебный следователь обязан был устранять из числа свидетелей по делу лиц, состоящих в родственных и иных отношениях с лицом, подозреваемым в совершении преступления. Тогда как для жандармских следователей таких ограничений не устанавливалось, что создавало потенциальную угрозу клятвопреступления (*Шиллинг М.* Дознание по государственным преступлениям // *Юридический вестник.* — 1886. — Апрель. — С. 758—764).

² Именной Высочайший указ Правительствующему Сенату «О временном подчинении дел о государственных преступлениях и о некоторых преступлениях против должностных лиц ведению военного суда» от 9 августа 1878 года // *ПСЗРИ.* — 2-е изд. — СПб., 1880. — Т. LIII. — Отд. 2. — Ст. 58778.

³ Лишение всех прав состояния и смертная казнь. Воинский устав о наказаниях // *Свод военных постановлений* 1869 г. — 4-е изд. — СПб., 1913. — Кн. XXII. — Ст. 279.

⁴ Именной Высочайший указ «О порядке осуждения военным судом по законам военного времени лиц, совершивших преступления, означенные в Именном Высочайшем указе, данном Правительствующему Сенату 9 августа сего года» от 9 августа 1878 года // *ПСЗРИ.* — 2-е изд. — СПб., 1880. — Т. LIII. — Отд. 2. — Ст. 58779.

⁵ Утверждение приговоров военного суда, вступивших в законную силу; при чрезвычайных обстоятельствах, требующих немедленного исполнения приговора над подсудимым, не давая делу направления в кассационную инстанцию, окончательно подтвердить приговор, представляя при этом подлинные дела в Главный Военный Суд, который решает вопрос об обоснованности применения мер чрезвычайной власти. Решение Главного Военного Суда направляется на Высочайшее рассмотрение (Военно-Судебный Устав от 15 мая 1867 года) // *ПСЗРИ.* — 2-е изд. — СПб., 1871. — Т. XLII. — Отд. 1. — Ст. 44575).

⁶ Высочайшее повеление «О порядке производства дел о лицах гражданского ведомства, предаваемых военному суду на основании Высочайших указов 9 августа 1878 года и 5 апреля 1879 года» от 8 апреля 1879 года // *ПСЗРИ.* — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 1. — Ст. 59491.

основании сведений, собранных при дознании. Устанавливались сокращенные сроки судопроизводства: военный прокурор обязан был в течение суток со дня получения материалов предварительного следствия или дознания представить дело со своим заключением генерал-губернатору, далее по получении дела обратно также в течение суток составить обвинительный акт и направить материалы в суд, который, в свою очередь обязан был дать делу законный ход немедленно или не позднее следующего дня. Неявка свидетелей в судебное заседание по общему правилу не препятствовала разбирательству дела (если суд не признавал устные показания свидетелей существенными для дела), к сведению принимались показания, данные ими на предварительном следствии или дознании. Мотивированный приговор подлежал изготовлению в течение суток с момента его оглашения, жалобы и протесты могли быть принесены в течение суток с даты изготовления приговора. При этом подтверждались чрезвычайные полномочия генерал-губернатора по немедленному приведению приговора в исполнение без направления дела в кассационную инстанцию.

Последовавшее вслед за этим Высочайшее повеление от 11 апреля 1879 года по всеподданнейшему докладу министра юстиции «О разъяснении порядка направления дел, подлежащих рассмотрению военного суда на основании Высочайших указов 9 августа 1878 года и 5 апреля 1879 года»¹ еще более расширяло право генерал-губернаторов на предание военному суду лиц гражданского ведомства, распространив его на стадию предварительного следствия: при получении решения о передаче дела в военный суд судебный следователь обязан был немедленно направить дело военному прокурору.

Очередным этапом законотворчества в области чрезвычайного военного судопроизводства явились Высочайшее повеление от 27 апреля 1879 года, по всеподданнейшему докладу министра юстиции «О разъяснении порядка направления дел согласно Высочайшим указам 9 августа 1878 года и 5 апреля 1879 года»², которое упорядочивало порядок определения дел к производству военного суда (каждое дело о государственном преступлении или противозаконном сообществе по окончании следствия поступало к местному генерал-губернатору для разрешения вопроса о порядке его рассмотрения — общеуголовном или военно-судебном), а также Высочайшее повеление от 20 июня 1879 года по всеподданнейшему докладу министра юстиции «О разъяснении порядка направления дел согласно Высочайшим повелениям 5 и 27 апреля 1879 года»³, указавшее, что в случае, если поступившие материалы следствий и дознаний по государственным преступлениям не будут признаны генерал-губернатором подлежащими рассмотрению военным судом, они направляются безотлагательно прокурору по принадлежности для дальнейшего судопроизводства в общеуголовном порядке.

К мерам коррекции пореформенной судебной системы относится также усложнение порядка выборов в мировые судьи путем вмешательства губернаторской власти в этот процесс. Так, Высочайше утвержденное Положение Комитета Министров «О распространении действия Высочайше утвержденного 19 августа 1879 года положения Комитета Министров о замещении должностей по земским и городским учреждениям и на замещение всех вообще должностей по мировым судебным установлениям, исключая лишь самих Мировых Судей» от 26 сентября 1879 года⁴, распространило правила вышеуказанного Положения от 19 августа 1879 года на должности по мировым судебным установлениям, за исключением мировых судей. Однако в порядок избрания мировых судей также вносились изменения: списки кандидатов в мировые судьи, направляемые в Правительствующий сенат для утверждения, одновременно подлежали представлению губернатору или градоначальнику, который представлял свои замечания о нравственных качествах и благонадежности лиц, подлежащих избранию земскими собраниями и городскими думами. Сенат при принятии решения об утверждении списка руководствовался мнением местного губернаторского начальства.

Чрезвычайными обстоятельствами, угрожавшими основным государственным устоям, объясняется также наблюдающаяся к концу 70-х годов XIX века тенденция, связанная с передачей всей полноты властных полномочий в руки *генерал-губернаторов* в административно-территориальных единицах, которые стратегически определяли стабильное развитие общественных отношений государства в целом, о чем свидетельствует Именной Высочайший указ, данный Правительствующему Сенату

¹ Высочайшее повеление по всеподданнейшему докладу министра юстиции «О разъяснении порядка направления дел, подлежащих рассмотрению военного суда на основании Высочайших указов 9 августа 1878 года и 5 апреля 1879 года» от 11 апреля 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 1. — Ст. 59497.

² Высочайшее повеление по всеподданнейшему докладу министра юстиции «О разъяснении порядка направления дел согласно Высочайшим указам 9 августа 1878 года и 5 апреля 1879 года» от 27 апреля 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 1. — Ст. 59552.

³ Высочайшее повеление по всеподданнейшему докладу министра юстиции «О разъяснении порядка направления дел согласно Высочайшим повелениям 5 и 27 апреля 1879 года» от 20 июня 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 1. — Ст. 59798.

⁴ Высочайше утвержденное Положение Комитета Министров «О распространении действия Высочайше утвержденного 19 августа 1879 года положения Комитета Министров о замещении должностей по земским и городским учреждениям и на замещение всех вообще должностей по мировым судебным установлениям, исключая лишь самих Мировых Судей» от 26 сентября 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Ст. 60045.

5 апреля 1879 года «О временных генерал-губернаторах в городах Санкт-Петербурге, Харькове и Одессе, и о предоставлении как сим Генерал-Губернаторам, так и Генерал-Губернаторам в Москве, Киеве и Варшаве некоторых особых прав для охранения порядка и общественного спокойствия во вверенном им крае»¹. Данным указом для более энергичной и успешной борьбы с крамолой в названных городах вводились должности временных генерал-губернаторов, обладавшими чрезвычайными полномочиями в виде предания лиц гражданского ведомства военному суду с применением наказаний, установленных для военного времени, причем за любые категории преступлений, в том числе и предусмотренные общеуголовными законами; применения административной высылки к лицам, дальнейшее пребывание которых во вверенной местности представляется вредным; подвергать личному задержанию по своему усмотрению всех лиц, независимо от звания и состояния; приостанавливать или запрещать издание журналов и газет «вредной направленности», а также применять любые иные меры, которые они признают необходимыми в целях охраны спокойствия во вверенном им крае. Аналогичные полномочия предоставлялись генерал-губернаторам городов Москвы, Киева и Варшавы, а Высочайшее повеление, последовавшее 21 марта 1880 года² по всеподданнейшему докладу министра внутренних дел наделяло генерал-губернатора Восточной Сибири теми же правами относительно административной высылки в пределах вверенного ему края, что и временные и постоянные генерал-губернаторы вышеупомянутым указом от 5 апреля 1879 года.

Расширение полномочий местных губернаторов продолжается Высочайше утвержденным Положением Комитета министров «О предоставлении губернаторам особых прав при замещении постоянных должностей по земским и городским учреждениям» от 19 августа 1879 года³, распространившим действие статьи 511 Свода Общих Губернских учреждений⁴ на земские и городские учреждения при замещении ими постоянных должностей, не подчиненных непосредственно губернатору или министру внутренних дел, с тем чтобы по требованию губернатора были немедленно освобождаемы от должностей лица, которые будут признаны неблагонадежными.

Тенденция централизации системы управления сферой государственной безопасности наблюдается и в изданном 12 февраля 1880 года Высочайшим указом⁵, которым в качестве вышестоящей контролирующей инстанции над III Отделением была учреждена Верховная Распорядительная Комиссия, получившая по сути неограниченные полномочия в указанной области: все ее распоряжения подлежали беспрекословному исполнению, меры взыскания за несоблюдение мер, принимаемых Комиссией по предметам своего ведения, порядок их наложения определялись ею самостоятельно. В числе главных задач Верховной Распорядительной комиссии исследователи системы государственных учреждений дореволюционной России выделяли следующие: объединение карательных органов для борьбы с революционным движением, экстренный разбор политических дел, разгрузка столичных тюрем, ускорение судебного рассмотрения всех дел и административная расправа с частью арестованных и т. п.⁶

Однако спустя шесть месяцев после своего образования Верховная Комиссия была упразднена, причем сделано это было по настоянию самого графа М.Т. Лорис-Меликова, который признал, что «для борьбы с крамолой нет необходимости в чрезвычайных мерах»⁷. Именной Высочайший Указ от 6 августа 1880 года «О закреплении Верховной Распорядительной Комиссии, упразднении III Отделе-

¹ Именной Высочайший указ «О временных генерал-губернаторах в городах Санкт-Петербурге, Харькове и Одессе, и о предоставлении как сим Генерал-Губернаторам, так и Генерал-Губернаторам в Москве, Киеве и Варшаве некоторых особых прав для охранения порядка и общественного спокойствия во вверенном им крае» от 5 апреля 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 1. — Ст. 59476.

² Высочайшее повеление, объявленное министром внутренних дел «О предоставлении Генерал-Губернатору Восточной Сибири тех же прав относительно административной высылки в пределах вверенного ему края, какия предоставлены Именным Высочайшим указом 5 апреля 1879 года временным Генерал-Губернаторам и Генерал-Губернаторам» от 21 марта 1880 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LV. — Отд. 1. — Ст. 60700.

³ Высочайше утвержденное Положение Комитета министров «О предоставлении губернаторам особых прав при замещении постоянных должностей по земским и городским учреждениям» от 19 августа 1879 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 2. — Ст. 59947.

⁴ О праве губернатора изъявить свое несогласие при определении губернскими местами и учреждениями чиновников на службу или перемещение с одной должности на другую, а равно переводе из одного ведомства в другое или замещении должностей по найму, при признании им таких чиновников неблагонадежными. Губернатор доводит о своем несогласии до сведения соответствующего министра, неполучение ответа в течение двух недель приравнивается к согласию на соответствующее назначение или перевод и отменяет запрет губернатора (Свод Общих губернских учреждений. Изд. 1876 г. // Свод законов Российской Империи. — СПб., б.г. — Т. 2. — Ч. 1).

⁵ Именной указ «Об учреждении в С.-Петербурге Верховной Распорядительной Комиссии по охранению государственного порядка и общественного спокойствия» от 12 февраля 1880 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1881. — Т. LIV. — Отд. 2. — Ст. 60492.

⁶ *Ерошкин Н.П.* История государственных учреждений дореволюционной России: Учебник для вузов. — 3-е изд. — М., 1983. — С. 203.

⁷ *Опалинская М.А.* История государства Российского. Жизнеописание. XIX век. Вторая половина / М.А. Опалинская, С.Н. Синегубов, А.В. Швецов. — М., 1998. — С. 59.

ния Собственной Его Императорского Величества Канцелярии и учреждении Министерства Почт и Телеграфов»¹ устанавливал, что дальнейшие меры по охранению государственного порядка и общественного спокойствия могут приводиться в действие в общеустановленном законом порядке с некоторым лишь расширением круга ведения Министра внутренних дел. Как видно из текста, речь идет об усилении таких принципов государственного управления, как единоначалие, укрепление централизации и вертикали власти. Таким образом, Верховная Распорядительная комиссия прекратила свое недолгое существование, а III Отделение было преобразовано в особый департамент государственной полиции Министерства внутренних дел². К Министру внутренних дел переходило высшее руководство следствиями по государственным делам и все сопутствующие этому полномочия, принадлежавшие Верховной Распорядительной Комиссии.

Все эти основополагающие начала, на которых базируется сфера охранения государственной безопасности и общественного порядка, призваны были способствовать эффективности функционирования соответствующих учреждений, в частности, системы МВД. П.А. Зайончковский приводит очень выразительную фразу современника эпохи Александра II, военного министра Д.А. Милютин, характеризующую обстановку, царившую в стране в 1880 году, то есть незадолго до восшествия на престол Александра III: «Никогда еще не было предоставлено столько безграничного произвола администрации и полиции. Но одними этими полицейскими мерами, террором и насилиями, едва ли можно прекратить революционную подпольную работу, принявшие уже такие значительные размеры. Трудно искоренить зло, когда ни в одном слое общества правительство не находит ни сочувствия к себе, ни искренней поддержки»³.

Несколько ироничную оценку законодательной деятельности последних лет правления Александра II представил в своих воспоминаниях В.Г. Короленко: «Бороться приходилось с настроением, разлитым в воздухе, а наша власть гонялась за отдельными проявлениями и привыкла стрелять по воробьям из пушек. Самые законы она стала приспособлять к этой пальбе... Несколькими краткими законами... был создан или значительно расширен механизм так называемого «административного порядка». Эти краткие акты верховной власти можно было бы назвать настоящими «законами о беззаконии»... царствование Александра II... вступало на путь азиатского произвола во всем, что хоть отдаленно касалось политических мотивов»⁴.

Наиболее объективным мнением можно признать суждение современного рассматриваемому периоду государственного деятеля Д.М. Сольского: «Социализм не мог развиваться у нас и достичь таких ужасных размеров в какие-нибудь 10—12 месяцев. Он развивался сравнительно долее... Меры принимавшиеся со времени покушения Каракозова, не достигавшие действительной цели, вели только к тому, что отчуждали общество от правительства и давали социализму в руки новое оружие. Затем, даже в прямой, открытой борьбе в них, правительство обнаруживало полную неумелость. Забрали тысячи человек и, вместо того, чтобы судить их по мере открытия их вин, централизовали все дело, держали людей в заключении годами, ожесточая их и давая им всем возможность сообщаться между собою...»⁵.

Официальные прижизненные историографы Александра III были убеждены в том, что во все предшествовавшие моменты русской истории, когда государство осуществляло какие-то масштабные мероприятия как в сфере внешней политики (войны), так и внутренней (подавление смуты, крупные реформаторские шаги на пути социально-экономического, культурного развития), общество спланивалось удивительным единодушием, благодарно которому и достигались изумительные результаты (Смутное время, время царствования Петра I, Екатерины II, Александра I). И вдруг, при осуществлении реформ, вошедших в историю под названием «Великих реформ царя-освободителя», наблюдается абсолютно обратная ситуация: полная идеологическая разобщенность, число недовольных все увеличивается, критические заявления постоянно прослеживаются в печати, по стране идет целый ряд политических преступлений вместе с другими, менее яркими проявлениями непрекращающегося протеста, «крайние элементы» уже не ограничивались словами, а перешли к активным действиям — террористическим актам. Современники тех лет отмечали, что «трагизм нашей общественной и государственной жизни состоял в том, что, по общему убеждению, русский народ и русское общество не

¹ Именной Высочайший указ «О закреплении Верховной Распорядительной Комиссии, упразднении III Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии и об учреждении Министерства Почт и Телеграфов от 6 августа 1880 года // ПСЗРИ. — 2-е изд. — СПб., 1884. — Т. LV. — Отд. 1. — Ст. 61279.

² В литературе отмечались причины произошедшей реорганизации. Сенатор И.И. Шамшин, рассматривавший по личному поручению графа М.Т. Лорис-Меликова дела III Отделения в части лиц, высланных за политическую неблагонадежность, по рассмотрении полутора тысяч таких дел весьма нелестно отзывался о деятельности III Отделения: дела велись крайне небрежно, из-за безграмотности и безалаберности сотрудников в ходе следствия допускались грубые ошибки, выделенные на тайную слежку деньги часто расходовались не по назначению. См.: Головкин Г. Канцелярия непроницаемой тьмы / Г. Головкин, С. Бурин. — М., 1994. — С. 28—29.

³ Цит. по: Зайончковский П.А. Архив Д.А. Милютин // Вопросы истории. — 1946. — № 5—6. — С. 99.

⁴ Короленко В.Г. История моего современника: В 4 т. — М., 1985. — Т. 1—2. — С. 568—569.

⁵ Дневник Е.А. Перетца (1880—1883) / С предисл. А.Е. Преснякова. — М.; Л., 1927. — С. 47—48.

могли дать такого ответа; напротив, они до глубины души сознавали плодотворность этих реформ»¹. Действительно, как выразился в то время А.А. Абаза, «с благими реформами минувшего царствования нельзя связывать постигшее нас несчастье — совершившееся у нас цареубийство. Злодеяние это ужасно. Но разве оно есть плод, возросший исключительно на русской почве? Разве социализм не есть в настоящее время всеобщая язва, с которой борется вся Европа?»².

По нашему мнению, официальная оценка событий предшествующей истории выглядит несколько идеализированной. Так, мысль о том, что время царствования Петра I, Екатерины II «общество сплавилось удивительным единомыслием», представляется нам не соответствующей действительности, поскольку общеизвестны факты оппозиции официальному правительственному курсу со стороны самых различных слоев населения (например, восстание К. Булавина, Е. Пугачева и т. д.). Отсюда вырисовывается обратная закономерность, согласно которой именно масштабные системные преобразования общества и государства, периодически предпринимаемые в России монархической властью, встречают столь же массовое сопротивление, формируют оппозицию существующему режиму.

В подтверждение этого вывода можно привести слова Б.Н. Чичерина, который также отмечал глубочайший трагизм ситуации 1 марта 1881 года: «Монарх, который осуществил заветные мечты лучших русских людей, который дал свободу двадцати миллионам крестьян, установил независимый и гласный суд, даровал земству самоуправление, снял цензуру с печатного слова, этот монарх, благодетель своего народа, пал от руки злодеев, преследовавших его в течение нескольких лет и наконец достигших своей цели»³. Причины этого он видит прежде всего в той несоразмерной быстроте, с которой совершились столь глобальные преобразования: «Всякое общество, внезапно выброшенное из своей обычной колеи и поставленное в совершенно новые условия жизни, теряет равновесие и будет некоторое время бродить наобум. Французская революция представила тому живой пример. В России революция совершилась не снизу, а сверху, но перемена была не менее громадна... К довершению беды, преобразования совершились в такую пору, когда наша учительница на пути гражданского развития, Западная Европа, вместе с великими началами, легшими в основание преобразований прошедшего царствования, принесла нам и смуту. И там происходит кризис, и в умственной, и в политической области... Мудрено ли, что эти смутные идеи, проникая в невежественную среду и находя восприимчивую почву в бродячих элементах, разнужданных общественным переворотом, окончательно сбивают с толку неприготовленные умы и производят те безобразные явления, которые приводят нас в ужас и негодование»⁴.

Таким образом, исследованная нами совокупность охранительных нормативно-правовых актов, изданных в период, предшествующий административным мероприятиям Александра III (следовательно — Положению «О мерах к охранению...» от 14 августа 1881 г.), убедительно доказывает преемственность, органичность, детальную проработанность и объективную необходимость так называемого чрезвычайного характера правового регулирования общественных отношений рассматриваемого периода. В этой связи полагаем несколько неточным выражение известного французского исследователя А. Труайя о том, что при восшествии на престол Александр III «пока еще пытался скрываться в тени отцовского авторитета. "Делайте все так, как он вам наказал!" — ответил он. Однако выражение его лица уже выдавало душевную борьбу между верностью памяти покойного и неприятием политики, которую он считал пагубной, поскольку она стоила жизни отцу»⁵.

Следует согласиться с утверждением В.М. Гессена о том, что Положение «О мерах к охранению...» от 14 августа 1881 года «...является ни чем иным, как кодификацией законодательных мероприятий, одновременно изданных, которые в течение долговременного своего применения успели на практике вполне доказать свое безнадежное бессилие и полную свою безрезультатность»⁶. Действительно, в случае успешного действия предыдущих нормативно-правовых актов охранительного характера, страна не была бы поставлена на грань катастрофы, символом которой стала гибель императора. Фактически сложившаяся на рубеже 70—80-х годов XIX века «революционная ситуация» в стране⁷

¹ Император Александр III. — СПб., 1894. — С. 145—147.

² Дневник Е.А. Перетца (1880—1883) / С предисл. А.Е. Преснякова. — М.; Л., 1927. — С. 40.

³ Тайный правитель России: К.П. Победоносцев и его корреспонденты. Письма и записки 1866—1895. Статьи. Очерки. Воспоминания / Сост. Т.Ф. Прокопов. — М., 2001. — С. 54.

⁴ Там же. — С. 55—56.

⁵ Труайя А. Александр III. — М., 2005. — С. 76.

⁶ Гессен В.М. Исключительное положение. — СПб, 1908. — С. 160—161.

⁷ Сам термин «революционная ситуация» был характерен для советской историко-правовой науки, базировался на марксистско-ленинской классовой теории. Соответственно, он предполагал наличие классовых антагонизмов, действовавших по принципу «Верхи не могут, низы не хотят». Содержание и признаки указанной революционной ситуации подробно раскрыты в работе П.А. Зайончковского (см.: *Зайончковский П.А.* Кризис самодержавия на рубеже 1870—1880-х годов. — М., 1964). Мы в настоящей работе не придерживаемся классового подхода к изучению историко-правовых явлений, а рассматриваем их с точки зрения постановки объективно назревших проблем, изучения механизма их успешного разрешения, вне зависимости от классовых начал, тех или иных идеологических предпочтений и даже самой формы правления, исторически сложившейся в данном государстве.

убедительно свидетельствует о неэффективности всех предыдущих чрезвычайных правительственных мер. Как указывалось в журнале «Русская мысль», «большинство ныне кодифицированных мер были изданы в 1878—1879 годах в видах противодействия распространению крамолы посредством устрашающего воздействия на общество. В свое время они произвели на общество известное действие, память о котором ни в ком не изгладилась»¹. Как видим, эффективность реализации законодательных мер чрезвычайного характера была уже испытана на практике до введения в действие Положения «О мерах к охранению...» от 14 августа 1881 года², которое систематизировало, в свою очередь, значительное число нормативных установлений, принятых до его издания. Таким образом, можно обозначить центральное место Положения «О мерах к охранению...» от 14 августа 1881 года в системе нормативно-правовых актов, регламентировавших правительственные меры чрезвычайного характера в Российской империи во второй половине XIX века.

В ряде именных императорских указов, изданных в начале царствования Александра III, были сформулированы предпосылки, цели и основные принципы чрезвычайного правового регулирования, заложенные в рассматриваемом Положении «О мерах к охранению...» от 14 августа 1881 года, в Манифесте «О призыве всех верных подданных к служению верою и правдой Его Императорскому Величеству и Государству», известном в истории под названием «О незаблестности самодержавия» от 29 апреля 1881 года³, в Указе Правительствующему Сенату от 4 сентября 1881 года «Об издании Положения о мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия и объявлении некоторых местностей Империи в состоянии усиленной охраны»⁴. Александр III писал: «Посылаю тебе, любезный Владимир, мною одобренный проект манифеста, я желаю, чтобы он вышел в 29 день приезда моего в столицу. Я долго об этом думал. Министры все обещают мне своими мерами заменить манифест, но так как я не могу добиться никаких решительных действий от них, а между тем шатание умов продолжается, и многие ждут чего-то необыкновенного, то я решился обратиться к Константину Петровичу Победоносцеву и поручить ему составить мне проект манифеста, в котором бы выяснено было ясно, какое направление желаю я дать делам, и что никогда не допущу ограничения самодержавной власти, которую нахожу нужной и полезной России...»⁵. Как пишет в своих воспоминаниях Е.А. Перетц, «Распубликован манифест, заявляющий о твердом намерении государя охранить самодержавие. Манифест, очевидно, написан Победоносцевым. Государственных талантов он им не выказал: манифест дышит отчасти вызовом, угрозою, а в то же время не содержит в себе ничего утешительного ни для образованных классов, ни для простого народа. В обществе он произвел удручающее впечатление»⁶. Профессор Р.С. Мулукаев так комментирует издание Манифеста 29 апреля 1881 года: «Царь прямо заявил, что он верит в силу самодержавной власти и будет ее утверждать и охранять, другими словами, единолично будет править государством»⁷.

Таким образом, анализ организационно-правовых предпосылок формирования чрезвычайного законодательства 80—90-х годов XIX века позволяет сделать следующий вывод. Сложившаяся на рубеже 70—80-х годов XIX века социально-политическая ситуация характеризовалась реальной, фактически существовавшей угрозой законности и правопорядку в стране. Организованный в масштабе всей страны и за ее пределами революционный террор полностью дестабилизировал общественный порядок, посягнув на духовно-религиозные и политико-правовые устои российского государства, сложившиеся на протяжении многих веков. Эти чрезвычайные факторы вызвали адекватную реакцию самосохранения со стороны российского общества, которое в лице патриотически настроенной интеллигенции, независимо от либеральных или консервативных убеждений, заявило о своей готовности поддержать любые обоснованные и целесообразные мероприятия правительства в области охраны, защиты основ российской государственности, направленные на восстановление законности и правопорядка, на стабилизацию внутривнутриполитической обстановки в стране. Отсюда видно, что издание Положения «О мерах к охранению...» от 14 августа 1881 года было призвано с помощью заложенных в нем чрезвычайных мер нейтрализовать деструктивные тенденции в развитии социально-политических отношений, сформировавшихся в России в этот период.

¹ Внутреннее обозрение. По поводу закона 14 августа // Русская мысль. — М., 1881. — Кн. X. — С. 136.

² Положение Комитета Министров «О мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия» от 14 августа 1881 года // ПСЗРИ. — 3-е изд. — СПб., 1885. — Т. I. — Ст. 350.

³ Манифест «О призыве всех верных подданных к служению верою и правдой Его Императорскому Величеству и Государству» от 29 апреля 1881 года // ПСЗРИ. — 3-е изд. — СПб., 1885. — Т. I. — Ст. 118.

⁴ Указ Правительствующему Сенату «Об издании Положения к охранению государственного порядка и общественного спокойствия и объявлении некоторых местностей Империи в состоянии усиленной охраны» от 4 сентября 1881 года // ПСЗРИ. — 3-е изд. — СПб., 1885. — Т. I. — Ст. 382.

⁵ Бугучарский В.Я. Из истории политической борьбы в 70—80-х гг. XIX века. — М., 1912. — С. 266—267.

⁶ Дневник Е.А. Перетца (1880—1883) / С предисл. А.Е. Преснякова. — М.; Л., 1927. — С. 69.

⁷ Мулукаев Р.С. Политический режим и органы внутренних дел в дореволюционной России // История государства и права. — 2009. — № 22. — С. 14.

И.С. Бобракова

Бобракова Ирина Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Международного института экономики права и менеджмента Нижегородского государственного архитектурно-строительного университета

Терминология уголовно-процессуального права как элемент оптимального правотворчества

Грамотное, точное и понятное терминологическое выражение правовых предписаний всегда являлось одним из главнейших постулатов теории права и целью оптимального законодательного конструирования, поскольку закон по-настоящему эффективен только при высоком языковом качестве отраженных в нем положений¹. В данной связи, как неоднократно отмечалось в общей теории права, при формулировании правовых предписаний в законе следует стремиться к созданию максимально доступных для понимания норм именно всеми заинтересованными лицами, ибо, как методологически верно и точно отметил Н.А. Хаванский, «закон, который могут понимать только профессионалы, не вызывает доверия у граждан»².

Особая точность при этом требуется при словесном обозначении тех юридических понятий, которые формируют, по сути, строжайшую терминологию основных институтов и производств определенной отрасли права. Применительно к нормам уголовно-процессуального права эту строжайшую нагрузку, по идее, призваны выполнять нормы статьи 5 УПК РФ, формирующие, как утверждает законодатель, основные понятия (определения) уголовного судопроизводства России. Насколько законодатель, действительно, справился с этой задачей и насколько сформулированные нормы-определения реально соответствуют сути явлений, можно, к примеру, судить по следующим дефинициям:

— в соответствии с пунктом 2 статьи 5 УПК РФ: апелляционная инстанция — суд, рассматривающий в апелляционном порядке уголовные дела по жалобам и представлениям на *не вступившие в законную силу* (здесь и далее курсив наш. — **И.Б.**) приговоры и постановления суда. Между тем, методологическая точность данного определения объективно может быть поставлена под сомнение, ибо надлежащим предметом апелляционной проверки являются и решения суда, принятые на досудебном этапе в рамках оперативного судебного контроля, и соответственно не только незамедлительно вступившие в законную силу, но и уже реально исполненные в уголовном процессе³;

— в соответствии с пунктом 19 статьи 5 УПК РФ: неотложные следственные действия — действия, осуществляемые *органом дознания* после возбуждения уголовного дела, по которому производство предварительного следствия обязательно, в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительно закрепления, изъятия и исследования. Как известно, точность данного утверждения законодателя несколько опровергается нормами части 5 статьи 152 УПК РФ, согласно которым: *следователь, дознаватель*, установив, что уголовное дело ему не подследственно, (так же) производит *неотложные следственные действия*, после чего следователь передает уголовное дело руководителю следственного органа, а дознаватель — прокурору;

— в соответствии с пунктом 35 статьи 5 УПК РФ: реабилитированный — лицо, имеющее в соответствии с настоящим Кодексом право на возмещение вреда, причиненного ему в связи с незаконным уголовным преследованием. В рамках данного понятия законодатель, как видим, уже несколько «запутался» в падежах и временных формах, характеризующих исследуемое явление, ибо, с одной стороны, характеризуется уже «реабилитированный»; с другой стороны, он, судя по содержанию дефиниции, еще только имеет право на указанное возмещение вреда.

Нередко коллизии в понимании истинной сути закона порождают и терминологические неточности логического характера, среди которых в действующем уголовно-процессуальном законе в основном преобладают тавтология или нарушение соразмерности понятий, использование законодателем терминов не в соответствии с их общепринятым значением, определение неизвестного через неизвестное и т. п. К примеру, при определении уголовного судопроизводства как непосредственно деятельности, реализуемой в уголовно-процессуальных отношениях, законодатель не может точно опре-

¹ Подробнее см.: Турагин В.Ю. Юридическая терминология в современном российском законодательстве: теоретические и практические проблемы использования: Монография. — М., 2010; Губаева Т.В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. — М., 2003. — С. 27; и др.

² Хаванский Н.А. Нужен Закон о нормативных актах // Российская юстиция. — 1996. — № 6. — С. 27.

³ Сказанное в той же мере может быть отнесено и к определению кассационной инстанции, предложенному законодателем в нормах пункта 14 статьи 5 УПК РФ.

делиться даже в вопросе о том: что есть уголовное судопроизводство, каковы его содержание и элементы структуры. Чтобы не быть голословными, в этом моменте (вновь) обратимся к нормам статьи 5 УПК РФ, в которых приведено и это понятие.

По буквальному смыслу пункта 56 статьи 5 УПК РФ: уголовное судопроизводство — досудебное и судебное производство по уголовному делу. Подчеркнем, раскрывая это понятие, законодатель апеллирует только к (досудебному и судебному) производству *по уголовному делу*. Однако в систему стадий и производств российского уголовного процесса, как известно, включена и стадия возбуждения уголовного дела (гл. 19 и 20 УПК РФ), то есть деятельность, которая по самой своей сути направлена к установлению фактических оснований для законного и обоснованного возбуждения уголовного дела. По буквальному смыслу понятия-термина, приведенного в пункте 56 статьи 5 УПК РФ — это не уголовное судопроизводство, ибо уголовного дела (как такового) в наличии еще не имеется; нет, естественно, и производства по нему, к которому апеллирует законодатель. Однако подобное понимание структуры и элементов означенного понятия, безусловно, противоречит как теории российского уголовно-процессуального права, так и (иным) позициям законодателя, изложенным в пункте 9 статьи 56 УПК РФ. Раскрывая в последней норме понятие досудебного производства, которое, напомним, в качестве конструктива входит в определение, приведенное в пункте 56 статьи 5 УПК РФ, законодатель методологически точно указывает на то, что последнее включает в себя и уголовное судопроизводство: с момента получения сообщения о преступлении до направления прокурором уголовного дела в суд. В итоге, и уголовно-процессуальная деятельность в стадии возбуждения уголовного дела, которая по своей сути как раз и связана с проверкой указанного заявления по существу, безусловно, является уголовным судопроизводством. Таким образом, и методологическая точность в исследуемом понятии, при известных усилиях, как видим, может быть восстановлена. Тем не менее, вряд ли можно считать оптимальным порядок законодательной техники, при котором к очевидности в искомых понятиях приходишь не в результате уяснения всех свойств (признаков) изначально определенного термина, а путем построения достаточно сложных логических конструкций.

Подчеркнем и то обстоятельство, что, несмотря на (выявленную) очевидность включения стадии возбуждения уголовного дела в общую систему уголовного судопроизводства России, законодатель упорно повторяет эту же, по сути, ошибку еще в целом ряде норм УПК РФ. Для примера:

— по буквальному смыслу норм статьи 4 УПК РФ: «при производстве *по уголовному делу* применяется уголовно-процессуальный закон, действующий во время производства соответствующего процессуального действия или принятия процессуального решения...». Соответственно, вновь правомерен вопрос: а при производстве предварительной (доследственной) проверки, реализуемой по правилам статьи 144 УПК РФ, когда уголовного дела в реальности еще нет, применяется тот же единый уголовно-процессуальный закон или здесь подходы правоприменителей могут быть субъективно различны?

— в соответствии с частью 2 статьи 7 УПК РФ (принцип законности): «суд, установив в ходе производства *по уголовному делу* несоответствие федерального закона или иного нормативного правового акта настоящему Кодексу, принимает решение в соответствии с настоящим Кодексом». И здесь, как видим, при буквальном толковании нормы, закономерен тот же вопрос: а в рамках производства в стадии возбуждения уголовного дела — данное правило уже не действует и законодатель вовсе не настаивает на том, чтобы деятельность публичных процессуальных органов на этом этапе изначально соответствовала свойствам (единой) законности?

Та же терминологическая ошибка в конструировании норм УПК РФ, к примеру, проявляет себя в частях 1—2 статьи 2, части 1 статьи 3, пункте 52 статьи 5, части 2 статьи 18, части 9 статьи 31, части 2 статьи 37, части 1 статьи 66, части 1 статьи 73 УПК РФ. Применительно к каждой из указанных норм законодатель упорно апеллирует лишь к производству по уголовному делу, хотя по контексту формулируемых правовых предписаний явно необходимо указание (именно) на уголовное судопроизводство в целом. Тем самым в итоге, во-первых, из нормативного регулирования (применительно к сути выше названных норм) неправомерно исключается деятельность публичных процессуальных органов и заинтересованных лиц в стадии возбуждения уголовного дела (гл. 19—20 УПК РФ); во-вторых, создается явная двойственность в понимании истинной сути закона.

Не столь серьезно, по сути, но, тем не менее, весьма негативно на понимании истинной воли закона нередко сказываются терминологические огрехи законодателя грамматического характера. Так, к числу терминологических ошибок грамматического характера, порождающих определенную двусмысленность в уяснении действительной сути закона, можно, например, отнести нормы, изложенные с использованием терминов (слов) не всегда уместных в предложенном нормативном контексте. К примеру:

— в соответствии с частью 2 статьи 266 УПК РФ протокол следственного действия может быть «...написан *от руки* или изготовлен с помощью технических средств». В том же смысловом и нормативном контексте «...от руки» может быть изготовлен итоговый протокол судебного заседания (ч. 2 ст. 259 УПК РФ) или приговор суда первой инстанции (ч. 2 ст. 303 УПК РФ);

— в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 211 УПК РФ предварительное следствие возобновляется на основании постановления следователя, если «...отпали основания его приостановления»;

— в соответствии с частью 1 статьи 21 УПК РФ, окончив расследование, следователь предъявляет обвиняемому «...подшитые и пронумерованные материалы уголовного дела»;

— в соответствии с частью 3 статьи 346 УПК РФ присяжные заседатели после провозглашения вынесенного ими вердикта вправе остаться в зале судебного заседания «...на отведенных для публички местах».

Несколько двусмысленные улыбки со стороны обучаемых иногда приходится наблюдать и в той ситуации, когда (в современной языковой реальности) объясняешь, к примеру, что по нормам пункта 8 части 4 статьи 44 УПК РФ или пункта 8 части 2 статьи 42 УПК РФ: гражданский истец и, соответственно, потерпевший вправе, в том числе, «...иметь представителя».

Между тем, представляется, каждый из названных терминов, с позиций лингвистики и грамматики русского языка, мог быть легко заменен более подходящим по смыслу, не искажая при этом воли законодателя. Тем более что, к примеру, применительно к правам обвиняемого законодатель все же нашел достаточно ясные смысловые конструкции, без излишней двусмысленности указывая на то, что этот участник правовых отношений, безусловно, вправе «...пользоваться помощью защитника» (п. 7 ч. 4 ст. 47 УПК РФ).

При определении непосредственного предмета и цели деятельности, реализуемой в стадии возбуждения уголовного дела, обоснованные возражения вызывает также требование закона устанавливать: «признаки преступления», достаточные для возбуждения дела (ч. 2 ст. 140 УПК РФ).

Указанная терминологическая формула, используемая законодателем как в нормах части 2 статьи 140 УПК РФ, так и в контексте части 1 статьи 152, части 1 статьи 157, пункта 4 части 1 статьи 213 УПК РФ, как минимум, некорректна по сути, поскольку не учитывает основных положений теории материального права. Во-вторых, она же противоречит теории уголовно-процессуальной науки. В-третьих, не отражает действительного предмета деятельности следственных органов или суда.

Законодатель, конструируя указанные нормы именно в данном терминологическом контексте, по сути, не видит принципиальных отличий в нормативном определении «признаков преступления» и «признаков состава преступления». Между тем, различие здесь не только необходимо, оно принципиально для правильного понимания действительных оснований для законного и обоснованного возбуждения уголовного дела. Как известно, признаки преступления закреплены в статье 14 УК РФ, согласно которой преступлением признается виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное УК РФ под угрозой наказания. Из данного определения можно вычленил следующие признаки преступления: виновность, общественная опасность, противоправность (запрещенность), наказуемость¹.

Достаточно определенными в теории российского материального права являются и признаки состава преступления. Согласно статье 8 УК РФ основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом. Под составом преступления понимается совокупность объективных и субъективных признаков, закрепленных в уголовно-правовой норме, необходимых и достаточных для признания (квалификации) совершенного деяния в качестве преступления². Известно и то, что состав преступления образуют признаки, характеризующие его объект, объективную сторону, субъект и субъективную сторону. Только деяние, содержащее в себе все признаки состава преступления, является основанием для привлечения к уголовной ответственности в установленном уголовно-процессуальным законом порядке. Согласно пункту 2 части 1 статьи 24 УПК РФ отсутствие в деянии состава преступления выступает в качестве основания отказа в возбуждении уголовного дела или его прекращения.

На этом определенность в исследовании названных категорий, как правило, заканчивается, особенно в вопросе об их соотношении.

А.В. Наумов, к примеру, пишет о том, что статья 14 УК РФ дает лишь общее определение понятия преступления (его абстракции), которого в природе не существует. Нет преступления вообще, а есть кража, получение взятки, убийство и т. д. Для того, чтобы выделить внутри общей массы преступных деяний определенное преступление, существует особое понятие состава преступления. Именно это

¹ Учитывая, что понятие преступления и его признаки являются базовыми в науке уголовного права и подвергнуты достаточно тщательному анализу как в научно-практических комментариях, так и в работах монографического характера, мы не считаем возможным дополнительно оговариваться в этих, по сути, определенных моментах. См., например: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.А. Чекалин; Под ред. В.Т. Томина, В.С. Устинова, В.В. Сверчкова. — М., 2002; Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001; Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. — М., 2001; и др.

² См., например: Курс уголовного права. Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. — М., 1999. — Т. 1: Учение о преступлении. — С. 168; Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. — М, 1996. — С. 135—140; и др.

понятие и является средством правильной юридической квалификации преступления, то есть уголовно-правовой оценки фактических обстоятельств. В итоге, поскольку установление в том или ином деянии признаков соответствующего состава преступления достигается только путем квалификации, то последняя выступает правовым обоснованием привлечения лица к уголовной ответственности, применения мер процессуального принуждения, предъявления обвинения, предания суду, назначения наказания¹. Таким образом, суть позиций А.В. Наумова предельно ясна: определяющее значение для разграничения отдельных преступных деяний и их правильной юридической квалификации имеет не теоретическая абстракция в виде признаков преступления, а конкретно определенный в нормах Особенной части УК РФ состав того или иного преступления.

Иной позиции придерживаются авторы, полагающие, что, напротив, «преступление — это конкретный поведенческий акт человека, а состав преступления — абстракция, его законодательная модель, без которой конкретное деяние невозможно»². Здесь уже в качестве научной абстракции, теоретической, законодательной, логической модели выступает понятие состава преступления.

Между тем, как верно отмечает Н.Ф. Кузнецова, как показали опросы судей и судебная практика, они не восприняли концепцию состава преступления как абстракции и модели, ибо абстракция не может быть (легитимным) основанием уголовной ответственности. И при всем своем существенном значении по своей структуре преступление не очень приспособлено для квалификации преступлений, то есть установления тождества между составом содеянного и характеристикой состава в диспозиции нормы³.

Именно в данной связи, исследуя основные этапы квалификации преступлений, В.Н. Кудрявцев обращается не к признакам преступления, а к элементам его конкретного состава и правильно пишет о том, что установление, хотя бы приблизительно, признаков нарушенного объекта преступления и причиненного ему вреда, может в большинстве случаев считаться достаточным основанием для возбуждения уголовного дела. Соответственно, в постановлении о возбуждении дела следует указывать такую статью УК РФ, признаки которой наиболее соответствовали бы имеющимся сведениям и способствовали бы эффективному расследованию содеянного⁴.

Итоговый вывод из названных суждений, как представляется, ясен: определяющее значение для установления в действиях того или иного субъекта конкретного преступления имеет анализ (исследование и оценка) признаков *состава преступления* и, следовательно, подтверждение определенного тождества закрепленной нормативной модели (нормы Особенной части УК РФ) конкретным действиям, инкриминируемых уголовно-преследуемому лицу стороной обвинения⁵. Тем не менее, единства по этому поводу, пока, нет ни в уголовно-процессуальной доктрине, ни в сфере практической реализации норм, связанных с законным и обоснованным возбуждением уголовного дела. В данной связи и в нормах действующего уголовно-процессуального закона законодатель, не определившись в сути исследуемых явлений, упорно навязывает правоприменителям терминологическую абстракцию в виде формулы «признаки преступления», несмотря на то, что по смыслу закона речь явно идет именно о признаках конкретного состава деяния.

Для примера, в нормах части 1 статьи 157 УПК РФ законодатель прямо указывает на то, что: при наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно, орган дознания в порядке, установленном статьей 146 настоящего Кодекса, возбуждает уголовное дело и проводит неотложные следственные действия. По буквальному смыслу указанной нормы, как видим, с очевидностью следует вывод о том, что в объективной реальности, видимо, есть признаки преступления, по которым необходимо осуществлять исключительно предварительное следствие, и признаки преступления, по которым вполне возможно и осуществление дознания. Между тем, признаки преступления, в отличие от составов (конкретных) преступных деяний, как уже отмечалось, изначально едины и не зависят от расположения того или иного деяния в том или ином разделе или главе УК РФ. В данной связи неудивительно, что подобная терминология закона воспринимается довольно критически, требуя проверки, оценки и преобразования установленных смыслов в соответствии с правосознанием участников правовых отношений.

¹ См.: *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. — М., 1996. — С. 144.

² См.: Уголовное право. Общая часть. — М., 1997. — С. 114; Комментарий Уголовного кодекса Российской Федерации. — Ростов-на-Дону, 1996. — С. 46.

³ См.: Курс уголовного права. Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. — М., 1999. — Т. 1: Учение о преступлении. — С. 181, 182.

⁴ См.: *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. — С. 201.

⁵ Подробнее см., например: *Ковтун Н.Н.* Судебный контроль за законностью и обоснованностью уголовного преследования, реализуемого в отношении специальных субъектов уголовного судопроизводства России (глава 52 УПК РФ): Монография / Н.Н. Ковтун, Р.В. Ярцев, Т.П. Захарова, Ш.Р. Галиуллин. — Н. Новгород, 2007.

Н.В. Вантеева

Вантеева Наталья Владимировна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова

Отмена муниципальных правовых актов: некоторые технико-тактические правила и типичные ошибки

Субъекты правотворчества в своей деятельности неизбежно сталкиваются с необходимостью отмены изданных ранее актов. В условиях стремительного обновления правовой системы российского общества нормативные предписания быстро устаревают, ранее изданные входят в противоречие с вновь принятыми. Наконец, законодатель, не всегда поспевая за темпом жизни и просчитывая последствия действия тех или иных норм, допускает ошибки, пробелы, неточности и т. п. Поэтому отмена правовых актов квалифицируется в юридической науке как неотъемлемый этап механизма правового регулирования, средство обновления правовой политики, один из главных инструментов укрепления единого правового пространства, предпосылка качественного совершенствования законодательного массива, радикальное средство борьбы с коллизиями, инструмент его систематизации¹. Институт прекращения действия правовых актов характеризуется в качестве нейтрализатора негативно-воздействия ошибочных (дефектных, коллизионных, устаревших и т. п.) нормативных правовых документов, инструмента преодоления или устранения конкуренции нормативных правовых актов, средства устранения противоречий².

Нами были изучены свыше двухсот правовых актов об отмене решений и постановлений органов местного самоуправления муниципальных образований Ярославской области за период по 1 октября 2011 года включительно. Проведенный анализ показал, что при принятии указанных документов допускаются самые различные юридические ошибки и прочие недостатки. Значительная часть изданных актов вызывает сомнения в их правовой грамотности и чистоте.

Укажем на наиболее часто нарушаемые правила правотворческой техники и тактики и приведем примеры ошибочных правотворческих решений.

1. Наименование отменяющего акта должно содержать максимально полную информацию об отменяемом акте (его вид, указание на принявший орган, дату издания, номер, наименование).

Нарушение данного требования создает неудобства для правоприменителя, поскольку приходится изучать содержание рассматриваемого документа, чтобы установить, какой конкретно акт признан утратившим силу.

Вызывают нарекания решения Переславль-Залесской городской думы от 24 марта 2011 года № 23 «Об отмене решений Переславль-Залесской городской Думы»³ и думы Угличского муниципального округа от 28 декабря 2001 года № 90 «Об отмене решений Думы Угличского муниципального округа»⁴. Из их названия не ясно, все или некоторые решения отменяются.

Грубейшим образом нарушает рассматриваемое правило постановление главы городского округа г. Рыбинск от 8 февраля 2008 года № 221, которое называется «Об отмене муниципального правового акта»⁵.

2. В тексте отменяющего акта также следует обозначать все реквизиты отменяемого документа.

Далеко от совершенства в этом отношении решение муниципального Совета Великосельского сельского поселения Гаврилов-Ямского муниципального района от 27 ноября 2006 года № 23 «Об отмене решения муниципального Совета Великосельского сельского поселения, принятого решением от 26.10.2006 г.»⁶. Воспроизведем дословно текст решения: «Отменить решение муниципального Совета Великосельского сельского поселения «Об утверждении Положения о земельном налоге»».

Решением думы Угличского муниципального округа от 31 марта 1999 года «Об отмене на территории Угличского муниципального округа ряда местных налогов и сборов»⁷ были отменены налоги и

¹ См.: Луконькина О.В. Отмена правовых актов по законодательству современной России (проблемы теории и практики): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2010. — С. 22—26.

² См.: Апряткин А.В. Прекращение действия нормативных правовых актов как общеправовой феномен // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2010. — № 2 (13). — С. 285, 287.

³ См.: Переславская неделя. — 2011. — 13 апреля.

⁴ См.: Угличская газета. — 2002. — 18 января.

⁵ См.: Рыбинские известия. — 2008. — 14 февраля.

⁶ См.: Гаврилов-Ямский вестник. — 2006. — 29 ноября.

⁷ См.: Угличская газета. — 1999. — 14 апреля.

сборы (сбор за право торговли, за выдачу ордера на квартиру, лицензионный сбор на право торговли винно-водочными изделиями), а не акты, которыми вводились указанные налоги и сборы. Аналогичная ситуация имела место при издании решения Переславль-Залесской городской думы от 26 февраля 1997 года № 11 (в ред. от 23 апреля 1997 г.) «Об отмене на территории города Переславля-Залесского сбора за выдачу разрешения на изготовление печатей и штампов»¹.

В литературе указывается на необходимость в числе прочей информации об отменяемом акте указывать источник его официального опубликования².

Ни один из изученных нами муниципальных правовых актов не содержал данной информации.

3. Наименование акта должно строго соответствовать его содержанию.

Наименование постановления администрации городского поселения Углич от 9 июня 2010 года № 139 «Об отмене постановлений главы городского поселения Углич»³ не полностью отражает содержание документа. В последнем речь идет не только о признании утратившими силу некоторых постановлений главы поселения, но и об отмене пункта 2 постановления главы поселения от 18 апреля 2008 года № 70 «О порядке формирования инвестиционной программы городского поселения Углич».

Не согласовано название и текст постановления главы Ярославского муниципального района от 30 июля 2007 года № 993 «Об отмене лицензирования розничной продажи алкогольной продукции на территории Ярославского муниципального района»⁴. Указанным актом постановлено считать утратившими силу 6 постановлений и 1 распоряжение главы района.

Примером не самого удачного правотворческого решения может служить и решение думы Угличского муниципального округа от 23 ноября 2000 года № 31 «Об отмене некоторых норм (курсив наш. — **Н.В.**) решения Думы округа «О внесении изменений в Положение о местных налогах и сборах» от 27 июня 1997 года № 32 и решения Думы округа от 26 января 2000 года № 122 «О внесении изменений и дополнений в Положение о налоге на содержание жилищного фонда и объектов социально — культурной сферы», утвержденное решением Думы округа от 27 июня 1997 года № 32»⁵.

Из его наименования не ясно, идет ли речь об отмене некоторых норм в обоих решениях, либо только в первом.

Текст решения выглядит следующим образом:

«Отменить следующие нормативные правовые акты (курсив наш. — **Н.В.**) Думы Угличского муниципального округа о налогах и сборах:

— решение Думы округа от 27 июня 1997 года № 32 «О внесении изменений в Положение о местных налогах и сборах» в части утверждения Положения о налоге на содержание жилищного фонда и объектов социально-культурной сферы;

— решение Думы округа от 26 января 2000 года № 122 «О внесении изменений и дополнений в Положение о налоге на содержание жилищного фонда и объектов социально-культурной сферы», утвержденное решением Думы округа от 27 июня 1997 года № 32».

Как видим, юридически неточно изложены и нормы самого решения.

4. Положения акта об отмене следует формулировать предельно четко, конкретно, с указанием отдельными позициями всех правовых актов, статей и их отдельных элементов — частей, пунктов, абзацев, которые признаются утратившими силу.

Рассмотренное выше решение думы Угличского муниципального округа от 23 ноября 2000 года № 31 служит иллюстрацией нарушения данного требования.

Интересным примером его несоблюдения является также постановление главы городского округа г. Рыбинск от 31 июля 2007 года № 858 «Об отмене в части правовых актов»⁶. Содержание акта следующее: «Отменить постановления главы городского округа город Рыбинск с № 626 по № 857 включительно, распоряжения главы городского округа город Рыбинск с № 117 по № 125 включительно, разрешения на строительство с № 64 по № 80 включительно, разрешения на ввод объекта в эксплуатацию с № 35 по № 43 включительно, изданные в период с 9 июля 2007 года по 30 июля 2007 года, в части подписания их главой городского округа город Рыбинск».

Предельно ясно должны быть сформулированы и положения о моменте, с которого акт признается утратившим силу.

Постановление главы городского округа г. Рыбинск от 18 марта 2009 года № 706 «Об отмене действия постановления главы городского округа город Рыбинск от 22 июля 2008 года № 1855 «О внесении изменений в постановление главы городского округа город Рыбинск от 5 ноября 2006 года

¹ См.: Коммунар. — 1998. — 24 марта.

² См., например: Правовое обеспечение местного самоуправления. Сфера ведения представительного органа муниципального образования: Учебное пособие для преподавателя / Под общ. ред. М.А. Якутовой. — М., 2007. — С. 627.

³ См.: Угличанин. — 2010. — 16 июня.

⁴ См.: СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Угличская газета. — 2000. — 8 декабря.

⁶ См.: СПС «КонсультантПлюс».

№ 822»¹ содержит следующее положение: «Отменить действие постановления главы городского округа город Рыбинск от 22 июля 2008 года № 1855 «О внесении изменений в постановление главы городского округа город Рыбинск от 15 ноября 2006 года № 822» с момента вступления в силу». Не ясно, какой момент имеется в виду — момент вступления в силу отменяющего или отменяемого акта?

5. Если отменяется правовой акт, в который ранее законодателем вносились изменения и дополнения, следует признавать утратившими силу (указывать отдельными позициями в решении об отмене) также все акты о внесении изменений и дополнений в исходную редакцию. Данная отмена в литературе называется многоступенчатой².

Рассматриваемое правило было нарушено при издании решения Земского собрания Даниловского муниципального района от 4 мая 2007 года № 249 «Об отмене решения Земского собрания Даниловского муниципального округа от 14 августа 2003 года № 157 «О правилах благоустройства и озеленения города Данилова и сельских населенных пунктов Даниловского муниципального округа»³.

Отменяемое решение действовало в редакции от 16 декабря 2004 года.

Впоследствии пришлось вносить изменения в решение от 4 мая 2007 года, включив в его текст указание на признание утратившим силу также решения от 16 декабря 2004 года № 42 «О внесении дополнений в решение Земского собрания Даниловского муниципального округа от 14 августа 2003 года № 157 «О правилах благоустройства и озеленения города Данилова и сельских населенных пунктов Даниловского муниципального округа»⁴.

В указанных целях было издано решение от 6 августа 2007 года № 262 «О внесении изменения в решение Земского собрания от 08.05.2007 г. № 249 «О признании утратившим силу решения Земского собрания от 14 августа 2003 года № 157 «О правилах благоустройства и озеленения города Данилова и сельских населенных пунктов Даниловского муниципального округа»⁵. При этом было искажено наименование и дата принятия решения № 249.

Аналогичное правило должно соблюдаться при признании утратившими силу тех или иных структурных единиц муниципального правового акта. Отдельными позициями следует указывать как саму структурную единицу, так и все нормативные правовые акты, которыми в текст данной структурной единицы ранее вносились изменения⁶.

6. Органами местного самоуправления весьма часто отменяются правовые акты, которыми те или иные нормы либо решения в целом признавались утратившими силу. Например, решение муниципального Совета городского округа г. Рыбинск от 1 марта 2007 года № 126 «Об отмене решения муниципального Совета городского округа город Рыбинск от 1 февраля 2007 года № 121 «О ликвидации департамента по социальной защите населения администрации городского округа город Рыбинск»⁷.

Иллюстрацией может служить также решение муниципалитета г. Ярославля от 19 ноября 2008 года № 17 «О внесении изменения в решение муниципалитета г. Ярославля от 7 ноября 2005 года № 146 и об отмене отдельного положения решения муниципалитета г. Ярославля от 9 октября 2008 года № 776»⁸.

Пункт 2 решения гласит: «**Отменить** абзац второй подпункта «б» пункта 1 решения муниципалитета г. Ярославля от 9 октября 2008 года № 776 «О внесении изменений в решение муниципалитета г. Ярославля от 7 ноября 2005 года № 146 «О земельном налоге».

Содержание указанного абзаца следующее: «абзацы 3, 8, 9, 11, 13 подпункта 3.1 решения муниципалитета г. Ярославля от 7 ноября 2005 года № 146 «О земельном налоге» **признать утратившими силу**»⁹. Возникает некоторая неопределенность: восстанавливается или нет действие утративших силу норм? Отечественное право не содержит специальных предписаний на данный счет.

Аналогичная ситуация имеет место, когда отменяются решения о внесении изменений в другие нормативные правовые акты. Так, решением Переславль-Залесской городской думы от 24 марта 2011 года № 23 «Об отмене решений Переславль-Залесской городской Думы»¹⁰ было постановлено отме-

¹ См.: Рыбинские известия. — 2009. — 20 марта.

² См.: Луконькина О.В. Формы отмены правовых актов (на примере кодифицированных актов) // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции (Н. Новгород, 25—26 сентября 2008 г.) / Под ред. В.М. Баранова, Д.Г. Краснова. — Н. Новгород, 2009. — С. 590.

³ См.: Северянка. — 2007. — 21 июня.

⁴ См.: СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Северянка. — 2007. — 16 августа.

⁶ См.: Правовое обеспечение местного самоуправления. Сфера ведения представительного органа муниципального образования: Учебное пособие для преподавателя / Под общ. ред. М.А. Якутовой. — М., 2007. — С. 627.

⁷ См.: Рыбинские известия. — 2007. — 5 марта.

⁸ См.: Городские новости. — 2008. — 29 ноября.

⁹ См.: абзац второй подпункта «б» пункта 1 Решение муниципалитета г. Ярославля от 9 октября 2008 года № 776 «О внесении изменений в решение муниципалитета г. Ярославля от 7 ноября 2005 года № 146 «О земельном налоге» // Городские новости. — 2008. — 18 октября.

¹⁰ См.: Переславская неделя. — 2011. — 13 апреля.

нить решение думы от 24 февраля 2011 года № 13 «О внесении изменений в решение Переславль-Залесской городской Думы от 22 октября 2009 года № 132 «О создании контрольно-счетной палаты города Переславля-Залесского». Без изучения соответствующих нормативных документов не ясно, какова судьба первого решения, в которое вносились изменения, впоследствии признанные утратившими силу.

В практике имеют место ситуации, когда правотворческий орган восстанавливает юридическую силу ранее прекращенного решения. Например, в городском поселении Пречистое Ярославской области решение муниципального Совета поселения от 14 сентября 2007 года № 22 «О земельном налоге» было признано утратившим силу с момента принятия одноименного решения от 16 октября 2008 года № 31. Впоследствии решением от 26 мая 2009 года № 19 «Об отмене решения муниципального Совета городского поселения Пречистое от 16 октября 2008 года № 31 “О земельном налоге”, о внесении изменений в решение муниципального Совета городского поселения Пречистое от 14 сентября 2007 года № 22 «О земельном налоге»¹ было постановлено считать действующим на территории поселения решение муниципального Совета от 14 июля 2007 года № 22 «О земельном налоге» (с изм. и доп.).

В работах, посвященных проблематике регионального законотворчества, предлагается закрепить в каждом законе «О правовых актах субъекта РФ» следующее правило: «При прекращении действия закона, в котором устанавливается утрата юридической силы другого, более раннего закона, юридическая сила ранее прекращенного закона не восстанавливается, если иное не установлено в самом законе. Указанное правило равно применяется в отношении структурной единицы закона»².

Представляется, что включение аналогичной нормы в законодательство о местном самоуправлении (за исключением положения о восстановлении юридической силы ранее прекращенного акта) внесло бы ясность в рассматриваемые правоотношения. Что же касается случаев повторного введения в действие муниципального нормативного правового акта, полагаем подобную практику недопустимой.

7. В ряде случаев исследуемые правовые акты издаются без указания, какому закону или нормативному правовому акту не соответствовал отменяемый муниципальный правовой акт, то есть нарушается требование их юридической обоснованности. Нередки также ситуации, когда органы местного самоуправления ограничиваются в преамбуле ссылками общего характера — на Федеральный закон от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 131)³ и (или) устав муниципального образования.

Так, решение думы Ростовского муниципального района от 11 августа 2011 года № 87 «Об отмене решения Думы Ростовского муниципального района от 13 декабря 2010 года № 142 «Об утверждении Положения о мерах социальной поддержки работников муниципальных учреждений здравоохранения Ростовского муниципального района»⁴ было издано «в целях приведения муниципальных правовых актов Ростовского муниципального района в соответствие с действующим законодательством, на основании части 4 статьи 7 ФЗ № 131, в соответствии с Уставом Ростовского муниципального района».

Как следует из его наименования и содержания, решение лишает мер социальной поддержки работников указанной категории, не предусматривая какого-либо возмещения. Установление данных мер в соответствии со статьей 63 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан» от 22 июля 1993 года № 5487-1 (в ред. от 18 июля 2011 г.)⁵ находится в компетенции органов местного самоуправления.

Органы местного самоуправления должны иметь в виду, что нарушение требования юридической обоснованности правовых актов об отмене ранее изданных решений может привести к признанию таковых недействующими в судебном порядке⁶.

8. Следует избегать тавтологии при формулировании положений актов об отмене.

Приведем примеры некорректного изложения соответствующих норм.

Постановление главы городского округа г. Рыбинск от 20 января 2009 года № 78 «Об отмене постановления от 24.12.2008 г. № 3392 «О взимании платы с населения за отопление жилых помещений»⁷ гласит: «Признать не действующим со дня принятия, отменить (курсив наш. — **Н.В.**) постановление главы городского округа город Рыбинск от 24 декабря 2008 года № 3392 «О взимании платы с населения за отопление жилых помещений».

¹ См.: Призыв. — 2009. — 17 июня.

² См., например: *Карташов В.Н.* Законодательная технология субъектов Российской Федерации / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. — Ярославль, 2010. — С. 131.

³ Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

⁴ См.: Ростовский вестник. — 2011. — 16 августа.

⁵ См.: СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См. подробнее: *Шугрина Е.С.* Судебная защита местного самоуправления. — М., 2010. — С. 231.

⁷ См.: СПС «КонсультантПлюс».

Постановление главы Некрасовского муниципального района от 9 апреля 2008 года № 6 «Об отмене постановления главы Некрасовского муниципального района от 12 марта 2008 года № 170» по сути, дважды отменяет действие одних и тех же правил:

«1. Постановление главы Некрасовского муниципального района от 12 марта 2008 года № 170 «Об утверждении Правил сбора, утилизации и уничтожения биологических отходов на территории Некрасовского муниципального района» *отменить*.

2. Правила сбора, утилизации и уничтожения биологических отходов на территории Некрасовского муниципального района, утвержденные постановлением главы Некрасовского муниципального района от 12 марта 2008 года № 170, *признать утратившими силу* (курсив наш. — **Н.В.**)»¹.

9. Необходимо помнить, что правовые акты об отмене изданных ранее решений и постановлений, устанавливающих правила поведения на территории муниципального образования, являются по своей природе нормативными правовыми актами. Это означает, что при их издании должны соблюдаться правила принятия и вступления в силу последних.

Согласно статье 47 ФЗ № 131 муниципальные правовые акты вступают в силу в порядке, установленном уставом муниципального образования, за исключением нормативных правовых актов представительных органов местного самоуправления о налогах и сборах, которые вступают в силу в соответствии с Налоговым кодексом РФ. Муниципальные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, вступают в силу после их официального опубликования (обнародования). Ранее аналогичные положения содержались в статье 19 Федерального закона от 28 августа 1995 года № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»².

В решении Переславль-Залесской городской думы от 27 июля 2000 года № 40 «Об отмене решения городской Думы второго созыва № 34 от 26.05.1999 г. «Об утверждении правил муниципальной платной парковки в г. Переславле-Залесском»³ указано, что оно вступает в силу с даты его принятия.

В текст решения думы Угличского муниципального округа от 28 декабря 2001 года № 90 «Об отмене решений Думы Угличского муниципального округа», в числе которых решение от 2 июня 1999 года № 87 «О предоставлении налоговых льгот отдельной категории плательщиков», было включено положение, не соответствующее с нормами Налогового кодекса РФ: «Настоящее решение вступает в силу с 1 января 2002 года». Решение было опубликовано в Угличской газете лишь 18 января 2002 года.

Здесь следует пояснить, что Налоговый кодекс РФ допускает придание обратной силы некоторым актам законодательства о налогах и сборах, однако, это не влияет на момент вступления в силу соответствующего нормативного документа (таковой не может наступить ранее даты его официального опубликования).

10. Изучение положений муниципальных правовых актов об отмене решений и постановлений органов местного самоуправления показывает, что в большинстве случаев такие признаются недействующими с момента вступления в силу отменяющего акта.

В случае если принимается решение об отмене муниципального правового акта с момента, когда отменяемый акт вступил в силу, следует определить правовые последствия такого решения. Признавая недействующим акт об установлении каких-либо платежей (например, арендной платы) необходимо прописать, какова судьба возникших на его основе правоотношений (предусмотреть необходимость приведения положений ранее заключенных договоров аренды в соответствие с изменившимся законодательством).

Имеют место также ситуации, когда отменяющий акт содержит указание на дату, с которой признается утратившим силу отменяемый акт, причем эта дата наступила еще до издания отменяющего документа, то есть положениям последнего придается обратная сила. Так, пункт 1 постановления администрации городского округа г. Рыбинск от 7 апреля 2010 года № 930 «Об отмене постановления № 4725 от 31 декабря 2009 года «О внесении изменений в постановления главы городского округа город Рыбинск»⁴ гласит: «Отменить, признать недействующим с 20 марта 2010 года постановление администрации городского округа город Рыбинск от 31 декабря 2009 года № 4725 «О внесении изменений в постановления главы городского округа город Рыбинск».

Постановлением администрации Тутаевского муниципального района от 19 марта 2010 года № 66 (в ред. от 2 августа 2010 г.) «Об утверждении расчета размера платы граждан в Тутаевском муниципальном районе за услуги отопления, горячего водоснабжения, водоснабжения и водоотведения на 2010 год и отмене постановления главы Тутаевского муниципального района от 26 ноября 2009 года

¹ См., например: Постановление главы Некрасовского муниципального района от 9 апреля 2008 года № 6 «Об отмене постановления главы Некрасовского муниципального района от 12 марта 2008 года № 170» // Районные будни. — 2008. — 16 апреля.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 35. — Ст. 3506.

³ См.: Переславская неделя. — 2000. — 16 августа.

⁴ См.: СПС «КонсультантПлюс».

№ 514 «О стоимости коммунальных услуг для населения Тутаевского муниципального района»¹ постановление главы Тутаевского муниципального района от 26 ноября 2009 года № 514 «О стоимости коммунальных услуг для населения Тутаевского муниципального района» признано утратившим силу с 1 января 2010 года.

Необходимо иметь в виду, что федеральное законодательство не всегда допускает придание актам обратной силы. Кроме того, подобное правотворческое решение должно предусматривать, какова судьба правоотношений, возникших в период времени, на который распространяется его обратная сила.

Завершая рассмотрение типичных дефектов практики отмены муниципальных правовых актов, сформулируем рекомендации органам местного самоуправления в исследуемой области.

1. Следует просчитывать последствия отмены правового акта (социальные, политические, юридические и иные). Прекращение действия муниципального правового акта не должно влечь образования правового пробела, поэтому принятие решения об отмене акта следует по возможности сопроводить изданием нового нормативного правового документа.

2. В случае отмены муниципального нормативного правового акта (например, решения представительного органа муниципального образования), на основании и во исполнение которого изданы иные нормативные правовые акты (чаще всего — постановления местной администрации), необходимо позаботиться о состоянии правового массива муниципального образования и дать рекомендации соответствующим субъектам по отмене данных документов. Аналогичным образом следует действовать, если признаются утратившими силу отдельные положения нормативного правового акта.

Самостоятельно удалять из правовой системы акты, изданные иным субъектом правотворчества, представительный орган муниципального образования не вправе. Однако включение в текст решения формулировки «Рекомендовать главе муниципального образования (главе местной администрации) привести принятые правовые акты местной администрации в соответствии с настоящим решением» вполне целесообразно.

Правовые основания контрольной деятельности вытекают из закона. Контроль за исполнением органами и должностными лицами местного самоуправления полномочий по решению вопросов местного значения согласно пункту 9 части 10 статьи 35 ФЗ № 131 находится в исключительной компетенции представительного органа муниципального образования. Часть 3 статьи 78 ФЗ № 131 определяет, что органы и должностные лица местного самоуправления, наделенные в соответствии с уставом муниципального образования контрольными функциями, осуществляют контроль за соответствием деятельности органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления уставу муниципального образования и принятым в соответствии с ним нормативным правовым актам представительного органа.

Известно, что правовое регулирование должно осуществляться в системном виде. Это требование распространяется не только на случаи принятия нормативных правовых актов, но и на ситуации их отмены. Не случайно отмена актов в литературе рассматривается как один из инструментов их систематизации.

3. Весьма актуальным представляется осуществление мониторинга правового массива муниципального образования. Интенсивная деятельность по принятию новых правовых актов должна сопровождаться активной работой по выявлению неэффективных, неработающих, диссонирующих и т. п. компонентов правового регулирования. В противном случае правотворческая деятельность муниципального уровня будет по-прежнему отличаться неполнотой, «односторонностью», логической незавершенностью.

Важно своевременно выверять не соответствующие законодательству муниципальные нормативные правовые акты, корректировать их содержание либо отменять акт с принятием взамен утратившего силу нового нормативного документа. Признание акта утратившим силу на основании решения суда ведет к образованию пробела в правовой системе муниципального образования.

Помимо общего, следует осуществлять мониторинг применительно к конкретному случаю издания нового нормативного документа с тем, чтобы выявить, какие правовые акты потребуется отменить (изменить, дополнить) в связи с его принятием.

4. Необходимо осуществлять учет и длительное хранение не только действующих, но и утративших юридическую силу нормативных правовых актов.

¹ См.: Берега. — 2010. — 30 марта.

В.В. Васильев

Васильев Вячеслав Вениаминович — старший преподаватель кафедры административной деятельности органов внутренних дел Нижегородской академии МВД России

Проблемы правовой регламентации задержания как меры государственного принуждения, осуществляемой сотрудниками полиции

Вопрос применения сотрудниками органов внутренних дел (милиции) мер государственного принуждения всегда оставался одним из наиболее болезненных как для общества, так и собственно для правоприменителей. При проведении всероссийского интернет-обсуждения законопроекта «О полиции» предлагаемая к введению глава 4 «Применение полицией отдельных мер государственного принуждения» вызвала бурное обсуждение как интернет-пользователей, так и научного и правоприменительного сообщества.

Вступивший в силу с 1 марта 2011 года Федеральный закон «О полиции»¹ в числе мер государственного принуждения впервые на законодательном уровне в статье 14 регламентировал такую меру как «задержание».

Одной из проблем правовой регламентации задержания, осуществляемого сотрудниками полиции является отсутствие законодательного определения данного правового явления, законодательной дефиниции. Более того, Закон не дает ссылок на имеющиеся дефиниции «административное задержание» в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях, «задержание подозреваемого» в Уголовно-процессуальном кодексе РФ.

Следующей проблемой, на которую необходимо обратить внимание, является выполнение российским законодателем поставленной перед ним задачи по максимальной кодификации «полицейского» законодательства. Задача предполагала объединение разрозненных по различным нормативно-правовым актам норм, регулирующих права, обязанности и полномочия сотрудников полиции в едином законе, отказ от бланкетных и ссылочных норм. Можно констатировать, что парламентарий справился с данной задачей лишь частично. Часть 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции» действительно содержит исчерпывающий перечень лиц, в отношении которых сотрудники полиции правомочны осуществлять такую меру государственного принуждения как задержание. Вместе с тем, окончательно отойти от ссылочности и бланкетности норм законодатель так и не смог. В частности:

— пункт 1 части 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции» отсылает правоприменителя к нормам уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации в части оснований, порядка и сроков задержания в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступления, а также лиц, в отношении которых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу;

— пункт 5 части 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции» — к нормам законодательства об административных правонарушениях в части оснований, порядка и сроков задержания лиц, в отношении которых ведется производство по делам об административных правонарушениях;

— пункт 8 части 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции» — к нормам уголовно-исполнительного законодательства Российской Федерации в части оснований, порядка и сроков задержания лиц, уклоняющихся от следования в специализированные лечебные учреждения для исполнения назначенных им судом принудительных мер медицинского характера;

— пункт 9 части 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции» — к нормам Федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении» в части оснований, порядка и сроков задержания лиц, допустивших нарушение правил комендантского часа;

— пункт 13 части 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции» — к нормам уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации или международного договора Российской Федерации в части оснований, порядка и сроков задержания лиц, в отношении которых поступило требование о выдаче.

Можно только приветствовать законодательно определенное право задержанного лица в кратчайший срок, не позднее трех часов с момента его задержания на один телефонный звонок для уведомления о своем задержании и месте нахождения. Парламентарий очертил круг лиц, которым может быть совершен подобного рода звонок. Вместе с тем, законодательная конструкция части 7 статьи 14 Федерального закона «О полиции» ставит перед правоприменителем ряд проблем:

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

— если категория предусмотренных Законом «близких родственников» достаточно определена (родители, дети, супруги и пр.), то предложенная законодателем группа «близких лиц» может быть расширена до бесконечности, включая соучастников преступления;

— не определена максимальная продолжительность телефонного звонка. Уголовно-исполнительное законодательство Российской Федерации содержит норму, ограничивающую продолжительность телефонных переговоров (15 минут — ч. 1 ст. 92 УИК РФ). В связи с этим возможны жалобы на злоупотребление должностными полномочиями сотрудником полиции, прервавшим пространный телефонный звонок задержанного лица;

— закрепляя возможность уведомления родственников и близких задержанного лица по его просьбе сотрудником полиции, законодатель не определил порядок фиксации такой просьбы в письменном виде либо с использованием средств видеофиксации. Отсутствие такого закрепления может также повлечь жалобы задержанных на непредоставление им права на телефонный звонок.

Еще одной проблемой правовой регламентации задержания как меры государственного принуждения, осуществляемого сотрудниками полиции, по мнению автора, является требование Закона о составлении протокола задержания лица. Сложность состоит в том, что если порядок уголовно-процессуальной и административно-процессуальной фиксации факта задержания достаточно давно тщательно разработан, то порядок протоколирования задержания лиц, предпринявших попытку самоубийства либо имеющих признаки выраженного психического расстройства и создающих своими действиями опасность для себя и окружающих фактически отсутствует.

Можно надеяться, что министерство внутренних дел в рамках правотворческой деятельности активизирует принятие подзаконных нормативных правовых актов в данной сфере.

В заключение хотелось бы отметить, что, по мнению автора, все означенные проблемы носят, в основном, технический характер и их острота в значительной мере будет снижена либо полностью нивелирована с учетом правоприменительной практики сотрудников полиции.

Е.С. Вершинина

Вершинина Екатерина Сергеевна — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры управления Нижегородской академии МВД России

Техника подготовки и оформления регламентов как особой разновидности правотворческих актов

Одним из этапов жизненного цикла правового регламента, требующих глубокого научного осмысления, выступает его подготовка.

На этом этапе для обеспечения качества правового регламента особое внимание должно уделяться используемым технико-юридическим приемам изложения регламентов в правовых документах.

В философском понимании качество объекта — это его существенная определенность, видовое отличие, то, что делает этот объект именно таким, а не другим. «Качество — это целостная характеристика функционального единства существенных свойств объекта, его внутренней и внешней определенности, относительной устойчивости, его отличия, а также сходства с другими объектами»¹.

Знание того, какими свойствами, определяющими качество, должен обладать правовой регламент, представляет возможным смоделировать некий образец (идеал), на достижение которого и должна быть направлена деятельность по подготовке и оформлению регламентов.

В юридической науке в отношении свойств, присущих нормативно-правовым актам, высказывались различные мнения.

Так, С.В. Поленина выделяет три группы характеристик: социальные, политические и юридические². К социальным она относит степень адекватности отражения в законе происходящих в обществе процессов и точность проецирования этих процессов на будущее. Политической характеристикой выступает степень соответствия выбранных законодателем вариантов регламентации определенной области общественных отношений и общей направленности развития правовой системы требованиям законодательной политики и задачам общественного развития на ту или иную перспективу. Правовой аспект качества законов С.В. Поленина рассматривает с точки зрения рациональности внутренней организации отдельных законодательных актов, правовых институтов, подотраслей и отраслей законодательства и системы законодательства в целом. Примерами соответствующих недостатков законов в данном случае служат нормативные предписания, не содержащие регламентации отношений между субъектами, отсутствие какого-либо структурного элемента юридической нормы, некорректные отсылки, включение в нормативные правовые акты правил и положений, имеющих чисто нравственную природу, неточности в изложении правовых норм, противоречия между действующими нормами, нелогичность, непоследовательность актов.

С.В. Бахвалов считает, что качество закона складывается из двух главных критериев, направленных на осуществление прогностической и превентивной функций (предупреждения возможных дефектов закона еще на этапе проектирования). Во-первых, закон должен обладать минимально необходимым набором реквизитов, которые позволяют идентифицировать его в правовом массиве. Во-вторых, в качественном законе должна строго соблюдаться структура и порядок изложения нормативного материала³.

На наш взгляд, наибольший интерес с точки зрения выработки подхода к выявлению свойств, определяющих качество нормативного правового акта, представляют положения, высказанные Е.В. Сырых⁴. В первую очередь заслуживает одобрения мысль о том, что «качество закона является важнейшей частью именно закона, а не лежащих вне его явлений»⁵. Следовательно, имеет смысл говорить о технико-юридических свойствах нормативного правового акта как свойствах, определяющих его качество. Мерой измерения качества при таком подходе выступают технико-юридические критерии качества, одни из которых относятся к форме акта, тогда как другие — к его содержанию.

Правовой регламент является нормативным правовым актом, а, следовательно, должен обладать всеми признаками, его характеризующими. Критериями качества правового регламента как формы

¹ Спиркин А.Г. Философия: Учебник. — М., 1999. — С. 327.

² См.: Поленина С.В. Качество закона и эффективность законодательства. — М., 1993.

³ См.: Бахвалов С.В. Законодательная технология (некоторые проблемы теории и методологии): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2006. — С. 18—19.

⁴ См.: Сырых Е.В. Техничко-юридический критерий качества закона // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 162—179.

⁵ Там же. — С. 164.

выражения норм права будут все признаки нормативного правового акта, а именно: документальность, официальность, регламентированность порядка принятия, определенность формы и субъектов правотворчества, нормативность содержания.

Что касается технико-юридических критериев качества содержания правового регламента, то следует, придерживаясь предложенной Е.В. Сырых классификации критериев качества закона как регулятора общественных отношений, свести их в три группы: собственно-юридические, языковые, логические. К первой следует отнести нормативность, общеобязательность, преобладание процессуальных норм над материальными, полноту, конкретность. Ко второй — простоту, краткость, ясность, точность, наглядность. К третьей — определенность, последовательность, непротиворечивость.

Полагаем, что нет необходимости в рассмотрении всех технико-юридических критериев качества правового регламента как регулятора. Целесообразным представляется рассмотрение лишь тех из них, которые выступают специфическими либо, будучи общими, отличаются повышенной, или, наоборот, более низкой интенсивностью по сравнению с иными нормативными правовыми актами.

Итак, рассмотрим лишь некоторые критерии качества правового регламента и соответствующие им приемы юридической техники, в том числе нетрадиционные, не характерные для большинства юридических документов, с помощью которых данные критерии достигаются.

Первый критерий, который следует рассмотреть, — приоритет процессуальных норм над материальными. Данный критерий относится к категории собственно-юридических и является специфическим критерием качества правового регламента. Основной задачей правового регламента является упорядочение юридической деятельности путем придания ей строго определенной процедурно-процессуальной формы. Такое возможно лишь посредством процессуальных норм, которые в регламенте должны занимать основное место.

Следующий собственно-юридический критерий качества правового регламента — полнота. Технико-юридический критерий полноты регулирования предполагает, что регламент содержит нормы, затрагивающие все стороны юридического процесса.

Технико-юридический критерий конкретности, будучи общим для нормативных правовых актов, в правовых регламентах проявляет значительную интенсивность. Положения правовых регламентов должны быть максимально точными. Отсутствие конкретизации может иметь негативные последствия, когда субъект юридической деятельности начинает действовать по своему усмотрению, по своему произволу.

Такие языковые критерии качества нормативных правовых актов, как простота, краткость, ясность, точность, являются общими и проявляют себя в правовых регламентах с различной степенью интенсивности.

Чтобы обеспечить краткость текста правового регламента, при достаточно большом объеме нормативного материала следует прибегать к нетрадиционным способам его изложения (таблицам, формулам).

В словаре Д.Н. Ушакова дается следующее определение понятия «таблица». Таблица (от лат. *tabula* — доска) — перечень чего-нибудь или сведения о чем-нибудь, расположенные в известном порядке по графам¹.

Табличная форма выражения нормативных предписаний нередко используется для закрепления технико-юридических норм, которыми изобилуют технические регламенты.

Так, в Техническом регламенте о требованиях пожарной безопасности² содержится тридцать различных таблиц, а в Техническом регламенте о безопасности колесных транспортных средств (утвержден постановлением Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2009 года № 720)³ их насчитывается более восьми десятков.

По мнению Ю.В. Блохина, «в основе причин возникновения и быстрого распространения в праве табличных и перечневых построений лежит тенденция повышения степени точности, однозначности юридических правил. Это в свою очередь приводит к резкому увеличению числа тематически однородных предписаний, то есть предписаний, посвященных регулированию различных аспектов какого-либо одного объекта правовой регламентации. Общность предметной адресации, субъектного состава и целевого назначения предполагает наличие в содержании данных предписаний однотипных, одинаковых признаков. Обращение же к табличной и перечневой технике позволяет избежать повторения указанных признаков и обеспечивает сжатое, компактное изложение тематически однородных предписаний»⁴.

Следующей нетрадиционной формой выражения нормативного предписания выступает формула. Формула (от лат. *formula*) — форма, правило, предписание (математическая), комбинация математи-

¹ См.: Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д.Н. Ушакова. — М., 1996. — С. 633.

² Российская газета. — 2008. — 1 августа.

³ Российская газета. — 2009. — 23 сентября.

⁴ Блохин Ю.В. Критерии ограничения нормативно-правовых предписаний от ненормативных в советском праве (на примере нетипичных предписаний): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1991. — С. 15—16.

ческих знаков, выражающая какое-либо предложение; например, суть формулы: с ее помощью довольно сложные предложения могут быть записаны в компактной и удобной форме¹.

Как правило, формулы используются для определения величин тех или иных показателей, к которым законодательно устанавливаются общие требования. Это можно продемонстрировать, используя пример из технического регламента. Так, характеристикой постоянного шума на рабочих местах операторов строительного-дорожного и других аналогичных машин в соответствии с подпунктом 3.3.2.1 приложения 6 к Техническому регламенту о безопасности колесных транспортных средств являются уровни звукового давления L , определяемые по формуле:

$$L = 20 \lg \frac{p}{p_0}$$

Данное предписание, безусловно, можно было сформулировать и в форме предложения. Однако оно получилось бы громоздким и более сложным для восприятия. К тому же для характеристики переменных величин использование формул куда удобнее и привычнее.

Ясность текста правового регламента также выступает критерием его качества, несмотря на то, что предметом его регулирования порой выступает деятельность, в которой используется своя профессиональная терминология.

Нормативный правовой акт должен быть рассчитан на широкие слои населения. Это утверждение высказывалось еще дореволюционными российскими правоведом. Не потеряло оно свою актуальность и в наши дни. Так, в одном из своих выступлений экс-президент России В.В. Путин обратил внимание российских юристов на то, что федеральные законы должны приниматься в интересах всей страны и всех граждан России, а их содержание и юридический язык — быть ясными и доступными для всех. Только тогда можно ожидать от граждан их неуклонного исполнения и уважения к праву и закону².

Даже применительно к техническому регламенту следует руководствоваться данным критерием. Как пишет А.В. Калмыкова, несмотря на то, что технический регламент должен устанавливать обязательные требования по безопасности к объектам технического регулирования, распространение его действия на широкий круг субъектов (производителей продукции, ее потребителей, персонал предприятий, должностных лиц органов государственной власти и т. д.) требует, чтобы он соответствовал критериям ясности при формулировании юридических предписаний и доступности понимания не только для специалистов данной области, но и иных заинтересованных лиц³.

Учитывая то, что в современных условиях обойтись без использования специальных терминов полностью не удастся, необходимо руководствоваться следующими правилами: 1) каждое употребление специального термина должно быть оправдано и подкреплено невозможностью его замены иным более доступным для понимания термином; 2) использование малоизвестного специального термина должно сопровождаться его официальной расшифровкой.

Особым технико-юридическим критерием качества правового регламента выступает наглядность. Положения правового регламента, которые для обеспечения более свободного и быстрого уяснения могут быть полностью или частично преобразованы в форму схем (блок-схем), рисунков и изображений, должны в обязательном порядке сопровождаться таковыми.

«Схема, -ы, ж. 1. Чертеж, изображающий устройство, взаимоотношение частей чего-н... 2. Изложение, описание, изображение чего-нибудь в главных чертах»⁴.

В правовых регламентах схемы используются во втором из указанных значений, чаще всего в виде изображений, реже в виде описания. Первые преимущественно используются в административных регламентах, вторые — в технических.

Так, в технических регламентах схематично описываются процедуры подтверждения соответствия. Например, в пункте 1 статьи 11 Федерального закона от 27 декабря 2009 года № 347-ФЗ «Технический регламент о безопасности низковольтного оборудования»⁵ описаны схемы декларирования соответствия (1 д, 2 д, 3 д, 4 д), а в пункте 1 статьи 12 — схемы обязательной сертификации (1 с, 2 с, 3 с).

В административных регламентах в виде схем изображается, как правило, алгоритм юридической деятельности. Как замечает Н.В. Витрук, посредством закрепленных в законе процессуально-процедурных форм устанавливается известная «алгоритмичность»⁶ юридической деятельности, про-

¹ См.: slovari.yandex.ru/dict/bse

² См.: Труд. — 2005. — 23 декабря.

³ См.: Техническое регулирование: правовые аспекты: Научно-практическое пособие / Калмыкова А.В. [и др.]; Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.Ю. Саламатов. — М., 2010. — С. 107.

⁴ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — 12-е изд., стереотип. — М., 1978. — С. 719.

⁵ Российская газета. — 2009. — 30 декабря.

⁶ См.: Юридическая процессуальная форма. Теория и практика / Н.В. Витрук, В.М. Горшенев, Т.Н. Добровольская, И.А. Иконичкая [и др.]; Под ред. В.М. Горшенева, П.Е. Недбайло. — М., 1976. — С. 107.

цедура и последовательность действий, их содержание и направленность на наиболее полное и точное достижение цели в использовании субъективного права, исполнения материально-позитивной обязанности.

Алгоритм деятельности может описываться словесно, что достаточно громоздко, а может быть изображен в виде блок-схемы.

Блок-схема является общепринятым способом записи алгоритма. Алгоритмом же называется точная инструкция исполнителю в понятной для него форме, определяющая процесс достижения поставленной цели на основе имеющихся исходных данных за конечное число шагов¹. Алгоритмы широко используются в программировании. Но этим их сфера использования не ограничена. Они выступают универсальным средством описания процесса, поэтому их проникновение в правовую материю вполне закономерно.

Алгоритмизации, как правило, подвергается деятельность органов государственной власти (ее исполнительной ветви). Поэтому с алгоритмами и их описанием с помощью блок-схем можно столкнуться в административных регламентах исполнения государственных функций и административных регламентах предоставления государственных услуг. К настоящему времени принято и действует более двухсот административных регламентов, использующих для описания процессов блок-схемную форму.

Так, например, в приложении 3 к Административному регламенту Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития по исполнению государственной функции по регистрации предельных отпускных цен на лекарственные средства (утвержден приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации (Минздравсоцразвития России) от 31 декабря 2006 года № 907²) для описания порядка исполнения административной процедуры «Сбор и анализ сведений о фактических отпускных ценах производителей на лекарственные средства» используется следующая схема:



Как видим, описание алгоритма с помощью блок-схем осуществляется рисованием последовательности геометрических фигур, каждая из которых подразумевает выполнение определенного действия алгоритма. Порядок выполнения действий указывается стрелками.

Такой технико-юридический прием должен находить более широкое применение при разработке регламентов, и не только административных. Преимуществами данного способа изложения нормативного материала является наглядность, простота и экономичность.

В практике использования при подготовке правовых регламентов блок-схем можно заметить и некоторые недостатки. Так, рисование блок-схем не всегда осуществляется единообразно. Следует за-

¹ См.: Алексеев Е.Г. Электронный учебник по информатике // stf.mrsu.ru/economic/lib/Informatics/text/

² Российская газета. — 2007. — 4 апреля.

метить, что данный процесс является стандартизированным и должен осуществляться в строгом соответствии с правилами, изложенными в ГОСТ 10.002-80 ЕСПД и ГОСТ 10.003-80 ЕСПД.

Схемы используются и при фиксации сведений о месте нахождения органа управления. Так, например, в приложении 1 к Административному регламенту Министерства энергетики Российской Федерации по исполнению государственной функции по утверждению нормативов создания запасов топлива на тепловых электростанциях и котельных (утвержден приказом Министерства энергетики РФ от 6 мая 2009 года № 136)¹ помещена схема проезда к месту нахождения центрального аппарата Министерства энергетики Российской Федерации.

В технических регламентах можно встретить использование и таких нетрадиционных средств выражения нормативного предписания, как графическое изображение. Последнее, как правило, используется в тех случаях, когда необходимо сформулировать требование к материальным объектам (их форме, размерам, иным параметрам), определенным процессам. Например, требование к противотуманным фарам в пункте 3.11 Технического регламента о безопасности колесных транспортных средств сформулировано следующим образом: «Противотуманные фары (тип В) должны быть отрегулированы так, чтобы плоскость, содержащая светотеневую границу пучка, была расположена как указано на рисунке 1 в и в таблице 3». Как видим, предписание одновременно выражено в форме предположения, таблицы и рисунка.

Логическими критериями качества правовых регламентов выступают определенность, последовательность, непротиворечивость.

Определенность правового регламента обеспечивается точностью и четкостью закрепления дефиниций понятий, однозначностью используемых понятий, использованием их в общепринятом значении, их универсальностью.

Положения правовых регламентов должны быть непротиворечивыми. Названный критерий выступает общим для всех нормативных правовых актов, но применительно к правовому регламенту он имеет следующую особенность. Так как регламент является актом вторичного нормотворчества, то наряду с отсутствием внутренних противоречий он должен характеризоваться непротиворечивостью по отношению к положениям актов первичных.

Такой технико-юридический критерий качества правового регламента, как последовательность изложения нормативного материала, находится в прямой связи со структурой данного вида нормативных правовых актов.

Логическая структура правового акта и необходимость включения в него тех или иных структурных единиц определяются исходя из формы акта, его объема и содержания. Требования к логической структуре нормативно-правовых актов являются предметом научных исследований в области юридической техники. В некоторых случаях они впоследствии находят свое закрепление в нормативных актах органов государственной власти и выступают в качестве общих требований к тому или иному виду нормативно-правовых актов.

В самом общем виде логическую структуру регламента можно представить состоящей из следующих элементов: реквизиты, общая, основная, заключительная части и приложения.

Реквизиты правового регламента представляют собой элементы, не входящие в его содержательную часть и не содержащие регулятивных положений, предназначенные для отражения юридических свойств и идентификации регламента как нормативного правового акта. Согласно правилам юридической техники реквизиты отражают важнейшие юридические свойства правового акта, связанные с его статусом и принятием. Основное идентифицирующее значение для регламента имеют наименование, дата принятия и номер.

Общая часть правового регламента претворяет его основную часть и имеет в основном направленность вовнутрь правового акта. В правовых регламентах она, как правило, внешне выделена в отдельную главу или раздел. Например, раздел I регламентов внутренней организации федеральных органов исполнительной власти, административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг, регламентов взаимодействия федеральных органов исполнительной власти, технических регламентов имеет наименование «Общие положения».

К общим, как правило, относятся положения, устанавливающие цель и задачи регламента, определяющие предмет правового регулирования, содержащие перечень первичных правовых актов, на основе которых принимается регламент, закрепляющие дефиниции понятий, используемых в регламенте, определяющие правовой статус субъекта юридической деятельности.

Каждый регламент, безусловно, имеет цель, ради достижения которой он принимается, и те задачи, которые на него возлагаются. Однако их обозначение в тексте регламента не всегда имеет место.

Что же касается задач, то, как правило, на них указывается путем перечисления того, что определяется данным регламентом.

¹ Российская газета. — 2009. — 10 июня.

В административных регламентах по предоставлению государственной услуги, как правило, задачи не указываются¹. Отсутствуют они и в множестве других регламентов.

Полагаем, что цель и задачи регламента должны быть обязательным элементом любого регламента и фиксироваться с помощью следующих формул: «Настоящий регламент с целью... устанавливает (определяет)...» либо «Настоящий регламент определяет (устанавливает)... с целью...».

Указание в общих положениях регламента на круг субъектов, в отношении которых действует регламент, характерно в основном для тех из них, которые устанавливают порядок деятельности органов государственной власти и местного самоуправления. При этом может обозначаться не только наименование данного органа, но и его компетенция, место в системе органов власти, организационная структура.

В качестве общих положений регламент может содержать дефиниции используемых в регламенте понятий. Наиболее характерно это для технических регламентов, в которых число определений порой доходит до нескольких десятков и даже сотен. Так, в Техническом регламенте на молоко и молочную продукцию их число составляет 102.

Непременным элементом общей части регламента выступают положения, устанавливающие перечень первичных правовых актов, на основе которых принимается регламент.

Основная часть регламента состоит из положений, которые призваны закрепить процессуальную форму юридической деятельности и устанавливают требования к элементам, ее составляющим. В зависимости от того, один вид юридической деятельности или несколько подвергаются регламентному регулированию, какое число операций она включает, кто выступает субъектом деятельности, основная часть может быть представлена различным числом глав и разделов.

К заключительным положениям нормативного правового акта, как правило, относятся положения: определяющие порядок вступления его в силу, внесения в него изменений и дополнений; признающие утратившими силу ранее принятые акты; обязывающие органы власти привести свои нормативные акты в соответствие с новым актом; регулирующие переходные положения.

Заключительные положения правового регламента, в отличие от общих, реже оформляются в виде самостоятельной структурной единицы правового регламента. Так, мы не обнаружим глав с наименованием «Заключительные положения» в некоторых парламентских регламентах, в административных регламентах, регламентах арбитражных и третейских судов. Более того, при внимательном изучении текста данных регламентов выясняется, что они вообще отсутствуют.

Отсутствие в правовых регламентах заключительных положений имеет как объективные, так и субъективные предпосылки.

Так, отсутствие в большинстве регламентов положений о порядке вступления их в силу и внесения в них изменений и дополнений объясняется подчинением общим правилам, поэтому их включение целесообразно лишь в случае, если имеется особый порядок.

К субъективным предпосылкам отсутствия в регламентах заключительных положений относятся недостатки юридической техники их составления. Например, в отдельных регламентах отсутствие положений об отмене ранее действовавших правовых актов является следствием того, что большинство регламентов утверждается иным правовым актом, и, следовательно, соответствующие положения являются элементами данного акта.

Недостатком, на наш взгляд, выступает и отсутствие расчета требуемых и возможных для реализации регламента ресурсов (материальных, денежных, людских), тогда как такие затраты подчас велики.

Структурной единицей значительного числа регламентов выступают приложения. Приложения играют вспомогательную роль по отношению к тексту нормативного правового акта и либо иллюстрируют его положения, либо дополняют их. Согласно пункту 16 Методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов, в приложения помещаются различного рода перечни, таблицы, графики, тарифы, карты, образцы бланков, документов, схем и т. д. Если к законопроекту имеется несколько приложений, то они нумеруются арабскими цифрами без указания знака №.

В Правилах подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации (утверждены постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 года № 1009)² о приложениях к правовому акту также говорится, что если в нормативном правовом акте приводятся таблицы, графики, карты, схемы, то они, как правило, должны оформляться в виде приложений. Соответствующие пункты акта должны иметь ссылки на эти приложения. В Разъяс-

¹ См., например: Постановление Правительства Нижегородской области от 14 октября 2009 года № 724 «Об утверждении Административного регламента Министерства экологии и природных ресурсов Нижегородской области по предоставлению государственной услуги «Проведение государственной экспертизы проектов освоения лесов, за исключением проектов освоения лесов, расположенных на землях обороны и безопасности, землях особо охраняемых природных территорий» // Нижегородские новости. — 2009. — 23 октября.

² Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 33. — Ст. 3895.

нениях о применении данных Правил (приказ Минюста России от 4 мая 2007 года № 88) данное положение дублируется без последующей конкретизации.

В качестве приложений правовых регламентов могут выступать: формы и образцы документов; значительные по объему перечни и классификации; предписания, выраженные в нетипичной форме (схемы (в том числе и блок-схемы), рисунки, графики, формулы, таблицы); справочные материалы.

Наиболее характерны приложения для таких видов регламентов, как технические регламенты, административные регламенты по исполнению государственных функций.

Так, как ранее нами было рассмотрено, в технических регламентах приложения содержат нормы технического характера, выраженные в виде цифр, таблиц, графиков, схем.

В административных регламентах по исполнению государственных функций приложения содержат, во-первых, формы и образцы документов, составляемых при выполнении государственной функции. Это могут быть документы, составляемые как государственными органами (решения, заключения, письма, акты, лицензии, свидетельства и др.), так и частными лицами (например, заявления). Далее, это — информация об (в форме перечня) органах, осуществляющих выполнение данной функции. Перечни, как правило, содержат информацию о наименовании органов, адресах места нахождения, электронных адресах, телефонах, графиках работы (приема документов), разграничении их компетенции. Например, в приложении 1 к Административному регламенту Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору по исполнению государственной функции по выдаче разрешений на трансграничное перемещение озоноразрушающих веществ и содержащей их продукции (утвержден приказом Минприроды России от 31 октября 2008 года № 292)¹ содержится Перечень органов Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору, которым предоставлено право выдачи заключений о возможности ввоза в Российскую Федерацию и вывоза из Российской Федерации продукции, не содержащей ОРВ, и закрепленных за ними субъектов Российской Федерации.

В-третьих, приложения к данному виду регламентов содержат текстуальные и графические (с помощью схем и блок-схем) описания последовательности и состава административных действий при исполнении административных процедур.

В связи с бурным развитием нормотворческого процесса актуальным представляется унификация структуры регламентов путем дальнейшей работы по нормативному закреплению требований к структуре данного вида нормативных правовых актов и последовательности изложения в них нормативного материала.

Преимущество данного пути заключается в том, что это позволяет добиться, во-первых, экономии времени и средств при подготовке нормативно-правовых актов, а во-вторых, единообразия в правоприменении.

К настоящему времени унификацией охвачены преимущественно административные регламенты. Так, в основу разработки регламента внутренней организации федеральных органов исполнительной власти положен Типовой регламент, утвержденный постановлением Правительства РФ от 28 июля 2005 года № 452 «О Типовом регламенте внутренней организации федеральных органов исполнительной власти». Постановлением Правительства РФ от 19 января 2005 года № 30 утвержден Типовой регламент взаимодействия федеральных органов исполнительной власти. Унифицированные требования к структуре административного регламента исполнения государственных функций установлены в разделе II постановления Правительства РФ от 11 ноября 2005 года № 679 «О порядке разработки и утверждения административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг»². Данные положения применяются и к административным регламентам предоставления услуг в части, не противоречащей положениям статьи 12 Федерального закона об организации предоставления государственных и муниципальных услуг³.

Остро в настоящее время стоит вопрос об унификации структуры и содержания технических регламентов. Как отмечает О.Ю. Еремина, «для обеспечения проведения реформы технического регулирования потребуется не только разработка и принятие технических регламентов, но и принятие нормативных правовых актов, обеспечивающих разработку и принятие технических регламентов, учитывая специфику предмета правового регулирования. Возможны как рекомендательные акты, разъясняющие порядок разработки проектов федеральных законов о технических регламентах, изложение текста технического регламента, построение структуры технического регламента и т. д., так и нормативные акты по вопросам подготовки концепций и технического задания на разработку проектов, рассмотрения технического регламента в Федеральном Собрании РФ, экспертизе технического регламента, внесения в него изменений и т. д.»⁴.

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2009. — № 1.

² Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 47. — Ст. 4933.

³ Российская газета. — 2010. — 30 июля.

⁴ Еремина О.Ю. Новый этап в технико-юридическом регулировании // Журнал российского права. — 2006. — № 2. — С. 160.

Как видим, для унификации требований к структуре и содержанию регламентов в настоящее время используются разнообразные средства. Наибольшее распространение получили методические рекомендации и типовые нормативно-правовые акты. Первые используются в случае, когда субъект нормотворчества не находится в положении подчиненности к разработчику правил унификации, вторые — наоборот. Так, методические рекомендации целесообразно использовать для такого вида регламентов, как технические регламенты. В качестве рекомендательного акта возможна разработка и модельных регламентов. К примеру, в отделе конституционного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ доктором юридических наук В.И. Васильевым был подготовлен Модельный регламент представительного органа местного самоуправления (думы) муниципального образования¹.

На качество регламента способны влиять и иные правовые акты. Речь в первую очередь идет об актах, устанавливающих требования к содержанию и порядку подготовки регламентов. Нормотворческие ошибки при принятии таких актов могут стать причинами крупных дефектов в правовых регламентах, поэтому данные акты должны подвергаться тщательному юридическому анализу.

Так, например, не лишен отдельных недостатков уже упоминавшийся Федеральный закон об организации предоставления государственных и муниципальных услуг, в частности, положения пункта 4 статьи 2, глава 3, статья 29, содержащие дефиницию административного регламента, требования к его структуре, правила разработки проектов этого рода документов. В структуру административного регламента законодатель обоснованно включает раздел «Общие положения», но не дает описания, что он должен включать. Именно поэтому многие административные регламенты не содержат преамбул, законодательные дефиниции размещают в различных местах акта, основные принципы к общим положениям не относят. Вряд ли оправдано и то, что восемь из пятнадцати пунктов статьи 13 «Общие требования к разработке проектов административных регламентов» Закона посвящены детальному описанию порядка их независимой экспертизы. В силу этого обстоятельства оказались упущенными иные требования к разработке проектов административных регламентов.

Правовой регламент, который не соответствует вышеперечисленным критериям качества, следует считать дефектным. Дефектные регламенты не в состоянии в полной мере выполнять поставленные перед ними задачи и являются неэффективными либо малоэффективными.

Измерение качества регламента следует осуществлять на всех стадиях жизненного цикла, как при проектировании, так и в процессе внедрения и последующей реализации. Однако, эффективнее и целесообразнее, на наш взгляд, наибольшее внимание этому процессу следует уделять именно на этапе подготовки правового регламента.

¹ См.: *Васильев В.И.* Модельный регламент представительного органа местного самоуправления (думы) муниципального образования // Журнал российского права. — 2000. — № 10. — С. 72—93.

Н.А. Власенко

Власенко Николай Александрович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий отделом теории законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

Разумность, право, правотворчество

Разумность и право имеют самые различные формы связи. Главным является то, что право есть продукт разума человека (должное в разумном порядке вещей). В связи с этим, разумность — это и ключ к правопониманию, и универсальный принцип права, его системы, и начало правосудия и важнейшая для многих отраслей права презумпция разумения и неразумения и др. Наша цель — показать связь разумности и права, выделяя при этом ключевой момент этой связи — правотворчество. Философия определяет разум как способ мышления, для которого характерно установление универсальной связи вещей, их сущностей¹. Рассудок такой способностью, по мнению философов, не обладает — он лишь связывает суждения и понятия в процессе умозаключения. Разум и рассудок — философские категории, с помощью которых определяются уровни мыслительной деятельности человека. «Различие рассудка и разума как двух способностей души» намечается уже в античной философии: если рассудок как способность рассуждения познает все относительное, земное и конечное, то разум, сущность которого состоит в целеполагании, открывает абсолютное, божественное и бесконечное². В дополнение к сказанному заметим, что философы характеризуют способность разума «схватывать» единство противоположностей, которые рассудок разводит в стороны³.

Все это позволяет сделать следующий вывод: философские категории «рассудок» и «разум» тесно взаимосвязаны. Производные от них — «рассудительный» и «разумный» также взаимоопределены и связаны. И это важно для понимания категории «разумность» в правовом регулировании. В своих рассуждениях человек в большей мере использует категорию «рассудок», как востребованную и связанную с его мыслительной деятельностью и проявляющуюся в суждениях, оперировании понятиями и др. В случаях, когда говорят «рассудительный», речь идет о способности человека делать правильные, вытекающие из соответствующих посылок умозаключения и оперировать понятиями. Итак, разум — категория более широкая и более объемная, где рассудочное мышление является лишь необходимым условием установления универсальных связей вещей, их сущности, целеполагания и единства противоположностей.

Разумность, как разновидность философских начал, предполагает наличие ее и в правовой действительности. Речь идет как о правотворчестве, так и правореализации. Право и его нормы являются продуктом разумной деятельности человека, призванный вкупе с биологическими и социальными факторами воспроизводить самого себя. Разумность есть условие «выстраивания» в систему определенных мыслительных операций как в правотворчестве, так правоприменении. Кроме того, в процессе правотворчества, и в применении юридических норм в случаях использования института усмотрения невозможно вне установления связи предмета (например, интерес, срок, действие и др.) с ситуативными явлениями и объектами. Это важно для универсальности и схождения связей в реальной действительности. Подчеркнем, идея разумности, издавна проповедуемая западной философией (И. Кант, Бруно, Фихте и др.), признается основой функционирования правовых семей, в том числе континентальной.

Как очевидно, разумность и право — тесно взаимосвязанные явления. Право с позиции естественно-правового подхода понимается как феномен разума, обусловленный природой вещей. В определенном смысле между разумом и правом можно поставить знак равенства. Право представляет собой феномен разума, выражающий объективные ценности и требования человеческого бытия и является безусловным источником и абсолютным критерием всех человеческих установлений.

Заметное влияние на связь разума с правом оказало учение Канта, разделявшего «чистое учение о праве» и эмпирическое учение о позитивном праве. «Чистое» рациональное право — это система априорных максим (велений, долженствований), вытекающих из требований разума. Эти максимы выступают как категорические императивы, то есть требования должного. Правовой императив гласит

¹ Кондаков И.И. Логический словарь-справочник. — М., 1976. — С. 510.

² Философский энциклопедический словарь / Под ред. А.М. Прохорова. — М., 1983. — С. 567.

³ Кондаков И.И. Логический словарь-справочник. — М., 1976. — С. 567.

«Поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом»¹.

Гегель считал, что только философия права является подлинной наукой о праве. Право, по его мнению, — это действительность свободы, «наличное бытие свободной воли», постижение основ которого возможно лишь с помощью правильного мышления, философского познания права. «В праве, — отмечает философ, — человек должен найти свой разум, должен, следовательно, рассматривать разумность права, и этим занимается наша наука в отличие от позитивной юриспруденции...»². Такой подход обусловлен представлениями Гегеля о тождестве бытия и мышления.

Определенное внимание категории разума уделялось в отечественной философии. Так, Герцен в «Письмах об изучении природы» писал о разуме как власти в бесконечных пространствах холода и пустоты³. Метким сравнением Герцен подчеркивал природу разума, ее некую субстанциональность, отдаленность самого бытия от человека. С этих позиций строились и рассуждения философа о природе права, ее истоках. В этой связи Герцен высоко оценивает учение Гегеля о праве. «Области отвлеченного права расширяются, сжимаются миром нравственности, — отмечает Герцен, — посредством норм, правом, просветленным для себя. Но Гегель этим не оканчивает, а устремляется с высоты идеи права в поток всемирной истории, в океан истории»⁴.

Таким образом, о связи разумности и права классическая философия рассуждает, по крайней мере, в двух аспектах: с точки зрения природы происхождения и системы «впитанных», адаптированных в нем, собственных «живых» начал, категорий и понятий.

Понятие права, его сущность по-прежнему остаются одними из самых дискуссионных вопросов отечественной правовой науки. В последние годы на эту тему было проведено несколько научных конференций⁵. К сожалению, с нашей точки зрения, так и не было предложено сколько-нибудь плодотворных путей и направлений исследования проблемы. Представляется, что в поисках отгадки сущности права юридическая наука должна исходить из природы права, его связи с мыслительной деятельностью. Природа наделила человека разумом, этим величайшим благом, то есть свойством быть разумным человеком, но это должно быть обеспечено, и эту миссию выполняет право. Однако без разумных правил и разумных гарантий даже сам продукт разума — право — в действии может давать сбои, и здесь разумность — не что иное, как гарант, условие его разумного претворения в жизнь. И только при условии этих составляющих — право как продукт разума и разумность как условие его действия — можно и нужно определить подходы к пониманию сущности права. Думается, эти положения могут оказать помощь в осознании глубинных тайн права, к коим относится его природа и свойства.

Создание права обеспечивают определенные начала или принципы, один из которых, как отмечалось, разумность. В этом случае разумность в праве имеет две жизни, ибо право является не только продуктом разумного правотворчества, но и его гарантом. Представляется, что разумность можно рассматривать в числе так называемых универсальных принципов права, которые выделяет, например, Е.В. Скурко. «Универсальные принципы права — отмечает автор — задают формат, позволяющий праву выполнять свое предназначение»⁶. При признании разумности универсальным принципом права, его характеристика как писанного или неписанного, представляется не столь значимой⁷. Универсальная природа данного начала позволяет видеть духовные основания создания правовых систем, находящиеся за его пределами, и одновременно оценивать право как разумное явление.

Универсальность и безусловность принципа разумности в одинаковой мере распространяются на материальное и процессуальное право. Ю.П. Свит справедливо отмечает, что добросовестность и разумность «приобретают значение межотраслевых принципов, используемых в законодательстве и судебной практике, при решении вопросов, требующих оценки поведения лица с учетом конкретных обстоятельств и не имеющих четкого правового регулирования»⁸.

Таким образом, разумность представляет собой принцип права — начало, обеспечивающее его реальное действие, его гибкость и, в конечном итоге, эффективность. Содержанием такого принципа

¹ См.: Кант И. Критика чистого разума. — М. 1994; об этом см.: Общая теория права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. — М., 2001. — С. 120; и др.

² Гегель Г. Философия права. — М., 1990. — С. 57.

³ См.: Герцен А.И. Письма об изучении природы // Избранные философские произведения. — М., 1940. — С. 209.

⁴ Герцен А.И. Дилетантизм в науке // Избранные философские произведения. — М., 1940. — С. 59.

⁵ См., например: Теоретические и практические проблемы правопонимания: Материалы III Международной научной конференции, состоявшейся 22—24 апреля 2008 года в Российской академии правосудия / Под ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной. — 2-е изд. — М., 2010.

⁶ Скурко Е.В. Принципы права в современном нормативном понимании. — М., 2008. — С. 83.

⁷ В.М. Ведяхин и О.Е. Суркова полагают, что разумность — «надпозитивный» принцип права, содержащийся в правосознании правоприменителя (см.: Ведяхин В.М. Факторы формирования и реализации принципов права / В.М. Ведяхин, О.Е. Суркова. — Самара, 2005. — С. 29).

⁸ Свит Ю.П. Понятие и значение добросовестности и разумности в современном российском праве // Законы России. — 2010. — № 9. — С. 9.

права, как разумность, является баланс интересов и целесообразность действий субъектов в правовом регулировании.

Принцип разумности как непосредственный регулятор и как юридическое правило в разных отраслях права реализуется неодинаково, например, гражданское право здесь что называется впереди других отраслей. Подчеркнем, что эффективное правовое регулирование общественных отношений предполагает использование технико-юридических средств, обеспечивающих его гибкость и точность. Речь идет об определенных юридических средствах, можно сказать «вкладышах», способствующих комплексам правовых норм действовать сообразно человеческой логике, то есть разуму. Одним из таких приемов является разумность, что логично по причине природы права как продукта человеческого разума, и это его начало должно быть использовано в правовом регулировании последовательно.

Разумность как средство достижения гибкости правового регулирования наиболее востребована, как отмечалось, в гражданском праве, что предопределено содержанием регулируемых отношений. М.Ф. Лукьяненко, характеризуя разумность как «гражданско-правовой принцип», видит его значение прежде всего в связи с усмотрением в случае оценочных понятий, отмечая, что с одной стороны, данное начало «является внутренним пределом усмотрения правоприменителя при определении содержания оценочного понятия, с другой стороны, выступает в качестве масштаба судебного усмотрения при внешней оценке поведения участника гражданского правоотношения при реализации нормы с оценочным понятием»¹.

Между тем гражданское право использует данное начало не абстрактно, а с помощью конкретных правовых институтов, где чаще остальных фигурирует понятие «разумный срок». Гражданский кодекс РФ применяет данную категорию, либо прямо указывая на необходимость использования критерия «разумный срок» (ст. 314, 464, 466, 468, 470, 475 и др.), либо с помощью отрасли, где данное положение закреплено. Наиболее структурной можно назвать формулировку статьи 314 ГК РФ, предусматривающей, что при отсутствии определенного или определяемого срока договор должен быть исполнен в разумный срок после его возникновения.

Однако одним ГК РФ законодатель не обходится: формула «разумный срок» активно используется как способ конкретизации правового регулирования в законодательстве об акционерных обществах², об обществах с ограниченной ответственностью³, об ипотеке⁴ и др.

Подведем итог: разумность не существует сама по себе, она должна наполняться содержанием от реальности, например, это может быть оптимальность, заботливость, лояльность, соотношение или сбалансированность интересов и др. Иначе говоря, в праве заложено здравомыслие, основанное на рациональности, профессиональном понимании и ответственности за систему собственных действий и поступков.

Принцип разумности в равной мере распространяется и на правоприменение, например, отправление правосудия также основано на началах разумности. Общая цель данного начала, его требований — это разумное судебное решение. И.В. Цветков верно отмечает: «Разумным принято считать такое судебное решение, которое основано на здравом смысле и принято с учетом весомых обстоятельств конкретного дела... разумность — это критерий оптимального выбора между различными законными возможностями решений той или иной проблемы»⁵.

Официальное выражение данного начала в процессуальных юридических конструкциях различное. Одним из них является разумный срок. С учетом сказанного выше можно предположить, что «разумный срок» выступает универсальной формулой конкретизации начала разумности в праве. Понятие «разумный срок» закреплено в ГПК РФ (ч. 1 ст. 99, ст. 100, 136 и др.). Так, в части 1 статьи 107 ГПК РФ сказано: «...В случаях, если сроки не установлены федеральным законом, они назначаются судом. Судом сроки должны устанавливаться с учетом принципа разумности».

Действующее процессуальное законодательство, как отмечалось, во многих случаях принцип разумности связывает со сроками, в первую очередь в деле судопроизводства и исполнения судебного решения. Однако, хотя разумный срок и является важнейшей доминантой реализации данного начала, но конкретизация данного начала при отправлении правосудия этим не исчерпывается. Разумными должны быть, например, действия судьи, особенно когда речь идет о судебном усмотрении. Су-

¹ Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. — М., 2010. — С. 224.

² См. статью 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 года № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // Российская газета. — 1995. — 29 декабря.

³ См. статьи 12, 19 Федерального закона от 8 декабря 1995 года № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

⁴ См. статью 30 Федерального закона от 16 июля 1998 года № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // Российская газета. — 1998. — 22 июля.

⁵ Цветков И.В. Эффективность решений Конституционного Суда Российской Федерации в 2006 году // Налоговед. — 2007. — № 11. — С. 8.

дебное усмотрение представляет собой властную деятельность суда по осуществлению правосудия, состоящую в использовании интеллектуально-волевого механизма, позволяющего суду произвести выбор варианта решения юридического дела¹. Д.Б. Абушенко идет еще дальше и относит «разумность» к мотивам, лежащим в основе судебного усмотрения. По его мнению, это нечто среднее «между справедливостью и целесообразностью...»². Представляется, что разумность есть один из критериев *предела* судебного усмотрения. Иначе говоря, одна из форм проявления начала разумности в осуществлении правосудия, выполняющая роль «ограничителя» при использовании такого инструмента правосудия, как усмотрение. Разумность в данном случае можно считать нравственно-правовым пределом судебного усмотрения. К.П. Ермакова справедливо отмечает, что в данном случае разумность можно характеризовать как «соотнесение собственных представлений суда о «разумности» с мнением о ней так называемого «среднего судьи», добросовестно осуществляющего свои обязанности и принимающего решение с учетом юридических предписаний и справедливости»³.

Одним из аспектов исследования разумности в праве является оценка явления с позиции презумпции разумения или неразумения. Юридическая наука традиционно под правовой презумпцией понимала неоднократное и устойчивое существование связи между фактами (событиями, явлениями, состояниями и свойствами). Применение презумпции — это вывод о существовании другого факта, ибо есть система аналогичных, и их появление дает право делать вывод о том, что в подавляющем большинстве наступает и такой факт. Безусловно, презумпции верны или абсолютны для надлежащего большинства случаев, но возможны исключения. Сказанное традиционно являлось основой понимания существа правовых презумпций, что, к сожалению, не всегда учитывают в ходе исследования данного феномена.

В основе понимания правосубъектности, ее структуры лежит презумпция разумения или достижения разума субъекта как физического лица. Это презумпция также есть обобщение, связанное со взрослением человека. В основе презюмирования длительные наблюдения законоустановителя и правоприменителя, отражающие сложившийся порядок вещей в деле взросления людей. Безусловно, разум и разумение являются определяющими в фактической стороне категории правосубъектности и ее структурных элементов — правоспособности, дееспособности и деликтоспособности. Неразумение в силу возраста или душевной болезни с позиции права оценивается как ущербная воля. В.Н. Витрук такое явление называет дефектным состоянием воли⁴.

Презумпция разумения и неразумения имеет отраслевую конкретизацию, что выражается с помощью категории правоспособности и ее составляющих. Законодатель презюмирует степень разумения в зависимости от способности субъекта самостоятельно осуществлять свои действия и нести за них ответственность. Таким образом, разумение является условием или критерием правосубъектности. Относительно специальной правосубъектности требуются самостоятельные исследования. Однако предположим, что разумность здесь также в числе определяющих факторов.

В юридической литературе при исследовании вопроса фактического содержания категории правосубъектности, статуса личности и др. смежных с ними понятий за основу берутся критерии, не позволяющие в полной мере достаточно объективно определять границы отраслевой и специальной правосубъектности («зрелая умственность»⁵, «определенный возраст и бездефектное состояние воли»⁶, «способность вырабатывать, выражать и осуществлять персонифицированную волю»⁷ и т. д.). Заметим, что о «презумпции неразумения», связанной с недостижением обвиняемым возраста уголовной ответственности», указывал И.Л. Петрухин⁸.

В предложенном исследовании соотношение разумности права и правотворчества рассмотрено достаточно формализовано; это лишь оценка двух величин и главным образом производного от разума — права. Между тем вряд ли оправданно и объективно сведение роли разума в деле правообразования юридических норм и обеспечения их действия. Ограничившись этим аспектом, мы уходим от многих главных вопросов. Дело в том, что разум является «поставщиком» содержания права — право может быть востребованным и экономным регулятором и в этом случае можно говорить о силе права, и наоборот — неопределенный разум, слабый разум ведет к слабости права и бессилию государства. Хотя о роли государства в этом смысле можно говорить и в первую очередь. *Слабое и неэффективное государство и его политическая власть, в том числе и законодательная — условие слабости права.* Таким образом, ***слабое государство (неразумно устроенное) порождает слабое право, где-то***

¹ См.: Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 8.

² Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 1998. — С. 13—14.

³ Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 10.

⁴ См.: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. — М., 2008. — С. 198.

⁵ Бегишев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. — М., 1972. — С. 147.

⁶ Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. — М., 2008. — С. 197.

⁷ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. — М., 1982. — Т. 2. — С. 139.

⁸ См.: Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. — М., 2001. — С. 306.

разрушает его; слабое право — слабое по содержанию и техническим механизмам (неразумно созданное) разрушает государство, делает его бессильным.

Некоторые итоги. В свете данных подходов и оценок можно пытаться характеризовать современные правовые системы, в том числе и российскую. Другими словами, разумно ли устроено наше право, то есть разумно ли его содержание, его технические характеристики? Является ли государство организованной силой, способной «вдохнуть» в право жизнь и здоровую энергию, или нет? Или государство бессильно и тянет за собой право на путь медленного угасания? К сожалению, характеризуя современное отечественное право можно с уверенностью говорить, что с позиции разумности оно с содержательной и технической стороны в самом широком смысле *неэффективно* и где-то *угасает*. Что дает право так судить: во-первых, федеральный законотворческий процесс превратился в некое «латание дыр и прорех» — десятки и сотни поправок, дополнений и изменений. Разработка и принятие самостоятельных законов, работающих на перспективу, стало редкостью, многие законы, их положения, не успев «проработать» сколько-нибудь долго, тут же подвергаются критике и реформированию; во-вторых, региональное законотворчество по существу за последние десять и более лет также сведено к самому минимуму¹. Одновременно законотворческий процесс нагружается разработкой и принятием технических регламентов, многие из которых можно было принять на уровне Правительства Российской Федерации и ведомств. Примеры неразумности и неэффективности содержания и технической стороны права можно продолжить. Поразительно, что в нашей стране за последние 15 лет принято свыше 4 тысяч федеральных законов, то есть избыточность правового регулирования приобретает гипертрофированный характер, но при этом рост правонарушений не снижается. Указанные примеры говорят о кризисе права и правового регулирования в современный период. Осмею сказать, что этот кризис характерен не только для отечественного права, но и международного. Однако этот аспект проблемы — специальный и ждет исследования.

Разумность, право и правотворчество — тесно связанные явления. Первое представляет собой свойство человека, основу его деятельного начала, служит критерием и мерилom определения человека. Другое начало человека — деятельность, продуктом которой является такой социальный регулятор поведения как право. Юридические нормы — результат продуктивного разума. По существу, средство или способ обеспечения человека самого себя, гарантия его сохранения и развития. Однако, образно говоря, разумность «не покидает» право после того как оно «появилось на свет»; это было бы для человека слишком неразумным. В случае действия правовых норм разумность является его началом, обеспечивающим целесообразность применения норм материального и процессуального права. Очень важно действие принципа в правосудии. Это гарантия разумных сроков судопроизводства и исполнения судебного решения, действий судьи и других участников судебного процесса. Разумность есть условие силы и слабости права; разумные начала придают праву эффективность и экономичность действия. Их отсутствие влечет слабости права, его кризис. В докладе я постарался определить лишь контуры исследования такой сложнейшей проблематики, как разумность, право и правотворчество. Эта тема требует дальнейшего системного исследования.

¹ Об этом см.: *Власенко Н.А.* Развитие регионального и муниципального права как гарантия антикризисных явлений // Вестник Тюменского государственного университета. — 2011. — № 3. — С. 17—21.

Д.Ю. Гладышев

Гладышев Денис Юрьевич — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Некоторые особенности юридической ответственности за экологические правонарушения

Юридическая ответственность представляет собой обязанность правонарушителя претерпеть неблагоприятные последствия личного, имущественного или организационного порядка, которые наступают для него в ответ на совершенное им виновное противоправное поведение — деяние. Каждая отрасль права имеет свои специфические меры ответственности. Отраслевая ответственность соотносится с юридической ответственностью как частное с общим. Поэтому эколого-правовая ответственность в теории права рассматривается в трех взаимосвязанных аспектах:

- как государственное принуждение к исполнению требований, предписанных законом;
- как правоотношения между государством (в лице его органов) и правонарушителями (которые подвергаются санкциям);
- как правовой институт, то есть совокупность юридических норм различных отраслей права (земельного, водного, лесного, природоохранительного и др.)¹.

Ответственность за экологические правонарушения служит одним из основных средств обеспечения выполнения требований законодательства по охране окружающей среды и использованию природных ресурсов. Эффективность действия данного средства во многом зависит от государственных органов, уполномоченных применять меры юридической ответственности к нарушителям экологического законодательства.

Юридическая ответственность за экологические правонарушения предусматривает возложение на нарушителя обязанности претерпевать неблагоприятные последствия, вызванные совершением им экологического правонарушения. Она представляет собой комплексный институт экологического права (поскольку включает нормы различных отраслей права — земельного, горного, водного, лесного, природоохранного и др. отраслей права), выполняющий четыре основные функции:

- стимулирующую к соблюдению норм права, выполнению эколого-правовых предписаний;
- компенсационную, направленную на возмещение потерь в окружающей среде и восстановление здоровья человека;
- превентивную, обеспечивающую предупреждение новых правонарушений;
- карательную, заключающуюся в применении наказания к лицу, совершившему экологическое правонарушение.

Институт юридической ответственности состоит из двух частей: первая объединяет правоотношения, возникающие по факту нарушения эколого-правовых норм (земельных, водных, лесных, по охране атмосферного воздуха, животного мира); вторая — правоотношения по применяемым санкциям за эти правонарушения (административные, уголовные, гражданско-правовые, дисциплинарные и т. д.).

Обе части существуют в органическом единстве, ибо при отсутствии первой части (нарушения) существование второй (санкции) становится излишним. Однако отсутствие санкций превращает институт эколого-правовой ответственности в обычную декларацию.

Изучение действующего российского законодательства позволяет нам выделить три вида экологических правонарушений:

- а) нарушения экологического законодательства влекущие имущественную ответственность;
- б) административные правонарушения в области охраны окружающей среды, использования природных ресурсов;
- в) экологические преступления.

В то же время анализ имеющихся в литературе определений экологического правонарушения позволяет отметить, что наиболее удачным определением является определение предложенное Л. Ермаковой². Она отмечает, что экологическое правонарушение это, как правило, виновное, противоправное деяние (действие или бездействие), посягающее на экологические права и законные ин-

¹ См.: Юридическая ответственность: общие проблемы и отраслевые особенности / Отв. ред. А.С. Шевченко. — Владивосток, 1990. — С. 73.

² См.: Ермакова Л. Экологическое правонарушение: понятие и разграничение // Право и жизнь. Независимый правовой журнал. — 2003. — № 54. — С. 58.

тересы физических и юридических лиц, государства и причиняющие или несущее реальную угрозу причинения вреда окружающей природной среде.

Однако следовало бы указать, что эти противоправные деяния посягают на установленный законодательством экологический порядок или несут реальную угрозу причинения вреда не только окружающей природной среде, но и субъектам экологических прав.

Следует отметить, что правонарушение представляет собой юридический факт, порождающий охранительное правоотношение. Такое правоотношение возникает в момент совершения соответствующего правонарушения и не зависит от того, обнаружен этот факт или нет, стал ли он предметом разбирательства и рассмотрения компетентными органами или нет.

О правонарушении можно говорить только тогда, когда имеются все элементы, из которых оно складывается: объект правонарушения, объективная сторона, вина, субъективная сторона и субъект, то есть налицо состав правонарушения.

Специфика правонарушения, совершенного в области природопользования и охраны окружающей среды, позволяет определить его как экологическое правонарушение.

Объектом экологического правонарушения выступают общественные отношения в сфере рационального природопользования и охраны окружающей среды.

В юридической литературе существуют различные точки зрения по этому поводу. Так, в качестве объекта экологических правонарушений рассматриваются отношения собственности, материализованные в природных богатствах; порядок использования природных богатств в хозяйственной деятельности, или общественные отношения по их использованию; сами природные богатства и др.

Первая точка зрения не позволяет вскрыть специфику данных правонарушений с экологических позиций, поскольку замыкает их в рамки чисто экономических категорий. Кроме того, в собственности могут находиться лишь те объекты природы, которые обладают определенной вещественной формой и находятся во власти людей. Однако, правовой охране подлежат не только элементы природной среды, находящиеся в собственности государства, но и элементы, которые не могут находиться ни в чьей собственности вообще. Например, атмосферный воздух. То же можно сказать и о второй точке зрения. Например, не все особо охраняемые природные территории являются объектом использования. Что касается третьей позиции, то, по существу, здесь смешиваются такие понятия, как объект правонарушения и предмет.

Б. Ерофеев считает, что правильным было бы определить объект экологического правонарушения как общественные отношения по поводу обеспечения условий для оптимальной жизнедеятельности человека и общества во взаимосвязи со средой обитания. Иными словами, это отношения по поводу права на благоприятную окружающую среду¹. По мнению В.Г. Абрамова, объектом экологического правонарушения выступают общественные отношения, связанные с сохранением и обеспечением состояния и качества окружающей среды². Но, на наш взгляд, более предпочтительное определение объекта экологического правонарушения дано М.М. Бринчуком, который считает, что объектом экологическим правонарушения являются общественные отношения по поводу окружающей среды в целом и ее отдельных компонентов, регулируемые и охраняемые нормами права³. В содержание этих экологических правонарушений он включает: отношения собственности и природные ресурсы; отношения по природопользованию; охрану окружающей среды от вредных воздействий; защиты экологических прав и законных интересов человека и гражданина.

С объективной стороны, экологическое правонарушение представляет собой так же, как любое правонарушение, противоправное деяние, совершенное путем действия (ст. 8.28 «Незаконная рубка, повреждение лесных насаждений или самовольное выкапывание в лесах деревьев, кустарников, лиан») или бездействия (ст. 8.38 «Нарушение правил охраны водных биологических ресурсов»).

С понятием «противоправность» непосредственно связано понятие «общественная опасность», степень которой влияет и на вид ответственности, применяемой за совершение данного правонарушения. Так, в соответствии со статьей 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушитель может быть освобожден от административной ответственности при малозначительности совершенного деяния.

Как правило, в результате совершения противоправного деяния наступают определенные последствия — причинение вреда, нанесение ущерба элементам природы, человеку, или возможность их наступления, которые в ряде случаев являются обязательным признаком объективной стороны состава правонарушения.

Так, в соответствии с частью 1 статьи 258 УК РФ одним из обязательных признаков объективной стороны такого преступления, как незаконная охота, является причинение крупного ущерба. Насту-

¹ См.: Ерофеев Б.В. Экологическое право. — М., 1998. — С. 88.

² См.: Абрамов В.Г. Понятие и социальная сущность объекта и предмета экологического правонарушения // Право: история, теория, практика: Сборник статей и материалов. — Брянск, 2007. — Вып. 11. — С. 99.

³ См.: Бринчук М.М. Экологическое право. — М., 1998. — С. 477.

пившие в результате совершенного правонарушения общественно опасные последствия, указанные в законе, вменяются лицу только в том случае, если будет доказано, что они состоят в причинной связи с допущенными нарушениями. Такие составы приняты называть материальными.

Однако большинство экологических правонарушений имеют формальные составы, то есть ответственность наступает за сам факт совершения правонарушения независимо от наступления общественно опасных последствий. Это — загрязнение морской среды (ч. 1 ст. 252 УК РФ), нарушение законодательства Российской Федерации о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне Российской Федерации (ст. 253 УК РФ).

Имеются и такие составы, которые предусматривают ответственность как в случае наступления последствий, так и в случае, когда они еще не наступили по каким-либо причинам, но деянием была создана реальная угроза их наступления (например, ст. 247 УК РФ, предусматривающая ответственность за нарушение правил обращения экологически опасных веществ и отходов).

Третьим признаком состава правонарушения является вина, которая существует в двух формах: умысла (прямого и косвенного) и неосторожности (легкомыслия и небрежности).

Так, незаконная охота (ст. 258 УК РФ) может быть совершена только с прямым умыслом; уничтожение или повреждение лесных насаждений, в результате неосторожного обращения с огнем или иными источниками повышенной опасности — только по неосторожности (ст. 261 УК РФ); загрязнение вод и атмосферы (ст. 250 и 251 УК РФ) как умышленно, так и по неосторожности.

При рассмотрении вины как признака состава экологического правонарушения следует иметь в виду, что в большинстве случаев деятельность предприятий и организаций представляет собой повышенную опасность для окружающей среды. В соответствии с пунктом 1 статьи 1079 ГК РФ физические и юридические лица, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающей среды, обязаны возместить вред. Возмещают причиненный ими вред независимо от наличия вины. Они освобождаются от обязанности возместить причиненный ими вред, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего. Об этом же свидетельствует судебная практика¹.

Субъектом экологического правонарушения могут быть граждане (вменяемые физические лица, достигшие определенного возраста) и юридические лица, государственные и негосударственные, национальные и иностранные (например, субъектами загрязнения). В ряде случаев следует говорить о специальном субъекте, то есть лице, специально названном в соответствующих статьях закона. Так, субъектом правонарушения статьи 8.5 «Соккрытие или искажение экологической информации» Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, являются должностные лица местных исполнительных органов.

По статье 8.2 «Несоблюдение экологических и санитарно-эпидемиологических требований при обращении с отходами производства и потребления или иными опасными веществами», выступают должностные лица, индивидуальные предприниматели, юридические лица, осуществляющие сбор, утилизацию и обезвреживание отходов производства.

Субъектами административного правонарушения в области охраны окружающей среды нередко являются физические лица, должностные лица и юридические лица, например: статья 8.12 «Нарушение порядка предоставления гражданам, юридическим лицам земельных участков, лесов в водоохраных зонах и режима их использования». Только должностное лицо — часть 3 статьи 8.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях «Нарушение законодательства об экологической экспертизе».

В ряде случаев ответственность за совершение экологического правонарушения возлагается как на общий, так и на специальный субъект (ст. 8.6 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях «Порча земель» влечет наложение административного штрафа на физических и должностных лиц).

Специфика привлечения к ответственности специального субъекта, в частности, должностных лиц, заключается в том, что они и в зависимости от совершенного правонарушения могут нести ответственность как за соответствующее должностное преступление, так и экологическое правонарушение по их совокупности.

В соответствии с Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 года № 14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения»², субъектами экологических преступлений могут быть любые физические лица, в том числе лица, уполномоченные на выполнение государственных функций и приравненные к ним лица, должностные лица, а также лица, занимающие ответственную государственную должность и лица, выпол-

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 года № 14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения» (с изм. от 6 февраля 2007 г.) // Российская газета. — 1998. — 24 ноября.

² См. там же.

няющие управленческие функции в государственных и негосударственных, коммерческих или некоммерческих организациях.

В случаях, когда экологические преступления совершены лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций и приравненными к ним лицами, должностным лицом, а также лицом, занимающим ответственную государственную должность или лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или некоммерческой организации, при наличии в их действиях также признаков злоупотребления должностными полномочиями или полномочиями лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или некоммерческой организации, их действия надлежит квалифицировать по соответствующим статьям Уголовного кодекса РФ, предусматривающим ответственность как за экологическое преступление, так и за коррупционные и иные преступления против интересов государственной службы и государственного управления или преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях.

Если в норме уголовного закона совершение виновным деяния с использованием своего служебного положения предусмотрено в качестве квалифицирующего признака экологического преступления, то ответственность наступает только по статье (часть статьи) УК, предусматривающей ответственность за экологические преступления.

Одним из элементов состава правонарушения является субъективная сторона, то есть психическая деятельность, связанная с совершением правонарушения. Обязательным признаком ее является вина субъекта правонарушения в совершенном им деянии, выражающаяся в форме умысла или неосторожности. К числу факультативных признаков состава правонарушения относится цель совершения данного деяния и мотивы, под влиянием которых совершено правонарушение.

Таковы элементы состава любого правонарушения и специфика состава экологического правонарушения. Содержание состава правонарушения определяет вид правонарушения в зависимости от применения соответствующего вида юридической ответственности.

Экологическое правонарушение в зависимости от состава может быть административным или дисциплинарным проступком, либо преступлением, за совершение которого наступает соответственно административная, дисциплинарная и уголовная ответственность. Причинение ущерба или нанесение вреда влечет за собой привлечение к гражданско-правовой ответственности, которая наступает независимо от привлечения правонарушителя к другим видам ответственности.

Некоторые виды ответственности могут применяться одновременно, например, дисциплинарная ответственность плюс возмещение вреда, другие же — только на альтернативной основе. Это относится к уголовной и административной ответственности. Объективная сторона данных правонарушений может совпадать. Разница состоит лишь в степени ответственности за содеянное, поэтому за одно и то же нарушение нельзя привлечь одновременно и к уголовной и к административной ответственности.

Ю.А. Гладышев

Гладышев Юрий Алексеевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Антропологические теории в криминологии о причинах преступности

Великие мыслители эпохи Возрождения определили преступление как проявление свободной воли. С началом XIX века во всем мире стали происходить определенные процессы, которые во многом изменили всю социальную структуру общества. Создание первых заводов в целях увеличения доли наемного труда, возникновение городской жизни, появление новых классов в обществе — вот лишь некоторые из факторов, которые определяют появление индустриального общества. Самой большой проблемой нового индустриального общества является рост преступности. Соответственно, ученые начинают задумываться о том, почему человек совершает преступление и как повлиять на его поведение. Впервые ответ на этот вопрос мы находим в *антропологических исследованиях*. Основателем этого направления в криминологии и уголовном праве является Чезаре Ломброзо. Он родился 18 ноября 1836 года в Венеции в еврейской семье. С 1855 года начал публиковать статьи по психиатрии и кретинизму, которые быстро привлекли внимание специалистов. В 1862 году он стал профессором психиатрии, а с 1876 года — профессором судебной психиатрии и уголовной антропологии в университете Турина, где проработал вплоть до своей смерти 19 октября 1909 года.

Следует отметить, что Ломброзо является родоначальником биологических теорий в криминологии. В мире Ломброзо получил известность за такие работы, как «Преступный человек», в которой высказывал мысль о биологической предрасположенности личности к совершению преступлений, «Гениальность и помешательство», где проводит связь между великими людьми и помешанными, «Женщина — преступница и проститутка» где приходит к выводу, что для женщины главным инстинктом является материнство, которое и определяет ее поведение в течении жизни, и за многие другие.

Высказанная Ломброзо теория «прирожденного преступника», по сути, является материалистической, поскольку в основном базируется на наблюдениях и экспериментальных исследованиях. Согласно этой теории, человек становится преступником не из-за социальных причин, а из-за того, что определенные черты ему передаются при рождении. Некоторым людям как бы предопределено судьбой совершать тяжкие преступления. В основу концепции положен тезис о естественном характере и вечности существования преступности в обществе. Склонность к совершению преступления задается инстинктом — так же как сексуальное влечение. Согласно такой логике в совершении преступления нет ничего противоестественного, и за совершение преступления мы не можем осуждать.

Кто такой преступный человек в соответствии с теорией Ломброзо? Это человек с атавистическими (типичными для наших далеких предков) функциями, то есть тип примитивного человека. Особенности — это низкий лоб, большие челюсти, грубые черты, плоский нос, и т. д. Позже профессор отображает особенности внешности для разных типов преступников — воров, убийц, насильников, и даже как выглядит политический преступник. В своих поздних работах он придает большое значение образованию правонарушителя, расовой принадлежности, наследственным факторам, но, по его словам, они не играют главной роли.

На основании антропологических обследований преступников им были разработаны специальные таблицы характеристик урожденных преступников. Черты преступника он относил к атавистическим чертам личности. Чезаре Ломброзо советовал в целях предупреждения преступлений выявлять людей с указанными им анатомическими особенностями черепа и превентивно казнить их, пожизненно заключать в тюрьму, ссылая на необитаемые острова навечно и т. п.

Теория Ломброзо получила широкое распространение после его смерти, хотя при его жизни подвергалась серьезной критике. В настоящее время она рассматривается только с исторической точки зрения. Однако эта теория нашла и своих сторонников, и развитие. Среди самых ярких его приверженцев итальянский ученый-криминалист автор теории «естественного преступления» Рафаэле Гарофало и итальянский криминолог и политический деятель Энрико Ферри.

Рафаэле Гарофало делает значительный шаг вперед, дополняя биологические условия преступности такими факторами, как отрицательная среда, бедность, плохой пример и т. д. Не отказываясь от основных антропологических позиций, он гораздо больше уделяет внимания социальным факторам преступности. В своем главном труде «Криминология» (это первое использование термина, который сейчас применяется для обозначения науки, изучающей в настоящее время преступление как соци-

ально-массовое явление) Рафаэль Гарофало уделяет большое внимание психике. Преступника, по мнению Рафаэля Гарофало, отличает отсутствие двух важнейших человеческих чувств — сострадания и честности, либо хотя бы одного из них: в соответствии с этим он пытался построить свою классификацию преступников (самые опасные преступления совершают те, кто лишен сострадания и честности, кражи совершают те, кто лишен хотя бы честности, и т. п.). В целом же преступник — это лицо, не способное адаптироваться к нормальной жизни, а его преступление — лишь симптом этой ненормальности.

Энрико Ферри, как последователь теории Ломброзо, тоже уделял внимание не только антропологическим факторам преступности, но также факторам социальным. Всех преступников он классифицировал на категории и предлагал применять к преступнику меры, соответствующие категории, под которую он подпадает¹.

Теория наследственного предрасположения к преступлению. Ее представителями являются А. Ленц, Ж. Пинатель, А. Штумплъ и т. д. Возникла в XVIII—XIX веках и, по существу, повторяет мысль Ломброзо о прирожденном преступном человеке, но с одним существенным дополнением. Сторонники этой теории утверждали, что по наследству могут передаваться не преступные акты, а наклонности, находящиеся в их основе, в преступление легко перерастают такие передаваемые по наследству наклонности, как возбудимость, агрессивность, склонность к насильственным актам. В то же время представители этой теории признавали и влияние социального фактора. Существует много примеров, свидетельствующих о несостоятельности этой теории. Вот один из наиболее ярких. Все в мире знают кто такой Аль Капоне, но не все знают его брата Винченцо, который ушел добровольцем на Первую мировую войну, где прошел путь от рядового до лейтенанта, а затем стал офицером полиции с безупречной репутацией. Он так был хорош в своей работе, что некоторое время служил в службе охраны президента США Калвина Кулиджа².

Хромосомная теория — это еще одно из направлений теории наследственного предрасположения к преступлению. Нормальным сочетанием хромосом для мужчин является наличие у них одной X и одной Y-хромосомы, то есть сочетание XY; для женщин наличие двух X-хромосом, то есть сочетание XX. Дополнительные Y-хромосомы у мужчин, и соответственно, X-хромосомы у женщин, определяют склонность к совершению преступлений. Однако исследования, проведенные в Пенитенциарной тюрьме в Мельбурне Ричардом Фоксом, показали, что заключенные, имевшие комбинацию хромосом XYY, не более склонны к совершению насилия, чем остальные заключенные, но чаще, чем они, совершают имущественные преступления. Криминологами связь между хромосомным набором (XYY хромосом) и преступностью подвергается сомнению. Тем не менее, считается, что существует связь между аномалиями и некоторыми психическими заболеваниями.

Выделяют также и *теорию эндокринной обусловленности преступного поведения.* Представителями этой теории являются М. Шлапп, Э. Смит и др. Согласно этой теории, предрасположенность к совершению преступлений связана с нарушением действия эндокринных желез (щитовидной железы, гипофиза, желчного пузыря и др.). Уровень развития физиологии не позволяет пока проверить многие гипотезы о сущности преступного поведения, однако наиболее перспективные пути воздействия на преступность следует искать в этом направлении, отмечает Э. Подольски³. По данным ученых, почти одна треть всех заключенных страдают эмоциональной неустойчивостью, связанной с заболеваниями желез внутренней секреции.

Одну из главных ролей в механизме преступного поведения авторы отводят различным эндокринным расстройствам (внешними признаками которых являются, наряду с другими, особенности телосложения).

Интересная и *теория о конституциональной предрасположенности к преступлению.* Теория конституциональной предрасположенности к совершению преступления была предложена в 20-х годах XX века немецким профессором медицины Э. Кречмером («Строение тела и характер»). Он утверждал, что имеется прямая связь между строением тела и предрасположенностью к совершению определенных видов преступлений. По словам Кремера, есть четыре типа телесной организации: 1) пикники (плотный, прочный) — богатая жировая ткань, тучность, малый и средний рост, большой живот, короткие конечности, круглая голова на короткой шее; 2) атлетики: хорошая мускулатура, крепкое телосложение, высокий или средний рост, широкий плечевой пояс, узкие бедра, выпуклые лицевые кости; 3) астеники — хрупкое телосложение, высокий рост, плоская грудная клетка, вытянутое лицо, длинный тонкий нос, узкие плечи, нижние конечности узкие и худые; 4) диспластики — строение бесформенное, неправильное, различные деформации телосложения (например, чрезмерный рост, евнухоидальные типы). В зависимости от формы тел совершаются и преступления.

¹ См.: Иншаков С. М. Зарубежная криминология. — М., 1997. — С. 61.

² См.: www.americansights.ru/legend-man/capone-al

³ См.: Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А. И. Долговой. — М., 2001. — С. 325.

Пикник — типичный корыстный преступник, ему свойственны такие преступления, как мошенничество, кража, присвоение или растрата, для атлетика характерны преступления против личности, тогда как астеники склонны к противоречивым действиям, а для диспластического типа характерны садистские немотивированные наклонности.

Выделяется еще и *теория расовой предрасположенности* — концепция откровенно реакционного толка о якобы неполноценности и особой предрасположенности к преступлениям некоторых рас, например цыганской, негритянской. Активным сторонником этой теории был последователь Ломброзо, профессор Гарвардского университета антрополог Э. Хутон. Даже такие традиции, имеющиеся в цыганских общинах, которые воспринимаются ими как совершенно нормальное явление, в частности карманные кражи, не позволяют нам применить к ним признак расовой предрасположенности к совершению преступлений.

В заключение можно отметить что внешний вид не всегда может дать правильное представление о человеке, а во многих случаях вводит в заблуждение и может сыграть злую шутку с человеком.

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 меры использования различных социальных норм в законодотворчестве современной России

Правовое регулирование — сложный и во многом противоречивый процесс, который часто отождествляется с результатом упорядочения общественных отношений с помощью правовых предписаний. Данная ситуация связана с этимологическим значением термина «регулирование». Термин «регулирование» используется в русском языке как действие по значению глагола «регулировать» в трех значениях: «1. Упорядочивать, налаживать. 2. Направлять развитие, движение чего-нибудь с целью привести в порядок, систему. 3. Приводить механизмы и части их в такое состояние, при котором они могут правильно, нормально работать»¹. В значении упорядочивающего, налаживающего фактора «регулирование» толкуется и в других справочных материалах и изданиях². Вместе с тем, термин «правовое регулирование» обозначает более широкий объем понятия регулирования, так как включает в себя, помимо непосредственного регулирования отношений еще и процесс создания правовых предписаний, то есть правотворчество. Правотворчество, как деятельности по созданию специальными субъектами правовых предписаний, посвящена масса исследований, в которых многие стороны этого процесса раскрыты и исследованы, вместе с тем, судя по некоторым проблемам в реализации права, «белые пятна» еще остаются.

Представляется, что одна из современных проблем отечественного правотворчества — это широкое использование при конструировании законодательных предписаний различных видов социальных норм. На мой взгляд, данный процесс протекает в двух руслах: во-первых, через правосознание лиц, участвующих в правотворчестве (этот путь достаточно сложно верифицировать); во-вторых, через закрепление в текстах нормативных правовых актов различного рода упоминаний и ссылок на иные социальные (неправовые) регуляторы общественных отношений.

Анализ действующего законодательства позволяет установить достаточно частое использование в текстах законов (в ссылочной форме) таких социальных норм, как мораль (нравственность), обычаи, традиции, ритуалы и религиозные нормы.

Ссылки на морально-нравственные нормы получили наибольшее распространение. В той или иной форме, на моральные нормы ссылаются более ста федеральных и региональных нормативных правовых актов³. Например, статья 26 закона г. Москвы от 6 июля 2005 года № 38 «Избирательный кодекс города Москвы», «Наименование и эмблема избирательного объединения» в части 2 закрепляет запрет использовать избирательному объединению в своей эмблеме символику, оскорбляющую

¹ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. — 4-е изд. — М., 2003. — С. 672.

² См.: Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. — М., 1882. — Т. 4. — С. 89; Лопатин В.В. Малый толковый словарь русского языка / В.В. Лопатин, Л.Е. Лопатина. — М., 1993. — С. 502; Большой энциклопедический словарь. — М.; СПб., 2000. — С. 1004.

³ См., например, некоторые из них: КоАП РФ от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (ред. от 21 декабря 2009 г.). Глава 6. Административные правонарушения, посягающие на здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность; УК РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 29 декабря 2009 г.). Глава 25. Преступления против здоровья населения и общественной нравственности; ГК РФ от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (ред. от 27 декабря 2009 г.). Статья 169. Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности; Указ Президента РФ от 4 августа 2004 года № 1009 «Об утверждении Перечня стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ» (ред. от 26 декабря 2009 г.). 1. Федеральные государственные унитарные предприятия, осуществляющие производство продукции (работ, услуг), имеющей стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан Российской Федерации; Конституция РФ (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 года № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ); Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ред. от 2 июня 2009 г.); Жилищный кодекс РФ от 29 декабря 2004 года № 188-ФЗ (ред. от 17 декабря 2009 г.); Семейный кодекс РФ от 29 декабря 1995 года № 223-ФЗ (ред. от 30 июня 2008 г.); Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» (ред. от 27 декабря 2009 г.); Федеральный закон от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (ред. от 27 декабря 2009 г.); Федеральный закон от 22 августа 1996 года № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» (ред. от 21 декабря 2009 г.); Федеральный закон от 15 августа 1996 года № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» (ред. от 21 декабря 2009 г.); и др.

или порочащую Государственный флаг Российской Федерации, Государственный герб Российской Федерации, Государственный гимн Российской Федерации, флаги, гербы, гимны субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, иностранных государств, религиозные символы и национальные чувства, нарушающую общепризнанные *нормы морали*¹.

Статья 20 закона г. Москвы от 30 сентября 2009 года № 39 «О молодежи» определяет направления профилактической работы по преодолению негативных явлений в молодежной среде в целях воспитания уважения молодежи к закону и *нормам морали*².

Определение Верховного Суда Российской Федерации от 9 июня 2009 года по делу № КАС09-242 устанавливает, что судья обязан в своей профессиональной деятельности и вне службы руководствоваться правилами поведения, установленными общепринятыми *нормами морали*³.

Как видно из приведенных примеров, на нормы морали имеются лишь ссылки, но эти ссылки оформлены фактически как бланкетные диспозиции правовых норм и в силу этого упоминаемые моральные предписания обязательны для адресатов правовых предписаний. Однако «расплывчатость», формальная неопределенность морали, множественность ее уровней приводят к тому, что интегрируемое с моралью правовое предписание превращается в фикцию либо может необоснованно его расширить.

На обычаи, действующие федеральные и региональные правовые предписания ссылаются более чем в сорока актах⁴. Например, статья 5 Гражданского кодекса РФ закрепляет понятие обычая делового оборота, под которым понимается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе⁵.

Международные унифицированные правила для документарных аккредитивов напрямую закрепляют и обычаи в данной сфере общественных отношений. В статье 1 Правил закрепляется, что настоящие унифицированные правила и *обычаи* для документарных аккредитивов применяются ко всем документарным аккредитивам, включая резервные аккредитивы в той мере, в которой эти Правила могут быть к ним применены. Они являются обязательными для всех заинтересованных сторон при отсутствии прямо выраженного соглашения об ином⁶.

Традиции упоминаются в более чем 30 актах⁷. Например, в части 1 статьи 131 Конституции РФ утверждается, что местное самоуправление осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций.

¹ Статья 26 закона г. Москвы от 6 июля 2005 года № 38 «Избирательный кодекс города Москвы» (в ред. законов г. Москвы от 15 февраля 2006 г. № 10, от 4 июля 2007 г. № 28, от 22 апреля 2009 г. № 7, от 17 июня 2009 г. № 20).

² Статья 20 закона г. Москвы от 30 сентября 2009 года № 39 «О молодежи».

³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 9 июня 2009 года по делу № КАС09-242.

⁴ См., например: ГК РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (ред. от 27 декабря 2009 г.). Статья 5. Обычай делового оборота; Федеральный закон от 8 ноября 2007 года № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред. от 27 декабря 2009 г.). Статья 3. Обычай морского порта; «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов» (публикация Международной торговой палаты № 500) (ред. 1993 г.); «Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс 2000». 12. Обычай порта или конкретной торговли; «Унифицированные Правила ИСС для Межбанковского Рамбурсирования по Документарным Аккредитивам» (публикация Международной торговой палаты № 525). Статья 13. Иностранные законы и обычаи; Федеральный конституционный закон от 25 декабря 2000 года № 1-ФКЗ «О Государственном флаге Российской Федерации» (ред. от 8 ноября 2008 г.); Федеральный конституционный закон от 21 июля 2007 года № 5-ФКЗ «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта Российской Федерации в результате объединения Читинской области и Агинского Бурятского автономного округа»; Налоговый кодекс РФ (часть вторая) от 5 августа 2000 года № 117-ФЗ (ред. от 27 декабря 2009 г.); Земельный кодекс РФ от 25 октября 2001 года № 136-ФЗ (ред. от 27 декабря 2009 г.); Таможенный кодекс РФ от 28 мая 2003 года № 61-ФЗ (ред. от 28 ноября 2009 г.); и др.

⁵ Статья 5 Гражданского кодекса РФ.

⁶ Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (публикация Международной торговой палаты № 500) (ред. 1993 г.).

⁷ Указ Президента РФ от 31 октября 2009 года № 1233 «Об учреждении геральдического знака — эмблемы, флага и знамени Службы внешней разведки Российской Федерации» (вместе с «Положением о геральдическом знаке — эмблеме и флаге Службы внешней разведки Российской Федерации», «Положением о знамени Службы внешней разведки Российской Федерации»); Указ Президента РФ от 31 мая 2006 года № 549 «Об установлении профессиональных праздников и памятных дней в Вооруженных Силах Российской Федерации»; Конституция РФ (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ); Федеральный конституционный закон от 25 декабря 2000 года № 1-ФКЗ «О Государственном флаге Российской Федерации» (ред. от 8 ноября 2008 г.); Федеральный конституционный закон от 21 июля 2007 года № 5-ФКЗ «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта Российской Федерации в результате объединения Читинской области и Агинского Бурятского автономного округа»; Федеральный конституционный закон от 25 декабря 2000 года № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации» (ред. от 22 марта 2001 г.); Уголовно-исполнительный кодекс РФ от 8 января 1997 года № 1-ФЗ (ред. от 27 декабря 2009 г.); Закон г. Москвы от 16 июня 1999 года № 25 «О ремесленной деятельности в городе Москве»; Устав Санкт-Петербурга (ред. от 14 декабря 2009 г.). Статья 8. Петербургские традиции; и др.

Статья 9 Уголовно-исполнительного кодекса РФ, определяя сущность исправления осужденных, закрепляет, что исправление осужденных — это формирование у них уважительного отношения к человеку, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития¹.

Обычаи и традиции в силу их инерционности наиболее мощно влияют не сознание, следовательно, на правотворческие процессы. При этом обычаи и традиции, закрепленные полностью в тексте правовой нормы, фактически оставаясь в сознании обычаем, формально становятся правом.

Ритуалы также упоминаются более чем в 30 законодательных источниках². При этом на ритуалы не только нормы права ссылаются, но и четко фиксируют ритуал в тексте норм, что приводит к слиянию права и ритуала. Например, статья 4 Федерального закона от 13 марта 1995 года № 32-ФЗ (ред. от 10 апреля 2009 г.) «О днях воинской славы и памятных датах России» прямо закрепляет порядок проведения воинских ритуалов³. Приложение № 2 к утвержденным Указом Президента РФ от 10 ноября 2007 года № 1495 Общевоинским уставам закрепляет ритуал подъема и спуска Государственного флага Российской Федерации⁴.

Ссылки на религиозные нормы менее выражены в законодательстве⁵, но некоторые религиозные нормы санкционируются правом. Например, празднование Рождества Христова и Светлой Пасхи⁶.

В целом использование различных социальных регуляторов позитивно. В любом случае творцы правовых предписаний опираются при конструировании правовых норм не только на знание права, но и на свои представления о добре — зле, справедливости — несправедливости, на укоренившихся в

¹ Статья 9 Уголовно-исполнительного кодекса РФ.

² Федеральный закон от 13 марта 1995 года № 32-ФЗ «О днях воинской славы и памятных датах России» (ред. от 10 апреля 2009 г.). Статья 4. Порядок проведения воинских ритуалов; Указ Президента РФ от 10 ноября 2007 года № 1495 «Об утверждении общевоинских уставов Вооруженных Сил Российской Федерации» (ред. от 23 октября 2008 г.) (вместе с «Уставом внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации», «Дисциплинарным уставом Вооруженных Сил Российской Федерации», «Уставом гарнизонной и караульной служб Вооруженных Сил Российской Федерации»). Приложение № 2. Ритуал подъема и спуска Государственного флага Российской Федерации, порядок его хранения, содержания и использования при отдании воинских почестей; Федеральный конституционный закон от 25 декабря 2000 года № 1-ФКЗ «О Государственном флаге Российской Федерации» (ред. от 8 ноября 2008 г.); Федеральный конституционный закон от 25 декабря 2000 года № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации» (ред. от 22 марта 2001 г.); Закон г. Москвы от 4 июня 1997 года № 11 «О погребении и похоронном деле в городе Москве» (ред. от 6 июня 2007 г.); и др.

³ Федеральный закон от 13 марта 1995 года № 32-ФЗ «О днях воинской славы и памятных датах России» (ред. от 10 апреля 2009 г.). Статья 4. Порядок проведения воинских ритуалов.

⁴ Указ Президента РФ от 10 ноября 2007 года № 1495 «Об утверждении общевоинских уставов Вооруженных Сил Российской Федерации» (ред. от 23 октября 2008 г.) (вместе с «Уставом внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации», «Дисциплинарным уставом Вооруженных Сил Российской Федерации», «Уставом гарнизонной и караульной служб Вооруженных Сил Российской Федерации»). Приложение № 2. Ритуал подъема и спуска Государственного флага Российской Федерации, порядок его хранения, содержания и использования при отдании воинских почестей.

⁵ Федеральный закон от 26 сентября 1997 года № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (ред. от 23 июля 2008 г.); Устав Кировской области от 27 марта 1996 года № 12-30» (ред. от 29 сентября 2009 г.); Закон г. Москвы от 6 июля 2005 года № 38 «Избирательный кодекс города Москвы» (ред. от 17 июня 2009 г.); Заключение Уполномоченного по правам человека в РФ «О проверке соответствия Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» международно-правовым обязательствам Российской Федерации»; Закон РФ от 25 октября 1991 года № 1807-1 «О языках народов Российской Федерации» (ред. от 11 декабря 2002 г.); постановление Конституционного Суда РФ от 28 июня 2007 года № 8-П «По делу о проверке конституционности статьи 14.1 Федерального закона «О погребении и похоронном деле» и Положения о погребении лиц, смерть которых наступила в результате пресечения совершенного ими террористического акта, в связи с жалобой граждан К.И. Гузиева и Е.Х. Кармовой»; постановление Правительства Санкт-Петербурга от 11 июля 2006 года № 848 «О Программе гармонизации межэтнических и межкультурных отношений, профилактики проявлений ксенофобии, укрепления толерантности в Санкт-Петербурге на 2006—2010 годы (программа «Толерантность»)» (ред. от 6 июля 2009 г.); Решение Верховного Суда РФ от 27 февраля 2006 года № ГКПИ06-73 «Об оставлении без удовлетворения заявления о признании незаконным пункта 52 Инструкции о порядке выдачи, замены, учета и хранения паспортов гражданина Российской Федерации, утвержденной приказом МВД РФ от 15 сентября 1997 года № 605»; Распоряжение префекта ЮВАО г. Москвы от 27 декабря 2007 года № 2764 «Об окружной целевой программе «Духовно-нравственное воспитание и развитие детей и молодежи в Юго-Восточном административном округе города Москвы» на 2008—2010 гг.» (ред. от 17 марта 2008 г.); постановление Конституционного Суда РФ от 23 ноября 1999 года № 16-П «По делу о проверке конституционности абзацев третьего и четвертого пункта 3 статьи 27 Федерального закона от 26 сентября 1997 года «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобами Религиозного общества Свидетелей Иеговы в городе Ярославле и религиозного объединения «Христианская церковь Прославления»; Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 года № 447-О «По жалобам граждан Жидкова Михаила Александровича и Пильникова Олега Сергеевича на нарушение их конституционных прав статьей 11 Федерального закона «Об альтернативной гражданской службе»; и др.

⁶ 7 января — Рождество Христово в соответствии со статьей 112 Трудового кодекса РФ признано нерабочим праздничным днем. Православная Пасха — Светлое Христово Воскресение так же официально признается праздничным нерабочим днем (п. 10-1 Закона СПб от 13 мая 2009 г. № 210-44).

сознании обычаев и традициях, на религиозных представлениях, иными словами этот процесс неизбежен и не всегда очевиден.

Тем не менее, прямые ссылки на иные (неправовые) социальные нормы должны быть установлены и измерены на соответствие необходимости регламентации тех или иных отношений рассмотренным путем. Мера использования не правовых социальных норм в правовом регулировании общественных отношений имеет теоретический и прикладной аспекты. В современной справочной литературе мера трактуется в нескольких смысловых значениях: как единица измерения, как граница, предел проявления чего-нибудь, как средство осуществления чего-нибудь, и, наконец, как старорусская единица измерения емкости сыпучих тел¹.

На основании анализа законодательства отражающего различные социальные нормы и применительно к современному правотворчеству мера использования различных социальных норм в процессе правовой регламентации общественных отношений должна отвечать следующим критериям².

Во-первых, мера использования социальных норм в правотворчестве — есть определенное количество самих социальных норм, либо их регулирующих элементов, которое имеет качественное значение для правового предписания. Если коэффициент регулятивного эффекта от реализации комбинированного правового предписания повышается, то есть правовые предписания лучше реализуются, чем до введения в них социальных норм, мера использования социальных норм может считаться адекватной, при этом она может быть расширена в количественном выражении используемых социальных регуляторов. Если же коэффициент регулятивного воздействия снижается, либо коэффициент нейтрален, то количественные характеристики меры использования иных социальных регуляторов в правовых предписаниях целесообразно снижать. Следовательно, главное качественное свойство меры использования социальных норм в правовых предписаниях — это степень урегулированности общественных отношений правом.

Во-вторых, мера использования иных социальных регуляторов в правовых предписаниях, в общем, есть отношение специфических определенных количеств социальных норм как самостоятельных мер. Но их самостоятельность, в то же время, по своему существу основывается на количественном отношении и различии по величине. Следовательно, их самостоятельность становится переходом друг в друга и в правовое предписание. Мера комбинирования правовых и иных социальных норм в правовом регулировании общественных отношений по завершении удачной комбинации исчезает в безмерном новом интегрированном предписании. Но это другая сторона меры есть ее отрицательность лишь в себе самой.

В-третьих, мера использования социальных норм в правовых предписаниях может выступать в качестве обратного отношения мер первичных базовых правовых предписаний, которые как самостоятельные качества по своему существу основываются на своем количестве и на своем отрицательном соотношении друг с другом. Тем самым оказывается, что первичные меры, выраженные в правовых предписаниях — лишь моменты их истинно самостоятельного единства, которое есть сущность меры регулирования общественных отношений с помощью права в целом.

В-четвертых, функциональная зависимость свойств интегрированного правового предписания и свойств его элементов (первичных правовых и иных социальных норм) состоит в том, что качественная определенность целого (его свойства, граница и т. д.), зависит от количественного отношения, в котором находятся элементы целого, то есть состава объекта. Зависимость свойств целого и его элементно-структурных моментов составляет основное содержание закона взаимного перехода количественных и качественных изменений. Так, степень количественного увеличения правовой детерминации некоторых религиозных отношений (приведенные выше правовое закрепление христианских праздников) может негативно сказаться на свободе совести и вероисповедования, фактически ограничивая это конституционное право.

В-пятых, отсутствие взаимоперехода мер, составляющих новое интегрированное или псевдоинтегрированное правовое веление, сформированное путем поглощения иным социальным регулятором изначального права, иногда порождает чрезмерность требований государственно-властного предписания. Например, введение в правовые нормы, напрямую, моральных регуляторов снижает правовую вариативность и делает содержащиеся в нормах требования более жесткими и бескомпромиссными, так как мораль не предполагает полутонов, ей присуща бинарность: плохо — хорошо, справедливо — несправедливо.

В этом смысле мера порождает специфическую чрезмерность, нарушает тем самым условия собственного существования мерной определенности. Мера как бы «наращивает» чрезмерное, а последнее приводит к качественному изменению, то есть к другой мере, отрицающей прежнюю меру.

Таким образом, использование в конструировании правовых предписаний иных социальных норм вполне допустимо и неизбежно, но при этом целесообразен глубокий анализ необходимости и соразмерности такой интеграции.

¹ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. — М., 2003. — С. 350.

² Критерии разрабатывались с учетом учения о мере Г.В.Ф. Гегеля. См.: Гегель Г.В.Ф. Мера // Наука логики. — М., 1998. — С. 358—369.

А.В. Голубев

Голубев Алексей Владимирович — инспектор по особым поручениям Организационно-зонального управления Организационно-аналитического департамента МВД России

**Место и роль нормотворчества
по совершенствованию стимулирования деятельности
сотрудников органов внутренних дел
в условиях реформирования системы МВД России**

Реформы социальной, экономической, правовой сферы, происходящие в Российской Федерации, затронули институты государственной власти.

Федеральной программой «Реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации (2009—2013 годы)» в качестве одной из основных определена задача совершенствования системы материального стимулирования труда государственных служащих с целью повышения их профессиональной компетентности, мотивации, престижа государственной службы в целом. В программе отмечается, что существующие механизмы стимулирования служащих к исполнению своих обязанностей на высоком профессиональном уровне не реализуются в полной мере.

Правоохранительная служба как вид государственной службы осуществляется в виде профессиональной служебной деятельности сотрудников, в том числе сотрудников органов внутренних дел.

Органы внутренних дел Российской Федерации выполняют важнейшую государственную функцию по защите жизни, здоровья, прав и свобод граждан.

В последние годы Президентом, Правительством Российской Федерации, Министерством внутренних дел Российской Федерации реализуются мероприятия, в том числе и по совершенствованию деятельности органов внутренних дел Российской Федерации.

В Указе Президента Российской Федерации от 24 декабря 2009 года № 1468 «О мерах по совершенствованию деятельности органов внутренних дел Российской Федерации» определены проблемы, послужившие основанием для проведения изменений. К их числу относятся: участвовавшие случаи нарушения сотрудниками милиции законности и служебной дисциплины, которые вызывают обеспокоенную негативную реакцию в обществе и умаляют авторитет власти; не отвечающая современным требованиям существующая структура органов внутренних дел Российской Федерации, а также организация деятельности, кадровое, финансовое, материально-техническое обеспечение милиции.

Отмечается повсеместное снижение престижа службы в органах внутренних дел, уровня профессионализма сотрудников ОВД и позитивной мотивации служебной деятельности. Продолжается процесс оттока квалифицированных сотрудников из органов внутренних дел. На протяжении ряда лет проявляется негативное отношение населения к органам внутренних дел и их личному составу.

Решение этого комплекса вопросов невозможно без формирования современной правовой базы предоставления службы в органах внутренних дел как особого вида государственной службы.

Трудовое законодательство хотя и закрепляет большую часть механизмов (инструментов) стимулирования и порядок их использования, однако сторонам трудовых отношений предоставлена большая свобода в их применении. Практика стимулирования в трудовых коллективах является результатом социального партнерства, сложного взаимодействия работодателя и представителей работников (в том числе профессиональных организаций). Источниками права в данном случае являются не только Конституция РФ, федеральные законы, постановления Правительства РФ и так далее, но и коллективные договоры, соглашения, локальные нормативные акты.

Спецификой же органов внутренних дел является строгая регламентация их деятельности специальными нормативными актами, от качества которых зависит эффективность их деятельности, в том числе и стимулирования сотрудников.

Стимулирование — метод воздействия на трудовое поведение работника, опосредствованного через его мотивацию. Стимулирование предполагает побуждение к труду через удовлетворение различных потребностей личности, что выступает как компенсация за трудовое усилие. Ориентация на получение удовлетворения от трудового процесса и результатов труда в целом побуждает человека к определенному позитивному поведению.

В качестве отличительных признаков метода стимулирования в управлении деятельностью сотрудников органов внутренних дел можно выделить следующие:

— стимулирование имеет целью раскрытие потенциальных профессиональных возможностей личности каждого сотрудника;

— стимулирование выражается в положительном воздействии на личность сотрудника органов внутренних дел, в наступлении для него благоприятных последствий;

— меры правового стимулирования устанавливаются и гарантируются государством, что означает обязанность органов внутренних дел предоставлять указанные в соответствующих нормативных правовых актах стимулирующие средства при наличии к этому оснований.

Общественные отношения в нашей стране динамично развиваются, в первую очередь это связано с развитием рыночной экономики. Этот процесс серьезно затронул сферу трудовых отношений, что соответственно повлияло на развитие трудового законодательства. За последние 10 лет была создана правовая база для функционирования и дальнейшего развития рынка труда. Приняты Трудовой кодекс РФ¹, многочисленные подзаконные акты, судебная практика была проанализирована Пленумом Верховного суда Российской Федерации². За это время сформирована современная правовая база, регулирующая отношения в сфере государственной гражданской службы.

Органы внутренних дел тоже функционируют в условиях рынка труда, вынуждены конкурировать за трудовые ресурсы, однако специальное законодательство, регламентирующее вопросы прохождения службы в органах внутренних дел, управления персоналом в ОВД развивалось все это время слабо, не адекватно складывающимся правоотношениям.

К числу эффективных видов стимулирования деятельности сотрудников органов внутренних дел можно отнести:

- 1) повышение уровня денежного довольствия сотрудников органов внутренних дел;
 - 2) повышение уровня и качества социальных гарантий сотрудникам органов внутренних дел, нормативное закрепление и обеспечение социальной защиты сотрудников органов внутренних дел;
 - 3) обеспечение жильем сотрудников органов внутренних дел;
 - 4) увеличение бюджетных ассигнований, направляемых на дополнительное денежное стимулирование сотрудников органов внутренних дел;
 - 5) проектирование карьерного роста, более высокая должность предполагает развитие личности, получение широкого объема знаний в области культуры, науки, техники. В этом смысле карьера как бы стимулирует дальнейшую социализацию индивида как процесс усвоения культурно-исторического опыта, накопленного человечеством;
 - 6) повышение имиджа сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации среди населения и в обществе, посредством повышения требований к критериям подбора кадров для прохождения службы, совершенствования профессионально-нравственного и культурно-эстетического воспитания сотрудников органов внутренних дел;
 - 7) возможность замещения вакантных должностей сотрудников органов внутренних дел, включая руководителей различного уровня. Это может быть назначение, конкурс, контракт. Представляется целесообразным закрепить базовые, исходные требования к должности руководителя органов внутренних дел, их основные права и обязанности, а также ответственность;
 - 8) разработка регламентов деятельности каждого сотрудника органов внутренних дел;
 - 9) проведение оценки результатов работы сотрудников органов внутренних дел. Предметом оценки сотрудников должны быть их профессиональные и личностные качества; уровень развития их профессионального правового сознания и правовой культуры; результативность служебной деятельности.
 - 10) создание и обеспечение позитивного морально-психологического климата в служебных коллективах и подразделениях органов внутренних дел;
 - 11) обеспечение достойных условий труда (обеспечение служебными помещениями, автотранспортом, средствами связи, оргтехникой, обмундированием и др.);
 - 12) совершенствование системы медицинского обеспечения сотрудников ОВД и членов их семей.
- Учитывая специфику подразделений системы органов внутренних дел, следует говорить об индивидуальных видах стимулирования сотрудников различных подразделений.

В связи с повышающимися требованиями к руководящему составу органов внутренних дел необходимо совершенствовать систему стимулирования управленческого труда.

На ближайшую перспективу в вопросах стимулирования деятельности сотрудников органов внутренних дел МВД России планирует следующее:

- совершенствовать нормативы системы оплаты труда гражданского персонала, а также разрядной системы должностных окладов сотрудников;
- вводить должности федеральной государственной гражданской службы в территориальных органах внутренних дел;
- реформировать систему денежного довольствия сотрудников органов внутренних дел;

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 года № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

— перевести с 1 января 2012 года органы внутренних дел на единое финансирование из федерального бюджета;

— увеличить расходы на дополнительное денежное стимулирование и реформирование денежного довольствия сотрудников органов внутренних дел;

— проводить в органах внутренних дел комплекс организационно-практических мероприятий по введению морально-психологического обеспечения оперативно-служебной деятельности как составной части кадрового обеспечения.

Совершенствование ведомственного нормотворчества позволит решить обозначенные вопросы путем внесения законодательных инициатив и издания нормативно-правовых актов.

В сфере стимулирования деятельности сотрудников органов внутренних дел в 2011 году принят федеральный закон о социальных гарантиях сотрудника органов внутренних дел¹. Ведется работа над проектом федерального закона о службе в органах внутренних дел, для его дальнейшего внесения в Госдуму.

Федеральным законом «О полиции»² регламентируются вопросы, касающиеся оплаты труда сотрудников полиции, страховых гарантий и выплат в целях возмещения вреда, причиненного в связи с выполнением служебных обязанностей, права сотрудника полиции на жилищное обеспечение и медицинское обслуживание, социальной защиты семей сотрудников полиции, потерявших кормильца, а также иных гарантий в связи с прохождением службы в полиции.

Следует отметить, что 70% всех расходов, определенных бюджетом Министерства внутренних дел Российской Федерации составляют расходы на расчеты с личным составом по денежному довольствию и заработной плате, социальным пособиям и компенсациям (взамен неполученных предметов вещного имущества, на оплату проезда сотрудников и членов их семей в отпуск), а также пенсионерами органов внутренних дел.

МВД России проведена значительная работа по определению статей расходов на деятельность Министерства в проекте Федерального бюджета на 2012 год и на плановый период 2013 и 2014 годов.

Эффективность стимулирования деятельности сотрудников органов внутренних дел значительно зависит от качества правового регулирования.

¹ Федеральный закон от 19 июля 2011 года № 247-ФЗ «О социальных гарантиях сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // СПС «КонсультантПлюс».

Ю.А. Гончан, А.Ф. Лубин

Гончан Юрий Александрович — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры конституционного, административного и муниципального права юридического факультета Югорского государственного университета;

Лубин Александр Федорович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры криминалистики Нижегородской академии МВД России

Особенности развития функции доказывания в уголовном процессе

Диалектика научного анализа требует изучать функцию доказывания в исторической связи. Поставленная проблема на первый взгляд, кажется неразрешимой, поскольку, во-первых, систематизированного научного изложения истории законодательства применительно к функции доказывания в отечественном уголовном судопроизводстве не существует. Хотя бы потому, что она и не выделялась в качестве таковой. По крайней мере, историография весьма небогата, если иметь в виду не простое описание исторических форм судопроизводства, а то, каким образом эти формы отражались в доказывании¹.

Во-вторых, каждый автор в своей попытке выстроить хронологическую картину функции доказывания по-своему понимает суть признаков появления функции доказывания в теории судопроизводства. Чаще всего речь идет о типах (формах) уголовного процесса. При этом ученые не могли прийти к единому пониманию терминов «тип» и «форма». В-третьих, нет ясности, следует ли обозначать «вехи» развития функции доказывания в уголовном судопроизводстве только в России или же в мировом контексте? Например, профессор Н.Н. Полянский неоднократно подчеркивал, что «советский уголовный процесс — это новый тип процесса» и его нельзя сравнивать с другими².

Доказывание существует столько, сколько существует сам человек. Схема аргументационного процесса — доказывания — едина для любой гуманитарной сферы. В самом деле, действуют в основном одни и те же факторы-детерминанты, связанные:

- 1) с физиологическими отправлениями (голод, сексуальные желания, иные инстинкты);
- 2) со структурой психологического генотипа, совокупностью мотиваций и установок, как врожденных, так и приобретенных;
- 3) с благоприобретенными социально-этническими установками;
- 4) с потребностями социально-экономического характера, которые возникают в борьбе за свои интересы и права.

Человечество успело значительно состариться, но природа человека, пожалуй, не изменилась в течение веков. Единодушие существует только относительно потребности. Распределение — это вечное несогласие. Как во времена инков и майя, во времена «прерийных индейцев», так и во времена появления государства и права. «Если всемогущее божество не пересоздаст природу человека, то этот закон, без всякого сомнения, будет существовать, пока существует наша планета»³. Всякое свое несогласие и свое «право на лучшее» — особенно в условиях мирного времени — нужно обосновывать, аргументировать, убеждать, доказывать.

Так, Э. Ферри в эволюции доказывания различал четыре периода:

- 1) первобытный — когда доказывание было представлено грубому эмпиризму личных восприятий;
- 2) религиозный — когда посредством ордалий или поединка дело решалось Богом;
- 3) юридический — формальная теория, аргіогі определявшая силу доказательств;
- 4) период сентиментальный, когда решение вопроса о силе доказательств представляется общему впечатлению присяжных, полученному от разбора доказательств на суде (внутреннее убеждение).

По мнению Э. Ферри, далее последует период «научного доказательства», под которым он подразумевает все научные приемы установления фактов⁴.

Процессуальное доказывание и правоприменение связано с появлением права и государственности. Историки права в этом отношении обращаются к античности. В римском праве были развиты основные понятия доказательственного права: доказательства и их классификации; спорные факты

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. — Ставрополь, 2002.

² См.: Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. — М., 1956. — С. 12.

³ Ле Бон Г. Психология социализма. — СПб., 1908. — С. 23.

⁴ См. об этом: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Предисловие к третьему изданию. — Тула, 2000. — С. 105.

предмета доказывания; бремя доказывания (*onus probandi*); существовала достаточно разработанная система средств доказывания, например, свидетельские показания, письменные документы, осмотр на месте¹. Существовала строгая ответственность за ложные показания, подделку документов. Римскому праву были известны презумпции. По Квинтилиану довод (*argumenta*) есть способ доказать одно через другое, и сомнительное утверждать через несомнительное: «то и нужно, чтобы в каждом деле были такие обстоятельства, которые не требовали бы подтверждения, ибо нечем было бы доказывать или подтверждать, если бы не имелось сказать ничего верного, или таковым кажущегося, дабы сомнительное сделать вероятным»².

Цицерон считал: «Для доказательства оратор располагает средствами двоякого рода. Первое состоит не в том, что придумывает оратор, а в том, что он планомерно извлекает из самого дела; это — документы, свидетельства, договоры, соглашения, показания, законы, постановления сената, судебные решения, указы, заключения правоведов и все остальное, что не сам оратор измышляет, а что доставляют ему содержание дела и его участники. Второе же средство всецело заключается в рассуждениях и доказательствах самого оратора. Соответственно, в первом случае следует обдумать, как рассматривать доказательства, а во втором — как их подбирать...»³.

В известном смысле фигуры силлогизма античной судебной риторики можно уподобить неким образам формальных доказательств: если суждение соответствовало признаваемой логической форме, то оно имело предпочтение перед суждением иным. Потому развивалась классификация суждений по логической форме. Так, классическая античность признавала наличие суждений, называемых *аподиктическими*, то есть таких суждений, в которых вывод делается при помощи силлогизма, основанного на недискутируемых посылах. Такой дискурс не допускал обсуждения, давая весом своих аргументов.

Кроме того, существовал *диалектический дискурс*, который аргументировал, исходя из вероятных посылок, допускающих как минимум два возможных вывода, и в задачи суждения входило определить, какой из них более приемлем. И, наконец, выделялся *дискурс риторический*, который, как и диалектический, исходил из вероятных посылок, при этом делались выводы неаподиктического характера на базе риторического силлогизма (*энтимемы*), когда важны были не столько рациональная внятность, сколько спланивающий эффект, и в связи с этим он складывается именно как *техника внушения*.

Правила судебной риторики (правила доказывания) в античный период представляют плод длинного опыта человечества. Потому правила к риторике функции доказывания долгое время считалось бесспорным (логическим). Эти правила представляются большим достижением если не разума, то, по крайней мере, благоразумия, то есть разума, научившегося осторожности в столкновении с фанатической верой и нетерпимостью религиозного прошлого и тоталитарного будущего.

Расцвет во всех сферах Рима и Византии сменился общим упадком экономики, правосудия и нравственности. Процесс состязательный, с господством свободной оценки доказательств (Рим периода республики), сменился процессом следственным на основе формальных доказательств (Рим императора Константина). Функция доказывания перестала быть функцией сторон.

Столетия потребовались, чтобы на Руси произошло «отпочкование» уголовного процесса из общего судопроизводства: от договоров Игоря и Олега с греками (договоры Руси с Византией, 911 и 944 гг.) и княжеского судебника «Русская Правда» Ярослава до Судебника 1497 года («Законы великого князя Иоанна Васильевича») ⁴. Еще большее время было необходимо для дифференциации научно-уровня и уровня эмпирики, поскольку в историко-юридической литературе большее внимание уделялось древнерусскому праву, анализу Соборного уложения 1649 года и гораздо меньше — уголовно-процессуальному законодательству и практике политического сыска и расследования государственных преступлений ⁵. Причины этой тенденции отставания в том, что вначале на Руси «государственного» доказывания не существовало, поскольку сами родственники могли — без доказательств, «по правилам мести» — получить удовлетворение ⁶. Позднее, когда было установлено взимание штрафов (виры) в пользу власти, то сама власть в силу принципа публичности и — одновременно — в силу материальной заинтересованности стала вести розыск и доказывание ⁷. И, прежде всего, по политическим, а точнее — по государственным преступлениям. Скорее всего, это было время внесудебного и незаконного доказывания ⁸. Это была эпоха судебников, уставных и наказных грамот XV—XVI веков, когда в целом сложился свод законов Московского государства.

¹ См.: Новицкий И.Б. Римское частное право / И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский. — М. 1948. — С. 77.

² Цит. по: Черниловский З.М. Лекции по римскому частному праву. — М. 1991. — С. 35, 344.

³ Цицерон М.Т. Три трактата об ораторском искусстве. — М., 1972. — С. 152—153.

⁴ См.: Беляев И.Д. История русского законодательства. — СПб., 1999. — С. 75.

⁵ См.: Анисимов Е.В. Дыба и кнут. Политический сыск и русское общество в XVIII веке. — М., 2002. — С. 8.

⁶ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. — Киев, 1905. — С. 324.

⁷ См. об этом: Россия: Энциклопедический словарь. — СПб., 1991. — С. 525—528.

⁸ См.: Баршев Я.И. Основания уголовного судопроизводства (с применением к Российскому уголовному судопроизводству). — СПб., 1841. — С. 56—58. Автор приводит довольно обширный список «произведений древних практиков», начиная с 1472 года.

Не только юридической, но и методической основой функции доказывания становится Уставная книга Разбойного приказа — сборник указов, инструкций начала XVII века по «татиным и разбойным делам». К стати сказать, нормы этого документа почти без изменений вошли в Уложение 1649 года. По Уложению 1649 года наиболее развернутыми были статьи об «измене» (в широком смысле — измена существующей власти, государю и его владениям). Именно методическими рекомендациями по доказыванию и сыску по делам об измене изобиливали грамоты.

Пожалуй, первым уголовно-процессуальным и методическим «центром по доказыванию» следует считать Преображенский приказ Петра I. К 1695 году это было одно из важнейших центральных сыскных учреждений России. Именно тогда, по нашему мнению, функция доказывания «процедурно» сформировалась на государственном уровне.

Судебная реформа 1719 года поглотила последние остатки состязательного процесса. Петр I ввел взятые из Западной Европы подробные правила розыскного процесса. Уничтожив непосредственность и состязательность, законодатель окончательно устанавливает формальную силу каждого из видов доказательств, допускаемых в суде. Приоритет закреплен за «своевольным признанием», так как после него никакого доказательства не требуется. Один из важнейших «процессуальных» документов сыска — «Вопросные статьи» (разосланы Тайной канцелярией на места в 1698 г.). Именно они определяли и предмет доказывания, и ход доказывания («исследования»). Иначе говоря, был разработан незыблемый реестр обстоятельств, подлежащих доказыванию, которые необходимо выяснить при допросе о государственном преступлении: 1) был ли умысел; 2) было ли намерение умысел учинить; 3) были ли соучастники; 4) были ли организаторы («советчики»); 5) мотив преступления; 6) причины преступления: «из озорства», «спьяну», «недомысла», «сглупа», «спроста».

В инструкциях Тайной канцелярии часто употреблялись понятия «вопросные пункты», «пункты к допросу», «апробованные пункты», «генеральные пункты». Речь идет не только о предмете доказывания. По сути, рождалось искусство и тактика доказывания. В одном из проектов инструкций следователям было написано: «каждый пункт больше одного обстоятельства (дела) в себе не содержал». В тех же инструкциях Тайной канцелярии часто употребляется слово «выкрутки». При ближайшем рассмотрении оно оказалось тактическим приемом доказывания — «уточнение показаний за счет детализации». Следователям рекомендовалось не задавать таких вопросов, по которым бы могла усилиться защита.

Как известно, составной частью Артикула воинского (1715 г.) служило «Краткое изображение процессов или судебных тяжб». Этот военно-судебный закон действовал почти 150 лет. Воинский устав был составлен по немецким образцам и испытал сильное влияние французского и датского права. Он содержал рекомендации следователям по отношению к показаниям «изветчика» (заявителя), которые сводятся к следующему — не верь, если: 1) заявитель проходит по другому делу; 2) пропущен срок доноса; 3) не называет свидетелей и не показывает документов; 4) свидетели не подтверждают донос; 5) меняет свои показания по ходу распроса или же показывает «прибавочные слова», «примешивает к тому от себя»; 6) раньше был бит кнутом или отлучен от церкви.

Теория формальных доказательств «властно и безраздельно господствовала в старом суде»¹. «Вся эта искусная и в свое время весьма полезная система доказательств направлена к стеснению произвола судей, к ограничению злоупотребления пыткой, но именно поэтому она предполагает пытку; пытка ее главный нерв, без пытки она немыслима»².

А.Ф. Кони так отзывался об этой эволюционной стадии функции доказывания: «Употреблявшаяся в античном мире, в феодальную эпоху очень редко и лишь относительно рабов и несвободных пытка становится универсальным средством для выяснения истины. Судья *допытывается* правды и считает за нее то, что слышит из запекшихся от крика и страданий уст обвиняемого, которому жмут тисками голени и пальцы на руках, выворачивают суставы, жгут бока и подошвы, в которого вливают невероятное количество воды. Этого нельзя делать всенародно — и суд уходит в подземелье, в застенок. Там заносит он в свои мертвые и бесцветные записи признания, данные с судорожными рыданиями или прерывающимся, умирающим шепотом. Отсюда — отсутствие, очевидно бесполезной, защиты, безгласность, письменность и канцелярская тайна. Очевидно, что и тут внутреннему убеждению судьи очень мало места. Если только он убежден, что пытка есть спасительное средство для получения истины, — а в этом горячо убеждены в лице выдающихся юристов все судьи того времени, — то решает дело не его совесть, а физическая выносливость подсудимого. Это время можно назвать временем *предвзятости внутреннего убеждения*... Время господства системы формальных доказательств может быть названо временем *связанности внутреннего убеждения судьи*»³. Видимо, как и правила доказы-

¹ Кони А.Ф. Отцы и дети судебной реформы. — М., 1914. — С. 16.

² Спасович В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств. В связи с судоустройством и судопроизводством. — М., 2001. — С. 21. Пытка, как известно, нормативно была отменена в 1813 году.

³ Кони А.Ф. Нравственные начала уголовного процесса // Избранные произведения. — М., 1956. — С. 7.

вания античности, так и система формальных доказательств закономерно представляют результат векового опыта человечества¹.

Дальнейшая эволюция функции доказывания связана с судебной реформой 1864 года. Эта реформа стала составной частью так называемых реформ 60-х годов, означавших переход России от феодальной монархии к буржуазной. Реформа отделила обвинительную власть от судебной. Власть обвинительная, которая призвана обнаруживать преступления и преследовать виновных, теперь принадлежит прокурорам. Была отменена формальная теория доказательств. Рассмотрение уголовных дел и постановление приговоров — это относится к судебной власти. Введен суд присяжных. Как писал Л.Е. Владимиров: «При открытии новых судов многие плакали от радости, все же в восторге поздравляли друг друга. Был действительно светлый праздник, и великое будущее открывалось перед нашими восторженными глазами»². Критерием судебной достоверности становился принцип внутреннего убеждения, как «мерило уголовно-судебной достоверности».

Здесь принципиально важно отметить появление в русском уголовном процессе ведущего субъекта доказывания — судебного следователя. Институт судебных следователей (следственных судей) был учрежден императорским указом от 8 июня 1860 года. В Уставе уголовного судопроизводства (1863 г.) этот институт был воспроизведен почти без изменений. Из того, что следственный судья, производящий предварительное следствие — это орган судебной власти, вытекает то, что предварительное следствие является стадией судопроизводства. Более того, следственный судья осуществлял судебный контроль за деятельностью полиции и прокурора. Он был призван не только осуществлять функцию доказывания, но и охранять права личности, вовлекаемой в уголовный процесс в том или ином качестве. Закономерно поэтому, что функцию доказывания сторона защиты не выполняла. В ней не было надобности, поскольку лучшим защитником выступал тот же судебный следователь — следственный судья. Как вариант, защита может быть допущена, и тогда следственный судья являлся как бы вершиной треугольника процессуальных отношений, в основании которого лежит отношение между обвинителем и обвиняемым. Поэтому столь редкими были споры в пореформенном суде о допустимости собранных на стадии предварительного следствия судебных доказательств.

Таким образом, в пореформенном досудебном доказывании характерно слияние судебного и административного органа. С одной стороны, следственный судья производит предварительное следствие и заботится о его полноте, а с другой, постановляет решения о различных следственных действиях и правах сторон. Словом, он решает не как судья относительно чужих действий и чужих интересов, а как административный орган относительно предстоящих ему действий и относительно интересов лиц, представителем которых является он сам. Получается симбиоз административной и судебной власти при реализации функции доказывания судебным следователем. Эта полнота власти, представляемая следователю, была весьма значительна, если не сказать, подавляющая³.

Характерно, что в период 70—80-х годов XIX века последовала серия законодательных актов об изменении уставов 1864 года. По данным министерства юстиции к 1894 году, то есть за 30 лет существования судебных уставов, в них было внесено около 700 дополнений, изменений, поправок⁴. При этом, как отмечал А.Ф. Кони, быстро внедрялись те изменения, которые ограничивали действие принципов и институтов судебных уставов. Другие же изменения, направленные на устранение недостатков, выявившихся на практике, внедрялись неохотно и с большим трудом⁵. Как и любая реформа, столкнувшись с жизненными реалиями, со временем принимает иные очертания, нежели те, что проектировались первоначально ее «отцами». Наступила «контрреформа»⁶.

В последующее «смутное время» истории русского уголовного судопроизводства личность и власть какое-то время занимали положение неустойчивого равновесия в обстановке беспорядка.

Декрет о суде № 1, принятый Советом народных комиссаров 23 ноября 1917 года, формально закрепил курс на слом существующих структур правосудия, в том числе обвинительной системы. За судьей — представителем власти — с самого начала закрепляется статус «хозяина всего процесса».

Следующим эволюционным шагом развития функции доказывания стал УПК РСФСР 1922 года, а также его новая редакция 1923 года. Но маятник уже набрал инерцию хода: уголовный процесс и функция доказывания все более стали приобретать мрачные черты инквизиционного процесса. Достаточно сослаться на черные дела «особых троек», осуществляющих массовую внесудебную расправу.

¹ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. — Тула, 2000. — С. 106.

² Там же. — С. 3.

³ По замечанию О. де Бальзака: «Во Франции есть человек более могущественный, чем король, чем министр юстиции, более могущественный, чем парламент. Это — следственный судья». Цит. по: Полянский Н.Н. Судьба процессуальных гарантий личной свободы во Франции // Советское государство и право. — 1940. — № 6. — С. 95.

⁴ См.: Муравьев Н.В. Из прошлой деятельности: В 2 т. — СПб., 1900. — Т. 2. — С. 587.

⁵ Кони А.Ф. Соч.: В 8 т. — М., 1966. — Т. 1. — С. 332—333.

⁶ См. подробнее об этом: Немытина М.В. Суд в России: вторая половина XIX — начало XX в. — Саратов, 1999. — С. 70—102.

Любые революционеры, которые говорили о том, что они не могут пойти на унаследование хотя бы части старого доказательственного права, на деле не могли и не могут сделать этого. Каждый революционер после своей победы становится консерватором. «В истории не раз наблюдалось: можно разрушать путем насильственной революции учреждения, которые не нравятся. Но история не показывала, что новые, искусственно навязанные силой, держались бы сколько-нибудь долго... Прошлое снова войдет в силу. Революция изменяет только названия вещей»¹. Ход эволюционного маятника можно замедлить или ускорить, но его движение неостановимо.

Почти 40 лет действовал УПК РСФСР образца 1961 года. Потребовалось 30 лет, чтобы победила идея о том, что в момент, когда появляется обвинительная функция и появляется обвиняемый, должна возникнуть и противоположная, защитительная функция. Простая, демократическая и логически безупречная идея функции доказывания. Статья 47 УПК РСФСР в 1992 году закрепила за обвиняемым право иметь защитника — по любому делу — с момента предъявления обвинения. Более того, и подозреваемый получил такое право, если он задержан или арестован (ст. 19, 47, 52 УПК РСФСР). Статьи 51 и 202 этого же УПК дали право на свидания с защитником наедине, без ограничения их количества и продолжительности, выписывать из материалов дела любые сведения и в любом объеме. Статья 120 УПК позволила участвовать защитнику и в производстве дознания (примерно 17-18% всех уголовных дел).

С точки зрения функции доказывания произошел знаменательный эволюционный перелом — круг и полномочия субъектов доказывания увеличились принципиальным образом. Сторона защиты могла формировать оправдательную систему доказательств, даже если не в полном объеме, но уже на стадии досудебного производства.

Так или иначе, маятник эволюционного развития функции доказывания в уголовном процессе начал движение в сторону прогресса. За эти годы внесено более 400 (!) изменений, что не могло не превратить УПК РСФСР в некое подобие эклектического бульона, со многими погрешностями (структурными, терминологическими и стилистическими). «Заплаты» стали столь бесчисленны, противоречивы, что вводить новые стало бессмысленно. К тому же усилилась критика действующего уголовно-процессуального закона со стороны научного сообщества. Так, В.М. Савицкий называл действующий уголовно-процессуальный закон не иначе как «закон неоинквизиционного уголовного процесса»².

Общие пороки УПК РСФСР, казалось бы, очевидны: 1) приоритет общечеловеческих ценностей не выражен (выражен приоритет государственных интересов); 2) независимость суда больше декларируется, чем она есть; 3) доступность суда для граждан также относится к числу деклараций; 4) презумпция невиновности — снова декларация; 5) состязательность, равноправие сторон — вещь недостижимая... Перечень может быть продолжен. Однако эти недостатки являются «интернациональными» — это пороки уголовного процесса во всех странах мира. Пороки различаются только по степени проявления.

Невольно формулируется гипотеза о том, что если общие пороки уголовного процесса в различных правовых семьях в основном совпадают, то это означает некую общность их эволюционных циклов. Где раньше, а где позже, но везде можно наблюдать одну тенденцию — уголовный процесс «дрейфует» к смешанному типу. Причины не только в том, что обостряется потребность в более «энергичном» способе борьбы с уголовной преступностью. По нашему мнению, бифункциональность — пружина интеграции. И, конечно, осознается и — *rosa a rosa* (мало-помалу) — реализуется обществом и государством идея об обоюдном самоограничении прав и интересов во имя совместного выживания.

Парламент России 24 октября 1991 года принял концепцию судебной реформы вообще и нового УПК в частности. Прошло 10 лет и УПК РФ был принят. Но прежде возникли предпосылки.

Во-первых, Конституция России подняла на высший нормативный уровень ряд положений, связанных с обвинением и доказыванием. К ним относятся:

- 1) неприкосновенность частной жизни (ст. 23, 24 Конституции РФ);
- 2) состязательность и равноправие сторон (ст. 123);
- 3) презумпция невиновности;
- 4) освобождение обвиняемого от обязанности доказывания;
- 5) толкование неустранимых сомнений в пользу обвиняемого (ст. 49);
- 6) недопустимость доказательств, полученных с нарушением закона (ст. 50);
- 7) привилегия против самообвинения;
- 8) свидетельский иммунитет (ст. 51).

¹ Ле Бон Г. Психология социализма. — СПб., 1908. — С. III.

² Савицкий В. Стержневая функция прокуратуры — осуществление уголовного преследования // Российская юстиция. — 1994. — № 10. — С. 28.

Во-вторых, по выражению профессора В.П. Божьева, «тихая революция» Конституционного Суда РФ подготовила основные условия для открытого (гласного) и официального распределения ролей в доказывании¹:

1) задача прокурора — доказать обвинение или отказаться от него;

2) задача для защитника — представить оправдательные доказательства или доказательства, смягчающие вину;

3) задача суда — быть правовым арбитром в достижении целей каждой из сторон.

В-третьих, структура нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в значительной степени отражает эволюционные изменения в доказывании на стадии судебного разбирательства, а также новации в условиях досудебного доказывания.

В порядке выводных суждений можно сформулировать следующие положения:

1. Изменения функции доказывания уголовном процессе не всегда жестко соответствует смене экономических, политических формаций: доказывать и принимать уголовно-процессуальные решения необходимо и во время войны и во время мира, в период покоя и в эпоху смуты.

2. Эволюция функции доказывания в уголовном процессе представляет собой маятниковые изменения: от развитого диалектического содержания состязательных процедур до формальных доказательств, а от них — снова к принципу состязательности и свободной оценке доказательств.

3. Правила доказывания в античный период, как и правила системы формальных доказательств, представляют собой позитивный плод длинного опыта человечества. Эти правила следует считать большими эволюционными шагами функции доказывания в уголовном процессе.

4. Попытки реформирования условий реализации функции доказывания для сторон на досудебных стадиях уголовного процесса в эволюционной истории не были успешными: всякое расширение полномочий органов предварительного расследования — даже из благих намерений — приводило к сужению возможностей участия в доказывании иных участников судопроизводства.

5. С точки зрения эволюционного развития функции доказывания правомерно и целесообразно не дробить целостную систему правовых норм и научных представлений о доказательствах и доказывании, а напротив — говорить о развитии единой «теории доказательств и доказывания» в уголовном процессе.

¹ См.: Божьев В. «Тихая революция» Конституционного Суда в уголовном процессе Российской Федерации // Российская юстиция. — 2000. — № 10. — С. 45.

Е.С. Гордеева

Гордеева Елена Сергеевна — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Категория «порнография» в зарубежном и российском уголовном праве

Явление порнографии — сложный социально-правовой феномен, неоднократно рассматривавшийся с точки зрения социологии, медицины (сексологии), психологии, этимологии, эстетики и различных отраслей права. Часть авторов характеризует порнографию с позиции социологии как проявление духовного кризиса определенных общностей¹. Сексологи и психиатры в свою очередь дают оценку порнографии с точки зрения ее воздействия на психику человека. Правоведы рассматривают порнографию как угрозу общественной нравственности.

В данной статье рассмотрим феномен порнографии в уголовно-правовом аспекте.

В Российской Федерации ответственность за распространение порнографии предусмотрена статьями 242 и 242¹ Уголовного Кодекса РФ².

Согласно данным статьям, преступное деяние заключается в изготовлении любым способом, а также в рекламировании и распространении материалов и предметов порнографического характера.

Изготовление может состоять в полном создании изобразительного, литературного, музыкального и прочего материала, но может выражаться и в переделке, дополнении уже имеющегося произведения.

Рекламирование выражается в сообщении гражданам о наличии порнографических материалов, об их содержании, условиях приобретения. Рекламирование может осуществляться путем выставления в витринах порнографических материалов и предметов, в сообщении о них в средствах массовой информации, листовках.

Распространение заключается в доведении до сведения других лиц материалов и предметов порнографического характера. Это может быть показ рисованных изображений, видеофильмов, журналов, передача литературных порнографических произведений, чтение их вслух, организация и показ порнографических шоу и т. п.

Незаконная торговля печатными изданиями, кино- или видеоматериалами, изображениями или иными предметами порнографического характера квалифицируется также по статье 242 УК. Хотя торговля является одной из форм распространения, законодатель выделил ее в самостоятельный состав преступления. Незаконная торговля заключается в торговле порнографическими материалами без лицензии, в запрещенных местах, в нарушении порядка торговли указанными предметами, продаже порнографических материалов и предметов несовершеннолетним и т. п.

Статья 242¹ содержит квалифицированный состав преступления, заключающийся в изготовлении и обороте материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних.

Следует иметь в виду, что определение характера материалов и предметов необходимо осуществлять на основе заключения соответствующих экспертиз (искусствоведческих, литературоведческих, сексологических и др.), так как разграничить порнографию и эротическое искусство порой бывает очень сложно.

Так, по делу Ф. следственные органы расценили как порнографическое сочинение «Кама Сутра» — известный памятник индийской народной литературы, а по делу Х. решался вопрос об оценке книги врача Т. Г. Ван-де-Вельде «Техника брака». В обоих случаях эксперты не признали порнографического характера указанных произведений.

Мотивы преступлений, предусмотренных статьями 242 и 242¹ Уголовного Кодекса РФ, на квалификацию деяний не влияют.

В настоящее время Уголовный кодекс РФ, в отличие от УК РСФСР устанавливает ответственность только за незаконное распространение порнографических материалов и предметов.

Сложность состоит в том, что на сегодняшний момент в Российской Федерации нет закона о порнографии, нет единого общепринятого определения порнографии. Это может свидетельствовать о ложной бланкетности нормы статьи 242 УК РФ. Скорее всего, вводя в действие Кодекс, законодатель

¹ См.: Коновалова Л.В. Растерянное общество: критика современной буржуазной социологии и психологии морали. — М., 1986; Григорьянц А.Г. «Психологическая война» и современная культура. — М., 1985; Выдрин Д.И. Все на продажу: грани кризиса буржуазного искусства. — Киев, 1988.

² См.: Комментарий к Уголовному кодексу РФ / Под общ. ред. В.М. Лебедева — М., 2002. — С. 593.

планировал принять дополнительно нормативный акт, определяющий оборот порнографических материалов, как это сделано в Украине. Нечеткость правового определения понятия порнографии, которое сегодня используется в нашем законодательстве, создает опасность двойственной или неправильной интерпретации этого явления и, как следствие, затруднения в реализации данной нормы уголовного права.

Искусствоведческие экспертные решения отнесения фильмов к категории порнографических включают восемь критериев¹:

1. Отсутствие концепции фильма и художественных принципов его построения (сюжета, интриги, драматургической разработки действия и т. д.).

2. Основное экранное время посвящено показу физиологии полового акта.

3. Отдельные сцены и эпизоды повествовательно не мотивированы.

4. Антураж, костюмы, музыкальный фон, композиционные решения и другие средства художественной выразительности используются в иллюстративно-формальных целях.

5. Персонажи предстают лишь символами пола, не имеют характеров, психологически не проработаны, поданы лишь как носители различных типов темперамента, телосложения и т. п.

6. Однозначность изображаемого, отсутствие в нем метафорических смыслов, образных решений и других признаков художественной речи.

7. Операторские решения (крупный план, прямые ракурсы, направленное освещение) ориентированы на детальный показ механики полового акта.

8. Диалоги действующих лиц скупы, не индивидуализированы, формальны или вовсе отсутствуют, шумы используются исключительно для подчеркивания акустических фактур полового акта.

Рассмотрим законодательные решения запрета порнографии в зарубежных странах:

1. Нормы о порнографии в странах англо-американской (общей) правовой системы.

1. Уголовное законодательство Великобритании, регулирующее общественные отношения в сфере нравственности, недавно претерпело ряд изменений на основании Закона об уголовном праве и общественном порядке от 1994 года². В основном поправки были вызваны опасениями по поводу детской порнографии, а также стремлением привести устаревшие законы в соответствие с технологическими изменениями. Закон об оскорблении общественной нравственности 1959 и 1964 годов был взят за основу законодательства, направленного на борьбу с порнографическими материалами любых видов на территории Соединенного Королевства. В настоящее время более жесткому контролю подвергаются материалы на сексуальную тему с изображением детей. Недавние случаи появления детской порнографии в Интернете привели к созданию кодекса и горячей линии «Страж Интернета». На них нет запрета, как в случае с продажей товаров, на которых изображены взрослые и которые просто являются «оскорбительными». Однако раздел 42 Закона о таможене и консолидации от 1876 года запрещает ввоз в Великобританию недостойных и оскорбляющих нравственность печатных изданий, картин, фотографий, книг, литографических открыток, гравюр или других недостойных и оскорбляющих нравственность предметов.

В Законе о защите детства 1978 года запрещается использование детей для порнографических фото, даже если никакие другие формы сексуального насилия не имели место. Раздел 84 Закона об уголовном праве и общественном порядке 1994 года расширил свои границы до охвата так называемых псевдофотографий детей, созданных с помощью компьютерных программ, использующих более чем одну картинку. Преступлением считается обладание недостойной фотографией или псевдофотографией ребенка. Именно эта статья была применена в «Деле Бирмингемского университета». Ответчикам было предъявлено 18 обвинений в связи с нарушением Закона о защите детства 1978 года, Закона о публикации оскорбительных материалов 1959 года и Закона об уголовном праве и общественном порядке 1994 года. На суде они утверждали, что поскольку картинки хранились на жестком диске компьютера, их нельзя считать фотографиями и, следовательно, их действия не подпадают по действие законов о публикации аморальных материалов. Судья же решил, что компьютерные образы могут по закону считаться фотографиями; согласно закону, порнографический компьютерный образ приравнен к фотографии.

Также к псевдофотографиям, согласно пункту 8 статьи 84 Закона об уголовном праве и общественном порядке, относятся непристойные изображения взрослого в роли ребенка, если визуально создается впечатление, что на фотографии изображен несовершеннолетний.

Данная норма отличает английское законодательство в области порнографии от остальных стран. Думается, вполне логично и правомерно приравнять изображение взрослого статиста к фотогра-

¹ См.: *Осокин Р.Б.* Уголовная ответственность за незаконное распространение порнографических материалов или предметов: Учебное пособие / Р.Б. Осокин, М.В. Денисенко. — М., 2005. — С. 15.

² Компьютерная порнография: Сравнительное исследование законов США и Великобритании по оскорблению общественной нравственности и детской порнографии в связи с Интернетом // *Международный обзор законодательства по компьютерам и технологии.* — 1996. — № 2. — Т. 10. — С. 235—261.

фии несовершеннолетнего, если потребитель использует данную продукцию, полагая, что созерцает на несовершеннолетнего, тем самым удовлетворяя свои сексуальные потребности. Негативное воздействие данного деяния в равной степени затрагивает интересы несовершеннолетних и порождает возможное насилие. Недаром сейчас во всем мире остро стоит вопрос о противодействии педофилии и защите интересов ребенка.

2. В США распространение порнографии легализовано и защищается I поправкой к Конституции (о свободе слова и печати). Но, важно отметить, что термин «порнография» в американском праве имеет несколько иное значение: по характеру юридической оценки законодателем и обществом ближе всего к нашему определению «разрешенной эротика». Российское же понятие «эротика» в США расценивается как «завуалированная порнография» (softcore) и может быть ограничена в обороте. Уголовно-правовой оценке в федеральном уголовном законодательстве и в уголовных кодексах штатов США подлежат только «непристойные публикации» (незаконная порнография)¹.

Под законной порнографией многие американские юристы в настоящее время понимают «...фотографии, фильмы, литературу или иные предметы, предназначенные для сексуального возбуждения и характеризующиеся откровенным изображением сексуальных действий», а непристойность (obscene), то есть незаконная порнография, определяется ими как «изображение сексуальных действий в отвратительной или отталкивающей манере».

В США критерий художественной ценности не зафиксирован в федеральном законодательстве, однако он получил признание в судебной практике. В 1973 году, рассматривая дело «Миллер против штата Калифорния», Верховный суд США среди принципов, позволяющих определить, является ли работа непристойной, назвал отсутствие у произведения в целом литературной, художественной, политической или научной ценности²:

Миллер обвинялся в том, что, занимаясь книготорговлей, он в целях рекламной акции стал рассылать бесплатно разным адресатам проспекты, в которых описывались и предлагались на продажу так называемые книги для взрослых. Один из адресатов, который посчитал предлагаемую продукцию «непристойной» сообщил об этом в полицию. Миллера арестовали, установили факт еще четырех подобных почтовых отправок и привлекли к уголовной ответственности по статье 311. 2(a) УК Калифорнии за рассылку изданий «с откровенным сексуальным материалом». Судом было установлено, что предлагаемые проспекты содержали иллюстрации из рекламируемых книг, вполне откровенно изображавшие половой акт. Действия Миллера были квалифицированы как мисдиминор — менее тяжкое преступление, караемое до 1 года лишения свободы или штрафом, и осудили.

Миллер решил отстоять свои права, и, сославшись на I поправку к Конституции, подал апелляцию в Верховный суд США. Суд, рассмотрев это дело, пришел к выводу, что «...наличие связи между порнографией и антиобщественным поведением невозможно ни доказать, ни опровергнуть». В связи с чем, Верховный суд провозгласил следующее: «Судом достаточно говорилось о том, что непристойные материалы не охраняются I поправкой; I и XIV поправки никогда не считались абсолютными. Мы, однако, признаем существование незримой опасности для свобод в деле регламентации какой-либо формы самовыражения человека. Предмет регулирования статутов штатов, принимаемых с целью регламентации непристойных материалов должен быть тщательно ограничен. Мы теперь сужаем допустимый объем такого регулирования до работ, которые изображают или описывают сексуальные действия».

Не детализируя признаки «непристойности», Верховный суд все же рекомендовал законодательным органам и судам придерживаться следующей схемы: считать «непристойными» такие материалы, которые:

- а) содержат явно отталкивающие изображения или описания физиологически откровенных половых актов, нормальных или в извращенной форме, реальных или имитируемых;
- б) представляют собой явно отталкивающее изображение или описание мастурбации, экскреторных функций и похотливого изображения половых органов.

Еще в 1984 году в США был принят закон «О защите детей от сексуальной эксплуатации», нормы которого запрещают производство, распространение, владение или просмотр порнографических материалов с участием детей до 16 лет. Этот нормативный акт рассматривает распространение детской порнографии как более серьезное преступление, которое уже не подпадает под определение преступления против морали (преступления без жертв) и влечет более суровое наказание. Но понятие детской порнографии в нем не конкретизируется.

В настоящее время внимание американских судов и законодателей сконцентрировано на пресечении оборота детской порнографии. Верховным судом вынесен ряд решений, определяющих исключения из I поправки Конституции в отношении свободы слова, касающихся распространения непри-

¹ Социально-правовая защита детей от сексуальной эксплуатации и растления: Материалы парламентских слушаний. 4 февраля 2002 года. — М., 2003. — С. 134.

² Miller v. California, 413 U.S. 15, 24 (1973).

стойности, детской порнографии и высказываний, способных нанести вред детям¹. Производство, распространение, владение или просмотр порнографической продукции с участием детей до 16 лет преследуется по федеральному закону США «О защите детей от сексуальной эксплуатации» (1984 г.) и по законам штатов, а 25 июня 2002 года был принят закон «О борьбе с детской порнографией».

Статья 2251 Свода законов США предусматривает ответственность за производство (с целью распространения) материалов, содержащих:

- изображения полового акта или иных действий сексуального характера с участием несовершеннолетних;
- изображения сексуальных действий с животными;
- изображения сексуальных действий, связанных с реальным или имитируемым насилием (садомазохизмом).

Статья 2252 устанавливает ответственность за распространение во всех формах и хранение порнографических материалов с изображением несовершеннолетних, а также вовлечение несовершеннолетних в создание таких материалов².

II. Нормы порнографии в уголовном законодательстве стран романо-германской (континентальной) правовой системы.

Романо-германская правовая система, которая возникла в результате рецепции в средние века римского права, в настоящее время объединяет практически все европейские страны. Оказала она большое влияние на формирование правового пространства в Латинской Америке и во многих азиатских и африканских странах. Бесспорным является и тот факт, что и российское право, в целом, относится к этой правовой системе.

Одной из характерных черт романо-германской правовой семьи является тесная взаимосвязь права с нравственностью, которая оказывает существенное влияние на «движение» законодательства. В этой связи в данной правовой группе понятие порнографии более регламентировано, чем в общей правовой семье. Однако нормы об ответственности за распространение порнографии в разных странах не только различаются между собой, но иногда и противоречат международно-правовым документам.

1. В Германии материал считается непристойным, если его содержание «способствует развращению и растлению граждан». Германское уложение от 1871 года оперировало понятием «бесстыдные произведения», которые направлены на возбуждение полового инстинкта и грубо нарушают пристойность в половом отношении³. В Германии уголовный кодекс предусматривает наказание за продажу порнографических материалов лицам моложе 18 лет. Также запрещено распространение порнографии, которая «изображает насилие, надругательство над детьми или издевательство над ними, или сексуальные действия с детьми».

Согласно УК Германии (§ 184) запрещается производить следующие действия с порнографическими изданиями:

- предлагать, предоставлять или делать доступными лицу, не достигшему восемнадцати лет;
- выставлять, вывешивать, демонстрировать или иным образом делать их доступными там, где они будут доступны или их могут увидеть лица, не достигшие восемнадцатилетнего возраста;
- предлагать или передавать другим в розничной торговле вне торговых помещений, в киосках или других местах торговли, которые не доступны для посетителей, в порядке посылочной торговли, профессиональных библиотек или читальных залах;
- предлагать или передавать другому путем осуществляемой в виде промысла сдачи напрокат или подобного профессионального предоставления для употребления, исключая торговые заведения, в которые лица моложе восемнадцати лет не допускаются и порнографические материалы в которых не могут быть ими увидены;
- организовывать их ввоз посредством рассылочной торговли;
- предлагать, сообщать о них или реализовать их публично в том месте, которое доступно лицам моложе восемнадцати лет или которое может быть ими замечено, или распространять печатные материалы вне пределов делового оборота, осуществляемого соответствующей торговлей;
- делать доступным для другого лица без соответствующего требования с его стороны; демонстрировать в публичном кинопрокате за плату, которая для такого проката требуется всегда или в преобладающих случаях;
- производить, получать, поставлять, заготавливать или завозить, чтобы использовать их или части из них для указанных целей, или сделать возможным такое использование, или предпринимать вывоз из страны, чтобы их или часть их за рубежом, в нарушение действующих там уголовно-право-

¹ *Cohen H.* Legislative attorney American Law Division // LCRS Reports for Congress. Freedom of speech and Press: Exeptions to the First Amendment. — 1995. — November 7. — P. 3.

² *Рихтер А.* Порнография по-американски // *Internews*. — 1996. — December.

³ *Люблинский П.И.* Преступления в области половых отношений. — М.; Л., 1925. — С. 209—210.

вых норм, распространять или сделать доступными для публики, или создать возможность для подобного употребления;

- передавать порнографическую продукцию по радио;
- распространять порноматериалы, содержащие изображение насильственных сексуальных действий с детьми или людей с животными¹.

2. Под порнографией, согласно статье 204 УК Норвегии, следует понимать сексуальные изображения, которые действуют вызывающе или иным способом умаляют ценность человека, разлагают и унижают; сексуальные изображения включают те, в которых используются дети, трупы, животные, насилие и принуждение. Под детской порнографией подразумеваются движущиеся и статичные сексуальные изображения с использованием детей, тех, кто считается детьми или тех, кого представляют как детей. Так, в § 382 главы 38 указывается на ответственность лица, которое во время своей коммерческой деятельности производит, предоставляет для продажи или проката, распространяет фильмы, видеoprogramмы или аналогичные материалы, в которых в развлекательных целях представлено недозволительное использование сцен грубого насилия. Также подлежит наказанию лицо, которое использует сцены грубого насилия при общественных показах в телевизионных передачах или при ретрансляции таких передач в Норвегии. Далее норвежский законодатель уточняет, норма не действует в отношении фильма или видеоматериала, одобренного при предварительном контроле Госфильмнадзором для коммерческого показа или продажи. При этом порнографией не считаются сексуальные изображения, которые должны рассматриваться как дозволительные с художественной, научной, информационной или подобной точки зрения².

3. По статье 227-23 Уголовного кодекса Франции ответственность наступает за фиксацию, запись или передачу изображения или снимка несовершеннолетнего лица с целью распространения, если такое изображение или такой снимок имеют порнографический характер, а также за распространение такого изображения или снимка, его ввоз или вывоз и организацию его ввоза или вывоза. По УК Франции (статья 227-24) изготовление, перевозка и распространение порнографии наказываются только в тех случаях, когда это сообщение может увидеть или воспринять несовершеннолетний³.

4. Уголовное законодательство Швейцарии (часть 5 статьи 197 пятого раздела «Преступные деяния против половой неприкосновенности» УК Швейцарии) предусматривает ответственность за:

- предложение, показ, представление или распространение порнографической продукции лицу, не достигшему шестнадцати лет;
- публичный показ указанной продукции;
- изготовление, ввоз, хранение, оборот и иные действия с предметами, которые по своему содержанию включают в себя сексуальные действия с детьми или животными, с человеческими экскрементами или насильственную деятельность⁴.

По Уголовному Кодексу Швейцарии предметы или показы не являются порнографическими, если они имеют охраняемую культурную или научную ценность.

5. По статье 128 Уголовного кодекса Аргентины ответственности подлежит лицо, которое:

- изготавливает или публикует порнографические изображения лиц, не достигших восемнадцати лет;
- организывает живое представление с порнографическими сценами с участием указанных несовершеннолетних;
- распространяет порнографическую продукцию, внешние характеристики которой явно указывают на то, что изображены лица, не достигшие восемнадцати лет⁵.

Данная формулировка позволяет привлекать к ответственности лиц, которые могли не знать фактического возраста привлекаемых ими лиц, однако в силу внешних обстоятельств должны были предположить их несовершеннолетие. Статья 128 УК Аргентины предусматривает также ответственность за предоставление доступа на порнографические спектакли или к порнографическим материалам лицам, не достигшим четырнадцати лет.

III. Регламентация порнографии в странах бывшего Советского Союза.

1. Согласно Закону Украины «О защите общественной морали от продукции, пропагандирующей порнографию» 2003 года (ст. 1), порнография — вульгарно-натуралистическая, циничная, неприличная фиксация половых актов, самоцельная, специальная демонстрация гениталий, неэтичных сцен полового акта, сексуальных отклонений, зарисовок в натуре, которые не соответствуют моральным критериям, оскорбляют честь и достоинство человека, пробуждая недостойные инстинкты.

¹ Уголовный кодекс ФРГ / Пер. с нем. Н.С. Рачковой. — СПб., 2003.

² Уголовный кодекс Норвегии. — М., 2001. — С. 191—192.

³ Уголовный кодекс Франции / Науч. ред. Л.В. Головки, Н.Е. Крылова; Пер. с фр. Н.Е. Крыловой. — СПб., 2002. — С. 273—274.

⁴ Уголовный кодекс Швеции. — М., 2000. — С. 70.

⁵ Уголовный кодекс Аргентины / Науч. ред. Ю.В. Голик; Пер. с исп. Л.Д. Ройзенбурта. — СПб., 2003. — С. 109—110.

Под продукцией эротического характера понимаются любые материальные объекты, предметы, печатная, аудио-, видеопродукция, в том числе реклама, сообщения и материалы, продукция средств массовой информации, электронных средств массовой информации, которые содержат информацию эротического характера, имеют целью достижение эстетического эффекта, сориентированы на взрослое население и не возбуждают у аудитории низменных инстинктов, не являются оскорбительными.

Под продукцией порнографического характера понимаются любые материальные объекты, предметы, печатная, аудио-, видеопродукция, в том числе реклама, сообщения и материалы, продукция средств массовой информации, электронных средств массовой информации, содержанием которых является детальное изображение анатомических или физиологических подробностей сексуальных действий или которые содержат информацию порнографического характера.

Продукция сексуального характера — любые материальные объекты, предметы, печатная, аудио-, видеопродукция, в том числе реклама, сообщения и материалы, продукция средств массовой информации, электронных средств массовой информации, предназначенные для удовлетворения сексуальных потребностей человека¹.

Статья 2 Закона запрещает производство и обращение в любой форме продукции порнографического характера в Украине. Статья 6 конкретизирует данную норму: запрещено производство и ввоз в Украину произведений, изображений, других предметов порнографического характера с целью сбыта или распространения, их изготовление, перевозка или другое перемещение, реклама, сбыт или распространение; обращение, демонстрация и прокат печатных изданий, кино-, аудио-, видео-, радио-, телепродукции, материалов на электронных носителях, других видов продукции, пропагандирующей порнографию.

Критерии отнесения продукции к имеющей порнографический характер устанавливаются специально уполномоченным органом исполнительной власти в сфере культуры и искусств.

Производство и обращение в любой форме продукции эротического характера и продукции, содержащей элементы насилия и жестокости, разрешаются исключительно при условии соблюдения ограничений, установленных законодательством.

Действие Закона также направлено на защиту несовершеннолетних от негативного влияния порнографической продукции. Согласно статье 7 образ несовершеннолетних запрещается использовать не только в порнографических материалах и шоу, но и в продукции и шоу сексуального или эротического характера.

Тем не менее, Закон «О защите общественной морали от продукции, пропагандирующей порнографию» все же не содержит понятия детской порнографии.

Уголовный Кодекс Украины в 301 статье налагает ответственность за ввоз, распространение, изготовление, хранение, перевозку или другое перемещение произведений, изображений или других предметов порнографического характера с целью сбыта.

Как квалифицирующий признак отмечены те же деяния, но совершенные относительно кино- и видеопродукции, компьютерных программ порнографического характера, а так же сбыт несовершеннолетним вышеуказанных предметов (ч. 2 ст. 301 УК Украины).

Одним из особо квалифицирующих признаков является распространение предметов порнографического характера, содержащих детскую порнографию, или принуждение несовершеннолетних к участию в создании произведений, изображений или кино- и видеопродукции, компьютерных программ порнографического характера (ч. 4 ст. 301 УК Украины)².

2. По определению Закона Республики Казахстан «О культуре» от 24 декабря 1996 года № 56-1 (ст. 1) порнография — «непристойность, крайняя циничность в изображении чего-либо, касающегося пола, половых отношений».

Критерии отличия порнографических и эротических материалов, разработанные специалистами Центра судебной экспертизы Министерства юстиции Республики Казахстан³, основаны на экспертном исследовании объектов по замыслу (содержание) и воплощению.

По замыслу (содержанию):

а) эротика предполагает наличие основной сюжетной линии, показывающей всю сложность и глубину человеческих переживаний, где показ сексуальных сцен является органическим продолжением, подтверждением глубоких эмоциональных переживаний героев. Замысел порнографии достаточно одномерен, аналитичен и включает лишь одну идею — показ натурализма области гениталий и самого полового акта;

¹ www.medialow.ru

² www.meget.kiev.ua

³ Введенский Г.Е. Медицинские аспекты проблемы дефиниции порнографии / Г.Е. Введенский, А.А. Ткаченко // Преступность в России: Материалы Международной научно-практической конференции ВНИИ МВД. — М., 2004. — С. 172—175.

б) эротическое искусство самоценно, не утилитарно, оно исследует человеческий мир, открывает в нем новые грани — порнография жестко функциональна, она вызывает только сексуальное возбуждение;

в) целью эротики является показ новых сторон человеческого бытия, еще не понятых и не принятых массовым сознанием и отчасти нарушающих обыденные нормы благопристойности — порнография оперирует стандартными клише и, вследствие этого, ее основной целью является нарушение общественных условностей, спекуляция на дефиците новизны — показе необычных форм половой жизни, сильнее возбуждающих людей;

г) эротика — это, прежде всего, средство свободного самовыражения художника. Порнография — это коммерция, тиражирование, массовость, стандартность — производство, нацеленное на получение прибыли;

д) эротика индивидуальна: как в исполнении, так и в предмете ее интересует неповторимое, своеобразное; порнография имеет дело со стандартным, деиндивидуализированным сексом, ее предметом является не личность, не индивидуальное тело, а гениталии;

е) эротическое искусство расширяет границы человеческой свободы, возводит в культ красоту человеческого отношений посредством показа красоты тела — порнография отрицает нравственность, унижает человека, превращая его в объект сексуальных манипуляций. В частности, унижение женщины показано посредством пропаганды традиционной идеологии мужского господства, закрепляя право на сексуальную эксплуатацию женщин.

По воплощению (приемам и средствам):

а) приемы и средства воплощения эротики используются таким образом, что увиденное или прочтенное скорее соблазняет и намекает на сексуальные действия, стимулирует, нежели показывает их. Приемы и средства порнографии используются только для демонстрации чистой физиологии — натурализма гениталий и половых отношений;

б) по степени откровенности и детализации в эротических произведениях основное экранное время либо основной объем печатного текста посвящен отражению развития интимных, личностных отношений, демонстрации красоты тела и чувств человека. При этом каждое действующее лицо наделяется определенным характером, их поступки окрашены эмоциональным и психологическим содержанием. Показ отдельных элементов сексуальных отношений не является самоцелью, а используется для подчеркивания психологической глубины эмоциональных переживаний героев. При демонстрации того или иного фрагмента интимных, в том числе, сексуальных отношений, а также обнаженных тел (мужских, женских) используется общий либо средний план; отсутствуют прямые ракурсы съемок и направленность освещения; отсутствует акцент на анатомо-физиологических особенностях половых органов. В порнографии — преимущественное использование крупного плана, направленности освещения, а также прямых ракурсов съемки, с целью фиксации деталей того или иного фрагмента сексуальных отношений, либо анатомо-физиологических подробностей половых органов, актов естественных отправлений человеческого организма и пр. В печатных изданиях представление в натуралистической форме физиологии совокупления дается путем подробного описания сцен полового акта, их вариантов, различных форм сексуальных отклонений, анатомо-физиологических особенностей половых органов, актов естественных отправлений человеческого организма и пр., причем в таких понятиях и выражениях, когда они интерпретируются однозначно — без какого-либо иного смысла, кроме грубо-натуралистического с указанием частных деталей того или иного фрагмента сексуальных отношений. Описываемые действия и детали представляются в непристойной форме, с использованием нецензурных выражений, а также набора терминов, которые отражают интимную и сексуальную сторону половых отношений в грубо вульгарном, пошлом виде.

IV. Социалистические правовые системы.

1. Большим достижением китайского уголовного законодательства является закрепление определения порнографических материалов и предметов. В статье 367 Уголовного Кодекса Китайской Народной Республики под порнографической продукцией понимаются «печатные издания, фотографии, видеокассеты, аудиокассеты, картины и иная продукция порнографического характера, подробно описывающая сексуальные действия или откровенно пропагандирующая секс». Издания научного характера по физиологии человека или медицине не являются порнографией. Произведения литературы и искусства сексуального (эротического) содержания не подпадают под определение порнографии, только если они имеют художественную ценность¹. Уголовный кодекс КНР предусматривает следующие уголовно-правовые нормы, направленных на пресечение оборота порнографии: статья 152 закрепляет ответственность за контрабанду порнографических кинокопий, видео- и аудио- продукции, изображений, литературы или других предметов порнографического содержания. В статье 363 Кодекса уголовно наказуемыми признаются следующие действия: производство, копирование, торговля и распространение порнографических предметов. Здесь же содержится указание на специаль-

¹ См.: Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Пер. Д.В. Вичикова. — СПб., 2001. — С. 268.

ную цель преступления — извлечение прибыли. Следовательно, совершение этих действий по иным мотивам и ради других целей не образует состава преступления. В статье 364 УК КНР предусматривается ответственность за иные способы распространения порнографических предметов (за организацию показа порнографических фильмов, видео- или иной аудиовизуальной продукции). Статья 365 УК КНР специфическим способом распространения порнографии признает организацию показа порнографического шоу¹.

Существенной новеллой в УК КНР является статья 366, в которой предусматривается уголовная ответственность юридических лиц (в виде штрафа) и их должностных лиц за совершение действий, перечисленных в статьях 363—365.

Таким образом, китайская уголовно-правовая доктрина на сегодняшний день выработала относительно четкие критерии определения порнографии, а уголовное законодательство КНР в части борьбы с распространением порнографии является, несмотря на свою строгость, довольно прогрессивным.

Подводя итог вышеизложенному, можно выделить два основных, принципиальных подхода к ответственности за это социально-правовое явление. Один из них исходит из допущения возможности легального оборота порнографии в строго ограниченных пределах, второй сводится к полному запрету такого оборота под страхом уголовного наказания.

Режим частичной легализации порнографии получает все большее распространение в последние годы, прежде всего среди стран Европы и Америки. В настоящее время он существует в таких государствах, как Австралия, Австрия, Азербайджан, Албания, Армения, Бельгия, Федерация Боснии и Герцеговины, Венгрия, Германия, Грузия, Дания, Испания, Казахстан, Колумбия, Коста-Рика, Латвия, Македония, Нидерланды, Норвегия, Перу, Польша, РФ, Сальвадор, Словения, США, Таджикистан, Узбекистан, Франция, Чехия, Швейцария, Швеция, Эстония, Япония.

В некоторых странах (Германия, Латвия, Финляндия, Чехия, Швейцария) уголовный законодатель делит всю порнографическую продукцию на две категории: относительно допустимую и абсолютно недопустимую. К последней категории относятся детская порнография, а также изображение насильственных сексуальных действий и некоторых половых извращений².

Следует отметить, что определение порнографических материалов или предметов в уголовных законодательствах различных стран встречается крайне редко. Исключением является УК Норвегии, содержащий указанное понятие. В некоторых законах, например в Уголовных кодексах Китая и Швейцарии, закреплено, что порнографией не являются материалы, которые имеют охраняемую культурную или научную ценность. Скорее определение регламентировано отдельным законом. По такому же пути, по нашему мнению, должно пойти и российское законодательство.

Часть действий с порнографической продукцией (изготовление, перемещение) в ряде стран наказуемы только при наличии цели — последующего сбыта указанной продукции. В других странах — только при наличии корыстных целей распространения запрещенной продукции.

С принятием действующего Уголовного Кодекса РФ в России формально произошла частичная декриминализация порнографии. Нынешнюю редакцию статьи 242 УК РФ следует рассматривать как признание законодателем принципиальной возможности существования легального, законного оборота порнографических изданий. Однако указанная норма носит, по сути, бланкетный характер, и ее применение до издания специального законодательства об обороте продукции сексуального характера представляется невозможным. Возможность принятия в Российской Федерации такого законодательства находится в жесткой зависимости от степени готовности для этого социально-культурных условий.

¹ Энциклопедия нового Уголовного кодекса КНР. — Пекин, 1997. — С. 1214.

² Капинус О.С. Ответственность за порнографию в современном уголовном праве / О.С. Капинус, В.Н. Додонов // www.flm.ru

М.Л. Давыдова

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

Нормативность юридической техники: к вопросу о механизме действия правотворческих правил и средств

Нормативность в юридической литературе традиционно считается одним из существенных свойств права. При этом содержание данного свойства раскрывается теоретиками права по-разному. Достаточно часто оно интерпретируется следующим образом: нормативность означает, что право — это система норм¹. Кроме очевидной тавтологичности этого положения, следует заметить, что оно требует дальнейшего пояснения, раскрытия особенностей правовых норм — типовых стандартов, идеальных моделей поведения людей. При этом проблема переносится с признаков права на признаки правовых норм², что неправильно, с точки зрения теории систем. Свойства системы в целом не могут быть сведены к свойствам ее элементов.

Второй подход к понятию нормативности права отождествляет ее с понятием «общий характер»³. При этом в качестве универсальных признаков нормативности выступают:

- а) неконкретность (неперсонифицированность) адресата;
- б) возможность неоднократного применения;
- в) сохранение действия независимо от исполнения⁴.

Некоторые авторы считают необходимыми и достаточными только первые два признака. Сохранение действия правила является, по их мнению, свойством, производным от возможности его неоднократного применения⁵. Благодаря названным свойствам право может охватить любой круг лиц, а также любой круг явлений и процессов. Нормативность в подобной интерпретации выступает преимущественно как свойство *позитивного права*.

Третий подход к понятию нормативности выходит за рамки позитивизма, признавая, что нормативность — явление не сугубо правовое. Она коренится в природе человека и присуща любому обществу. В этом контексте *нормативность* выступает как универсальная закономерность социального развития, которая состоит в том, что у общества есть внутренняя потребность в определенной упорядоченности⁶. Рассматриваемое явление включает в себя, с одной стороны, *нормативность реальной жизни* (ее упорядоченность, нормальность, объективно сложившийся ход вещей), а с другой, — *нормативные требования права* (установленные государством образцы, эталоны поведения). Если эти два нормативных потока не противостоят друг другу, а объединяются — в обществе господствует *правопорядок*⁷. При таком понимании нормативность не производна от совокупности правовых норм и проявляется не только в позитивном праве, но и в правосознании, правопорядке, правореализации, юридической практике и т. д.

Подобное понимание нормативности права позволяет связывать данное его качество не только с велениями, имеющими общий характер, но и с индивидуальными правовыми предписаниями. Признавая, что индивидуальным велениям присуща определенная доля нормативности, ученые исходят из того, что нормативность как важнейшее существенное качество права характеризует в той или иной мере все его проявления. Нормированность, правильность, упорядоченность заложена в природе самого права. Любое его предписание (в том числе, индивидуальное) есть упорядочение, приведение к норме человеческих отношений. Вероятно, именно в этом смысле В.А. Сапун говорит об уровнях нормативности: общеобязательном (нормативность типичных источников права), субсидиарном (норма-

¹ См.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков): Монография. — 2-е изд., доп. — М., 2005. — С. 63.

² Что, в частности, делает М.И. Байтин, включая в систему признаков права подсистему признаков правовых норм, вытекающих из свойства нормативности права. См.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков): Монография. — 2-е изд., доп. — М., 2005. — С. 63.

³ См.: Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. — М., 1967. — С. 43; Блохин Ю.В. Критерии отграничения нормативно-правовых предписаний от ненормативных в советском законодательстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1991. — С. 6.

⁴ См. там же.

⁵ См.: Самощенко И.С. Понятие нормативного акта как предмета систематизации // Теоретические вопросы систематизации советского законодательства. — М., 1962. — С. 62—66.

⁶ Липатов Э.Г. Нормативность правовых явлений: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 1996. — С. 11.

⁷ Там же. — С. 25.

тивность нетипичных источников), корпоративном (нормативность локальных правовых актов) и индивидуальном (нормативность частного договора)¹. При определенной спорности подобной трактовки необходимо признать, что она позволяет провести очень важную мысль: внутренние свойства права проявляют себя не только в праве позитивном, но и на всех уровнях правовой действительности².

Итак, нормативность в различной мере присуща всем правовым велениям. В каком-то случае это «задание», установление нормы (здесь речь идет о нормативно-правовом предписании), в каком-то — приведение к норме (именно такую роль играет индивидуальное предписание). Всегда, когда дело касается правовых регуляторов, мы говорим о нормировании социальной жизни, об обеспечении ее нормальности. Внешне, с формальной стороны это свойство обеспечивается наличием властного компонента, а с содержательной — соответствием конкретного предписания (общего или индивидуального) целостной системе социальных и правовых нормативов.

В этом контексте вполне правомерно говорить и о нормативности юридической техники, то есть тех правил и приемов, которые обеспечивают качество юридической деятельности, составляя инструментальную часть юридической практики. Действенность и эффективность этих правил также имеют свои основания, позволяющие говорить о формальном и содержательном аспектах их нормативности. Таким образом, вопрос о нормативности юридической техники (и техники правотворчества, как основного ее вида) — это вопрос о том, что является источником составляющих ее правил и средств и почему они соблюдаются в процессе профессиональной юридической деятельности.

Правила, лежащие в основе деятельности юриста и обеспечивающие качественные характеристики самого процесса этой деятельности и ее результата, могут существовать в различных формах.

1. Они могут быть официально закреплены в нормативно-правовых актах. К подобным актам, безусловно, относятся Правила подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации. Содержатся технико-юридические правила в региональных законах о нормативно-правовых актах и, конечно, содержались бы в аналогичном федеральном законе, если бы он был принят. Роль подобных общеобязательных правил юридической техники в упорядочении юридической деятельности, установлении единых основ ее осуществления чрезвычайно велика. Однако представляют собой они лишь самый верхний и наиболее общий уровень в системе технико-юридического инструментария.

2. Источником гораздо большего числа правил и средств юридической техники является правовая доктрина. Разработанные наукой либо сформулированные в результате обобщения многовекового опыта юридической деятельности, эти правила составляют основу теоретического юридического знания. Наличие профессионального правового мышления, владение навыками *юридического конструирования*, квалифицированное использование презумпций, фикций и другого специфического технико-юридического инструментария — все это может быть лишь результатом фундаментального юридического образования.

3. Правила юридической техники могут фиксироваться и в локальных нормативных актах: ведомственных инструкциях или положениях, установленных частными организациями. Регламентируя самые разнообразные вопросы: от делопроизводства до межличностной коммуникации и требований дресс-кода, такие акты формируют особый пласт нормативов профессиональной юридической деятельности.

4. Своеобразным продолжением локального регулирования являются деловые обыкновения, традиции, типичные образцы поведения, сложившиеся в конкретной организации или сфере действия и соблюдаемые в процессе юридической деятельности в силу привычки и включенности в существующий порядок.

5. От деловых обыкновений следует отличать элементы самоорганизации, безусловно, имеющие место в работе юриста, когда технико-юридическое правило или подходящие средства решения конкретной профессиональной задачи вообще отсутствуют, и приходится подбирать их уже в процессе решения проблемы. Если выбор средств окажется достаточно рациональным, то впоследствии они могут перейти в разряд обыкновений либо сохраниться в арсенале конкретного юриста в качестве собственных «профессиональных секретов».

Механизм действия этих требований юридической техники может существенно различаться, часто без прямой связи с формой внешнего выражения правила. Представляется возможным объединить все технико-юридические правила в 4 группы в зависимости от того, что лежит в основе их соблюдения.

¹ Сапун В.А. Уровни нормативности источников российского права // Источники права: проблемы теории и практики: Материалы конференции. — М., 2008. — С. 102—106.

² Поэтому, кстати, в современной литературе то, что традиционно именуется «признаки права», все чаще рассматривают как его *внутренние свойства, сущностные качества* (Алексеев С.С. Восхождение к праву. — М., 2001. С. 49; Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. — М., 2008. — С. 51.) Подробнее об этом см.: Давыдова М.Л. Признаки права: попытка систематизации // Вестник СГАП. — 2005. — № 2. — С. 17—22.

1. Универсальные правила. Они отражают закономерности человеческой деятельности и поэтому механизм их действия сродни механизму действия технических норм. Закреплены такие правила могут быть в различных формах, но, независимо от этого, соблюдение их объективно необходимо, а, следовательно, в определенной мере, не связанным с волей субъекта деятельности. Сказанное вовсе не означает, что подобные правила применяются неосознанно. Однако несоблюдение таких правил влечет существенные дефекты результата юридической деятельности, поэтому, в конечном итоге оказывается, что не соблюдать их юрист не вправе. Примером могут служить законы логики, неизменно принимаемые во внимание в процессе формулирования правовых велений, их толкования юридической квалификации и других видах профессиональной деятельности юриста.

2. Доктринальные правила. Их действенность обеспечивается другими факторами. В первую очередь, это понимание логики права, его системной организации, знание закономерностей правового регулирования, умение говорить на языке той или иной отрасли права. К примеру, изменения, внесенные в уголовный кодекс без учета правил специфической юридической техники уголовного права, могут не только оказаться нежизнеспособными, но и внести диссонанс в работу уже действующих правовых норм¹. Эти правила нельзя назвать универсальными, в том смысле, что они не действуют в других, кроме правовой, сферах жизни общества, как, например, правила логики. В то же время, для юриста они составляют основу его профессионального знания. Именно к этой группе следует отнести правовые аксиомы, которые хоть и «признаются таковыми, не будучи в ряде случаев ни очевидными, ни признанными, ни истинными»², в рамках юридической парадигмы выступают как абсолютные истины.

3. Нормативно закрепленные правила. В отличие от правил первых двух групп, которые также могут быть зафиксированы в правовых актах, но в этом случае получают лишь дополнительное обеспечение, нормативные правила действуют именно в силу своей установленности на общегосударственном либо локальном уровнях. По объему правила рассматриваемой группы не совпадают с нормативными правилами, выделенными в предыдущей классификации. Если там речь шла лишь о форме внешнего выражения и, следовательно, подразумевались все правила юридической техники, получившие официальное закрепление, то в данном случае нам интересна только часть нормативно установленных правил. Например, если мы закрепим нормативно правила логики или правила русского языка, то соблюдаться они, безусловно, будут, но вовсе не потому, что записаны в нормативном акте.

4. Случайные правила. Они могут возникнуть как обыкновения в конкретной сфере деятельности или в конкретной организации. Такие правила не отражают глубинных закономерностей юридической практики, в их формировании большую роль может играть личностный фактор (например, правила, установленные конкретным руководителем, могут сохраниться в организации «по привычке» и после его ухода). Еще одной причиной появления подобных правил, особенно характерной для сферы правотворчества, является *правотворческая мода*³, когда законодатель вдруг «увлекается» использованием того или иного технико-юридического приема (например, слишком длинными наименованиями нормативных актов, включением или невключением преамбулы в текст закона, необоснованным расширением терминологического аппарата и т. п.). Нередко подобные приемы вызывают серьезную озабоченность ученых, возможные мотивы их использования законодателем становятся предметом жарких дискуссий, хотя на самом деле никакой научной обоснованности или конкретной целевой установки законодателя за этими приемами не стоит.

По нашему мнению, примером подобной ситуации явилась распространившаяся в первой половине 90-х годов XX века практика включения в преамбулу закона дефиниции ключевого юридического термина⁴. Преимущества такого способа закрепления правовой дефиниции довольно сомнительны, что, вероятнее всего, было осознано и самим законодателем, достаточно быстро потерявшим к нему интерес. Однако в научной среде это породило дискуссию, продолжающуюся до сих пор. Ряд авторитетных специалистов доказывают, что не только определение ключевого понятия, но и все дефиниции нормативно-правового акта стоит вынести за пределы его основного текста, поместив в преамбулу.

¹ Множество примеров подобных ситуаций было приведено в целом ряде докладов, прозвучавших на конференции (см. выступления Л.Л. Кругликова, С.Ф. Милюкова, С.С. Тихоновой и др.).

² Масленников А.В. Правовые аксиомы: Дис... канд. юрид. наук. — Владимир, 2006. — С. 12.

³ Это понятие было предложено нами в связи с исследованием технико-юридических особенностей действующих российских и предшествовавших им советских кодифицированных актов (Давыдова М.Л. Декларации, дефиниции и принципы современных российских кодексов: регулятивная роль и техника закрепления / М.Л. Давыдова, И.Ф. Лучихина // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25—26 сентября 2008 года) / Под ред. В.М. Баранова, Д.Г. Краснова. — Н. Новгород, 2009. — С. 343—353).

⁴ См., например: Закон РФ от 21 февраля 1992 года «О недрах»; Закон РФ от 7 февраля 1992 года «О защите прав потребителей»; Закон РФ от 28 ноября 1991 года «О гражданстве Российской Федерации»; Федеральный закон от 16 февраля 1995 года «О связи»; Федеральный закон от 14 марта 1995 года «Об особо охраняемых природных территориях»; Закон РФ от 10 июля 1992 года «Об образовании».

Так, Л.Ф. Апт обосновывала преимущество подобного метода тем, что «при проведении работ по инкорпорации гораздо проще удалить преамбулу с устаревшей терминологией, чем проектировать новую редакцию статей либо консолидировать нормативные положения разных актов по одному и тому же предмету регулирования»¹. Примечательно, что в более поздних работах автор склоняется к противоположному выводу². На целесообразности изложения дефиниций в преамбуле настаивают и В.М. Баранов и Л.К. Лутова³.

Ранее нами неоднократно приводились аргументы в пользу того, что помещать дефиниции основных понятий в преамбулу нормативного акта в принципе неверно с теоретической и практической точек зрения⁴. Это, с одной стороны, затрудняет возможность ссылок на них в правоприменительных актах (в случаях, когда это необходимо). С другой стороны, принижает их юридическое значение. Дефиниции представляют собой элементы системы законодательства, придающие ей устойчивость и стабильность. В их общем характере заложена потенциальная возможность приспосабливаться к меняющимся нормам, сохраняя свое действие на протяжении длительного времени. Поэтому стремление «выбросить» данные правовые веления за рамки основного текста закона вряд ли оправдано.

Нам представляется, что в деятельности современного отечественного законодателя довольно много подобных случайных правил. При этом стоит отметить, что некоторые из них могут быть достаточно устойчивыми и сохраняться в виде традиции в течение длительного времени.

На практике технико-юридические правила названных групп обычно действуют одновременно в различных сочетаниях. Так, анализируя правотворческие процедуры муниципальных представительных органов, можно заключить, что протокол заседания ведется в соответствии с нормативно установленными правилами: регламентом представительного органа и нормами делопроизводства. При этом сама по себе необходимость протоколирования хода обсуждения, безусловно, является универсальным правилом, так как обусловлена закономерностями человеческого мышления — особенностям памяти. В тоже время целый ряд организационных моментов, связанных с порядком ведения протокола, зависит от размера муниципального образования, численности представительного органа, объема его финансирования, личных инициатив его членов и других факторов. Поэтому в одних случаях обязанность вести протокол возлагается на одного из депутатов, в других — на технического секретаря; где-то обязательна аудиозапись заседания; сам протокол может составляться непосредственно во время заседания или оформляться уже после его окончания. Все эти правила — закрепленные в регламенте или действующие в качестве обыкновений — преимущественно носят случайный характер. Примечательно, что сами депутаты представительного органа и работники его аппарата зачастую убеждены в незыблемости и значимости подобных правил и бывают крайне удивлены, обнаружив, что аналогичные процедуры в других органах могут быть организованы совершенно иначе.

Таким образом, граница между универсальными, нормативными и случайными правилами юридической техники условна. С одной стороны, нормативно могут быть закреплены как универсальные, так и случайные по своей природе приемы и правила. С другой стороны, спонтанно сложившиеся обыкновения очень часто имеют рациональные основания, а значит, отражают универсальные закономерности человеческой деятельности.

Более того, если вернуться к вопросу о нормативности этих правил, то формальная и содержательная их нормативность (то есть «нормированность» и «нормальность») часто вообще обратно пропорциональны друг другу.

Правила, не закрепленные нормативно, действуют, в силу их разумности либо в силу традиции. При этом даже спорное с точки зрения своей рациональности, но традиционно соблюдаемое правило часто оказывается полезным, так как обеспечивает стабильность, упорядоченность юридической деятельности, но не создает ощущения излишней урегулированности, когда любое действие должно соответствовать той или иной инструкции. Установленные правила, в свою очередь, имеют другое преимущество. С их помощью можно реформировать традиционные бюрократические нормы, установить научно обоснованные правила рациональной организации труда, модернизировать профессиональную деятельность юриста. Однако достижимы эти преимущества лишь в случае детальной предварительной проработки таких правил на доктринальном уровне. В противном случае и вред от установ-

¹ Апт Л.Ф. Правовые дефиниции в законодательстве // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 309.

² См.: Апт Л.Ф. Дефиниции и право. — М., 2008. — С. 127. В помещенных в книгу методических рекомендациях по использованию дефиниций в нормативных правовых актах автор прямо указывает, что «дефиниции понятий не следует помещать в текстах преамбул».

³ См.: Лутова Л.К. Преамбула нормативного правового акта (проблемы теории и практики): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 27—31.

⁴ Давыдова М.Л. Дефиниции действующего российского законодательства: проблемы теории и практики // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (Черновцы, 21—23 сентября 2006 года) / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2007. — С. 370.

ленных в качестве общеобязательных случайных правил окажется значительно более серьезным, чем от правил, существующих в любой другой форме.

Особое место в системе технико-юридического инструментария занимают доктринально разработанные правила. Стоит заметить, что в обеих классификациях — и по форме выражения и по мотивам соблюдения — данная группа правил обособляется и практически совпадает по объему, в отличие от остальных групп, которые даже при совпадении наименования пересекаются лишь частично. Думается, это неслучайно. Доктрина — это одновременно и источник, способ фиксации правил и механизм, обеспечивающий через формирование профессионального правового мышления восприятие и соблюдение их юристами. Механизм этот специфичен. К примеру, ничто не мешает законодателю официально закрепить известные законы юридических конструкций Р. Иеринга (закон совпадения с положительным материалом, закон непротиворечия и закон юридической красоты¹), однако практической пользы в этом не будет никакой. Во-первых, смысл соответствующей нормы будет понятен лишь профессионалам, владеющим достаточной теоретической базой, имеющим представление о понятии и значении юридических конструкций. Во-вторых, невозможно предусмотреть средства обеспечения действенности такой нормы: критерии и способы оценки качества конструкций, санкции за их несоблюдение и т. п.

Деление технико-юридического инструментария с точки зрения механизма его действия позволяет объяснить, почему в той или иной ситуации юрист руководствуется в организации своей деятельности конкретным правилом. В качестве мотива, как нам представляется, могут выступать следующие варианты внутреннего обоснования: (1) так как есть обязательные требования; (2) так как это удобно (рационально); (3) так как есть соответствующая традиция, которая, в свою очередь, может носить характер локальный (практика, сложившаяся в соответствующей организации или сфере деятельности и выражающаяся словами «так принято») либо глобальный (накопленный мировой юриспруденцией опыт, опосредованный правовой доктриной — «меня так учили»).

В соответствии с мотивами, лежащим в основе соблюдения правила, определяется и масштаб его действия: всеобщий, групповой, локальный или индивидуальный. И, вполне вероятно, именно этот масштаб, а не форма закрепления правила позволяет делать выводы, относительно его природы.

Таким образом, действенность правил и приемов юридической техники в значительной мере связана не с формой их закрепления или внешнего выражения, а с рациональностью и укорененностью этих правил в профессиональном сознании. Безусловно, не следует недооценивать и упорядочивающую роль официально установленных технико-юридических нормативов. Более того, в правотворческой и иной юридической деятельности четкая формальная регламентация и единообразие относятся к числу основных приоритетов. Однако далеко не все аспекты этой деятельности подлежат формальной регламентации. К примеру, многие доктринальные правила просто невозможно закрепить нормативно, как нельзя запретить с помощью закона юридическую безграмотность. Не устранить подобным способом и политического вмешательства в правотворческую деятельность, из-за которого довольно часто и игнорируются элементарные технико-юридические правила.

Все это дает основания усомниться в безграничных возможностях закона о нормативно-правовых актах, который вот уже несколько десятилетий обсуждается отечественными правоведами в качестве панацеи от всех бед законотворчества. Ярким примером неоднозначности преимуществ подобного документа является аналогичный закон, принятый в Республике Беларусь, который из-за множества содержательных и формальных дефектов² не только не упорядочил правотворческую и правоприменительную практику, но и создал ряд дополнительных проблем. Специфика нормативности технико-юридических правил и средств, безусловно, должна учитываться в процессе тщательной доктринальной разработки претендующего на роль их официального источника правового акта.

¹ Иеринг Р. Юридическая техника / Сост. А.В. Поляков. — М., 2008. — С. 79—91.

² Об этом подробно говорилось в докладе С.В. Липеня.

В.В. Денисенко

Денисенко Владислав Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета

Юридикация общества как научная проблема современной правотворческой техники

В последнее время довольно популярным является обсуждение вопросов модернизации отечественного права и модернизации правотворчества в частности. В связи этим представляется необходимым сравнительно-правовой анализ наиболее важных современных вопросов отечественного правотворчества и осмысление подходов, существующих в зарубежной науке. В данной работе хотелось бы обратить внимание на одну из серьезных проблем: избыток права, или как его обозначают в зарубежной литературе — «юридикация». В современной России этот вопрос является важной научной и практической проблемой, в научной литературе довольно часто говорится о том, что «борьба с «перепроизводством» законов, их укрупнением и объединением приобретает все более актуальное значение»¹. Между тем какого-либо эффективного решения указанной проблемы так и не было найдено. Не последнюю роль в этом играет и отсутствие научного осмысления проблем расширения предмета правового регулирования на уровне концепции правовой политики. Раскрывая проблемы отечественного правового регулирования, важно отметить, что расширение предмета правового регулирования является общей тенденцией для всех индустриально развитых стран, например, в Новой Зеландии «за последние 10 лет правительство ввело более 1600 законов и положений»². Таким образом, можно констатировать, что увеличение количества позитивного права является неизбежным спутником развития современной цивилизации и актуально не только для России.

Так как для любого современного социального государства характерен рост количества и специализации позитивного права, то расширение области правового регулирования является одной из обсуждаемых вопросов и в зарубежной науке. В научной литературе при исследовании проблем правового регулирования при характеристике процессов увеличения позитивного права используются различные термины: правовая взрыв, правовое загрязнение, неконтролируемое размножение правовых норм. На наш взгляд, наиболее удачным для характеристики увеличения сферы правовых отношений является термин «юридикация». Обычно процесс юридикации общества связывают с формированием государства «всеобщего благоденствия», то есть социального государства, между тем ряд исследователей видит более глубокие причины расширения сферы действия позитивного права. В частности, Ю. Хабермас выделяет четыре исторических этапа юридикации западного общества. Первоначально этот процесс был связан с периодом абсолютизма, когда позитивное право монополизировало право государственного принуждения за монархом, ослабив феодальное влияние. Затем происходит расширение правового регулирования в связи с формированием либерального правового государства, когда после буржуазных революций конституционное регулирование закрепляет гарантии политических и экономических от вторжения власти. Третий этап связан с предоставлением гражданам всеобщего избирательного права, что, естественно, расширило сферу позитивного права. Последняя четвертая «волна» юридикации связана с формированием социального государства «всеобщего благоденствия»³. Таким образом, можно сказать, что увеличение количества позитивного права связано с эволюцией общества в целом. «Технический прогресс бесконечно приводит к обновлению взглядов и условий жизни человека. Право должно было всякий раз к ним приспособливаться и управлять новыми сферами и новыми формами человеческой деятельности, чтобы в одном случае их развивать или, в других случаях ограничивать их развитие», — указывает Ж.Л. Бертельс⁴.

Являясь неизбежным спутником социального развития, юридикация общества влечет как позитивные, так и негативные последствия. Позитивный аспект прежде всего связан с выполнением государством социальной функции, что является необходимым условием для снятия остроты экономических общественных противоречий. Неизбежное при этом регулирование большинства общественных отношений правом, а не иными регуляторами, является средством преодоления экономических конфликтов.

¹ Пиголкин А.С. Законодательная техника. — М., 2000. — С. 251.

² Цит. по: Голоскоков Л.В. Модернизация российского права. — М., 2006. — С. 68.

³ Habermas J. The Theory of Communicative Action. — Cambridge, 1983. — Vol. 2. — P. 357.

⁴ Бертельс Ж.Л. Общая теория права. — М., 2000. — С. 286.

Во-вторых, позитивное значение расширения сферы действия права связано с большим обеспечением гарантий прав человека в современный период, увеличением свободы личности. «Три последние волны юридикации гарантировали рост свободы постольку, поскольку они были способны обуздать в интересах граждан и частных правовых субъектов политическую и экономическую динамику, которая была высвобождена правовой институционализацией таких средств, как власть и деньги»¹.

Однако расширение предмета правового регулирования и детальная юридическая регламентация поведения граждан в так называемых государствах «всеобщего благоденствия» во второй половине XX века привели и к негативным последствиям. В качестве таковых следует указать уменьшение эффективности права, несмотря на его количественное увеличение, а также избыток позитивного права, что вызывает сложности правового регулирования. Как пишет английский исследователь Р. Саскинд: «...для управления создано слишком много законов... наши нынешние методы управления правовыми средствами, основанные на бумажных и печатных технологиях, не способны решить проблемы с объемом и сложностью права, которое управляет нами», «...нами управляет такой объем правовых норм, что уже никто не может считаться специалистом более чем в отдельных сферах системы права»².

Уменьшение эффективности и избыток права связаны также с разрушением общественных связей в современном обществе. Частная сфера общественной жизни регулировалась до формирования социального государства через консенсуальные механизмы согласования действий, основанных преимущественно на моральных правилах. При замене позитивным правом общественных регуляторов, основанных на воспроизводстве культуры, неизбежно возникают общественные патологии. Субъекты отношений перестают ориентироваться на взаимопонимание, юридические правила требуют дальнейшей детализации, что связано с бюрократизацией общественной жизни и дальнейшим «разрастанием» права.

Правовое регулирование в современном социальном государстве предельно детально регламентирует жизнь человека, бюрократизируя общественные отношения. При этом субъект, не обладающий специальными знаниями, не понимает смысла юридических процедур и, как следствие, происходит отчуждение граждан от государственно-правовых институтов, потеря правовыми предписаниями необходимой эффективности. Отдельный индивид воспринимает мельчающую регламентацию общества как потерю свободы. Также возникает потеря смысла у человека в отношении общественной деятельности, что проявляется, в частности, в падении легитимности права и отчуждении человека от власти. Потеря субъектом смысла и свободы впервые были описаны М. Вебером в работе «Протестантская этика и дух капитализма». М. Вебер связывал указанные негативные явления с процессом дифференциации ценностных сфер, распадом протестантской морали, служившей обоснованием активной общественной деятельности³. В традиционном обществе смысл окружающему миру придавало религиозное понимание мира, которое разделялось всеми субъектами. В процессе общественного развития происходит рационализация общества, религиозные нормы теряют былое значение и в конечном итоге формируется общество с гражданами, придерживающимися различных ценностей⁴. В результате общественная деятельность начинает носить исключительно утилитарный характер, поэтому с позиции отдельного субъекта теряет смысл и цель.

В социологии права существуют различные взгляды на пути преодоления кризиса правового регулирования и негативных последствий юридикации общества. Многие сторонники либертариизма призывают к дерегуляции общества и возвращению к формальному праву⁵, но такие концепции, как уже было сказано выше, не являются перспективными по причине неразрывной связи увеличения сферы правового регулирования и развития общества.

Свое понимание рассматриваемой проблемы у сторонников довольно популярной в зарубежной науке теории «аутопоэсиса» в праве. Категория «аутопоэсис» изначально использовалась в биологии для характеристики способности живых организмов поддерживать свою автономию через собственные операции⁶. Указанный термин получил широкое распространение в социологии через работы Н. Лумана, который использовал его для характеристики социальных систем. Право, по Луману — это коммуникативная система, так как и общество в целом, — это закрытая система коммуникаций. Понимание общества как коммуникативной системы обусловлено тем, что использование категории аутопоэсиса для характеристики социума возможно лишь в том случае, когда в качестве элементов общества используются коммуникативные акты. Концепция Н. Лумана основана на понимании процессов развития общества Т. Парсонсом. Т. Парсонс понимал развитие общества как рост его сложности

¹ *Habermas J. The Theory of Communicative Action. — Vol. 2. — P. 357.*

² Цит. по: *Голоскоков Л.В. Модернизация российского права. — М., 2006. — С. 68.*

³ См.: *Вебер М. Избранные произведения. — М., 1990. — С. 95.*

⁴ См. там же. — С. 726.

⁵ См.: *Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. — 1990. — № 12.*

⁶ Авторами категории «аутопоэсис» являются чилийские нейрофизиологи Ф. Варела и У. Матурано.

и выделение новых специализированных подсистем. Именно Парсонс стал сравнивать общественные и биологические системы. Никлас Луман развивает идеи Парсонса о дифференциации общественных систем и разрабатывает концепцию, согласно которой в современном обществе право, экономика, политика и ряд других функциональных сфер жизни являются автономными друг от друга. В рамках каждой системы, например, правовой или экономической, в результате исторического развития происходит формирование особых типов коммуникаций. Это связано с тем, что каждая система имеет свой так называемый бинарный код для обработки информации. Например, для права таким кодом будет «законно/незаконно», для науки «истинно/ложно». Помимо кода в рамках каждой системы существуют программы, которые влияют на способность приспособления системы к окружающей среде¹. Правовая система использует в качестве программы нормативные акты и иные источники, которые содержат условия применения бинарного кода.

На основании предложенной концепции общества Луман и его последователи указывают на то, что функциональные системы не могут заменять друг друга или выполнять функции других систем. Это связано с тем, что различные коды и программы систем могут действовать только в рамках своей системы. Дело в том, что любая система для обработки информации из окружающей среды использует свой бинарный код и при взаимодействии с другой системой происходит искажение информации. Поэтому невозможно предсказать воздействие одной системы на другие, так как для правовой системы воздействие политических регуляторов будет внешним воздействием, «шумом» окружающей среды.

Теория аутопоэсиса в праве объясняет причину кризиса правового регулирования невозможностью в современном обществе регуляторами одной системы регулировать другие. Современное социальное государство детально регламентирует все сферы общества, но единственный регулятор, который оно может использовать — это право, поэтому происходит его неизбежное разрастание. Между тем увеличение позитивного права, регламентирование им экономики и иных частных отношений приводит зачастую к потере его эффективности. Право в условиях государства «всеобщего благоденствия» перегружено политическими регуляторами, что вызывает трудности в переводе с кода одной системы на другой. Так, Н. Луман приводит пример с законодательством об окружающей среде, которое не достигало своих целей, теряя свою силу, так как согласовывалось с системой существующих законов². Политическое воздействие должно учитывать самостоятельность правовой системы, в противном случае оно не достигает своей цели. В германское антитрестовое законодательство регулярно вносятся поправки политического характера, что затрудняет его толкование и применение. Поэтому сторонники концепции аутопоэсиса считают необходимым изменить понимание правового регулирования. Наиболее детально данная проблема разработана Г. Тойбнером, который предлагает концепцию косвенного правового регулирования. Косвенное правовое регулирование можно проиллюстрировать на примере трудового права, которое лишь устанавливает параметры для принятия сторонами решений.

Концепция аутопоэсиса в праве может объяснить неудачи правового регулирования, но не в состоянии создать концепцию, необходимую для периода активных реформ. Помимо этого, ряд социологических исследований в области социального капитала позволяют усомниться в теоретических конструкциях концепции Н. Лумана, указывающих на разделение различных сфер деятельности в современном обществе. Концепция социального капитала стала популярной в последние десятилетия благодаря работам Ф. Фукуямы и Р. Патнэма, в которых они указывали на взаимосвязь эффективности действий государства и доверия населения к власти. Также социальный капитал проявляется в способности взаимодействия граждан между собой, что является определяющим фактором для развития экономики и общества в целом.

С нашей точки зрения, отрицательные последствия юридикации общества можно объяснить и преодолеть с позиции интерсубъективного понимания права, которое раскрыто в концепции коммуникативного действия. Во второй половине XX века сформировалась новая философская парадигма — лингвистическая³. Слово больше не понимается как средство выражения результатов мышления, мышление и использование языка стали пониматься как совпадающие процессы. Поэтому происходит смена парадигмы субъекта философией интерсубъективности⁴. Основу лингвистической парадигмы заложили исследования Дж.Р. Остина и Дж.Л. Серля. Джон Остин в работе «Слово как действие» впервые в философии рассматривает речь не как средство передачи информации, а в качестве действия, изменяющего состояние внешнего мира. Речь как действие изменяет не физический мир, а мир социальный. Язык воздействует на социальные межличностные отношения, изменяя социальные,

¹ Luhmann N. Sociological Theory of Law. — London, 1985. — P. 161.

² Ibid. — P. 166.

³ Остин Дж.Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике: Сборник / Пер. с англ. — М., 1986. — Вып. 17: Теория речевых актов. — С. 26—27.

⁴ «Интерсубъективность» — термин, введенный в научный оборот Э. Гуссерлем.

в том числе и юридические факты. До Остина философы считали, что речь человека служит для описания явлений, действий. Между тем есть высказывания, не описывающие события, а осуществляющие действия. Такие высказывания Дж. Остин называет перформативными, они могут характеризоваться удачными либо неудачными (устная сделка, обещание). Но если исследовать не построение предложений, а ситуации общения, то все слова являются действиями. Теория речевых актов была положена в основу теории коммуникативного действия, разработанной Юргеном Хабермасом и Карлом-Отто Апелем¹. Эта философская концепция, способна, по нашему мнению, наиболее полно раскрыть процессы современного общества. Поступок и речь нельзя свести, по мнению Хабермаса к деятельности, направленной на достижение цели, например к трудовой деятельности. Помимо целерациональной работы существуют коммуникативные действия, связанные речевыми актами и взаимным ожиданием: «Под «работой» или целерациональными действиями я понимаю либо инструментальное действие, либо рациональный выбор, либо их сочетание. Инструментальное действие руководствуется техническими правилами, основанными на эмпирическом знании... Под «взаимодействием», с другой стороны, я понимаю коммуникативное действие, символическое взаимодействие. Оно руководствуется обязывающими консенсуальными нормами, которые определяют взаимные ожидания относительно поведения и которые должны быть поняты и признаны, по меньшей мере, двумя действующими субъектами. В то время как значимость технических правил и стратегий зависит от значимости эмпирически истинных или аналитически правильных высказываний, значимость социальных норм основана только на интересубъективности взаимного понимания намерений и обеспечена общим признанием обязательств»². Коммуникативное взаимодействие регулируется социальными нормами, которые нельзя считать производными от трудовой деятельности. Исторические изменения общества с точки зрения коммуникативной теории следует рассматривать как два не сводимых друг к другу процесса: изменение целерациональной деятельности и развитие форм коммуникативного взаимодействия. По мнению Ю. Хабермаса, понимание М. Вебером процесса развития общества носит односторонний характер, на самом деле развитие общества связано не только с распространением целерационального (инструментального) поведения, но и с развитием процесса рационального взаимопонимания между субъектами, который Хабермас обозначает «коммуникативное действие». Негативные моменты модернизации связаны с преобладанием целерациональных действий над коммуникативными, следствием вторжения «системы в жизненный мир»³, но преодоление общественных патологий возможно при помощи позитивного права. С точки зрения теории коммуникативной рациональности право должно рассматриваться не только как инструмент или механизм достижения цели, но как процедура достижения взаимопонимания между субъектами, процесс поддержания коммуникативных связей, достижения консенсуса⁴. В случае, когда позитивное право замещает социальные связи, а не поддерживает их, развиваются социальные патологии, поэтому помимо инструментального назначения в современном обществе право должно выполнять также коммуникативную роль. Как указывает Ю. Хабермас в работе «Фактичность и значимость», позитивное право должно сочетать в себе одновременно два указанных в заглавии книги качества⁵, фактичность — это аспект, связанный с принудительным характером правовых норм. Значимость — это моральная обоснованность права, человек должен исполнять закон в случае легитимности правовых норм. Если позитивное право сводится лишь к «фактичности» в сфере коммуникативных взаимодействий, то такое целерациональное, инструментальное воздействие неизбежно приводит к таким негативным последствиям, как потеря легитимности, формализм права. Социальные нормы в сфере, не регулируемой правом, действуют на основе «значимости», то есть легитимности, обоснованной моральными ценностями. Поэтому право должно не заменять принудительностью легитимность, а поддерживать коммуникативные общественные связи, что необходимо для предотвращения патологии общественного развития. В частности, должны использоваться процедуры посредничества или медиации и иные средства, направленные на участие в принятии решения в процессе применения права самих граждан, а не только профессионалов. Теории Н. Лумана, Ю. Хабермаса и других зарубежных ученых представляются перспективными для осмысления проблем, с которыми сталкивается правотворчество именно на современном этапе.

¹ Апель К.-О. Трансформация философии. — М., 2001; Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. — СПб., 2000.

² Habermas J. Technology and Science as «Ideology». — London, 1971. — P. 91—93.

³ Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2. — Frankfurt-am-Main, 1997. — S. 488.

⁴ Юрген Хабермас раскрывает эти проблемы в работе «Фактичность и значимость». Habermas J. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of law and democracy. — Cambridge, 1996.

⁵ Ibid.

С.А. Денисов

Денисов Сергей Алексеевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры публичного права Гуманитарного университета г. Екатеринбург

Средства и приемы законодательной техники, обеспечивающие нейтрализацию норм Конституции РФ

Исследователи конституционного права России отмечают, что нормы Конституции РФ часто носят формальный характер. При этом за последние годы, степень формальности или номинальности норм Конституции страны только возросла¹. «Конституция РФ 1993 года, — отмечал В. Пастухов в 2008 году, — так и не стала в полной мере законом юридическим, не вошла в русскую жизнь так же безусловно, весомо и зримо, как, например, французская или американская конституции»². Номинальный характер конституций является закономерным для всех стран с административной правовой системой³. Правители этих стран под давлением Запада вынуждены октроировать конституционные акты, которые не намерены реализовать на практике. Имея под своим контролем законодательные органы, они обеспечивают издание законов, нейтрализующих нормы конституционных актов. В данной статье описываются приемы и средства законодательной техники, которые применяются в России для того, чтобы нормы Конституции РФ остались только на бумаге.

1. Успешность нейтрализации норм конституции связана с юридической техникой изложения самих этих норм. Конституционный акт обычно содержит нормы самого общего характера, которые нуждаются в конкретизации посредством норм законов и подзаконных актов. В ходе этой конкретизации законодатель, при желании, может полностью исказить содержание норм, закрепить в законе нормы, прямо противоположные тем, что записаны в конституции. Например, Конституция РФ только в самых общих чертах определяет порядок выборов в органы власти (ст. 3, 32, 81, 96). При конкретизации этих норм российский законодатель так зарегулировал весь процесс проведения выборов, что сегодня не избиратель, а государственные чиновники определяют, кто может быть выбран в представительные органы, а кто нет. Часть 1 статьи 77 Конституции РФ требует от субъектов Федерации устанавливать свою систему органов государственной власти в соответствии с общими принципами, установленными федеральным законом. Законодатель широко истолковал термин «принципы» и в Федеральном законе от 5 апреля 2010 года № 42-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» досконально зарегулировал всю деятельность законодательных органов регионов по установлению своей системы органов власти, лишив их какой-либо самостоятельности. Он определил за них количество депутатов законодательного органа, который должен быть в каждом регионе⁴, порядок выборов в органы законодательной власти (ч. 4 ст. 4 названного Закона).

К нейтрализации конституционной нормы может толкать сам стиль ее изложения. Вместо требования она может содержать утверждение якобы имеющего место факта. Статья 80 Конституции РФ не требует, а утверждает как истину, что Президент РФ является гарантом Конституции, прав и свобод человека и гражданина, принимает меры по охране суверенитета России, ее независимости и государственной целостности. Эта норма ни к чему не побуждает, а лишь дает политическую рекламу властному субъекту. Она может толковаться как обязывающая или как управомочивающая Президента РФ.

Свобода действий законодателя обеспечивается противоречивым характером норм конституции. Так, статья 77 Конституции РФ, с одной стороны, закрепляет право субъектов Федерации самостоятельно устанавливать у себя систему органов государственной власти, а с другой стороны, требует, чтобы они действовали в рамках общих принципов организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленных федеральным законом. Кроме того, часть 2 статьи 77 Конституции РФ требует введения единой системы исполнительной власти в России. Пока субъекты Федерации обладали какой-то силой, центр не посягал на их право самостоятельно формировать свои органы власти. Но как только активность населения и элит в регионах ослабла, Лидер на-

¹ См.: Лукьянова Е.А. Некоторые проблемы Конституции Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. — 2007. — № 15. — С. 5.

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

³ Денисов С.А. Административизация правовой системы. — Екатеринбург, 2005.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 15. — Ст. 1738.

ции решил перейти к централизованному управлению страной через своих наместников. В Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» были внесены поправки¹, в соответствии с которыми Президент РФ получил фактически право назначать глав регионов, которые уже обеспечивали формирование послушных ему представительных органов регионов. Н. Варламова обращает внимание, что законодатель умышленно ввел в Конституцию РФ 1993 года противоречивые, размытые нормы, касающиеся федеративного устройства России с тем, чтобы потом, при изменении обстановки конкретизировать их в свою пользу².

Октроированные правителем конституционные акты похожи на жалованные грамоты на права и вольности подданным, которые обычно издаются монархами³. Они перечисляют права и свободы, которые правитель предоставляет человеку, гражданину, общественному объединению. Как известно, ни одна свобода не может быть безграничной. Законодатель может по своему усмотрению определить: в чем заключается декларируемое в конституции право и свобода; на кого она распространяется, а на кого нет; как она ограничивается; в каком порядке она может быть реализована. Одновременно вводится в действие разрешительный тип регулирования: «все, что не разрешено, то запрещено». Например, Конституция РФ разрешила проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирования только гражданам России. Вопрос о праве участвовать в них иностранцев и лиц без гражданства остается на усмотрение законодателя. Он же закрепил такой порядок организации массовых мероприятий, который поставил реализацию конституционного права гражданина в зависимость от воли бюрократии, которая может запретить, а может разрешить собрания граждан на улицах городов. Конституционные акты, исходящие от самого народа (гражданского общества) нацелены на ограничение полномочий государства и государственных органов. Они содержат в большей степени запреты государственным органам и должностным лицам осуществлять какую-то деятельность и предоставление им права ограничивать права человека и гражданина в исключительных случаях, предусмотренных в Конституции. Все, что не разрешено, то запрещено. При этом законодатель сковывается в своей регулирующей деятельности рамками общего запрета и узкого разрешения, что-либо урегулировать. Например, вместо того, чтобы декларировать право каждого на объединение (ст. 30 Конституции РФ) и многопартийность в стране (ч. 3 ст. 13 Конституции РФ) следовало бы запретить государству вмешиваться в дела граждан по вопросу создания ими общественных объединений, включая партии, за исключением отдельных случаев, связанных с обеспечением безопасности человека, общества и государства (например, запрет создания вооруженных формирований). Тогда государство не могло бы запрещать создание партий путем зарегулированности процедуры их формирования или требования к виду разрешенных партий и числу их членов, как это сделано в Федеральном законе «О политических партиях»⁴.

Из конституционных норм часто невозможно понять, законченным ли является перечень ограничений прав человека и гражданина, который в них содержится. Законодатель рассматривает этот перечень незаконченным и, фактически, дописывает конституцию в законах, не изменяя нормы конституции. Так, часть 3 статьи 32 Конституции РФ перечисляет основания ограничения избирательных прав граждан. Не ясно, законченным ли является этот список оснований. Законодатель посчитал, что он не закончен, и в Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (ч. 3.1 ст. 4)⁵ расширил его, решив за глупого избирателя, кто может иметь пассивное избирательное право в России, а кто нет. Таким же образом он дополнил статью 81 Конституции РФ, перечислив в Федеральном законе «О выборах Президента РФ» дополнительные ограничения прав граждан быть кандидатами в Президенты РФ (п. 5.2 ст. 3)⁶.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 50. — Ст. 4950.

² См.: Варламова Н. Конституционная модель российского федерализма // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — 1999. — № 4 (29). — С. 113, 120.

³ Манифест о даровании вольности и свободы всему российскому дворянству от 18 апреля 1762 года // ПСЗ. — Т. XV. — № 1144; Грамота на права, вольности и преимущества благородного российского дворянства от 21 апреля 1785 года // ПСЗ. — Т. XXII. — № 16187.

⁴ 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.

⁵ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 24. — Ст. 2253; № 39. — Ст. 3642; 2003. — № 26. — Ст. 2572; № 27. — Ст. 2711, 2716; 2004. — № 24. — Ст. 2335; № 33. — Ст. 3368; № 35 б. — Ст. 3607; № 50. — Ст. 4950; 2005. — № 30. — Ст. 3104; 2006. — № 31. — Ст. 3427; 2007. — № 10. — Ст. 1151; № 17. — Ст. 1938; № 18. — Ст. 2118; 2008. — № 30. — Ст. 3605; 2009. — № 1. — Ст. 30; № 7. — Ст. 771; № 20. — Ст. 2391; № 52. — Ст. 6433; 2010. — № 17. — Ст. 1986; Российская газета. — 2010. — 9 июня.

⁶ Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 18. — Ст. 2118.

Конституции, как правило, в самых общих выражениях определяют основания ограничения прав и свобод человека и гражданина. Это позволяет законодателю в интересах административного класса расширять толковать эти основания. Так, Конституция РФ в части 3 статьи 55 указывает, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Ссылаясь на эту норму, законодатель оправдывает ограничения прав граждан, реализующие интересы административного класса. В целях обеспечения информационной безопасности страны законодатель отказался от информационной открытости пространства страны, от действия конституционного принципа свободы массовой информации (ч. 5 ст. 29 Конституции РФ). Закон РФ «О средствах массовой информации» запрещает иностранцам и лицам без гражданства, не проживающим постоянно в Российской Федерации быть учредителями (соучредителями) средств массовой информации (ст. 7)¹. Ссылаясь на часть 3 статьи 55 Конституции РФ законодатель требует регистрировать все религиозные организации (ч. 1 ст. 8, 11 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях»²) и ограничивает в правах иные группы верующих (ч. 3 ст. 7 этого же Закона).

2. Далее следует описание приемов и средств юридической техники, которые использует отечественный законодатель для нейтрализации норм Конституции РФ.

Как уже отмечалось выше, в России сформировалась административная правовая система, которая обеспечивает господство над обществом административного класса, составляющего государственный аппарат. В связи с этим основным приемом нейтрализации норм Конституции РФ является закрепление в законодательстве **широких полномочий правоприменителей** (государственных и муниципальных чиновников) в реализации норм конституционного акта. В соответствии с законами, чиновники фактически разрешают или не разрешают пользоваться нормами Конституции РФ, определяют, кому можно ими пользоваться, а кому нет, в каком порядке человек и гражданин может реализовать свое конституционное право. Так, статья 28 Конституции РФ декларирует свободу вероисповедания. Но эта свобода фактически устраняется Федеральным законом «О свободе совести и о религиозных объединениях»³ и загоняется в узкие рамки дозволенных видов деятельности (ч. 3 ст. 7, ст. 16—24) религиозных объединений только после того, как они будут зарегистрированы государственными органами (ст. 11). Фактически, права (а не свободы) у верующих в соответствии с названным Законом возникают только после регистрации их объединения государством. Должностные лица требуют от религиозной организации соблюдения массы формальностей. Если организация нарушает нормы, регулирующие ее деятельность (хотя и не причиняет никому вреда), она может быть ликвидирована (ст. 14), а ее участники лишены права реализовать свою конституционную свободу. По этим правилам никакая религиозная организация не может удалиться от мира, поскольку обязана постоянно отчитываться о своей деятельности (ч. 9 ст. 8 Конституции РФ).

Статья 30 Конституции РФ закрепляет право каждого объединяться для защиты своих интересов. На государство возлагается обязанность гарантировать свободу деятельности объединений. Очевидно, что административный класс не может обществу позволить без его надзора создавать общественные объединения и тем более разрешить этим объединениям действовать свободно. Это привело бы к подрыву основ административного государства и ликвидации власти административного класса над обществом. Поэтому Федеральный закон «О политических партиях»⁴ строго определяет, что только государство может признать существование политической партии путем ее регистрации (ст. 15—20). Законодатель установил ряд формальных требований к организации, которую государство может признать как политическую партию (ст. 3). Таким образом, законодатель разрешил только партии массового типа, которые ему легче контролировать. Одновременно он запретил создание кадровых партий, небольших федеральных партий, межрегиональных и региональных партий, коллективное членство в партиях, которое типично для социал-демократических партий на Западе. Фактически через процедуру регистрации государственная бюрократия разрешает или запрещает создание политических партий в России. Закон полностью пренебрегает конституционным требованием гарантировать свободу деятельности объединений. Он подробно регулирует деятельность политических партий, обставляя ее многочисленными запретами.

¹ Российская газета. — 1992. — 8 февраля; 1995. — 17 января, 8 июня, 26 июля; 1996. — 10 января; 1998. — 5 марта; 2000. — 22 июня, 8 августа; 2001. — 9 августа; 2002. — 26 марта, 30 июля; 2003. — 8 июля, 16 декабря; 2004. — 1 июля, 31 августа, 5 ноября; 2005. — 26 июня; 2006. — 29 июля, 16 октября; 2007. — 1 августа; 2009. — 11 февраля.

² Российская газета. — 1997. — 1 октября.

³ Там же.

⁴ 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.

Законодатель строго устанавливает формы общественных объединений, которые могут создавать люди, то есть запрещающая им самим определять удобную для них форму объединения (ст. 7 Закона «Об общественных объединениях»¹).

Правящая элита России была очень напугана появлением такой новой формы лишения власти пожизненных правителей, как «цветные революции». Поэтому с помощью Федерального закона от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании»² она постаралась свести к минимуму возможности реализации конституционного права граждан на проведение массовых мероприятий. Закон фактически ввел разрешительный порядок проведения массовых мероприятий (ч. 5 ст. 5), установил, где можно собираться людям (ст. 8), в какое время это можно делать (ст. 9), в какой форме можно проводить публичное мероприятие (ст. 10, 11). Сильной стороной «цветных революций» было проведение круглосуточных акций протеста на центральных площадях. Названный закон запретил круглосуточные акции. Прерывание акций в ночное время позволяет органам репрессий произвести аресты организаторов публичных акций и спокойно занять центральную площадь вооруженными формированиями для воспрепятствования продолжения акции на следующий день. Общедозволительный тип регулирования, как всегда в административных правовых системах, заменен разрешительным.

Законодатель часто делает вид, что он ограничивает права и свободы человека и гражданина только **введением регистрации этих прав**. На деле эта регистрация превращается в испрашивание разрешения на использование своего конституционного права у должностных лиц. В свою очередь, должностные лица могут запретить человеку или гражданину использовать его право. С этой целью устанавливается усложненный порядок регистрации своих прав и неопределенный широкий набор оснований, по которым должностное лицо может отказаться зарегистрировать право человека, то есть фактически запретить им пользоваться. Например, должностное лицо может отказать в регистрации общественному объединению на основании того, что его устав противоречит Конституции РФ или законодательству (ч. 1 ст. 23 Федерального закона «Об общественных объединениях»), то есть на должностное лицо возлагаются функции, сравнимые с функцией Конституционного Суда РФ. Он решает, что соответствует Конституции РФ и многочисленным законам, а что нет. При этом общественное объединение должно доказывать, что оно не собирается нарушать законы и Конституцию. В просторечии это называется «доказывать, что ты не верблюд». При каждом новом обращении в орган регистрации надо вновь оплачивать государственную пошлину. Основанием для отказа в праве на объединение может быть неправильно, с точки зрения должностного лица, оформленные документы (не так провели собрание, не так оформили его итоги, орфографические ошибки в текстах документов и т. д.) (ч. 1 ст. 23 Федерального закона «Об общественных объединениях»). Например, управление Министерства юстиции РФ в апреле 2009 года отказалось зарегистрировать в качестве общественного объединения Товарищество инициативных граждан России (ТИГР) на основании того, что в сданных документах они не указали, на какой территории будут действовать, и не раскрыли цели и задачи организации³. В октябре 2006 года Федеральная регистрационная служба отказала в регистрации Народно-демократическому союзу М. Касьянова в качестве общественного объединения на основании того, что ее не удовлетворяет устав объединения. Кроме того, голословно было заявлено, что протоколы региональных собраний недостоверны⁴.

Загнать деятельность общественного объединения в выгодные административному классу рамки позволяет **требование к нему иметь устав** (ст. 20 Федерального закона «Об общественных объединениях»). Регистрационный орган отказывается регистрировать общественные объединения, пока они не напишут такой устав, который поставил бы общественное объединение в узкие рамки и устранил закрепленную в Конституции свободу деятельности. Это позволяет затем ликвидировать общественное объединение, не приносящее никакого вреда обществу, по формальным основаниям: выход в его деятельности за строгие рамки устава. Так, общественная организация «Центр просветительских и исследовательских программ», которая была зарегистрирована в Санкт-Петербурге как региональная организация, была ликвидирована на основании того, что собирала информацию о нарушении прав некоммерческих организаций в соседних регионах и проводила там семинары. Кроме того, для проведения семинаров с работниками некоммерческих организаций от нее потребовали получить лицензию на образовательную деятельность⁵.

Ограничить конституционные права граждан позволяет юридическая конструкция **согласования их использования** с должностными лицами государственных или муниципальных органов. Так, Фе-

¹ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 21. — Ст. 1930; 1997. — № 20. — Ст. 2231; 1998. — № 30. — Ст. 3608; 2002. — № 11. — Ст. 1018; № 12. — Ст. 1093; № 30. — Ст. 3029; 2003. — № 50. — Ст. 4855; 2004. — № 27. — Ст. 2711; 2006. — № 3. — Ст. 282.

² Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 25. — Ст. 2485.

³ Чернышев А. Приморским автомобилистам перекрыли движение / А. Чернышев, А. Козенко // Коммерсантъ. — 2009. — 15 апреля. — С. 4.

⁴ Тирмастэ М-Л. Михаил Касьянов поставлен вне закона // Коммерсантъ. — 2006. — 24 октября. — С. 2.

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 20 мая 2008 года № 78-Г08-17 // СПС «КонсультантПлюс».

Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании» позволяет гражданам воспользоваться своим конституционным правом собираться мирно только после согласования места и времени проведения митинга, демонстрации, шествия, числа участников мероприятия с определенными должностными лицами (ч. 5 ст. 5). Фактически это означает получение разрешения на проведение данных массовых мероприятий. Существует уже богатая практика запрещения должностными лицами гражданам использовать свои конституционные права. Это запрещение скрывается под названием недостижения сторонами соглашения о месте и времени проведения массового мероприятия. Административный класс настолько боится своего населения, что требует от него испрашивать разрешения на выход на улицу с плакатами даже для двух человек.

Законодатель использует различные приемы **затягивания сроков**, в течение которых человек может получить разрешение на использование своего конституционного права. Для того, чтобы сделать массовые мероприятия, проводимые в соответствии с Конституцией РФ, менее эффективными, законодатель ввел запрет на их оперативную организацию. Прошли выборы. Люди хотят выйти на улицу, чтобы поздравить своего победившего кандидата в Президенты или высказать недовольство результатами выборов. Но законодатель им это запрещает. Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании» требует от граждан планировать возникновение своих чувств и подавать просьбу о проведении публичного мероприятия не позже 10 дней до возникновения этих чувств (ч. 1 ст. 7). Естественно, люди не могут оперативно выразить недовольство совершенным террористическим актом, выразить свою любовь к скончавшемуся человеку. Все это разрешается делать только через 10 дней после совершившегося факта.

Законодатель может предусмотреть такой **сложный процедурный порядок реализации прав** граждан, что эта реализация становится совершенно невозможной без согласия на это определенных должностных лиц. Этот юридический прием применен в Федеральном конституционном законе «О референдуме РФ»¹. Установленный в нем порядок реализации инициативы на проведение референдума (ст. 14—20) пока успешно гасит все попытки коммунистов по проведению в стране референдумов и фактически полностью нейтрализует действие статьи 3 Конституции РФ, которая указывает, что народ может осуществлять свою власть непосредственно, в том числе через референдум. «Установленный в Федеральном конституционном законе порядок нацелен на то, чтобы исключить народную инициативу», — пишет С.А. Авакьян².

Конституция РФ провозглашает принцип разделения властей (ст. 10) и принцип конституционной законности (ч. 2 ст. 15). Федеральный закон «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации»³, казалось бы, должен быть средством реализации этих конституционных принципов. Но пока он является средством нейтрализации полномочий Федерального Собрания по осуществлению сдержек в отношении исполнительной и верховной президентской власти. Он лишает Федеральное Собрание РФ права проводить расследование деятельности Президента РФ (ч. 2 ст. 4). Усложнен порядок создания комиссии парламентского расследования (ст. 7—9).

Очень часто законодатель устанавливает для людей такие препятствия в использовании ими своих прав, что добиться их реализации удастся только через суд.

Для борьбы с общественными объединениями, не устраивающими административный класс, используется специальная **конструкция юридической ответственности** этих объединений. Они могут быть запрещены, если даже не совершали никаких общественно вредных проступков, на основании того, что не исполнили или исполнили не вовремя какие-либо обязанности, которые на них возложены управленческими структурами государства (ст. 28—29, 44 Федерального закона «Об общественных объединениях»). Как уже отмечалось, их могут ликвидировать за совершение общественно полезной деятельности, которая не предусмотрена их уставом (ст. 44 Федерального закона «Об общественных объединениях»). То есть законодатель полностью проигнорировал то, что Конституция РФ закрепляет общедозволительный тип регулирования общественных объединений (ст. 30), и закрепил в названном законе разрешительный тип регулирования их деятельности. Как уже отмечалось, законодатель создает множество барьеров на пути деятельности общественных объединений из требований совершать какие-либо действия или запретов что-либо делать. Автор называет это «турникетным правом». Чтобы соблюдать все эти ограничения, общественное объединение вынуждено содержать своего юриста или постоянно обращаться к нему за платными консультациями. Требования к финансовой деятельности объединения вынуждают содержать своего бухгалтера. Все это приводит к тому, что выжить в России могут только крупные, забюрократизированные общественные объединения, поощряемые государством. Мелкие общественные объединения, которые трудно контролировать государственному аппарату, ликвидируются. Множество правовых ограничений приводит к тому, что все объ-

¹ Российская газета. — 2004. — 30 апреля.

² Авакьян С.А. Конституция Российской Федерации: итоги развития // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 23. — С. 6.

³ Российская газета. — 2005. — 29 декабря.

единения допускают какие-то нарушения установленных формальных правил. Объединениям, опекаемым государством, это прощается. Объединения, которые не дружат с государственными чиновниками, ликвидируются. Их «приговаривают жить по закону». Здесь действует принцип, сформулированный диктатором Франко: «Друзьям — все. Врагам — закон». Тюменское региональное отделение движения «За права человека» собирало сведения о нарушениях прав человека в Тюменской области и очень раздражало местную бюрократию. Оно было ликвидировано за использование незарегистрированной символики, несоблюдение порядка проведения заседаний органов управления, предусмотренного в уставе, отсутствия в уставе сведений о представительствах отделения и его экономических видах деятельности¹.

Такая же юридическая конструкция применяется для лишения представителей оппозиции возможности реализовать свое пассивное избирательное право. От кандидата на выборную должность требуют произвести множество формальных действий, собрать много документов. Намеренно создаются условия, при которых он в чем-нибудь допустит нарушение. На основании невыполнения какого-нибудь формального требования ему отказывают в праве быть зарегистрированным в качестве кандидата на выборную должность, то есть в праве реализовать свое конституционное право (ст. 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан РФ»). Типичными основаниями для лишения гражданина его конституционного права быть избранным на какую-либо должность является нарушение порядка сбора подписей избирателей в поддержку выдвижения лица или списка лиц кандидатами на выборную должность², нарушение порядка выдвижения кандидата (списка кандидатов) партийными организациями³. Так, Свердловский областной суд отменил регистрацию кандидата в депутаты на основании того, что в подписных листах, собранных в его поддержку не было указано, что подписавшиеся граждане проживают в Свердловской области⁴. В. Квачкова в 2006 году не зарегистрировали в качестве кандидата в депутаты на основании того, что секретарь избиркома не сняла копию с доверенности адвоката кандидата в депутаты (последний находился в СИЗО и не мог сам участвовать в выдвижении своей кандидатуры на выборную должность), в результате чего на заседании избирательной комиссии было объявлено, что этой доверенности нет и все действия адвоката в пользу В. Квачкова неправомочны⁵.

Административный класс России не может устроить декларация Конституции РФ о том, что свободы человека и гражданина являются высшей ценностью (ст. 2). Во все времена он считал, что высшей ценностью является сохранение его власти и по возможности расширение ее. Поэтому законодатель в интересах административного класса пытается различными способами обеспечить **свободу усмотрения** в деятельности правоприменителя. В Уголовном кодексе РСФСР была статья 70, устанавливающая ответственность за антисоветскую агитацию и пропаганду, под которой понималась всякая критика бюрократического строя, называемого социалистическим, и критика правящей группы. Сегодня функции этой статьи Уголовного кодекса РСФСР выполняет Федеральный закон «О противодействии экстремистской деятельности»⁶ и статья 280 УК РФ «Публичные призывы к экстремистской деятельности». Понятие экстремистской деятельности столь же неопределенно, как и понятие антисоветской агитации и пропаганды. За экстремизм уже привлекли к уголовной ответственности организатора атеистической выставки художников. Естественно, в экстремизме обвиняют оппозиционных деятелей, резко критикующих правящую группу⁷. С помощью неясной конструкции экстремизма законодатель ограничивает право граждан избирать и быть избранными, закрепленное в статьях 3 и 32 Конституции РФ⁸. Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан РФ» (ч. 3.1 ст. 4) лишает граждан, осужденных за преступления экстремистской направленности, а так же допускаящих экстремистские высказывания, пассивного избирательного права.

Ограничение конституционного права человека на доступ к информации (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ) производится с помощью введения в Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»⁹ термина «информация ограниченного пользования» (ст. 5). Должностные лица органов власти по собственному усмотрению определяют, какую информацию отнести к разряду «ограниченного пользования», лишая людей возможности ее получения.

¹ См.: Охлопкова А. Тюменское «За права человека» лишили прав // Коммерсантъ-Урал. — 2008. — 10 сентября. — С. 12.

² Коммерсантъ. — 2008. — С. 2.

³ См.: Чернега Ю. «Справедливой России» вернули регион // Коммерсантъ. — 2008. — 1 марта. — С. 2.

⁴ См.: Лакедемонский А. Субъект нерегистрации // Коммерсантъ-Урал. — 2008. — 30 января. — С. 15.

⁵ См.: Тирмастэ М.-Л. Владимира Квачкова не пустили на выборы // Коммерсантъ. — 2006. — 3 февраля. — С. 3.

⁶ Российская газета. — 2002. — 30 июля.

⁷ См.: Шевчук М. Петербургскому «Яблоку» пригрозили ликвидацией / М. Шевчук, Н. Гулько // Коммерсантъ. — 2007. — 12 апреля. — С. 2.

⁸ Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 18. — Ст. 2118.

⁹ Собрание законодательства. — 2009. — № 7. — Ст. 776.

Широчайшие возможности для надзора и ликвидации общественных объединений дает чиновникам Федеральный закон «Об общественных объединениях». Он требует от общественных объединений отвечать на все запросы регистрационных государственных органов, оказывать им содействие в ознакомлении с деятельностью объединения, информировать их об объеме и использовании иностранной помощи (ч. 1 ст. 29). Общественные объединения похожи на крепостных крестьянин, которые должны беспрекословно исполнять все требования барина. Невыполнение требования чиновников является нарушением закона и влечет ликвидацию общественного объединения и запрет его деятельности (ст. 44). В случаях если общественное объединение вступает в конфликт с чиновниками, нетрудно создать ему невыносимые условия для выживания. 14 сентября 2010 года Прокуратура г. Москвы в 1 час 30 минут ночи прислала факс в известную своей оппозиционной деятельностью общественную организацию «Московская Хельсинская группа». В нем содержалось требование, чтобы организация предоставила в прокуратуру отчетность о своей деятельности. В 11 часов 30 минут этого же дня документы уже должны были лежать на столе в прокуратуре¹.

Иногда федеральный законодатель старается **скрыть установленные ограничения** конституционных прав и свобод в законах субъектов Федерации и **подзаконных актах**. Это делается с помощью отсылочных и бланкетных норм, содержащихся в федеральных законах. Пробелы в федеральном законе и применение в нем общих норм также вызывает необходимость переноса правового регулирования в подзаконный акт. Так, усложнение порядка регистрации общественных объединений осуществляется, в основном, не в Федеральном законе «Об общественных объединениях» (ст. 21, 23), а в подзаконных актах, которые устанавливают порядок деятельности регистрационных органов.

Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании» содержит отсылочные нормы (ч. 3 ст. 8), согласно которым порядок проведения публичных мероприятий на центральных площадях городов, которые обычно объявляются памятниками истории и культуры определяется органами исполнительной власти субъекта Федерации. Порядок проведения публичного мероприятия на территории Красной площади определяется Президентом РФ (ч. 4 ст. 8). Как нетрудно догадаться, названные органы власти часто запрещают гражданам собираться там, где их лучше будет слышно и видно.

Для того, чтобы норма Конституции РФ оказалась неработающей или работающей в неполную силу, законодатель может **отказаться подкрепить ее нормами закона**. Так, отсутствие закона о Президенте РФ позволяет ему самостоятельно определять тот объем полномочий, который он считает нужным ему для выполнения конституционных задач. Он сам себе установил общедозволительный тип правового регулирования, то есть может делать все, что прямо не запрещено Конституцией РФ. Это подрывает конституционный принцип разделения властей (ст. 10) и принцип правового государства (ст. 1), согласно которому должностное лицо может делать только то, что ему разрешает закон, исходящий от представителей народа. В результате Президент РФ посчитал возможным разделить страну на федеральные округа, назначить в каждый федеральный округ своих полномочных представителей² то есть фактически изменил административно-территориальное деление страны, в значительной степени подорвал федеративный характер государства, предусмотренный Конституцией РФ (ст. 1). При отсутствии законодательных ограничений Президент РФ ввел удобный для него порядок подбора кандидатов на должность главы региона³ и отчетность главы региона перед ним и Правительством⁴. Отсутствие законодательного регулирования позволило Президенту РФ превратить свою Администрацию в подобие Канцелярии его императорского величества при Николае I. Она оказалась органом, который стоит над всеми ветвями власти и от имени Президента РФ осуществляет командование ими. При отсутствии закона о Президенте РФ он может выявлять в Конституции РФ все новые и новые скрытые полномочия.

Отсутствие закона о порядке отрешения Президента РФ от должности делает невозможным реализацию этой процедуры, предусмотренной статьей 93 Конституции РФ. Как показала практика, отсутствие у специальной комиссии, создаваемой Государственной Думой, полномочий по проведению расследования деятельности Президента РФ, не позволяет ей собрать необходимые доказательства для предъявления Президенту РФ обвинения. В результате Президент РФ становится похожим на монарха, который никакой ответственности ни перед кем не несет. Это грубо нарушает конституционный принцип демократии, республиканской формы правления, правового государства (ст. 1) и принцип конституционной законности (ч. 2 ст. 15 Конституции РФ).

¹ Козенко А. Правозащитников проверили на скорость / А. Козенко, В. Трифонов // Коммерсантъ. — 2010. — 15 сентября. — С. 3.

² Собрание законодательства РФ. — 2000. — № 20. — Ст. 2112.

³ Указ Президента РФ «О порядке рассмотрения кандидатур на должность высшего должностного лица (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти) субъекта Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 52. — Ч. 2. — Ст. 5427.

⁴ Указ Президента РФ «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 52. — Ч. 2. — Ст. 5427.

Хорошо известный способ нейтрализации норм конституции и законов заключается **в отказе усвоения эффективных санкций за нарушение этих норм**¹. Так, статья 80 Конституции РФ возлагает на Президента РФ обязанность быть гарантом Конституции РФ, прав и свобод человека и гражданина. Но Уголовный кодекс РФ не предусматривает нарушение этих обязанностей Президентом РФ в качестве тяжкого преступления, а значит, его невозможно отрешить от должности за невыполнение своих конституционных обязанностей. Норма Конституции РФ превратилась в пустую декларацию.

Очень часто права и свободы человека и гражданина не реализуются на деле в силу того, что законодатель предусмотрел только дисциплинарную ответственность за посягательства на них со стороны должностных лиц и иных государственных служащих. В условиях патрон-клиентских отношений, которые повсеместно распространены в отечественном государственном аппарате, руководители не привлекают к дисциплинарной ответственности своих подчиненных за нарушения прав граждан и даже способствуют уходу их от более строгой ответственности. Те в свою очередь соглашаются выполнять приказы своих начальников, нарушающих права человека и гражданина, то есть поддерживаются отношения «круговой поруки».

Как уже отмечалось выше, в ходе конкретизации конституционных норм, законодатель **искажает смысл терминов**, которые используются в конституции с целью ограничить действие норм конституции. Уже приводился пример того, как законодатель расширенно истолковал термин «принципы организации представительных и исполнительных органов государственной власти», использованный в части 1 статьи 77 Конституции РФ для того, чтобы ограничить права субъектов Федерации. Таким же образом он обошелся с термином «принципы организации системы органов местного самоуправления», использованным в пункте «н» части 1 статьи 72 Конституции РФ. Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» № 131-ФЗ² выходит далеко за рамки перечисления принципов организации местного самоуправления. Он регулирует множество частных вопросов, которые согласно идее местного самоуправления должны решаться самим населением муниципалитетов.

Для того, чтобы поддерживать численность принудительной российской армии, законодатели вместо закона об альтернативной гражданской службе, предусмотренного частью 3 статьи 59 Конституции РФ, приняли закон о наказании тех, кто пытается получить эту альтернативную гражданскую службу. Федеральный закон «Об альтернативной гражданской службе»³ устанавливает тяжелые условия несения альтернативной гражданской службы с целью отбить желание у призывников воспользоваться предоставленным Конституцией РФ правом⁴.

Нейтрализация норм конституции посредством законодательства является лишь частью целого механизма нейтрализации норм конституции. Юристы не должны ограничиваться изучением лишь механизмов реализации норм права. Они должны подробно исследовать то, как государство нейтрализует действие норм, которые издает, но не желает чтобы они реально действовали.

¹ Баранов В.М. Законодательные ошибки: понятие и типология / В.М. Баранов, В.М. Сырых // Законодательная техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 390.

² Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822; 2007. — № 18. — Ст. 2117; № 30. — Ст. 3801.

³ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 30. — Ст. 3030.

⁴ См.: Смолякова Т. Альтернативное наказание // Российская газета. — 2003. — 14 мая. — С. 1, 2.

А.Г. Дороднов

Дороднов Алексей Георгиевич — помощник прокурора Советского района г. Нижнего Новгорода

Особенности правотворчества в сфере обеспечения транспортной безопасности в США

Дорожно-транспортный травматизм является серьезной проблемой не только в России, но и в других странах, на дорогах которых гибнут десятки тысяч человек. Однако в других государствах в отличие от России наблюдается устойчивая тенденция к сокращению погибших и раненых в дорожно-транспортных происшествиях. В 2009 году 34 тысячи человек погибли на дорогах США, на 19% меньше, чем в 1995 году. Более того, с 1950 года в пять раз сократилось число смертей на один километр пробега автомобиля, почти вдвое уменьшилось количество погибших велосипедистов и пешеходов. За этот же период сокращение числа ДТП имело место во Франции — на 52%, Великобритании — на 39%, Австралии — на 25%¹. Отмечая очевидную положительную тенденцию, американские специалисты The Transportation Research Board (TRB) указывают, что стоимость поездки на автомобиле с точки зрения человеческой жизни в США все еще остается чрезвычайно высокой, а опыт других стран свидетельствует о необходимости развить новые методы управления безопасностью, ориентированные на конкретный результат с учетом местных и региональных правоограничений, сложившихся общественных отношений, транспортных ресурсов и дорожной системы, характера и интенсивности дорожного движения. Одной из причин отставания США в этом вопросе специалисты называют децентрализованность полицейских структур и отсутствие единой программы снижения травматизма, охватывающей все штаты. Поэтому, как полагают эксперты, Министерство транспорта должно выступить координатором крупномасштабных программ, направленных на снижение дорожного травматизма, включающих мониторинг состояния законодательства, повышение квалификации специалистов, разработку стандартов безопасности дорожного движения. Опыт других государств, адаптированный к условиям США, предлагается принять во внимание и отразить в обзорах факторов безопасности на дорогах. К основным направлениям относят изменение порядка проектирования дорог, организации дорожного движения, работу с водителями². Значительный превентивный потенциал имеет контроль за скоростью движения с расширением использования камер видеонаблюдения и частое выборочное тестирование водителей, осуществляющих движение, на содержание уровня алкоголя в крови. Эти распространенные в других странах методы профилактики не используются в США в силу законодательных ограничений, недовольства и сопротивления населения и высокой затратности.

Каковы же основные причины дорожного травматизма? Как показывает статистика, 20% аварий и травм в 2009 году связано с тем, что водители отвлекались во время движения, 18% погибших пользовались сотовым телефоном, 16% водителей моложе 20 лет, участвующих в ДТП со смертельным исходом, погибли по причине использования портативных электронных устройств. Общее число таких жертв увеличилось с 7% в 2005 году до 11% в 2009 году. Хотя эти цифры являются значительными, они не в состоянии раскрыть истинного масштаба проблемы, так как идентификацию отвлекающих моментов и их роль в аварии очень трудно определить, используя только данные полиции. По мнению экспертов, водители, которые используют портативные устройства, в четыре раза чаще попадают в аварии достаточно серьезные, чтобы закончиться травмой. Использование сотового телефона во время вождения, будь то ручной телефон или устройство громкой связи, аналогично задержке реакции водителя, даваемой концентрацией алкоголя в крови в пределах 0,08%.

Исследование, проведенное Национальной администрацией безопасности дорожного движения (NHTSA), показывает увеличение использования электронных устройств во время вождения и некоторые региональные различия регулирования этой практики. В октябре 2009 года в Вашингтоне проводилась конференция с участием основных экспертов в области безопасности дорожного движения, представителей прокуратуры, полиции, Министерства транспорта, других чиновников, посвященная проблеме использования современных беспроводных коммуникативных устройств, отвлекающих водителей, в первую очередь, позволяющих обмениваться текстовыми сообщениями.

Сочинение, отправка или чтение текстовых сообщений отвлекают водителей не меньше, чем сотовые телефоны, законы о запрете пользования которыми за рулем были приняты во многих штатах, в то время как другие устройства не были запрещены. Саммит обеспечил соглашение между государ-

¹ See: *Clinton V. Oster. Jr. Traffic Safety Lessons from Benchmark Nations.* — School of Public and Environmental Affairs. — Indiana, 2009. Law Center of the National District Attorneys Association.

² See: Law Center of the National District Attorneys Association . Special Report 300. — N. Y., 2008.

ственными и общественными организациями, политиками, бизнесом. Опросы общественного мнения также подтвердили широкую поддержку обществом введения запретов. В дальнейшем признание серьезности риска, связанного с обменом текстовыми сообщениями во время вождения, прозвучало и от федеральных властей. Президент США Обама подписал Распоряжение от 1 октября 2009 года, касающееся целесообразности пересмотра законодательств штатов и введения запрета на использование электронных средств обмена текстовыми сообщениями за рулем¹.

В связи с этим был разработан образец закона о запрете использования сотовых телефонов и других электронных средств коммуникации за рулем. В проекте закона отразили цели, которые преследовали авторы: обеспечение основы для запрета электронных средств коммуникации, ставших одной из основных причин дорожного травматизма; улучшение уровня дорожной безопасности для всех водителей автотранспортных средств, пассажиров, велосипедистов, пешеходов; предотвращение аварий, связанных с актом приема или передачи текстовых сообщений во время вождения транспортного средства; уменьшение травм, смертей, материального ущерба, расходов на здравоохранение, медицинское страхование и автомобильные страховые тарифы, связанные с дорожно-транспортными происшествиями; предоставить право сотрудникам правоохранительных органов останавливать транспортные средства и предъявлять обвинение лицам, нарушившим запрет в совершении преступления.

Закон распространяется на всех водителей во время работы двигателя или только на тех, кто находится в движении (по усмотрению законодателей штата), а также объявляет незаконными введение вручную букв, цифр, символов или иного текста в беспроводное коммуникационное устройство или отправление, или чтение сообщений (с целью негласного межличностного общения), в том числе текстовых, электронной почты и мгновенных сообщений.

Закон не применяется в отношении водителей правоохранительных органов, пожарной службы или службы скорой медицинской помощи при исполнении служебных обязанностей. Не охватывается нормами закона получение сообщений, связанных с эксплуатацией или навигацией транспортного средства; обеспечением безопасности, включая информацию о чрезвычайном положении, движении транспорта или погодных условиях; использование устройства или системы для целей навигации, проведение беспроводного межличностного общения, которое не требует ручного ввода нескольких букв, цифр или символов или чтения текстовых сообщений, за исключением того, чтобы активировать, отключить или инициировать функции устройства. Водители, нарушившие эти положения, подлежат наказанию в виде:

1. Для первого правонарушения — минимальный штраф в размере 75 долларов и меры, связанные с лишением или ограничением водительских прав.

2. Для повторного преступления — наказание должно соответствовать законодательству о нарушении безопасности вождения транспортных средств и дорожного движения.

3. Для любого преступления, которое приводит к смерти или серьезным травмам, нарушения должны возрасти до тяжкого преступления, которое карается в соответствии с руководящими принципами государства вынесения приговора.

К концу 2009 года 19 штатов и округ Колумбия ввели в действие законы, запрещающие пользование устройствами обмена текстовыми сообщениями во время вождения для всех водителей, в то время как ряд других штатов приняли законы, охватывающие конкретные типы водителей, таких как начинающие водители или водители школьных автобусов. При этом запрет может быть расширен с учетом новых научных результатов, новых технологий или с целью гармонизации с другими законодательными актами.

Так, в штате Аризона в 2009 году был принят закон о запрете использования за рулем сотовых телефонов и иных устройств (Paul's Bill). Целью его принятия было обеспечение безопасности водителей и пассажиров механических транспортных средств, чья жизнь и здоровье могут быть поставлены под угрозу, если водитель использует электронные устройства для обмена текстовыми сообщениями с другим лицом за рулем. При этом в законе были даны определения устройств, им запрещаемых: ручной беспроводной телефон означает беспроводное интерактивное устройство связи, с которым пользователь может участвовать в текстовом обмене, по крайней мере с одной стороны, или чтении текстовых сообщений. Ручной беспроводной телефон не включает громкой телефонной беспроводной связи или устройства, которое позволяет пользователю находиться в контакте с другим лицом и обмениваться сообщениями без использования любой руки; или вложения; или дополнительного устройства или внутренней функции. Устройство громкой телефонной связи может быть постоянной или временной частью беспроводного телефона или другого средства устройства беспроводной связи и может потребовать использования любой руки, чтобы активировать, дезактивировать, или инициировать функцию беспроводного телефона или другого устройства связи.

¹ www.archives.gov/federal-register/executive-orders/2009-obama.html

Беспроводная интерактивная связь означает набор текста, текстовый обмен сообщениями, электронной почтой или доступ к информации в сети Интернет с портативного беспроводного телефона. Во время вождения, за исключением специально указанных в законе случаев, водитель автомобиля не имеет права использовать портативный беспроводной телефон для беспроводной интерактивной связи. Водитель транспортного средства может использовать портативный беспроводной телефон для беспроводной интерактивной связи в чрезвычайных ситуациях либо являясь лицом, осуществляющим свои служебные обязанности в качестве сертифицированного законом офицера органов внутренних дел, пожарного, водителя скорой помощи или экстренной медицинской помощи, техника. Наказанию подлежит лицо, которое признает себя виновным или не желает оспаривать свою виновность, или было застигнуто на месте совершения нарушения.

Для России указанная проблема является не менее актуальной, хотя соответствующая статистика не ведется, поскольку многие люди, в первую очередь молодые, обладают современными средствами коммуникации и используют их практически постоянно, в том числе и за рулем. В КоАП РФ предусмотрена ответственность за нарушение правил пользования во время движения транспортного средства телефоном, необорудованным техническим устройством, позволяющим вести переговоры без использования рук водителем транспортного средства, однако в данном случае речь ведется лишь о телефонных разговорах, но не затрагивается проблема текстовой коммуникации, тем более с использованием более современных электронных устройств, оборудованных выходом в Интернет. Поэтому представляется актуальным внести изменения в статью 12.36.1 КоАП РФ, дополнив ее положениями, запрещающими беспроводную текстовую интерактивную связь посредством любых электронных беспроводных устройств.

А.В. Дюков

Дюков Андрей Владимирович — кандидат юридических наук, начальник Управления правовой информации Договорно-правового департамента МВД России

Автоматизированная информационная система «Мониторинг» как средство повышения эффективности правотворчества

1. Решению вопросов выявления правотворческих ошибок в Министерстве внутренних дел Российской Федерации всегда уделялось большое внимание. МВД России реализует важные и объемные по своему содержанию функции, выполнение которых основывается на нормативных предписаниях. В настоящее время деятельность органов внутренних дел регламентируют несколько тысяч законодательных и подзаконных актов Российской Федерации, включая свыше 10 тысяч ведомственных правовых актов. Это достаточно большой массив правовой информации, которую необходимо изучить и применять в практической деятельности сотрудникам органов внутренних дел.

Необходимо отметить, что проекты нормативных правовых актов не всегда отрабатываются должным образом, содержат неточные и расплывчатые предписания, имеют противоречия и двусмысленности и, как результат, смысловые и логико-лингвистические ошибки, которые приводят к неправильному пониманию того или иного акта, а также вызывают трудности с его применением. В связи с этим становится очевидной необходимость глубокого анализа нормативной правовой базы, регулирующей сферу внутренних дел.

Процедура проведения мониторинга правоприменения, а равно оценка и внедрение его результатов — огромный пласт работы, но осуществлять ее необходимо как минимум по двум причинам. Во-первых, важно упорядочить и гармонизировать сегмент нормативных предписаний, регулирующих сферу внутренних дел, для правовой системы России, вторая причина — исправление уже существующих недостатков в правовом регулировании деятельности органов внутренних дел.

Хочу отметить, что МВД России еще до Указа Президента Российской Федерации «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации»¹ осуществляло работу по сбору и анализу предложений по совершенствованию нормативных правовых актов сферы внутренних дел.

Для выявления недостатков нормативных правовых актов, повышения эффективности правотворчества в 2005 году было принято организационное решение по созданию автоматизированной аналитической системы, которая автоматизировала бы процесс сбора, обобщения и анализа информации о практике применения правовых актов и предложений по их совершенствованию, и позволила бы обеспечить обратную связь вышестоящих органов с руководителями и сотрудниками территориальных органов внутренних дел.

2. В МВД России создана и с 2008 года функционирует автоматизированная аналитическая информационная система «Мониторинг» (далее — АИС «Мониторинг»).

Система позволяет решать две задачи. Первая — это сбор информации по совершенствованию нормативно-правовой базы, который осуществляется от низовых подразделений районного уровня к вышестоящим как по электронной почте, так и в режиме реального времени. Таким образом, за короткий период времени на федеральном уровне формируется централизованный банк данных, который содержит в себе сведения о наличии недостатков нормативно-правового регулирования и предложения по их устранению практически по всей совокупности нормативных правовых актов, используемых в деятельности МВД России.

В 2009—2010 годах субъектами правового мониторинга посредством АИС «Мониторинг» осуществлялась деятельность по сбору, обобщению и анализу информации о состоянии и практике применения в Российской Федерации нормативных правовых актов, регулирующих сферу внутренних дел, с целью оценки эффективности их реализации и выработки предложений по совершенствованию.

Так, например, в результате проделанной работы в 2009 году проанализировано более 2500 нормативных правовых актов и сформулировано свыше 1300 предложений, направленных на совершенствование 11 кодексов, 39 законодательных актов, 8 указов Президента Российской Федерации, 41 постановления Правительства Российской Федерации, 79 ведомственных нормативных правовых актов. Также были сформированы 152 предложения, направленные на устранение правовых пробелов в различных областях общественных отношений, затрагивающих сферу внутренних дел.

¹ Указ Президента РФ от 20 мая 2011 года № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 21. — Ст. 2930.

В 2010 году по результатам анализа уже 3500 нормативных актов в федеральный банк данных поступило свыше 1400 предложений, направленных на совершенствование нормативной правовой базы (в том числе 13 кодексов, 42 законодательных актов, 4 указов Президента Российской Федерации, 27 постановлений Правительства Российской Федерации, 94 ведомственных нормативных правовых актов). Кроме того, было собрано 207 аналитических материалов и 230 выводов диссертационных исследований, содержащих в себе предложения по совершенствованию законодательства.

По итогам проделанной работы ежегодно готовятся доклады Министру внутренних дел Российской Федерации «О результатах правового мониторинга в системе МВД России», в которых подробно освещены предложения по совершенствованию нормативных правовых актов, регулирующих сферу внутренних дел.

3. Вторая задача — проведение анализа всего массива информации на предмет поиска одного интересующего нас недостатка нормативно-правового регулирования. Поиск может осуществляться одним специально обученным сотрудником, который имеет возможность одновременно анализировать как весь нормативно-правовой массив, так и конкретные нормы, регулирующие определенное направление деятельности.

Анализ осуществляется по заданным параметрам с использованием множества классификаторов и семантической настройки на предметную область. Для этого были созданы словари терминов, используемых в деятельности органов внутренних дел и употребляемых в нормативно-правовых документах, связи между различными терминами и понятиями, многоуровневые классификаторы, характеризующие различные аспекты деятельности, виды документов.

Система позволяет посредством двумерного поиска находить непосредственные недостатки в нормативных правовых актах, к которым относятся пробелы, коллизии, морально устаревшие нормы, факты неисполнения предписаний судов об отмене того или иного акта и другие.

Для этого разработаны специальные алгоритмы аналитической обработки нормативных правовых актов, например, при поиске ведомственных нормативных правовых актов, несоответствующих изменениям, внесенным в систему или структуру органов исполнительной власти (в связи с их ликвидацией, реорганизацией и проведением организационно-штатных мероприятий); норм федерального законодательства, обеспечивающих рамочное регулирование сферы внутренних дел, не конкретизированных соответствующими нормами законодательных актов субъектов Российской Федерации, подзаконных актов; отсутствия в действующей системе законодательства правовой нормы, регулирующей общественные отношения, подлежащее правовому регулированию (пробелы в праве); правовых норм, сформулированных в международных договорах и соглашениях, не подкрепленных соответствующими нормативными предписаниями национального законодательства на уровне федерального закона, указа Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, ведомственных нормативных правовых актов и ряд других.

4. С изданием Указа Президента Российской Федерации и постановления Правительства Российской Федерации¹ мониторинг правоприменения получил нормативное закрепление и предусматривает комплексную и плановую деятельность, осуществляемую федеральными органами исполнительной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в пределах своих полномочий, по сбору, обобщению, анализу и оценке информации для обеспечения принятия, изменения или признания утратившими силу законодательных и иных нормативных правовых актов Российской Федерации.

Распоряжением Правительства Российской Федерации² утверждены планы мониторинга правоприменения на 2011 и 2012 годы, по которым МВД России должно осуществить мониторинг реформирования полиции, в пределах действия Федерального закона «О полиции», указов Президента Российской Федерации и ведомственных нормативных правовых актов. Кроме того, в соответствии с данными планами МВД России является соисполнителем по мониторингу регулирования оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, а также противодействие их незаконному обороту; государственного регулирования деятельности по организации и проведению азартных игр; государственного регулирования производства и оборота спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции; оборота взрывчатых материалов промышленного назначения; защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, обеспечение безопасности людей на водных объектах.

¹ Постановление Правительства РФ от 19 августа 2011 года № 694 «Об утверждении методики осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 35. — Ст. 5081.

² Распоряжение Правительства РФ от 19 августа 2011 года № 1471-р «Об утверждении планов мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 35. — Ст. 5102.

По результатам мониторинга в Минюст России будут направлены предложения по совершенствованию данной отрасли законодательства, которые лягут в основу проекта доклада Президенту Российской Федерации.

Основным инструментарием в этой работе также будет являться АИС «Мониторинг».

5. Дальнейшее развитие АИС «Мониторинг» получила в 2010 году. Была завершена разработка еще одного дополнительного программного модуля этой системы, который позволяет автоматизировать процесс проведения правовой и антикоррупционной экспертизы (далее — ПМ «Правовая экспертиза»). Тем самым была решена задача по освобождению эксперта от рутинных многочисленных поисков по правовой базе, предоставив автоматически размеченный текст документа с рекомендациями по исправлению.

Эксперт-юрист, работая с проектом нового правового акта, должен проверить соответствие текста правилам оформления разделов, названий, дат, наименований органов государственной власти, других реквизитов, полноту ссылок на другие документы и правильность адресации ссылок с учетом требований публикации и регистрации актов. Автоматизация рутинных массовых операций поиска при юридико-техническом анализе текста проекта упрощает работы по экспертизе, высвобождая время на смысловой анализ, и позволяет концентрировать внимание на содержании акта, а не на его форме.

В текстах актов автоматически выделяются заданные разработчиками наборы простых и комплексных сущностей и проводится анализ их взаимного расположения на соответствие принятым в организации правилам оформления документов. Проблемные места текста окрашиваются фоновым цветом и снабжаются автоматическими всплывающими комментариями о результатах анализа или контекстного поиска. Эксперт может менять настройки анализа для акцента на разные аспекты оформления. Реализована стадийность экспертизы, когда при неудовлетворительных результатах на ранних этапах экспертизы проект не может попасть на последующие стадии.

В ПМ «Правовая экспертиза» реализуются следующие функции:

- ввод и анализ проекта документа в систему;
- экспертиза проекта документа;
- построение типового заключения правовой экспертизы по проекту документа.

ПМ «Правовая экспертиза» обеспечивает:

- выполнение контрольных процедур правовой экспертизы:
 - контроль соответствия структуры текста нормативного правового акта принятым образцам, например, деление на составные части: в приказе на пункты, подпункты и абзацы; в уставе, положении, инструкции, правилах и иных нормативных правовых актах — на главы, пункты, подпункты, абзацы;
 - контроль реквизитов нормативного правового акта: заголовка, даты, порядкового номера и других реквизитов, предусмотренных инструкцией по делопроизводству в федеральных органах исполнительной власти;
 - контроль ошибок в порядке нумерации структурных частей акта;
 - контроль отсутствия в тексте нормативного правового акта общих, абстрактных формулировок типа: «повысить внимание», «решительно улучшить» и тому подобных;
 - контроль способа написания дат и конкретного указания сроков реализации актов с указанием числа месяца, квартала, года;
 - контроль обязательности ссылок на источник официального опубликования актов законодательства Российской Федерации;
 - контроль обязательности указания реквизитов государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, иных государственных органов и организаций, прошедших в установленном порядке государственную регистрацию.

Поиск коррупциогенных факторов осуществляется в соответствии с методикой проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов¹. В процессе проведения антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов банк данных автоматизированной системы пополняется конкретными примерами коррупциогенных факторов, устанавливающих для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил.

Дальнейшее развитие ПМ «Правовая экспертиза» видится в адаптации ее для осуществления структурно-логического анализа текстов проектов нормативных правовых актов.

Создание и развитие вышеуказанных автоматизированных систем является перспективным направлением для развития электронного правотворчества в России.

¹ Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 10. — Ст. 1084.

Е.А. Желонкина

Желонкина Екатерина Алексеевна — адъюнкт кафедры теории и истории государства и права Ростовского юридического института МВД России

Оценка российскими юристами техники и качества законов Российской империи в XIX веке

В России в этот период юридическая наука находилась в начале своего становления. Неоправданно затянулись создание в стране юридических учебных заведений и формирование отечественной профессуры. Профессорами академического университета являлись в основном иностранцы, читавшие курс права в соответствии с постулатами западноевропейской (а если точнее, немецкой) юриспруденции. Так, при проведении кодификационных работ очень скоро обнаружился серьезный недостаток «ученых сил», способных составлять и кодифицировать законы, также решать возникавшие в связи с этим теоретические вопросы. Г.Ф. Шершеневич, анализируя причины неудачной деятельности прежних кодификационных комиссий, отмечал, что для проведения этой деятельности «...не хватало знаний и людей. Утрачены были традиции дьяков московских приказов, но не создалась еще юридическая научная школа. Отсутствие подготовленных юристов русского происхождения — главная причина всех неудач на почве инкорпорации и кодификации»¹. Сложившаяся ситуация была следствием отсутствия в России «правильно поставленного юридического образования». В связи с этим М.М. Сперанский совершенно точно заметил: «...в частях простых и мало значащих, требуют с большею точностью совершенства, нежели в науке законодательства, целую жизнь посвящают, чтоб познать историю насекомых или исчислить все роды бабочек, а составление Уложения вверяют у нас первому, кто обнаружит некоторые сведения в указах или покажет некоторые таланты»². Немногочисленные выпускники юридических факультетов плохо владели приемами юридической техники, испытывали серьезные затруднения с применением теоретических знаний на практике. Любопытное замечание по этому поводу находим в рапорте императору о состоянии и работе Комиссии составления законов, подписанным Новосильцевым и Сперанским (29 декабря 1808 г.), где указывалось: «Правоведение в России доселе по большей части было искусством, приобретаемым навыком и единым упражнением в производстве дел. Теоретическая часть сей науки в учебных наших заведениях еще не укоренилась. Отсюда, трудность соединить в одном лице теорию с практикою»³.

Б.А. Кистяковский высказал тезис, согласно которому «русская интеллигенция никогда не уважала права, никогда не видела в нем ценности; из всех культурных ценностей право находилось у нее в наибольшем загоне. Автор считал, что это является «результатом нашего застарелого зла — отсутствия какого бы то ни было правового порядка в повседневной жизни русского народа». К таким выводам Б.А. Кистяковский пришел, сопоставляя развитие права и учения о нем в России с состоянием права и правосознания Запада. Для воспринявшего западную традицию права академика Кистяковского⁴ развитие российской правовой системы виделось как усвоение и укоренение в правовой жизни России выработанной западной юриспруденцией доктрины «правового государства», «законопослушания», «уважения прав и свобод человека и гражданина» и т. п.

В действительности, Б.А. Кистяковский, раздавая негативные оценки состоянию правосознания российского общества, выразил типичное для большинства отечественных правоведов мнение, что, во-первых, наша правовая система является недостаточно развитой по сравнению с правовыми системами западных государств, во-вторых, магистральный путь ее развития — заимствование зарубежного права, а именно — права западного.

Еще в начале XIX века с предложением к Александру I открыть в России школу законоведения обратился английский юрист, либеральный публицист и философ И. Бентам. В своих письмах к императору он доказывал необходимость создания в стране специализированного учреждения, в котором готовили бы специалистов, способных работать в ведомстве кодификации. Но только М.М. Сперанский предложил в 30-х годах XIX века комплексное решение кадровой проблемы. Благодаря реализа-

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. — Рига, 1924. — С. 424.

² Солодкин И.И. Роль М.М. Сперанского в развитии юридического образования в России // Правоведение. — 1962. — № 3. — С. 147.

³ Там же. — С. 148.

⁴ Юридическое образование Б.А. Кистяковский получил в Дерптском университете, учился в Берлине, Страсбурге, Париже, посещал семинары Винденвальда, Кнаппа, Циглера, Еллинека (См.: Василенко Н.П. Академик Богдан Александрович Кистяковский // Кистяковский Б.А. Философия и социология права. — СПб., 1998. — С. 652—658.

ции предложенной им программы, за короткий срок отечественные университеты получили группу хорошо подготовленных русских профессоров, а систематизаторы — квалифицированных юристов с хорошим знанием практических приемов упорядочения законодательства, но самое важное — было положено начало системе подготовки ученых-юристов высшей квалификации. Именно им предстояло в дальнейшем обобщать накапливавшийся практический опыт кодификаторов, развивать теоретические подходы к пониманию законодательной техники.

В 1826 году произошло преобразование Уложенной комиссии во II Отделение собственной канцелярии его императорского величества. Этот момент можно считать определенной организационной предпосылкой для развития законодательной техники. Новому органу поручались работы по систематизации законодательства. Работа этого учреждения, в отличие от прежних уложенных комиссий, строилась на постоянной основе, это, безусловно, способствовало использованию единообразных приемов при обработке нормативного материала, накоплению правотворческого опыта и созданию предпосылок для его научного осмысления. Собственная его императорского величества канцелярия, занимала весьма специфическое положение в системе государственных органов России. Поскольку она была «Собственной», то подчинялась непосредственно императору и действовала благодаря исторической школе права, отечественное право окончательно утвердилось в качестве главного объекта исследования. Это был не идеальный объект (в отличие от представителей естественно-правовой концепции), а реальный объект. Однако, собрав и описав огромный эмпирический материал, историки права не смогли предложить метода для его обобщения и систематизации. Это значит, что юридическая наука в России так и не стала на данном этапе своего развития надежной помощницей в деле систематизации отечественного законодательства. Она так и не выработала конкретных научных разработок в области законодательной техники. Но это была необходимая ступень, подготовившая более динамичное их развитие в будущем.

Интересна с этой точки зрения книга Л.А. Цветаева «Начертание теории законов», которая была издана в 1816 году. По мнению Л.А. Цветаева, основным критерием качества закона является его «доброта». Доброта же закона может быть как внутренней, так и внешней. Под внутренней добротой понимается соответствие законов идеалам «чистой нравственности» и «правам естественным», а также религиозным заповедям. Внешняя же доброта «состоит в том, чтоб они были полны и написаны приличным, кратким и ясным штилем, расположены в пристойном и удобном порядке»¹. Кроме того, необходимо, «чтоб законы хорошо были разделены на параграфы и перечислены»².

В 1819 году в Москве издается работа П. Соколова «Систематическое руководство к познанию российского практического законоведения». В 1890 году в Санкт-Петербурге выходит в свет работа В.В. Богишича «О технических терминах в законодательстве».

Длительное время в России сам характер правотворческой деятельности не способствовал выработке понятия закона. Говорить о законе как об акте правотворчества государственной власти применительно к Российскому государству можно лишь начиная со времен Петра I, хотя и тогда еще сохранилось прежнее наименование такого акта — государев указ. В Московском государстве законами именовались акты греческих царей, а указами назывались акты московских царей, причем законы царей греческих считались актами более высокого порядка.

В начале XVIII века закон начинает приобретать значение как акт высшей юридической силы, но таковым не определяется. Прослеживается тенденция к закреплению законотворческой функции за государственной властью: «Законодательная власть есть право государя издавать законы»³.

Под законом понимали точные установления законодателя, служащие способом объединения и поддержания людей в обществе, и без которых общество разрушилось бы. Такое видение закона существовало еще до начала работ по систематизации существовавших в России законодательных предписаний. Под обычаем же понимались установления «всего вообще народа».

Уже тогда подразумевалось разделение права на публичное и частное в зависимости от того, правоотношения каких субъектов — государства и граждан, либо только граждан оно регламентировало. Соответственно, относящиеся сюда законы составляли общее право, или государственное и особенное. Внутри такого разделения существовала и более мелкая градация различных законов, рассматривая их по их существу и предмету.

В 1810 году по инициативе М.М. Сперанского создается Государственный совет, который становится законосовещательным органом при императоре. Он состоял из высших сановников, назначаемых императором. Государственный Совет не обладал правом законодательной инициативы, не вправе был принимать законодательные акты. На своих заседаниях он мог лишь обсуждать законопроекты.

Большим недостатком законодательства Российской империи была его понятийная, терминологическая нечеткость, что затрудняло правоприменительный процесс, не способствовало укреплению

¹ Цветаев Л.А. Начертание теории законов. — М., 1816. — С. 55.

² Там же. — С. 56—57.

³ Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства. — М., 1816. — Т. IV. — С. 1432.

правопорядка, правильному развитию общественного правосознания. Ярким примером явилось «Положение о мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия», утвержденное 14 августа 1881 года. Широкий простор для различных правоприменительных толкований давало такое крайне растяжимое понятие, как «лица, вредные для государственного и общественного спокойствия». Какие-либо объективные признаки этого понятия не назывались.

Особо следует сказать о новом направлении правовой мысли, возникшем еще в начале XIX века и развитом впоследствии — юридическом позитивизме. Это направление сыграло немаловажную роль в формировании построения правовой нормы, которая на этот период сильно страдала казуистикой. Сторонники позитивизма считали, что право и причины его возникновения познать до конца невозможно. Поэтому основная задача правоведов — описание действующего законодательства с целью решения практических задач. Для этого был предложен особый метод — догматический. Сущность этого метода раскрывается в работах С.А. Муромцева, С.В. Пахмана, Г.Ф. Шершеневича и других представителей отечественной юриспруденции. Под догмой они понимали систематическое изложение начал (принципов) действующего права какой-либо страны или какого-либо времени. Задача такого изложения — чисто практическая, она способствует лучшему применению в жизни действующего права. Материалом для догматической обработки является все положительное право. Для того, чтобы истолковать смысл нормы и раскрыть истинный смысл каждой из них, мог пригодиться опыт, накопленный представителями исторической школы права. В этом случае исторический метод приобретал вспомогательное значение, он ограничивался лишь передачей содержания законов и иных источников права. В отличие от него догматический метод подсказывал решение на случай неполноты закона и в случае противоречий, встречающихся в законе. Г.Ф. Шершеневич, имея в виду состояние отечественного законодательства, резонно замечал, что «значение истории права для понимания действующего права, следовательно, как вспомогательного для догматики средства, особенно возрастает там, где положительное право представляет собою совокупность норм, возникших в разные исторические периоды и сохранивших свою силу до последнего времени. Истинный смысл таких норм может быть установлен только по соображению с теми историческими условиями, при которых они возникли»¹. В процессе юридического творчества, догматику, наряду с законодателем и судьей, отводилась своя, вполне определенная, сфера деятельности. Так, если законодатель занимается формулированием положений, устанавливающих конкретные права и обязанности субъектов, то догматик вырабатывает правила в дополнение закона, направленные на устранение его противоречий. Таким образом, задача догмы заключалась в придании системе правовых установлений стабильности, что в российских условиях также являлось насущной задачей.

Сторонники догматического метода справедливо полагали, что формулирование юридических принципов способно предотвратить казуистику норм, которой серьезно страдало отечественное законодательство. Профессор С.А. Муромцев категорично утверждал: «Хорошим законом справедливо почитается такой, который наименее казуистичен»². Далее, догматик, не ограничиваясь описанием и обобщением, задается целью определения юридических понятий. «Юридическое определение, — по словам С.А. Муромцева, — означает сумму всех тех обстоятельств, с совокупностью которых связаны данные юридические последствия, и сумму всех тех последствий, которые связаны с этими обстоятельствами»³. Ученый считал, что задача формулирования определений должна быть возложена не на законодателя, а на науку права.

Юридическая догматика впервые дала реальную возможность осуществить систематическую обработку действующего отечественного права, то есть выразить и сгруппировать юридические категории таким образом, чтобы облегчить их применение на практике. Именно эта связь догматического метода с решением насущных практических задач обусловила его невероятную популярность среди отечественных юристов. С начала 80-х годов и до конца столетия усилиями таких ученых, как Г.Ф. Шершеневич, С.В. Пахман, Е.В. Васьковский, Д.Д. Grimm, Н.И. Палиенко, А. Рождественский и других юридический позитивизм в России стал господствующим направлением в исследовании правовых явлений, в том числе и технических аспектов права.

С утверждением догматического метода в юриспруденции среди исследователей развернулась дискуссия о том, чем собственно является догма права. Влияние западноевропейских ученых в ходе дискуссии в позициях сторон ощущалось довольно сильно. Например, крупнейший правовед Адольф Вах считал, что умению составлять законодательство нельзя научиться, поскольку это дар природы, поэтому предметом законодательной техники является искусство в деле создания права. Эти идеи разделяли также ирландские ученые Белинг и Гутгерц⁴. Подходы зарубежных коллег разделяли мно-

¹ Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. — Казань, 1893. — С. 31.

² Муромцев С.А. Что такое догма права? — М., 1885. — С. 13.

³ Там же. — С. 19.

⁴ Подробнее см. об этом: Дембо Л.И. Проблемы кодификации советского права // Вестник ЛГУ. — 1947. — № 4. — С. 75.

гие исследователи из России. Наиболее последовательным сторонником этой точки зрения выступал С.А. Муромцев, хотя и он был вынужден признать, что без опоры на науку обойтись нельзя.

Отечественные правоведы С.В. Пахман и А.Х. Гольмстен, напротив, признавали за догматической юриспруденцией значение самостоятельной юридической науки, которая сродни естествознанию, ведь она исследует и устанавливает законы. С.В. Пахман¹, защищая свои идеи, сближал юридическую догматику с математикой. А.Х. Гольмстен² шел еще дальше и формулировал некоторые из законов, открываемые догматической юриспруденцией. Очевидно, что на выводах авторов сказывались впечатляющие результаты естественных наук, достигнутые в XIX столетии, и желание использовать их методы при изучении общественных явлений. Такое понимание юридической догматики нуждалось в уточнении, но ценность этого взгляда состояла в том, что он содержал в себе возможность дальнейшего научного познания догмы права.

Дискуссия так и не решила вопроса о месте догматической юриспруденции в системе юридических наук. Этому помешали методологические погрешности и ошибки, допущенные сторонами в ходе споров, но, как верно подметил профессор Б.А. Кистяковский, «...косвенно эта дискуссия расчистила почву для выработки путей и приемов дальнейшего построения научного знания о правовых явлениях»³.

На основе догматического метода отечественные правоведы начали разрабатывать учение о наиболее совершенных способах систематизации законодательства, которое составило в дальнейшем основу учения о законодательной технике. В центре научной дискуссии оказался вопрос о наиболее рациональных способах систематизации отечественного законодательства. В качестве таковых рассматривались инкорпорация и кодификация законодательства. В Российской империи во второй половине XIX века существовала острая потребность в проведении масштабных кодификационных работ. Для их осуществления требовалось принятие политического решения, на которое никак не решалась самодержавная монархия. Это заставляло ученых снова и снова говорить о преимуществах кодификации. Кодификация стала предметом научного анализа, и исследователи смогли избежать слепого преклонения перед данной формой упорядочения законодательного материала. При этом российские ученые невольно стали участниками дискуссии, разгоревшейся в Западной Европе на рубеже XIX—XX веков, относительно возможности дальнейшего совершенствования кодификационной техники. В решении данной задачи внесли свой вклад и отечественные правоведы.

Интересные идеи высказал профессор М.М. Винавер в работе «Кодификация и толкование». Он выступал категорически против призывов создания нормы для каждого отдельного случая, считая, что только из накопления огромного числа конкретных отношений возможно это сделать, причем для этого требуется определенное время. Нужен особый метод применения норм права. Основой такого метода «...должно служить живое ощущение коренных, повторяющихся мотивов человеческой деятельности и существенных элементов человеческого общежития, — то, что можно было бы назвать внутренней логикой юридических институтов. Но если у римских юристов ощущение внутренней логики юридических институтов было основано, скорее, на интуиции, то современному кодификатору на помощь должна прийти наука»⁴.

Развитие идей М.М. Винавера мы находим у другого отечественного исследователя — А.А. Башмакова, работы которого в советское время подвергались критике⁵. По мнению исследователя, любой закон состоит не только из неизменного и устойчивого элемента, он непременно содержит еще элемент преходящий, неустойчивый, временный. Поэтому законодателю необходимо совместить в законе норму нарастающих потребностей с нормой незыблемо укоренившихся устоев жизни, не смешивая последних с безжизненными останками⁶.

Эти выводы позволили правоведам по-новому охарактеризовать задачи законодательной техники. С точки зрения ученого, они как раз и заключаются в распознавании и постижении идей, рождающих право, создающих фундамент общественной жизни. «Удачно поставленная законодательная техника должна обеспечить прочность творения и легкость его территориального распространения»⁷. Идеи, высказанные А.А. Башмаковым, расширили понятие законодательной техники. Отныне законодательная техника связывалась не только с вопросами формы права, но и его содержания. Представляется, что новые подходы к пониманию законодательной техники стали возможными, благодаря дальнейшему развитию исследовательской методологии.

¹ См.: Пахман С.В. О современном движении в науке права. — СПб., 1882. — С. 24—25, 39, 52, 63—64, 67.

² См.: Гольмстен А.Х. Юридические исследования и статьи. — СПб., 1894. — С. 10, 19.

³ Кистяковский Б.А. Философия и социология права / Сост. В.В. Сапова. — СПб., 1999. — С. 387.

⁴ Винавер М.М. Кодификация и толкование // Вестник права. — 1904. — Февраль. — С. 109.

⁵ См.: Башмаков А.А. Законодательная техника // Ученые записки Пермского университета. — 1970. — № 238. — С. 208.

⁶ См.: Башмаков А.А. Законодательная техника и народное право // Журнал Министерства юстиции. — 1904. — № 2. — С. 175.

⁷ Там же. — С. 175

Л.Н. Земцова, Е.В. Вадбольская

Земцова Лариса Николаевна — соискатель кафедры экономики, финансового права и таможенного дела Саратовского юридического института МВД России;

Вадбольская Елена Викторовна — соискатель кафедры экономики, финансового права и таможенного дела Саратовского юридического института МВД России

Качество правотворчества Банка России как условие эффективности правоприменения

Усиление рыночной дисциплины в области денежно-кредитных отношений, укрепление правопорядка в банковском деле — одно из приоритетных направлений банковско-правовой политики на современном этапе развития государства. Воздействуя на участников правоотношений, правовые акты Банка России способствуют формированию правомерного поведения в области денежно-кредитных отношений, развивают конкуренцию в банковской среде и расширяют виды банковских услуг, тем самым содействуют достижению социально-экономических целей развития общества.

Культура правовых актов, издаваемых правотворческими и правоприменительными органами, является особым показателем правовой культуры. Как отмечал в свое время И.А. Ильин, «самая сущность, самая природа права в том, что оно творится сознательными существами и для сознательных существ, мыслящими субъектами и для мыслящих субъектов»¹. Правовые акты издаются не для того, чтобы скрыть какую-то идею, а чтобы эта идея была понята всеми правильно, разумно. Можно сделать таким образом вывод о развитии правовыми актами Банка России не только рыночной идеологии, но и воспитании правомерного поведения в области денежно-кредитных отношений.

Разработку и реализацию Основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики Банком России представляется возможным рассматривать в качестве доктринальной деятельности. Правовая природа такого рода документов является сложной и не исследованной в должной мере в финансово-правовой науке. В настоящее время необходимо принять четкое государственное решение о судьбе нормативных правовых актов, обладающих доктринальным характером.

Банк России, издавая свои нормативные акты, основывается на конструктивном диалоге органов банковского надзора с банковским сообществом в целях повышения качества принимаемых решений и общей культуры надзора и банковского дела. С апреля 2003 года в соответствии со статьей 77 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и в рамках проводимой работы по повышению транспарентности деятельности в сфере банковского регулирования и банковского надзора на сайте Банка России в Интернете публикуются для открытого обсуждения проекты наиболее важных нормативных актов по вопросам регулирования банковской деятельности.

Актуальными направлениями банковско-правовой политики на современном этапе социально-экономического и политико-правового развития российского общества являются: поддержание стабильности банковской системы Российской Федерации, защита интересов вкладчиков и кредиторов. Решению данных задач призваны способствовать мероприятия, направленные на улучшение правовой среды, инвестиционного и делового климата, повышение эффективности функционирования системы страхования вкладов, расширение доступа кредитных организаций к финансовым ресурсам, повышение их капитализации, укрепление конкурентоспособности и устойчивости банковской системы, совершенствование регулирования и надзора в банковской сфере. Улучшение правовой среды определено в качестве стратегического направления развития банковской системы Российской Федерации в программном документе Банка России — «Основные направления единой государственной денежно-кредитной политики».

В условиях послекризисного развития перед банками стоит коренная задача по финансированию модернизации страны. Россия переживает судьбоносное время, время выработки новой экономической и социальной политики, социально-экономической стратегии развития страны². Что-

¹ Ильин И.А. О сущности правосознания // Теория права и государства / Под ред. В.А. Томсинова. — М., 2003. — С. 167.

² См.: Аганбегян А.Г. О новой роли банков в финансировании послекризисного социально-экономического развития России (субъективные заметки) // Деньги и кредит. — 2011. — № 1. — С. 36.

бы выполнить эту задачу сами банки должны подвергнуться модернизации — нарастить объем активов, значительно увеличить долю «длинных» денег за счет стимулирования долгосрочных вкладов, выпуска долгосрочных ценных бумаг, сократить участие государства в капиталах банков, значительно повысив в них долю частного капитала, повысить устойчивость банков. По мере снижения инфляции предстоит резко сократить процентную ставку банков и уйти от политики «дорогих денег»¹.

Но, как справедливо подчеркивается, социально-экономическая система встроена в более развернутый и сложный клубок всех общественных отношений и не является изолированной системой, а, напротив, прямо зависит от политической системы, правоохранительной системы и т. д. Поэтому необходима модернизация и других сфер общества в тесной связи с модернизацией экономической и социальной сферы.

Финансово-экономический кризис выявил ряд серьезных проблем в практике корпоративного управления, применяемой отечественными компаниями различных отраслей, включая финансовые и банковские организации: отсутствие эффективной системы управления рисками в российских компаниях, формальный характер целого ряда корпоративных процедур, отсутствие необходимых профессиональных качеств и навыков у многих членов советов директоров, недостаточный уровень прозрачности, избирательный характер раскрываемой корпоративной информации.

Сегодня в деловом сообществе начинается этап критического переосмысления прошлого опыта, поиск контуров новой модели корпоративного управления, соответствующей реальным интересам бизнеса с большим упором на финансовый менеджмент и управление рисками, совершенствование внутреннего аудита, транспарентность, повышение требований к подбору состава и профессиональному уровню советов директоров.

Вышеизложенное позволяет прийти к выводу, что назрела необходимость совершенствования корпоративного законодательства и практики его применения. Данный процесс должен быть ускорен ввиду того, что оно имеет комплексный характер и касается многих отраслей права, в том числе банковского, поскольку затрагивает деятельность кредитных организаций.

В Основных направлениях единой государственной денежно-кредитной политики на 2010 год и период 2011—2012 годов Центральный банк представил План важнейших мероприятий Банка России по совершенствованию банковской системы Российской Федерации, банковского надзора, финансовых рынков и платежной системы России².

Концепция развития корпоративного законодательства на период до 2008 года (с учетом вносившихся в нее изменений одобрена Правительством РФ — раздел II Протокола от 18 мая 2006 года № 16)³ содержит много правильных идей, которые развиваются в соответствующие направления корпоративного законодательства. Однако, несмотря на то, что сложившаяся система законодательства критикуется в Концепции, предлагается опять устранять противоречия и восполнять пробелы по большей части в отдельных федеральных законах, посвященных соответствующим видам юридических лиц. Специфика соответствующих отношений, подтвержденная многолетней законотворческой практикой, такова, что при этом подходе невозможно избежать различных противоречий юридико-технического характера, а также влияния различных лоббистских группировок, которые, руководствуясь мимолетными интересами, могут в значительно более упрощенном порядке менять специальные законы, не затрагивая ГК РФ. Поэтому необходимо исчерпывающим образом урегулировать в ГК РФ все вопросы корпоративного права, предусмотрев в нем большой раздел, а возможно — специальную часть о юридических лицах. Только в этом случае можно будет выделить и сформулировать единые, не противоречащие друг другу общие положения о юридических лицах, об отдельных институтах корпоративного права (о понятиях «корпорация», «корпоративные отношения»; о конфликте интересов; реорганизации, крупных сделках, сделках с заинтересованностью, правовых актах и т. д.)⁴. Предполагается, что такие изменения будут предусмотрены⁵.

¹ См.: Аганбегян А.Г. О новой роли банков в финансировании послекризисного социально-экономического развития России (субъективные заметки) // Деньги и кредит. — 2011. — № 1. — С. 32.

² См.: Саттарова Н.А. Правовые аспекты государственного регулирования банковской деятельности // Банковское право. — 2010. — № 2.

³ См.: Закон. — 2006. — № 9. — С. 9—3.

⁴ См.: Гутников О.В. Состояние и перспективы развития корпоративного законодательства в Российской Федерации // Журнал российского права. — 2007. — № 2. — С. 12.

⁵ Об этом см.: Емельянцева В.П. Развитие гражданско-правового регулирования статуса кредитных и страховых организаций // Проблемы совершенствования гражданского законодательства: Материалы IV Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (Москва, 28 октября 2009 г.) / Отв. ред. В.М. Жуйков. — М., 2010. — С. 235—242; Долинская В.В. Концепция развития гражданского законодательства: обзор основных положений о коммерческих юридических лицах // Проблемы совершенствования гражданского законодательства: Материалы IV Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (Москва, 28 октября 2009 г.) / Отв. ред. В.М. Жуйков. — М., 2010. — С. 235—242.

Исходя из широкого понимания реализации норм права, можно прийти к выводу, что исходной формой реализации права является законотворчество¹. Законодатель реализует содержащиеся в общественных отношениях объективные по обстоятельствам и естественные по условиям места и времени требования, вытекающие из «природы вещей».

Правотворчество и правоприменение, как «сообщающиеся сосуды» проявляют себя в повседневной деятельности, в частности в вопросах юридической техники. Однако, если правотворческая техника находится в поле зрения ученых-правоведов, то правоприменительной технике практически не уделяется должного внимания.

Правоприменительная техника является составной частью юридической техники, однако точность ее исследований, разрозненность и фрагментарность знания о ней не позволяют говорить о наличии ее концепции в системе технико-юридического знания ни в отраслевой юридической науке, ни в общей теории права. В силу этого многие пробелы в технико-организационной стороне применения права не восполнены, а существенные теоретические противоречия описания не сняты². Не выявлен ее элементный состав, не снята понятийная неопределенность в вопросах понимания технико-юридических способов, средств и правил в правоприменительной технике, отсутствует четкое представление о ее структурной организации (как и о структурах юридической техники в целом), не решена проблема конкуренции понятий правоприменительной техники и технологии.

Совершенствование ресурсов юридической техники в сфере правоприменения является одним из факторов повышения уровня правового регулирования³. И.В. Колесник, подчеркивая отличия правоприменительной технологии и правоприменительного процесса, которые иногда отождествляются в юридической литературе, отмечает, что «правоприменительная технология как системное саморегулируемое образование научно-прикладного характера не ограничивается только набором юридических средств, способствующих применению права. В рамках технологии создается и совершенствуется юридико-технологическое знание об этих средствах. Содержание правоприменительной технологии гораздо объемнее правоприменительного процесса в целом и его формирующей стороны в частности»⁴.

Правоприменительная технология более широкое понятие, чем процессуальная форма реализации правовых норм. Последняя, как утверждает И.В. Колесник, «...является дополнительным структурным элементом правоприменительной технологии...»⁵. Данное утверждение подтверждается тем, что далеко не вся деятельность, направленная на реализацию правовых норм, строго регламентирована процессуальными отраслями права. Однако, как показывает практика, чем более четко сформулированы правоприменительные акты, тем эффективней их реализация. Недаром в УПК РФ (2003 г.) была введена отдельная шестая часть, которая содержала бланки процессуальных документов, что уже само по себе говорит о необходимости совершенствования юридической техники в правоприменительной деятельности. Несмотря на то, что перечень бланков документов в УПК РФ в настоящее время отсутствует (это связано с их кардинальной переработкой), на практике вся деятельность по применению уголовно-правовых норм осуществляется на основе отработанных документов.

В других отраслях права юридическая техника находит свое отражение в создании типовых документов, руководствуясь которыми различные органы, должностные лица и граждане реализуют предоставленное им право. Несоблюдение при правоприменении установленных требований к правоприменительным актам является причиной, которая препятствует реализации норм права. Как справедливо подмечено, знание правил и приемов юридической техники позволяет правоприменителю не только понимать правовые нормы, изложенные в законах и подзаконных актах, а значит правильно применять их, но и самому создавать локальные акты правоприменения, не допуская при этом нарушения законности⁶.

В юридической литературе выделяют два вида технико-правовых конструкций: техника правообразования и техника правореализации. Видовое деление правоприменительной техники осуществляется в зависимости⁷:

¹ См.: Лазарев В.В. Реализация права // Общая теория права / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 355.

² См.: Логинов А.С. Правоприменительная техника: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011.

³ См.: Батычко В.Т. Значение юридической техники в правоприменительной деятельности // Юридическая техника как важнейшее средство правовой политики: Сборник научных статей по материалам Международного круглого стола / Под общ. ред. А.В. Малько, В.А. Костенко. — Таганрог, 2010. — С. 63—65; и др.

⁴ Колесник И.В. Проблемы формирования и реализации концепции правоприменительной технологии в современной России: Монография. — Ростов-на-Дону, 2009. — С. 105—106.

⁵ Там же.

⁶ См.: Батычко В.Т. Значение юридической техники в правоприменительной деятельности // Юридическая техника как важнейшее средство правовой политики: Сборник научных статей по материалам Международного круглого стола / Под общ. ред. А.В. Малько, В.А. Костенко. — Таганрог, 2010. — С. 63—65.

⁷ См.: Логинов А.С. Правоприменительная техника: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 8.

- от субъекта правоприменения (техника государственных органов; техника иных субъектов правоприменительной деятельности);
- вида процессов рассмотрения и разрешения дел, входящих в компетенцию государственного органа (административная и судебная);
- стадии правоприменительного процесса (техника установления фактических обстоятельств дела; техника выбора нормы права и юридической квалификации дела; технику проверки и толкования нормы права; техника решения дела и доведения его до сведения заинтересованных лиц);
- способа объективации волеизъявления правоприменителя вовне (техника объективации актов-документов и техника объективации актов-действий);
- вида осуществления правоприменительной деятельности (техника оперативно-исполнительной деятельности; техника правоохранительной деятельности; техника контрольно-надзорной деятельности);
- характера операций на стадии проверки и толкования нормы права (техника толкования; техника разрешения коллизий; техника преодоления пробелов в праве);
- отраслевой принадлежности применяемых норм (например, техника применения банковского права).

Структура техники правореализации включает приемы сбора анализа фактических материалов, выбора нормы, подлежащей правоприменению в данном конкретном случае, принятия правоприменительного решения и обеспечения реализации данного решения теми, кому оно адресовано. Техника принятия правоприменительного решения включает в себя технику подготовки проекта, технику оформления решения. В складывающихся условиях возрастает значимость комплексных межотраслевых методик, позволяющих сочетать технико-юридические приемы из различных отраслей, и за счет этого создавать оптимальные применительно к современной ситуации технологические конструкции¹.

Отсутствие эффективного, четкого и ясного правового регулирования отдельных направлений деятельности заставляет кредитные организации искать подходящие правовые формы в зарубежном законодательстве. Отсюда появление чуждых отечественному понятийному аппарату терминов «секьюритизация», «хеджирование» и т. п. Отечественная правовая наука не смогла в необходимом объеме удовлетворить запросы участников кредитно-финансового рынка в правовых конструкциях, отвечающих потребностям современного гражданского оборота.

По мнению В.П. Емельянцева, действующее законодательство о легализации отличается низким уровнем законодательной техники. Закрепление в Федеральном законе от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»² юридически неопределенных терминов, а также широта полномочий кредитных организаций в установлении оснований для признания операций сомнительными, привели к тому, что по формальным основаниям любые операции с денежными средствами и иным имуществом (сделки, расчеты и т. д.) можно подвести под нарушение законодательства о противодействии легализации. Однако отсутствие детальных предписаний относительно обязанностей кредитных организаций в проведении контрольных мероприятий над операциями с денежными средствами создает неограниченные возможности уполномоченным органам подозревать кредитные организации в нарушении законодательства о противодействии легализации³.

Одним из векторов современной правотворческой деятельности должна являться проблема обеспеченности тождественности правовых понятий и терминов в аспекте их однозначного буквального толкования независимо от отраслевой принадлежности. Применяемые понятия должны иметь одинаковое содержание и объем, тогда можно надеяться на единообразные научные и законодательные подходы. На практике, к сожалению, так бывает далеко не всегда. Для целей законодательства, оперирующего общими понятиями, подчеркивает С.В. Рыбакова, использование родовых понятий, а не видовых должно являться правилом законодательной техники, тогда как обратное будет влечь соответствующую неясность или даже путаницу. Так, пользователь законодательства, видя словосочетание «небанковская кредитная организация» «иная кредитная организация», «другая кредитная организация», прежде всего, может подумать, что при этом подразумеваются различные самостоятельные понятия, а затем может начать задумываться или догадываться, чем они

¹ См.: Миронов А.Н. Виды юридической технологии в правотворческой и правоприменительной сферах / А.Н. Миронов, К.Р. Мурсалимов, А.С. Логинов // Юридическая техника. — 2008. — № 2. — С. 72—73.

² Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 33. — Ч. 1. — Ст. 3418.

³ См.: Емельянцев В.П. Развитие гражданско-правового регулирования статуса кредитных и страховых организаций // Проблемы совершенствования гражданского законодательства: Материалы IV Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (Москва, 28 октября 2009 г.) / Отв. ред. В.М. Жуйков. — М., 2010. — С. 243—244.

различаются, что, естественно, спровоцирует некачественное применение соответствующих правовых норм¹.

Особая роль в повышении эффективности правообразования и правоприменения в сфере денежно-кредитных отношений принадлежит правовому мониторингу. С помощью правового мониторинга предполагается: 1) определить эффективность действия правовых норм с целью совершенствования и систематизации законодательства; 2) оценить эффективность правоприменительной деятельности; 3) выявить противоречия, коллизии, дублирование, пробелы в правовом регулировании общественных отношений; 4) определить степень урегулированности конституционно закрепленных предметов ведения, формирования перспективных направлений законотворческой деятельности; 5) выявить тенденции развития соответствующей отрасли российского законодательства, обобщить и проанализировать зарубежный опыт развития нормативно-правовой базы с последующей разработкой предложений по его использованию в законотворческой деятельности в Российской Федерации².

Следует подчеркнуть необходимость более широкого внедрения правового мониторинга как технологии, позволяющей «настраивать» механизмы реализации правовых решений благодаря использованию способов научного прогнозирования для целей моделирования эффективных правовых норм, а также обобщения правоприменительной практики и выработки на его основе рекомендаций по изменению законодательства.

Однако пока теория и методология использования правового мониторинга в должной мере еще не разработаны. Необходимы новые, углубленные исследования, в которых будут разработаны системы типовых показателей реализации законов, методики анализа и оценки правовых ситуаций (в стране, регионе, социальной группе, категории физических и юридических лиц), механизмы проведения публичных обсуждений состояния и тенденций развития правоприменительной практики.

При Совете Федерации Федерального Собрания России в конце 2007 года создан Центр мониторинга законодательства и правоприменительной практики (Центр мониторинга права). В 2007 году Правительством Москвы начата работа по формированию правового мониторинга в Москве. По поручению Президента РФ Министерством юстиции РФ подготовлен проект Указа Президента РФ «О создании системы мониторинга нормативных правовых актов в федеральных органах исполнительной власти» и проект постановления Правительства РФ «О мониторинге нормативных правовых актов в федеральных органах исполнительной власти».

Первый шаг в осуществлении собственно правоприменительного мониторинга был сделан в 2011 году. В соответствии с Указом Президента РФ «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» в целях совершенствования правовой системы Российской Федерации было утверждено «Положение о мониторинге правоприменения в Российской Федерации» и возложено на Министерство юстиции Российской Федерации осуществление мониторинга. В связи с этим, было принято «Положение о Департаменте законопроектной деятельности и мониторинга правоприменения» и разработана «Методика осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации»³.

Что касается банковской деятельности, то в соответствии с вышеуказанными актами Центральному банку Российской Федерации рекомендовано ежегодно направлять в Министерство юстиции Российской Федерации предложения к проектам плана мониторинга и доклада Президенту Российской Федерации о результатах мониторинга.

В деятельности Центрального банка Российской Федерации термин «мониторинг» стал использоваться сравнительно недавно. Важными тенденциями правового регулирования государственного воздействия в экономике является создание системы финансового мониторинга. Определенный Президентом Российской Федерации орган, уполномоченный принимать меры по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, именован как Федеральная служба по финансовому мониторингу (ранее — Комитет Российской Фе-

¹ См.: Рыбакова С. В. Тождественность юридических понятий и терминов как фактор обеспечения сопоставимости и стабильности правовых норм (на примере терминологии банковского законодательства) // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (Черновцы, 21—23 сентября 2006 года / Под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. — Н. Новгород, 2007. — С. 1099.

² См.: Хабриева Т. Я. Современные юридические технологии в теории и практике правотворчества и правоприменения // Эффективность законодательства и современные юридические технологии (материалы заседания Международной школы-практикума молодых ученых-юристов. Москва 29—31 мая 2008 г.) / Отв. ред. Т. Я. Хабриева. — М., 2009. — С. 5—6.

³ Приказ Министерства юстиции РФ от 4 марта 2011 года № 51 «Положение о Департаменте законопроектной деятельности и мониторинга правоприменения»; постановление Правительства РФ от 19 августа 2011 года № 694 «Об утверждении методики осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 35. — Ст. 5081.

дерации по финансовому мониторингу)¹. Наряду с существующей структурой необходимо сформировать отделы мониторинга правоприменительной деятельности, что особенно актуально в свете последних событий.

Проблема эффективности законодательства не является для России абсолютно новой. В российской традиции понятие «эффективность» понимается более широко, оно включает в себя и процесс качественного выполнения задач, и полученный результат и оценку достижения поставленной ранее цели, и удовлетворенность от проделанной работы.

Современное законодательство приняло форму программ, нацеленных на достижение определенных целей. В этих условиях одного лишь правильного применения норм недостаточно. Необходимо также удостовериться, достигнуты ли поставленные цели фактически. Изучение эффективности закона не должно замыкаться в рамках оценки соответствия, то есть чисто формального анализа.

Таким образом, для обеспечения эффективности законодательства необходимо: осуществлять научное планирование в сфере правотворчества, повышать правовую культуру, обеспечить гласность правотворческой деятельности, усилить контроль за соблюдением сроков принятия актов.

¹ См.: Указ Президента РФ от 1 ноября 2001 года № 1263 «Об уполномоченном органе по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 45. — Ст. 4251.

Н.Г. Иванов

Иванов Никита Георгиевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации

Последовательность российской уголовной политики по поводу оборота наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов

Историческая ретроспектива с очевидностью свидетельствует, что наркотики занимали важное место в социальной повседневности народов испокон веков. Еще до того момента, когда наркотики превратились в товар, они составляли часть местных обычаев. Чаще всего их потребление связывалось с магическими, трансцендентными эффектами, являясь важной составляющей частью религиозной культуры. Достаточно вспомнить эффект шаманизма; роль наркотиков в обрядовых культурах народов, которые до сего времени сохранили памятники сакральным растениям или животным (имеются в виду грибы, по поводу родовой принадлежности которых нет единого мнения). Так, сохранились культовые скульптуры «священных божественных» грибов, называемых псилоцибе, которым поклонялись ацтеки.

С того момента, когда наркотики превратились в товар, стал действовать неизбежный закон экономического интереса, который преобладает в любом обществе, имеющем государственность. Закон экономического интереса покоится на возможности получать прибыль. В случае если прибыль соответствует государственным интересам, тогда экономические потуги всячески поощряются. В противном случае — всяческими, любыми доступными средствами отрицаются. Один из первых известных в мире официальных запретов употребления опиума был издан в Китае. Указом от 1729 года торговцы опиумом подлежали удушению. Указ был издан по той причине, что в Китае началась экспансия опиума из Индии, благодаря торговым усилиям европейских купцов. В результате пострадали экономические интересы Поднебесной, с чем правящая элита не могла согласиться. В дальнейшем история запретов и разрешений на оборот наркотиков полностью вписывалась в незыблемый закон экономического интереса до того момента, пока мировая общественность не озаботилась распространением наркотизма и связанного с ним роста заболеваемости и преступности. В результате в 1909 году, благодаря усилиям Теодора Рузвельта и епископа Чарльза Брента, была создана Шанхайская опиумная комиссия, которая стала заниматься воспрепятствованием распространения опия в Китае, США и Европе. Затем под влиянием США были созданы другие организации, такие как Международный комитет по контролю над наркотиками, Фонд ООН для борьбы со злоупотреблениями наркотическими средствами и т. д. Несмотря на обилие международных и региональных организаций, ставящих своей целью воспрепятствование тотальному развитию наркотизма, основополагающую роль в этом деле играла и продолжает играть ООН, благодаря конвенциям которой координируется международное сотрудничество по вопросам препятствования распространению наркотизма.

Международная политика, однако, не была абсолютно последовательной в репрессивном запрете оборота наркотиков. Распространение наркотизма, несмотря на строгие запреты, продолжало держать мировое сообщество в напряжении. В результате возникло течение за гуманизацию законодательства об обороте наркотиков, или, как его называют специалисты, движение за легализацию наркотиков. И здесь свою роль сыграли США, где беспрестанно искали наиболее эффективные пути выхода из наркотического тоталитаризма. В семидесятых годах прошлого века в США возникла организация NORML, которая ставила своей целью либерализацию законов о марихуане. В результате ее деятельности в 11 штатах был снят запрет на потребление марихуаны. Такие эквилибры были следствием вьетнамской войны, однако нас интересуют не причины принятия законов, а сам факт их принятия как развитие уголовной политики.

Следующая довольно активная попытка легализовать наркотики, но уже в Европе, была предпринята при помощи Джорджа Сороса, который выделил 15 миллионов долларов на внедрение и продвижение либерализационной политики в отношении наркотиков. В результате была подписана Франкфуртская резолюция, призывавшая к легализации наркотиков.

Наконец, голландский опыт свободной торговли наркотиками в знаменитых кафе, который основывался на принципе «уменьшение зла». В итоге легкие наркотики были заменены на тяжелые, а контроль за их распространением, благодаря политике либерализации, оказался совершенно неэффективным.

Россия последовательно проходила этапы контроля за оборотом наркотиков, характерные для стран Запада. Метаморфозы российской уголовной политики в части контроля за распространением наркотических средств, аналогично западным, характеризовались крайней непоследовательностью, которую, впрочем, можно объяснить стремлением найти приемлемый и эффективный выход из обострившейся ситуации на наркотическом фронте.

Первоначально, до 1917 года, Департамент полиции и Медицинский департамент осуществляли контроль за оборотом наркотиков, но не особенно усердствовали на этом поприще. Наркотики употребляли не только представители творческой интеллигенции (поэты Серебряного века), но и в окружении Николая II. Революционеры также не гнушались наркотическими средствами. Например, Дзержинский мотивировал употребление наркотиков повышением работоспособности. Вместе с тем, в 1915 году был издан Указ «О мерах борьбы с опиокурением», предусматривающий меры уголовно-правового характера за незаконное употребление опия. После революции вопросы оборота наркотических средств регулировались декретами: о национализации аптек, реализующих наркосодержащие лекарства; об уголовной ответственности за распространение наркотиков и т. п. С 1952 года республиканские уголовные кодексы дополнились статьей об уголовной ответственности за сбыт, хранение и перевозку наркотиков, а с 1963 года СССР присоединился к «Единой конвенции о наркотических средствах», принятой ООН в 1961 году в целях обеспечения международной системы контроля за оборотом наркотиков. Вероятно, именно с этого момента государственная реакция на незаконный оборот наркотиков становится все жестче и бескомпромисснее, в особенности после вступления в силу Указа 1974 года «Об усилении борьбы с наркоманией». Указ содержал императивы, позволяющие достаточно жестко регулировать отношения, связанные с незаконным оборотом наркотиков. На основании Указа Административный кодекс РСФСР был дополнен нормой об ответственности за незаконное потребление наркотиков без назначения врача, а также за хранение (приобретение) наркотикосодержащих средств без цели сбыта в небольших размерах. Однако, несмотря на принимаемые меры, проблема наркомании стала обостряться, в связи с чем обеспокоенный ЦК КПСС в 1982 году принимает закрытое постановление об организации борьбы с наркоманией, а в 1986 году — уже открытое для всеобщего сведения постановление «О серьезных недостатках в организации борьбы с наркоманией». Таким образом, период с 1917 по 1990 годы можно охарактеризовать как первый этап в постреволюционной России относительно купирования наркотической экспансии. С сожалением приходится констатировать, что репрессивный метод первого этапа, без надлежащей и эффективной системы предупреждения наркозависимости и в отсутствие механизма реализации принимаемых решений, ожидаемых плодов не принес. Потребление наркотиков не снизилось, но, под влиянием, в частности, западных эмиссаров, проблема осталась актуальной.

Извечный русский вопрос «Что делать?», при отсутствии эффективного контроля оборота наркотиков, стал мучительным не только для правоведов, но и для законодателя. Между тем деятельность организации NORML первоначально вызвала весьма позитивный эффект: естественно снизился незаконный оборот наркотиков, количество преступлений, связанных с наркотиками, сократилось. И хотя эффект носил временный характер, тем не менее российский правоприменитель, как представляется, решил воспользоваться опытом США, поскольку иных вариантов воздействия на наркотическую экспансию не находил. И тогда, с принятием в 1990 году Комитетом конституционного надзора СССР Заключения № 8 (2-10) «О законодательстве по вопросу о принудительном лечении и трудовом перевоспитании лиц, страдающим алкоголизмом и наркоманией», начался второй этап развития уголовной политики постреволюционной России в отношении оборота наркотиков. Данный этап практически копировал западную доктрину о либерализации мер в отношении оборота наркотических средств. Причем основной идеологемой второго этапа является постоянный рефрен Заключения Комитета конституционного надзора СССР, согласно которому потребление наркотиков приравнивалось к неотъемлемому праву человека. В результате 5 декабря 1991 года была отменена административная ответственность за потребление наркотических средств без назначения врача, а в 1993 году были ликвидированы ЛТП. Затем, правда, в 2001 году Административный кодекс вновь получил норму об ответственности за потребление наркотических средств или психотропных веществ без назначения врача, которая подвергалась постоянному новеллизированию (ст. 6.9 КоАП РФ), однако 6 мая 2004 года вышло постановление № 231 о средней разовой дозе, подписанное Фрадковым, в котором уголовная ответственность за хранение наркотических средств стала возможной только в случае, если размер соответствующих средств был более 10 среднеразовых доз (в настоящее время это постановление отменено). В результате такой либерализации ситуация с незаконным потреблением, а в целом — с оборотом наркотиков только обострилась. Это было естественным итогом непродуманной либерализации. Законодатели и политики забыли, что в экономике, какой бы она ни была — криминальная, серая, открытая, действует непреложный закон удовлетворения интереса. Тем более, если есть спрос, заинтересованные фигуры всегда будут стараться создать предложение. И в этом роковом процессе исключительно репрессивными методами справиться со злом невозможно хотя бы потому, что суровость закона не приучает к его исполнению, но учит возможностям избегать наказаний.

Избегание наказаний достигается тем более легко, чем казуистичнее и запутаннее законодатель создает соответствующую норму права.

Современная уголовная политика России характеризуется репрессивной напряженностью по отношению к незаконному обороту наркотиков. Об этом свидетельствует ряд современных указов президента и постановлений Правительства России, как, например, Указ Президента РФ от 18 октября 2007 года № 1374 (в ред. 2011 г.) «О дополнительных мерах по противодействию незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров»; постановление правительства РФ от 20 июня 2011 года № 485 «Об утверждении положения о государственной системе мониторинга наркоситуации в Российской Федерации» и т. д. Об этом свидетельствуют и изменения, внесенные в УК РФ в 2009—2010 годах, касающиеся ответственности за незаконный оборот наркотических средств. Но вот парадокс: официально провозглашается тотальное наступление по всем направлениям, включая законодательные возможности, на интервенцию наркотиков, но реализация призывов вызывает сомнения в их искренности. Сомнения такого рода порождены порой удивительными законодательными конструкциями, призванными эффективно регулировать отношения, связанные с оборотом наркотических средств. Быть может, такие конструкции есть следствие безграмотности российского законодателя, на что юристы неоднократно указывали в своих публикациях, однако в любом случае на современном законодательном уровне вести наступление на гегемонию наркотиков в обществе очень трудно. В данном контексте обращают на себя внимание две основополагающие нормы российского УК, посвященные животрепещущей теме наркотиков: статья 228 и статья 228¹.

Статья 228 УК РФ устанавливает ответственность за незаконные приобретение, хранение, перевозку, изготовление, переработку без цели сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов в крупном размере, а также незаконное приобретение, хранение, перевозка без цели сбыта растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества в крупном размере. Субъективная сторона деяния характеризуется прямым умыслом, который требует установления знания субъектом того обстоятельства, что он совершает соответствующие деяния с конкретно определенными предметами: наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги, растения, содержащие соответствующие средства или вещества. Что касается наркотических средств, то в судебной практике действует презумпция знания о том, что субъект имеет дело с соответствующими предметами. В случае его объективного незнания о статусе предметов уголовное преследование исключается. Иное дело — аналоги наркотических средств или психотропных веществ. Определение аналогов наркотических средств или психотропных веществ дано в Федеральном законе № 3-ФЗ от 8 января 1998 года. Это 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 свойствами наркотических средств и психотропных веществ, психоактивное действие которых они воспроизводят. Но как реально доказать осведомленность субъекта о химической структуре аналогов, когда такими знаниями может обладать лишь специалист? Можно вести речь лишь о знании психоактивных свойств аналога, который действует на организм так, как наркотик. Но это не годится, поскольку в таком случае репрессивное поле значительно и неоправданно расширяется, ибо, например, валокардин действует на отдельных лиц так же, как иные наркотики, тормозящие психосоматические процессы организма. В данной ситуации необходимо соответствующее разъяснение высшей судебной инстанции, в котором следует указать, что для привлечения к уголовной ответственности за манипуляции с аналогами соответствующих средств или веществ достаточно знания субъектом двух обстоятельств. Во-первых, такие средства производят аналогичное наркотикам воздействие на организм. Во-вторых, данные средства не запрещены для оборота в России. Последнее обстоятельство может быть установлено, например, посредством выяснения о предпринимавшихся субъектом легальных попытках получения таких препаратов.

Следующий нюанс — размер или, вернее, его установление. Согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» от 15 июня 2006 года (с последующими изменениями), если наркотическое средство или психотропное вещество, включенное в список 2 (за исключением кокаина и кокаина гидрохлорида) и список 3, находится в смеси с нейтральным веществом, размер определяется без учета количества нейтрального вещества и только размер наркотического средства или психотропного вещества, включенного в список 1, определяется весом всей смеси. Таким образом, в отношении наркотических средств или психотропных веществ списка 2 или 3 устанавливается фактический режим легализации, поскольку в смеси может находиться такое количество соответствующего средства или вещества, которое не достигает необходимого для уголовной ответственности крупного размера.

По статье 228 УК РФ карается незаконное изготовление соответствующих предметов, тогда как в статье 228¹ (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) уголовная ответственность связывается с незаконным производством. Пленум дает определение соответствующих действий. Под незаконным изготовлением рекомендуется понимать действия, в результате которых из наркотикосодержащих растений и иных веществ получено одно или несколько готовых к использованию и потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов. При этом, по смыслу и буквальному толкованию пояснений Пленума, для констатации процесса изготовления не имеет значения, использовалось ли при этом специальное оборудование или специальное помещение. Но вопрос в процессе уяснения данной рекомендации, все же возникает: какой количественный критерий вкладывает Пленум в признак «несколько» наркотических средств и т. д. Данное обстоятельство важно выяснить, поскольку под «производством» Пленум предлагает понимать «серийное получение таких средств или веществ...». В свою очередь, серийное производство предлагается определять как получение соответствующих предметов партиями, в расфасованном виде и т. д. Но как быть, если субъект каждый день получает несколько готовых к потреблению соответствующих средств или веществ, а единый умысел на все эпизоды установить не удается? Если так, тогда действия субъекта подлежат ответственности только по статье 228 УК и то только в случае, если деяние совершено в крупном размере, что также является в определенном смысле легализацией, в частности, изготовления. Такой вывод следует, во-первых, из санкции статей 228 и 228¹ УК. Максимальное наказание за изготовление по части 1 статьи 228 УК — до 3 лет лишения свободы, а за производство, даже если его размер не являлся крупным — до 8 лет лишения свободы. Такая разница в наказательном потенциале влияет и на возможность условного осуждения, и на льготные возможности условно-досрочного освобождения в случае реального назначения наказания. Кроме того, благодаря примечанию 1 к статье 228 УК, изготовитель вообще освобождается от уголовной ответственности, если совершит требуемое от него законом, тогда как производитель не может быть освобожден даже на основании статьи 75 УК (деятельное раскаяние), поскольку данное деяние относится к категории тяжких преступлений.

Далее. Статья 228¹ УК РФ устанавливает достаточно высокую ответственность за сбыт соответствующих предметов — как уже отмечалось, до 8 лет лишения свободы. В случае, если изготовление, приобретение, хранение осуществлялись с целью сбыта, тогда деяние квалифицируется как покушение на сбыт, что означает максимум 6 лет изоляции от общества (3/4 от максимального наказания). Почему, например, изготовитель, передавший лицу наркотическое средство для сбыта, должен нести меньшую ответственность? Причем в таких случаях группы лиц нет, так как Пленум Верховного Суда по конкретным делам установил, что все участники группы должны быть соисполнителями.

Дальнейшие рассуждения невозможны в силу необходимости соблюдения объема статьи. Поэтому краткие выводы или попытка формулирования позиций при ответе на вопрос «Что делать?».

1. Провести мониторинг законодательства в сфере ответственности за незаконный оборот наркотиков в целях приведения соответствующих норм к гармоническому единству.
2. Изменить рекомендации пленума Верховного Суда РФ в целях повышения эффективности правоприменения.
3. Строжайшим образом следить за соблюдением и исполнением закона.
4. Создать стройную систему профилактики потребления наркотических средств.
5. Установить четкий механизм ее реализации.

С.В. Изосимов

Изосимов Сергей Владимирович — доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

**Уголовно-правовые средства противодействия
коррупции и взяточничеству:
современное состояние и проблемы совершенствования**

Характерной тенденцией современного времени, несмотря на все преобразования, является общественное мнение о всеобщей коррумпированности государственного аппарата, невозможности без подкупа добиться осуществления своих прав. По результатам опроса Всероссийского центра изучения общественного мнения более половины респондентов ответили, что власти берут взятки все больше. Чуть менее половины сказали о том, что взятки власть берет. И менее 5% из опрошенных лиц ответили, что власть стала менее коррумпирована. Масштабность взяточничества, многообразие процессов и явлений, детерминирующих его, обуславливают необходимость совершенствования форм и методов уголовно-правового воздействия на соответствующие виды посягательств коррупционной направленности¹.

Отрадно отметить, что определенные шаги в этом направлении уже осуществлены. Так, Федеральным законом 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 были существенно трансформированы составы взяточничества. Это, в частности, выразилось в том, что, *во-первых*, был уточнен предмет этих преступлений, *во-вторых*, подверглась корректировке их объективная сторона, *в-третьих*, расширен субъектный состав данных общественно опасных деяний, *в-четвертых*, соответствующие нормы были дополнены новыми квалифицирующими признаками, *в-пятых*, возвращен в УК состав посредничества во взяточничестве; *в-шестых*, модифицированы виды наказаний и условия освобождения от уголовной ответственности дателей взяток и лиц, выступающих посредниками. В целом данные новации следует оценить положительно, поскольку они, в основном, способствуют повышению эффективности противодействия коррупционным преступлениям вообще и взяточничеству, в частности. Вместе с тем, они содержат отдельные положения, требующие дальнейшего совершенствования.

Так, обращает на себя внимание некорректное изложение признаков объективной стороны состава преступления, предусматривающего ответственность за получение взятки (ст. 290 УК РФ). Согласно законодательной формулировке наказуемыми признаются «получение должностным лицом, иностранным должностным лицом либо должностным лицом публичной международной организации лично или через посредника взятки в виде денег, ценных бумаг, иного имущества либо в виде *незаконных оказания ему* (курсив наш. — **С.И.**) выделено услуг имущественного характера, *предоставления* (курсив наш. — **С.И.**) иных имущественных прав за совершение действий (бездействие) в пользу взяткодателя 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». Нетрудно заметить, что исходя из смысла указанной диспозиции нормы, вытекает, что должностное лицо не получает (пользуется) услугами имущественного характера или иными имущественными правами, а оказывает данные услуги либо предоставляет имущественные права, что, безусловно, свойственно действиям взяткодателя, а не взяткополучателя. В этой связи диспозиция анализируемой нормы нуждается в соответствующей корректировке.

Проблемы в определении признаков объективной стороны имеются и в статье 291¹ УК РФ, предусматривающей ответственность за посредничество во взяточничестве. В частности, обязательным признаком объективной стороны основного состава данного состава преступления является значительный размер передаваемого вознаграждения, под которым в соответствии с примечанием 1 к статье 290 УК РФ понимается сумма денег, стоимость ценных бумаг, иного имущества, услуг имущественного характера, иных имущественных прав, превышающие 25 тысяч рублей. Исходя из этого сле-

¹ См.: Шеретов В.В. Противодействие взяточничеству: уголовно-правовой и криминологический аспекты: Дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2005. — С. 3.

² См.: Российская газета. — 2011. — 6 мая.

дует, что посредничество во взяточничестве, когда сумма взятки не достигает указанного размера, не является уголовно-наказуемым деянием.

Представляется, однако, что законодатель не в полной мере оценил реальную общественную опасность такого «незначительного» посредничества. Ведь при его совершении страдают не только интересы государственной службы и службы в органах местного самоуправления, но и сложившийся порядок в сфере управления, а также права и законные интересы граждан и организаций. Кроме того, как и посредничество при значительном размере взятки данное деяние способствует иным преступлениям, совершаемым при подкупе. Необходимо иметь также в виду, что такое посредничество является, пожалуй, одним из самых распространенных из подобного рода фактов коррупционного поведения. Это свидетельствует о том, что общественная опасность «простого» посредничества во взяточничестве (когда сумма взятки не достигает значительных размеров) является вполне достаточной для криминализации указанного деяния и, на наш взгляд, в полной мере будет соответствовать и потребностям борьбы с коррупцией на современном этапе.

Данный вывод находит свое подтверждение и при анализе части 5 статьи 291¹ УК РФ, в которой предусмотрена ответственность за обещание или предложение посреднических услуг. Исходя из указанных законодательных установлений, получается, что если лицо пообещает или предложит посреднические услуги, то независимо от суммы взятки, которая будет фигурировать при этом, он должен быть подвергнут уголовному преследованию. Вместе с тем, если это лицо перейдет от обещаний к делу — то есть к непосредственному оказанию посреднических услуг, то здесь для привлечения его к уголовной ответственности будет иметь значение сумма передаваемого вознаграждения. Такое нормативное установление, на наш взгляд, противоречит здравому смыслу.

Нелогичным выглядит и законодательное решение об усилении ответственности за преступление, предусмотренное частью 5 статьи 291¹ УК РФ. В соответствии с санкцией указанной нормы обещание или предложение посреднических услуг является тяжким преступлением, в то время как само посредничество является либо вовсе не наказуемым (если сумма предмета взятки не достигает значительных размеров) или же представляет собой (в основном составе преступления) деяние средней тяжести (если сумма взятки превышает 25 тысяч рублей). Указанные выше обстоятельства свидетельствуют о том, что рассматриваемая норма должна быть в обязательном порядке подвергнута изменениям, во избежание коллизий, которые могут возникнуть при ее применении на практике.

Мы склоняемся к мнению о том, что предложения об имплементации в нормы российского УК положений, предусматривающих ответственность за взяточничество, с момента получения согласия принять незаконное вознаграждение либо обещания его передать (в том числе, в составе посредничества во взяточничестве — часть 5 статьи 291¹ УК РФ, — где данное нормативное установление уже реализовано), вряд ли вообще являются целесообразными. Такой вывод обосновывается тем, что, *во-первых*, согласно принципам российского уголовного права одно лишь обещание передать или получить предмет подкупа не может рассматриваться даже как приготовление к преступлению; *во-вторых*, взяточничество не достигает той степени общественной опасности, которая необходима для конструирования соответствующих составов преступлений по типу усеченных; *в-третьих*, такое законодательное решение лишает субъектов данных преступлений возможности добровольного отказа, если, например, лицо, предварительно давшее согласие на передачу (получение) незаконного вознаграждения, потом решит не совершать указанные действия.

Анализ квалифицирующих признаков составов взяточничества позволяет констатировать, что законодателем предложены новые критерии определения видов взятки в зависимости от их размера: а) *простая взятка* — до 25 тысяч рублей; б) *взятка в значительном размере* — от 25 тысяч рублей до 150 тысяч рублей; в) *взятка в крупном размере* — от 150 тысяч рублей до 1 миллиона рублей; г) *взятка в особо крупном размере* — свыше 1 миллиона рублей. Таким образом, с одной стороны, установлена своего рода «таблица умножения» для взяток, а с другой, — продолжено углубление дифференциации ответственности за взяточничество.

Представляется, что в этой же плоскости целесообразно было бы порекомендовать законодателю разделить квалифицирующий признак, предусмотренный пунктом «а» части 5 статьи 290 УК РФ, пунктом «а» части 4 статьи 291 и пунктом «а» части 3 статьи 291¹ УК РФ (совершение преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой) на два самостоятельных с выделением каждого из них в виде отдельного квалифицирующего обстоятельства — в пункте «а» части 5 статьи 290 УК РФ, пункте «а» части 4 статьи 291 и пункте «а» части 3 статьи 291¹ УК РФ оставить признак «совершение преступления по предварительному сговору группой лиц», а признак «организованная группа» выделить в части 6 статьи 290, части 5 статьи 291 и части 4 статьи 291¹ УК РФ соответственно. Это позволит, на наш взгляд, отразить различную общественную опасность соответствующих преступлений и индивидуализировать наказание виновным за их совершение.

Как отмечалось ранее, 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 противо-

действия коррупции» существенно расширил субъектный состав получателей взятки. Таковыми могут ныне выступать: а) должностные лица; б) иностранные должностные лица; в) должностные лица публичной международной организации.

Понятие двух последних из названных выше субъектов является новеллой для российского уголовного законодательства¹. Оно определено в примечании 2 к статье 290 УК РФ, согласно которому «Под иностранным должностным лицом в настоящей статье, статьях 291 и 291¹ настоящего Кодекса 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; под должностным лицом публичной международной организации понимается международный гражданский служащий или любое лицо, которое уполномочено такой организацией действовать от ее имени».

Исходя из смысла законодательной формулировки, к указанным выше субъектам относятся не только лица, которые выполняют в соответствующих структурах организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности, но и осуществляют в них иные публичные функции (в том числе технические).

Кроме того, к их числу относятся лица, осуществляющие свои служебные полномочия в публичных предприятиях. Данное положение также выглядит специфичным, так как по российскому уголовному законодательству субъекты, которые выполняют свои обязанности в государственных и муниципальных предприятиях, считаются лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях.

Недостатком данного нормотворческого решения является, на наш взгляд, то, что в сравнении с прежним положением, которое было зафиксировано в примечании 5 к статье 285 УК РФ, законодатель существенно ограничил сферу применения примечания 2 к статье 290 УК РФ. Теперь оно распространяется только на составы взятничества. Представляется, однако, что иностранные должностные лица и должностные лица публичных международных организаций вполне могут совершить и иные коррупционные преступления, например, злоупотребление должностными полномочиями, служебный подлог и т. п. В этой связи представляется целесообразным расширить сферу действия примечания 2 к статье 290 УК РФ, распространив его на другие служебные преступления, совершаемые специальными субъектами с использованием своих служебных полномочий из корыстной или иной личной заинтересованности.

Следует отметить, что эффективность противодействия взятничеству предопределяется не только законодательным закреплением объективных и субъективных признаков соответствующих составов преступлений, но и тем, насколько успешно данные нормативные предписания реализуются в правоприменительной деятельности. При этом имеются в виду не только вопросы квалификации этих общественно опасных деяний, но и проблемы, связанные с определением вида и размера наказания за их совершение, и его назначением. В целях поиска эффективных уголовно-правовых средств по противодействию взятничеству представляется целесообразным проанализировать некоторые виды наказаний, закрепленные в санкциях статей 290, 291 и 291¹ УК РФ.

Особый интерес в этом плане представляет такой вид наказания, как *штраф*. Согласно действующей редакции статьи 46 УК РФ под штрафом понимается денежное взыскание, назначаемое в размере от пяти тысяч до одного миллиона рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет либо исчисляется в величине, кратной стоимости предмета или сумме коммерческого подкупа или взятки. Штраф в размере от пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше трех лет может назначаться только за тяжкие и особо тяжкие преступления в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК, за исключением случаев исчисления размера штрафа исходя из величины, кратной сумме коммерческого подкупа или взятке. Размер штрафа, исчисляемого исходя из кратной суммы коммерческого подкупа или взятки, устанавливается в размере до стократной суммы коммерческого подкупа или взятки, но не может быть более пятисот миллионов рублей.

Отметим, что в юридической литературе уже давно высказывались предложения по корректировке исчисления размеров штрафа в отношении отдельных категорий (в основном, экономических и коррупционных) преступлений². Отрадно констатировать, что Федеральный закон от 4 мая 2011 года

¹ Ранее упоминание об этих субъектах было в примечании 5 к статье 285 УК РФ, однако определения их отличительных признаков закон не содержал.

² См., например: Кузьменко В.С. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений в сфере экономической деятельности, совершаемых должностными лицами: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — С. 9; Черных Е.Е. Причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием: вопросы применения и совершенствования законодательства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — С. 8; и др.

№ 97-ФЗ эти законотворческие инициативы наконец-таки отчасти реализовал. В целом позитивно оценивая данные изменения, следует отметить, что в них все же имеются отдельные недоработки.

Так, например, согласно упомянутому выше Закону, градация незаконных вознаграждений в зависимости от их размеров предусматривается только в отношении получения и дачи взятки и не распространяется на коммерческий подкуп, хотя характер и степень общественной опасности этих преступлений, по сути, одинаковы. В этой связи нет, на наш взгляд, оснований как-то по-иному подходить к конструированию соответствующих составов преступлений, описывающих указанные выше коррупционные деяния. Это должно относиться и к определению видов и размеров наказаний, предусматриваемых за их совершение. Между тем и здесь обнаруживаются законодательные погрешности. Так, в предложенной разработчиками редакции части 2 статьи 46 УК РФ сказано, что размер штрафа применительно к коммерческому подкупу и нормам о взяточничестве устанавливается в размере до *стократной* суммы коммерческого подкупа или взятки. Сравнительный же анализ санкций составов преступлений, предусматривающих ответственность за получение и дачу взятки, а также за посредничество во взяточничестве и коммерческий подкуп, показывает, что указанное выше правило применимо лишь к составу получения взятки (ч. 6 ст. 290 УК РФ). Для других составов названных коррупционных преступлений максимальный размер штрафа фактически определяется суммой, не превышающей *девятистократной* суммы незаконного вознаграждения (ч. 4 ст. 204; ч. 5 ст. 291; ч. 4 ст. 291¹ УК РФ). Явная несогласованность данных нормативных установлений, безусловно, требует внесения соответствующих коррективов.

Следует отметить также то, что вышеуказанные изменения носят, на наш взгляд, половинчатый характер. Представляется, что кратные размеры штрафов в дополнение к лишению свободы нужно ввести и в санкции других норм, предусматривающих ответственность за коррупционные преступления, которые отнюдь не исчерпываются коммерческим подкупом и составами взяточничества (например, ст. 145¹, 170, 184, 201, 202, 285, 289, 292 УК РФ и др.).

Требует дальнейшего совершенствования и такой вид уголовного наказания, применяемый за совершение преступлений, состоящих в подкупе, как *лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью*. По оценкам специалистов количество назначений рассматриваемого вида наказания сравнительно невелика, более того, имеет тенденцию к дальнейшему снижению¹. Данный вывод подтверждает и анализ судебной практики. Между тем это наказание позволяет учесть важнейшие параметры криминологической характеристики как самого преступления, так и личности виновного, и поэтому носит ярко выраженный превентивный характер². Юридическая природа анализируемого вида наказания состоит в запрещении занимать должности при осуществлении государственной или муниципальной службы либо заниматься определенными видами деятельности (ч. 1 ст. 47 УК РФ). Элемент кары выражается здесь в лишении осужденного по приговору суда тех привилегий и преимуществ, которыми он обладал, занимая ту или иную должность или осуществляя ту или иную деятельность (например, утрата на определенный срок возможности заниматься избранной профессией, прерывание трудового стажа, временная безработица, моральные страдания и т. п.). Положение осужденного может усугубляться еще и тем обстоятельством, что данное наказание назначается и тогда, когда осужденный к моменту вынесения приговора уже был освобожден от должности в дисциплинарном или административном порядке.

Как следует из нормативных установлений, закрепленных в статье 47 УК РФ, рассматриваемый вид наказания содержит две разновидности: а) *лишение права занимать определенные должности*; б) *лишение права заниматься определенной деятельностью*.

Сфера применения первой разновидности этого наказания ограничена кругом лиц, занимающих должности на государственной гражданской службе или в органах местного самоуправления. В соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»³ (ст. 3) под *государственной гражданской службой* понимается профессиональная служебная деятельность граждан РФ по обеспечению исполнения полномочий федеральных государственных органов, государственных органов субъектов РФ, лиц, занимающих государственные должности субъектов РФ (включая нахождение в кадровом резерве и другие случаи). *Гражданским служащим* признается гражданин России, взявший на себя обязательства по прохождению гражданской службы.

Органами местного самоуправления, согласно Федеральному закону от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», являются избираемые непосредственно населением и (или) образуемые представительным органом

¹ См.: Кузнеценко Н.В. Осужденные к лишению права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (по материалам специальной переписи 1989 г.). — М., 1991.

² См.: Старков О.В. Наказание: уголовно-правовой и криминологический анализ / О.В. Старков, С.Ф. Милюков. — СПб., 2001. — С. 62—63.

³ Российская газета. — 2004. — 31 июля.

муниципального образования органы, наделенные собственными полномочиями по решению вопросов местного значения¹.

Под муниципальной службой согласно статье 2 Федерального закона от 2 марта 2007 года № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» понимается «профессиональная деятельность граждан, которая осуществляется на постоянной основе на должностях муниципальной службы, замещаемых путем заключения трудового договора (контракта)»².

В соответствии со статьей 10 указанного выше источника *муниципальным служащим* является гражданин, исполняющий в порядке, определенном муниципальными правовыми актами в соответствии с федеральными законами и законами субъекта РФ, обязанности по должности муниципальной службы за денежное содержание, выплачиваемое за счет средств местного бюджета».

Государственные гражданские служащие и служащие органов местного самоуправления могут быть как должностными лицами, так и не относящимися к числу таковых, ибо под «должностью» в статье 47 УК следует понимать как осуществление функций представителя власти, организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций, так и выполнение обязанностей рядового работника. Сказанное, впрочем, не означает, что перечень лиц, к которым на основании части 1 статьи 47 УК может применяться наказание в виде лишения права занимать определенную должность, носит открытый характер. Напротив этот перечень исчерпывающий.

Тем очевиднее противоречие, в которое входит данное утверждение с положениями некоторых норм Особенной части УК. Так, например, в санкции статьи 204 УК РФ в качестве наказания предусмотрено лишение права занимать должности в коммерческих и иных негосударственных организациях. Тем самым законодатель к государственным и муниципальным служащим приравнял еще и лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих или иных негосударственных организациях³.

Другая разновидность этого наказания сводится к *лишению права заниматься определенной профессиональной деятельностью или иной деятельностью*. Под профессиональной деятельностью следует понимать постоянное выполнение работы, требующей специальных знаний или подготовки, то есть профессии (медицинский работник, учитель, преподаватель в учебных заведениях и т. д.)⁴. Иная деятельность есть любая другая (кроме профессиональной) относительно постоянная деятельность, связанная с занятием охотой, рыбной ловлей, собиранием лекарственных растений, частным извозом и т. п.

Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью устанавливается на срок от одного года до пяти лет в качестве основного вида наказания и на срок от шести месяцев до трех лет в качестве дополнительного вида наказания (ч. 2 ст. 47 УК РФ).

В литературе по этому поводу высказано справедливое сомнение относительно целесообразности установления столь узких временных рамок данного вида наказания. В связи с этим (со ссылкой на Модельный УК для стран СНГ, УК Испании, Польши и т. д.) предлагается и российскому законодателю установить срок лишения соответствующего права в диапазоне от одного года до десяти лет за умышленные преступления и от одного года до пяти лет за неосторожные деяния⁵. Полагаем, что данная инициатива в значительной мере способствовала бы «оживлению» анализируемого вида наказания, поэтому мы также поддерживаем ее. Некоторые шаги в этом направлении уже предприняты. Так, в соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2009 года № 215-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации»⁶ часть 2 статьи 47 УК РФ была дополнена положением, в соответствии с которым в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части уголовного закона, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью может устанавливаться на срок до двадцати лет в качестве дополнительного вида наказания. Анализ санкций соответствующих норм позволяет констатировать, что данные законодательные установления включены, в основном, в статьи об ответственности за совершение преступлений против жизни, здоровья и половой неприкосновенности несовершеннолетних. Представляется, что санкции норм о коррупционных преступлениях (в том числе в части увеличения срока на-

¹ Российская газета. — 2003. — 8 окт.

² Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 10. — Ст. 1152.

³ См.: Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. — СПб., 2008. — Т. I: Преступление и наказание. — С. 780.

⁴ См.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. — М., 1999. — С. 340.

⁵ См.: Милюков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. — СПб., 2000. — С. 34—35. Е.С. Крылова в этом направлении идет еще дальше и предлагает предусмотреть возможность бессрочного назначения лишения права занимать должности на государственной службе и службе в органах местного самоуправления за совершение особо тяжких и тяжких преступлений с использованием должности (См.: Крылова Е.С. Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью как вид уголовного наказания по законодательству России и зарубежных стран: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2002. — С. 8).

⁶ См.: Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 31. — Ст. 3921.

казания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью) также нуждаются в соответствующих изменениях. Это обусловлено, *во-первых*, повышенной общественной опасностью данных деяний; *во-вторых*, их распространенностью; *в-третьих*, тем, что совершение подобных преступлений становится возможным именно благодаря занимаемой виновным должности или деятельности; *в-четвертых*, тем, что данная мера будет, на наш взгляд, способствовать снижению рецидива данных преступлений.

Кроме указанных выше видов уголовных наказаний к лицам, признанными виновными в получении взятки, может быть применена такая *иная мера уголовно-правового характера*, как *конфискации имущества*.

Известно, что ранее конфискация включалась в систему уголовных наказаний, изложенных в статье 44 УК РФ. Однако Федеральным законом от 8 декабря 2003 года № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»¹ законодатель исключил этот вид наказания из УК РФ. Единственный «аргумент», прозвучавший в пользу такого решения в выступлении представителя Президента РФ в Государственной Думе А.А. Котенкова, заключался в утверждении о якобы весьма низкой эффективности данного наказания. Имущество, деньги и иные ценности, полученные в результате преступных действий либо нажитые преступным путем, могли быть по приговору суда обращены в доход государства лишь в качестве вещественных доказательств. Конфискация имущества перестала быть понятием уголовного права.

Это решение было встречено резко отрицательно большинством практических и научных работников². В многочисленных публикациях, выступлениях на научных конференциях специалисты утверждали о значительном предупредительном эффекте конфискации как уголовного наказания, подчеркивали, что конфискация предусмотрена в Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 года (ст. 12), Конвенции ООН против коррупции от 31 октября 2003 года (ст. 31), Конвенции Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности от 8 ноября 1990 года (ст. 2), Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года (ст. 23) и ряде других международных документов, подписанных и ратифицированных Россией.

В 2006 году законодатель вернул конфискацию имущества в УК РФ, но при этом «понизил» ее статус, переведя из видов наказания в категорию «иных мер уголовно-правового характера». Тем самым изменилась и юридическая природа рассматриваемого института. Некоторые ученые отнесли к данной «трансформации» весьма позитивно³, другие, напротив, резко отрицательно⁴, третьи — оценили такое законодательное решение как компромисс между сторонниками полной отмены конфискации имущества и ее приверженцами⁵. Для уяснения содержания нормативных установлений, отраженных в главе 15¹ УК РФ («Конфискация имущества»), обратимся к их анализу.

По смыслу положений, закрепленных в статье 104¹ УК РФ, *конфискация имущества* есть принудительное безвозмездное изъятие и обращение в собственность государства на основании обвинительного приговора денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения общественно опасных деяний, указанных в пункте «а» части 1 упомянутой выше нормы (в том числе преступления, ответственность за которое установлена в статье 290 УК РФ).

Изучение законодательных новелл, закрепленных в частях 1—4 статьи 104¹ УК РФ, позволило сделать вывод о том, что, в отличие от конфискации имущества как вида уголовного наказания, законодатель, *во-первых*, заметно изменил сферу возможного применения модифицированной конфискации, назначаемой в качестве иной меры уголовно-правового характера, включив в перечень конфискационных преступлений, за которые она может быть назначена, не только деяния с неярко выраженной корыстно-насильственной направленностью (например, ст. 126, 209 УК РФ), но и другие категории

¹ Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 50. — Ст. 4848.

² См., например: Бубон К.В. Что делать, или чем заменить конфискацию имущества // Адвокат. — 2006. — № 2. — С. 21—24; Гулый А.А. Нужно ли России возобновление института общей конфискации имущества? // Юрист. — 2006. — № 4. — С. 9—12; Побегайло Э.Ф. Кризис современной российской политики // Уголовное право. — 2004. — № 4. — С. 32—36; Скобликов П. Конфискация имущества упразднена. Навсегда? // ЭЖ-Юрист. — 2004. — № 7. — С. 17—21; Голик Ю.В. Преступность — планетарная проблема. (К итогам XI Конгресса ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию) / Ю.В. Голик, А.И. Коробеев. — СПб., 2006. — С. 100—103; и др.

³ См.: Матвеева А.А. Конфискация имущества в современном законодательстве Российской Федерации // Системность в уголовном праве: Материалы II Российского конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая — 1 июня 2007 года. — М., 2007. — С. 267—271.

⁴ См., например: Коробеев А.И. Конфискация имущества как мера противодействия коррупции // Меры противодействия коррупции: проблемы разработки и реализации: Материалы научно-практического семинара с приложением международных правовых актов и проектов федеральных законов / Под ред. С.В. Землюкова. — Барнаул, 2009. — С. 207; Келина С.Г. Современные проблемы теории и практики наказания // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник очерков / Под ред. В.В. Лунеева. — М., 2010. — С. 365; и др.

⁵ См.: Хачак Р.А. Конфискация имущества: исторические, сравнительно-правовые и уголовно-правовые аспекты: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 15.

преступлений (например, ст. 275, 276, 282¹ УК РФ); во-вторых, в предмет конфискации включил не только имущество, непосредственно принадлежащее осужденному, но и то, которое он успел передать другим организациям или третьим лицам; в-третьих, к предмету конфискации отнес также оружие и средства совершения преступлений; в-четвертых, ограничил возможность обращения данной меры только на то имущество, которое было получено в результате совершения преступлений или как доход от преступной деятельности.

Сравнительно-правовой анализ конфискации имущества в прежнем (как вида наказания) и нынешнем (в качестве иной меры уголовно-правового характера) ее состоянии, позволяет констатировать, что в действующем УК РФ она представляет собой некий симбиоз ранее известного вида наказания с одноименным названием и уголовно-процессуальной меры (обычно именуемой «специальной» конфискацией). А.Р. Хачак вполне справедливо отмечает, что до сих пор в судебной практике конфискация имущества применяется с учетом положений лишь уголовно-процессуального, но не уголовного права, что нарушает баланс в регулировании общественных отношений нормами различных отраслей права и не способствует укреплению законности в нашем государстве¹.

Профессор А.И. Коробеев указывает также на то, что в современной законодательной трактовке конфискации имущества утратила и такой признак, как неконвертируемость². Дело в том, что в соответствии со статьей 104² УК РФ, если конфискация определенного предмета, входящего в изымаемое имущество, на момент принятия судом решения о конфискации данного предмета невозможна вследствие его использования, продажи или по иной причине, суд выносит решение о конфискации денежной суммы, которая соответствует стоимости данного предмета.

Возможность применения конфискации имущества в судебной практике ограничена тем обстоятельством, что прежде чем назначить эту меру, суд в первую очередь должен решить вопрос о возмещении ущерба, причиненного законному владельцу. Согласно части 2 статьи 104³ УК РФ при отсутствии у виновного иного имущества, на которое может быть обращено взыскание (кроме являющегося предметом конфискации), из его стоимости возмещается ущерб, причиненный законному владельцу, а оставшаяся часть обращается в доход государства.

Вместе с тем, бросается в глаза тот факт, что в уголовном законе не регламентируются (в отличие от принудительных мер медицинского характера) основания и порядок применения конфискации имущества³. В частности, остается открытым отнюдь не риторический вопрос: право или обязанность суда назначить эту меру в случае совершения лицом преступлений, перечисленных в пункте «а» части 1 статьи 104¹ УК РФ

Изложенные выше обстоятельства, позволяют сделать вывод о том, что конфискация имущества как мера противодействия коррупционным и другим общественно опасным деяниям может стать достаточно эффективной только при том непременном условии, если из категории «иных мер уголовно-правового характера» она вновь перейдет в разряд видов уголовного наказания⁴. Примечательно, что попытки «реинкарнации» данного института уже предпринимаются в рамках реализации Национального плана противодействия коррупции⁵.

¹ См.: Хачак Р.А. Конфискация имущества: исторические, сравнительно-правовые и уголовно-правовые аспекты: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 5.

² См.: Коробеев А.И. Конфискация имущества как мера противодействия коррупции // Меры противодействия коррупции: проблемы разработки и реализации: Материалы научно-практического семинара с приложением международных правовых актов и проектов федеральных законов / Под ред. С.В. Землюкова. — Барнаул, 2009. — С. 206.

³ См., например: Волженкин Б.В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963—2007 гг.) — СПб., 2008. — С. 699; Келина С.Г. Современные проблемы теории и практики наказания // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник очерков / Под ред. В.В. Лунеева. — М., 2010. — С. 363; и др.

⁴ См., например: Непомнящая Т.В. Система наказаний: истоки, реалии, перспективы совершенствования // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: Материалы VI Российского конгресса уголовного права (26—27 мая 2011 г.). — М., 2011. — С. 166.

⁵ См.: Российская газета. — 2008. — 5 августа; Парламентская газета. — 2008. — 3 октября.

А.С. Капусткин

Капусткин Александр Сергеевич — консультант, юрист отдела правовой экспертизы областных законодательных актов государственного правового комитета администрации Владимирской области

Юридическая техника законодательства о наградах

Еще в Дигестах Юстиниана Улпиан указывает, что «по заслугам нас назвали жрецами, ибо мы заботимся о правосудии, возвещаем понятия доброго и справедливого, ...желая, чтобы добрые совершенствовались не только путем страха наказания, но и путем поощрения наградами...»¹. Так сложилась история отечественной и зарубежной правовой науки, что изучению теории наказаний в ней уделяется большее внимание, чем изучению теории поощрения. Автор настоящей публикации выражает надежду, что данная тенденция будет изменяться.

По мнению В.М. Баранова, поощрение — это мера государственного одобрения, и ее назначение заключается в стимулировании правомерного поведения двух видов: добросовестного и точного выполнения возложенных на субъектов юридических обязанностей и совершения ими полезных действий, которые превосходят обычные требования². Награды применяются, как правило, именно в тех случаях, когда речь идет о совершении действий, которые превосходят обычные требования права, такие действия подпадают под определение заслуги³. В.М. Баранов также выделяет два типа поощрительных правоотношений: в одних государственный орган наделен правом применять меру поощрения, в других — на него возложена обязанность применить поощрение при наличии определенных фактов, а соответствующее лицо вправе требовать поощрения⁴. То же можно сказать и о наградных правоотношениях. Анализируя действующее законодательство, В.А. Винокуров приходит к выводу о существовании в Российской Федерации обоих видов наградных правоотношений и указывает, что в целях формирования наградных правоотношений в полном объеме, включающих не только право человека и гражданина на награду государства, но и юридическую обязанность государства пожаловать соответствующую награду, необходимо: субъектам, учреждающим (устанавливающим) различные виды наград государства, — урегулировать наградные нормы таким образом, чтобы случаи заслуженного поведения (условий, за которые осуществляется награждение той или иной наградой государства) были конкретизированы, то есть заслуги перед государством четко определены; одновременно с введением конкретного, четко описанного, не допускающего различного толкования определения заслуги перед государством — предусматривать дисциплинарную (и, возможно, административную) ответственность должностных лиц, необоснованно не представивших к награде государства лиц, которые ее заслужили⁵. Тогда, может быть, и станет возможной наградная юстиция, которую критиковали К. Маркс и Ф. Энгельс⁶.

Большинство современных научных работ посвящены изучению государственных наград, актуальный перечень которых содержится в Указе Президента Российской Федерации от 7 сентября 2010 года № 1099 «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации»⁷, и их историческим предшественникам. По мнению автора настоящей публикации, такие награды и складывающиеся по поводу них общественные отношения, составляют наградную систему Российской Федерации в узком смысле понимания такой системы. В широком смысле в наградную систему Российской Федерации, кроме государственных наград и складывающихся по поводу них общественных отношений, следует включать ведомственные и региональные награды, награды муниципальных образований, корпоративные (общественные) награды и складывающиеся по поводу них общественные отношения. Определение уровня наградной системы позволяет верно определиться с видом источника правового регулирования соответствующей награды.

¹ См., например: Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М., 1997.

² См.: Баранов В.М. Поощрительные нормы советского социалистического права. — Саратов, 1978. — С. 36.

³ См. подробнее: Типикина Е.В. Заслуга как основание для правового поощрения: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2008.

⁴ См.: Баранов В.М. Поощрительные нормы советского социалистического права. — Саратов, 1978. — С. 62—64.

⁵ См.: Винокуров В.А. Юридическая обязанность государства пожаловать награду // Юрист. — 2010. — № 7. — С. 16.

⁶ См.: Маркс К. Святое семейство, или критика критической критики. Против Бруно Бауэра и компании / К. Маркс, Ф. Энгельс // Сочинения. — 2-е изд. — М., 1955. — Т. 2.

⁷ Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 37. — Ст. 4643.

Награда является не только государственным, но и правовым явлением, так как само ее учреждение и существование, а также процесс награждения урегулированы действующим правом. Здесь мы отметим, что законодательство о наградах, или, как называл его П.А. Сорокин, наградное право является развивающимся и требует глубокого теоретического осмысления и дальнейшего совершенствования правотворческой и правоприменительной практики. В связи с этим для нас представляет интерес попытка рассмотреть особенности юридической техники законодательства о наградах и выявить ее основные правила.

Следуя к достижению поставленной цели, далее мы более подробно рассмотрим особенности понятийного аппарата и особенности структуры нормы наградного права, правовые принципы, правовые дефиниции, правовые аксиомы, презумпции, исключения, примечания, ссылки, особые виды структуризации нормативного материала, встречающиеся в наградном праве Российской Федерации.

Наградное право обладает своим особым понятийным аппаратом, включающим многие фалеристические термины: награда, наградная система, наградной лист, рисунок награды, статут, почетное звание, звание Героя, орден, медаль, знак отличия, заслуга, почетная грамота, благодарность, премия, именное оружие, подарок и ценный подарок, положение о награде, описание награды, степень, лента, удостоверение к награде, номер награды, повторное награждение, очередное награждение, ходатайствование о награждении, представление к награде, награждение, вручение награды, торжественная обстановка вручения наград, награда с мечами, акт о принятии государственных наград, утрата награды, дубликат награды, справка о награждении государственными наградами, государственные награды СССР, награда иностранных государств, государственные награды Российской Федерации, юбилейная медаль Российской Федерации, награды, учреждаемые федеральными органами государственной власти, награды, учреждаемые иными федеральными государственными органами, награды, учреждаемые органами государственной власти субъектов Российской Федерации, награды, учреждаемые общественными и религиозными объединениями, ношение лент в виде планок, ношение лент в виде розеток, колодка, орденская цепь, орденская звезда, порядок ношения наград, миниатюрные копии наград, учреждение наград, установление наград.

Структура поощрительной нормы права отличается наличием положительной санкции. В норме наградного права такой санкцией может быть только вручение отвечающего признакам награды¹. Поэтому *структуру нормы наградного права* условно можно представить следующим образом: гипотеза (наступление условий награждения — заслуг) — диспозиция (право уполномоченных лиц принять решение о награждении) — санкция (вручение награды). Используя эту структуру как своеобразную модель, мы можем легко построить необходимую нам норму законодательства о наградах, а точнее норму материального наградного права. Здесь мы оговоримся, что необходимо различать нормы материального наградного права, которые регламентируют саму награду, и нормы процессуального наградного права, регламентирующие вопросы ходатайствования о награждении, представления к награде, этапы принятия решения о награждении, порядок вручения, ношения, хранения наград и т. п.

Среди способов формирования содержания права выделяют *правовые принципы*, которые в наградном законодательстве сегодня можно встретить в нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации. В соответствии со статьей 2 закона г. Москвы от 5 сентября 2001 года № 38 «О наградах и почетных званиях города Москвы», награждение наградами и присвоение почетных званий г. Москвы производятся на основе следующих принципов: единства требований и равенства условий, законодательно установленных к порядку награждения наградами и представления к присвоению почетных званий, для всех граждан и организаций; гласности; разграничения полномочий органов власти г. Москвы в области наград и почетных званий на основе соблюдения принципа разделения властей; поощрения граждан исключительно за личные заслуги и достижения².

При принятии решения об учреждении новой государственной награды Комиссия по государственным наградам руководствуется следующими основополагающими принципами: а) новая государственная награда может быть учреждена только в случае невозможности поощрения граждан за указанные заслуги действующими государственными наградами; б) при учреждении новой государственной награды необходимо соблюдение геральдических и исторических традиций государственных наградных систем Российской Федерации, СССР и Российской империи.

Редко и недостаточно в наградном праве используется такой способ организации юридической мысли, как *правовые дефиниции*. Так, до настоящего времени нет общего правового определения награды (не государственной награды, а награды вообще, медали, ордена, статута и др. Однако мы можем привести определение государственных наград Российской Федерации, которые являются высшей формой поощрения граждан Российской Федерации за заслуги в области государственного

¹ См., например: Дуэль В.М. Государственные награды в российском праве: проблемы теории и практики: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2005.

² Ведомости Московской городской Думы. — 2001. — № 10. — Ст. 166.

строительства, экономики, науки, культуры, искусства и просвещения, в укреплении законности, охране здоровья и жизни, защите прав и свобод граждан, воспитании, развитии спорта, за значительный вклад в дело защиты Отечества и обеспечение безопасности государства, за активную благотворительную деятельность и иные заслуги перед государством.

В законе Архангельской области от 23 сентября 2008 года № 567-29-ОЗ «О наградах в Архангельской области» дается определение используемых в нем следующих основных понятий: награда в Архангельской области, награда Архангельской области, премия Архангельской области. В законе Тверской области от 14 марта 2003 года № 13-ЗО «О наградах в Тверской области»¹ раскрываются понятия награда, награды Тверской области, звание, знак (почетный, нагрудный, памятный), грамота, благодарность. В указанных регионах правовые дефиниции даются в традиционной для этого структурной единице закона — статье, именуемой «Основные понятия, используемые в настоящем законе». В ряде субъектов Российской Федерации в законе дается дефиниция только понятия награды региона в виде самостоятельной статьи², аналогичное явление встречается и в муниципальных нормативных актах о наградах³.

В законодательстве о наградах встречаются и *декларативные нормы*. Так, например, Указ Президента Российской Федерации от 7 сентября 2010 года № 1099⁴ был принят в целях совершенствования государственной наградной системы Российской Федерации. Наградное право регламентирует установление и использование девизов, а именно девизов орденов, своеобразного явления, пришедшего в действующую наградную систему из истории и представляющего собой краткое изречение, обычно выражающее руководящую идею в поведении или деятельности кавалеров ордена⁵.

Среди *правовых аксиом* в данной сфере можно указать следующие:

— никто не может быть награжден за чужие заслуги или без заслуг (следует из принципа награждения исключительно за личные заслуги и достижения граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства — п. 3 ст. 3 Закона Алтайского края от 12 декабря 2006 года № 135-ЗС «О наградах Алтайского края»⁶);

— награда должна соответствовать заслугам (при представлении к награждению государственными наградами вид награды определяется характером и степенью заслуг награждаемого, которые должны соответствовать статутам орденов Российской Федерации, положениям о знаках отличия Российской Федерации, медалях Российской Федерации и почетных званиях Российской Федерации);

— награда должна быть редкой. Представление граждан (коллективов, организаций) к награждению наградами и присвоению почетных званий не должно носить массового характера. Оно является строго избирательным и применяется только в тех случаях, когда другие меры поощрения исчерпаны либо когда применение этих мер не будет соответствовать значимости заслуг и достижений (п. 7 Инструкции о порядке награждения наградами и присвоения почетных званий г. Москвы).

Представляется возможным сделать вывод, что наградное право России руководствуется *презумпцией почетности и желаемости награды*. Это подтверждается, в частности, тем, что действующее законодательство никак не регламентирует процедуру отказа от принятия государственной награды, подразумевая, что такого и быть не может. Однако практике такие исключения известны, хотя, возможно, они лишь подтверждают правило. Так, в 1998 году писатель Александр Солженицын по своим убеждениям отказался от награждения орденом Святого апостола Андрея Первозванного⁷.

Т.В. Кашанина выделяет такой прием правотворческой техники, как «*исключение*», позволяющий изменить общее правило поведения, не соблюдая то, о чем гласит закон, в особых специальных случаях⁸. Указанный прием 15 раз используется в Указе Президента Российской Федерации от 7 сентября 2010 года № 1099 «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации», например, «очередное награждение государственной наградой производится за новые заслуги и достижения не ранее чем через пять лет после предыдущего награждения, за исключением награждения за совершение подвига, проявленные мужество, смелость и отвагу». Кроме того, в статутах орденов и положениях медалях неоднократно встречается формулировка, позволяющая

¹ Тверские ведомости. — 2003. — № 23.

² Областной закон Ростовской области от 1 августа 2011 года № 639-ЗС «О наградах Ростовской области» // Наше время. — 2011. — № 287—294; Закон Республики Саха (Якутия) от 15 июня 2004 года № 135/1-3 № 275-III «О государственных наградах Республики Саха (Якутия)» // Якутские ведомости. — 2004. — № 40.

³ Решение Кирово-Чепецкой городской думы Кировской области от 29 октября 2008 года № 12/122 «Об утверждении Положения “О наградах и иных формах поощрения муниципального образования “Город Кирово-Чепецк Кировской области”» // Кировец. — 2008. — № 192. — от 18 ноября.

⁴ Указ Президента РФ от 7 сентября 2010 года № 1099 «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 37. — Ст. 4643.

⁵ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. — 4-е изд., доп. — М., 2007. — С. 156.

⁶ Сборник законодательства Алтайского края. — 2006. — № 128. — Ч. 1. — С. 57.

⁷ Деготь Е. Солженицын не принял награды // Коммерсантъ. — 1998. — № 233.

⁸ Кашанина Т.В. Юридическая техника: Учебник. — М., 2008. — С. 192.

Президенту Российской Федерации при принятии решения о награждении отступить от установленных общих правил, например, в исключительных случаях Президент Российской Федерации может принять решение о награждении орденом «За заслуги перед Отечеством» лица, ранее не награжденного государственной наградой Российской Федерации. Исключения делаются и с помощью использования словосочетания «за особо выдающиеся заслуги».

Примечания в наградном законодательстве федерального уровня встречаются редко, однако такие примеры известны в региональном и местном законодательстве. Приложением 6 к указу мэра Москвы от 30 августа 2002 года № 35-УМ утвержден образец удостоверения к знаку отличия г. Москвы, приведенный в виде графического изображения, а в примечании к этому приложению дано его подробное текстуальное описание¹. Приложением № 1 к Решению Карачевского районного Совета народных депутатов от 24 февраля 2010 года № 4-78 «Об учреждении наград главы администрации Карачевского района за заслуги в области образования» утвержден «Порядок и критерии конкурсного отбора лучших педагогических работников общеобразовательных учреждений для присуждения премии Главы администрации района». В Примечании, приведенном в конце данного приложения, указывается, что «процедура отбора претендентов и порядок экспертизы по критериям участия в отборе на муниципальном уровне аналогичен процедуре отбора и порядку экспертизы на региональном уровне»².

Ссылки. В Указе Президента Российской Федерации от 7 сентября 2010 года № 1099 активно используются ссылки. Например, «Знаком отличия «За безупречную службу» награждаются граждане Российской Федерации, избранные или назначенные на должность *в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами*, а также государственные служащие».

Довольно обильно используются *приложения*: перечни, формы документов (наградного листа); образцы бланков документов; рисунки наград; текстуальные описания. С помощью *перечней*, например, установлены виды государственных наград Российской Федерации: звание Героя Российской Федерации и все ордена, знаки отличия, медали, почетные звания, входящие в систему государственных наград Российской Федерации.

Особую разновидность структуризации правового материала представляет собой положение о награде, имеющее следующий вид:

- 1) официальные реквизиты нормативного правового акта;
- 2) преамбула, закрепляющая цели учреждения награды;
- 3) правовая норма, провозглашающая об учреждении государственной награды;
- 4) правовая норма, посредством которой утверждаются приложения к Указу: положение о награде (для ордена — статут ордена), описание награды, образцы бланков наградных документов, форма наградного листа для представления к награждению;
- 5) правовая норма, закрепляющая дополнительные формы поощрения к награде;
- 6) предписание органам власти о принятии мер по реализации Указа президента об учреждении награды и приведении в соответствии с ним нормативных правовых актов, которые по своей юридической силе ниже Указа Президента;
- 7) поручения органам власти, реализация которых по мнению учредителя награды будет способствовать достижению целей учреждения награды.

Все элементы положения о награде находятся в жестком взаимодействии и взаимосвязи. За исключением элементов, указанных выше под пунктами 2, 5 и 7, которые можно назвать факультативными, остальные элементы являются обязательными, их наличие — это необходимое условие учреждения и существования награды. Поэтому мы убеждены в необходимости подготовки и принятия нормативных актов, закрепляющих все указанные нами элементы одновременно единым пакетом документов.

Только в нормативных правовых актах, обеспечивающих существование в правовом пространстве таких государственных наград, как ордена, встречается особый вид правовой структуризации, не повторяющийся больше нигде в отечественном праве. Речь идет о статуте ордена. Стоит оговориться, что в международном праве термин «статут» применяется и по отношению к другим государственно-правовым институтам³. По нашему мнению, абсолютно недопустимо использовать термин «статут» по

¹ Указ мэра Москвы от 30 августа 2002 года № 35-УМ «О мерах по выполнению Закона города Москвы «О наградах и почетных званиях города Москвы» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. — 2002. — № 47.

² Документ опубликован не был. См.: СПС «КонсультантПлюс».

³ См., например: Решение Межгосударственного совета ЕврАзЭС от 5 июля 2010 года № 502 «О новой редакции Статута Суда Евразийского экономического сообщества, утвержденного Решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС от 27 апреля 2003 года № 122, и проекте Протокола о внесении изменений в Соглашение между Содружеством Независимых Государств и Евразийским экономическим сообществом о выполнении Экономическим судом Содружества Независимых Государств функций Суда Евразийского экономического сообщества от 3 марта 2004 года» (вместе со «Статутом Суда Евразийского экономического сообщества»). Документ опубликован не был. См. СПС «КонсультантПлюс».

отношению к медалям, однако такие примеры в отечественном законодательстве встречаются. Так, в Приложении № 43 к Приказу Федеральной службы судебных приставов от 26 июля 2006 года № 89 «Об учреждении ведомственных наград Федеральной службы судебных приставов»¹ указано, что «медаль “За верность долгу” является ведомственной наградой ФССП России с особым статусом». Ни ранее, ни дальше нигде по тексту термин «статут» в указанном приказе больше не встречается.

Сам термин «статут ордена» имеет глубокие исторические корни. Изначально правом носить орденские знаки обладали только члены ордена — особого рыцарского союза. Каждый орден имел свой устав, под которым следует понимать исключительно текст, фиксирующий религиозные обязательства, монастырские обычаи и обязанности нового брата к моменту принятия орденского обета. Впоследствии к нему были добавлены новые тексты, не менее важные: статуты, законы, обычаи или кутюмы². Статут в ту пору являлся сводом правил поведения членов того или иного ордена. Но, как указывает И.В. Всеволодов, уже с XVII века рыцарство исчезло, ордена стали рассматриваться как знаки монаршей милости³. Так исторический институт писанных орденских правил перешел в право, законодательство и был сохранен с некоторыми изменениями до наших дней.

Далее нами будет дана характеристика особенностей статута ордена как вида юридической структуризации и его составных элементов, выработанная по результатам комплексного исследования статутос государственных наград — орденов Российской Федерации⁴.

Первой особенностью статута является уже упомянутый факт, что такой вид структуризации характерен только для такого вида награды, как орден, и призван обеспечить, закрепить правовые основания, существования названной награды. Свое первое отражение он находит в наименовании нормативного правового акта, например, «Статут ордена Святого апостола Андрея Первозванного». Кроме того, официальные реквизиты статута ордена включают в себя указание на нормативный правовой акт, которым такой статут утвержден. Так как в настоящее время статуты всех орденов Российской Федерации утверждены единым Указом Президента РФ от 7 сентября 2010 года № 1099, то он упоминается лишь однажды перед статутом первого (высшего) ордена. К реквизитам относится также подпись, место подписания и др.

Следующим структурным элементом статута является указание на требования, предъявляемые к претенденту на награждение орденом. Практика учреждения статутос российских орденов пошла в закреплении указанных требований по условной схеме: личность — заслуга — личность, как исключение — особая заслуга. Вначале предъявляются общие требования к личности претендента на награду, касающиеся профессии, гражданства, звания, трудового или специального стажа и др. Затем называются требования к заслугам гражданина, наличие которых позволяет уполномоченным субъектам возбуждать ходатайства и направлять представления на награждение. И в завершение данного элемента вновь указываются требования к личности, которые являются исключением из правил, в связи с исключительными, повышенными требованиями к заслугам. Например, в Статуте ордена Святого Георгия сказано: «Орденом Святого Георгия награждаются военнослужащие из числа высшего и старшего офицерского состава (требования к личности — **А.К.**) за проведение боевых операций по защите Отечества при нападении внешнего противника, завершившихся полным разгромом врага, а также за проведение боевых и иных операций на территории других государств при поддержании или восстановлении международного мира и безопасности, ставших образцом военного искусства, подвиги которых служат примером доблести и отваги и которые награждены государственными наградами Российской Федерации за отличия, проявленные в боевых действиях (требования к заслугам — **А.К.**). Орденом Святого Георгия IV степени могут быть награждены также и младшие офицеры (личность, как исключение — **А.К.**), проявившие в ходе боевых действий по защите Отечества личную отвагу, мужество и храбрость, а также высокое воинское мастерство, обеспечившие победу в бою (особые заслуги — **А.К.**)».

Требования к заслугам, могут включать, как мы убедились на примере, указание на условия проявления заслуг и на наличие других наград. Теоретизируя данный элемент, можно сделать вывод, что в начале статута ордена указывается гипотеза награждения (условия при которых дается награда) и требования к награждаемому лицу. Также необходимо понимать, что в качестве награждаемого лица может выступать как физическое лицо, так и организация. Последнее, например, предусмотрено Статутом ордена Суворова, которым «могут быть награждены соединения, участвовавшие в проведении операций на суше и в воздухе, в ходе которых, несмотря на численное превосходство противника, были достигнуты цели операций с полным сохранением боеспособности воинских частей».

¹ См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2006, — № 45.

² См. подробнее: Демурже А. Рыцари Христа. — СПб., 2008.

³ Всеволодов И.В. Беседы о фалеристике. Из истории наградных систем. — М., 2009. — С. 41.

⁴ Для сведения стоит отметить, что в соответствии с Указом Президента РФ от 7 сентября 2010 года № 1099 «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации»⁴ на сегодня в России учреждено 15 государственных орденов.

Следующий элемент присутствует только в статутах орденов, имеющих несколько степеней. Соответственно в этой части статута ордена приводится перечень степеней ордена в порядке старшинства от высшей степени к низшей, и в завершении особо, уже текстуально, а не посредством порядка, указывается, какая степень является высшей. К примеру:

орден «За заслуги перед Отечеством» имеет четыре степени:

- орден «За заслуги перед Отечеством» I степени;
- орден «За заслуги перед Отечеством» II степени;
- орден «За заслуги перед Отечеством» III степени;
- орден «За заслуги перед Отечеством» IV степени.

Высшей степенью ордена «За заслуги перед Отечеством» является I степень.

Затем дается представление о внешних атрибутах ордена, а именно указывается, что они из себя представляют — звезда, знак, и то, и другое, имеет ли орден ленту. Важно знать, что подробное описание внешних атрибутов ордена приводится в специальном документе, который так и называется «Описание награды».

Далее в статуте уточняются общие для всех государственных наград правила ношения внешних атрибутов ордена с учетом их наличия и видов, наличия других наград, случаев ношения, правила ношения применительно к виду одежды (форменная одежда или гражданский костюм). Встречаются нормы, допускающие ношение миниатюр орденов. В этой части статута разрешается вопрос о ношении всех степеней ордена одновременно, только высшей, либо о допустимости ношения отдельных видов знаков (например с мечами и без мечей), например: «при наличии у награжденного нескольких степеней ордена «За заслуги перед Отечеством» носится только знак ордена высшей степени, за исключением знаков ордена с мечами». Также здесь решается вопрос о допустимости ношения отдельно орденских лент, ношения лент в розетке.

В заключение в статутах отдельных орденов даются нормы, закрепляющие формы увековечения награжденных лиц. Согласно статуту ордена Святого апостола Андрея Первозванного, «после вручения награжденному ордена Святого апостола Андрея Первозванного Управление делами Президента Российской Федерации обеспечивает изготовление портрета награжденного орденом. Портрет награжденного орденом Святого апостола Андрея Первозванного выставляется в Государственном центральном музее современной истории России». Фамилии лиц, награжденных орденом Святого Георгия, заносятся для увековечения на мраморные доски в Георгиевском зале Большого Кремлевского дворца в г. Москве.

Также статут может содержать уточняющие нормы по отношению к правилам вручения ордена. Так награждение орденом «За заслуги перед Отечеством» I и II степени происходит, как правило, два раза в год и приурочено к празднованию Дня Конституции Российской Федерации (12 декабря) и Дня России (12 июня).

Изучая внешнюю структуру статута ордена, представляется возможным сделать вывод, что в Российской Федерации нормативный материал внутри статута делится на пункты, количество которых не превышает десяти. Факультативных элементов, а именно преамбулы и приложений, статуты учреждений в Российской Федерации орденов не имеют.

Внешне статут представляет собой особый вид нормативной структуризации законодательства о государственных наградах, а точнее о государственных орденах Российской Федерации. Под нормативной структуризацией в юридической науке принято понимать прием юридической техники, выражающийся в последовательной системе действий по рациональному и целесообразному расположению нормативных правовых предписаний и официальных реквизитов в тексте. Как мы уже показали выше, статут ордена удовлетворяет приведенному определению. Сам статут прилагается к основному нормативному правовому акту, утверждающему его, то есть, как правило, является приложением.

Изучив особенности юридической техники законодательных актов, мы можем сформулировать следующие ее правила:

1) структура нормы наградного права имеет следующий вид: гипотеза (наступление условий награждения — заслуг) — диспозиция (право уполномоченных лиц принять решение о награждении) — санкция (вручение награды);

2) положения о конкретных наградах излагаются в форме приложений к основному акту, принятому в сфере наградного права, закрепляющему общие нормы наградного права и нормы законодательства об организации наградного процесса;

3) выбор источника права зависит от уровня наградной системы;

4) структура нормативного правового акта об учреждении награды имеет следующий вид: официальные реквизиты нормативного правового акта; преамбула, закрепляющая цели учреждения награды; правовая норма, провозглашающая об учреждении награды; правовая норма, посредством которой утверждаются необходимые приложения; правовая норма, закрепляющая дополнительные формы поощрения; предписание органам власти о принятии мер по реализации нормативного правового акта об учреждении награды и приведении в соответствии с ним нормативных правовых актов, кото-

рые по своей юридической силе ниже; поручения органам власти, реализация которых, по мнению учредителя награды, будет способствовать достижению целей учреждения награды;

5) положения об орденах называются статутами;

6) положение (статут) о награде, как правило, имеет следующую структуру: реквизиты (название включает термин «статут» или «положение» и точное название соответствующей награды в родительном падеже, а также указание на нормативный правовой акт, которым утверждено данное положение), требования к награждаемому лицу, гипотеза награждения, перечень степеней награды в порядке старшинства от высшей степени к низшей, дополнительно особо текстуально указывается, какая степень является высшей, указание внешних атрибутов награды, уточнение правил ношения внешних атрибутов награды, нормы, закрепляющие правила вручения наград и увековечения награжденных лиц;

7) нормативный материал внутри положения (статута) о награде делится на пункты, количество которых не превышает десяти, не имеет факультативных элементов;

8) для наградного права характерно широкое использование приложений;

9) для наградного права характерно широкое использование особого понятийного аппарата, включающего фалеристические термины;

10) новая государственная награда может быть учреждена и соответствующие нормативные правовые акты о ее учреждении могут быть приняты только в случае невозможности поощрения граждан за указанные заслуги действующими наградами;

11) при учреждении новой награды и издании соответствующего нормативного правового акта о ее учреждении необходимо соблюдение геральдических и исторических традиций соответствующей наградной системы. Такие традиции зачастую не имеют нормативного правового закрепления;

12) случаи заслуженного поведения (условия, за которые осуществляется награждение той или иной наградой государства) должны быть конкретизированы;

13) заслуга должна быть исключительной;

14) награда должна быть символичной и самоценной.

М.В. Карпычев

Карпычев Михаил Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Некоторые вопросы использования категории «действия в чужом интересе» в правотворческой деятельности

В настоящее время в цивилистической науке отсутствуют сколько-нибудь крупные исследования такого правового явления, как «действия в чужом интересе». Соответственно отсутствует и какой-либо системный подход к построению законодательства, регулирующего общественные отношения, возникающие в связи с осуществлением действий одним лицом в интересах другого лица.

Рассматривая понятие «действия в чужом интересе», мы сталкиваемся с целым комплексом научных проблем, основными из которых являются следующие.

Проблема первая. Что такое «интерес». Гражданское законодательство достаточно широко оперирует понятием интереса и производными от него категориями (например, заинтересованное лицо, сделка с заинтересованностью и т. п.).

Уже в пункте 2 статьи 1 ГК РФ, устанавливающей общие принципы построения гражданского законодательства, мы встречаем указание на то, что «граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе» и чуть ниже «гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Часть 1 ГК РФ использует как собственно понятие «интерес» (ст. 31, 32, 33, 36, 37, 39, 41, 53, 55, 73, 90, 99, 117, 171, 172, 174, 183, 187, 209, 274, 293, 346, 396, 405, 417), так и формулировки «законный интерес» (ст. 109), «охраняемый законом интерес» (ст. 13, 152, 177, 209, 222, 292), «имущественный интерес» (ст. 91, 103, 121, 451), «общественные и публичные интересы» (ст. 152¹, 451), «интересы общества» (ст. 242), «чужой интерес» (ст. 182), «существенный интерес» (ст. 252), «разумно понимаемый интерес» (ст. 428). В части 2 ГК РФ также используют термины «интерес» (ст. 457, 687, 743, 895, 928, 930, 943, 960, 973, 976, 990, 995, 1012, 1016, 1021, 1022, 1043, 1044, 1050, 1067, 1080), «охраняемый законом интерес» (ст. 566, 663), «имущественный интерес» (ст. 929, 942, 968), «общественный интерес» (ст. 566, 663, 1065), «чужой интерес» (название главы 50 и ряда ее статей, положения ст. 980, 981, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989), также вводятся словосочетания «социальные интересы» (ст. 969), «интересы государства» (ст. 969), «интерес других лиц» (ст. 980, 981, 982, 983, 987), «общий интерес» (ст. 1054), «противоправный интерес» (ст. 928). В части 3 ГК РФ понятие «интерес» используется лишь в 3 статьях, посвященных наследованию (ст. 1135, 1166, 1171), также употребляются термины «законный интерес» (ст. 1131, 1167) и «охраняемый законом интерес» (ст. 1192).

Немного чаще использует термины «интерес» (1243, 1252, 1289, 1544), «законный интерес» (ст. 1129, 1280, 1508) часть 4 ГК РФ, также в ее статьях употребляются формулировки «общественные интересы» (ст. 1349, 1473, 1515, 1537) и «интересы национальной безопасности — интересы обороны и безопасности» (ст. 1360).

Используется понятие «интерес» и производные от него и в других законодательных актах (ГПК РФ, АПК РФ, УК РФ и другие). Предлагаемые Советом по кодификации гражданского законодательства законопроекты о внесении изменений в разделы I, II, III, IV, VI, VII ГК РФ¹ также активно используют данный термин в различных словосочетаниях.

Сама категория «интерес» является достаточно часто исследуемой в юридической литературе как специалистами в области общей теории права (А.В. Малько, В.В. Субочев и др.), так и учеными, рассматривающими отраслевые аспекты данного понятия (Е.П. Губин, С.В. Михайлов, В.П. Грибанов — в гражданском праве; Р.Е. Гукасян — в гражданском процессуальном праве; О.А. Мотин — в уголовном праве и др.)². Несмотря на это, общепринятое определение термина «интерес» ни в общей теории

¹ www.arbitr.ru

² См.: Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. — 1998. — № 4. — С. 58—70; Субочев В.В. Теория законных интересов: Дис... д-ра юрид. наук. — Тамбов, 2009; Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. — Саратов, 1970; Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. — М., 2002; Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. — М., 2000; Губин Е.П. Обеспечение интересов в гражданско-правовых обязательствах: Дис... канд. юрид. наук. — М., 1980; Мотин О.А. Частный интерес в системе объектов уголовно-правовой охраны: Дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2005.

права, ни в отраслевых правовых науках не сформулировано. Отсутствуют и единые подходы к определению места интереса в системе правовых явлений, его соотношению с категориями объективного и субъективного права. Некоторыми авторами интерес рассматривается как составная часть субъективного права, другие включают его в содержание правоотношения, высказывается мнение о том, что интерес является основанием возникновения правоотношения, есть и иные позиции. Затруднительным является и оперирование терминологическим аппаратом других социальных наук. Единство мнений о природе и сущности интереса отсутствует не только в правовой доктрине, но и в философии, психологии, социологии и экономике¹.

Как отмечает М.В. Першин, «диапазон мнений относительно понятия “интерес” необычайно широк — от очевидной ясности до неопределенности и даже непостижимости его сущности»². Он же далее отмечает: «Едва углубляясь в содержание причины действий субъектов, называемой интересом, исследователи кардинально расходятся во мнениях и выводах. На смену былой очевидности приходит проблематичность высокой степени, что резко снижает методологическую, инструментальную ценность понятия “интерес” и производных от него понятий»³. Н.А. Шайкенов указывает: «Понятие “юридический (правовой) интерес” употребляется в нашей науке. Однако природа этого явления почти не исследована»⁴.

Достаточно большое количество авторов делает попытку вывести понятие интереса из его соотношения с потребностью, вплоть до полного отождествления с ней.

Так, С.В. Михайлов делает вывод о том, что интерес есть потребность субъекта, имеющая общественный характер и проявляющаяся в деятельности по осознанию и реализации целей в общественных отношениях⁵. Данное положение фактически является продолжением идей одного из выдающихся представителей цивилистической школы МГУ им. М.В. Ломоносова — профессора В.П. Грибанова, который еще в 1967 году писал: «Иначе говоря, потребность составляет содержание интереса. Форма же, в которой эта потребность проявляется в деятельности, в поведении людей, может быть различной, но она всегда выражает определенную целенаправленность их действий» и далее указал, что рассмотренные им примеры статей из гражданского законодательства «несомненно подразумевают под интересом тех или иных лиц именно потребности»⁶.

Р.Е. Гукасян, рассматривая категорию интереса применительно к гражданским процессуальным отношениям, пришел к выводу о том, что потребность является категорией, применимой к любому живому организму, а интерес относится к общественной жизни, и есть не что иное, как социальная потребность⁷.

Целый ряд ученых (В.Н. Кудрявцев, Ю.А. Тихомиров, В.Л. Суховерхий) рассматривают интерес не просто как социальную потребность, а как осознанную потребность⁸.

А.Т. Ханипов определил интерес как присущую всякому социальному субъекту деятельную позицию, выражающую его избирательное отношение к объективным возможностям, тенденциям общественного развития⁹. Таким образом, интерес фактически рассматривается как элемент общественного отношения вообще, и правоотношения в частности.

Особо следует отметить позицию основоположника целого направления в юридической науке — «юриспруденции интересов» — Рудольфа фон Иеринга: «Интерес в смысле субъективном указывает на чувство зависимости в жизни. Основание, в силу которого меня интересуется известная вещь или отношение, лежит в том, что я чувствую в моем существовании и благосостоянии, в моем довольстве или счастье от них зависимость. Интересы, следовательно, — это суть жизненные требования в широком смысле. Понятие жизненных требований принимается здесь преимущественно в значении относительном, что составляет полноту жизни для одного, то есть входит в условия его благосостояния, то для другого не имеет никакого значения. Это оправдывается как на отдельных лицах, так и на целых народах, даже на одном и том же народе в различных периодах его культуры»¹⁰.

¹ См.: Радаев В.В. Экономические интересы при социализме. — М., 1971; Лавриненко В.Н. Сочетание общественных и личных интересов как характернейший принцип социалистических производственных отношений: Дис... канд. филос. наук. — М., 1964; Иванов В.Г. Основные положения теории интереса в свете проблемы отношений человека // Ученые записки ЛГУ. — Серия: Философские науки. — 1956. — Вып. 9. — С. 64; и др.

² Першин М.В. Частно-правовой интерес: понятие, правообразование, реализация: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2004. — С. 13.

³ Там же. — С. 14.

⁴ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. — Свердловск, 1990. — С. 176.

⁵ См.: Михайлов С.В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права // Государство и право. — 1999. — № 7. — С. 88.

⁶ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. — М., 2000. — С. 239.

⁷ См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. — Саратов, 1970. — С. 9.

⁸ См.: Кудрявцев В.Н. Право и поведение. — М., 1978. — С. 19, Тихомиров Ю.А. Публичное право. — М., 1995. — С. 53; Суховерхий В.Л. О соотношении субъективного гражданского права и интереса // Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1966 год. — Свердловск, 1968. — С. 14.

⁹ См.: Ханипов А.Т. Интересы как форма общественных отношений. — Новосибирск, 1987. — С. 56.

¹⁰ Иеринг Р. Интерес и право. — Ярославль, 1880. — С. 83.

Условно все подходы в социальных науках об интересе могут быть сведены к четырем:

1. Интерес — явление объективное, полностью относящееся к сфере общественного бытия. Он может осознаваться субъектом, но этот субъективный образ не есть интерес и даже не элемент его структуры.

2. Интерес — исключительно субъективное явление, и искать его вне сознания не имеет смысла.

3. Признаются существующими два ряда интересов — объективные и субъективные как принципиально различные и несводимые друг к другу.

4. Интерес рассматривается единством субъективного и объективного¹.

Каждый из этих подходов имеет свои сильные и слабые стороны, которые в настоящей работе не могут быть проанализированы. Вместе с тем, полагая возможным сделать следующий вывод: категория «интерес» широко используется в правотворческой деятельности, является одной из базовых в юриспруденции, и, как любая базовая категория, сложноопределима, может иметь различные значения применительно к различным ситуациям правового регулирования.

Проблема вторая. Какие существуют интересы, и все ли они должны учитываться при рассмотрении явления «действия в чужом интересе». Классификаций интересов существует весьма большое количество. Одна из них — подразделение интересов на *правовые (юридические)* и *неправовые (неюридические)*. Решение вопроса о необходимости использования данной классификации должно решаться исходя из того, попадают ли неправовые интересы в сферу права, или нет.

Предложение об использовании категории правовой (юридической) интерес выдвинул Р.Е. Гукасян, который, полагая, что общество разделено на различные сферы общественных отношений и деятельности, сопоставляет с ними соответствующие интересы — экономические, политические, духовные и др. Соответственно под правовыми интересами предлагается понимать интересы, возникающие в сфере правовых отношений и удовлетворяемые с помощью правовых средств². В другой своей работе Р.Е. Гукасян указывает: «Интерес не входит в содержание права, потому что не является правовой категорией. Интерес — социальное явление, охране которого служит субъективное право, представляющее собой специфическую форму реализации интереса»³.

По мнению Е.П. Губина, интерес, выраженный каким-либо образом в праве или опосредованный соответствующими правовыми средствами, становится правовым⁴.

В.Н. Кудрявцев, оперируя понятием «юридические интересы», предлагает его использовать для обозначения вторичных социальных интересов, имеющих исключительно инструментальное значение для достижения каких-либо социальных целей (например, выиграть дело в суде, заверить документ у нотариуса и др.)⁵.

Более импонирует позиция В.А. Патюлина, полагающего, что «точнее говорить не о юридическом интересе, а о юридически значимом интересе, который представляет собой социальный интерес, опосредованный нормами права»⁶. Предлагает использовать категорию «юридически значимый интерес» и С.В. Михайлов, причем последний использует данный термин в двух значениях — в широком, как интерес к достижению различных социально-экономических целей в общественных отношениях с помощью возможностей, предоставляемых правовыми средствами, и в узком, как интерес в том или ином правовом средстве (инструменте), возникающий в процессе реализации социально-экономического интереса⁷.

Однако окончательная дефиниция юридически значимого интереса, предлагаемая С.В. Михайловым, представляется весьма спорной: «Юридически значимый интерес — это по форме общественное отношение, имеющее содержанием потребность субъекта, носящую социальный характер и проявляющуюся в установлении, изменении, прекращении, защите субъективных прав и обязанностей в правовом отношении с использованием юридических средств для достижения поставленных целей»⁸.

Хотелось бы в связи с этим высказать свое мнение. Используя в законодательном акте категорию интереса, государство подчеркивает, что он не безразличен для правового регулирования. Таким образом, всякий интерес, о котором говорится в Гражданском кодексе или ином правовом акте, является юридически значимым. Категория же правового или юридического интереса, на наш

¹ См.: Першина И.В. Интерес в праве: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2002. — С. 61.

² См.: Гукасян Р.Е. Правовые и охраняемые законом интересы // Советское государство и право. — 1973. — № 7. — С. 113.

³ Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. — Саратов, 1970. — С. 19.

⁴ См.: Губин Е.П. Понятие интереса в гражданском праве // Вестник Московского университета. — Серия 11: Право. — 1980. — № 4. — С. 62—63.

⁵ См.: Кудрявцев В.Н. Взаимосвязь правового регулирования и социальных интересов // Вопросы философии. — 1987. — № 1. — С. 43—44.

⁶ См.: Патюлин В.А. Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). — М., 1974. — С. 109.

⁷ См.: Михайлов С.В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права // Государство и право. — 1999. — № 7. — С. 51—52.

⁸ Там же. — С. 52.

взгляд, представляется недостаточно четкой, смежной с категорией «законный интерес». Соответственно, говоря о действиях в чужом интересе как правовой категории, мы полагаем, что действия осуществляются в юридически значимых интересах, и, следовательно, требуется правовая регламентация таких действий.

Вторая классификация — *законные и незаконные* интересы.

А.В. Малько и В.В. Субочев рассматривают законные интересы как схожую с субъективными правами категорию, также входящую наряду с последними в состав правового статуса лица. При этом основным отличием законного интереса от субъективного права является отсутствие противостоящей интересу конкретной юридической обязанности, и наличие лишь обязанности общего характера — уважать интерес, считаться с ним, содействовать в определенных случаях его осуществлению, поскольку и сам он представляет собой правовую возможность общего характера¹.

То, что рассматривается данными авторами в качестве законного интереса, по сути, есть не что иное, как секундарное право. Существование вспомогательных прав — *sekunddre Rechte*, — характеризующихся тем, что ими предоставляется правомочие односторонним юридическим действием изменять юридическое положение другого субъекта, признавалось немецкими юристами уже в конце XIX — начале XX века².

В отечественной цивилистике концепция секундарных прав была предложена М.М. Агарковым (концепция динамической правоспособности)³ и нашла поддержку в различных вариациях в работах В.И. Серебровского⁴, Е.М. Денисевича⁵. В настоящее время активно поддерживается В.А. Беловым, который рассматривает секундарное право как систему юридически защищенных и признанных в порядке возможностей правоспособного лица приобрести то или иное субъективное право и управомоченного лица — иметь приобретенное субъективное право, осуществлять его (в том числе охранять и защищать), а также распоряжаться им (определять его юридическую судьбу)⁶, и его учеником А.Б. Бабаевым⁷.

Более логичной видится позиция А.Я. Курбатова, предлагающего в качестве критерия для разграничения законных и незаконных интересов определить установленные законодательством пределы удовлетворения интересов. Соответственно незаконные интересы выходят за эти пределы и противоречат охраняемым законом интересам других лиц, в том числе общественным и государственным интересам⁸. Синонимом незаконных интересов являются противоправные интересы.

Одним из вопросов, возникающих при использовании категории «законные интересы», является вопрос об их соотношении с категорией «охраняемые законом интересы». Проблема заключается в том, являются ли данные понятия тождественными или нет. Анализ действующего законодательства России позволяет сделать вывод, что иногда данные категории разграничиваются по субъектному составу.

Так в ГПК РФ (ст. 2, ч. 2 ст. 4, ч. 1 ст. 45, ч. 1 ст. 47 и др.) фактически проводится разграничение на законные интересы, как интересы, присущие гражданам и юридическим лицам, и на интересы публично-правовых образований (Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований). Уголовное законодательство России также проводит такую дифференциацию (например, ч. 2 ст. 142, ч. 1 ст. 201, ч. 1 ст. 202, ч. 1 ст. 285 УК РФ и др.), говоря о законных интересах граждан и организаций и об охраняемых интересах государства и общества. Вместе с тем пункт 1 статьи 2 АПК РФ говорит о законных интересах не только физических и юридических лиц, но и публично-правовых образований. Полагаем, что последний подход законодателя более логичен, и считаем возможным согласиться с В.В. Субочевым в том, что по субъектному составу законные интересы можно подразделить на интересы граждан, интересы организаций, интересы публично-правовых образований⁹.

¹ См.: Малько А.В. Законные интересы как правовая категория / А.В. Малько, В.В. Субочев. — СПб., 2004. — С. 96, 128 и др. Субочев В.В. Теория законных интересов: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Тамбов, 2009. — С. 13—14.

² См.: Вормс А.Э. Вексельные бланки // Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти проф. Г.Ф. Шершеневича. — М., 1915. — С. 475.

³ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2002. — Т. 1. — С. 281 и др.

⁴ См.: Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права // Избранные труды по наследственному и страховому праву. — М., 2003. — С. 74—75.

⁵ См.: Денисевич Е.М. Основы учения об односторонних сделках в гражданском праве: Монография. — Екатеринбург, 2005. — С. 54—62.

⁶ См.: Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. — М., 2003. — С. 384—385.

⁷ См.: Бабаев А.В. Проблема секундарных прав в российской цивилистике: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2006.

⁸ См.: Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. — М., 2001. — С. 72.

⁹ См.: Малько А.В. Законные интересы как правовая категория / А.В. Малько, В.В. Субочев. — СПб., 2004. — С. 134—137.

Полагаем, что вопрос о тождественности «законных» и «охраняемых законом интересов» должен разрешаться исходя из того, существуют ли неохранные законные интересы и существуют ли охраняемые законом незаконные интересы.

Само по себе предоставление правовой охраны какому-либо интересу автоматически делает его санкционированным, одобренным со стороны государства как создателя права, и тем самым придает ему законный характер. Следовательно, можно сделать вывод — нет, и не может быть незаконного охраняемого законом интереса. Однако полагаем, что существуют интересы, которые не противостоят закону, а, соответственно, являются законными, но не получившими правовой охраны со стороны государства.

Так, анализ положений статьи 928 ГК РФ позволяет определить интересы, страхование которых не допускается, — противоправные; убытки от участия в играх, пари и лотереях; расходы, к которым лицо может быть принуждено в целях освобождения заложников. Таким образом, законодатель вторую и третью категорию интересов не рассматривает как противоправные, но не допускает их охрану с использованием механизма минимизации и перераспределения убытков за счет заключения договора страхования. Более того, признавая законный характер в целом за играми и пари, и возможность возникновения вследствие них обязательств, законодатель, в качестве общего правила, исключает судебную защиту требований, вытекающих из таких обязательств (п. 1 ст. 1062 ГК РФ).

Таким образом, можно сделать вывод, что понятие «охраняемый законом интерес» является частным по отношению к понятию «законный интерес». Вместе с тем, анализ положений действующего гражданского законодательства позволяет сделать вывод, что данные понятия используются законодателем в качестве синонимов, что свидетельствует о недостаточной технико-юридической подготовке текста Гражданского кодекса. Один маленький пример: в разных пунктах одной статьи ГК РФ используется как понятие «законный интерес» (п. 4 ст. 209), так и формулировка «охраняемые законом интересы» (п. 2 ст. 209), в абсолютно одинаковом значении.

Также интересы подразделяют на *частные* и *публичные*; *имущественные* и *неимущественные*.

Проблема третья. Что следует понимать под «чужим интересом» и как «чужие интересы» соотносятся с собственными интересами лица, совершающего действия, а также с интересами третьих лиц. В соответствии с пунктом 2 статьи 1 ГК РФ граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Данное положение является одним из основополагающих начал (принципов) гражданского права.

Вместе с тем, в ряде случаев возникает ситуация, когда приобретение и осуществление гражданских прав происходит в чужом интересе. Такая ситуация может возникнуть в связи с необходимостью восполнения недостающей дееспособности (как это имеет место при совершении сделок опекунами в интересах недееспособных и малолетних), в связи с заключением договора об оказании услуг по действиям в чужом интересе (договоры поручения, комиссии, доверительного управления имуществом и др.), а также в ряде иных случаев.

Лицо, совершающее юридически значимое действие, может осознанно или неосознанно затронуть как свои собственные интересы, так и частные интересы других лиц, публичные интересы.

В том случае, когда в результате действий одного лица происходит удовлетворение интересов другого лица, мы можем сказать о том, что такие действия являются действиями в чужом интересе. В качестве чужого интереса может выступать имущественный или неимущественный юридически значимый законный интерес.

Действия в чужом незаконном интересе возможны, но сами должны квалифицироваться как незаконные, то есть как правонарушение, влекущее юридическую ответственность.

Может ли в качестве чужого интереса рассматриваться интерес публичный? Каких-либо объективных предпосылок для того, чтобы дать отрицательный ответ на этот вопрос, мы не видим.

Собственный интерес лица, совершающего действие, и чужой интерес могут различаться, а могут и совпадать, в последнем случае следует говорить о действиях в общем интересе. Так, в частности, предполагается, что супруг, совершая сделку по распоряжению общим имуществом, действует и в своем собственном интересе, и в интересе другого супруга (естественно, об этом мы говорим, если договором между супругами не изменен режим общей совместной собственности). Возможно и совершение действия в пользу нескольких лиц с различными интересами.

Особо следует отметить, что в случае противоречия между собственным интересом и чужим интересом, между различными чужими интересами, между собственным интересом и общим интересом, между частным интересом и интересом публичным возникает проблема конфликта интересов. К сожалению, следует отметить, что вопрос о конфликте интересов в сфере гражданского права недостаточно изучен. Пожалуй, только одна монография специально посвящена рассмотрению конфликта интересов¹, хотя на уровне диссертационных исследований отдельные варианты конфликтов интересов (сделки с заинтересованностью в хозяйственных обществах и др.) рассматриваются.

¹ См.: Дедов Д. И. Конфликт интересов. — М., 2004.

Проблема четвертая. Какого рода действия могут быть совершены в интересах другого лица и при соблюдении каких условий. Рассматривая вопрос о действиях в чужом интересе, мы должны определиться, что мы понимаем под действиями и каковы они могут быть.

Однозначно можно заявить, что действия — это форма поведения человека, причем активная форма, поскольку пассивной формой поведения является бездействие. Вне всякого сомнения, бездействие тоже может служить удовлетворению чужого интереса, однако правовая регламентация бездействий значительно упрощена, поскольку бездействие определяется как несовершение действия. Соответственно обязанность по бездействию возникает вследствие установления запретительных норм, каковые для гражданского законодательства не характерны.

Полагаем, что сам термин «действия, совершаемые в чужом интересе» мы должны толковать ограниченно. Заключая договор, его стороны предполагают, что вследствие его исполнения они удовлетворят какие-либо свои интересы. Соответственно, продавец, передавая покупателю товар, совершает действие в интересе покупателя. Однако в этом случае предметом договора выступает не действие продавца, а сам товар. О действиях в чужом интересе мы должны говорить, как об услуге, в том значении, которое придается этому объекту гражданским законодательством. Легальное определение услуг содержит пункт 1 статьи 779 ГК РФ — совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности. Полагаем, что в чужом интересе могут совершаться как фактические, так и юридические действия.

Проблема пятая. Какие существуют разновидности действий в чужом интересе, и в каких формах они проявляются. Вопрос о правовом регулировании действий в чужом интересе неоднократно рассматривался в цивилистической литературе, однако в большинстве работ рассматриваются лишь отдельные варианты действий в чужом интересе — в форме представительства либо в форме внедоговорных действий, регулируемых главой 50 ГК РФ, и т. п. Единая же концепция вариантов действий в чужом интересе не предлагалась.

Мы полагаем, что действия в чужом интересе могут носить *договорной* и *внедоговорной* характер, соответственно предлагаем выделять следующие формы осуществления действий в чужом интересе: *соучастие; представительство; управление; комиссионная деятельность; агентирование; внедоговорные действия в чужом интересе без поручения*¹.

Цель настоящей работы заключается не в ответе на все вопросы, возникающие в связи с таким многогранным правовым явлением, как действия в чужом интересе, а в попытке автора обратить внимание на данную проблему, которая, на наш взгляд, требует серьезного цивилистического исследования, а также на проблему использования унифицированной терминологии как в актах гражданского законодательства, так и в источниках других отраслей права.

¹ Более подробно анализ различных форм осуществления действий в чужом интересе см.: *Карпычев М.В.* Действия в чужом интересе без поручения: некоторые проблемы теории и арбитражной практики // *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России.* — 2011. — № 3; *Карпычев М.В.* Внедоговорные действия в чужом интересе // *Закон и право.* — 2010 — № 11. — С. 19—21; *Карпычев М.В.* Действия в чужом интересе: система гражданско-правового регулирования // *Экономика. Право. Образование. Региональный аспект: Сборник научных статей.* — Н. Новгород, 2010. — Вып. 4. — С. 125—132; *Карпычев М.В.* О формах действий в чужом интересе в сфере гражданского права // *Актуальные проблемы российского права.* — 2009. — № 2. — С. 224—230; *Карпычев М.В.* Осуществление и защита гражданских прав через управляющего // *Исполнительное право.* — 2008. — № 4. — С. 39—41.

В.Н. Карташов

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

Качественный нормативный правовой акт как компонент правотворческой технологии

Качественный и эффективный нормативный правовой акт — это «заветная мечта» любого разумного субъекта правотворческой технологии и, естественно, субъектов правореализующей, правоприменительной и других разновидностей юридической практики.

Для того, чтобы раскрыть содержание заявленной темы, мы должны четко ответить по крайней мере на три вопроса:

- 1) что такое правотворческая технология?
- 2) насколько совершенными должны быть элементы, ее составляющие, и отдельные разновидности правотворческой практики и технологии?
- 3) какие показатели характеризуют качество нормативного правового акта?

Если исходить из достаточно распространенного положения о том, что весь процесс создания нормативных правовых актов нужно рассматривать в рамках юридической техники, то вопросы правотворческой стратегии (планирования, прогнозирования и т. п.), тактики, ресурсообеспеченности, в том числе эффективности и качества актов не «вписываются» в указанную технику. Это слишком узкий подход к проблеме, который не имеет каких-либо серьезных научных, практически-прикладных и дидактических перспектив. В том случае, когда юридическая техника исследуется лишь в виде элемента правотворческой технологии, весь технологический цикл выглядит достаточно полно и гармонично, а главная цель духовно-материального правотворческого производства видится нами в подготовке качественных и эффективных нормативных правовых актов.

Мы уже неоднократно писали о юридических технологиях, их разновидностях, соотношениях с юридической техникой и практикой¹. Видимо, нет особой нужды повторять в этой статье уже достаточно апробированные, аргументированные и достоверные положения и выводы по данному вопросу. В отличие от подавляющего большинства отечественных и зарубежных авторов под **правотворческой технологией** мы понимаем *основанную на соответствующих принципах, планах и прогнозах (стратегия) систему мыслительных и внешне актуализированных юридических действий и*

¹ См., например: *Карташов В.Н.* Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000; *Карташов В.Н.* Законодательная технология: понятие, основные элементы, методика преподавания // Законотворческая техника современной России: состояния, проблемы, совершенствование: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1; *Карташов В.Н.* Место и роль интерпретационной техники и тактики в технологии юридического толкования // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества / Под ред. В.Н. Карташова. — Ярославль, 2007. — Вып. 7; *Карташов В.Н.* Правотворческая практика субъектов Российской Федерации (некоторые проблемы законодательной технологии) / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. — Ярославль, 2007; *Карташов В.Н.* Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. — 2007. — № 1; *Карташов В.Н.* Правосистематизирующая технология (краткий очерк) // Систематизация законодательства в России (историко-правовые, теоретико-методологические и технико-юридические проблемы). К 175-летию Свода законов Российской империи: Материалы Международного круглого стола. Институт государства и права РАН (Москва, 18—19 января 2008 г.) / Под ред. В.М. Баранова, В.Г. Графского, С.В. Кодана. — Н. Новгород, 2008; *Карташов В.Н.* Современные юридические технологии (уровень разработки проблемы и перспективные направления исследований) // Россия: ключевые проблемы и решения: Материалы IX Международной научной конференции (г. Москва, ИНИОН РАН, 11 декабря 2008 г.). — М., 2009; *Карташов В.Н.* О необходимости замены учебного курса «Юридическая техника» учебной дисциплиной «Юридическая технология» // Юридическая техника: Ежегодник. — 2009. — № 3: Специальный выпуск; *Карташов В.Н.* Место и роль юридических принципов в технологии правовой кодификации: Материалы научно-практической конференции, состоявшейся 13—16 апреля 2009 года в Российской академии правосудия: Сборник научных статей / Под ред. В.М. Сырых, М.А. Занина. — М., 2010; *Карташов В.Н.* Законодательная технология субъектов Российской Федерации / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. — Ярославль, 2010; *Карташов В.Н.* Ошибочная юридическая деятельность органов местного самоуправления (некоторые методологические, теоретические и практически-прикладные аспекты проблемы) / В.Н. Карташов, Н.В. Вантеева. — Ярославль, 2010.

операций компетентных органов и должностных лиц, связанную с подготовкой, принятием, оформлением, обнародованием и качественных нормативных правовых актов, в ходе которых оптимально используются необходимые ресурсы (людские, материальные, финансовые, и т. д.), средства (техника), приемы, способы, методы и правила (тактика), процессуальные формы (стадии, производства, режимы) и конкретные виды контроля и надзора за правотворческой деятельностью ее субъектов и участников.

Исследование природы соответствующих юридических техник и технологий показал, что в правоведении нет научно-обоснованных общетеоретических разработок, посвященных структурированию юридических технологий (правотворческой, правоприменительной и др.). Это создает, на наш взгляд, определенные трудности методологического плана для четкого выделения и грамотного изучения их основных типов (видов, подвидов), отдельных компонентов (элементов), свойств, связей и т. д.

В самом общем плане под **структурой правотворческой технологии** (от лат. *structure* — строение, расположение, порядок), по нашему мнению, следует понимать такое ее строение, расположение основных элементов и связей в пространстве, времени и т. п., которое обеспечивает целостность и сохранение объективно-необходимых свойств при воздействии на правотворчество внешних и внутренних, объективных и субъективных, индивидуальных и надывдивидуальных, нормативных и иных факторов реальной действительности¹.

Основными компонентами (элементами) логической структуры современной правотворческой технологии являются следующие:

а) субъекты («производители»), то есть компетентные в той или иной сфере правотворчества органы и должностные лица, которых представляют конкретные люди, обладающие соответствующими знаниями (экономическими, политическими, управленческими, юридическими и др.), умениями, навыками, мастерством, профессиональной интуицией и т. д.;

б) объекты (предметы), то есть «обрабатываемые продукты» (общественные отношения, тексты актов, документы и др.);

в) активные интеллектуальные и внешне актуализированные действия и операции «законотворцев» по разработке, принятию, оформлению, обнародованию (опубликованию и т. п.) правотворческих решений и законов;

г) система общесоциальных, технических, специально-юридических средств (правотворческая техника);

д) система приемов, способов и методов оптимального использования указанных средств (правотворческая тактика);

е) научно обоснованные принципы, прогнозы и планы, которые образуют ее стратегический компонент (правотворческую стратегию);

ж) процессуальные формы (стадии, производства и режимы);

з) результаты («продукты») правотворческой технологии (прежде всего нормативные правовые акты, их проекты, другие официальные и неофициальные документы, связанные с разработкой, принятием, оформлением, экспертизой, обнародованием и т. п. правотворческих решений);

и) показатели, характеризующие качество правотворческой практики и технологии в целом, а также получаемых «продуктов» (результатов);

к) критерии и параметры эффективности юридических действий и операций, выносимых правотворческих решений (предписаний, актов и т. п.), ресурсов, видов и методов контроля и надзора за технологическим циклом в целом или отдельными его элементами, фазами, этапами;

л) механизм вступления в юридическую силу (отмены, изменения, приостановления, продления, возобновления и т. п.) правотворческих предписаний, решений и актов;

м) ресурсообеспеченность правотворческой технологии в полном ее объеме и/или отдельной ее части, то есть оптимальные научные, организационные, временные, материальные, финансовые, трудовые, юридические и иные затраты;

н) соответствующие виды, методы контроля и надзора за законностью и справедливостью, качеством и эффективностью юридических действий и операций субъектов и участников правотворческой практики, принимаемых решений и актов, их оформлением и обнародованием, соблюдением процессуальной формы и иными компонентами (элементами) правотворческой технологии.

Таким образом, указанный инновационный подход позволяет более глубоко и обстоятельнее, с учетом современных достижений отечественной и зарубежной науки исследовать правотворческие технологии и практики, определенные их типы, виды и подвиды, отдельные их компоненты (технику, тактику, стратегию, ресурсообеспеченность и т. п.), элементы (технические средства,

¹ О разнообразных структурах правовых технологий см.: *Карташов В.Н.* Полиструктурность юридической технологии (общая характеристика) // Юридические технологии в современном обществе: Материалы Международной научно-практической конференции. — Саранск, 2010.

кадровое обеспечение, методы контроля и т. п.), в том числе и проблему качества нормативных правовых актов.

Определение качества той или иной правотворческой технологии — архиактуальная и сверхсложная задача, которую под силу решить лишь коллективам ученых (экономистов и юристов, философов и социологов, логиков и психологов, политологов и лингвистов, математиков и т. д.). Здесь необходимо выяснять и компетентность (профессионализм и т. п.) субъектов и участников («производителей»), оптимальность их действий и операций, используемых ими средств (правотворческой техники), приемов, способов, методов и правил их внедрения (правотворческой тактики), претворение в жизнь юридических принципов, грамотного прогнозирования и планирования (правотворческой стратегии), ресурсообеспеченности правотворческого производства, его процессуальных форм (правотворческих стадий, производств, режимов), реального контроля и т. д.

Поэтому в этой небольшой статье вряд ли мы можем «посвятить» на столь солидный по объему и содержательной характеристике предмет исследования. Ограничимся отдельными аспектами юридического содержания выносимых решений и формами их выражения и закрепления, то есть качеством нормативных правовых актов.

Анализ работ отечественных (С.С. Алексеева, В.М. Баранова, А.А. Иванова, В.М. Сырых, С.В. Полениной, В.Ф. Прозорова, Н.А. Власенко, Н.М. Мусаева, Ю.А. Тихомирова, В.Ю. Туралина и др.) и зарубежных (А. Вайбергера, Р. Давида, Р. Иеринга, Р. Кабрियाка, Ж. Карбонье, Р. Леже, Е. Мезтина, Р. Морисона, А. Нашиц, И. Сабо и др.) авторов, а также изучение иных теоретических и эмпирических источников, свойств и элементов, юридического содержания и форм нормативных правовых актов позволил нам выделить следующие параметры их качества.

1. Они должны адекватно отражать реальную действительность, существующие экономические, политические, социальные, национальные, духовные, нравственные, религиозные и иные условия жизнедеятельности общества и перспективы их развития.

2. Необходимо, чтобы правотворческие решения и акты были достоверными, логически аргументированными и научно обоснованными.

3. Излагать их следует безупречно, то есть ясно, точно, предельно кратко и доступно с точки зрения соответствующего языка и правописания.

4. Правотворческие решения и акты должны готовиться настолько быстро, насколько это возможно, оперативно и полно отражать назревшие потребности в регулируемой сфере общественных отношений на международном, национальном, региональном, локальном и других уровнях.

5. К качественным характеристикам нормативных правовых актов относится их общеобязательность, стабильность, непротиворечивость, отсутствие ошибок и пробелов, коллизий, искажений смысла законов на подзаконном уровне.

6. Качественные нормативные правовые акты обеспечиваются, как правило, разнообразными материальными и духовными, поощрительными и принудительными, организационными и иными мерами, в том числе средствами и способами государственного (судебного и т. п.) воздействия, обладать юстициальностью.

7. Эти акты должны содержать открытую и достоверную правовую информацию.

8. Одной из главных их целей является полное и четкое относительно определенное урегулирование соответствующих типов, видов и подвидов общественных отношений.

9. Они базируются на принципах законности и справедливости, свободы и ответственности, юридического равенства и гуманизма, общественной и личной безопасности, целесообразности и др.

10. Указанные акты соответствуют естественно — правовым и нравственным началам, международным стандартам, общепризнанным принципам и нормам международного права.

11. Качественные нормативные правовые акты способствуют социально — правовой активности, повышению правосознания и правовой культуры граждан и должностных лиц, а также минимизируют проявления юридической антикультуры (нигилизма, инфантилизма, цинизма и т. п.) в обществе.

12. Эти акты обладают «общепольностью» (Г.Ф. Шершеневич), выражают волю и интересы подавляющего большинства лиц (физических, должностных, юридических и т. п.), которым они адресуются.

13. Большинство нормативных правовых актов должны быть официально обнародованными (опубликованными и т. п.).

14. Прямое и непосредственное юридическое действие (идет ли речь о конституционных или обычных законах либо других нормативных правовых актах) — одно из важнейших свойств их качественной характеристики.

15. Нормативные правовые акты должны быть достаточно длительными по времени их действия в отношении соответствующего круга адресатов, определенного предмета правового регулирования и правового пространства.

Существуют и иные показатели качества нормативных правовых актов и отдельных их разновидностей¹.

В заключение необходимо отметить, что перспективными направлениями любой юридической науки является изучение уровней, условий, факторов, механизмов установления и управления качеством правотворческой технологии в целом и отдельных ее компонентов и элементов.

¹ См., например: *Поленина С.В.* Качество закона и эффективность законодательства. — М., 1993; *Поленина С.В.* Законотворчество в Российской Федерации. — М., 1996; *Прозоров В.Ф.* Качество и эффективность хозяйственного законодательства в условиях рынка. — М., 1991; *Сырых Е.В.* Общие критерии качества закона: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2001; *Иванов А.А.* Качество законов и деятельность арбитражных судов // Журнал российского права. — 2005. — № 4; *Карташов В.Н.* Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. — 2007. — № 1; *Мусаев Н.М.* Определение критериев качества нормативных актов // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствования: Сборник статей: В 2 т. / Под. ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1; *Горбуль Ю.А.* Проблемы совершенствования законодательства в Российской Федерации // Журнал российского права. — 2006. — № 4; *Карташов В.Н.* Законодательная технология субъектов Российской Федерации / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. — Ярославль, 2010; *Карташов В.Н.* Ошибочная юридическая деятельность органов местного самоуправления (некоторые методологические, теоретические и практически-прикладные аспекты проблемы) / В.Н. Карташов, Н.В. Вантеева. — Ярославль, 2010; *Баранов В.М.* Истинность норм советского права. — Саратов, 1989; *Лашков А.С.* Правотворческие ошибки. Проблемы теории и практики: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — СПб, 1999; *Баранов В.М.* Муниципальные правовые акты в системе источников российского права / В.М. Баранов, А.В. Леоненков. — Н. Новгород, 2006.

В.В. Ковалева

Ковалева Виктория Викторовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры истории и теории государства и права Филиала Дальневосточного федерального университета в г. Петропавловске-Камчатском

Место и роль механизма правового регулирования в оптимизации правотворчества

В условиях реформирования российской правовой системы, модернизации различных сфер жизни общества актуальной становится проблема оптимизации средств правотворческой деятельности, создание новых технологий, конструкций и т. д. Одним из таких средств может стать хорошо известный в теории права механизм правового регулирования, если рассматривать его как технологическую схему, используемую в правотворчестве. Механизм понимается как система тел, предназначенная для преобразования движения одного или нескольких тел в требуемое движение других тел¹. Использование данного определения в юридической науке, с учетом ее специфики позволяет определять механизм как систему правовых явлений, позволяющих преобразовать правовое регулирование в требуемом необходимом направлении.

Вопрос о месте и роли механизма правового регулирования в понятийно-категориальном аппарате юридической науки и его значении для практики остается открытым. Традиционно, при определении природы механизма правового регулирования (далее — МПР) используется дефиниция, предложенная профессором С.С. Алексеевым, согласно которой МПР — это взятая в единстве совокупность юридических средств, при помощи которых обеспечивается правовое воздействие на общественные отношения. Ученый выделяет в МПР под строго инструментальным углом зрения три основных звена: юридическую норму; правовые отношения; акты реализации прав и обязанностей. При этом, отмечая, что к процессу правового регулирования на заключительной его стадии (а в ряде случаев и при возникновении правоотношений) может присоединиться и четвертое звено — индивидуальные предписания, акты применения права².

В связи с этим Т.Н. Радько пишет: «если считать, что механизм правового регулирования состоит только из нормы права, правоотношения и актов реализации, то его познание теряет всякий теоретический и практический смысл. Каждый из названных элементов является самостоятельным правовым явлением фундаментального характера и изучается давно и достаточно глубоко. Скорее всего, по этой причине во многих учебниках отсутствуют главы о механизме правового регулирования: зачем повторять уже сказанное о нормах права, правоотношении, формах реализации права. В таком аспекте идея механизма правового регулирования перестает быть необходимой»³.

Совершенно справедливое, на наш взгляд, высказывание. Действительно, зачем повторяться? С какой целью объединяются данные правовые явления в единый механизм правового регулирования? Наверное, чтобы знать, как осуществляется действие права. Тогда опять вопрос — для чего это необходимо знать? Полагаем, для того чтобы совершенствовать правовое регулирование через правотворчество. Ввиду этого исследование МПР как инструмента правотворческой деятельности снимает данные вопросы, более того, определяет и ценность МПР в системе правовых понятий и категорий, и его практическое значение.

Считаем, что МПР — это система специально-юридических средств, созданная для регламентирования общественных отношений определенного вида, используемая в правотворческой деятельности, которая обеспечивает эффективность реализации прав и обязанностей субъектов. Исходя из данного определения полагаем, что элементами МПР являются: правосубъектность, юридические факты, модель правового отношения, норма права и нормативный правовой акт.

Данная интерпретация МПР основана и на ряде высказываний известных ученых. Так С.С. Алексеев пишет, что правотворчество — главный канал воздействия государственной власти на социальную жизнь через механизм правового регулирования⁴. В.Б. Исаков, указывает что МПР — это технологическая схема правового регулирования, зная которую, юрист может представить себе, какие звенья пройдет процесс воплощения нормы права в жизнь, какие остановки и сбои могут произойти в этом

¹ См.: Большой энциклопедический словарь. — М., 2004. — С. 725.

² См.: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 364—365.

³ Радько Т.Н. Теория государства и права. — М., 2005. — С. 563.

⁴ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. — М., 2008. — С. 225.

процессе, а значит, в состоянии предложить научно обоснованный план повышения эффективности правового регулирования за счет укрепления его основных звеньев¹. В свою очередь Н.В. Витрук видит решение проблем повышения эффективности использования прав и свобод в разработанности форм и процедур реализации различных видов прав и свобод, их конкретизации в действующей системе правовых норм.² Следует подчеркнуть, что формы и процедуры реализации определяются (разрабатываются) в процессе правотворчества при создании то или иного МПР.

Безусловно, верными являются замечания о том, что практически вредно считать, что после разработки и принятия закона можно создать высокоэффективный механизм его реализации³; и что отступление от достаточно жесткой взаимосвязи структуры правоотношения и модели правовой нормы является причиной, по крайней мере, одной из причин низкого качественного уровня законодательства⁴. Нельзя не согласиться и с тем, что сами по себе нормы выступают в качестве социальных моделей и принципов даже в части конструирования тех или иных юридических механизмов⁵.

Анализ данных положений свидетельствует о необходимости пересмотра природы исследуемого явления. МПР должен восприниматься как технологическая схема, используемая в процессе правотворческой деятельности.

Предложенное понимание МПР вызывает необходимость обратиться к теории «правовых механизмов», разрабатываемой К.В. Шундиковым⁶. Ученый предлагает понимать под правовым механизмом объективированный на нормативном уровне, системно организованный комплекс юридических средств, необходимый и достаточный для достижения конкретной цели (совокупности целей)⁷, и предлагает «прочертить» теоретическую границу между понятиями «механизм правового регулирования» и «правовой механизм»⁸. Полагаем, что правовой механизм при таком подходе ничем не отличается от понятия «юридическая конструкция». Так, К.В. Шундиков пишет: «Объективным основанием для формирования категории “правовой механизм” является достаточно очевидный факт существования в структуре позитивного права (при рассмотрении ее в аспекте инструментального подхода) не только простых (элементарных) юридических средств (дозволений, запретов, субъективных прав и юридических обязанностей, мер поощрения, мер ответственности и др.), но и своеобразных “связок”, “блоков” правовых инструментов, сконструированных законодателем для гарантированной реализации субъектами своих законных интересов и достижения правомерных целей»⁹. В свою очередь, С.С. Алексеев отмечает, что, отражая повторяющиеся, типовые правовые ситуации, исковые формуляры одновременно конституируют строго определенную модельную схему или типовое построение правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, носящих математически строгий характер. Это и есть как раз *юридические конструкции* (курсив наш — **В.К.**), которые представляют собой органический, всеобщий, непосредственно нормативный, а главное — наиболее совершенный и важный по значению элемент собственного содержания права, его внутренней формы¹⁰. В.Л. Кулапов указывает, что содержание юридической конструкции складывается из выстроенных в определенную структуру средств и способов правового воздействия, которые лишь в своем системно-логическом взаимодействии обеспечивают достижение желаемого результата¹¹.

На наш взгляд, правовой механизм и МПР синонимичные понятия, так как МПР — это, безусловно, юридическая конструкция, но состоящая из строго определенных средств. Любой правовой механизм (механизм правовых льгот, механизм судебной защиты и др.) независимо от сферы его реализации всегда включает в себя правосубъектность, юридические факты, модель правового отношения, норму и нормативный правовой, то есть МПР.

Для подтверждения правильности выбранного нами подхода проиллюстрируем целесообразность использования механизма правового регулирования.

¹ См.: Исаков В.Б. Механизм правового регулирования // Проблемы теории государства и права / Под ред. С.С. Алексеева. — М., 1987. — С. 266.

² См.: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. — М., 2008. — С. 340.

³ См.: Баранов В.М. Прогнозирование вариантов противодействия закону как необходимое условие его качества (техико-юридический аспект) // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации: Сборник статей / Под общ. ред. С.В. Полениной, В.М. Баранова, Е.В. Скурко. — М.; Н. Новгород, 2007. — С. 101.

⁴ См.: Материалы межвузовской конференции о проблемах юридической техники // Правоведение. — 2006. — № 2. — С. 193.

⁵ См.: Бабурин С.Н. Мир империй: территория государства и мировой порядок. — М., 2010. — С. 65.

⁶ См.: Шундиков К.В. Правовые механизмы: основы теории // Государство и право. — 2006. — № 12.

⁷ См. там же. — С. 15.

⁸ Там же. — С. 17.

⁹ Шундиков К.В. Правовые механизмы: основы теории // Государство и право. — 2006. — № 12. — С. 14.

¹⁰ Алексеев С.С. Избранное. — М., 2003. — С. 200—201.

¹¹ Кулапов В.Л. Теория государства и права. — Саратов, 2005. — С. 229.

Например, необходимо урегулировать определенный вид отношений. Во-первых, фиксируем субъектов будущих отношений и их правосубъектность. Во-вторых, определяем юридические факты, то есть основания для возникновения, изменения и прекращения правовых отношений. В-третьих, устанавливаем права и обязанности субъектов, то есть модель правоотношения. В-четвертых, формируем нормы права, устанавливаем связь между ними, определяя способы правового регулирования. В-пятых, выражаем нормы права в нормативных правовых актах, используя прямой, ссылочный, бланкетный способы изложения правовых предписаний, ясность и четкость текстуальных формулировок. Полагаем, что не реализация прав и обязанностей субъектов является завершающим элементом МПР, а нормативный правовой акт, воплощение предписаний которого должно соответствовать созданной модели МПР. Если реализация права полностью ей соответствует, то правовое регулирование эффективно. Если нет, тогда необходимо провести анализ, и выяснить какой из элементов модели не позволил использовать право либо исполнить обязанность: неправильно определена правосубъектность (например, завышены требования к участникам отношений или наоборот); неверно выбраны основания для возникновения, изменения и прекращения правоотношений (юридические факты); неравномерно распределены субъективные права и юридические обязанности субъектов правоотношений; использована ненадлежащая конструкция нормы права, ее элементов; имели место неоднозначность и «расплывчатость» формулировок нормативного правового акта. Иными словами, элементы МПР дефектны. В таком случае необходимо создать новый или изменить механизм правового регулирования.

При таком подходе МПР становится технологической схемой, которая позволит оптимизировать правотворческую деятельность.

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»

Оговорка как элемент юридической техники уголовно-процессуального права России

Каждый параграф конституции содержит в самом себе свою собственную противоположность, свою собственную верхнюю и нижнюю палату; свободу — в обшей фразе, упразднение свободы — в оговорке.

К. Маркс. Восемнадцатое брюмера Луи Бонапарта

На первый взгляд, оговорка как элемент юридической техники имманентно присуща уголовно-процессуальному праву России. Во всяком случае, именно указанный вывод, по идее, напрашивается при обращении к большинству институтов и норм действующего Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации 2001 года (далее — УПК РФ). Раскрывая в уголовно-процессуальном законе смыслы своих предписаний, законодатель практически постоянно (как бы) «уточняет» истинную суть или направленность тех или иных (своих) нормативных велений. Лексические формы, используемые при этом, весьма разнообразны, и, как правило, находят свое отражение в следующих нормативно-лексических конструкциях:

1. «Если не оговорено иное (здесь и далее курсив наш. — **Н.К.**), — указывает законодатель в нормах статьи 5 УПК РФ, — основные понятия, используемые в настоящем Кодексе, имеют следующее значение...».

«Защитник не вправе разглашать данные предварительного расследования, ...если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса» (ч. 3 ст. 53 УПК РФ);

2. «Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 115 частью первой, 116 частью первой, 129 частью первой и 130 Уголовного кодекса РФ, ...возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, его законного представителя, за исключением случаев, предусмотренных частью четвертой настоящей статьи» (ч. 2 ст. 20 УПК РФ).

«Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 131 частью первой, 132 частью первой, 136 частью первой, 137 частью первой, 138 частью первой, 139 частью первой, 145, 146 частью первой и 147 частью первой Уголовного кодекса РФ, ...возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя, но прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат, за исключением случаев, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса» (ч. 3 ст. 20 УПК РФ);

3. «В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно» (ч. 4 ст. 16 УПК РФ).

«Суд, установив, что находящееся в его производстве уголовное дело подсудно другому суду того же уровня, вправе с согласия подсудимого оставить данное уголовное дело в своем производстве, но только в случае, если он уже приступил к его рассмотрению в судебном заседании» (ч. 2 ст. 34 УПК РФ);

4. «В исключительных случаях при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, и с учетом обстоятельств, указанных в статье 99 настоящего Кодекса, мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого...» (ч. 1 ст. 100 УПК РФ);

«Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. ...В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет» (ч. 1 ст. 108 УПК РФ);

5. «Залог в качестве меры пресечения применяется в отношении подозреваемого либо обвиняемого по решению суда в порядке, установленном статьей 108 настоящего Кодекса, с учетом особенностей, определенных настоящей статьей...» (ч. 2 ст. 106 УПК РФ).

«Судебное заседание по ходатайству подсудимого о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением проводится в порядке, установленном главами 35, 36, 38 и 39 настоящего Кодекса, с учетом требований настоящей статьи» (ч. 1 ст. 316 УПК РФ);

б. «Мировой судья рассматривает уголовное дело в общем порядке с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей» (ч. 1 ст. 321 УПК РФ).

«Предварительное слушание проводится судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон с соблюдением требований глав 33, 35 и 36 настоящего Кодекса с изъятиями, установленными настоящей главой» (ч. 1 ст. 234 УПК РФ).

Казалось бы, в каждом из указанных случаев мы имеем дело именно с законодательной оговоркой, призванной к оптимизации нормативного регулирования, устранению коллизий в практическом применении права или к гармоничному согласованию интересов участников правовых отношений. Однако при более скрупулезном анализе указанного средства законодательной техники достаточно скоро становится ясным, что однотипные и даже тождественные нормативно-лексические конструкции, используемые в законе, не могут и не должны использоваться в едином синонимическом ряду, ибо формируют различные нормативные смыслы, влекут разные правовые последствия, и, соответственно, играют разную роль в правовом регулировании. В связи с этим, видимо, не каждое из «уточнений» законодателя, выраженное в названных нормативно-лексических формах, следует воспринимать именно как оговорку, выступающую в качестве: 1) самостоятельного и специфического средства обеспечения максимальной точности велений закона; 2) метода ориентации при выборе юридически значимого поведения; 3) формы выражения и определения границ усмотрения правоприменителя. Необходимы ориентиры. И прежде всего в вопросах о существенных признаках (свойствах) самой оговорки, позволяющих методологически точно отграничить этот элемент в правовом регулировании от таких рудиментов генезиса права, как «лжеоговорка» или «ложно толкуемое понятие оговорки»¹. Кроме того, как объективно показывает правоприменительный процесс, необходимы критерии в принципе исключающие использование оговорки как (декларируемого) средства оптимизации права, применительно к отдельным нормативным случаям.

Если обратиться к сути первой проблемы (о свойствах/признаках оговорки...), то, видимо, не могут быть восприняты в качестве определяющих такие разработанные теорией права признаки (свойства) оговорки², как:

— наличие специальной нормативно-лексической формы, ибо при обращении непосредственно к нормам закона достаточно скоро формируется вывод о том, что одни и те же, по сути, идентичные «словесные» формы могут использоваться законодателем и в качестве действительной оговорки, и в качестве неотъемлемого содержания (гипотезы или диспозиции) нормы. В ранее приведенных примерах, первое (для наглядности), имеет место в предписаниях части 2 статьи 20 УПК РФ; второе — в нормах части 3 статьи 20 УПК РФ, несмотря на то, что и в том, и в другом случае законодатель (для уточнения своих предписаний) использует единую нормативно-лексическую конструкцию «...за исключением»;

— не видится определяющим и такой признак (свойство) законодательной оговорки, как *частичное изменение содержания или объема действия нормы*. Полагаем, является очевидным, что содержание и объем действия нормы а priori подвержены изменению самим фактом включения в нее любой нормативно-лексической конструкции, призванной к уточнению ее сути. Особенно явно это проявляется себя в случае исключения из текста (нормы) закона той или иной части нормативного предписания, ибо содержание и объем действия нормы всегда оцениваются комплексно и системно, а не по свойствам субъективной «значимости» отдельных ее элементов.

В этом контексте включение, к примеру, в нормы статьи 5 УПК РФ в качестве исходного положения нормативно-лексической конструкции: «если не оговорено иное...», безусловно, выглядит оговоркой и, по идее, «оправдывает» законодателя в вопросе о том, что отдельные из дефиниций/понятий, приведенных в указанной норме, в принципе не соответствуют сути характеризуемого явления³. Не менее безусловно и то, что указанная нормативно-лексическая конструкция изначально расширяет объем и содержание каждого из понятий данной статьи, ибо законодатель как бы заранее допуска-

¹ Подробнее см., например: Филиппов С.В. Оговорки в теории и практике международного договора. — М., 1958. — С. 12—14.

² См., например: Колесник В.В. Оговорки к международным договорам: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2001.

³ Для примера: законодательное определение кассационной (п. 14 ст. 5 УПК РФ) или надзорной инстанции (п. 16 ст. 5 УПК РФ), апеллирующее лишь к производству по уголовным делам, упускает такой существенный признак, как то обстоятельство, что в рамках указанных производств предметом проверки суда могут быть акты суда, принятые в рамках оперативного судебного контроля; законодательное определение неотложных следственных действий (п. 19 ст. 5 УПК РФ), как деятельности исключительно органа дознания, не учитывают того обстоятельства, что по нормам ч. 5 ст. 152 УПК РФ неотложные следственные действия вправе осуществлять и следователи; и т. п.

ет, что отдельные из сущностных признаков (свойств) формулируемой дефиниции могут содержаться и в иных нормах УПК РФ. Однако, на наш взгляд, использование в нормах статьи 5 УПК РФ указанной нормативно-лексической конструкции — это не более чем «лжеоговорка», ибо, во-первых, она не является формой согласования интересов: само характеризующее явление (в реальности) так и остается отличным от его законодательного определения. Во-вторых, использование данного нормативного средства в предписаниях статьи 5 УПК РФ, как непосредственно воли закона, вовсе не освобождает исследователей от обязанности методологически точно формулировать в исследуемом понятии именно все сущностные признаки анализируемого и характеризующего явления. В-третьих, в силу тех же причин данная лексическая конструкция не определяет границ субъективного усмотрения правоприменителя. В силу чего и указанный признак (свойство), как представляется, не может восприниматься в качестве определяющего при понимании сути законодательной оговорки;

— однако, известно и такое свойство (признак) законодательной оговорки, как *порождение качественно нового правового режима и (наступление) определенных последствий применения оговорки*. На наш взгляд, именно данное свойство (признак) законодательной оговорки является определяющим для ее вычленения из иных (текстуально тождественных) средств правового регулирования, понимания ее истинной сути и назначения в законодательном или правоприменительном процессе.

Для примера: ранее уже приводились нормы частей 2 и 3 статьи 20 УПК РФ, где законодатель (для уточнения своих предписаний) использует нормативно-лексическую конструкцию «...за исключением». На первый взгляд, они едины в своем нормативном контексте и должны быть восприняты именно в качестве оговорки. Однако при обращении к правовому режиму и правовым последствиям введения данной конструкции в исследуемые нормы закона с очевидностью следует вывод о том, что исключительно в нормах части 2 статьи 20 УПК РФ мы имеем дело действительно с законодательной оговоркой.

Так, если принять во внимание нормы части 4 статьи 20 УПК РФ, к которым нас отсылает законодатель посредством указанной оговорки, то в указанных «...исключительных случаях» кардинально меняется и правовой режим деятельности следственных органов и суда по делам частного обвинения и правовые последствия их возбуждения и расследования в публичном порядке. Во-первых, заявление потерпевшего больше не является исключительным поводом для возбуждения уголовного судопроизводства, как это имеет место в обычном порядке инициации производства по делам частного обвинения (ст. 318 УПК РФ). Во-вторых, потерпевший (без всяких негативных последствий для себя как у мирового судьи) более не несет бремени доказывания всех значимых обстоятельств преступления, ибо в силу исследуемой оговорки указанное бремя переложено на органы предварительного расследования и прокурора, которые (уже) действуют *ex officio* в публичном порядке (ч. 4 ст. 147 УПК РФ). В-третьих, процессуальным актом обвинения выступает уже не заявление потерпевшего, а официальный обвинительный акт, утверждаемый и поддерживаемый в суде прокурором (государственным обвинителем). Столь же значительно, в силу указанной оговорки и норм части 4 статьи 20 УПК РФ, изменен правовой режим деятельности мирового судьи, как при подготовке дела к судебному заседанию (гл. 33—34 УПК РФ), так и в ходе его рассмотрения по существу (ст. 321 УПК РФ). О столь же кардинальном изменении в положении обвиняемого мы пока конвенционально умалчиваем.

И, напротив, при той же (тождественной) нормативно-лексической конструкции — «...за исключением» — мы не видим ни изменения правового режима деятельности публичных процессуальных органов, ни особо значимых юридических последствий, к которым (якобы) апеллирует законодатель в нормах части 3 статьи 20 УПК РФ. Выступая в качестве «лжеоговорки», нормативно-лексическая конструкция «...за исключением случаев, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса», используемая в части 3 статьи 20 УПК РФ, призвана (в итоге) лишь уточнить волю законодателя по одному из процедурных вопросов уголовного судопроизводства. Она не призвана ни к кардинальным новациям в процессуальной форме указанного производства, ни к изменению правового положения его основных участников.

Аналогичным образом кардинально меняется правовой режим деятельности, и наступают значимые правовые последствия при использовании, к примеру, оговорки, предусмотренной частью 1 статьи 100 УПК РФ. Указывая на исключительность применения мер пресечения к подозреваемому, законодатель, во-первых, оговаривает предельные сроки действия этих мер без предъявления обвинения подозреваемым; во-вторых, исчерпывающе определяет правовые последствия несоблюдения указанной оговорки. В то же время указание в части 1 статьи 108 УПК РФ на то, что в исключительных случаях заключение под стражу может быть избрано в отношении подозреваемого (обвиняемого) в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет не меняет ни процессуального режима деятельности суда по избранию указанной меры, ни влечет особых правовых последствий для участников данных правовых отношений. В силу чего и данная нормативно-лексическая конструкция в части 1 статьи 108 УПК РФ выступает не столько в качестве законодательной оговорки, сколько в качестве неотъемлемого элемента полного содержания нормы.

В итоге, не отрицая значимости и иных признаков (свойств) оговорки, разработанных теорией права, и их диалектической взаимосвязи в формировании целостного понятия о данном феномене, полагаем, надо все же признать, что именно свойство последней *к изменению правового режима* является определяющим для вычленения оговорки от иных средств в правовом регулировании.

Как уже отмечалось, той же методологической ясности требует вопрос о (самой) допустимости оговорки применительно к отдельным из нормативных велений. Поясним: в качестве самостоятельной нормативно-лексической формы уточнения своих предписаний законодатель нередко использует следующие виды оговорок: «...с учетом особенностей, определенных настоящей статьей» (ч. 2 ст. 106, ч. 1 ст. 316 УПК РФ), «...с изъятиями, установленными настоящей главой/статьей» (ч. 1 ст. 321, ч. 1 ст. 234 УПК РФ). Причем при анализе следствий указанных средств юридической техники, как правило, приходится резюмировать, что речь идет именно об оговорках, поскольку (в силу ранее оговоренного) налицо и кардинальное изменение правового режима деятельности публичных процессуальных органов, и весьма ощутимые правовые последствия последнего.

Для примера: в нормах части 2 статьи 106 УПК РФ законодатель указывает, что «залог в качестве меры пресечения применяется в отношении подозреваемого либо обвиняемого по решению суда в порядке, установленном статьей 108 настоящего Кодекса, *с учетом особенностей, определенных настоящей статьей*». Рассмотрим отдельные из этих особенностей:

— ходатайствовать о применении залога перед судом вправе подозреваемый, обвиняемый либо другое физическое или юридическое лицо (ч. 2 ст. 108 УПК РФ). При этом — подчеркивает законодатель — эти ходатайства обязательны для суда наряду с ходатайством следователя, дознавателя (если они поступят), ибо являются легитимным юридическим поводом для реализации процедуры оперативного судебного контроля, установленного нормами статьи 108 УПК РФ. Казалось бы, и что за проблема: законодатель, во-первых, явно стремится к уменьшению доли арестов в общей статистике мер процессуального принуждения и, тем самым, к обеспечению прав обвиняемого (подозреваемого). Во-вторых, налицо и социальная и экономическая составляющие усилий законодателя, ратующего за то, чтобы как можно больше оступившихся членов гражданского общества не были оторваны от привычной социальной среды, производили материальный или интеллектуальный продукт.

Тем не менее, при более объективном анализе, как указанной оговорки, так и следствий, из нее вытекающих, — проблемы объективно возникнут. Приведем лишь некоторые из них. Во-первых, указанная оговорка, по сути, разрушает основы теории уголовно-процессуального права, ибо оперативный судебный контроль, установленный нормами статьи 108 УПК РФ, изначально позиционировался именно как *статутный* судебный контроль, который, в отличие от *диспозитивного* (ст. 125 УПК РФ), не может быть инициирован и реализован волей частных заинтересованных лиц (участников процесса). Во-вторых, достаточно известно и то, что выбор и применение мер процессуального принуждения — сугубо публичная деятельность, которая всецело отнесена к внутреннему убеждению государственных органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс. Законодатель, как видим, считает иначе. В итоге, по буквальному смыслу закона (измененного указанной оговоркой) не только следственные органы или обвиняемый или подозреваемый (в судебном заседании!), но и практически любое физическое или юридическое лицо вправе поставить перед судом вопрос о применении меры пресечения «залог». Соответственно, это ходатайство должно влечь императивные, по сути, процедуры, составляющие сущность и содержание оперативного судебного контроля, реализуемого по правилам статьи 108 УПК РФ. Между тем среди этих процедур: составление мотивированного ходатайства (постановления) с указанием оснований и мотивов его внесения в суд; представление обосновывающих материалов; извещение сторон о данном ходатайстве и представленных материалах; подготовка заключения прокурора по сути ходатайства; разрешение вопроса об участии защитника и вызове в суд сторон. Известны также организационные и процедурные сложности с реализацией самого судебного заседания, вынесением итогового (законного и обоснованного) акта суда, его апелляционным, кассационным и надзорным обжалованием. Зададимся (в данной связи) риторическим, по сути, вопросом какое именно количество физических или юридических лиц или общественных организаций, и какое именно количество раз, к примеру, возжелают обратиться к суду с ходатайством о применении залога к печально известному М. Ходорковскому? Сколько (обязательных) заседаний суда и актов правосудия должно состояться, чтобы законодатель, не сумевший детально прописать суть своих нормативных велений, наконец, понял всю «ценность» предложенной оговорки в общем контексте норм, ранее в принципе не выступавших в качестве предмета дискуссий.

По сути, аналогично обстоит дело при анализе (сути и следствий) оговорки установленной частью 1 статьи 321 УПК РФ, где законодатель указывает, что мировой судья рассматривает уголовное дело (частного обвинения) в общем порядке *с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей*. Одним из подобных изъятий, к примеру, является норма о том, что рассмотрение заявления (потерпевшего) по уголовному делу частного обвинения может быть соединено в одно производство с рассмотрением встречного заявления обвиняемого. При этом соединение (указанных) заявлений, по смыслу закона, допускается на основании постановления мирового судьи до начала судебного след-

ствия (ч. 3 ст. 321 УПК РФ). Не скроем, нам в целом понятна заинтересованность законодателя в соединении указанных заявлений в одном и том же судебном процессе, в оптимизации исследования доказательств и встречных требований сторон, в разрешении в едином судебном заседании взаимных притязаний сторон. Однако при более скрупулезном анализе закономерно возникают вопросы о допустимости как указанной оговорки, так и основанного на ней соединения встречных исков (заявлений) сторон.

Поясним. Как известно, одной из принципиальных особенностей производства у мирового судьи является то, что именно заявление потерпевшего, принятое к производству мирового судьи, служит одновременно и актом возбуждения уголовного дела, и обвинительным актом, определяющим предмет и пределы судебного разбирательства (ст. 318 УПК РФ). Более того, вынесение постановления о принятии указанного заявления к производству суда является обязательным, так как именно в этот момент появляется («возбуждается») уголовное дело. По сути, аналогично поступает судья, когда принимает к своему производству встречное заявление обвиняемого, фиксируя тем самым акт возбуждения уголовного дела (уже) по сути требований последнего. В итоге, в рамках судебного заседания у мирового судьи мы реально имеем два самостоятельных уголовных дела, а вовсе не два заявления, как утверждает законодатель, позволяя их соединять до начала судебного следствия (ч. 3 ст. 321 УПК РФ). Между тем по буквальному смыслу норм УПК РФ правом соединения двух уголовных дел в одно производство обладают исключительно руководитель следственного органа или прокурор (ч. 3 ст. 153 УПК РФ). Исходные позиции законодателя в этом вопросе при этом предельно ясны — поскольку указанная деятельность неразрывно связана с функцией обвинения, она не может быть возложена на независимый суд, реализующий функцию правосудия. Объективным подтверждением тому и нормы статьи 237 УПК РФ, согласно которым, если в суде возникает вопрос о соединении двух уголовных дел в одно производство, эти дела должны быть возвращены прокурору, который обеспечит принятие необходимого решения. Названные, казалось бы, незыблемые положения закона и теории российского уголовно-процессуального права, по сути, нивелированы одной единственной оговоркой законодателя, который считает указанное положение всего лишь изъятием; причем призванным именно к оптимизации нормативного регулирования.

Можно было бы множить примеры, однако суть проблемы, как представляется, в целом понятна. Введение оговорки в нормы закона, на наш взгляд, не может считаться оправданным при условии, что:

- подобное нормативное поведение (деятельность) в принципе запрещено нормами уголовно-процессуального права;
- введенная оговорка изначально несовместима с общими целями права или непосредственными задачами и назначением нормы закона (в целом процессуального института);
- если оговорка, по сути, нивелирует тот положительный эффект, ради которого она вводилась в закон.

С.В. Кодан

Кодан Сергей Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Уральской государственной юридической академии

М.М. Сперанский и формирование теоретических основ юридической техники систематизации законодательства в России (1820—1830-е гг.)

Систематизация законодательства в истории России, как, впрочем, и в истории европейских государств, занимает особое место в юридической политике, развитии законодательства и юридической технике. Упорядоченность изданных законов, их доступность для населения страны и служащих государственного аппарата всегда рассматривалась властью в качестве одной из важнейших предпосылок передачи воли правителя и обеспечения законности в стране. Систематизация законодательства оставалась одной из важнейших проблем развития законодательства и для России, особенно в условиях, когда начавшийся во второй половине XVII—XVIII веке после издания Соборного уложения в 1649 году интенсивный рост законодательного массива привел к нарастанию массива правовых актов, их коллизионности, недостоверности многочисленных копий и выписок из законодательных актов. В конечном итоге все это подрывало провозглашенную верховной властью идею опоры на закон и законность как основных средств правления и управления в стране. 1820—1830-е годы стали решающим периодом в правительственных попытках разрубить «гордиев узел» проблемы преодоления хаоса в законодательстве, именно в это время были созданы и апробированы на практике теоретические подходы к систематизации законодательства, созданные М.М. Сперанским в период его работ над созданием актов систематизации законодательства.

1. Определение М.М. Сперанским теоретических и технологических основ проведения систематизации законодательства. Разработка теоретических основ юридической техники систематизации законодательства была связана с деятельностью М.М. Сперанского. В первой четверти XIX века Сперанский получил бесценный опыт работы с российским законодательством и по праву стал одним из лучших знатоков российского права. Он был организатором и вдохновителем первых попыток создания российских отраслевых кодексов — проектов Гражданского, Торгового и Уголовного уложений (1804—1826 гг.), также инициатором проведения Сибирской реформы и кодификации регионального права (1819—1822 гг.) в правление Александра I Сперанский выступил и как первый в истории российской юриспруденции теоретик и практик систематизации законодательства, создавший и сформулировавший положения юридической техники относительно упорядочения массива законодательных актов. Сперанский, опираясь на исторический и современный ему отечественный и зарубежный опыт деятельности по систематизации законодательства, создал ряд работ — различного рода подготовительных записок, обзрений, которые позволяли провести реконструкцию его взглядов и определить формы и виды актов систематизации, требования и правила к их созданию, а также предлагаемые им к подготовке и печати информационно-справочные издания, концептуальные и практические подходы к созданию Полного собрания и Свода законов Российской империи.

2. Определение М.М. Сперанским основных форм и видов актов систематизации российского законодательства. *Формы систематизации законодательства и виды актов систематизации законодательства* в программе упорядочения узаконений М.М. Сперанского занимают центральное место. В начале января 1826 года Сперанский представил императору Николаю I две записки — «Историческое обозрение Комиссии составления законов» и «Предложения к окончательному составлению законов», в которых изложил программу систематизации законодательства, а также определил и обосновал формы систематизации законодательства и виды актов систематизации законодательства. Эти записки в совокупности с взглядами Сперанского, изложенными в записке «Общее введение к изъяснениям на проект Гражданского уложения» (1821 г.) позволяют провести реконструкцию общих подходов и теоретических положений относительно систематизации российского законодательства¹. Свои подходы к проблемам систематизации узаконений он определяет следующим образом.

¹ См.: Сперанский М.М. Историческое обозрение Комиссии составления законов // Русская старина. — 1876. — Т. 15. — № 2. — С. 434—441; Сперанский М.М. Предложения к окончательному составлению законов // Русская старина. — 1876. — Т. 15. — № 2. — С. 433—434; Сперанский М.М. Общее введение к изъяснениям на проект Гражданского уложения // Журнал Министерства юстиции. — 1897. — Июнь. — № 6. — С. 97. Далее по тексту цитируются данные издания.

Учет законодательных актов Сперанским рассматривался в качестве обязательного и первоначального вида и этапа обработки законодательного массива, в ходе которого систематизаторам предписывалось, чтобы «из всех государственных, Сенатских и коллежских архивов... собраны были сперва реестры всех узаконений» и «из сравнения их составлен общий полный реестр». В результате должен появиться *Табель о числе изданных узаконений*, в котором было необходимо фиксировать издаваемые законодательные акты.

Инкорпорация законодательства в хронологическом порядке Сперанским считалась основой всех систематизационных работ, и с подготовкой хронологического собрания узаконений должна была способствовать «к соединению всех законов в одно собрание полное и достоверное». Результатом этой работы должно стать *Полное собрание законов* — «в сем собрании будет заключаться самый текст закона с оглавлениями и алфавитами во всей полноте и достоверности», а «в состав собрания вмещать, по порядку времени, все постановления, ко всегдашнему исполнению от верховной власти, или именем ее от учрежденных ею мест и правительств изданные. При сем не допускать различия между законами ныне действующими и законами отмененными».

Создание сводов законов (сводообразование) как наиболее сложная форма систематизации законодательства выделяется Сперанским в качестве особой формы и рассматривается выделяться как своеобразная главная задача в сфере деятельности по упорядочению узаконений, решение которой должно было обеспечить информированность государственного аппарата и подданных о действующем правовом регулировании в отдельных его сферах. Результатом этой деятельности должен был стать *Свод законов*. Сперанский указывает: «Свод (digeste) есть соединение законов, существующих по какой-либо части, расположенное в известном порядке». При этом он подчеркивает, что «порядок сей бывает или хронологический, когда законы слагаются по порядку их издания, не взирая на разность их содержания, или азбучный, когда они располагаются по порядку слов, или, наконец, систематический, когда они расположены по предметам». Сперанский также указывает на то, что «свод, представляя токмо настоящее положение законов, в известном порядке расположенных, не может ни дополнить их недостатков, ни согласить противоречий», то есть отражает статику, состоящую лишь действующего законодательства.

Кодификация законодательства рассматривалась Сперанским как важнейший этап упорядочения законодательства и одна из главнейших задач совершенствования законодательства. Результатом кодификации должна была стать система отраслевых кодифицированных актов — уложений (русский синоним понятия «кодекс»). «Уложение (code) есть систематическое изложение законов по их предметам, так устроенное, чтобы 1) законы общие предшествовали частным и предыдущие всегда приготавливали бы точный смысл и разумение последующих; 2) чтобы все законы по своду недостающие, дополнены были в уложении и обнимали бы сколь можно более случаев, не нисходя однако же к весьма редким и чрезвычайным подробностям». При этом Сперанский указывает на необходимость обеспечения преемственности между прежде изданными узаконениями и новеллами, вносимыми при кодификации, и подчеркивает обязательное соблюдение принципа целесообразности при упорядочении законодательного массива — «Уложение не есть и новое законодательство: никогда не было предполагаемо все переменять или делать уновления без очевидной нужды. Напротив намерение правительства всегда было сохранить все, что временем и опытом пришло в законную силу. И не иначе дозволить какое дополнение, как или по очевидному недостатку правил, или для необходимой систематической связи одного узаконения с другим».

Информационно-справочные издания Сперанский рассматривает как необходимый продукт систематизации законодательства и предлагает на официальном уровне подготовить два их вида.

1) **Учебная литература**, подготовленная на официальном уровне и изданная государством, должна была способствовать подготовке юристов и чиновников. «Учебная книга (institutes) есть то же самое уложение, но более методическое и приспособленное к учебному преподаванию в училищах» — пишет Сперанский.

2) **Комментарии** к законодательным актам рассматривались Сперанским как необходимое дополнение к узаконениям. Он их обозначает «под именем изъяснений (commentaires). В них излагается разум или основание законов, дается отчет в причинах и необходимости дополнений или перемен... введенных, и устанавливается связь их с законами существующими».

Программа комплексной систематизации законодательства, предложенная Сперанским, включала последовательные этапы упорядочения узаконений — **учет** законодательных актов, **инкорпорацию** (хронологическую и тематическую) узаконений и **кодификацию** права. При этом Сперанский предостерегал от излишнего стремления к кодификации и отмечал, что наиболее оперативно изменяемые узаконения, «законы... полицейские и хозяйственные могут принять один токмо вид свода». **Свод законов в программе законодательства занимал центральное место** и должен был обеспечить поддержание действующего законодательства в упорядоченном и информационно доступном виде.

Итак, М.М. Сперанским в конце 1826 года были определены общие подходы к проведению упорядочения узаконений в России и в общем плане определены формы и виды актов систематизации

законодательства. Эти положения были им развиты при создании Полного собрания и Свода законов Российской империи.

3. Теоретические и практические подходы М.М. Сперанского к подготовке и изданию Полного собрания законов Российской империи. Создание Полного собрания законов Российской империи, определенное М.М. Сперанским в качестве первого этапа наведения порядка в законодательном массиве страны, потребовало определения теоретических положений проведения работ по его созданию. Определенная Сперанским методология и методика составления Полного собрания законов определялась «главных правил», которые были им изложены в его сочинении — «Предисловие» к Полному собранию законов Российской империи¹. На основе данной работы проводится реконструкция взглядов Сперанского на данную форму и вид акта систематизации законодательства.

Общие характеристики Полного собрания законов Российской империи (далее по тексту ПСЗ), определенные Сперанским, указывают на следующее:

1) ПСЗ является **актом хронологической инкорпорации законодательства** — изданных в России узаконений, начиная с Соборного уложения 1649 года (официально признавалось отправной точкой действующего законодательства) и помещенных в ПСЗ «по порядку времени» — в хронологическом порядке;

2) ПСЗ **структурно разделяется на два собрания**, с Соборного уложения 1649 года до вступления на престол Николая I. Сперанский указывал, что «все законные книги разделены на две главные эпохи. Первая начинается... с 1649 года, и продолжается по 12 Декабря 1825, то есть по день, когда издан первый манифест ныне благополучно царствующего государя императора (Николая I. — С.К.). Сия эпоха, заключающая в себе 176 лет, составляет Первое Собрание. Началом ее принято Уложение, потому что все законы и указы, прежде его состоявшиеся, признаются у нас недействительными. Вторая Эпоха начинается с окончанием первой; она будет составлять Второе Собрание, коего первые тома по 1830 год к тиснению изготавливаются, и вслед за сим в течении настоящего года изданы будут». Затем Полному собранию законов предавался статус текущего официального издания законодательства Российской империи, поскольку, как указывает Сперанский, «за сим Собрание будет продолжимо ежегодным изданием законов каждого минувшего года в течении последующего». Подчеркнем и то, что Сперанский планировал «законы, для истории важные», издать «под именем Законов древних» и составить из них «особенное Собрание»;

3) ПСЗ выступает как **главный носитель правовой информации для дальнейшего развития законодательства** — восполнения пробелов в правовом регулировании и устранения коллизий. Сперанский по этому поводу подчеркивает — «Полное собрание законов есть первый, основной камень во всем составе их усовершенания» и «книги законные необходимы при всех законодательных ображениях, где нужно знать не один порядок настоящий, но и порядок предшествовавший, дабы на полном обозрении прошедшего и настоящего тем с большею твердостью основать будущее»;

4) ПСЗ **является необходимой информационной базой для толкования правовых норм**, поскольку, как указывает Сперанский, «в самом производстве дел и в приложении законов встречаются вопросы, для разрешения коих и для точного определения смысла законов настоящих, должно восходить к законам прежним, хотя уже и потерявшим свою силу, но сохраняющим в себе начало и причины законов последующих»;

5) ПСЗ **способствует в правоприменительной деятельности применению правовых норм в разрешении юридических дел при «переживании закона»** — когда, указывает Сперанский, «бывают также в производстве дел случаи, коих начало относится к происшествиям, давно уже протекшим, и кои должны быть разрешаемы не по законам настоящим, но по законам того времени, когда происшествия сии возникли»;

6) ПСЗ **имеет научное, образовательное и культурологическое значение**, в связи с чем Сперанский большое значение придавал и исторической ценности издания законодательства Российской империи, оценке и использованию законодательного опыта Российского государства. «Известно, что законы изображают... внутреннюю жизнь государства, — подчеркивал Сперанский. В них видно, как нравственные и политические его силы слагались, образовались, возрастали и изменялись. Следовательно, история государства, без познания законов, не может иметь ни ясности, ни достоверности, так как, с другой стороны, законы без истории часто бывают невразумительны. Посему, чем благовременнее законы приводятся в известность: тем источники истории для современников становятся удобнее, для потомства достовернее».

Правила отбора законодательных актов для включения в состав Полного собрания законов исходили из следующих положений:

1) ПСЗ **должно включать правовые акты нормативно-правового характера** (содержащие нормы) — «в составе... Собрания под именем законов вмещены, — подчеркивает Сперанский, по по-

¹ Сперанский М.М. Предисловие // Полное собрание законов Российской империи. — СПб., 1930. — Т. 1. — С. 1—31 (Далее ПСЗРИ I). Далее цитируется данное издание.

рядку времени, все постановления, к всегдашнему исполнению от верховной власти или именем ее от учрежденных ею мест и правительств происшедшие, по всем частям Государственного управления, без всякого изъятия». Правовые акты, не носящие нормативно-правовой характер, не подлежали включению и, как подчеркивает Сперанский, «все частное, все личное, все меры временные и случайные исключены из состава книг законных»;

2) ПСЗ **должно содержать все изданные узаконения в хронологическом порядке независимо от сохранения или утраты ими юридической силы** и при его формировании, указывает Сперанский, не должно быть «допускаемо различия между законами, ныне действующими, и законами отмененными»;

3) ПСЗ **допускало помещение судебных прецедентов, только приобретающих характер нормы права**. При этом Сперанский разъяснил их отличие от судебных актов правоприменительного характера. «Судебные решения, — писал он, — имеют силу... единственно в тех случаях, по коим они состоялись, посему они не могли вместиться в Собрание законов общих. Но в сем правиле допущены следующие изъятия: есть судебные решения, коих сила распространена в самом их изложении на все случаи, им подобные; есть другие, кои, быв в начале частными, приняты впоследствии примером и образом других решений, и таким образом соделались общими». Сперанский обосновал включение в собрание и судебных решений, содержащих интерпретацию правовых установлений, так как «есть решения частные, но в них сделано изъяснение закона общего, установлен точный смысл его, и отвергнуты толкования, с разумом его несообразные». Исходя из этого «все таковые и сим подобные судебные решения допущены в состав Собрания. Подобное сему изъятие сделано и в решениях дел уголовных. Важнейшие из оных, особенно по преступлениям государственным признано полезным сохранить в Собрании».

Технология подготовки Полного собрания законов, как определяет Сперанский, включала ряд этапов:

1) **выявление и фиксация актов, носящих признаки законодательных актов**. Сперанский указывает — «прежде всего, во всех сих местах сделать изыскания и составить реестры узаконениям», что предполагалось провести чисто механически в архивах и действующих государственных учреждениях. При этом любая оценка характеристик документов с точки зрения их подлинности или вторичности в компетенцию чиновников не входила;

2) **доставка подлинников выявленных текстов актов в систематизационное учреждение** — во Второе отделение Собственной его Императорского величества канцелярии (далее II отделение), то есть «по сим реестрам» сбор узаконения»;

3) **проверка подлинности законодательных актов** — «собранным узаконениям произвести точную проверку». При этом она должна производиться, как указывает Сперанский «тремя способами: 1) сличением списков с подлинными указами; 2) ревизией чрез особенных для сего отряженных чиновников, и 3) окончательною ревизией других Чиновников, при составлении связок, для отправления в типографию».

Правила расположения и печати правовых актов в Полном собрании законов были определены следующие:

1) **состав собрания законов должен обеспечивать максимально полную информацию о массиве правовых актов и возможности их оперативного поиска** — «Полное собрание законов состоит: 1) из текста самых законов; 2) из указателя; 3) из книги штатов и тарифов, и 4) из книги чертежей и рисунков»;

2) **тест помещенных в собрание законов актов располагается в хронологическом порядке и распределяется по томам** — «законы поставлены в издании по порядку времени», «текст законов... заключается в... томах», а «означенные месяцы и числа поставлено в начале каждого указа, а год напечатан на верху каждой страницы; в некоторых токмо важнейших актах означен день их состояния внизу»;

3) **помещенный в собрание законов акт имеет указание на регистрационный номер в рамках данного собрания и дату принятия** — «каждый закон, а в том числе и целые уставы и учреждения означены, сверх дня и месяца их состояния, особым номером, для удобнейшего их приискания по указателю»;

4) **в собрании законов указывается вид изданного главой государства акта или правительственное учреждение, из которого акт последовал от его имени** — «в заглавии каждого указа означено: именной, или сенатский, или изданный от другого высшего правительственного места»;

5) **воспроизведение текста в собрании законов носит аутентичский характер** — «каждый закон напечатан от слова до слова, как он находится в подлиннике, или в печатных экземплярах, изданных от правительства, и если первоначально напечатан он был на двух языках: то и в настоящем собрании сохранено то же двойное изложение»;

6) **экономия текста печатаемых актов в своде законов за счет устранения повторности указания в тексте их атрибутов** — «в трактатах с иностранными державами, в манифестах и грамотах пропущены титулы, потому что о титулах императорского величества, при вступлении на престол и

при каждом изменении оных, помещены в том же собрании особые манифесты; но в тех трактатах, в кои содержатся условия о титулах, оные сохранены вполне. Краткие титулы, часто повторяемые в указах до начала царствования Петра Великого, также пропущены».

Информационно-поисковое обеспечение работы с Полным собранием законов имело самое непосредственное отношение к ПСЗ и было призвано создать условия для оперативной работы с официально изданным законодательным массивом — **издание было снабжено хронологическим и предметным указателями**. Сперанский, давая сведения о справочном обеспечении ПСЗ, отмечает — «Указатель (index) состоит из двух реестров: Хронологического и Алфавитного. Реестр хронологический идет по порядку номеров, и содержит в себе число и содержание каждого закона. Алфавитный реестр есть словарь всего собрания. Он содержит в себе главные слова и ссылки. *Главные слова* означают главный предмет узаконения. Под каждым таковым словом приводятся все узаконения, до сего предмета относящаяся, по порядку времени, с значением тома и номера. Таким образом, по главному слову можно не только найти с удобностью закон отыскиваемый, но можно открыть и обозреть весь ряд узаконений, к предмету тому принадлежащих, от начала их до настоящего времени».

Реализация концептуальных подходов М.М. Сперанского к созданию Полного собрания законов Российской империи показательна с точки зрения ее практической апробации и воплощения в жизнь. Во второй половине 1820-х годов были проведены работы в огромных масштабах. Были составлены реестры узаконений, по этим реестрам были собраны сами узаконения и проведена их проверка. При число указов по реестрам Санкт-Петербургского Сенатского архива, бывшей комиссии составления законов, Военной коллегии и разных министерств составляло свыше 53 тысяч. Во II отделение было доставлено и просмотрено около 5,5 тысяч книг узаконений, проверена достоверность текстов узаконений. При этом оказалось, что многие указы имели двойные заглавия и числа, некоторые не являлись законом и не подлежали изданию. В итоге была составлена «Роспись, составляющая число уставов, учреждений. Наказов, жалованных грамот, указов и трактатов, состоявшихся со времени Уложения царя Алексея Михайловича, с 29 января 1649, по 12 декабря 1825 года», которая представила статистику издания видов узаконений в период 1649—1825 годы, которые в количестве 30 920 актов были изданы в рамках первого собрания ПСЗ¹. В 1830 году типографией II отделения была завершена печать первого собрания Полного собрания законов Российской империи из 45 весьма объемных томов, в них вошли акты за 1649—1825 годы — 30 928 узаконений. Полное собрание законов Российской империи представляло хронологическую инкорпорацию изданного в России законодательства. Второе собрание, издаваемое ежегодно, стало выполнять функцию официальной публикации узаконений и издавалось до 1881 года — 61 928 законодательных актов. Третье издавалось до 1917 года и его последний том (т. 33), изданный в 1916 году, включал узаконения за 1913 год — 40 846 законодательных актов. Всего же три собрания Полного собрания законов Российской империи включили более 133 тысяч узаконений. Создание Полного собрания законов Российской империи выступило в качестве базового этапа наведения порядка в изданных ранее и организации официальной публикации издаваемых узаконений. Решение этой проблемы подготовило основу для создания впоследствии свода законов Российской империи 1832 года и его последующих переизданий вплоть до 1917 года, а также кодификации российского законодательства. До настоящего времени оно является единственным полным источником для изучения законодательного наследия нашей страны.

Итак, концепция создания Полного собрания законов Российской империи и ее практическая реализация обогатили теорию и практику систематизации российского законодательства. Концептуальные подходы Сперанского, апробированные им практически, определили теоретические основы одной из основных форм систематизации законодательства — инкорпорации узаконений. Основные подходы Сперанского имеют значение и для современного развития юридической техники инкорпорации правовых актов с учетом новых информационных технологий.

4. Определение М.М. Сперанским теоретических и практических основ создания свода законов Российской империи. Концептуальные подходы М.М. Сперанского к созданию свода законов Российской империи складывались на основе определенных им в январе 1826 года общих подходов к упорядочению действующих узаконений. И только после воплощения замыслов по созданию Полного собрания законов и свода законов, М.М. Сперанский разработал, проработал и воплотил в жизнь свои концептуальные подходы к созданию актов систематизации законодательства. В концентрированном виде они были изложены им в 1833 году в «Обозрении исторических сведений о своде законов» — теоретико-практическом руководстве и первом учебнике². Данное сочинение Сперанского позволяет провести реконструкцию его теоретико-технологических подходов к созданию данного акта систематизации законодательства.

¹ ПСЗРИ I. — Т. 1. — С. XXXI.

² Сперанский М.М. Обзорение исторических сведений о своде законов. Составлено из актов, хранящихся в II отделении Собственной его Императорского Величества канцелярии. Отпечатано в типографии II отделения Собственной е.и.в. канцелярии. — СПб., 1833. Далее цитируется данное издание.

Политико-управленческие задачи создания Свода законов, указанные Сперанским как «главные причины, по коим решено было, прежде всего, приступить к составлению Свода как к делу, необходимому в настоящем, и как к основанию постепенных усовершенствий в будущем», были определены на основе изучения и обобщения деятельности систематизационных учреждений с начала XVIII века. При этом Сперанский обращается к авторитету известного английского философа и юриста Ф. Бэкона, труды которого были хорошо известны в России, и подчеркивает «Когда законы, — говорит канцлер Бэкон, — нарастая одни над другими, умножатся до такого количества или придут в такое смешение, что представится необходимым сделать им в самом существе их разбор и устроить их в другой лучший и удобнейший состав, то да будет сие первым делом, важнейшим подвигом законодательства». Сей совет, начертанный, очевидно, для Англии, столько же, и еще более, может быть приложен к отечеству нашему». Круг задач, решение которых было связано с систематизацией законодательства, Сперанский обозначил в трех плоскостях.

Первая задача создания Свода законов — повысить качество и эффективность законотворческой и правоприменительной деятельности, и ее решение Сперанский ставил в прямую зависимость от упорядоченности узаконений. Он отмечает, что «там, где законы не приведены в один состав... всегда есть опасность, исправляя один закон, неожиданно и сверх чаяния изменить или ослабить другой; там каждое пояснение и дополнение, составляя отдельный закон, по необходимости умножает их число и затрудняет точность исполнения». Не менее важным он видел значение Свода законов и в правоприменительной практике и необходимости обеспечения в ней режима законности, и обращает внимание на то, что «настоящее наше законодательство состоит из 35 000 актов. Около половины из них, быв или отменены, или ограничены позднейшими актами, или составляя одно повторение, принадлежат к истории. Сей избыток тяготит, затрудняет бесчисленными ссылками и справками настоящее делопроизводство, ставя производителей в необходимость вместо одного, двух или трех решительных указов выписывать и приводить десять совершенно ненужных и вместе с тем открывая пространное поле подбору указов и ябед. Свод, очищая законы от сей смеси, отсекая все повторения, тем самым ставит делопроизводство на истинном его пути, и если не может истребить вовсе ябеды, то, по крайней мере, может значительно стеснить и уменьшить ее».

Вторая задача создания Свода законов — обеспечить официальную правовую информацией государственные структуры и подданных, и ее решение Сперанский ставил в прямую зависимость от государства, которое должно было создать Свод законов и представить для реализации правовых предписаний обобщающие и доступные носители сведений о них. При этом он считал невозможным восполнить недостатки информационного обеспечения частными систематизациями и подчеркивал, что их «главные недостатки... суть: неполнота в их содержания, и неверность в тексте и в показаниях времени, когда состоялись указы»¹. Требовалось создание актов систематизации узаконений исключительно на официальном уровне.

Третья задача создания Свода законов — создание базы для проведения правовых исследований и подготовки специалистов, связанных в своей деятельности с правом (юристов и госслужащих). По мнению Сперанского «трудность в законоведении» не будет преодолена, если «законы не будут прежде приведены в правильный состав». Без этого «нельзя нам ожидать ученого законоведения. Основание его лежит на правильном составе самых законов. Оно начнется в полном его значении с изданием Свода. Тогда только будет помышлять об учебных и ученых книгах и твердом образовании нашего юношества в отечественных законах».

Выбор типа Свода законов М.М. Сперанский сделал на основе анализа известных в истории развития западноевропейских и отечественной правовых систем шести видов сводов как актов упорядочения узаконений. При этом он апеллировал к западноевропейскому опыту упорядочения законов и авторитету римского права и подчеркивал, что в Европе «все почти государства, при самом вступлении их на чреду настоящего образования, получили богатое наследство: римские законы» и «действие сих законов на западе Европы никогда не пресекалось», а «законодательство стояло уже несколько столетий на твердом и обширном основании свода Юстинианова и на сем-то основании строили новое здание. ...Таким образом, прежде нежели родились нужды и случаи, законы к разрешению их были уже готовы, и законы, высоким знанием придуманные, долголетним опытом испытанные и веками утвержденные. Оставалось только их познать и черпать по мере нужд и случаев из глубокого, неиссякаемого их источника...» Сперанский обращается к главным кодификациям в римском праве — Феодосия II в первой половине V века и Юстиниана в первой половине VI века. Оценка кодификации Юстиниана Сперанским заключалась в констатации, что «состав Юстинианов представляется в двух видах; 1) как свод прежних законов, 2) как закон новый по тем изменениям, кои в прежних законах отчасти самим Юстинианом..., отчасти сочинителями свода по его дозволению были сделаны.

¹ Сперанский М.М. Обзорение исторических сведений о Своде законов. Составлено из актов, хранящихся в II отделении Собственной его Императорского Величества канцелярии. Отпечатано в типографии II отделения Собственной е.и.в. канцелярии. — СПб., 1833. — С. 126—141.

Первый вид есть главный, ибо в нем заключается существо самого состава» как комплексного объединения действующих рисских узаконений. Эта посылка и выступила в качестве общего концептуального подхода к созданию свода общероссийских законов, а его «существо» Сперанский определяет — «он должен быть *Corpus juris*, общим составом законов, и в сем понятии должен обнимать все части законодательства во всей их совокупности». Поэтому, по мнению Сперанского, Свод законов в России должен был быть объединением действующих узаконений российских и не заимствовать положений европейского законодательства, что присутствовало при создании проектов кодексов в первой четверти XIX века.

Правовая природа свода законов Российской империи, исходя из работ М.М. Сперанского, была связана с тем, что он выступал как результат юридической деятельности государства по упорядочению законодательного массива страны и представлял собой *акт систематизации действующего общегосударственного законодательства России* за период с 1649 по 1832 год. Концепция видения свода законов как акта систематизации законодательства исходила из следующего.

1) СЗ **являлся официальным изданием упорядоченного действующего общегосударственного (общемперского) законодательства с повышенным уровнем официальности** (был санкционирован императором) и выступал на основной носитель правовой информации — источник позитивного права;

2) СЗ **формировался на основе предварительной многоуровневой обработки законодательства** — использовании в сочетании двух видов систематизации — **консолидации и инкорпорации**. *Консолидация* как вид систематизации законодательства была применена с целью устранения множественности узаконений, их унификации и упрощения использования законодательства в определенной сфере правового регулирования. В результате ее применения были созданы укрупненные обновленные (отредактированные) или новые тексты в которых были изложены старые правовые регуляции (нормы права) и которые образовывали отдельные разделы свода законов (так называемые «главные разряды»). Они образовывали комплексное консолидированное образование (например Законы о состояниях) или в их рамках выделялись соответствующие внутренние подразделения (например в Уставах благочиния выделялся Устав о цензуре), которые делились на разделы, главы, отделения, статьи, которые текстуально излагали однородные блоки правовых норм. На базе этого консолидированного законодательства проводилась *инкорпорация* как операция по формированию свода законов из составных частей (главные книги, разряды законов), которые выступали как отрасли законодательства и соответственно уже образовывали своеобразные «внутренние своды» — Свод Основных государственных законов, Свод законов о состояниях и другие, из которых свод состоял в целом;

3) СЗ **официально установил систему законодательства**, которая позволяла обеспечить оперативный поиск действующего нормативно-правового материала в различных сферах государственной деятельности и правового регулирования, а также выступал в качестве своеобразного правового классификатора для правового материала.

Уровни сводов законов в Российской империи Сперанским определялись исходя из деления системы права и законодательства на два уровня — *общегосударственный*, *общемперский*, положения которого распространялись бы на все территории страны, и *местный*, который определял изъятия из *общемперского* законодательства и который действовал в отношении жителей строго определенных локальных территорий. Сперанский **выделил два уровня сводов законов**: (1) **Свод законов Российской империи** как свод общий и (2) **свод местных узаконений** (систематизации источников партикулярного права), Это позволило определить место и параметры свода законов Российской империи как общегосударственного акта систематизации узаконений.

Общие принципы составления свода законов, определенные Сперанским, основывались на афоризмах английского философа и юриста Ф. Бэкона, которые от уровня философских умозаключений им были доведены до степени принципиальных основ и на которых базировалась организация и содержание систематизационных работ¹. Анализ содержания концептуальных положений Сперанского относительно создания свода законов позволяет свести их к десяти правилам юридической техники создания свода.

1. СЗ **имеет своей целью упорядочить действующий законодательный массив и сделать его информационно доступным для государственных органов и подданных** — «законы по возникающим делам и случаям необходимо прибавляются, то, дабы прекратив разнообразие и смешение в минувшем, предупредить его и в будущем, положено, по совершении свода настоящего, установить постоянный порядок и на... последующее время».

2. СЗ **выступает средством обеспечения единства правового пространства и законности с учетом общегосударственных целей правового регулирования и особенностей правового раз-**

¹ См.: Бэкон Ф. О достоинстве и преумножении наук. Трактат о всеобщей справедливости, или об источниках права, в одной главе, в форме афоризмов. Афоризмы № 60—63; Сперанский М.М. Обзорение исторических сведений о своде законов. — С. 151—153, 172 (далее в данном разделе статьи цитируется это сочинение).

вития отдельных национальных регионов империи — «есть законы, действующие вообще во всем пространстве империи, и есть законы местные, особенные, которых действие допускается только в некоторых областях ее» и поэтому положено в общем Своде соединить все законы первого рода, а законы второго рода, разобрав, соединить в двух Сводах особенных: один для губерний западных, другой для остзейских».

3. **СЗ носит официальный характер и должен составляться специально созданным для этого государственным органом под контролем высших органов государственного управления** — этот состав законов... должен быть утвержден надлежащей властью, дабы, под видом законов старых, не вкрались законы новые» и «часть Свода по окончании ее представляема была на усмотрение государя императора и потом поступала в предназначенную ей ревизию... ревизии... мест управления к которым они принадлежат».

4. **СЗ выступает в качестве акта систематизации исключительно действующих законов** — «неупотребительными законами считать только те, которые отменены силой других позднейших постановлений», а «из двух несходных между собой законов надлежит следовать позднейшему...: ибо прежний считается отрешенным тем самым, что постановлен на место его другой».

5. **СЗ не может выступать актом законотворчества и содержать в свои статьи новые правовые нормы, которые не содержались в систематизируемых узаконениях** — его статьи «обнимают только прошедшее и не определяют ничего в будущем» и в них «должно ограничиться тем, чтобы каждый закон представлен был так, как он есть в существе его, без перемены и исправления».

6. **СЗ законов должен обеспечить получение обобщенной и сконцентрированной в его структурных элементах нормативно-правовой информации органами государственного управления и подданными** — «исключить все повторения, и вместо многих постановлений, одно и тоже гласящих, принять в свод одно из них полнейшее».

7. **СЗ не мог разрешать в результате проведения систематизации законодательного материала коллизионные ситуации, содержащиеся в исходных узаконениях** — он «переступил бы свои границы, если бы сочинители... принялись судить, который из двух противоречащих законов лучше» и «если бы несходство одной статьи с другой встретилось в одном и том же постановлении: то... одна только законодательная власть может его исправить».

8. **СЗ должен максимально и адекватно воспроизводить в своих статьях положение нормативное содержание узаконений** — «сохранить так, как она стоит в тексте, — хотя бы иногда и можно было изложить ее и лучше и короче» и соблюдать правила: «статьи..., которые основаны на одном действующем указе или постановлении, излагать теми самыми словами, какие стоят в тексте, без малейшего их изменения»; «статьи, которые составлены из двух или более указов, излагать словами указа главного, с присоединением из других тех слов, которые служат ему дополнением или пояснением»; «статьи, составленные из соображения многих Указов, излагать по... смыслу, какой они представляют в их совокупности».

9. **СЗ должен в примечаниях к статьям иметь четкое указание на систематизируемые узаконения и акты их официальной публикации** — «под каждой статьей обозначать с точностью те указы и постановления, из которых она составлена».

10. **СЗ должен определить на официальном уровне систему законодательства и поддерживать государственным органами в соответствующем состоянии путем ежегодного дополнения и периодического переиздания** — «вновь исходящее было распределяемо в ежегодном его продолжении, и чтобы таким образом состав законов, единожды устроенный, сохраняем был всегда в полноте его и единстве».

Система и структура общеимперского законодательства в Своде законов Российской империи, разработанная М.М. Сперанским, впервые ввела четкие теоретически проработанные критерии организации законодательства. Они представляли своеобразный «правовой классификатор» — схему расположения правового материала в Своде законов, позволяющую как выделить сферы правового регулирования, так и обеспечить поиск необходимых в реализации права правовых норм, представленных в статьях свода. Он выделял «законы государственные» и «законы гражданские». **План построения Свода законов** М.М. Сперанский определил на рассмотренных выше концептуальных основах построения системы законодательства и выстраивания свода как акта систематизации законодательства. Свод законов распределял нормативно-правовой материал на восемь «главных разрядов законов», получивших обозначение «книги», которые затем делились на тома, а тома на части — отдельные своды. В итоге была принята следующая **структура Свода законов** (с коррективами она сохранялась до 1917 г.), которая включала 8 книг и 15 томов Свода законов — в современном понимании их можно рассматривать как отрасли законодательства: **книга первая**: Основные государственные законы, Учреждение об Императорской Фамилии (т. I, ч. 1), а также учреждения: центральные (т. I, ч. 2) и местные (т. II), уставы о службе государственной (т. III); **книга вторая**: уставы о повинностях (т. IV); **книга третья**: уставы казенного управления: о податях и пошлинах (т. V), устав таможенный (т. VI), уставы монетный, горный, о соли (т. VII), уставы лесной, оброчных статей, аренд-

ных старостинских имений (т. VIII); **книга четвертая** — законы о состояниях (т. IX); **книга пятая**: законы гражданские и межевые с законами о гражданском и межевом судопроизводствах (т. X); **книга шестая**: законы государственного благоустройства: уставы кредитный, торговый, промышленности (т. XI), путей сообщения, строительный, пожарный, о городском и сельском хозяйстве, о благоустройстве в казенных селениях, о колониях иностранцев в империи (т. XII); **книга седьмая**: законы благочиния (полицейские): уставы о народном продовольствии, об общественном призрении и врачебный (т. XIII), о паспортах и беглых, о предупреждении и пресечении преступлений, о содержащихся под стражей, о ссыльных (т. XIV); **книга восьмая**: законы уголовные и уголовно-процессуальные (т. XV, кн. 1—2).

Этапы создания Свода законов, разработанные Сперанским, предусматривали реализацию отдельных стадий, каждая из которых предусматривала проведение комплекса работ на основе определенных технико-юридических приемов и обеспечивала продвижение к намеченной цели. Сперанский выделил два этапа создания Свода законов.

Первый этап создания Свода законов (подготовительный) включал две стадии: 1) *создание Полного собрания законов* состояло в подготовке и издании самостоятельного акта систематизации узаконений в виде хронологической инкорпорации, в которую были включены исключительно акты нормативно-правового характера (законы) вне зависимости от сохранения или утраты ими юридической силы. Полное собрание законов, таким образом, выступало базой для отбора правового материала, необходимого для составления Свода законов. Сперанский четко развел место и роль Свода законов и Полного собрания законов — «Свод — как закон буквальный, как основание решений, а текст Собрания как руководство к лучшему и полнейшему закону разумению»; 2) *составление Сводов исторических* — обзорное состояние законодательства в период 1649—1830 годов путем подбора узаконений на основе общего плана и детализированной структуры самого Свода законов (книг, томов, разделов, глав и отделений) до уровня статей. Вначале законодательные акты «приискываемы и отмечаемы были на особых выписках, без всякого различия действующих от недействующих, лишь бы они имели отношение к данному предмету», а затем проводился анализ законодательного материала путем сравнения «узаконений одного года с узаконениями другого» и их классификации на три группы: отменяющие, поясняющие или дополняющие ранее изданные законоположения. В итоге первые (отменяющие устанавливающие или дополняющие ранее изданные законоположения) «прилагаемы к первоначальному узаконению» и «таким образом составлялась история изменений закона», которая поднималась от уровня статей (первоначальной текстуальной единицы свода) до уровня его книг. Отправной точкой должны были по возможности выступать акты кодифицированного характера (уставы, учреждения, жалованные грамоты). Интересное решение нашел Сперанский в коллизионных ситуациях — когда «прежние указы отменяются не словами, а только силою и смыслом указов новых», и предлагал давать историческое толкование совокупности узаконений, так как по его мнению «открыть перемену нельзя иначе, как сравнив силу одного постановления с силою другого, а для сего необходимо нужно поставить их в связи исторической». Сперанский, таким образом, здесь создал технико-юридические приемы отбора действующих нормативно-правовых актов для подготовки структурных элементов Свода законов.

Второй этап создания Свода законов (окончательный) включал четыре стадии: 1) *составление текста статей Свода законов* — состояло в подготовке его статей, которые на основе «исторических изысканий и выписок достигали полноты и точности» и «принимали определенную форму законных правил»; 2) *ревизия и исправление Свода законов* — состояло в создании и работе системы специальных Ревизионных комитетов по проверке Свода законов в министерствах и главных на предмет соответствия его положений имеющемуся законодательному массиву; 3) *внесение дополнений и изменений в Свод законов* — состояло во внесении изменений в свод в связи изданием новых узаконений в период его подготовки; 4) *создание указателей к Своду законов*, которые включали: общее оглавление свода; хронологический и предметный указатели.

Реализация концепции создания Свода законов Российской империи М.М. Сперанского прошла в 1826—1832 годах. Указом императора от 31 января 1826 года было образовано II отделение, созданное специально для проведения систематизационных работ и участия в законодательной деятельности. Подготовительные работы по созданию Свода законов проводились параллельно с созданием Полного собрания законов Российской империи, после завершения работ над которым была создана полная законодательная база и для самого Свода. В 1826—1826 годах шла подборка узаконений для соответствующих разделов самого Свода законов, планы которых готовил Сперанский. В итоге чиновниками II отделения было проработано почти 36 тысяч узаконений, которые были выстроены в хронологическом порядке, разобраны по предметам правового регулирования, сравнены на предмет сохранения юридической силы и подготовлены для консолидации в текстах статей уже непосредственно самого Свода законов

Подготовленные тексты статей, которые по мере готовности распределялись по соответствующим структурным единицам разделов свода, устранялись повторы и проводилось согласование меж-

ду положениями свода. Работы шли весьма интенсивно и создание свода замыкалось непосредственно на М.М. Сперанском. Он почти постоянно присутствовал во II отделении, следил за ходом занятий и каждый вечер с 7 часов вечера принимал старших редакторов отделения (ответственных за разделы свода) и в присутствии М.А. Балугьянского прорабатывал вначале историческое обозрение, а затем тексты статей свода. Сперанский лично отредактировал все статьи свода законов, а часто и переписывал их. При этом заметим, что это были тысячи листов рукописного текста, которые во время работы вылились 36 статей и 6 тысяч документов в качестве приложений к статьям. Далее, с апреля 1828 года началось рассмотрение готовых разделов свода в Ревизионных комитетах при министерствах и главных управлениях, которые в период работы по май 1832 года обсудили статьи и представили около 2 тысяч замечаний, 500 из которых были приняты Сперанским и на основе которых были скорректированы положения свода. Все работы были завершены в начале 1832 года. К концу 1832 года свод, заключавший в себе действующие узаконения (по 1 января 1832 г.), был отпечатан тиражом 1200 экземпляров. Составляющие свод отдельные статьи (число их в первом издании было 36 000, а с приложениями — 42 198) расположены в систематическом порядке. Свод законов издания 1832 года делился на восемь главных разделов и состоял из 15 томов.

В конце 1832 года Свод законов Российской империи был передан по указанию Николая I на рассмотрение в Государственный совет. 19 января 1833 года император открыл заседание и выступил с речью, в которой, прежде всего, подчеркнул что решена главная задача упорядочения узаконений — «составить из всех многочисленных указов свод тех узаконений, которые действительную силу имеют», которая позволит заняться дальнейшим развитием законодательства — «когда сделается известным, что мы имеем и в чем могут состоять недостатки» можно «приступить к усовершенствованию и дополнению законов». Труд М.М. Сперанского был оценен высшей государственной наградой — орденом св. Андрея Первозванного, ленту которого одел на него монарх (позднее чиновники II отделения также получили награды). Рассмотрение и одобрение свода законов Государственным советом было оформлено его журналом (протоколом заседания), утвержденным царем и на его основе был подготовлен проект манифест об утверждении свода и порядке его введения в действие¹. Обнародование свода законов было объявлено манифестом Николая I от 31 января 1833 года. С 1 января 1835 года свод получил силу действующего права правоприменительной деятельности².

В последующем была организована система оперативного внесения изменений в содержание свода законов. В целях периодического отражения состояния законодательства выпускались Продолжения к Своду законов, а также планировалось переиздавать весь Свод через каждые десять лет. Второе издание свода законов было осуществлено через 10 лет после первого издания — в 1842 году. Обилие законов XVIII—XIX веков, а также принципы систематизации в своде привели к тому, что общий объем свода значительно возрос, число статей в нем в полтора раза превысило это количество в первом издании. В своде законов издания 1842 года имелось 52 328 статей в тексте и около 7 040 в приложениях (всего до 59 400 статей). Число томов свода осталось прежние — пятнадцать. В 1857 году по той же схеме свод был переиздан в третий раз, количество статей в его пятнадцати томах уже было до 90 000. Это было последнее полное переиздание свода законов Российской империи. Первоначально планировалось переиздание сводов законов по мере накопления законодательного материала раз в десятилетие. Второе издание последовало в 1842 году (более 59 тысяч статей), третье — в 1857 году (около 90 тысяч статей). В последующие годы переиздавались лишь отдельные тома свода³.

Значение свода законов Российской империи, как и планировал М.М. Сперанский, состоит в создании впервые в истории развития права в России комплексного, системообразующего для российской правовой системы акта. В связи с этим выделим следующее значение для правового развития России, что проявилось в следующем.

1) Создание СЗ **устранило основные недостатки общегосударственного законодательного массива** — позволило выявить и устранить в период его подготовки пробелы и коллизии в правовом регулировании посредством внесения изменений в действующие и издания новых узаконений, ликвидировал множественность законодательных актов и конкретизировал правовое регулирование.

2) Работа над СЗ **практически положила начало созданию отечественной юридической техники**, поскольку потребовалась унификация юридической терминологии, выстраивание юридических конструкций, обработка приемов систематизации узаконений.

¹ Корф М.А. Жизнь графа Сперанского. — Т. 2. — С. 73; Государственный совет. 1801—1901. — С. 57; Майков П.М. О своде законов Российской империи. — СПб., 1905. — С. 40—45.

² Полное собрание законов Российской империи. Собр. 2. — Т. VIII. — Отд. 1. — № 5947 (Далее ПСЗ 2).

³ См.: ПСЗ 2. — Т. XVIII. — № 16584; Майков П.М. О своде законов Российской империи. — СПб., 1905. — С. 40—41; Коркунов Н.М. Сборник статей. — СПб., 1898. — С. 77—96; Корево Н.Н. Об изданиях законов Российской империи. 1830—1899. — СПб., 1900; Майков П.М. О своде законов Российской империи. — СПб., 1906; Рыбаков Ю.Я. Своды законов Российской империи первой половины XIX века. // Проблемы источниковедения СССР и специальных исторических дисциплин. — М., 1984; Кодан С.В. Проекты преобразований политико-правовой системы М.М. Сперанского. — С. 134—152.

3) Издание СЗ **позволило оценить состояние и возможности дальнейшего развития законодательства**, образуя промежуточное звено между текущим законотворчеством и кодификацией — образованием сводных кодифицированных актов по основным отраслям законодательства. Это весьма показательно с точки зрения создания первого в истории России «наказательного кодекса» — Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года (действовал с определенными редакциями до 1917 г.), а затем уголовного кодекса — Уголовного уложения 1903 года и проекта Гражданского уложения, создания правовых актов реформ 1860-х годов и т. п.

4) СЗ **обеспечивал в целом устойчивую систему законодательства Российской империи**, хотя структура свода законов к началу XX века несколько устарела в связи с развитием системы права и законодательства и повлекла значительные изменения в ней.

5) СЗ **выступил важным средством обеспечения законности** в стране, поскольку достаточно детальная и содержательная регламентация общественных отношений в самых различных сферах правового регулирования, содержащаяся в своде законов, в условиях достаточно низкой правовой подготовленности большинства российского чиновничества должна было способствовать обеспечению их служебного поведения в установленных законодательством рамках.

6) СЗ **представил государственным служащим и подданным необходимую для использования нормативно-правовую базу**, снабженную поисковыми системами (хронологическим и тематически указателем);

7) СЗ **создал основу для развития юридической науки и образования**, то есть возможности всестороннего исследования российского позитивного права и использования полученных результатов в подготовке юристов для различных сфер юридической деятельности на основе систематизированного и информационно доступного действующего законодательства.

Итак, М.М. Сперанским в 1826—1832 годах была создана и реализована концепция создания свода законов Российской империи. Созданный в ходе работ акт систематизации законодательства был уникален для теории и практики своего времени. Российский теоретик права Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что «ценность свода в его идее... Главное достоинство свода усматривается в том, что он дает возможность обозреть все законодательство страны в системе»¹.

Подводя итог рассмотренным вопросам, можно сделать вывод, что формирование и реализация теоретических и практических подходов к систематизации законодательства, сформулированных и проведенных в жизнь М.М. Сперанским, позволяют говорить о формировании в России юридической техники. Создание Полного собрания законов и, особенно, свода законов явилось существенным прорывом в правовом развитии России, создало условия для дальнейшего совершенствования правового регулирования отношений в стране, а также возможности для проведения дальнейшего его упорядочивания, а также повысило уровень законности в деятельности государственных учреждений и правоприменительной практике, составило основу изучения российского права в юридических учебных заведениях и оказало значительное влияние на развитие и становление русской юридической науки и образования. В результате систематизационных работ в развитии юридической техники определилось и получило развитие направление юридической техники, связанное с упорядочением законодательства. Отечественный опыт развития юридической техники может быть использован и в создании свода законов Российской Федерации.

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. — М., 1910. — Вып. 2. — С. 434.

М.А. Кожевина

Кожевина Марина Анатольевна — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории права и государства Омской академии МВД России

Критерии эффективности правотворчества в контексте интегративного подхода к правопониманию

Современная отечественная юридическая наука констатирует факт заметного снижения уровня эффективности правового регулирования общественных отношений, прежде всего, связывая его с форсированным и радикальным переходом российского общества от одной системы социально-экономических и политических отношений к другой, с кризисом в юридической науке, с субъективизмом и волюнтаризмом в государственном строительстве¹.

Отечественная научная юриспруденция, как считают многие исследователи, сегодня находится на перепутье — современный этап характеризуется поиском новой парадигмы. Указывается, что наступил «момент истины» — сумеет ли российское правоведение стать полностью адекватным не только текущим (ситуативным) социальным запросам, но и идеалам современной науки, способным не только объяснять текущее «настоящее», но и эффективно прогнозировать и проектировать принципиальное «будущее» права, или «плановмерно отступит» на описательно-комментаторские позиции. А также отмечается, что в юридической науке есть существенные пробелы и недостатки в освещении вопросов онтологии, гносеологии и аксиологии юриспруденции. Позитивное решение современных проблем юриспруденции видится в «глубинном» исследовании права с использованием современного методологического инструментария².

В ряду направлений, сформировавшихся в рамках отечественного правоведения в последнее десятилетие, свидетельствующих о продолжающемся поиске подходов к пониманию права как социального феномена, заслуживает внимания позиция А.К. Черненко, который важнейшим подходом в решении поставленных задач считает «системно-содержательный подход» (термин А.К. Черненко) к пониманию права. В рамках этого подхода структурными компонентами определения права выступают естественное, позитивное и субъективное право. На наш взгляд, такая позиция вполне может быть отнесена к одному из вариантов интегративного подхода к правопониманию.

Системно-содержательное (или просто содержательное) понимание и определение права, в интерпретации исследователя, есть «интегративная модель, которая в преобразованном, «снятом» виде включает в себя свойства и черты генетического и описательного права». Присоединяясь к позиции Д.А. Керимова («право включает всю систему пространственно-временных характеристик правовой действительности»³), он выделяет системные и содержательные характеристики, а именно:

- строгое соответствие нормы права объективным закономерностям развития общества, потребностям и интересам населения;
- это то, что с необходимостью вытекает из основных естественно-правовых и социальных ценностей, — понимание права как интегрального единства права и свободы, правовой свободы;
- это качественная характеристика права как справедливости, равенства в должном;
- генетическая характеристика права, его динамизм — внедрение в практическую жизнь системы правовых норм, правовых принципов и правовой политики;
- системное единство всех компонентов, составляющих право: правотворчества, эффективности правового воздействия, способов толкования права, путей укрепления законности и правопорядка и др.

Конкретно-политическая характеристика права — воспроизведение в праве изменяющихся конкретно-исторических, политических и социально-экономических условий и обстоятельств.

Такое понимание права позволяет познать «внутренние формы организации системности права, его содержательной природы, выступающей как единство устойчивых взаимосвязей составляющих

¹ См.: Основные концепции права и государства в современной России // Государство и право. — 2003. — № 5; Черненко А.К. Теоретико-правовые проблемы формирования правовой системы общества. — Новосибирск, 2004; и др.

² См. например: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. — Екатеринбург, 2001. — С. 8; Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М., 1998. — С. 1; Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. — М., 2000. — Т. 1: Элементный состав. — С. 12; и др.

³ Черненко А.К. Теоретико-правовые проблемы формирования правовой системы общества. — Новосибирск, 2004. — С. 163.

его элементов»¹. К этим элементам относятся объективные жизненные процессы и естественно-правовые ценности; правовые нормы, правовые законы, установленные государством и обеспеченные его принуждением; система правовых принципов и установок; правовая политика, представляющая собой интегральный стержень всей системы правотворчества и правоприменения; механизм реализации права, практическое регулирование социальных отношений и т. д. Право динамично, и в этом случае существенными элементами реализации права являются активная деятельность субъекта права, правосознание и правовая культура. Все элементы находятся не только во внешней связи, но системны и имеют внутреннюю структуру.

В определении понятия права автором используется аксиологический (ценностный) подход, с этих позиций им рассматриваются критерии, методы и механизм эффективности правотворчества, как части правовых технологий и механизма формирования правовых систем. Остановимся лишь на критериях эффективности правотворчества, представляющих, на наш взгляд, центральное звено концепции эффективности средств правового регулирования.

Итак, «эффективный» в одних случаях означает «действенность», в других — «результативность», в иных — «действие, приводящее к нужному позитивному результату». Последнее определение возьмем за основу в анализе критериев эффективности.

Качество правотворческой деятельности определяется степенью влияния законов и иных правовых норм на установление правопорядка, соотносится с поставленной целью правового регулирования и правовыми средствами, позволяющими достичь эффективного результата. Цель — это идеальный образ, субъективная форма будущей действительности, в том числе будущей нормы права. Благодаря средствам цель объективируется, приобретает реальную, конкретную форму реализации, следовательно, обеспечивает конкретную меру эффективности. Соотношение между целями и средствами носит диалектический характер. И чем полнее цель воплощается в средствах, тем эффективнее ее правовое воздействие.

В связи с этим автор считает принципиально важным выявить критерии, позволяющие определить реальную степень эффективности и ее качественные показатели на разных стадиях юридического процесса, то есть как на стадии правотворчества, так и на стадии правоприменения, тем самым связывает правотворчество с реализацией права. При этом считает, что выявление критериев дает возможность по-новому подойти и к объяснению системы правопонимания, ее места в формировании правопорядка и законности. Базовым понятием при определении критерия служит системно-содержательное понятие права, о чем упоминалось выше.

Такой подход позволяет построить и объяснить классификацию критериев эффективности правотворчества и правореализации и выделить три ступени процесса, нацеленного на высокую эффективность правового воздействия.

На первой ступени определения эффективности правотворчества критерием является степень реализации нормы права. На этой ступени достаточно будет определения цели как мысленного образа будущего закона или иных нормативных актов. При таком подходе используется определение права как совокупности правовых норм, обеспеченных принуждением государства. Степень реализации нормы права определяется иерархичностью, взаимосвязанностью и взаимозависимостью норм права. Этот критерий позволяет охарактеризовать жесткую (или отсутствие таковой) связь между государственной волей и правовыми нормами. В этом случае право тождественно закону. Нормы права образуют определенную иерархию, и юридическая сила каждой из них обусловлена силой вышестоящей нормы. Однако, используя только этот критерий определения эффективности правового регулирования, сложно увидеть динамику прогрессивных тенденций социального развития, определить объем и закономерности закрепления естественных прав человека, дать нравственную оценку правовым явлениям.

На второй ступени определения эффективности правотворчества есть необходимость использовать ценностный критерий эффективности. И тогда норма права оценивается не только как идеальный образ поведения людей, но и как социально-ценностная основа правового регулирования.

Вторая ступень более содержательная и конкретная в части определения критерия эффективности правового воздействия. Она предполагает модель системно-содержательного подхода в понимании права. В рамках этого подхода структурными компонентами определения права выступают естественное, позитивное и субъективное право. На данной ступени обнаруживаются новые качественные параметры правового регулирования, а именно его социально-ценностное содержание. Весь процесс правотворчества начинается с формулирования законодателем представления о социальных ценностях и его целенаправленного стремления придать естественному праву форму закона. Ценностный критерий призван показать новый подход к оценке цели и правового средства. В данном случае специфической чертой цели является не просто идеальный, мысленный образ нормы права, а ее соци-

¹ Черненко А.К. Теоретико-правовые проблемы формирования правовой системы общества. — Новосибирск, 2004. — С. 165.

ально-ценностная основа. Правовые средства, будучи материализованной формой цели, также содержат в себе ценностные признаки и черты.

Однако одного наличия цели и правовых средств, при всей их ценностной ориентации, недостаточно для осуществления воли законодателя. В немалой степени это объясняется тем, что цель законодателя не опосредована механизмом ее реализации.

Именно эта задача может быть решена на третьей ступени определения эффективности правотворчества. Критерием эффективности выступают системность и целостность правового поля. На этой ступени в определение права кроме представлений о естественном, позитивном и субъективном праве включаются также представления о механизме правореализации. Структурными элементами являются не только нормы естественного и позитивного права в их взаимосвязи и взаимообусловленности, но и правовые принципы, правовая политика, юридическая практика и т. д. Отсутствие хотя бы одного из элементов ослабляет, разрушает право, вследствие чего оно утрачивает эффективность как практический регулятор поведения людей.

Системный критерий (включающий в себя ценностные ориентиры) указывает на наличие необходимых и достаточных условий действительной реализации целей, высокой степени эффективности правотворчества и правореализации. Он позволяет выделить такие качества права, которые необходимы для обеспечения эффективности правового воздействия, позволяет увидеть пределы автономности каждого из элементов правовой системы.

Итак, процесс определения эффективности правотворчества имеет стадийный характер и основан на комплексе критериев. Поэтапный критериальный анализ эффективности правотворчества позволяет по-новому подойти к классификации критериев, основу которой составляет типология правопонимания. С точки зрения позитивизма важное критериальное значение имеет норма права, установленная компетентными органами государства. В то же время позитивизм не учитывает нравственной и социальной составляющих правовых явлений. Критерий социально-ценностной обусловленности права позволяет оценить эффективность права с точки зрения соответствия правовых явлений естественно-правовым ценностям, помогает провести четкую грань между правовым и неправовым законами. Отсутствие целостности и системности не только влечет снижение эффективности правового регулирования, но и вытесняет право из правового пространства, превращая его в политические и идеологические установки.

М.К. Кроз

Кроз Марина Константиновна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского и предпринимательского права Самарского государственного экономического университета

Направления модернизации трудового законодательства Российской Федерации

Трудовое законодательство Российской Федерации — одна из наиболее стабильных отраслей национальной системы законодательства, изменения в которой, как правило, носят точечный (конкретно-институциональный) или глобальный, системный характер. Последнее подобное глобальное преобразование трудового законодательства, устранившее не только существовавшие пробелы и внутренние коллизии, но и затронувшее основания самой системы — ее принципы, произошло 30 июня 2006 года в связи с принятием Федерального закона № 90-ФЗ¹. Однако подобное системное изменение все же не устранило заложенные еще в момент создания нового российского отраслевого закона о труде противоречия. Данные противоречия, на мой взгляд, связаны с несоответствием внутренних установок Закона потребностям рыночной капиталистической экономики, то есть, по сути, с нарушением системных связей правовой, в данном случае трудо-правовой, и экономической основ существования общества.

Проблемы изучения системных связей отраслей российского права не раз становились предметом научных дискуссий. Между тем не менее, а может быть и более важной представляется проблема взаимодействия двух неравнозначных систем — национальной экономики (макросистема) и отрасли права (микросистема). При этом для отраслей российского законодательства, формируемых не только на федеральном, но и на региональном уровне (субъекта РФ, муниципального образования), к которым относится трудовое законодательство, также актуальным видится изучение вопросов влияния законодательства о труде субъекта РФ либо муниципального образования на развитие рыночных механизмов конкретного региона. В любом случае названные исследовательские проблемы должны быть направлены на анализ условий эффективного развития экономики, ее устойчивого роста при условии обеспечения реализации социальной функции российского государства.

Обозначенная мною проблема несоответствия парадигмы трудового законодательства РФ современному уровню развития рыночной экономики имеет в своем основании положения Конституции РФ о социальной направленности государственной политики России, признании, соблюдении и защите прав и свобод человека и гражданина и свободе экономической деятельности (ст. 2, 7, 8 Конституции РФ). Первая часть тезиса — о приоритете социальных, «человекомерных» ценностей (ст. 2, 7 Конституции РФ) соответствует наиболее высокому из известных экономической науке уровню развития капиталистической экономики — экономики смешанного типа, формирующейся в постиндустриальном обществе, которое характеризуется отсутствием жесткого отчуждения труда и капитала. В таком обществе нет четкого различия между собственником и наемным работником, поскольку наиболее ценные в подобном обществе блага — информация, результаты интеллектуальной деятельности — доступны практически всем. В экономике смешанного типа прозрачны границы между менеджером и акционером — в любой момент основное противоречие между трудом и капиталом может быть снято широким вовлечением наемных работников в сферу коллективного присвоения и управления бизнесом. К сожалению, рыночная экономика смешанного типа — желаемый, а не настоящий этап развития национальной экономики. Однако, формирование должного, необходимого составляет функцию правотворчества, и в этом смысле Конституция РФ нацелена на создание уже сейчас правовых условий для становления социально-ориентированной экономики, позволяющей сглаживать противоречия между экономически неравными группами населения.

Неустойчивое состояние российской экономики подтверждается не только субъективными оценками ученых² и политиков, но и Правительством РФ. В одобренной на заседании Прави-

¹ Федеральный закон от 30 июня 2006 года № 90-ФЗ (ред. от 17 июля 2009 г.) «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. — 2006. — № 27. — Ст. 2878.

² О некоторых проблемах перехода на новый этап развития экономики — постиндустриальной или инновационной см.: *Грибанов Д.В.* Ресурсы и правовое регулирование инновационной экономики // *Российский юридический журнал*. — 2010. — № 4. — С. 144—155.

тельства РФ программе «Основных направлений антикризисных действий Правительства Российской Федерации на 2010 год»¹ указывается, что положительные тенденции в экономике России в посткризисный период пока несут неустойчивый характер, все еще продолжают доминировать факторы, обусловившие быстроту и глубину спада: зависимость от конъюнктуры мировых цен на товары сырьевого экспорта, низкий внутренний спрос и неспособность российской промышленности его обеспечить, слабая финансовая система и отсутствие в экономике «длинных» денег.

Функцию правового обеспечения экономической деятельности в отсутствие специального кодифицированного акта (предпринимательского кодекса) выполняют различные отрасли российского законодательства. Это, прежде всего, — гражданское, налоговое, таможенное законодательство РФ. Трудовое законодательство закрепляет правовые основы использования человеческого капитала или трудовых ресурсов в реальном секторе экономики. Общей же правовой основой отраслевого регулирования экономических отношений выступает приведенное в начале настоящей статьи конституционное положение о свободе экономической деятельности (п. 1 ст. 8 Конституции РФ). Данное правовое положение составляет один из базовых элементов конституционного строя России (гл. 1 Конституции РФ). И это положение, на мой взгляд, отражает уже не будущий, а прошлый этап экономической истории современной России. Официально поддержанная в первые годы независимости страны либеральная концепция насаждения рыночной экономики требовала предоставления наибольшей свободы формирующемуся классу предпринимателей, создание правовых гарантий защиты их интересов, в число которых, прежде всего, входит общая дозволенная направленность правового регулирования, договорная свобода, неприкосновенность частной собственности. Именно эти либеральные ценности и легли в основу статей 8, 34, 35, 36 Конституции РФ и первой части Гражданского кодекса РФ. Не случайно указанные законодательные акты были приняты в 1993—1994 годы в период активного развала плановой экономики, реализации концепции «шоковой терапии», позволившей в кратчайший период осуществить перераспределение государственной собственности, банковских средств, включая валютные займы иностранных инвесторов.

В настоящее время же правовая политика российского государства направлена на укрепление роли государственных регуляторов экономики, поскольку либеральные идеи невмешательства в частные дела, свободы предпринимательства оказались неспособными обеспечивать интересы общества и государства, что вытекает из самой природы либеральной философии. Распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 года № 1662-р была утверждена «Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года»², нормативно закрепившая необходимость перехода от экспортно-сырьевой (то есть индустриальной с перекосом в сторону добывающей и перерабатывающей промышленности (ТЭК)) к инновационной (то есть постиндустриальной) модели экономического роста. Указанный рост Правительство РФ связывает, прежде всего, с формированием нового механизма социального развития, основанного на сбалансированности предпринимательской свободы, социальной справедливости и национальной конкурентоспособности. Таким образом речь идет об обеспечении частных и публичных интересов в процессе регулирования экономических отношений, далее — реализации нормативных предписаний и защиты прав и законных интересов субъектов экономических отношений в суде.

Скорректированная под влиянием международного экономико-политического кризиса парадигма государственного управления экономикой страны, к сожалению, способствовала лишь новому всплеску правотворческой активности, направленной зачастую на создание новых законодательных актов без пересмотра существующих. Необходимость актуализации действующего нормативного материала с учетом нового политического курса, на мой взгляд, определяется тем, что переход России от индустриальной к постиндустриальной, инновационной экономике — единственно исторически возможный путь развития страны. В связи с этим либеральные по своей идее положения Конституции РФ благодаря деятельности высших судебных инстанций и, прежде всего, Конституционного суда РФ, приобретают иное наполнение.

В состоянии обострения в посткризисный период конфликта интересов — частного и публичного или двух частных интересов, основанных на одинаково гарантированных Конституцией правах, как правило, социально-экономического содержания, приоритет отдается необходимости достижения

¹ «Основные направления антикризисных действий Правительства Российской Федерации на 2010 год» (одобрено на заседании Правительства РФ (протокол от 30 декабря 2009 г. № 42)) // СПС «КонсультантПлюс» (Документ официально опубликован не был).

² Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 года № 1662-р (ред. от 8 августа 2009 г.) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» (вместе с «Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года») // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 47. — Ст. 5489.

баланса указанных интересов¹. Однако, на мой взгляд, в контексте современного состояния рынка труда достижение такого баланса приводит к недостаточной реализации и тех, и других прав, что влечет за собой социальное недовольство и неверие в справедливость правосудия. Так, у работодателей в рамках действующего трудового законодательства отсутствует возможность быстро реагировать на изменение рыночной конъюнктуры и принимать экономически выгодные управленческие решения, поскольку минимальный срок для внесения изменений в существующие условия организации трудового процесса составляет 2 месяца. Работник, как правило, в настоящее время не доволен размером оплаты труда, увеличением объема выполняемой работы без соответствующего вознаграждения (часто при сокращении численности или штата прежний объем работы выполняется оставшимися сотрудниками), отсутствием перспектив повышения квалификации и карьерного роста. С целью минимизации предпринимательских рисков, снижения затрат на выполнение обязательств перед внебюджетными социальными фондами работодатель устанавливает либо минимальные, либо близкие к этому размеры оплаты труда.

Названные проблемы вытекают как из существования достаточно весомого комплекса унаследованных из советского законодательства систем гарантий, которые в экономически развитых странах выступают атрибутами социально ориентированной рыночной экономики и в этом контексте представляют собой скорее будущее, а не прошлое России, так и из накопившихся пережитков эпохи крупного промышленного производства и неразвитости сферы услуг. В числе положений трудового законодательства, не способных эффективно реагировать на вызовы современности, можно назвать следующие.

1. Оторванность трудового договора от договорных институтов частного права в аспекте правового регулирования содержания договора, формирования его условий. На наш взгляд, использование с 2006 года законодателем оценочного понятия «обязательные условия трудового договора» (ч. 2 ст. 57 ТК РФ) окончательно разрушило идею о взаимосвязи процедур формирования содержания гражданско-правового и трудового договоров. Законодатель путем изменения понятия «существенные условия» на «обязательные» четко обозначил приоритет информационной, социально-защитной функции таких условий перед договорной, поскольку в данном случае стороны договора уже не свободны в выборе существенных для них условий соглашения. В целом указанная ситуация соответствует социальной направленности трудового законодательства, призванного обеспечить возможность слабой стороне договора — работнику, непрофессионалу в сфере трудового права и кадрового делопроизводства — в тексте договора — найти все необходимые сведения. Подобный подход согласуется и с позицией законодателя по вопросу регулирования отношений с аналогичными субъектами, не способными влиять на содержание договора, например, с потребителями товаров, работ и услуг. Однако, если в гражданском праве социальная направленность законодательства о защите прав потребителей компенсируется возможностью использовать продавцом рыночные, договорные методы взаимодействия с потребителями, ТК РФ четко очерчивает договорную свободу работодателя. В связи с этим тезис о расширении договорной основы трудового права² я считаю преувеличением. Помимо отсутствия свободы в формировании «набора» обязательных условий, значение трудового договора как основания возникновения трудового правоотношения было подорвано легализацией фактических отношений по труду (допущения к работе) в качестве основания возникновения трудового правоотношения³ (ч. 3 ст. 16 ТК РФ). Что же касается идеи распространения действия межотраслевого принципа свободы договора на трудовые отношения, то мною поддерживается позиция тех ученых⁴, которые считают, что принцип свободы договора в его цивилистическом понимании не вытекает из природы трудового договора, «поскольку не обладая обоюдной свободой на стадиях заключения и опре-

¹ См., например, постановление Конституционного Суда РФ от 24 января 2002 года № 3-П «По делу о проверке конституционности положений части второй статьи 170 и части второй статьи 235 Кодекса законов о труде Российской Федерации и пункта 3 статьи 25 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» в связи с запросами зерноградского районного суда Ростовской области и Центрального районного суда города Кемерово» // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 7. — Ст. 745; определение Конституционного Суда РФ от 3 февраля 2010 года № 149-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Котово-Межрайгаз» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1.3 постановления Верховного Совета РСФСР «О неотложных мерах по улучшению положения женщин, семьи, охраны материнства и детства на селе // СПС «КонсультантПлюс» (Документ официально опубликован не был); определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2010 года № 1005-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Разгильдеева Александра Витальевича на нарушение его конституционных прав статьей 249 Трудового кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (Документ официально опубликован не был).

² Об этом: Чиканова Л.А. Основные направления развития российского трудового законодательства / Л.А. Чиканова, А.Ф. Нуртдинова // Журнал российского права. — 2010. — № 5. — С. 5—19.

³ См. об этом подробнее: Архипов В.В. Место и значение трудового договора в регулировании и организации трудовых отношений: теория и практика // Законодательство и экономика. — 2009. — № 7.

⁴ Русских Т.В. О свободе сторон трудового договора // Трудовое право. — 2010. — № 12. — С. 85—91.

деления условий договора, решения вопросов его изменения и прекращения, стороны не могут выразить своей действительной воли в договорных отношениях¹. Основной идеей трудового права выступает принцип свободы труда, а не трудового договора.

2. Дифференциация правового регулирования трудовых отношений, являясь одной из характеристик метода трудового права, связанного с необходимостью учета специфики труда отдельных категорий работников, в настоящее время в связи с проведением масштабного реформирования государственной службы, как гражданской, так и правоохранительной, приобрела несколько преувеличенные размеры, выражающиеся в последовательном проведении идеи принципиальной обособленности законодательства о государственной службе от базовой отрасли трудового права². Названная идея проводится как на уровне нормативно-правовых актов, так и в правоприменительной практике. Несмотря на ежегодное внесение изменений в Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации»³ (далее — Закон) современная редакция Закона до сих пор действует на основе дореформенной редакции Трудового кодекса РФ (редакции до 2006 г.), а значит, и на устаревшей концепции договорного регулирования трудовых отношений. Так, содержание служебного контракта согласно Закону составляют его существенные и дополнительные условия, перечень которых близок по смыслу условиям, ранее закрепленным в ТК РФ (см.: ч. 3, 4 ст. 24 Закона и ст. 57 ТК РФ до 2006 г.); условия заключения срочного служебного контракта (ст. 25 Закона) также в целом корреспондируют условиям, предусмотренным старой редакцией статей 58, 59 ТК РФ; концепция изменения условий служебного контракта равным образом потеряла свою актуальность и не соответствует принципам учета воли работника при изменении любых, включенных в договор условий (в соответствии с термином ТК РФ, статья 57 — «определенных сторонами условий»), как «существенных», так и дополнительных. В соответствии со статьей 29 Федерального закона «О государственной гражданской службе РФ» порядок одностороннего изменения представителем нанимателя условий контракта распространяется лишь на изменение его существенных условий. В связи с этим можно сделать вывод о том, что изменение дополнительных условий контракта осуществляется без соблюдения гарантий, установленных статьей 29 Закона, а именно: обязанностей представителя нанимателя предупредить служащего не позднее чем за 2 месяца до введения изменений, а в случае отказа от продолжения работы предложить ему другую должность в том же государственном органе или другом (п. 2, 3 ст. 29 Закона).

Кроме того, в Законе о государственной гражданской службе до настоящего времени легально допускается применение принудительного труда. Об этом свидетельствует сохранившийся в Законе институт временного перевода на другую работу по «производственной необходимости» (ч. 1 ст. 30 Закона), а также закрепленный пункт 4 статьи 28 Закона случай изменения условий служебного контракта, не требующий согласия работника. Последняя ситуация Законом определена в качестве перемещения, условием применения которого выступает выполнение работы по другой должности, на замещение которой служащий не соглашался при сохранении должностных обязанностей (п. 4 ст. 28 Закона). При этом, остается неясным, что Закон понимает под должностными обязанностями, поскольку в перечне существенных условий служебного контракта такого условия, как должностные обязанности, не существует. В части 3 статьи 24 Закона закреплены взаимосвязанные, но не тождественные понятию «должностные обязанности» условия: 1) наименование замещаемой должности гражданской службы с указанием подразделения государственного органа; 2) дата начала исполнения должностных обязанностей; 3) права и обязанности гражданского служащего, должностной регламент. В перечне дополнительных условий должностные обязанности также отсутствуют (ч. 4 ст. 24 Закона). На мой взгляд, подобная недоработка статей 24, 28 Закона, даже при условии восполнения недостатка в других статьях Закона или иных нормативно-правовых актах, существенно снижает уровень защищенности государственного служащего от субъективизма со стороны представителя нанимателя в решении значимых для каждого работника вопросов: какую должность он будет замещать, какие льготы связаны с замещением данной должности, чем обусловлено изменение существенного условия контракта без согласия самого «исполнителя» — служащего. Односторонние, то есть не требующие волевых действий со стороны работника, действия работодателя, каковым и является перемещение, по смыслу и идее конституционного принципа свободы труда должно осуществляться без изменения определенных сторонами условий труда, тем более без изменения его предмета — трудовой функции. Этим перемещение отличается от перевода (см. п. 3 ст. 72.1 ТК РФ). В данном случае ссылка Закона на необходимость сохранения должностных обязанностей не является равнозначной мерой, обеспечивающей сохранение прежних условий труда служащего, включая условия об оплате труда, о режимах труда и отдыха.

¹ Русских Т.В. О свободе сторон трудового договора // Трудовое право. — 2010. — № 12. — С. 85—91.

² Об этом см.: Иванкина Т.В. Проблемы правового регулирования труда государственных гражданских служащих // Российский ежегодник трудового права. — 2008. — № 4. — С. 277—284; СПС «КонсультантПлюс».

³ Федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ (ред. от 28 декабря 2010 г.) «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 31. — Ст. 3215.

С учетом сказанного в целях эффективной реализации принципов равноправия, свободы труда, а также выполнения социально-защитной функции государства, в том числе, когда оно выступает в роли «работодателя», необходимо внести ряд изменений в Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации», актуализирующих его положения в направлении современного состояния трудового права России и общепризнанных принципов и норм международного права.

3. Кризисное состояние экономики России является основной причиной высокой напряженности на рынке труда. Более гибкое применение различных форм занятости — на условиях неполного рабочего времени, срочного трудового договора, совместительства, самозанятости, на мой взгляд, поможет сохранить трудовой потенциал работников, минимизировать издержки на обучение и переобучение безработных, предотвратить массовое бегство высококвалифицированной рабочей силы за рубеж, вытеснение национальных трудовых ресурсов более дешевой рабочей силой из стран ближнего зарубежья. Длительная невостребованность знаний и умений работника или, наоборот, его повышенная эксплуатация ведут к усилению процессов отчуждения труда от его носителя, что означает восприятие работниками результатов своего труда как чужого¹.

Проблема отчуждения труда, к сожалению, исследуется только с позиции экономики. Между тем пассивное отношение работников к своему труду и будущему в профессии, отсутствие заинтересованности в результатах своей деятельности и деятельности организации рождает низкую производительность труда, что, в итоге подрывает экономический рост государства. Трудовое право, равно как и другие отрасли российского законодательства, в этом смысле должны создавать правовые предпосылки для предотвращения деградации национальной рабочей силы.

К числу основных сдерживающих факторов развития трудового потенциала российских работников является низкая заработная плата и преобладание неправовых, нецивилизованных форм взаимодействия работника и работодателя. Как правильно отмечается в экономической литературе, современный класс руководителей характеризует «откровенное пренебрежение наемным трудом, нежелание... заниматься проблемой предотвращения массовых увольнений. Заботу о людях, теряющих работу, такие предприниматели предпочитают в лучшем случае взвалить на плечи местных органов власти и служб занятости»².

Очевидно, что названная проблема имеет межотраслевую природу и, соответственно, ее решение зависит от комплексного воздействия на отношения труда и капитала различных отраслей отечественного законодательства. В ближайший круг взаимодействия трудового законодательства РФ входят отрасли налогового (прежде всего, в части налогообложения прибыли, взносов во внебюджетные социальные фонды), миграционного, предпринимательского законодательства. При этом нужно учитывать, что процесс правоприменения не может быть оторван от реальной экономической деятельности предпринимателя, для которого использование труда работника имеет конкретное стоимостное выражение. В данном аспекте внеэкономическое влияние, например, ужесточение требований законодательства в части налогообложения, приводит сложившуюся систему затрат в движение. В результате при оценке возможных рисков минимизации подвергаются чаще всего затраты социального характера. Так, повышение отчислений во внебюджетные фонды в 2010 году на фоне экономического кризиса заставило предпринимателей предпочесть «теневые» формы взаимодействия с трудом, использование труда самостоятельных работников (на основе гражданско-правовых договоров). Кроме того, вновь после кризиса 2008 года можно было наблюдать процесс передачи на аутсорсинг неликвидных или непрофильных подразделений организации.

Излишняя урегулированность вопросов кадрового делопроизводства, негибкость трудового законодательства в части изменения условий труда, численности персонала — еще одна собственно отраслевая причина непривлекательности трудового права для предпринимателя. Прежде всего речь идет о необходимости пересмотра неоправданно длинных сроков предупреждения работников об изменении определенных сторонами условий трудового договора (ст. 74 ТК РФ). На практике лишь незначительный процент работодателей, как правило, относящихся к бюджетному сектору экономики, имеют возможность сохранять стабильное состояние в условиях непредсказуемости рынка.

Следующим затруднением, которое испытывает работодатель при применении статьи 74 ТК РФ, является практическая невыполнимость требований Кодекса относительно необходимости доказывания работодателем указанных в нем причин изменения условий трудового договора.

Согласно названию и содержанию пункта 1 рассматриваемой статьи изменение определенных сторонами условий трудового договора допустимо только по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда. К таковым Кодекс относит, в частности, изменения в технике и технологии производства, структурную реорганизацию производства. Однако, несмотря на то, что этот перечень является открытым, законодатель четко определил допустимые при-

¹ См.: Одегов Ю.Г. Экономика труда: Учебник: В 2 т. / Ю.Г. Одегов, Г.Г. Руденко, Л.С. Бабынина. — М., 2007. — Т. 1. — С. 96.

² Там же. — С. 114.

чины изменения условий труда — либо организационные, либо технологические, тем самым значительно сузил границы дозволенного. В указанные границы не входят действия работодателей — организаций непроизводственного сектора, например, сферы услуг, так как технология в Кодексе прямо соотнесена с производством, работодателей — индивидуальных предпринимателей, организаций малого бизнеса, не имеющих структурных подразделений, поскольку структурные изменения по смыслу связаны именно с изменением внутреннего строения организации. К организационным или технологическим причинам изменения условий труда не относится также одна из самых распространенных в последнее время причин оптимизации внутренних расходов предпринимателей — сокращение прибыли и, как следствие, фонда оплаты труда. В условиях необходимости поддерживать прежний уровень оплаты труда в течение как минимум двух месяцев сохранение существующих условий труда будет лишь способствовать снижению платежеспособности работодателя, что может привести к его банкротству и, соответственно, к полной потере работы сотрудниками организации.

Закрепленный в статье 74 ТК РФ механизм обеспечения сохранения рабочих мест путем введения режима неполного рабочего времени также не соответствует интересам работодателя. При отказе работников от продолжения работы в подобных условиях организации следует выплатить в пользу данных работников выходные пособия в размере, предусмотренном для случаев расторжения трудового договора по пункту 2 части 1 статьи 81 ТК РФ, сокращение численности или штата работников организации (ч. 6 ст. 74, ч. 1 ст. 178 ТК РФ). Таким образом, работодателю, испытывающему определенные трудности в сохранении прежнего уровня оплаты труда, в осуществлении других расходов на персонал, выбор между мероприятиями по сокращению численности или штата и мероприятиями по изменению определенных сторонами условий договора может быть сделан в пользу сокращения. С точки зрения способа экономии ограниченных финансовых ресурсов, продолжительности мероприятий во времени, сложности правовых процедур и судебного доказывания правомерности поведения работодателя названные управленческие решения практически идентичны, однако социальный эффект от их применения очевидно неравнозначен.

В связи со сказанным считаю необходимым либерализовать, упростить положения статьи 74 ТК РФ, приблизив его нормы к проблемам реального сектора экономики. Прежде всего следует разделить случаи планового, нормального и непланового, кризисного изменения условий труда. Обязанность доказывания фактов существования условий применения конкретного варианта изменения лежит, конечно, на предпринимателе. Плановые изменения условий труда имеют долгосрочный характер и относятся к постоянным изменениям, проводимым в условиях нормальной хозяйственной деятельности организации. Следовательно, причинами подобных изменений могут являться установленные в решениях органов управления юридического лица или индивидуального предпринимателя смена вида осуществляемой деятельности, рынков сбыта, изменения в структуре организации, внедрение новых стандартов в управлении и собственно в производстве товаров или в процессе оказания услуг. Срок введения необходимых изменений должен варьировать от двух до одного месяца в зависимости от масштабности вводимых изменений. Степень глобальности изменений оценивает самостоятельно работодатель, а при наличии в организации профсоюза — с учетом его мнения. Критерии определения срока предупреждения об изменении определенных сторонами условий договора могут содержаться в коллективном договоре или правилах внутреннего трудового распорядка. В любом случае при возникновении трудового спора вопрос об адекватности действий работодателя будет оценен судом или инспектором по труду на основе принципа обеспечения баланса интересов работника и работодателя.

По аналогии с частью 1 статьи 72² ТК РФ можно ввести категорию временного изменения определенных сторонами условий договора по инициативе работодателя, не связанного с изменением трудовой функции работника, на период восстановления платежеспособности работодателя, но не более 6 месяцев. Причинами подобного изменения условий труда должны выступать проблемы организационно-организационного характера, действительное существование которых также доказывается работодателем. Срок уведомления работников о необходимости изменения условий труда в подобной ситуации не должен превышать 14 дней. При отказе работников от продолжения работы в новых условиях возможен перевод работника с его согласия на другую работу у данного работодателя. При этом, вопреки правилам, сформулированным в части 3 статьи 74 ТК РФ, целесообразнее закрепить обязанность работодателя предлагать отказавшимся от работы в новых условиях труда работникам не только имеющиеся вакантные должности (их, как правило, сокращают еще до проведения мероприятий по изменению условий труда), но и должности временно отсутствующих работников. В случае же отказа работника от временного перевода или отсутствия подходящей работы, работник вправе заявить либо о прекращении трудового договора (основание здесь остается прежним — п. 7 ч. 1 ст. 77 ТК РФ), либо о временном приостановлении работы с сохранением места работы и должности. Довольно сложно в последнем случае решается вопрос с оплатой периода временной приостановки работы. По смыслу ТК РФ указанный период является простоем, причины которого кроются в рискованном характере предпринимательской деятельности работодателя. При этом факты наличия и отсутствия

вины работодателя в сложившейся ситуации не имеют юридического значения — работодатель как организатор бизнеса и как сторона договорного отношения обязан обеспечить определенные в договоре условия труда. Между тем законодатель в статье 157 ТК РФ связывает размер оплаты времени простоя с подтверждением вины работодателя либо обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии вины как работника, так и работодателя. Прежде всего, на мой взгляд, речь об оплате времени простоя вообще идти не должна — оплачивается труд, а в остальных случаях работодатель сохраняет за работником средний заработок. В силу этого при введении не устраивающих работника условий труда необходимо решить вопрос о допустимом с учетом необходимости соблюдения принципа обеспечения баланса интересов между работником и работодателем пределе сохранения за работником среднего заработка. Думается, следует использовать среднюю величину, поскольку закрепление в законе обязанности полного сохранения заработка либо в размере, определенном в статье 157 ТК РФ, не отвечает особым условиям применения нововведений. Полное же отсутствие финансовых гарантий со стороны работодателя будет способствовать, во-первых, неправомерному использованию им неблагоприятной экономической ситуации, во-вторых, искусственному затягиванию «кризисного» периода. Кроме того, рисковый характер предпринимательской деятельности означает, что неблагоприятные последствия такой деятельности, по общему правилу, должны претерпеваться самим предпринимателем, а не его контрагентами и, тем более, не его работниками.

Однако взаимосвязь труда и капитала не позволяет государству и обществу игнорировать проблемы субъектов предпринимательской деятельности, тем более что указанные проблемы в полной мере отражаются на благосостоянии зависимых от работодателей лиц. В силу этого одним из возможных путей решения вопросов предупреждения массовых сокращений рабочих мест может выступить создание в структуре Минэкономразвития РФ или Минздравразвития РФ специального фонда поддержки работодателей, находящихся в кризисной ситуации. В любом случае, необходимость поиска альтернативных способов регулирования отношений наемного труда назрела и, на мой взгляд, указанные способы должны демонстрировать более гибкий, более взвешенный подход, соответствующий современным условиям организации и осуществления предпринимательской деятельности.

Л.Л. Кругликов, И.Н. Горячев

Кругликов Лев Леонидович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова;
Горячев Илья Николаевич — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова

О естественных презумпциях в праве¹

Термин «презумпция» чаще всего трактуется применительно к праву. В юридической науке, однако, большинство исследований замкнуто только на презумпциях, используемых в праве, и ограничено рамками юридической лексики, что, по нашему мнению, мешает прийти к полноценному пониманию рассматриваемого феномена.

В теории права в зависимости от способа закрепления презумпции по общему правилу делят на естественные (фактические) и законные (юридические), что не может не вызвать определенные сомнения. И не случайно отдельные правоведы возражают против приведенной классификации, отмечая, что оба названных вида презумпций имеют «одинаковую правовую и логическую природу»² и вообще «никаких естественных презумпций как правил, которыми руководствуется суд при установлении фактических обстоятельств дела, не существует»³.

Но существует и иное мнение — фактические презумпции составляют предположения, которые «судьи делают по своему внутреннему убеждению, выводя на основании своего жизненного опыта заключение о сути того или иного факта в соответствии с обстоятельствами данного дела»⁴, что такие презумпции в законе четко не выражены и тем не менее применяются в сфере права⁵. В качестве примеров фигурируют презумпции: необратимого распада брака или используемое в гражданском судопроизводстве предположение «молчание — знак согласия»⁶; истинности показаний лица, данных в ходе судебного разбирательства, по отношению к показаниям, данным им же в ходе следствия⁷, и др. Естественные (фактические) и законные (юридические) презумпции имеют свои особенности, и они сказываются в правоприменительной деятельности⁸.

Трудно не согласиться с этим мнением: хотя фактические презумпции не обязательны для правоприменительного органа, но они сложились в результате правоприменительной деятельности и находят использование на практике⁹. Верно и другое заключение: поскольку фактические презумптивные предположения не обладают юридическим признаком, не закреплены в статьях закона, «отпадает всякое основание для объединения этих презумпций с теми, сила которых предусмотрена законом»¹⁰.

Вместе с тем, следует иметь в виду, что двучленное деление носит во многом условный характер, что выражается, в частности, в том, что отдельные фактические презумпции в процессе своей эволюции находят в конечном счете прямое или косвенное закрепление в законе, приобретая после этого статус законной (юридической) презумпции. Возможен и противоположный вариант.

¹ Работа выполнена в рамках проекта РГНФ.

² Воложин В.П. Юридические предположения в советском гражданском праве и процессе: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1953. — С. 113.

³ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть Общая. — М., 1966. — С. 425.

⁴ Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс. — М., 1954. — С. 187.

⁵ См.: Мейер Д. О юридических вымыслах и предположениях: О скрытых и притворных действиях. — Казань, 1854. — С. 52—53; Коржаков И. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. — 1997. — № 10. — С. 46.

⁶ См.: Зайцев И. Бесспорные обстоятельства в гражданских делах / И. Зайцев, С. Афанасьев // Российская юстиция. — 1998. — № 3. — С. 28.

⁷ См.: Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. — М.; Л., 1947. — С. 189; Шейфер С.А. Основания оправдания в суде / С.А. Шейфер, В.А. Лазарева // Уголовная ответственность: основания и порядок реализации. — Самара, 1990. — С. 152.

⁸ См., например: Васильев Л.М. Фактические презумпции в советском уголовном судопроизводстве // Правоведение. — 1981. — № 1. — С. 99; Дернбург Г. Пандекты. — М., 1906. — Т. 1: Общая часть. — С. 133; Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс. — М., 1954. — С. 187; Оршанский Н.Г. Исследование по римскому праву. — СПб., 1892.

⁹ См. об этом: Васильев Л.М. Профессиональная деформация следователя как логико-гносеологическая категория в процессе презюмирования // Проблемы охраны прав в сфере борьбы с преступностью. — Иваново, 1980.

¹⁰ Каминская В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. — М.; Л., 1948. — С. 55.

Исследуя различные категории, обозначаемые термином «презумпция» в естественных науках, праве, истории, психологии, философии, математике, лингвистике, обыденной жизни, следует прийти к выводу, что все они являются познавательными конструкциями¹. Подобным конструкциям, как правило, соответствует типичный логико-лексический прием, или типичная познавательная схема, оперирующая вероятностными суждениями и их связками. Мы назвали эту когнитивную схему **приемом презюмирования**.

Суть приема презюмирования состоит в выведении проверяемых следствий из вероятностного основания (суждения или закономерности), которое не подлежит проверке в рамках проверки следствий. С практической точки зрения презумпции всегда рассматриваются в качестве самоочевидных построений — в любой сфере использования слово «презюмируется» на уровне общеупотребительной речи понимается как «очевидно», «само собой разумеется», «принято» и т. п. Самоочевидный характер конструкций, именуемых презумпциями, обеспечен «неприкосновенностью» их основания. В каждом конкретном случае выдвижения суждения-следствия происходит проверка только его истинности, и опровержением следствий допустимость использования приема в целом не оспаривается. Таким образом, презюмирование на одном основании, как правило, может применяться, а следствия опровергаться, — неоднократно.

Инструментальная ценность приема презюмирования сводится к определению «точки отсчета» или фиксации «шага» познания. Мы рассматриваем прием презюмирования в качестве типичного средства установления определенности знания. В этом качестве логико-лексический прием презюмирования и основанные на нем вероятностные конструкции (презумпции в широком смысле) употребляются повсеместно. Приведем несколько примеров².

Вопрос о презумпциях актуален для психологии и психиатрии. Понятие презумпции психического здоровья, например, было введено в судебную психиатрию еще в 1843 году — в Англии в связи с рассмотрением дела M'Naghten, который страдал бредом преследования и пытался совершить преднамеренное убийство. При формулировке «правила M'Naghten» четырнадцать из пятнадцати судей согласились, что «каждый человек презюмируется психически здоровым и владеющим в достаточной степени рассудком, чтобы быть ответственным за свое преступление, пока противоположное не будет удовлетворительно доказано»³.

Презумпции используются в исторических науках. В общей истории активно эксплуатируется, например, презумпция историчности, которая состоит, главным образом, в предположении о том, что описания взаимоотношений между персонажами памятников письменности, легенд и преданий носят соответствующий эпохе реальный характер, пока не доказана их символическая, метафорическая или мифическая природа. Родственная презумпция весьма распространена и в такой специфической области научного знания, как теология, где она играет важнейшую роль в толковании священных текстов⁴.

Стоит оговориться, что применение конкретных презумпций зависит от концепции исследования и принятых в данной науке условностей. Поэтому ведущие презумпции и их толкование в рамках различных школ и направлений науки могут отличаться вплоть до прямо противоположных.

Несмотря на широту и последствия применения, в рамках соответствующих сфер научного знания презумпции, как правило, эксплицитно не формулируются и не исследуются, относясь к сфере очевидного. Презумпции изучаются, в частности, в праве, а также в математике и лингвистике.

В математических дисциплинах изучение презумпций представлено разработками теорем Геделя о неполноте дедуктивных систем и теоремы Тарского о невыразимости истины⁵. Понимание влияния

¹ Горячев И.Н. Презумпция знания закона и принцип несущественности юридической ошибки в уголовном праве России: Дис... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2010. — С. 20.

² Более подробно см.: Горячев И.Н. Презюмирование как универсальный логико-лексический прием и естественная презумпция как типичная познавательная категория // Вестник государственного университета им. П.Г. Демидова. — Серия: Гуманитарные науки. — 2010. — № 3.

³ Цит. по: Первомайский В.Б. Презумпции в психиатрии // Судебно-психиатрическая экспертиза: Статьи (1989—1999 гг.). — Киев, 2001. — С. 107. Понятие презумпций, в том числе презумпции психического здоровья, было известно психиатрии дореволюционной России. Так, к примеру, В.Х. Кандинский говорил о невозможности изначального предположения о наличии душевной болезни, «потому что... здоровье есть правило, а болезнь — исключение» (Первомайский В.Б. Презумпции в психиатрии // Судебно-психиатрическая экспертиза: Статьи (1989—1999 гг.). — Киев, 2001. — С. 107).

⁴ См., например: Алатова И. Герменевтика синодального перевода библии. — М., 2006. — С. 67—90. В рамках философского осмысления религиозных памятников, научного изучения религиозных доктрин о сущности и бытии Бога также применяется, например, презумпция логоцентризма, «предполагающая наличие глубинного имманентного (исходного) смысла в феноменах бытия» (Алатова И. Герменевтика синодального перевода библии. — М., 2006. — С. 23).

⁵ Более подробно см., например: Смирнова Е.Д. Логическая семантика и философские основания логики. — М., 1999; Успенский В.А. Теорема Геделя о неполноте. — М., 1982; Кордонский М.В. Конец истины. — М., 2003; Катречко С.Л. Теоретико-множественная парадигма современной математики и ее возможные альтернативы. — М., 2001; Хинтика Я. Истина после Тарского. — М., 2005; Хинтика Я. Проблема истины в современной философии // Вопросы философии. — 1996. — № 9. — С. 46—58.

презумпций на результаты познания отражено в математике также так называемой презумпцией истинности математического выражения (иногда ее называют презумпцией «невиновности» математического выражения), суть которой состоит в том, что математическое описание признается достоверным, пока не доказана его порочность или не найдено более простое решение¹.

В лингвистике презумпции рассматриваются в качестве исходных предположений лингвистического исследования, не требующих доказательств в силу высокой правдоподобности базисных представлений о природе объекта, конечных целях его описания и типе исследовательских методов. Например, к презумпциям структурной лингвистики относятся предположения о системной организации языка, реляционном определении языковых единиц как пучков отношений каждой единицы со всеми другими единицами, произвольности языкового знака². К презумпциям порождающей грамматики относятся предположения о врожденности языка, автономности синтаксиса, наличии глубинного и поверхностного синтаксиса и др.³

Термин «презумпция» применяется в лингвистике также для обозначения феномена иного уровня — пресуппозиции (от лат. *prae* — впереди, перед и *suppositio* — подкладывание, заклад)⁴. Понятие пресуппозиции возникло в философской логике, где оно обозначает семантический компонент суждения, который должен быть истинным, чтобы суждение (в конкретном контексте) было либо истинным, либо ложным. При отсутствии пресуппозиции с истинным значением суждение становится либо неуместным (в конкретном контексте), либо вообще семантически аномальным. В лингвистике пресуппозиция также выполняет функцию необходимого семантического компонента, обеспечивающего наличие смысла в утверждении. Например, пресуппозицией утверждения «вы нарушили запрет, который известен всем» является утверждение «все знают этот запрет». Стоит обратить внимание на то, что основание пресуппозиции в самом утверждении не рассматривается: «Пресуппозиция — это высказывание, которое нет необходимости утверждать, так как оно ранее было утверждено и потому сообщается как само собой разумеющееся»⁵. Поэтому главным свойством пресуппозиций является то, что они не подвергаются отрицанию в собственно отрицательных утверждениях. Например, утверждения «вы нарушили запрет, который известен всем» и «вы не нарушили запрет, который известен всем» содержат одну и ту же пресуппозицию «запрет знают все», которая не проверяется и сохраняет свою истинность, независимо от значения истинности «вывода».

Исходя из того, что прием презюмирования применяется во многих сферах общественного знания, а логико-лексическая структура некоторых типичных презумптивных положений в практически неизменном виде существует в течение тысячелетий, мы полагаем возможным рассматривать презюмирование в качестве свойственного человеческому мышлению и психически обусловленного феномена. Понимание презюмирования как элементарного средства установления «шага» познания соответствует фундаментальному когнитивному принципу А.Н. Колмогорова⁶.

Логико-лексический прием презюмирования является единым средством построения категорий (презумпций в широком смысле) различной формы, семантического уровня и фактической модальности. Однако среди всех вероятностных конструкций, строящихся на основании этого общего приема, можно выделить модель естественной (общелогической) презумпции как устойчивой автономной формы и характерного вида предположения.

На основании исследования оснований и последствий использования приема презюмирования в математике, лингвистике, философии, праве и иных отраслях научного знания мы попытались выявить совокупность признаков естественной (общелогической) презумпции, общих для различных областей ее обращения. По нашему мнению, основными критериями выделения естественных презумпций служат: **устойчивость**, выражающаяся в возможности неоднократного использования и неоднократной проверки; достаточная **обоснованность**, обеспечивающая высокую вероятность истинности предполагаемых в каждом частном случае следствий. В каждом конкретном случае выдвижения презумптивного суждения-следствия происходит проверка только его истинности, но не оснований презумпции, поэтому только следствие имеет модальность и отдельными случаями опровержения допустимость использования в целом презумпции не оспаривается. Впрочем, совокупность знаний о фактах преодоления конкретной презумпции со временем может установить новые связи между ее основанием и следствием. Отсюда: естественная (общелогическая) презумпция должна быть рассчитана на заранее неопределенное количество фактов, а основание естественной презумпции должна

¹ См., например: Акимов О.Е. Дискретная математика: логика, группы, графы, фракталы. — М., 2005.

² См., например: Алпатов В.М. История лингвистических учений: Учебное пособие. — М., 1998.

³ См. там же; также: Звегинцев В.А. Предложение и его отношение к языку и речи. — М., 2001.

⁴ См., например: Кифер Ф. О пресуппозициях // Новое в зарубежной лингвистике. — М., 1978. — Вып. 8. — С. 337—353.

⁵ Падучева Е.А. Понятие презумпции в лингвистической семантике // Семиотика и информатика. — М., 1977. — Вып. 8. — С. 91.

⁶ См., например: Лившиц В.М. К истории изучения волн обучения // Вопросы психологии. — 2006. — № 6. — С. 160—162.

составлять достаточно обоснованная закономерность, распространяемая на достаточно многочисленный класс явлений.

*Естественная (общелогическая) презумпция — это достаточно обоснованное вероятностное суждение (предположение) об истинности элементов некоторого достаточно многочисленного класса, рассчитанное на заранее не определенное количество элементов этого класса и, как следствие этого, допускающее возможность неоднократного использования и неоднократного опровержения*¹.

Структура любой общелогической презумпции, по нашему представлению, складывается из трех общих пластов, соответствующих условиям установления предположения, его применения и опровержения.

1. Первый пласт — *основание презумпции*. Ввиду того, что естественные презумпции, как специфический тип предположений, рассчитаны на длительное действие относительно достаточно многочисленного класса явлений, их основание представляют достаточно обоснованные² статистические, или вероятностные³, закономерности. Вероятностные закономерности — это закономерности, срабатывающие в определенном соотношении случаев и допускающие индивидуальные отклонения⁴. Образно выражаясь, они устанавливают необходимость как форму проявления случайности. Вероятностную закономерность, выражаемую презумпцией, можно условно представить так: «Если $A(x)$ есть истина, то, вероятно, $P(x)$ есть истина».

2. На основе соответствующей закономерности формируется второй пласт — собственно *предположение*. Это предположение представляет собой умозаключение из выявленной закономерности. Подчеркнем, что умозаключение может выражать соответствующую закономерность различными способами, в том числе отражать ее прямо, зеркально или выводить из нее обоснованные следствия. Кроме того, отдельные презумпции, особенно семантически претендующие на роль аксиом, могут содержать многоступенчатую цепочку таких умозаключений. Поскольку презумпция должна отражать суждение высокой степени вероятности, рассчитанное на неоднократное применение, наивысшее умозаключение, выражаемое презумпцией, должно содержать закономерно истинный вероятностный вывод. С учетом сказанного второй пласт презумпции может быть упрощенно представлен так: «Если A есть истина и не доказано, что P есть ложь, то P есть истина», — принимается, что истинность antecedента достаточна для признания истинным консеквента⁵.

3. Третий пласт составляет *презумптивный вывод*, то есть суждение, выдвигаемое в каждом частном случае использования презумпции. Если установлена истинность отправного факта, то высказывается суждение об истинности презюмируемого факта. Если не доказано, что « P есть ложь», то принимается, что « P есть истина». Если доказывается: « P есть ложь», то презумпция опровергается.

По большому счету общелогические презумпции являются средством выражения конкретных вероятностных закономерностей или, точнее, умозаключений, на них основанных. В основе формирования закономерностей, выражаемых большинством презумпций, лежит неполная индукция — закономерности такого рода устанавливаются посредством многократного эмпирического подтверждения связи между соответствующими фактами⁶. Поэтому презумпции, как правило, характеризует длительный жизненный период формирования, функционирования, отмирания или замены. Само по себе длительное существование презумпций работает на непререкаемость их авторитета. В свою очередь продолжительное и частое оспаривание презумпций, основанных на индуктивно выстроенных статистических законах, может ставить под сомнение эти закономерности и логические цепочки, выражаемые презумпциями. Устаревание выражаемых закономерностей и их следствий превращает презумпции в фиктивные конструкции и может привести к отказу от их использования либо к замене иными презумпциями.

На основании анализа презумпций в различных сферах человеческой жизнедеятельности мы можем утверждать, что таковые далеко не всегда имеют прямую индуктивную природу и прямое эмпирическое обоснование. Мы полагаем, что основание презумпции может обеспечивать любая вероятностная закономерность, достаточно обоснованная математически.

¹ Горячев И.Н. Презумпция знания закона и принцип несущественности юридической ошибки в уголовном праве России: Дис... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2010. — С. 25.

² См., например: Кругликов Л.Л. Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л.Л. Кругликов, Ю.Г. Зуев. — Ярославль, 2000. — С. 19.

³ См. там же. — С. 10—11.

⁴ См., например: Толстова Ю.Н. Анализ социологических данных (Методология, дескриптивная статистика, изучение связей между номинальными признаками). — М., 2000. — С. 32.

⁵ См., например: Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. — М., 2003. — С. 82.

⁶ См. там же. — С. 131; Карпович В.Н. Проблема, гипотеза, закон. — Новосибирск, 1980. — С. 172; Шутин Я.Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. — М., 1963. — С. 84; Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. — Горький, 1974. — С. 10; Каминская В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. — М.; Л., 1948. — С. 50; Зуев Ю.Г. Презумпции в уголовном праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2000. — С. 12—13.

Например, в основе действия общелогической презумпции *добропорядочности* (иногда ее называют презумпцией *невинности*) людей, частными проявлениями которой служат, например, презумпция *невинности*¹ или сформулированная в определении Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 года № 138-О презумпция *добросовестности налогоплательщика*² (впоследствии частично упраздненная определением Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 года № 169-О³), лежит не индуктивное подтверждение невинности большинства лиц, привлекаемых к ответственности за нарушение действующих норм. Не раз отмечено, что в отношении, например, презумпции невинности статистические данные должны опровергать такой подход⁴.

Как мы утверждаем, в основе действия общелогической презумпции *добропорядочности* лежит простое статистическое правило. Данная презумпция всегда применяется к отдельно взятому нарушению и конкретному нарушителю определенной нормы. Каждое нарушение соответствующей нормы поведения может быть совершено заранее ограниченным количеством лиц (одним лицом или группой), составляющим лишь незначительную часть всех людей, на которых распространяют свое действие соответствующие системы правил. *Вероятность совершения конкретного нарушения каждым конкретным лицом составляет, соответственно, ничтожно малую величину — помимо ограниченной группы лиц или одного лица, совершившего деяние, все прочие адресаты соответствующих правил поведения невиновны (добропорядочны)*⁵. В конечном счете нарушение может иметь место только в том случае, когда существует норма — то есть по самому своему определению то, что поддерживается и исполняется большинством.

В части, касающейся действия юридических презумпций, дело обстоит несколько сложнее, поскольку само право исходит из ряда предположений — как минимум, презумпции действительности (истинности) и стабильности нормативных актов, а также презумпции знания закона. Кроме того, право располагает дополнительными, помимо эмпирической обоснованности, критериями истинности, как то: общественная польза, целесообразность, конвенциональность и авторитет. Тем не менее, при рассмотрении тех или иных презумпций, применяемых в праве, можно легко обнаружить их статистические корни.

Так, например, в основе презумпции невинности в уголовном праве и уголовном процессе лежит не столько гуманистический подход, сколько здравый расчет вероятностей. С одной стороны, презумпция невинности покоится на вышеприведенном статистическом правиле *добропорядочности*: любое лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, с точки зрения математики вероятностей — это «иголка в стоге сена».

С другой стороны, презумпция невинности *de jure* начинает действовать со стадии выдвижения того или иного объема обвинения, в то время как досудебные органы выполняют работу по розыску преступников и получению доказательств их вины, предположительно уменьшая вероятность предания суду не причастных и невинных.

Однако виновность лица и наличие признаков той или иной формы вины, установленных уголовным законом, даже у лица или лиц, совершивших конкретное общественно опасное деяние, устанавливается только судом и, в свою очередь, также измеряется вероятностью.

Наконец, мера выражения уголовным законом истинного содержания вины и в комплексе с другими актами — опасности конкретного деяния (косвенно регламентированная в ст. 9, 10 УК РФ презумпция истинности уголовного закона), а также степень соответствия не вступившего и степень соответствия вступившего в законную силу судебных актов нормам права или обстоятельствам действительности есть вероятностные характеристики.

Таким образом, и до того момента, когда вступит в силу приговор суда, и после вступления в силу приговора, выражающего предположительное суждение о вине конкретных лиц в совершении преступления, виновность каждого обвиняемого составляет закономерную вероятностную величину. Если допустить, что до момента вступления в силу приговора суда презумпция невинности не применяется или действует противоположный правовой принцип, то нарушается основание презумпции — виновным статистически не может быть признан любой и каждый человек среди всех адресатов уголовного закона.

¹ См., например: Зуев Ю.Г. Презумпции в уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2000. — С. 94.

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 года № 138-О «По ходатайству Министерства Российской Федерации по налогам и сборам о разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 12 октября 1998 года по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» // СПС «Гарант».

³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 года № 169-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Пром Лайн» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 2 статьи 171 Налогового кодекса Российской Федерации» // СПС «Гарант».

⁴ Кругликов Л.Л. Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л.Л. Кругликов, Ю.Г. Зуев. — Ярославль, 2000. — С. 50.

⁵ Горячев И.Н. Презумпция знания закона и принцип несущественности юридической ошибки в уголовном праве России: Дис... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2010. — С. 29.

После вступления судебного решения в силу презумпция невиновности по общему правилу не действует. В противном случае нарушался бы высоко вероятностный характер истинности действующего закона и правосудности вступившего в силу судебного приговора¹. Мы полагаем, что до момента вынесения приговора судом действует *общелогическая* презумпция истинности (правосудности) приговора, выражающая меру истинности (правосудности) не отдельного судебного акта, а всего правоприменения в целом. Говоря простым языком, необходимость в судебной деятельности может существовать только в случае признания высокой вероятности правосудия. После вынесения приговора согласно нормам УПК РФ бремя его обжалования возлагается на инициатора проверки. Таким образом, в соответствии с нормами российского уголовно-процессуального законодательства с того момента, как приговор постановлен, *в части, не противоречащей презумпции невиновности*, начинает действовать также *юридическая* (подлежащая оспариванию в рамках установленной процедуры) *презумпция истинности (правосудности) судебного приговора* (косвенно закрепленная также в ст. 70, 73 УК РФ²). В этом смысле мы расходимся во мнениях и с теми процессуалистами, которые указывают на момент вступления приговора в силу как на начало действия презумпции истинности (правосудности) приговора³ (по нашему мнению, после вступления в силу судебного акта рассматриваемая презумпция становится лишь более жесткой, поскольку оказывается вне ограничений, задаваемых презумпцией невиновности), и с теми, кто распространяет действие данной презумпции только на период, предшествующий вступлению приговора в законную силу⁴.

Как видим, границы действия юридической презумпции невиновности подвластны расчету вероятностей. Статистическое обобщение данных о преобладании обвинительных приговоров никоим образом не указывает на обоснованность презумпции невиновности и может быть объяснено, например, прекращением большинства дел на досудебных стадиях, качественной работой предварительного следствия и дознания либо, напротив, большим количеством правотворческих и судебных ошибок и т. д. и т. п. Вообще говоря, измерение именно количества приговоров относится скорее к предположению истинности судебного приговора и к презумпции истинности закона. Более точным, хотя и косвенным показателем действительности презумпции невиновности может служить обобщение данных о соотношении количества лиц, в отношении которых был вынесен и вступил в силу обвинительный приговор суда, к числу лиц, подозревавшихся в совершении данных преступлений.

Выдвижение и применение презумпций имеет дедуктивную природу — обобщенный презумптивный вывод распространяется на частные случаи. Презумпции обладают особой инструментальной ценностью ввиду возможности многократного применения и опровержения⁵; как следствие этого — действие презумпций ориентировано на наиболее распространенные (типичные) жизненные ситуации⁶. По большому счету, любая презумпция работает на стадии количественного подтверждения знания о соответствующем классе явлений⁷.

Мы рассматриваем прием презюмирования в качестве типичного средства установления определенности знания, а общелогическую презумпцию — в качестве основанного на этом приеме интердисциплинарного вида предположения, рассчитанного на неоднократное применение и опровержение. В зависимости от области приложения специфическая структура естественного презумптивного положения не изменяется, а наполняется конкретным содержанием. Вместе с тем, вставая на уровень того или иного элемента в соответствующей системе знаний, испытывая влияние соответствующих интерпретаций и «обрастая» содержательными близкими отраслевыми явлениями, типичные презумпции со временем могут видоизменяться внутри данных систем вплоть до полной потери своего первоначального содержания. Кроме того, презумптивная природа положения зачастую скрывается за его семантической неопределенностью и ролью внутри системы познания.

В этом плане заслуживает внимания высказанная в теории права идея, посвященная рассмотрению динамического аспекта взаимодействия презумпции, аксиомы и фикции. Относительно этих

¹ Р.Н. Ласточкина также отмечает связь презумпции невиновности и презумпции истинности (правосудности) судебного приговора, определяя момент перехода от использования первой к использованию второй (см.: *Ласточкина Р.Н.* Презумпции в судебном контроле при проверке правосудности приговора // Законодательная техника и дифференциация ответственности в современном уголовном праве и процессе России: Сборник научных статей / Под ред. Л.Л. Кругликова. — Ярославль, 2005. — С. 73—80).

² Зуев Ю.Г. Презумпции в уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2000. — С. 118—119.

³ См., например: *Алиев Т.Т.* Принцип презумпции приговора, вступившего в законную силу / Т.Т. Алиев, В.О. Белоносов, Н.А. Громов // Российский судья. — 2003. — № 7. — С. 18—24.

⁴ См., например: *Дрягин М.А.* Презумпция невиновности в российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Иркутск, 2004. — С. 21.

⁵ См., например: *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому процессу. — Л., 1955. — С. 126.

⁶ *Каминская В.И.* Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. — М.; Л., 1948. — С. 3.

⁷ См., например: *Кругликов Л.Л.* Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л.Л. Кругликов, Ю.Г. Зуев. — Ярославль, 2000. — С. 13, 22—24, 26.

используемых в уголовном праве небезосновательно указывается, что «...можно вести речь о них как об *относительно* самостоятельных явлениях, элементах, составляющих в своей совокупности определенную *систему* средств законодательной техники, а отсюда — способных заменять друг друга... Аксиомы, презумпции и фикции в одном случае могут соседствовать в институтах и нормах уголовного права и использоваться параллельно, одновременно, а в ином случае приходиться на замену друг другу»¹.

Вопрос о соотношении презумпции с прочими общеупотребительными типами предположений в динамике заслуживает весьма пристального рассмотрения. Однако разграничение этих категорий целесообразнее проводить в статическом состоянии. В результате анализа различных отраслевых и общеупотребительных конструкций, подразумеваемых под термином «презумпция», мы установили, что некоторые из них с учетом роли в соответствующей области знаний являются аксиомами, значительная часть — фикциями, отдельные объекты нашего исследования вообще не имели вероятностной природы. В юриспруденции, к примеру, к презумпциям очень часто ошибочно относят те или иные правовые принципы, нормы, фикции².

Для иллюстрации этого вывода рассмотрим положения, закрепленные в статье 20 УК РФ «Возраст, с которого наступает уголовная ответственность». По мнению некоторых ученых, в частях 1 и 2 названной статьи нашла свое воплощение юридическая презумпция о непонимании малолетним общественной опасности своих действий³. Позволим себе с этим не согласиться.

По нашему мнению, юридическая презумпция — это общелогическая презумпция, получившая прямое или косвенное юридическое закрепление⁴. Образно говоря, юридическая презумпция потому и называется юридической, что она имеет правовое выражение, но юридическая презумпция только тогда остается презумпцией, когда ее текстуальное выражение, а также образ применения обеспечивают сохранение структуры презумпции и содержания выражаемой вероятностной закономерности⁵.

Возвращаясь к нашему примеру, лицо подлежит уголовной ответственности на основании того, что оно способно отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими — это общая философская предпосылка уголовной ответственности⁶. Закон исключает уголовную ответственность лиц, не достигших установленного возраста, во всяком случае — независимо от наличия доказательств того, понимали ли они природу своего поведения. Поэтому с точки зрения теории права указанные положения уголовного закона не могут выражать *юридическую презумпцию*. Части 1, 2 статьи 20 УК РФ — это нормы права (близкие к фикциям в силу невозможности опровержения при неоднозначности их фактической модальности — некоторые лица способны понимать природу своих действий и руководить ими в более раннем возрасте), фиксирующие определенный законодателем минимальный возраст субъекта преступления и частично характеризующие тем самым общие условия и основание уголовной ответственности.

По мнению К.К. Панько, данные нормы устанавливают фикцию неосознания общественной опасности, поскольку законодатель производит подмену понятия духовной незрелости четко определяемым понятием возраста субъекта⁷. Действительно, в различные исторические эпохи и в разных государствах вопрос о минимальных возрастных границах субъекта преступления решался и до сих пор

¹ *Кругликов Л.Л.* Аксиомы, презумпции и фикции в уголовном праве: динамический аспект // Проблемы теории уголовного права: Избранные статьи (2000—2009). — Ярославль, 2010. — С. 208.

² Относительно выявления истинной природы некоторых правовых «презумпций» см., например: *Тарусина Н.Н.* Заметки о приобщении к презумпции презумптивного // Проблемы защиты субъективных гражданских прав: Сборник научных трудов / Под ред. В.В. Бутнева. — Ярославль, 2009. — Вып. 10. — С. 22—25, 27—29.

³ См., например: *Кузнецова Н.Ф.* Преступление и преступность. — М., 1969. — С. 86, 116; *Борзенков Г.Н.* Субъект преступления // Курс уголовного права / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. — М., 1999. — Т. 1: Учение о преступлении. — С. 268; *Бабаев В.К.* Презумпции в советском праве. — Горький, 1974. — С. 47.

⁴ Заслуживает внимания высказанное в правовой литературе мнение о том, что весь механизм от становления правовой презумпции до ее применения в частном случае может быть представлен как процесс экспериментального моделирования. Такое понимание, по мнению авторов данной концепции, помогает уяснить роль презумпции в урегулировании общественных отношений (см.: *Кругликов Л.Л.* Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л.Л. Кругликов, Ю.Г. Зуев. — Ярославль, 2000. — С. 18—19).

⁵ При этом предметное легальное выражение юридической презумпции в определенных пределах может быть уже или шире по содержанию породившей ее естественной презумпции (и соответствующей статистической закономерности). В первом указанном соотношении находятся, например, юридическая презумпция невиновности и так называемая презумпция добропорядочности. Второй тип соотношения характерен, например, для юридической и естественной презумпции знания закона.

⁶ См., например: *Кладков А.В.* Уголовная ответственность и ее основание // Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. Б.В. Здравомыслова. — М., 1996. — С. 75.

⁷ *Панько К.К.* Фикции в уголовном праве и правоприменении. — Воронеж, 1998. — С. 72.

решается по-разному, с учетом множества факторов¹. Однако одним из оснований установления рассматриваемых положений всегда являлась высоко обоснованная статистическая закономерность, отражающая непонимание малолетними характера и социальной природы совершаемых действий, которая в конкретных исторических реалиях выражалась и выражается соответствующими *общелогическими* презумпциями².

В то же время часть 3 статьи 20 УК РФ действительно содержит *юридическую* презумпцию — о том, что по достижении возраста уголовной ответственности несовершеннолетнее лицо способно полностью осознавать характер и природу своих действий и руководить ими, пока не доказано обратное³. Данная презумпция является зеркальным отражением указанной выше статистической закономерности и полностью сохраняет структуру естественной презумпции в пределах своего действия. Формулу данной юридической презумпции мы можем представить так:

- I. Если (A) лицо достигло возраста (A₁) 14 или (A₂) 16 лет
и
II. Если (B) лицо не достигло 18 лет
и
III. Если не доказано, что
(C) Вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством
(неP) Лицо не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность
своих действий (бездействия) на момент совершения деяния
либо
(неS) Руководить ими на момент совершения деяния,
то
IV. (P) Лицо могло осознавать фактический характер и общественную опасность
своих действий (бездействия) на момент совершения деяния
и
(S) Руководить ими на момент совершения деяния
(A ∧ B ∧ (не доказано, что (C = (что неP ∨ неS)))) → P ∧ S
Упрощенно: (A ∧ не доказано, что неP) → P

Использование понятия естественной презумпции и наложение ее типовой структуры на одноименные или близкие по механизму действия отраслевые категории позволяет выявить действительное содержание и значение последних, отделив презумпции от прочих когнитивных конструкций.

¹ Более подробно об этом см., например: Орлов В.С. Субъект преступления по советскому уголовному праву. — М., 1958. — С. 97—99; Павлов В.Г. Субъект преступления. — СПб., 2001. — С. 87—89. Более подробно о возрасте субъекта по дореволюционному законодательству и доктрине см., например: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая: Лекции: В 2 т. — М., 1994. — Т. 1. — С. 155—164.

² Более подробно об основаниях установления возрастных границ субъекта преступления см., например: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая: Лекции: В 2 т. — М., 1994. — Т. 1. — С. 156; Комментарий к Уголовному кодексу РФ / Отв. ред. А.И. Рарог. — М., 2004. — С. 33; Орлов В.С. Субъект преступления по советскому уголовному праву. — М., 1958. — С. 28—29, 96; Козаченко И.Я. Субъект преступления // Уголовное право России. Часть Общая: Учебник для вузов. — 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Л.Л. Кругликов. — М., 2005. — С. 175; Ойгензихт В.А. Презумпции в советском гражданском праве. — Душанбе, 1976. — С. 27; Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М., 1983. — С. 42; Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. — М., 1947. — С. 192.

³ См., например: Кругликов Л.Л. Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л.Л. Кругликов, Ю.Г. Зуев. — Ярославль, 2000. — С. 138—142.

В.И. Крусс

Крусс Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории права Тверского государственного университета

Конституционные критерии и пределы модернизации правотворческой техники

Текущую (заявленную) модернизацию в Российской Федерации необходимо воспринимать, прежде всего, как политический проект (отчасти конкретизированную программу) наиболее очевидных — в силу объективной необходимости — преобразований в экономической и социальной сферах¹. В условиях правового государства такой процесс предполагает соответствующее законодательное обеспечение и сопровождение (опосредование). Вряд ли, однако, это допускает перенос самого понятия «модернизация» на законодательную (а точнее — на правотворческую, правоустановительную) практику без терминологической корректировки отнюдь не стилистического, а важнейшего, принципиального значения. Правотворческая модернизация (модернизация правотворчества) может быть понята и принята только как его (правотворчества) достоверная конституционализация, то есть нацеленная и обеспечивающая постепенную конституционализацию системы российского права деятельность.

Здесь, разумеется, нельзя предполагать, что ранее (до начала так понимаемой модернизации) мы имели неконституционную правотворческую практику. Подобное предположение немыслимо в силу реальности российской Конституции², а в более узком смысле оно дезавуируется презумпциями легитимности статусов публично-властных субъектов правотворческой деятельности и конституционности законодательства. Вместе с тем, нельзя не учитывать (трудно не видеть) и многочисленных примеров опровержения этих презумпций. Легитимность конкретных законодателей и должностных лиц (включая высших) может опровергаться (сниматься) и постоянно опровергается правоприменительными и правоустановительными актами (в конечном счете судебными). Именно так следует воспринимать приговоры, которыми устанавливаются факты должностных преступлений. Более того, современные антикоррупционные подходы достигают возможности принятия соответствующих решений на основе оперативной информации и разработок правоохранительных органов. Есть основания предполагать, что и громкие политические отставки недавнего времени, включая отрешения от должностей глав субъектов РФ в связи с утратой доверия Президента РФ, также представляют собой альтернативные (несудебные) формы делегитимации публично-властной компетенции. У этой проблемы существуют еще международный и корпоративный (общественно-гражданский) аспекты, которые в данном случае рассматриваться не будут.

Что же касается законодательства, то, разумеется, в правовом государстве нормативные правовые акты не «разделяют судьбу» своих создателей («творцов»). Делегитимация статуса публично-властного субъекта не влечет за собой автоматической деконституционализации принятых им актов (хотя и побуждает к их новому «пристрастному» прочтению). Вместе с тем, любой нормативно-правовой акт, признанный вступившим в силу решением государственного суда не соответствующим (полностью или в определенной части) закону или иному нормативно-правовому акту более высокого уровня, следует воспринимать и как акт неконституционный. Количество таких актов в истории новейшего российского конституционализма трудно поддается исчислению. И наконец, Конституционный Суд РФ многократно выявлял неконституционность отдельных положений федеральных законов и иных нормативных актов в Российской Федерации. Такие решения Конституционного Суда РФ прямо обязывают законодателя внести в законодательство изменения, обусловленные фактом выявленной неконституционности, а правоприменительные решения, принятые ранее на основе положений, признанных неконституционными, подлежат пересмотру в установленном (вновь установленном) порядке, если для этого нет иных препятствий.

¹ Номинальный приоритет в отношении данного проекта остается за Посланием Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 12 ноября 2009 года (Российская газета. — 2009. — 13 ноября), хотя конституционно-правовой подход к этой проблеме имеет свою предысторию и своеобразие видения. См., например: *Бондарь Н.С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. — М., 2011. — С. 294—299 и др.

² См.: *Крусс В.И.* Реальность российской Конституции // Конституция Российской Федерации: доктрина и практика: Материалы научно-практической конференции, посвященной 15-летию Конституции Российской Федерации и 60-летию Всеобщей декларации прав человека. Санкт-Петербург, 13—14 ноября 2008 года / Отв. ред. В.Д. Зорькин. — М., 2009. — С. 235—250.

Тем не менее — и отнюдь не вопреки сказанному — еще раз подчеркнем конституционность правотворческой практики и актов системы российского законодательства в целом. Другое дело, что *качество* конституционности законодательства может постоянно повышаться (наращиваться), бесконечно приближаясь к своему идеалу (абсолюту), а сама конституционность — явление эссенциальное и потому инвариантно объективируемое, допускающее и даже предполагающее диверсификацию внутренних и внешних форм правового выражения конституционной идеи, а также выбора и смены алгоритмов, путей и средств достижения первоначально наиболее общим (стратегическим) образом намеченной цели правового регулирования.

Таким образом, модернизация правотворчества, понимаемая как его конституционализация, выступает одновременно перманентной характеристикой (условием, требованием) и целью соответствующей деятельности. Поскольку же на конституционном уровне восприятия снимается традиционное разделение права материального и процессуального, постольку *сами по себе* (как таковые) правотворческие процедуры, стадии, связи и отношения для характеристики и оценки качества модернизации правотворчества значения не имеют. Правотворческий процесс может выглядеть (и быть) вполне «конституционным» по форме, внешне, но его результаты будут неопровержимо констатировать обратное, если установленные нормы (правоположения) окажутся в итоге неконституционными. Равным образом те или иные формально-процессуальные, процедурные «инновации», отступления от ранее принятых и сложившихся правил выработки и принятия правотворческих решений еще не определяют вывода о неконституционном характере самих решений, а следовательно, и самого правотворческого процесса. Для таких выводов Конституцией РФ определены соответствующие субъекты и судопроизводства.

Как известно, под юридической техникой в литературе обычно понимают совокупность (систему) соответствующих средств, приемов, методов и правил подготовки и изложения правовых актов. Причем нередко вся юридическая техника сводится к одной ее разновидности — правотворческой. Не касаясь издержек такого редуцированного подхода, с учетом вышеизложенного можно заключить, что безупречная (конституционная) система права и совершенствование (модернизация) правотворчества предполагают научное обоснование условий *роста вероятности* получения конституционно-правовых норм (положений), независимо от их традиционной отраслевой спецификации и особенностей подводимых под правовое воздействие общественных отношений.

Обосновывая статус законотворческой техники как науки практической направленности, В.М. Сырых видит ее специальное назначение в разработке специфических приемов законотворческой деятельности на основе и в соответствии с положениями и выводами наук, образующих ее основание (общая теория права, логика, лингвистика, праксеология), а также путем изучения и обобщения законотворческой практики и опыта. При этом роль общей теории права видится им определяющей¹. Действительно, формально-аналитический подход к технике правотворчества дает результаты, которые могут представляться более или менее основательными и полными, однако никогда не отличаются концептуальной связанностью. Например, В.Ю. Турагин выделяет три *основных* (не больше, не меньше) причины, которые препятствуют «давно искомой учеными и практиками простоте и удобности во всем восприятии правовых норм». Это: «1) отсутствие в необходимых случаях разъяснений (законодательных дефиниций); 2) наличие содержательных недоработок; 3) чрезмерная терминологическая нагруженность законодательного текста»². По этому поводу можно заметить, что есть, во-первых, причина, *исключающая* «всеобщее искомое»: элементарная неграмотность или профессиональная неподготовленность субъекта восприятия (к сожалению, совсем не редкие). Во-вторых, хотя каждая причина и проиллюстрирована автором любопытными примерами, остается неясным: что определяет *необходимость* разъяснений как дефиниций (хотя это отнюдь не синонимы), что — *чрезмерность* терминов? В-третьих, почему причины номер один и три нельзя считать содержательными недоработками законодателя?

Дело не в том, однако, что любая научная позиция уязвима для критики, а в том, что любая постановка вопроса о модернизации техники правотворчества имеет смысл только в особом *технологическом* аспекте³ и в контексте предварительной выверки онтологии и методологии права, его сущностного и содержательного восприятия в целом. Для нас актуальным и достоверно обоснованным на сегодняшний день является концепт конституционного правопонимания. Соответственно этому представлению и заявлена тема настоящей работы.

¹ См.: *Сырых В.М.* Предмет и система законодательной техники как прикладной науки и учебной дисциплины // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 10—15.

² См.: *Турагин В.Ю.* Три причины трудности понимания текста закона // Российская юстиция. — 2010. — № 1. — С. 2—4.

³ См., например: *Карташов В.Н.* Законодательная технология: понятие, основные элементы, методика преподавания // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 24—25.

С позиций конституционного правопонимания представляется необходимым отрешиться от фантастических — в современных реалиях — представлений, согласно которым специалисты, занимающиеся разработкой законов, профессионально вооружены не только общенаучными и частноправовыми методами, но и специфическими конкретизированными правилами, позволяющими им вырабатывать эффективно действующие нормы права, тем более — институты или отрасли права в целом¹. Еще более невероятным кажется такое восприятие по отношению к подзаконной и иной нормотворческой практике. Вряд ли отыщется в текущем правотворческом «новоделе» нормативный правовой акт, который не вызывал бы «к себе критического отношения с языковой точки зрения»². Вместе с тем, нет оснований ставить под сомнение и те многочисленные научные разработки проблематики юридической техники, включая труды монографического характера, которыми так богата отечественная литература. Тем более что в основных своих положениях и выводах большинство авторов этих научных сочинений весьма близки, а их совокупные достижения представляются, по сути, исчерпывающим. Во всяком случае, выдвинуть какие-либо кардинально новые технические правила правотворчества, «внести» в арсенал юридических средств или «найти» в нем нечто никому доселе не известное, либо «просто» обосновать сокрытое от предшественников функциональное назначение этих инструментов — вряд ли получится (доказательством тому служат диссертации, в том числе докторские, защищенные по проблемам юридической техники в последние годы). Отвлеченно-процедурные правила юридической техники (технологии подготовки законопроектов) фактически общепризнаны на научном уровне, получили закрепление в литературе академической и учебно-практической направленности³. Ожидать каких-либо серьезных инноваций здесь также не приходится.

Соответственно с этим, модернизация техники правотворчества должна заключаться, во-первых, в научном обосновании **критериев**, следование которым может (но не обязательно будет) способствовать повышению числа конституционно-правовых (по смыслу) новелл (норм, иных первичных положений) в системе российского права; и, во-вторых, в определении **пределов**, дальше которых обновление юридико-технического инструментария, а равно и приемов (способов) оперирования им в правотворчестве идти не может. Адекватная задача юридической науки в аспекте заявленной проблемы сводится, таким образом, к поиску — умозрительному и эмпирико-аналитическому — таких критериев и пределов.

Обозначенная проблема принципиально отличается от иных широко представленных в литературе суждений о путях и способах совершенствования правотворческого процесса. Она не входит в поле дебатов, неизбежных для конституционно-правовой политики, с одной стороны, однако необходимо предваряет любые суждения подобного рода, с другой стороны, поскольку нацелена на необходимое техническое оснащение любого вида и направления правотворческой деятельности, вдохновляемой буквой и духом Конституции РФ. Для пояснения сути заявленного позиционирования можно прибегнуть к сравнительной характеристике десяти конституционно-правовых «заповедей» законодательства, сформулированных одним из наиболее авторитетных отечественных конституционалистов С.А. Авакьяном⁴, и подчеркнута концептуальным утверждениям того же рода, выработанным В.С. Нерсесянцем с позиций либертарного правопонимания.

Не претендуя на доктринальное новаторство, С.А. Авакьян предлагает законодательно — «в конституционно-правовом порядке» — закрепить выделенные им правила в актах Президента РФ и Правового управления Аппарата Государственной Думы РФ «в виде твердых и признаваемых постулатов»⁵. Анализ позволяет разделить их на два неравных по объему блока. Первые во многом совпадают с теми, которые — в значении правил или принципов — вполне разделяют и культурологические, и формационно ориентированные теории права. Речь, в частности, идет о необходимости для законодателя отрешиться от «модных веяний» и всемерно учитывать национальные социально-экономические и политические реалии, а также народный менталитет; о синхронизации законоустановленного и подзаконного регулирования общественных отношений на федеральном и субфедеральном уровне (принятие наряду с законами «сопутствующих документов»); о поддержании (сохранении) системной целостности права; о важности определенной по цели и предметно-содержательной концепции законопроекта; об обеспечении применимости (реализуемости) положений закона; об обязательном анализе «прямых и побочных» последствий его принятия; о правотворческой культуре (в грамматико-языковом аспекте); о «проверке» (прогнозе) будущей эффективности акта (социальный и финансово-

¹ См.: Сырых В.М. Предмет и система законодательной техники как прикладной науки и учебной дисциплины // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 18—19.

² См.: Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 1993. — С. 35.

³ См., например: Юридическая техника: Учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. — М., 2009. — С. 52—56.

⁴ См.: Авакьян С.А. Десять конституционно-правовых «заповедей» законодательства // Вестник Московского университета. — Серия 11: Право. — 2010. — № 1. — С. 6—28.

⁵ См. там же. — С. 7, 28.

экономический критерии); и, наконец, об «исключительно независимой» экспертизе законопроекта (никто не может быть судьей в своем деле).

Вторые могут быть охарактеризованы как доктринальные положения в духе «конституционного позитивизма»; сюда подпадают условия необходимости оперативного принятия законов, предусмотренных Конституцией РФ, независимо от степени их актуальности; выверки «назначения и стиля регулирования» конституционно-правовых (в узком смысле) отношений. Очевидно, что и они вполне допускают терминологическую корректировку в рамках понятийно-категориального аппарата общей теории права. Так, непосредственно конституционный дефект С.А. Авакьян находит в статье 33 Конституции РФ, которая, по его мнению, «не учитывает» того обстоятельства, что «не только российские граждане, но и иностранные граждане и лица без гражданства также имеют право на обращение». «Дефект этот, — продолжает он, — исправил законодатель, закрепив в Федеральном законе от 2 мая 2006 года “О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации” (далее — Закон об обращениях) положение, согласно которому установленный данным Законом порядок распространяется на правоотношения, связанные с рассмотрением обращений иностранных граждан и лиц без гражданства, за исключением случаев, установленных *международным договором Российской Федерации или федеральным законом*»¹ (курсив наш. — В.К.).

С позиций конституционного правопонимания Конституция РФ *дефектов не имеет*; во всяком случае, именно таким представлением, как *аксиома*, обязан руководствоваться законодатель, если он озабочен своей легитимностью. В приведенном отношении в ее статье 62 (ч. 3) установлено, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации. Применительно к правам здесь, конечно же, подразумеваются права и свободы человека (только ими и можно *пользоваться*), включая право на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления (ст. 33 Конституции РФ). Право на надлежащее (в установленном законом порядке) рассмотрение обращения является *содержательным элементом основного права*. Именно через такие элементы (правомочия) законодатель опосредует пользование основным правом, устанавливая в том числе его ограничения или определяя регулирование. С учетом приведенных обстоятельств, законодатель заслуживает, пожалуй, не похвалы, а «сдержанного (поскольку особо не навредило) порицания» за незнание или игнорирование требований конституционной техники правотворчества. Во-первых, ему незачем было дублировать конституционное правило о равенстве — по общему правилу — прав человека и гражданина в Российской Федерации. Во-вторых, поскольку все-таки он посчитал такое усердие целесообразным, не лишним было бы задуматься о конституционно выверенной последовательности возможных исключений: в Конституции РФ говорится о случаях, установленных федеральным законом или международным договором РФ. Такая последовательность имеет глубокий смысл, поскольку правила, установленные международным договором, имеют приоритет перед законоположениями (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). Тогда как осуществленная законодателем «перемена мест» не только есть прямо недопустимое вторжение в конституционную конструкцию (лжеракструирование), не только не имеет какого-либо глубинного смысла, но и может при определенных обстоятельствах спровоцировать сознательно неверные (неконституционные) или ошибочные правоприменительные решения. И наконец, в-третьих, законодатель не подумал о корректности самого наименования Закона об обращениях. В Конституции РФ прямо говорится о праве на обращение в публично-властные органы и подразумевается публично значимый и даже политический (в широком смысле) характер таких обращений. В названии указанного Закона использовано неопределенно широкое по смыслу понятие «обращение», что технически неприемлемо.

Конституционная техника правотворчества является эксплицитным признаком (критерием) надлежащей квалификации законодателя, и все справедливые «упреки» в его адрес должны находить подтверждение на соответствующем уровне анализа результатов законотворческой деятельности. Безоговорочным дефектом при этом необходимо полагать явные или «скрытые» отступления от *конституционных принципов*, которые никогда одной сферой или уровнем правовой системы не ограничиваются, включая уровень правотворческой практики. Например, не только научные размышления, но и «здравый» смысл побуждают говорить о порочности практики принятия консолидированных законов о внесении изменений и дополнений в значительное число зачастую предметно неоднородных законодательных актов². Живая самостоятельная «параллельная» жизнь с актами, на усовершенствование которых направлены, такие законы, в свою очередь, могут оказаться предметом законодательного усовершенствования, в них также могут вноситься изменения и дополнения и т. д. (at cetera), теоретически бесконечно. Абсурд подобного подхода очевиден, и справедливости

¹ См.: Авакьян С.А. Десять конституционно-правовых «заповедей» законотворчества // Вестник Московского университета. — Серия 11: Право. — 2010. — № 1. — С. 14.

² См. там же. — С. 17—18.

ради признаем: дальше «изменений на изменения» законодатель все-таки не идет. Однако также неверно сводить данную проблему к трудностям восприятия «итогового» смысла действующих новелл и определения их действительности. Законодатель связан конституционным требованием создания (выработки) норм ясных, определенных, исключающих двусмысленное толкование, и потому его тяга к нарочитой сложности, «элитарной вычурности» конструктивных решений (чем они в действительности не были обусловлены) — неконституционна. Практические следствия такого восприятия не очевидны, но в ряде наиболее одиозных случаев, на наш взгляд, есть основания для обращений в Конституционный Суд РФ.

В отличие от предметно-конституционного подхода С.А. Авакьяна, академическая позиция В.С. Нерсесянца предопределяет его сосредоточенность на узко-доктринальной достоверности (обоснованности) *основных требований* техники правотворчества¹. Замечательно, что эти правила, вопреки подспудному давлению авторской доктрины, оказываются чрезвычайно близкими к конституционным. Будучи критиком Г. Кельзена, В.С. Нерсесянец остается апологетом *нормативности* права. Соответственно, для него правила юридической техники требуют, чтобы текстуальное оформление правовых актов было в максимальной степени подчинено выражению и изложению того главного в содержании разных актов, что определяет их правовую специфику как *нормативную модальность*, позволяющую осуществлять регулирование общественных отношений по юридико-логической модели (схеме, образцу) нормы права. Все в тексте акта, что этой установке не отвечает, затрудняет понимание и применение нормативно-правовых положений и подлежит устранению. Оптимальную же форму правового акта обеспечивает *сочетание двух принципов*: возможный минимум текста при возможном максимуме его нормативного содержания.

Нам важно подчеркнуть, что оба эти принципа у В.С. Нерсесянца имеют свои *пределы*. Предел первого принципа: в тексте нормативно-правового акта, во всяком случае, должны быть *явно* сформулированы или с *бесспорной* определенностью предполагаться все элементы устанавливаемых норм права. Предел второго: в тексте не следует формулировать те элементы правовой нормы, которые носят *очевидный* характер. Конституционное правопонимание готово «двумя руками» голосовать за признание определяющего характера этих *формальных* (юридико-конструктивистских) требований, которые к тому же вполне соответствуют ряду принципов правотворчества, выработанных Конституционным Судом РФ. Однако оно не может (не вправе) оставить без внимания содержательную сторону правовых норм, принципиальную фабулу инвариантной нормативности. И здесь приходится в очередной раз подчеркнуть, что либертарианская апологетика формального равенства обеспечить распаковку конституционно-правового континуума смыслов и ценностей народной жизни не в состоянии, насколько убедительной не выглядела бы юридико-техническая сторона ее «документации».

Либертариизм, либертарианство (родословную которых выводят уже от Лао-Цзы и пророка Самуила) отличает, помимо прочего, чрезвычайная «нищета» философской составляющей. Когда Р. Нозик вновь (спустя двести лет после Канта и В. Гумбольта) «открывает» идею и цель «минимального государства, ограниченного узкими функциями защиты от насилия, воровства, мошенничества, принуждения к выполнению договоров и т. п.», это еще можно понять и объяснить исследовательской аномалией, но широкое признание «открытия» такой цели как «вдохновляющей и правильной»² свидетельствует об общей интеллектуальной инфантильности индивидуализма. Люди, всерьез заявлявшие о том, что «задача государства — защищать права людей от внешних агрессоров и от соседей, которые убивают, насилуют, грабят, нападают на нас или занимают нас мошенничеством»³, остались (должны остаться) в XX веке. Слишком наглядным стало сегодня: «простых» людей будут убивать, насиловать, грабить и обманывать тем больше, чем меньше государство будет уделять внимания иным функциям, кроме правоохранительных.

Конституционное правопонимание адогматично. Можно *бесконечно* спорить о приоритетности и вариантах содержания законодательных формулировок, оставаясь при этом в предметном поле конституционализма. Однако есть критерии конституционности, которые позволяют либо обосновать иерархию возможных приоритетов, либо исключить определенные варианты как неприемлемые. Разница между первыми и вторыми существенная. Первые только утверждают свою актуальность; фактически они конституционно диспозитивны. Вторые должны быть конституционно легитимированы и в силу этого никакой последующей модернизации (изменению, усовершенствованию) не подлежат.

Модернизация юридической техники в данном аспекте выражается во введении в оборот новых, нетрадиционных элементов, которые ранее казались неприемлемыми и только теперь раскрывают свою конституционную состоятельность и даже приоритетность. Особое значение, на наш взгляд,

¹ См.: Нерсесянец В.С. Общая теория права и государства: Учебник для юридических вузов и факультетов. — М., 1999. — С. 425—429.

² См.: Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика. — Челябинск, 2009. — С. 63—64.

³ См. там же. — С. 64.

здесь приобретают презумпции, которые обеспечивают уникальную возможность конституционного конституирования целостных (синтетических) норм права и правоположений через *конституционное презюмирование*. Например, презумпция согласия автора на безвозмездное некоммерческое использование продуктов (результатов) интеллектуальной деятельности, размещаемых (отпускаемых на информационную свободу) в сети Интернет, которая должна произвести революцию в сфере интеллектуальной собственности, а заодно и побудить окончательно отказаться от набивших оскомину декламаций и сюжетов на тему борьбы с информационным пиратством (контрафактным копированием). Конституционна ли эта презумпция? Безусловно. Противоречит ли она традиционным цивилистическим представлениям о содержании права собственности? Разумеется. Ничего страшного в этом нет: в контексте реального конституционализма традиция исчерпала себя, а конституционное право интеллектуальной собственности обретает содержание и призвание.

Или другая актуальная инновация российского «предвыборного законотворческого процесса»: нормативное обеспечение доступа семейных (приватных) дошкольных рекреационных учреждений (детские сады, ясли) к бюджетным ресурсам. Эта идея вполне может быть подвергнута критике со стороны как приверженцев государственного патернализма социалистического толка, так и их «симметричных» формально-либеральных оппонентов. Между тем она не только политически «отцентрирована», но и глубоко и принципиально конституционна, воплощает суть установки конституционного социально-правового конструктивизма. В ее основе лежат конституционные приоритеты (соразмерные ценности) семьи, детства, а также — неявный конституционный бренд — желательности, социально-экономической перспективности любых форм государственно-частного (государственно-гражданского) партнерства как конструктивного противовеса политико-социальной разобщенности и отчужденности.

Любопытно, как оперируют презумпциями, зачастую повышая их до статуса «аксиомы», авторы, специализирующиеся в различных сферах законодательства; насколько при этом им удастся сохранить «конституционный нейтралитет» и возможен ли он, например, применительно к политическим отношениям. Так, выступая за отмену запрета депутатам представительных органов быть доверенными лицами кандидатов, политических партий и участвовать от их имени и по поручению в агитационных мероприятиях через СМИ, Е.И. Колюшин высказывает *уверенность* в том, что депутаты, избранные по спискам политических партий, «являются наиболее активными и грамотными представителями этих партий», а значит, «фактическое лишение их права участвовать в агитации в поддержку своей партии противоречит смыслу избирательной кампании». И в завершение добавляет: «на практике такие запреты нередко не соблюдаются и порождают конфликты»¹. Получается, что критерием «политической активности и грамотности» является склонность к нарушению законодательных запретов, но тогда вряд ли можно надеяться на призванное «компенсировать» очевидное неравенство агитационных возможностей указание о недопустимости использования такими лицами преимуществ должностного положения в агитационной кампании. На наш взгляд, ситуация, когда политическая партия может поручить депутату представительного органа власти агитировать за нее на очередных выборах, выглядит достаточно тревожно для ценности реального представительства, окончательно раскрывая его фикционный характер. Тогда как существующее ограничение выглядит в контексте российских политических реалий вполне конституционным.

Конституционными презумпциями возможности и направления модернизации средств юридической техники, конечно же, не исчерпываются. Например, термины, понятия, дефиниции. Именно конституционное осмысление должно предшествовать их разработке и обеспечивать возможность включения (вмонтирования) в соответствующую эксплицитную норму права. Язык, как известно, является основным средством юридической техники, включая специальную юридическую терминологию, взвешенное использование которой во многом определяет успех правовой коммуникации. Для конституционно-правовой коммуникации этот язык должен быть достоверно конституционным. По справедливому замечанию Г.Т. Чернобеля, понятия, используемые в законодательстве для конституирования и структурирования норм права, должны быть дискурсивными, то есть находится в определенном логическом сцеплении с устоявшимися (общепризнанными) предшествующими понятиями, в иерархии функционирования которых главенствующими, общезначимыми выступают конституционные понятия как опорные нормативные конструкции, за которыми следует межотраслевая и отраслевая понятийно-терминологические системы². Немало вопросов в этой связи оставляет Федеральный закон от 7 февраля 2011 года «О полиции» № 3-ФЗ³ (далее — Закон о полиции), оценивая юридико-

¹ См.: Колюшин Е.И. Концепция модернизации избирательного и связанного с ним законодательства // Вестник Московского университета. — Серия 11: Право. — 2010. — № 1. — С. 69—70.

² См.: Чернобель Г.Т. Функционально-конструктивное значение понятийно-терминологического аппарата // Юридическая техника: Учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. — М., 2009. — С. 89, 90—91.

³ Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900.

техническое совершенство и новизну положений которого не лишним будет сравнить их с аналогичными или близкими по направленности положениями Закона РСФСР от 18 апреля 1991 года № 1026-1 «О милиции»¹ (далее — Закон о милиции).

Появившиеся научные комментарии Закона о полиции начинаются с критики первого же из его нормативных положений (ч. 1 ст. 1), в котором назначение полиции связывается в том числе с обеспечением *общественной безопасности*. Следует согласиться с теми, кто подчеркивает: выделенное понятие по своему объему, смысловой нагрузке выходит далеко за рамки того, чем должна заниматься полиция, оставив специализированным правоохранительным органам вопросы государственной, пожарной, таможенной и многих других направлений (составляющих) общественной безопасности². К этому нужно добавить, что далее (среди *основных направлений* деятельности полиции) фигурирует почему-то только обеспечение безопасности дорожного движения (п. 7 ч. 1 ст. 2 Закона о полиции). Значит ли это, что безопасность в иных сферах (если таковые предполагаются) полиция обеспечивает факультативно, от случая к случаю либо при наличии специальных указаний, как это предусмотрено для деятельности «по поддержанию или восстановлению международной безопасности», которой *сотрудники полиции* должны будут заниматься по специальному решению Президента РФ (ч. 2 ст. 2)? Кстати, и в данном случае использованный законодателем термин вызывает большие сомнения: вероятно, все-таки подразумевается общественная безопасность в зонах международных конфликтов, что далеко не равнозначно международной безопасности.

В этой связи отметим еще один — принципиальный, на наш взгляд, — порок формулировки обозначенного выше фрагмента Закона о полиции. Статусное назначение полиции в нем связывается и с *защитой* прав и свобод человека и гражданина. Думается, это не верно. Полиция принадлежит к *правоохранительным* органам, и охрана права (правопорядка) предполагает именно охрану прав и свобод человека, хотя бы такая формулировка и отклонялась от сложившихся стереотипов. Действительно, с позиций конституционной теории права логическим следствием положения статьи 2 Конституции РФ выступает проекция общегосударственной обязанности защиты прав человека на все публично-властные органы³. Вывод этот находит подтверждение и в наиболее авторитетных доктринальных комментариях, и в актах Конституционного Суда РФ. Тем не менее, некритическое использование термина «защита» применительно к основным правам и свободам чревато обратным эффектом — размыванием его смысловой нагрузки и девальвацией вытекающих из правильно определенного содержания требований. В строгом конституционно-правовом значении основные права и свободы обеспечиваются правосудием посредством практики конституционной юстиции и защиты субъективных прав в государственных судах. Иные государственные (в широком смысле) органы и лица участвуют в решении этой общей задачи факультативно и субсидиарно, с учетом их роли в механизме государственно-правового регулирования и охраны общественных отношений, функционально соотношенном с конституционной системой защиты прав человека⁴. Полиция — в качестве центрального элемента системы охраны правопорядка — с защитой прав человека также связана только отчасти и условно, хотя и в очень широком диапазоне социальных отношений, практик. Не случайно в основных направлениях деятельности полиции (ст. 2 Закона о полиции) говорится лишь о защите личности, а не ее прав и свобод. И эта чрезвычайно важная задача не нуждается в дополнительном терминологическом приукрашивании. Без достоверно охраняемого правопорядка основные права и свободы, равно как и право в целом, теряют свою социально-практическую ценность, превращаясь в бессодержательные декларации. Профессиональная и осмысленная сосредоточенность полиции на правоохранительной деятельности весомо гарантирует права и свободы в том смысле, что люди получают возможность жить и взаимодействовать в условиях безопасности, защищенности от угроз агрессии и насилия всех социальных форм и оттенков. Только в таком случае обладатели неотчуждаемых прав и свобод получают возможность полноценно пользоваться ими, включая возможности обращений к судебной власти за разрешением неизбежно возникающих в контексте правопользования юридических противоречий, конфликтов, споров, то есть за правосудным подтверждением обоснованности своих притязаний и требований. Причем исполнение судебных решений точно также возможно лишь в условиях надежно охраняемого общественного порядка.

Недосужий характер терминологической критики Закона о полиции подтверждают реалии новейшей социальной практики. Например, широко освещавшийся СМИ конфликт в Москве между приверженцами культурных традиций жителями столицы и прагматичными застройщиками, напролом иду-

¹ Ведомости РСФСР. — 1991. — № 16. — Ст. 503.

² См.: Рыжаков А.П. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О полиции». — М., 2011. — С. 5.

³ Специальной субсидиарной правозащитной компетенцией могут наделяться и частноправовые субъекты (нотариусы, третейские суды и др.).

⁴ Как справедливо отмечает Б.С. Эбзеев, Конституция РФ формулирует институт защиты прав человека и гражданина, устанавливая соответствующую государственную систему и разграничивая полномочия входящих в эту систему органов. См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. — М., 2009. — С. 70.

щими к вожделенной прибыли¹. Когда рано утром 7 июля 2011 года в Большом козлихинском переулке тяжелая техника начала разрушать очередное «раритетное» строение, граждане вышли на его защиту, но натолкнувшись на хорошо организованное противодействие частной охраны. Прибывшие на место происшествия полицейские отказались «защищать права» протестующих, подчеркивая готовность вмешаться в случаях, если возникнет угроза их жизни или здоровью. На риторический вопрос одной из активисток, возмущенных такой индифферентностью: «Вы что, издеваетесь над нами?» — лейтенант полиции «резонно» ответил: «Нет, это вы над нами издеваетесь!». К сожалению (поскольку пристрастия наши на ее стороне), добрая женщина была не права, и полицейские действительно не должны были защищать ее конституционные права на свободу мысли, на благоприятную окружающую среду, на доступ к культурным ценностям, как она того хотела (в конкретной форме, обусловленной ее пониманием содержания этих прав и аффектами правозащитной патетики). Однако в информационную эпоху такого рода события без симметричного и конституционно адекватного комментария будут неизбежно негативно влиять на общественное восприятие полиции и оценки ее деятельности.

Отмеченные терминологические «неточности» в Законе о полиции опасны также и потому, что юридически «продвинутое» и побуждаемое недобросовестными адвокатами лица вполне могут попытаться использовать их для неосновательных требований компенсаций, ссылаясь на конституционное право каждого на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст. 53 Конституции РФ).

Есть, однако, еще более серьезная проблема. Современные российские и зарубежные реалии демонстрируют, насколько важно, чтобы в условиях изоморфных угроз терроризма и повсеместного роста социальной разобщенности и напряженности, готовых выплеснуться в агрессивный протест, доходящий до приступов потребительского вандализма, полиция была способна, прежде всего, охранять правопорядок, не нарушая одновременно прав и свобод человека. Даже английская полиция с ее, казалось бы, непоколебимым, исторически выпестованным авторитетом и имиджем в ситуации массовых беспорядков летом 2011 года обнаружила неготовность эффективно решать первую часть этой *двуетапной задачи*, поставив тем самым под сомнение и стереотипы восприятия традиционной демократии как системы, наиболее достоверно обеспечивающей права и свободы человека и гражданина. Для России в этом отношении пришла пора учиться на чужих ошибках.

Примечательно, что все упомянутые выше законоположения фактически воспроизводят формулировки статей 1 и 2 Закона о милиции, согласно которым система соответствующих органов была призвана защищать права и свободы граждан и все формы собственности; к числу же задач милиции относились обеспечение безопасности личности и общественной безопасности, а также оказание помощи физическим и юридическим лицам в защите их прав и законных интересов в пределах, установленных данным Законом. Единственное техническое отличие свидетельствует, как это ни печально, в пользу Закона о милиции, поскольку содействие (оказание помощи) в защите прав физических и юридических лиц здесь функционально (содержательно) не разделялось, кроме того вполне уместно упоминались законные интересы, которые, конечно, должны быть в сфере полицейской охраны. (В тексте Закона о полиции категория «законные интересы» вообще появляется только в статье 6 (Законность), где по отношению к ним тут же необдуманно применяется конституционное понятие «ограничение», которое имеет смысл исключительно в отношении прав и свобод человека и гражданина. Далее «законные интересы» опять периодически «забываются» законодателем даже там, где указание на них представляется необходимым, как, например, в статье 8 (Открытость и публичность), а в части 7 статьи 9 неожиданно появляется термин «общественно значимые интересы», значение и соотношение которого с понятием законных интересов не проясняется.)

К критическим аннотациям побуждают не только приведенные, но и изрядное количество других формулировок Закона о полиции. Так, согласно положению части 2 статьи 3, сотрудник полиции *обязан пресекать действия*, которыми гражданину *умышленно* причиняются боль, физическое или нравственное страдание. Размышляя о его значении, с одной стороны, можно вспомнить анекдоты о робкопах и суперполицейских из американских комиксов и голливудских блокбастеров. В особенности применительно к страданиям нравственным. Именно подобным персонажам уместно будет «решительно пресечь», например, блондинку, прилюдно заявляющую бойфренду о разрыве с ним отношений и отбытии на курорт с очередным избранником; или напротив — «прижимистого» кавалера, отказывающегося купить своей пассии бриллиантовое кольцо, без которого она не мыслит жизни. С другой стороны, получается, что доблестные стражи правопорядка должны спокойно (или с интересом) наблюдать за происходящим, если на вас набросился невменяемый или аффектированный субъект, не отдающий отчета в своих действиях, либо сорвавшийся с цепи бультерьер. Боль и страдания могут вызываться различными по юридической характеристике действиями, и в приведенном положении следовало, во всяком случае, подчеркнуть противоправность поступков, обязывающих к полицейскому реагированию.

¹ НТВ, 7 июля 2011 года.

В положении части 2 статьи 1 Закона о полиции устанавливается: «Полиция незамедлительно приходит на помощь каждому, кто нуждается в ее защите от преступных и иных противоправных посягательств». Понятно, что это не аксиома, не презумпция и, хочется верить, не фикция. Очень похоже на декларацию, но заведомо недостоверную, полноценно не выполнимую. Оценочное понятие «незамедлительно» дезавуирует угрозы ответственности за неисполнение декларируемого поведения, которое к тому же не названо обязанностью. Вербальные составы «приходит на помощь», «нуждается в ее защите» также обозначают перспективы филологических экспертиз в делах об обжаловании противоправного бездействия полицейских. Может ли, например, рассматриваться в качестве субъекта декларируемой помощи человек, который об этой помощи *не просит*, хотя, по мнению полицейского, в ней нуждается? Равнозначна ли помощь как таковая (оказание помощи) прибытию на место ее оказания? Где находятся юридические границы «иных противоправных посягательств», от которых обещает защищать полиция: входят ли в них, например, деликты, нарушения требований безопасности труда или устава караульной службы? И итоговый (сводный) вопрос: зачем вообще понадобилось включать в закон прямого действия это заведомо беллетристическое положение? Руководствоваться принципом «не помешает» («кашу маслом не испортишь») в таких вопросах недопустимо.

Еще одно «грандиозное» и столь же маловразумительное, если не беспомощное в практическом смысле положение находим в части 3 статьи 1 Закона о полиции. Здесь устанавливается, что полиция в пределах своих полномочий оказывает содействие государственным и муниципальным органам, должностным лицам, общественным объединениям, организациям, независимо от форм собственности, в защите их прав. Почему обозначенное содействие оказывается полицией «в пределах ее полномочий»? Специальная оговорка побуждает думать, что это некое исключение и в остальных случаях полиция вполне может выходить за рамки своих полномочий (что безоговорочно недопустимо). Далее: «содействие в защите прав» определенного ряда субъектов права. Что это? Чем оно отличается от собственно защиты прав (о неподведомственности полиции которой уже говорилось)? По каким критериям подбирались субъекты «поддержки»? Так определенное юридическое содействие может быть понято, например, в процессуальном аспекте (представительство в суде) либо в рамках специальных гарантирующих, правоустанавливающих процедур (нотариальные действия, государственная регистрация прав); понятно, однако, что к полиции подобные практики отношения не имеют. Тогда что? Можно предположить, что речь здесь идет о ситуациях, когда, к примеру, спикер ГД РФ обнаруживает в своем «законном» кресле в зале заседаний кого-то из депутатов и, желая восстановить статус-кво, не может этого сделать самостоятельно. Или, например, администрация и игроки футбольного клуба простят полицию обеспечить им «прикрытие» при посадке в автобус после победы на выезде, справедливо опасаясь не вполне адекватной реакции местных фанатов. Полиция, действительно, призвана в подобных случаях оказывать искомое содействие, но опять-таки не в защите прав, а в элементарном (классическом) обеспечении правопорядка. К чему же «огород городить»? И почему все-таки, согласно указанной велеречивой конструкции защите прав тех же коммерческих организаций (например, права собственности), их должностных лиц или публичных служащих полиция может только содействовать, а право частной собственности простых граждан должна именно защищать (ч. 1 ст. 1 Закона о полиции)¹? И наконец, вследствие всех отмеченных недостатков указанное содействие не может быть подведено под обобщенную характеристику тех специфических многообразных обязанностей полиции, которые конкретизированы в статье 12 Закона о полиции (п. 6, 7, 9, 13, 17, 19, 23—36), соответствующих подзаконных нормативных правовых актах и определяют контрольно-надзорную и солидарную правоохранительную компетенцию этого органа.

Конституционная модернизация призвана обеспечить концептуальную связанность техники правотворчества и толкования (интерпретации) права. В Конституции РФ нет не только дефектов, но и пробелов. В законодательстве, разумеется, пробелы есть. Традиционно считается, что одной из юрико-технических задач является предупреждение и устранение пробелов в текстах законов. Но что есть такой пробел? Конституционное правопонимание побуждает к отказу от огульного причисления к соответствующим явлениям любого *объективно целесообразного* законоположения. Пробел есть то, что *с необходимостью* должно быть, без чего *система законодательства* становится дефектной. Критерием такой необходимости выступают опять-таки конституционные ценности, прежде всего права и свободы человека и гражданина, находящиеся в состоянии недопустимой незащищенности. Законодательный пробел есть то, вследствие чего надлежащее соблюдение и защита, обеспечение, гарантирование прав и свобод человека, иных конституционных ценностей — с опорой на действующее законодательство — невозможны. Если же речь идет о положении, хотя бы и правогарантирующего назначения, но отсутствие которого не исключает надлежащего конститу-

¹ Согласно части 2 статьи 45 Конституции РФ каждый человек и гражданин вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, и именно физические лица чаще всего нуждаются при этом в «силовой» поддержке тех форм самозащиты, которую, собственно, и может оказать полиция (как, например, требования и действия собственника по защите своих прав, не связанных с изъятием имущества).

ционного гарантирования в рамках законодательства, то такой апофатический феномен пробелом считаться не может.

Так, в постановлении от 28 февраля 2008 года № 3-П Конституционный Суд РФ, обращаясь к федеральному законодателю, указал на необходимость в течение шести месяцев внесения изменения в Федеральный закон «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» с целью включения механизма тайного голосования членов квалификационной коллегии судей при решении вопроса о применении к судье дисциплинарного взыскания в виде досрочного прекращения полномочий судьи. Одновременно Суд отметил, что этим *не исключается* установление и иных *дополнительных* законодательных гарантий, направленных на обеспечение самостоятельности и независимости судебной системы. Здесь наглядно выражено различие между конституционно недопустимым пробелом и возможными гарантирующими установлениями в законодательстве, а равно и фактическое тождество значений законодательных «пробела» и «дефекта» в конституционно-правовом смысле. Законодательный пробел — это технически порочное конструирование нормы права, свидетельствующее о непонимании или «нежелании» законодателя понимать смысл стоящей перед ним задачи.

При этом — подчеркнем еще раз — пробел всегда остается сугубо законодательным (технонормативным дефектом), поэтому конституционно грамотное, надлежащее правоприменение во всяком случае не исключаются. В этой связи в постановлении Конституционного Суда РФ от 25 марта 2008 года № 6-П было установлено, что, *не включив* обстоятельства, указанные в пунктах 5—7 части 1 статьи 21 АПК РФ, в число оснований отвода судьи, распространяющихся на арбитражного заседателя, федеральный законодатель *допустил возможность* формирования состава суда, не отвечающего критерию беспристрастности. Лишение участников процесса возможности заявить при соответствующих обстоятельствах отвод арбитражному заседателю приводит, наряду с прочим, к *нарушению* закрепленных Конституцией РФ, в том числе ее статьями 46 (ч. 1), 55 (ч. 3) и 123 (ч. 3), *гарантий права* на судебную защиту. Неконституционным, таким образом, здесь фактически было признано отсутствие в законодательстве нормы, которая, тем не менее, в конституционно-правовом измерении *существует*.

Конституционные условия (критерии и пределы) целесообразной (желательной) конкретизации установленных законоположений как гарантий общего характера могут быть проведены Конституционным Судом РФ через прояснение их конституционно-правового смысла (не вполне очевидного для практики). При этом соответствующая установка законодателю получает неизбежно апофатический характер: ему «напоминают» о том, к какому результату нельзя прийти в процессе конкретизации. Так, в постановлении от 11 марта 2008 года № 4-П Судом было подчеркнуто, что оспоренным положением подпункта «л» пункта 25 статьи 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» не нарушается закрепленный Конституцией РФ принцип свободных выборов и баланс таких конституционных ценностей, как плюралистическая демократия, многопартийность, свобода деятельности политических партий, пассивное и активное избирательное право граждан. Данное положение: 1) позволяет — на основе конституционного принципа юридического равенства — участвовать в выборах кандидатам, представляющим весь политический спектр, выражаемый зарегистрированными в установленном законом порядке политическими партиями; 2) не препятствует регистрации списка кандидатов, выдвинутого той или иной политической партией; 3) исключает возложение на политическую партию и выдвинутых ею кандидатов ответственности за деяние, не признаваемое правонарушением. Из этого очевидно следует, что все перечисленные таким образом «достоинства» законодателю необходимо, если не преумножить, то хотя бы сохранить (с учетом особенностей действующей выбранной избирательной системы). В целом вносимые изменения должны характеризовать их направленность на упрочение гарантий свободных выборов и участия в них политических партий и их кандидатов.

Конституционным Судом РФ сформулировано значительное число строгих юридико-технических требований применительно к нормам права, устанавливающим юридическую ответственность за правонарушения. Требования эти неоднократно воспроизводились в актах Суда, что вполне оправданно, поскольку соответствующие нормы прямо связаны с ограничениями прав и свобод человека. Почему же, однако, законодатель не всегда «помнит» об этих правилах, даже конструируя составы преступлений? Отчасти, думается, в силу недооценки конституционного положения о высшей ценности основных прав и свобод. Так, в постановлении от 27 мая 2008 года № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части 1 статьи 188 УК РФ в связи с жалобой гражданки М.А. Асламязян» Конституционный Суд РФ фактически обвинил законодателя в неисполнении конституционной обязанности так сформулировать нормативное предписание об уголовной ответственности за контрабанду, чтобы противоправно перемещаемой через таможенную границу Российской Федерации признавалась исключительно та часть валюты, которая превышает сумму, разрешенную к ввозу без декларирования.

В постановлении от 16 июля 2008 года № 9-П, исходя из исключительной публичной ответственности государства за организацию уголовного судопроизводства, Конституционный Суд РФ указал федеральному законодателю на целесообразность внесения таких изменений и *дополнений* в меха-

низ правового регулирования хранения, учета и передачи вещественных доказательств, которые были бы направлены на гарантирование конституционных экономических прав обвиняемых, чьи вещи и ценности, включая большие партии товаров, могут на длительный срок приобретать статус вещественных доказательств по уголовному делу, выпадая из делового оборота, теряя потребительские свойства или разрушаясь вследствие нерачительного отношения ответственных лиц.

Еще одно правило конституционной техники правотворчества можно сформулировать так: конституционные дефекты законов нельзя «исправить», как и «компенсировать» их последствия на подзаконном уровне. Попытки такого рода если и не усугубят, то еще больше запутают проблему. Наглядным примером издержек многоступенчатой подзаконной конкретизации не выверенных по конструкции законодательных установлений может служить состояние инновационного правового института противодействия неправомерному распространению инсайдерской информации. В соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2010 года № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее — Закон об инсайдерской информации) и Положением о Федеральной службе по финансовым рынкам (далее — ФСФР России), утвержденным постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 года № 317², был издан приказ ФСФР России от 21 января 2011 года № 11-3/пз-н, которым были утверждены три предусмотренных Законом положения, включая Положение о передаче списков инсайдеров организаторам торговли, через которых совершаются операции с финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товаром³ (далее — Положение). Затем приказом ФСФР России от 28 июня 2011 года № 11-28/пз-н (зарегистрирован в Минюсте РФ 22 июля 2011 года, регистрационный № 21449) в Положение был внесен ряд изменений, включая указание об исключении из его текста пункта пятого. Согласно новой редакции Положения, уже не требуется, как предусматривалось в указанном пункте, передавать организаторам торговли письменные согласия физических лиц, включенных в списки, на обработку их персональных данных. Какова подоплека столь «судорожного» правотворчества и в чем смысл «забракованных» установлений? С позиций социологического подхода можно предположить, что ФСФР России просто осознала заведомую невыполнимость установленных требований, поскольку круг физических лиц, которые согласно статье 4 Закона признаются инсайдерами и потому должны быть включены в списки, весьма обширен, крайне неоднороден, и заручиться письменным согласием многих из них было бы очень непросто. Однако конституционный анализ раскрывает гораздо более «драматичную» коллизию. Закон об инсайдерской информации, закрепляя требования составления и распространения определенными хозяйствующими субъектами (юридическими лицами) списков инсайдеров, установил тем самым ограничения конституционных прав каждого на информационную неприкосновенность и информационное самоопределение, вытекающих из положений статей 23 (ч. 1) и 24 (ч. 1) Конституции РФ⁴. Однако сделано это предельно «невнятно», не прямо и, по сути, в форме подразумеваемого логического следствия, что абсолютно недопустимо.

Для физических лиц информация о принадлежности их к кругу инсайдеров (включении в списки инсайдеров) является информацией персонального характера. В соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных»⁵ персональная информация относится к категории конфиденциальной и не может распространяться без согласия субъекта персональных данных, а ее обработка допускается только с его согласия, за исключением ряда случаев, включая обработку информации на основании федерального закона, устанавливающего, вкуче с прочим, условия ее получения (п. 10 ст. 3, п. 1 ч. 2. ст. 6, ст. 7). Кроме того, согласно положениям частей 1 и 2 статьи 9 этого Закона, условие о необходимости согласия субъекта может быть исключено (ограничение конституционного права), поскольку федеральным законом будет установлена обязанность субъекта предоставить свои персональные данные в соответствии с общими конституционными критериями ограничения основных прав и свобод. Номинально таких ограничений в Законе об инсайдерской информации нет, как, впрочем, нет и условий получения такой информации. И законодателя отчасти можно понять: с одной стороны, составляющему инсайдерские списки оператору соответствующая информация уже известна, с другой стороны, уже сам факт того, что некто признан инсайдером (включен в списки инсайдеров), может быть воспринят крайне негативно и влечь неблагоприятные последствия для этого лица вплоть до угроз его безопасности. Кроме того, инсайдерские списки передаются операторами не только организаторам торгов, но и в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти в области финансовых рынков по его требованию, а этот орган наделен

¹ Российская газета. — 2010. — 30 июля.

² Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 27. — Ст. 2780; 2011. — № 15. — Ст. 2137.

³ Российская газета. — 2011. — 22 апреля.

⁴ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. — М., 2009. — С. 236—244.

⁵ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 31. — Ч. 1. — Ст. 3451.

широкими полномочиями в части последующего распространения информации, составляющей персональные данные (ч. 9 ст. 14 Закона об инсайдерской информации). При таких обстоятельствах опрелелиться с законодательным решением было все же необходимо, в том числе предусмотрев дополнительные (помимо информирования о включении в инсайдерские списки) гарантии затрагиваемых таким решением конституционных прав. Попытка же на подзаконном уровне дезавуировать фактические ограничения, перевести их в категорию регулирующих (и гарантирующих) условий правопользования выглядела столь же непродуманной, сколь и не соответствующей воле законодателя. Следует, правда, отметить, что обязанность вести списки инсайдеров и передавать их организаторам торгов возникла у юридических лиц лишь с 30 июля 2011 года, когда вступила в силу статья 9 Закона об инсайдерской информации, то есть «проблемные» установления Положения, даже сугубо формально (вследствие официального опубликования) действуя около двух месяцев, так и «не успели включиться в механизм правового регулирования соответствующих отношений, пока благополучно не были отменены. В любом случае подобные правотворческие «зигзаги» представляются конституционно недопустимыми.

Десять лет назад В.В. Лазаревым уже была выделена конституционная составляющая проблематики юридической техники в связи с необходимостью учета законодателем решений Конституционного Суда РФ¹. При этом указанная работа свелась преимущественно к развернутому обоснованию названной необходимости на основе анализа правовой природы и практического значения правовых позиций и актов российского органа конституционной юстиции. Одновременно и фактически аналогичным образом был поставлен вопрос о необходимости учета актов международной конвенциональной юстиции². Сегодня надобности в *очередных* обоснованиях такого рода уже нет (хотя проблема исполнения законодателем решений Конституционного Суда по-прежнему актуальна), и задача должна быть поставлена принципиально иным образом. Нужно двигаться дальше. Необходимо концептуально связанным образом показать, как конституционные реалии определяют, а практика конституционной юстиции обогащает современную юридическую технику и доктринально корректирует направление соответствующих научных изысканий. Во главу угла при этом должна быть поставлена аксиома: в Российской Федерации не должно быть законодательных (нормотворческих) концепций, не только противоречащих, но и не соотносимых с очевидностью с положением статьи 18 Конституции РФ. Данная публикация лишь обозначает перспективы движения в указанном направлении.

¹ См.: Лазарев В.В. Техника учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 46—64.

² См.: Лаптев П.А. Проблемы рассмотрения дел против России в Европейском Суде по правам человека и некоторые вопросы юридической техники // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 161—175.

А.Н. Кузнецов

Кузнецов Алексей Николаевич — адъюнкт кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России

**Технико-юридическая конструкция
конституционно-правовых стандартов обеспечения
публичными властями права на жилище в зарубежных странах**

В современной государствоведческой литературе, равно как и в конституционной практике, не сложилось однозначных подходов к проблеме обеспечения права граждан на жилище. Сформировавшиеся в 1990-х годах представления о социальных правах, роли институтов публичной власти в их обеспечении, несмотря на, казалось бы, обозначившийся отказ от крайностей, остаются достаточно распространенными и непреодоленными. В новейшей теоретической литературе порой настойчиво проводится мысль о «второстепенности» социальных прав, их «неконституционности» и т. п. Примечательна в этой связи статья В.А. Андреевой, опубликованная в журнале «Государство и право», в которой автор — специалист по конституционному праву зарубежных стран — формулирует такие выводы, основываясь при этом на фундаментальных источниках конституционного права зарубежных стран.

Поэтому обращение к опыту зарубежных стран применительно к данной проблеме является принципиально важным.

Признание права на жилище важнейшей составной частью более широкого права каждого человека на достойный жизненный уровень произошло лишь в середине XX века. Во Всеобщей декларации прав человека 1948 года (ст. 25) впервые было закреплено, что каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его и его семьи.

Нормы о праве на жилище как составной части права каждого на достаточный жизненный уровень содержатся и в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года (п. 1 ст. 11). Причем, как следует из пункта 1 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года¹, обязательным является условие свободы выбора человеком места жительства. Необходимость уважения права человека на жилище констатирована в статье 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

После принятия Всеобщей декларации прав человека и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах право на достаточное жилище стало частью общепризнанных стандартов прав человека. Подтверждением этому служила Глобальная стратегия в области жилья до 2000 года, принятая Генеральной Ассамблеей ООН в 1998 году, в которой, в частности, указывается на то, что право на надлежащее жилище получило всеобщее признание со стороны международного сообщества. Согласно определению Глобальной стратегии, достаточное жилище означает надлежащую жилую площадь, надежную защиту частной жизни, надлежащие безопасность, освещение и вентиляцию, базовую инфраструктуру, расположение в отношении производственных и других важных объектов, причем все это — за умеренную плату.

Позднее право на жилище получило свое развитие в других документах по правам человека. Так, в статье 31 Европейской социальной хартии (Страсбург, 3 мая 1996 г.)² закреплена обязанность государств принимать меры, направленные: а) на содействие доступу к жилью, отвечающему должным требованиям; б) предотвращение бездомности и сокращение ее масштабов с целью ее постепенной ликвидации; в) поддержание цены на жилье, доступной для людей, не имеющих достаточных средств. Кроме того, в Европейской социальной хартии содержатся положения о специальных гарантиях в жилищной сфере для отдельных, наиболее социально уязвимых категорий граждан. В частности, в статье 23 предусмотрена обязанность государств дать пожилым людям возможность свободно выбирать свой образ жизни и вести независимое существование в привычной для них обстановке, в том числе в форме предоставления им жилья, соответствующего их потребностям и состоянию здоровья, или оказания помощи в переоборудовании их жилья в соответствии с их нуждами. А в статье 30 закреплена норма общего характера, направленная на обеспечение эффективного осуществления права на защиту от ни-

¹ Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) // Библиотечка «Российской газеты». — М., 1999. — Вып. 22—23.

² См.: Европейская социальная хартия (Страсбург, 3 мая 1996 г.) (в ред. 1996 г.) // Европейская социальная хартия. — Серия: Права человека. — М., 1998. — № 2.

щеты и социального отторжения, предусматривающая принятие государствами в этих целях мер по облегчению доступа к жилью лиц, живущих в условиях социального отторжения или нищеты.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года лишь самым общим образом коснулась данного права¹. Видимо, по этой причине практика Европейского Суда по правам человека, как раз и учрежденного для реализации норм Конвенции, утверждалась крайне сложно и первоначально являлась достаточно противоречивой. С одной стороны, Суд отрицал это право, основываясь на констатации его отсутствия в Конвенции. Например, решение от 21 ноября 1995 года по делу Баррето против Португалии, от 28 октября 1999 года по делу Панченко против Латвии, от 18 января 2001 года по делу Чэпман против Соединенного Королевства².

С другой стороны, отдельные решения Суда свидетельствуют о признании данного права, его связи с неприкосновенностью жилища, свободой передвижения, на благоприятную окружающую среду. Например, решения Суда от 9 декабря 1994 года по делу Остра против Испании, от 21 февраля 1990 года по делу Пауэлл и Рейнер против Соединенного Королевства, от 25 февраля 2002 года по делу Кесласси против Франции, от 8 февраля 1978 года по делу Уиггинс против Соединенного Королевства, от 1 декабря 1986 года по делу Параманафан против Германии, от 18 декабря 1996 года по делу Лоизиду против Турции, от 25 марта 1992 года по делу В. против Франции³.

Таким образом, отмеченные акты закрепляют нормы, устанавливающие международный и европейский уровни обеспечения права на жилище. Одновременно эти нормы унифицируют подходы национальных законодателей в указанной сфере. Тем не менее, в отдельно взятых странах правовое регулирование обеспечения права на жилище имеет существенные особенности.

Прежде всего обратим внимание на то обстоятельство, что *в ряде национальных конституций гарантии права на жилище вытекают из фундаментальных положений основного закона, сформулированных через общие принципы права.*

Так, Конституция Боливии 1967 года (ст. 158) исходит из того, что государство несет обязательство защищать человеческий капитал, обеспечивая охрану здоровья населения; гарантирует достойные условия существования и реабилитации инвалидов, а также стремится содействовать улучшению жилищных условий семьи в качестве ячейки общества.

По Конституции Бразилии «союз, штаты, федеральный округ и муниципалитеты несут совместную ответственность в таких вопросах, как... содействие осуществлению программ жилищного строительства и улучшения основных санитарных условий» (ч. IX ст. 23).

Кроме того, Конституция установила принципиальные положения государственной политики в данной сфере. В частности, согласно статье 187 сельскохозяйственная политика планируется и осуществляется в соответствии с действующим законодательством при постоянном участии в этом процессе производственного сектора; согласно статье 203 социальная помощь предоставляется всем нуждающимся, независимо от их участия в системе социального обеспечения, включая «предоставление жилища нуждающимся детям и подросткам».

Национальные конституции относят право на жилище к числу основных прав граждан. В частности, Конституция Бельгии от 17 февраля 1994 года (с изм. от 25 марта 1996 г., 28 февраля 1997 г., 11 марта 1997 г., 20 мая 1997 г., 12 июня 1998 г., 17 июня 1998 г., 20 ноября 1998 г., 11 декабря 1998 г., 12 марта 1999 г., 7 мая 1999 г., 23 марта 2000 г. и 16 мая 2000 г.) прямо закрепила в статье 23.2 «право на достойное жилище»⁴.

Конституция Буркина Фасо 1991 года (ст. 18) устанавливает, что «образование, обучение... жилище... составляют социальные и культурные права, признаваемые настоящей Конституцией, целью которой является их обеспечение»⁵.

В соответствии со статьей 51 Конституции Колумбии 1991 года «все граждане Колумбии имеют право на жизнь в достойных условиях. Государство определяет необходимые условия для осуществления этого права и содействия выполнению планов государственного строительства жилья, создания соответствующих схем долгосрочного финансирования и планов на уровне общин для целей исполнения данных программ по вопросам жилища».

По Конституции Гайаны 1980 года «каждый гражданин имеет право на достаточные жилищные условия» (ст. 26).

¹ См.: Европейская социальная хартия (Страсбург, 3 мая 1996 г.) (в ред. 1996 г.) // Европейская социальная хартия. — Серия: Права человека. — М., 1998. — № 2.

² См.: Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции РФ: Избранные права. — М., 2002. — С. 211, 491—492.

³ См.: Европейский суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. — М., 2000. — Т. 1. — С. 659—667, 705—709, 788—795; Т. 2. — С. 69—78, 362—390; Бюллетень Европейского Суда по правам человека. — 2002. — № 1. — С. 24.

⁴ Конституция Бельгии // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1. — С. 344.

⁵ Конституция принята на Референдуме 2 июня 1991 года; пересмотрена Законами от 27 января 1997 года № 002/97/ADP, от 11 апреля 2000 года № 003 -2000/AN, от 22 января 2002 года № 001-2002/AN.

Конституция Никарагуа 1989 года содержит статью 64, согласно которой «граждане Никарагуа имеют право на достойное, комфортабельное и безопасное жилье, гарантирующее неприкосновенность частной жизни. Государство содействует осуществлению этого права».

Статья 22 Конституции Гаити 1987 года устанавливает, что государство признает право каждого гражданина на достойное жилье, образование, питание и социальное обеспечение.

Согласно Конституции Экваториальной Гвинеи (ст. 20) «каждый человек пользуется правами»; правом на уровень жизни, обеспечивающий здоровье, питание, образование, одежду, жилище, медицинское и необходимое социальное обслуживание (ст. 13).

По Конституции Испании (ст. 47) «все испанцы имеют право на пользование благоустроенным жильем»¹.

В соответствии со статьей 47 Конституции Украины каждый имеет право на жилище. Государство создает условия, при которых каждый гражданин будет иметь возможность построить жилище, приобрести его в собственность или взять в аренду. В части 2 данной статьи указывается, что гражданам, нуждающимся в социальной защите, жилище предоставляется государством и органами местного самоуправления бесплатно или за доступную для них плату в соответствии с законом. Никто не может быть принудительно лишен жилища иначе как на основании закона по решению суда. В статье 48 Конституции утверждается, что каждый имеет право на достаточный жизненный уровень для себя и своей семьи, включающий достаточное питание, одежду, жилище².

По Конституции Южно-Африканской Республики «любой человек имеет право на достаточное жилище, которое включает следующее, но не ограничивается этим: а) безопасность права собственности и защита от произвольного, неразумного, принудительного или незаконного выселения; б) равный доступ к соответствующим землям, строительным материалам и удобствам; в) равный доступ к кредитам, субсидиям и финансированию на разумных условиях для находящихся в неблагоприятных условиях домашних хозяйств; г) специальные меры по обеспечению надлежащих жилищ для домашних хозяйств, имеющих особые потребности или не имеющих необходимые ресурсы; е) предоставление соответствующего чрезвычайного жилья в случае необходимости.

Аналогичное положение закреплено в Конституции Фиджи 1990 года (ст. 16 (7)).

В соответствии с Конституцией Республики Корея 1948 года (ст. 35) «государство стремится обеспечивать комфортабельное жилье для всех граждан путем осуществления политики развития жилищного строительства и соответствующих программ».

Существует группа государств, в конституциях которых закрепляется право на жилище, а гарантии его осуществления в соответствии с бланкетной нормой основного закона определяются в текущем законодательстве.

Примером этого может служить Конституция Мексики 1983 года, согласно статье 4 которой «каждая семья имеет право на достойное и достаточное жилище. Закон определяет соответствующие инструменты и необходимую поддержку для достижения этой цели»³. Аналогична часть 4 статьи 15 Конституции Финляндии, в соответствии с которой «органы государственного управления обязаны содействовать осуществлению права на жилище для каждого человека и поддерживать самостоятельные действия граждан в целях приобретения жилья»⁴. Согласно части 2 статьи 22 Конституции Нидерландов 1984 года «заботой правительства является обеспечение достаточных жилищных условий»⁵.

Конституции ряда зарубежных стран прямо закрепляют обязательства местных органов публичной власти, чаще всего муниципального, а в некоторых случаях местного сообщества в целом, по обеспечению права на жилище.

Так, статья 367 Конституции Колумбии 1991 года устанавливает, что «государственная помощь в области жилищного обеспечения предоставляется непосредственно каждым муниципалитетом при наличии технических и экономических возможностей и общих условий для выполнения соответствующими подразделениями муниципалитетов функций поддержки и координации»⁶.

В Конституции («Форме правления») Швеции 1976 года в статье 2 главы 1 «Основные принципы Конституции» содержится положение, согласно которому «личное экономическое и культурное благо-

¹ См.: Конституция Испании // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

² См.: Конституция Украины // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

³ См.: Мексиканские Соединенные Штаты: Конституция и законодательные акты / Сост., ред. и авт. вст. ст. О.А. Жидков; Пер. с исп. — М., 1986; Орлов А.Г. Высшие органы государственной власти стран Латинской Америки. — М., 2001. — С. 117.

⁴ Конституция Республики Финляндия // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

⁵ Конституция Королевства Нидерландов // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

⁶ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 1.

состояние человека является основополагающей целью деятельности общины. В частности, община отвечает за обеспечение права на труд, жилище и образование, а также социальное обеспечение и создание благоприятных условий жизни»¹.

Статья 47 Конституции Испании гласит: «все испанцы имеют право на пользование благоустроенным жильем. Публичные власти способствуют созданию для этого необходимых условий, устанавливают соответствующие нормы, обеспечивающие эффективное осуществление этого права, регулируют пользование земельными участками в общих интересах с целью предупреждения спекуляции ими»².

Согласно Конституции Андорры от 14 марта 1993 года (ст. 33) публичные власти должны предпринимать усилия в обеспечении каждого достойными жилищными условиями»³.

Конституция Австрии от 10 ноября 1920 года (с послед. изм.) содержит специальные нормы, устанавливающие обязательства местных органов публичной власти в отношении обеспечения права граждан на жилище. В частности, в соответствии со статьей 11 «следующие нормативные положения, регулируемые федеральным законодательством (земельным), подлежат исполнению на местном уровне...». К таковым прежде всего отнесено «жилье для населения»⁴.

В отдельных случаях право на жилище сформулировано в национальной конституции в форме намерения государства.

В статье 9 Конституции Бахрейна 1973 года указано: «государство стремится к тому, чтобы обеспечить предоставление жилья гражданам с ограниченным доходом».

По Конституции Бангладеш 1972 года (ст. 15) «основополагающей обязанностью государства является достижение на основе планируемого экономического роста постоянного развития производительных сил и стабильного улучшения материального и культурного уровня жизни населения в целях обеспечения для граждан: а) удовлетворения основных жизненных потребностей, включая продовольствие, одежду, жилище, образование и медицинское обслуживание».

Основные законы зарубежных стран закрепляют конституционные гарантии права на жилище, механизмы, формы и средства его реализации гражданами.

К примеру, в статье 19 Конституции Эквадора 1979 года говорится о том, что «без ущемления других прав, необходимых для всестороннего морального и материального развития, проистекающего из природы человека, государство гарантирует: (14) право на определенный уровень жизни, обеспечивающий необходимые здоровье, продовольствие, одежду, жилище, медицинское обслуживание и социальные услуги».

Другие же положения Основного закона закрепляют специальные гарантии данного права: «государство содействует выполнению социально значимых программ по вопросам жилища» (ч. 2 ст. 30); «в целях эффективного осуществления права на жилище и экологическую защиту муниципалитеты могут экспроприировать, резервировать или контролировать участки земли для последующей застройки в соответствии с действующим законом» (ст. 50).

По Конституции Камбоджи 1993 года (ст. 63) государство уделяет внимание рыночному управлению и оказывает содействие в обеспечении надлежащих условий жилья для населения.

Конституция Доминиканской Республики 1966 года (ст. 15, b) устанавливает, что строительство жилья для каждого в Доминиканской Республике или благоустройство его земельного участка провозглашается в качестве дела большого социального значения. В этих целях государство поощряет формирование системы государственного кредитования на льготных условиях для создания возможностей получения всеми доминиканцами комфортабельного и удобного в санитарном отношении жилья.

В статье 65 Конституции Коста-Рики 1949 года закреплено положение о том, что «государство содействует строительству дешевого жилья и создает семейные поселения для рабочих»⁵.

Конституция Республики Афганистан 1990 года (с изм. от 31 мая 1995 г.) в статье 17 устанавливает, что «государство содействует строительству в целях предоставления государственного и кооперативного жилья и оказывает помощь в строительстве частных домов».

Иногда редакция конституционного установления о праве на жилище коррелируется с фундаментальным конституционным принципом о праве граждан на достойную жизнь.

В частности, согласно статье 10 Конституции Перу 1979 года, «семья пользуется правом на достойное жилище».

¹ Конституция Швеции // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

² Конституция Испании // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

³ Конституция Княжества Андорры // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

⁴ Конституция Австрийской Республики // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

⁵ См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 1.

Статья 48 Конституции Сан-Томе и Принсипи 1975 года гласит: «все имеют право на жилище и достойную человека окружающую среду и обязаны защищать их» (ч. 1); «государство обязано планировать и осуществлять жилищную политику, включаемую в планы регионального развития» (ч. 2).

Согласно статье 34 Конституции Сейшельских Островов 1993 года государство признает право каждого гражданина на достаточное и достойное жилище, обеспечивающее здоровье и благосостояние, и берет на себя обязательства прямо или на основе сотрудничества с государственными или частными организациями способствовать эффективному осуществлению этого права.

Конституция Бельгии 1994 года, закрепляя в статье 23 принцип, согласно которому «каждый человек имеет право на жизнь в условиях уважения его человеческого достоинства. ...в этих целях законы, декреты и нормы... гарантируют экономические, социальные и культурные права и определяют условия их осуществления», в части данной статьи подчеркивает, что эти права включают в том числе «право на достойное жилье»¹.

Немногие конституции содержат комплекс нормативных положений, достаточно детально регулирующих на конституционном уровне реализацию права на жилище. При этом объектом конституционного регулирования становится деятельность не только публичных властей, но и институтов гражданского общества в данной сфере.

К примеру, в статье 51 Конституции Сальвадора 1984 года говорится о том, что «согласно положениям закона, предприятия и учреждения, учитывая особые обстоятельства, обязаны предоставлять рабочим и их семьям достаточное жилище, необходимое внимание обеспечению их благосостояния». Согласно статье 119 Конституции страны «жилищное строительство провозглашается социально значимым делом». Государство стремится гарантировать для максимально возможного числа сальвадорских семей условия для получения жилья. Государство обязуется обеспечивать, чтобы каждый владелец фермы предоставил комфортабельное и удобное в санитарном отношении жилище своим рабочим и арендаторам и обеспечивал надлежащие условия проживания для мелких владельцев.

В Конституции Гватемалы 1985 года (ст. 67 «Охрана сельскохозяйственных угодий коренных жителей и их кооперативов») подчеркивается, что «угодья, принадлежащие кооперативам, общинам коренных жителей, или угодья в любой другой форме общинной, коллективной или фермерской собственности, а также наследуемые семьями земли и общественное жилье пользуются особой защитой со стороны государства, помощью в получении кредита и в первоочередном предоставлении техники в целях обеспечения прав собственности и развития в интересах повышения уровня жизни всего населения».

В статье 105 Конституции «Жилище для рабочих» говорится о том, что «государство поддерживает планирование и осуществление проектов в области жилищного строительства путем создания адекватных систем финансирования различных программ по выбору трудящихся в целях обеспечения достаточного жилища при условии соблюдения обязательных санитарных норм».

В части 2 этой же статьи подчеркивается, что «владельцы предприятий обязаны также в случаях, устанавливаемых законодательством, предоставлять своим рабочим жилище, отвечающее вышеуказанным требованиям».

Статья 119 Конституции «Обязательства государства» в пункте «g» закрепляет ряд положений, непосредственно относящихся к роли государства в сфере обеспечения жилищных прав. Отмечается, что «государство несет следующие основные обязательства: содействовать в первоочередном порядке строительству жилья для населения на основе соответствующих систем финансирования в целях обеспечения доступа к таким программам максимально большого числа гватемальских семей».

Согласно части 9 статьи 13 Конституции Филиппин 1986 года государство в соответствии с действующим законодательством и в интересах общественного блага осуществляет в сотрудничестве с частным сектором постоянную программу городской земельной реформы и жилищного строительства, обеспечивающую достойные условия проживания по доступной цене и базовые услуги для уязвимых групп населения и бездомных в городских центрах и районах расселения.

Конституция Парагвая 1992 года в статье 100 закрепляет «право на владение домом», а также на достойные жилищные условия. Государство создает условия, способствующие реализации этого права, и обеспечивает осуществление социально значимых проектов в области жилищного обеспечения, социально предназначенных для семей с низким уровнем дохода, путем принятия адекватных методов финансирования.

Закрепив в статье 10 положение о том, что «семья пользуется правом на достойное жилище», Конституция Перу 1979 года обременяет публичные власти конкретными обязательствами обеспечения данного права: «государство содействует осуществлению государственных и частных программ городского развития и жилищного строительства» (ст. 18.3); государство поддерживает и поощряет кооперативы, общества взаимопомощи и в целом залоговые учреждения и программы индивидуаль-

¹ Конституция Королевства Бельгии // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

ного строительства и аренды жилья. Государство предоставляет льготы и налоговые изъятия в целях снижения стоимости строительства. Государство создает условия в целях предоставления долгосрочных кредитов под низкий процент (ст. 18.4)¹. Как объект конституционного регулирования, жилищные права получают особо детальное закрепление в Конституции Гондураса 1982 года. Этому посвящены 9 статей Основного закона страны. Так, статья 118 определяет, что право на жилище регулируется специальным законодательством в целях его защиты и укрепления; в статье 141 говорится о том, что закон определяет, кто из работодателей, в зависимости от размеров капитала или численности нанятых рабочих, обязан предоставлять им и их семьям услуги в области образования, медицинского обслуживания, жилищного и другого обеспечения; согласно статье 178 «все граждане Гондураса имеют право на достойное жилье. Государство разрабатывает и осуществляет социально значимые программы в области жилья. Закон регулирует вопросы аренды жилища и жилых помещений, использования городских территорий и строительства в соответствии с общественным интересом»; статья 179 содержит нормы-гарантии права на жилище: «государство обеспечивает, поддерживает и регулирует разработку систем и механизмов в целях использования внутренних и внешних ресурсов на решение жилищных проблем»; в статье 180 устанавливается правило, согласно которому «все внутренние или внешние кредиты и ссуды, полученные государством на жилищное строительство, регулируются нормами законодательства в интересах конечных получателей кредита». Наконец, в соответствии со статьей 181 Конституции «настоящим законом учреждается Общественный фонд жилищного обеспечения. Целью фонда является развитие жилищного строительства в городских и сельских районах. Организация и функционирование фонда регулируется специальным законом»².

Не отличается радикализмом практика конституционного регулирования в данной сфере стран социалистической ориентации.

Так, Конституция КНДР 1972 года в статье 26 устанавливает норму, согласно которой «государство осуществляет строительство производственных объектов производства в кооперативных формах и современных домов за счет своих собственных средств».

Конституция Ливийской Арабской Джамахирии (Резолюция третьей очередной сессии Народного Конгресса 1980 г.) устанавливает: а) принять программу в области жилищного строительства, в соответствии с которой прямая роль общества ограничивается предоставлением бесплатного жилья лицам, не имеющим источников заработка, и строительством жилых объектов по государственному проекту для лиц, не имеющих возможность участвовать в новых жилищных ассоциациях; б) учредить Земельный сберегательный инвестиционный банк для предоставления кредитов гражданам и организации по торговле недвижимостью. Данный банк будет выполнять роль основного инструмента в вопросах обеспечения жильем граждан, которые обязаны прямо и непосредственно участвовать в финансировании строительства своих домов и выполнять обязательства, проистекающие из получения кредита и прав собственности на жилье³.

Иногда конституции третьего поколения право на жилище не декретируют в качестве отдельного основного права. Учредитель конституции в этом случае, следуя либеральному принципу понимания роли государства, закрепляет лишь формы приобретения жилища.

Так, согласно Конституции Намибии 1990 года «все граждане имеют право на всей территории Намибии приобретать, владеть недвижимой и движимой собственностью в любой форме» (ст. 16)⁴.

Часть 4 статьи 21 Конституции Греции 1975 года устанавливает, что «приобретение дома лицами без жилья или лицами без достаточных жилищных условий является предметом особой заботы государства»⁵.

В системе конституционных норм нормы, касающиеся права на жилище, находят отражение в числе прочих социальных обязательств государств, получивших закрепление в основном законе страны.

К примеру, Конституция Непала 1984 года в части 1 статьи 26 устанавливает: «Государство осуществляет политику, направленную на повышение уровня жизни общества путем развития таких базовых структур, как общественное образование, здравоохранение, жилищное обеспечение и обеспечение занятости населения во всех регионах путем справедливого распределения инвестируемых экономических ресурсов в интересах сбалансированного развития географических регионов страны».

По Конституции Нигерии 1987 года (ч. 2 ст. 17) государство осуществляет свою политику, «чтобы достаточное и адекватное жилище, продовольствие, вода, разумная минимальная зарплата, уход по старости, пенсионное обеспечение, выплаты пособия по безработице и болезни и социальное вспомоществование инвалидам предоставлялось всем гражданам».

¹ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 3.

² Там же.

³ Сапронова М.А. Высшие органы государственной власти арабских государств. — М., 2007.

⁴ Конституция Республики Намибия. — М., 2001. — С. 1.

⁵ Конституция Греции // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

Конституция Панама 1988 года в статье 109 закрепляет положение, в соответствии с которым «государство разрабатывает национальную политику по вопросам жилья в целях обеспечения соблюдения этого социального права для всего населения и в особенности для групп населения с низким уровнем дохода».

Согласно Конституции Суринама 1987 года (ст. 49), «план жилищного строительства определяется в соответствии с действующим законодательством в целях обеспечения достаточного количества доступных по цене мест проживания и осуществления государственного контроля за использованием государственного жилья».

Конституции ряда стран специально оговаривают пределы реализации социальных обязательств государства, получившие закрепление в основном законе страны. Так, раздел XIII «Пределы социальных и экономических прав» Конституции Турции в статье 65 содержит положение, согласно которому «государство выполняет обязанности, установленные Конституцией в социальной и экономической областях с учетом финансовых ресурсов, принимая во внимание сохранение экономической стабильности»¹.

Иногда основные законы обеспечение права на жилище ограничивают нормами охранительного свойства.

Так, одна из самых лаконичных конституций в мире действующая Конституция Новой Зеландии 1986 года содержит статью 25 «Земельная собственность, жилище и другие жилищные условия о предотвращении нарушения прав».

В части 10 статьи 13 Конституции Парагвая устанавливается, что «городская и сельская беднота не подлежит выселению...»².

Гарантии права на жилище иногда устанавливаются в компетенционных нормах и их действительное содержание может быть сформулировано в конкретизирующих конституцию законах либо же путем официального толкования основного закона страны.

В конституционной практике формой обеспечения права на жилище может служить закрепление в конституционном тексте указаний на органы, призванные обеспечивать жилищные права граждан.

Примером такой конституционной формы обеспечения жилищных прав является Конституция Судана 1987 года («Правила процедуры Учредительного собрания»), содержащая статью 44 «Комитет по жилищному строительству ведает следующими вопросами».

Можно расценивать как намерение государства в обеспечении права на жилище конструкцию данной нормы в Конституции Албании. Так, согласно части 1 статьи 59 Конституции «государство в рамках конституционных полномочий и имеющихся в его распоряжении средств нацелено: б) на обеспечение нуждающихся граждан жильем». Однако часть 2 этой же статьи содержит прямое указание относительно того, что гражданам «добиваться социальных целей непосредственно через суд нельзя»³.

Подобный подход можно обнаружить в Конституции Ирландии 1814 года: «государство обязывается при помощи специальных мер охранять экономические интересы слабых слоев общества и, когда необходимо, участвовать в поддержке слабых, вдов, сирот и пожилых»⁴.

Поправками к Конституции Исландии, внесенными в июне 1995 года, в статье 76 закреплено право на социальное обеспечение в случае болезни, инвалидности, старости, безработицы и других аналогичных причин⁵.

На позицию национального законодателя в вопросе урегулирования права на жилище, несомненно, сильное влияние оказывают акты трансграничного свойства регионального характера. Так, для «Объединенной Европы» или, точнее говоря, двадцати семи стран, входящих в состав Европейского Союза, принципиальное значение имеют учредительные акты Союза, в которых в том числе объектом регулирования выступает право на жилище. Причем данное право получило признание в фундаментальных актах Союза, включая Хартию Европейского Союза об основных правах, инкорпорированную первоначально в Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (не вступивший в действие), а в последующем — в содержание Лиссабонского договора. Статья 11-94 «Социальное обеспечение и социальная помощь» в части 3 содержала следующую норму: «В целях борьбы против социальной изоляции и бедности, согласно правилам, установленным правом Союза, национальными законодательствами и национальной практикой, Союз принимает и уважает право на социальную помощь и на

¹ Конституция Республики Турция // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

² См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 2.

³ Конституция Албании // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1. — С. 190—191.

⁴ Конституция Ирландии // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

⁵ Конституция Исландии // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1. — С. 32.

помощь обеспечения жильем, призванным гарантировать достойное существование всем тем, кто не располагает достаточными средствами»¹.

С небольшими редакционными правками данная норма включена в последующем в содержание Лиссабонского договора: «В целях борьбы против социальной маргинализации /изоляции/ и бедности, согласно правилам, установленным правом Союза, национальными законодательствами и национальной практикой, Союз принимает и уважает право на социальную помощь и на помощь в обеспечении жильем, призванным гарантировать достойное существование всем тем, кто не располагает достаточными средствами»².

В «Разъяснениях Хартии об основных правах» отмечается, что «в качестве образца для § 3 послужили статья 13 Европейской социальной хартии, статьи 30 и 31 Европейской социальной хартии (пересмотренной), а также пункт 10 Хартии Сообщества об основных социальных правах работников. Данный параграф должен соблюдаться Союзом в рамках политики, проводимой на основании статьи 153 Договора о функционировании Европейского Союза»³.

Как известно, далеко не все государства европейского континента включили в содержание национальных конституций нормы, касающиеся признания права на жилище фундаментальным правом человека, равно как и не предусматривают специальных гарантий его реализации. В конституциях таких европейских государств, как Болгария, Венгрия, Ирландия, Исландия, Румыния, Словакия, Словения, Сан-Марино, право на жилище в системе иных конституционных прав национальными основными законами не предусмотрено. Между тем вхождение этих стран в Европейский Союз обязывает государства — участников Союза предусмотреть данное право национальным законодательством и практикой.

¹ Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием). — М., 2005. — Ч. II: Хартия Союза об основных правах.

² Хартия Европейского Союза об основных правах (с официальными разъяснениями) // Европейский Союз: Основопологающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. — М., 2008. — С. 563.

³ Разъяснение Хартии об основных правах [2007\С303\02] // Европейский Союз: Основопологающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. — М., 2008. — С. 589.

А.П. Кузнецов

Кузнецов Александр Павлович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Дефиниция «должностное лицо» в международном праве и российском законодательстве

1. *Введение в проблему.* В филологических источниках «дефиниция» в большинстве случаев рассматривается как «определение, истолкование понятия»¹, «краткое определение какого-либо понятия, отражающее существенные признаки предмета или явления»².

В философии «дефиниция (от лат. *definitio* — ограничение) — определение, понятие, раскрытие понятия путем перечисления его признаков, то есть путем указания на содержание понятия»³. В логике под дефиницией предлагается понимать определение, указывающее на главные, существенные признаки предмета или явления»⁴.

В юридических и доктринальных источниках правовой направленности дефинитивные нормы права определяются как: «государственное предписание, закрепляющее в обобщенном виде признаки, либо определение той иной правовой категории»⁵; «определение правового понятия, выраженное в совокупности существенных признаков, обладающее специфической нормативностью, закрепленное субъектами правотворчества в источнике права с целью придания ему повышенной информативности»⁶.

Отметим, что в процессе законотворческой деятельности законодатель в тексты источников права включает дефиницию, которая является одной из самых распространенных технико-юридических приемов и позволяет единообразно понимать сформулированные в законе правовые предписания, получать точные представления о сути заложенной воли законодателя. Учитывая изложенное, считаем, что уяснение сущности дефиниции «должностное лицо» следует проводить через определение этого понятия в различных отраслях права, путем выделения его сущностных признаков.

2. *Дефиниция «должностное лицо» в международном праве.* Исследование дефинитивности норм международного права, в которых сформулировано понятие «должностное лицо», показало, что используемые в них определения противоречивы по своему содержанию, в связи с чем требуют неоднозначного толкования.

Отсутствие в международно-правовых актах единого терминологического инструментария, раскрывающего понятие рассматриваемого термина, отрицательно сказывается на правоприменительной практике и не позволяет определить его четкие границы, составить о нем целостное представление. Указанное обстоятельство, по всей видимости, и явилось причиной юридико-технических ошибок в закреплении рассматриваемого термина и в национальном российском уголовном законодательстве.

Обращает на себя внимание рассогласованность в определении одного и того же понятия в разных документах, принятых одним и тем же органом. Так, в Конвенции ООН против транснациональной преступности (Палермо, 2000) под *публичным должностным лицом* понимается публичное должностное лицо или лицо, предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве государства-участника, в котором данное лицо выполняет такие функции, и как это применяется в уголовном законодательстве этого государства-участника (ст. 8)⁷.

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — М., 1990. — С. 166.

² Словарь иностранных слов. — М., 1990. — С. 162.

³ Философский энциклопедический словарь. — М., 1997. — С. 132.

⁴ См.: Колеватов В.А. Логика: Учебно-методическое пособие / В.А. Колеватов, А.П. Носков. — Новосибирск, 2002. — С. 37.

⁵ Бабаев В.К. Общая теория права: Краткая энциклопедия / В.К. Бабаев, В.М. Баранов. — Н. Новгород, 1997. — С. 95.

⁶ Хайретдинова М.Д. Законодательная дефиниция (проблемы теории и практики): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2008. — С. 8.

⁷ Конвенция принята 15 ноября 2000 года (текст Конвенции см.: Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 40. — Ст. 3882). Конвенция ратифицирована Россией в апреле 2004 года (см.: Федеральный закон от 26 апреля 2004 г. № 26-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и дополняющих ее Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 18. — Ст. 1684).

В свою очередь, Конвенция ООН против коррупции (Мерида, 2003) под *публичным должностным лицом* понимает любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица; любое другое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого государства-участника; любое другое лицо, определяемое в качестве «публичного должностного лица» во внутреннем законодательстве государства-участника¹. Тем не менее для целей принятия некоторых конкретных мер, предусмотренных главой I настоящей Конвенции, «публичное должностное лицо» может означать любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого государства-участника» (ст. 2)². Необходимо отметить, что в указанной Конвенции закрепляются еще два аналогичных понятия — «*иностранное публичное должностное лицо*» и «*должностное лицо публичной международной организации*». Под первым 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. Под вторым понимается международный гражданский служащий или любое лицо, которое уполномочено такой организацией действовать от ее имени (ст. 2)³.

В Конвенции о борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках (принята Организацией экономического сотрудничества и развития 21 ноября 1997 года) термин «*должностное лицо иностранного государства*» означает любое лицо, занимающее назначаемую или выборную должность в органе законодательной, исполнительной или судебной власти иностранного государства; а также любое лицо, отправляющее государственные функции для иностранного государства, в том числе и для государственного агентства или государственного предприятия, равно как и любое должностное лицо или представитель государственной международной организации (п. 4 ст. 1)⁴.

Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ETS 173) вводит понятие «государственное должностное лицо», в которое включается «государственный служащий», «должностное лицо», «мэр», «министр», «судья», определяемые как в национальном праве государства, где данное лицо выполняет эту функцию, как она определяется в уголовном праве (ст. 1)⁵. Полагаем, что дефинирование термина «государственное должностное лицо» в тексте настоящей Конвенции нельзя признать удачным, поскольку его лексическое построение осуществлено посредством использования других терминов, смысл которых остается не вполне понятным.

Межамериканская конвенция о борьбе с коррупцией использует термин «государственный чиновник», то есть любой человек, который выбран, назначен или избран и который выполняет общественные функции на постоянной или временной основе⁶.

В то же время при определении других понятий наблюдается преемственность. Так, конфискацию вышеупомянутые конвенции определяют одинаково как «окончательное лишение имущества по постановлению суда или другого компетентного органа»; либо встречается практически идентичное по смыслу определение «наказание или мера, назначенные судом в результате судопроизводства по уголовному делу или уголовным делам и состоящие в лишении имущества»⁷.

Некоторые дефиниции носят *отсылочный* характер. Так, в Конвенции о борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств государственное должностное лицо определяется следующим образом: «государственный служащий», «должностное лицо», «мэр», «министр» или «судья» в национальном праве государства, в котором данное лицо выполняет эту функцию, как она определяется в уголовном праве.

В Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию указывается, что «в случае разбирательства, касающегося какого-либо государственного должностного лица другого государства, го-

¹ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1231. Конвенция принята 31 октября 2003 года, подписана Россией 9 декабря 2003 года, ратифицирована Федеральным законом от 8 марта 2006 года № 40-ФЗ.

² Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1231.

³ Там же.

⁴ См.: СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Совет Европы и Россия. — 2002. — № 2. Абсолютно идентично указанный термин используется и в Конвенции по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств (ст. 1).

⁶ См.: СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См: Конвенция об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности // Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 3. — Ст. 203.

сударство, осуществляющее преследование, может применять определение государственного должностного лица лишь в той степени, в какой это определение не противоречит его национальному праву».

Опираясь на положения части четвертой статьи 15 Конституции РФ, нормы международного права имеют приоритет перед нормами национального. В данном случае имеет место ситуация, когда определяющую роль играют уголовные законы государств-участников, многие из которых имеют противоречия в определении этой дефиниции.

Основываясь на вышеизложенном, можно сформулировать следующие основные выводы. На международном уровне имеется значительное количество актов, заложивших фундамент системы противодействия коррупции. Как показало исследование данных документов, многие из них содержат специальные разделы, посвященные раскрытию дефиниций, в них используемых. Следует признать оправданной практику современного международного права, отводящего одну из ведущих ролей дефинициям как важному инструменту юридической техники. В то же время разработчики международных правовых актов в сфере противодействия коррупции допускают неточности, а в некоторых случаях досадные ошибки при закреплении дефиниций, имеющих принципиальное значение для уяснения основополагающих положений и смысла рассматриваемых предписаний.

Придавая важное значение международному нормотворчеству, следует высказать предположение о необходимости разработки единых критериев, которые должны учитываться при подготовке законопроектов. Полагаю, что было бы оправданным данную работу возложить на Организацию Объединенных Наций как международную организацию, обладающую авторитетом на международном уровне.

3. Дефиниция «должностное лицо» в российском уголовном законодательстве. В уголовно-правовой науке понятие «должностное лицо» является одним из наиболее дискуссионных, несмотря на его использование законодателем в нормативно-правовых актах. Объясняется это тем, что, во-первых, указанное понятие широко применяется в различных отраслях права (уголовном, административном, трудовом, международном и т. п.), в связи с чем оно определяется по-разному; во-вторых, функциональная направленность, особенности предмета и метода правового регулирования юридических образований оказывают влияние на четкость определения его существенных характеристик (признаков). Проведенный анализ показал, что в нормах национального законодательства имеются существенные противоречия в определении дефиниции «должностное лицо». Обращение к нормам международного права, как уже отмечалось ранее, также не проясняет запутанную ситуацию по данной проблеме. Кроме того, допущенные юридико-технические просчеты, ошибки и противоречия в определении дефиниции «должностное лицо» существенно снижают роль и значение уголовного права и международно-правовых актов, не позволяют создать прочной основы противодействия преступности. Все это дает основания сделать вывод о том, что разработка дефиниции «должностное лицо» имеет не только теоретическое, но и практическое значение.

В Декрете Совета народных комиссаров от 8 мая 1918 года «О взяточничестве» законодатель впервые сформулировал понятие должностного лица, к которому относил лиц советского правительства, членов фабрично-заводских комитетов, домовых комитетов, правлений кооперативов и профессиональных союзов и тому подобных учреждений и организаций или служащих в таковых¹. Как видно, в указанном документе понятие должностного лица определяется довольно широко, в частности, оно включает любых служащих.

В примечании к статье 105 Уголовного кодекса РСФСР 1922 года также давалось понятие должностного лица, под которым понималось лицо, занимающее постоянно или временно должности в каком-либо государственном (советском) учреждении или предприятии, а также в организации или объединении, имеющее по закону определенные права, обязанности и полномочия в осуществлении хозяйственных, административных, просветительских и других общегосударственных задач².

По мнению А.А. Жижиленко, исходя из смысла закона, а также из самого духа существующего советского строя, «всякий служащий, занимая определенное место, выполняет определенные задачи общегосударственного характера, то с точки зрения современного строя всякий служащий является в то же время должностным лицом, как бы ни была незначительна его функция в общей системе управления. Поэтому и занимающиеся чисто механическим трудом, например, переноской бумаг, печатанием на пишущей машинке, несущие служебные обязанности в виде курьеров, рассыльных, сторожей и т. п. являются должностными лицами в широком смысле этого слова. Каждому из этих лиц отводится известная функция, и каждое из них несет известные обязанности и может нарушить их, сделаться субъектом преступления по службе»³.

¹ См.: Собрание узаконений. — 1918. — № 35. — Ст. 467.

² См.: Собрание узаконений РСФСР. — 1922. — № 15. — Ст. 153.

³ Жижиленко А.А. Должностные (служебные) преступления. — 2-е изд. — М., 1924. — С. 5—6.

Аналогичную позицию занимали А.Н. Трайнин¹, А.Я. Эстрин², М.Д. Шаргородский³, А.Р. Гюнтер⁴. Так, А.Н. Трайнин писал, что «должностным лицом является субъект, занимающий любую должность в любом государственном органе или органе, выполняющем возложенную законом государственную функцию»⁵. В своих дальнейших работах он несколько по-другому сформулировал эту позицию: лишь в той мере, в какой та или иная общественная организация является носителем публично-правовой функции, и в те моменты, когда она эти функции конкретно исполняет, ее органы являются должностными лицами⁶.

В свою очередь М. Рывкин считал, что из всех должностных лиц, работающих в государственных учреждениях или предприятиях, следует выделять тех, кто обладает распорядительными правами, независимо от объема этих прав: обладает правом удостоверять что-либо своей подписью⁷.

В практической комментарии к УК РСФСР 1922 года отмечалось, что субъектом должностных преступлений является лицо, «занимающее известную должность, то есть определенное место в общей машине государственного управления. Какова эта должность и какие права и обязанности с ней связаны, это безразлично. Поэтому и занимающиеся чисто механическим трудом, например, перепиской служебных бумаг, или несущие служебные обязанности в виде курьеров, рассыльных, сторожей и т. п. являются должностными лицами и могут отвечать за нарушения своих служебных обязанностей. Вместе с тем безразлично и то, является ли эта должность штатной или нештатной, постоянной или временной и замещается ли она по назначению или по выборам (поэтому должностным лицом является и нештатный преподаватель, и народный заседатель, и сельский исполнитель и т. п.)»⁸.

Понятие должностного лица в УК РСФСР 1926 года определялось аналогичным образом, как и в УК РСФСР 1922 года, за исключением появившейся в примечании 2 к статье 109 УК оговорке, согласно которой должностные лица профессиональных союзов несут ответственность за служебные преступления только в случае, если они привлечены к ответственности по постановлению профессионального союза⁹. Данное законодательное решение подверглось критике со стороны ученых-криминалистов. В частности, авторы комментария к УК РСФСР 1926 года писали, что совершенно непонятно, почему закон создает для должностных лиц профсоюзных органов двойственное положение. С одной стороны, они отмечены как должностные лица (согласно примеч. 1 к ст. 109), следовательно, уголовная ответственность этих лиц установлена за служебные преступления, а с другой — эта ответственность поставлена в зависимость от существования соответствующего постановления профсоюза о привлечении виновного к уголовной ответственности¹⁰.

Одновременно с этим, согласно примечанию 1 к статье 109 УК, законодатель относил должностных лиц жилищных товариществ, кооперативных организаций (членов комитетов, президиумов, правлений, ревизионных комиссий и т. д.)¹¹. Существенным следует признать включение в уголовный закон статьи 111-а, установившей ответственность должностных лиц, работающих в государственных органах и кооперативах, осуществляющих контроль за деятельностью кооперативов. Таким образом, был расширен перечень организаций, в которых лица признавались должностными¹². Необходимо отметить, что Пленум Верховного Суда СССР в разъяснении от 27 марта 1935 года впервые определил должностных лиц с учетом их функциональной деятельности: таковыми признавались лица, выполняющие «административно-хозяйственные или оперативно-распорядительные функции».

Проведенный анализ понятия «должностное лицо» в УК РСФСР 1922 и 1926 годов показал, что оно определено с использованием одних и тех же юридико-технических приемов. В нем формулировались общие признаки субъекта, что позволяло признавать должностным лицом любого гражданина, работающего в общественном секторе экономики. Все это соответствовало политическим установкам и потребностям того периода. Такой подход обуславливался формированием новых экономических отношений в стране, граждане которой стали рассматриваться в качестве служащих одного все-

¹ См.: Трайнин А.Н. Уголовное право. Часть Особенная. — 2-е изд. — М., 1927. — С. 218.

² См.: Эстрин А.Я. Должностные преступления. — М., 1924. — С. 28.

³ См.: Шаргородский М.Д. Субъект должностного преступления // Вестник советской юстиции. — 1928. — № 9. — С. 265.

⁴ См.: Гюнтер А.Р. Должностные преступления. — Харьков, 1928. — С. 18.

⁵ См.: Трайнин А.Н. Уголовное право. Часть Особенная. — 2-е изд. — М., 1927. — С. 148—151.

⁶ Трайнин А.Н. Уголовное право РСФСР. Часть Особенная. — 2-е изд. — М., 1927. — С. 219.

⁷ См.: Рывкин М. Рабочий, служащий и должностное лицо // Рабочий суд. — 1925. — № 17—18. — С. 767—768.

⁸ Уголовный кодекс РСФСР (1922 г.): Практический комментарий / Под ред. М.Н. Гернета и А.Н. Трайнина. — М., 1925. — С. 146.

⁹ См.: Собрание узаконений РСФСР. — 1926. — № 80. — Ст. 600.

¹⁰ См.: УК РСФСР в редакции 1926 года: Комментарий / Под общ. ред. Е.Г. Ширвиндта. — М., 1927. — С. 228.

¹¹ См.: Жижиленко А.А. Должностные (служебные) преступления: Практический комментарий. — 3-е изд. — М., 1927. — С. 8; Истрин А. Должностные преступления. — М., 1924. — С. 34—35.

¹² См.: Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917—1952 годов. — М., 1953. — С. 317.

народного государственного объединения, что непосредственно находило отражение в определении основных направлений уголовной политики¹.

Законодатель, продолжая совершенствовать уголовное законодательство, 27 декабря 1960 года принял Уголовный кодекс РСФСР, включив в него главу 7 «Должностные преступления», предусматривающую ответственность должностных лиц. В примечании к статье 170 УК РСФСР определялось понятие должностного лица, которое стало распространяться не только на составы должностных преступлений главы 7, как это было указано в законе, но и на все преступления, субъектами совершения которых могли быть должностные лица².

В соответствии с примечанием к статье 170 УК РСФСР 1960 года должностными лицами в статьях настоящей главы признавались лица, постоянно или временно осуществляющие функции представителя власти, а также занимающие постоянно или временно в государственных или общественных учреждениях, организациях или на предприятиях должности, связанные с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных обязанностей, или выполняющие такие обязанности в указанных учреждениях и на предприятиях по специальному полномочию³. Следует отметить, что в указанное время в большинстве союзных республик понятие должностного лица формулировалось аналогичным образом, за исключением УК Узбекской, Грузинской, Молдавской и Эстонской ССР, в которых содержатся некоторые отступления от приведенного определения. Как показало исследование, сформулированное законодателем понятие должностного лица впоследствии получило расширительное толкование и стало распространяться на все преступления, субъектом которых могли быть должностные лица. Такая правоприменительная практика расходилась с положениями, сформулированными законодателем в примечании к статье 170 УК РСФСР.

В первоначальной редакции примечания 1 к статье 285 Уголовного кодекса РФ 1996 года законодатель понятие должностного лица определил следующим образом: «лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющее функции представителя власти либо выполняющее организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, а также в Вооруженных силах РФ, других войсках и воинских формированиях в Российской Федерации»⁴. Впоследствии в указанное примечание Федеральным законом от 1 декабря 2007 года № 318-ФЗ законодатель внес изменения и дополнил его словосочетанием «государственных корпорациях»⁵. Таким образом, был расширен перечень органов, в которых лица признавались должностными.

Вместе с тем, как показал анализ, законодатель при формулировании понятия «должностное лицо» вновь нарушил требования юридической техники, распространив его сферу применения только на преступления главы 30 УК «Преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления». Значит, им нельзя руководствоваться при определении субъекта преступления, предусмотренного статьями 149 УК «Воспрепятствование осуществлению права на свободу совести и вероисповеданий» (гл. 19 УК), 169 УК «Воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности» (гл. 22 УК), 170 УК «Регистрация незаконных сделок с землей» (гл. 22 УК), пунктом «б» части 3 статьи 188 УК «Контрабанда, совершенная должностным лицом с использованием своего служебного положения» (гл. 22 УК). Как видно, указанные выше статьи располагаются в других главах и разделах Особой части УК. Более того, использование в предложенном примечании 1 к статье 285 УК определения понятия «должностное лицо» представляет собой не что иное, как применение уголовного закона по аналогии, что прямо запрещено в части 2 статьи 3 УК. Таким образом, в статьях 149, 169, 170, пункте «б» части 3 статьи 188 УК законодатель на сегодняшний день не определил, кто именно признается в них должностным лицом; тем самым он, по существу, блокировал их действия, так как установить, кто же является субъектом преступления, исходя из законодательной фабулы практически невозможно⁶.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 16 октября 2009 года № 19 «О практике применения уголовного законодательства об ответственности за злоупотребление должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий», пытаясь исправить допущенную законодателем юридико-техническую ошибку, разъяснил, что под должностными лицами понимаются лица, постоян-

¹ См.: *Изосимов С.В.* Теоретико-прикладной анализ служебных преступлений, совершаемых в коммерческих и иных организациях (уголовно-правовой и криминологический анализ): Дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2004. — С. 45.

² См.: *Волженкин Б.В.* Служебные преступления. — М., 2000. — С. 45.

³ Ведомости Верховного Совета РСФСР. — 1960. — № 40. — Ст. 591.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 2954.

⁵ Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 49. — Ст. 6079.

⁶ См.: *Кузнецов А.П.* Законодательные дефекты норм, предусматривающих ответственность за преступления в сфере экономической деятельности (глава 22 УК РФ) / А.П. Кузнецов, Н.Н. Маршакова, К.О. Папеева // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: Материалы совместного российско-германского круглого стола (9 октября 2009 г.). — М., 2009. — С. 199—217.

но, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации»¹.

Как видно, Пленум Верховного Суда РФ, занимаясь праворазъяснительной деятельностью, вместо устранения выявленных законотворческих ошибок, внесения предложений по совершенствованию уголовного закона сам допустил ошибку, проигнорировав сформулированное законодателем в примечании 1 к статье 285 УК положение, расширил сферу применения понятия «должностное лицо» на все статьи уголовного закона, то есть вышел за пределы своих функций. В данном случае значимость данной ошибки в процессе реализации уголовного закона настолько велика, что она должна быть немедленно устранена.

Проведенный анализ показал, что в названном постановлении сформулированные законодателем положения не разъясняются, а наоборот, подталкивают правоприменителя на неверное применение уголовного закона. Отметим, что в соответствии с Конституцией РФ Верховный Суд РФ должен давать разъяснения на основе обобщения судебной практики и анализа судебной статистики по вопросам, которые возникают в деятельности судов.

Решить изложенную проблему, по мнению автора, можно достаточно просто — изменить формулировку примечания 1 к статье 285 УК, распространив действие его положений на все статьи УК, как это сделано, например, в отношении представителя власти в примечании к статье 318 УК. В связи с этим представляется целесообразным предложить следующую редакцию примечания 1 к статье 285 УК: «Должностными лицами в статьях настоящей главы и других статьях настоящего Кодекса...». Такая конструкция позволит решить проблему привлечения к уголовной ответственности специального субъекта «должностное лицо», повысит качество и эффективность уголовного законодательства.

Другим примером ошибочного толкования уголовного закона, не способствующего правильному пониманию и единообразному применению закона, может служить постановление Пленума Верховного Суда от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе». В пункте 12 дается разъяснение, согласно которому должностное лицо или иное лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, предложившее подчиненному по службе работнику для достижения желаемого действия (бездействия) в интересах своей организации дать взятку должностному лицу или передать лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, деньги, ценные бумаги, иное имущество, несет ответственность по статье 201 УК либо по части 1 или части 2 статьи 204 УК как исполнитель, а работник, выполняющий его поручение, — как соучастник дачи взятки либо коммерческого подкупа.

Отметим, что из приведенных положений не совсем ясно, кем является подчиненный по службе работник: посредником, не имеющим никакого интереса, либо склоненным к совершенному преступлению лицом, действующим в интересах своей организации. Последний вариант позволяет сделать вывод, что совершающий дачу взятки или коммерческий подкуп является пособником, а склоняющий другое лицо к такому преступлению — исполнителем. В данном случае все это выглядит нелогично с позиции положений статьи 33 УК².

Очевидно, что лицо само или через посредника, не совершающее дачу взятки или коммерческий подкуп, непосредственным исполнителем быть не может. Более того оно не способно стать и посредственным исполнителем, совершающим преступление путем использования лишь тех, кто не подлежит уголовной ответственности. Не может быть пособником точно так же и лицо, само передающее взятку или предмет коммерческого подкупа в интересах своей организации, а не содействующее в этом кому-либо другому³.

4. Дефиниция «должностное лицо» в административном законодательстве. В административно-правовой науке среди ученых отсутствует единое мнение в отношении понятия должностного лица и его дефинирование относится к числу неразрешенных проблем.

Так, Ц.А. Ямпольская одной из первых в советской правовой науке предприняла попытку сформулировать понятие «должностное лицо». По ее мнению, «должностными лицами являются те государственные служащие, которые при осуществлении служебной компетенции имеют право на осуществление юридически значимых действий и, в частности, на издание административных актов»⁴.

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2009. — № 12.

² См.: Голубева М.Л. Судебная ошибка: теоретико-прикладной анализ: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — С. 209.

³ См. там же.

⁴ Ямпольская Ц.А. О должностном лице в советском государственном аппарате // Вопросы советского административного права. — М., 1949. — С. 41.

Как показал анализ современной юридической литературы, ученые-административисты, пытающиеся сформулировать понятие «должностное лицо», используют разнообразный перечень признаков, однако найти какой-либо единый (обобщающий) признак, позволяющий отграничивать должностное лицо от категории служащих и однозначно определить его в правовой науке, до сих пор не представилось возможным¹.

По мнению А.М. Елистратова, исходя из обязательно осуществляемых известных функций, к должностным лицам следует относить тех государственных служащих, на которых в качестве служебных обязанностей возложено постоянное выполнение публичных функций, то есть обеспечивающих общий государственный интерес². В свою очередь, Ю.Н. Стариков полагает, что должностное лицо может быть одновременно индивидуальным и коллективным субъектом административного права и что в административно-правовой науке сформировались определенные отличительные признаки должностного лица³. А.Ф. Ноздрачев считает, что должностными лицами в системе государственной службы выступают государственные служащие, обладающие государственно-властными полномочиями, имеющие в своем подчинении других государственных служащих либо распоряжающиеся в административном порядке материальными и денежными ресурсами⁴.

Таким образом, используя научные разработки по данной проблеме, можно выделить определенный перечень признаков должностного лица: а) состоит на публичной или общественной службе; б) занимает должности на основании общих или специальных нормативных актов; в) имеет специальные властные (распорядительные) полномочия, выражающиеся в обладании правом совершать действия, непосредственно вызывающие определенные юридические последствия; г) наделено правом по занимаемой должности выполнять организационно-распорядительные функции по реализации компетенции государственного или общественного органа; д) несет повышенную ответственность (социальную и правовую) за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих должностных обязанностей⁵.

Определенную ясность в доктринальные формулировки понятия должностного лица внес вступивший с 1 июля 2002 года Кодекс РФ об административных правонарушениях, законодательно закрепивший определение должностного лица. Принятие Кодекса явилось большим шагом вперед в развитии законодательства в данной области, так как в условиях новой российской государственности возникла потребность создания правового акта, регулирующего эту важную сферу общественных отношений.

Особо следует отметить, что впервые в примечании к статье 2.4 КоАП «Об ответственности должностных лиц» дается определение должностного лица: «лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации. Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники иных организаций, а также лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, несут административную ответственность как должностные лица, если законом не установлено иное»⁶.

Впоследствии законодатель внес дополнения в формулировку понятия должностного лица, согласно которой был расширен перечень административных правонарушений, совершаемых должностными лицами, а именно: «административные правонарушения, предусмотренные статьями 13.25, 14.24, 15.17—15.22, 15.23.1, 15.24.1, 15.29—15.31, частью 9 статьи 19.5, статьей 19.7.3 настоящего Кодекса, члены советов директоров (наблюдательных советов), коллегиальных исполнительных органов (правлений, дирекций), счетных комиссий, ревизионных комиссий (ревизоры), ликвидационных комиссий юридических лиц и руководители организаций, осуществляющих полномочия единоличных исполнительных органов других организаций, несут административную ответственность как должностные лица»⁷.

¹ См.: Ермоленко М.В. Административная ответственность должностных лиц в России: Учебное пособие. — Н. Новгород, 2003. — С. 86.

² См.: Елистратов А.М. Должностное лицо и гражданин // Правоведение. — 1994. — № 1. — С. 86—87.

³ См.: Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. — М., 2002. — Т. 2. — С. 104.

⁴ См.: Ноздрачев А.Ф. Государственная служба. — М., 1999. — С. 173.

⁵ См.: Манохин В.М. Служба и служащие в Российской Федерации. — М., 1997; Чанов С.Е. Правовой статус должностного лица органов государственной власти и местного самоуправления: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000.

⁶ См.: Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 1.

⁷ См.: Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 7. — Ст. 777.

Продолжая совершенствовать кодифицированный нормативный акт, законодатель в третьей редакции примечания вновь расширил перечень лиц, признаваемых должностными: «лица, осуществляющие функции члена конкурсной, аукционной, котировочной или единой комиссии, созданной государственным или муниципальным заказчиком, уполномоченным органом, совершившие административные правонарушения, предусмотренные статьями 7.29—7.32 настоящего Кодекса, несут административную ответственность как должностные лица. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если настоящим Кодексом не установлено иное»¹.

В последней редакции к вышеобозначенным лицам он отнес лиц, осуществляющих функции члена комиссии, создаваемой «бюджетным учреждением (далее в ст. 3.5, 7.29—7.32, ч. 7 ст. 19.5, ст. 19.7.2, 19.7.4 настоящего Кодекса — заказчики), уполномоченным органом, совершивших административные правонарушения, предусмотренные статьями 7.29—7.32 настоящего Кодекса»².

Однако, несмотря на законодательное определение должностного лица и неоднократное внесение дополнений, как считают ученые, решить данную проблему до конца не удалось³. По мнению автора, ее решение возможно только путем подготовки и принятия на федеральном уровне закона «О должностном лице Российской Федерации», в котором необходимо отразить основные признаки, характеризующие его правовой статус с указанием специфических функций, полномочий, и на этих основаниях сформулировать единое понятие должностного лица для всех отраслей права.

Такое законодательное решение позволило бы устранить все проблемы и противоречия в системе действующего законодательства, способствовало бы повышению эффективности правовых предписаний.

5. Дефиниция «должностное лицо» в иных законодательных актах. Проведенный анализ правового массива показал, что термин «должностное лицо» широко используется и в других отраслях права. В этой связи представляет интерес проблема его дефинирования в указанных правовых образованиях. Так, ранее в Бюджетном кодексе РФ⁴ термин «должностное лицо» использовался законодателем, однако его понятие не раскрывалось, а лишь давался перечень лиц, относящихся к категории «должностное лицо»: «руководители и аудиторы Счетной палаты РФ... иные должностные лица, указанные в Кодексе». Одновременно с этим в законе используются термины «руководитель государственного органа», «руководитель органа местного самоуправления», «руководитель получателя бюджетных средств». Отметим, что термин «должностное лицо» применяется в законодательных положениях, где проводится нормативное установление ответственности за нарушения бюджетного законодательства. В указанных нормативных образованиях предусматривается применение к нарушителям меры как административной, так и уголовной ответственности⁵. Из названных в Бюджетном кодексе РФ составов административных правонарушений в КоАП РФ вошли только использование бюджетных средств получателем бюджетных средств на цели, не соответствующие условиям их получения, определенным в утвержденном бюджете, бюджетной росписи, уведомлении о бюджетных ассигнованиях, смете доходов и расходов либо в ином документе, являющемся основанием для получения бюджетных средств (15.14); нарушение получателем бюджетных средств срока возврата бюджетных средств, полученных на возвратной основе (15.15); неперечисление получателем бюджетных средств в установленный срок платы за пользование бюджетными средствами, предоставленными на возмездной основе (15.16).

В Трудовом кодексе РФ⁶ законодатель термин «должностное лицо» не использует, и данная категория подменяется понятием «руководитель». Согласно статье 273 ТК РФ «руководителем является физическое лицо, которое в соответствии с законом или учредительными документами осуществляет руководство этой организацией, в том числе выполняет функции ее единоличного исполнительного органа». В соответствии со статьями 20 и 33 ТК РФ руководитель является представителем работодателя, в результате чего наделяется его правами и обязанностями в трудовых отношениях с работниками организаций, закрепленными в статье 22 ТК РФ (например, заключать, изменять, расторгать трудовые договоры с работниками; привлекать работников к дисциплинарной и материальной ответ-

¹ См.: Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3597.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 19. — Ст. 2291.

³ См.: *Манохин В.М.* Нужны основы законодательства о службе // Государство и право. — 1997. — № 9. — С. 5—11; *Чанов С.Е.* Правовой статус должностного лица органов государственной власти и местного самоуправления: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000; *Воронков А.В.* Понятие должностных лиц в административном праве // Правоведение. — 1999. — № 1. — С. 55—65.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 3. Отметим, что в настоящее время в анализируемом нормативном документе используется словосочетание «органы (должностные лица)».

⁵ См.: *Ермоленко М.В.* Административная ответственность должностных лиц в России: Учебное пособие. — Н. Новгород, 2003. — С. 73.

⁶ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 3.

ственности; принимать локальные нормативные акты; обеспечивать безопасность труда и условия, отвечающие требованиям охраны и гигиены; вести коллективные договоры, а также заключать коллективный договор и т. д.). Таким образом, руководитель организации — работодатель является ее законным представителем в отношении с работниками, с органами социального партнерства, другими субъектами права: он представляет интересы и защищает права организации как во внутренних, так и во внешних отношениях¹. Подобное закрепленное положение руководителя в трудовом законодательстве позволяет говорить о его специальном правовом статусе, согласно которому руководитель обладает полномочиями по совершению действий, вызывающих определенные юридические последствия, и может нести административную ответственность при совершении административных правонарушений².

В Земельном кодексе РФ также не дается понятие «должностное лицо», однако оно применяется в главах, где устанавливаются общие положения контроля за соблюдением земельного законодательства и ответственности за нарушения в области охраны и использования земель. Одновременно с этим законодатель в указанном кодифицированном нормативно-правовом акте применяет наряду с термином «должностное лицо» термин «руководитель», причем разделяет их. К последнему относит руководителей организаций независимо от их организационно-правовой формы и формы собственности.

В Федеральном законе от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» не только закрепляется термин «должностное лицо», но и осуществлена попытка его законодательного определения. Так, в статье 2 указанного Закона под должностным лицом местного самоуправления понимается выборное либо заключившее контракт (трудовой договор) лицо, наделенное исполнительно-распорядительными полномочиями по решению вопросов местного значения и (или) по организации деятельности органа местного самоуправления; выборное должностное лицо местного самоуправления — должностное лицо местного самоуправления, избираемое на основе всеобщего равного и прямого избирательного права при тайном голосовании на муниципальных выборах либо представительным органом муниципального образования из своего состава и наделенное собственными полномочиями по решению вопросов местного значения³.

Как видно, данное определение должностного лица решает исключительно частные задачи и приемлемо только для муниципального законодательства, так как его законодательное определение не распространяется на государственных служащих, оно не распространяется на любых служащих, не являющихся работниками органов местного самоуправления; термин «организационно-распорядительные функции», выступающий в качестве основной характеристики понятия «должностного лица», до настоящего времени законодательно не определен⁴.

Дальнейшее исследование правового массива российского законодательства показало, что законодатель в ряде законодательных актов понятие должностного лица не раскрывает, а только лишь использует его в названиях глав или разделов. Например, в Налоговом кодексе РФ законодателем сформулированы раздел VII «Обжалование актов налоговых органов и действия или бездействия должностных лиц» и глава 19 «Порядок обжалования актов налоговых органов и действий или бездействия их должностных лиц»⁵; в Уголовно-процессуальном кодексе РФ часть пятая «Международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства» включает раздел XVIII «Порядок взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями», содержащий главу 53 «Основные положения о порядке взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями»⁶; в Арбитражном процессуальном кодексе РФ — глава 24 «Рассмотрение дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных федеральным законом отдельными государственными или иными публичными полномочиями должностных лиц»⁷.

¹ См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. К.Н. Гусова. — М., 2002.

² См.: Ответственность руководителя организации за нарушение законодательства о труде. — М., 2000. — С. 15—18, 97—99.

³ Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

⁴ См.: Ермоленко М.В. Административная ответственность должностных лиц в России: Учебное пособие. — Н. Новгород, 2003. — С. 75.

⁵ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3824.

⁶ Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 4921.

⁷ Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 30. — Ст. 3012.

Некоторые федеральные законы также не определяют понятие должностного лица. В частности, примером могут являться Федеральный закон от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹; Федеральный конституционный закон от 30 мая 2001 года № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении»² (содержит главу VI «Гарантии прав граждан и ответственность граждан и должностных лиц в условиях чрезвычайного положения»); Основы законодательства РФ о нотариате (утв. ВС РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1)³, где законодательно сформулирован раздел II «Нотариальные действия и правила их совершения», состоящий из главы VIII «Нотариальные действия, совершаемые нотариусами и уполномоченными должностными лицами»; глава 3 «Обжалование решений, действий (бездействия) таможенных органов и их должностных лиц» Федерального закона от 27 ноября 2010 года № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»⁴.

Федеральный закон от 20 апреля 1995 года № 45-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов»⁵ в статье 2 «Лица, подлежащие государственной защите» содержит перечень лиц, подлежащих государственной защите: судьи всех судов общей юрисдикции и арбитражных судов, арбитражные заседатели, присяжные заседатели; прокуроры; следователи; лица, производящие дознание; лица, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность; сотрудники федеральных органов внутренних дел, осуществляющие охрану общественного порядка и обеспечение общественной безопасности, а также исполнение приговоров, определений и постановлений судов (судей) по уголовным делам, постановлений органов расследования и прокуроров; сотрудники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы; военнослужащие внутренних войск Министерства внутренних дел РФ, принимавшие непосредственное участие в пресечении действий вооруженных преступников, незаконных вооруженных формирований и иных организованных преступных групп; сотрудники органов федеральной службы безопасности; сотрудники органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ; судебные исполнители; работники контрольных органов Президента РФ, осуществляющие контроль за исполнением законов и иных нормативных правовых актов, выявление и пресечение правонарушений; сотрудники федеральных органов государственной охраны; работники таможенных и налоговых органов, антимонопольных органов, федеральных органов государственного контроля, Федеральной службы по финансовому мониторингу, Счетной палаты РФ, а также иные категории государственных и муниципальных служащих по перечню, устанавливаемому Правительством РФ; близкие лиц, перечисленных в пунктах 1—12 части первой настоящей статьи. Перечисленные в части первой настоящей статьи лица, в отношении которых в установленном порядке принято решение о применении мер государственной защиты, далее именуются «защищаемые лица».

Изложенное позволяет сделать вывод: во-первых, термин «должностное лицо» используется в различных отраслях права, где выступает в качестве субъекта правоотношений; во-вторых, в нормативных правовых актах не дается общего определения понятия «должностное лицо», а, напротив, осуществляется его трактовка с учетом отраслевых особенностей права.

Полагаем, что формулирование в российском законодательстве единого понятия «должностное лицо» необходимо, так как такое правовое решение позволит унифицировать и впоследствии ликвидировать все пробелы и противоречия в действующем законодательстве, прекратит научные споры о его приоритетности к той или иной отраслевой принадлежности, будет способствовать строгому соблюдению принципа законности.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 19. — Ст. 2060.

² Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 23. — Ст. 2277.

³ Российская газета. — 1993. — 13 марта.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 4. — Ст. 6252.

⁵ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 17. — Ст. 1455.

О.Б. Купцова

Купцова Ольга Борисовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Техника юридического оформления рефлексов права

Специфика любого правотворческого процесса в числе других факторов базируется на учете закономерностей, раскрывающих особенности реализации тех норм, которые создаются. Еще Р. Иеринг отмечал, что решающим моментом при оценке права является не абстрактное содержание законов, не справедливость на бумаге и нравственность на словах, а то, как это право объективируется в жизни¹.

Рассматривая закрепление субъективных прав, следует отметить, что их реализация, кроме правовых последствий для носителей этого субъективного права, в ряде случаев влечет выгоды случайного характера для иных лиц. В юридической литературе данные явления получили название «рефлексы права». Впервые понятие рефлекса права было установлено Р. Иерингом в области гражданского права. Он рассматривал рефлексивное право в качестве рефлекса субъективного права. Классическим является следующий пример данного ученого: когда в многоэтажном доме квартирант второго этажа кладет на лестницу, ведущую в его квартиру, ковер, то и квартиранты третьего, четвертого, пятого и так далее этажей, пользуясь общей лестницей, приобретают право ходить по коврам. Но квартиранты третьего, четвертого, пятого и так далее этажей не приобретают субъективного права на пользование этим ковром. У них есть только субъективное право пользоваться лестницей, и рефлексом этого права является отраженное право пользования ковром. Причем стоит жильцу верхнего этажа прекратить договор или съехать с квартиры, как вместе с прекращением принадлежащего ему субъективного права прекратится и рефлексивное действие его на третьих лиц². Таким образом, рефлекс права, по смыслу его учения, суть той выгоды, которую получают третьи лица вследствие осуществления кем-либо своего субъективного права.

Несколько иную трактовку рефлексов в праве осуществлял Г. Еллинек. Он рассматривал понятие рефлекса объективного права, основополагающим признаком которого считал не случайную выгоду, а нормативированную, то есть повторяющуюся. Ученый отмечал: «когда нормами публичного права предписано государственными органам определенное действие или воздержание от действия в общественном интересе, то результат этого действия или воздержания может служить во благо известным индивидам без того, чтобы правовой порядок ставил себе целью расширение правовой сферы этих именно лиц»³.

Трудность разграничения рефлексов и субъективных прав признавал сам Г. Еллинек, он опирался на формальный критерий и полагал, что рефлекс имеется в тех случаях, где нет исковой защиты. То есть данные явления не обеспечиваются чьей-либо юридической обязанностью. Ряд ученых справедливо считает, что рефлексы объективного права, разработанные Г. Еллинеком, с теоретической точки зрения являются субъективными правами.

В советской юридической науке также уделялось внимание исследованию рефлексов права. Так, например, Я.М. Магазинер отмечал, что рефлексы можно определить как правомерные выгоды, которые извлекаются данным лицом не из лично ему принадлежащего права, а вследствие *случайно благоприятного* ему права или обязанности третьего лица⁴.

Вместе с тем, нельзя не сказать, что понятие рефлексов права весьма близко к понятию категории законного интереса. В.В. Субочев, рассуждая о понимании рефлекса в праве с позиции Я.М. Магазинера, по сути, анализирует законные интересы и утверждает, что действительные рефлексы надо отличать от мнимых рефлексов, то есть субъективных прав с юридически несовершенной защитой. Если интересу дана юридическая охрана, он уже не является рефлексом⁵.

¹ Иеринг Р. Юридическая техника / Пер. с нем. Ф.С. Шендорфа. — СПб., 1905. — С. 19.

² Тарановский Ф.В. Право в объективном и субъективном смысле // Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Хрестоматия. — М., 1999. — С. 173.

³ Цит. по: Дурденевский В.Н. Субъективное право и его основное разделение // Правоведение. — 1994. — № 3. — С. 84.

⁴ Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=120

⁵ Субочев В.В. Законные интересы. — М., 2008. — С. 33.

Этимологический анализ данной категории показывает, что истоки этого термина основываются на категории «рефлекс». В Словаре иностранных слов содержится следующее определение: «Рефлекс (от лат. reflexus — отражение) — 1) *физиол.* ответная реакция организма на те или иные воздействия, осуществляющаяся через нервную систему; 2) оттенок цвета, возникающий при падении на предмет света, отраженного от других объектов; 3) отражение, следствие чего-либо»¹.

В Большой советской энциклопедии «рефлекс (от лат. reflexus — обращенный, повернутый назад, отраженный) в живописи (реже в графике), отсвет цвета и света от какого-либо предмета, возникающий в тех случаях, когда на этот предмет падает отсвет от окружающих объектов (соседних предметов, неба и т. д.)»². В иных источниках, содержащих трактовку данной категории, предлагаются понятия, сходные с приведенным. Экспортируя представленное понимание в сферу юриспруденции, можно сделать вывод, что в ней внимание должно акцентироваться на случайном и отраженном характере благоприятных выгод, возникающих у третьих лиц вследствие реализации правоотношения.

Думается, что между категориями «субъективное право», «законный интерес» и «рефлекс права» все-таки можно провести различия. В основе разделения важно использовать несколько признаков: возможность обеспечения юридической обязанностью, степень притязания субъекта и выражение интереса субъекта.

В соответствии с этими критериями можно дать следующие характеристики. Субъективное право определим как юридическую возможность осуществления каких-либо действий субъектом права в целях реализации его интересов, обеспеченную конкретными юридическими обязанностями. Законные интересы — это юридическая возможность, заключающаяся в притязании субъекта на осуществление каких-либо действий в целях реализации его интересов, не обеспеченная конкретными юридическими обязанностями. Степень гарантированности данных притязаний носит вероятностный характер и зависит от возможностей государства. Рефлексы права — это случайно возникающие выгоды, которые не всегда сводятся к возможности осуществления каких-либо действий, они отражают интересы третьих лиц и не обеспечиваются конкретными юридическими обязанностями.

Определенную зависимость между субъективными правами и рефлексами норм, закрепляющих эти субъективные права, можно усмотреть в необходимости порождения рефлексов субъективными правами.

Таким образом, определяя понятие рефлекса в праве, следует отметить позицию Я.М. Магазинера, в соответствии с которой «рефлекс права представляет собой выгоду, *случайную для данного лица, но необходимо* вытекающую из обеспечения чужого, действительно защищенного субъективного права, из удовлетворения чужой юридически обеспеченной потребности»³.

Вместе с тем, есть основание полагать, что кроме благоприятной выгоды, описываемой Р. Иерингом, существуют *рефлексы права негативного характера*. Так, например, в уголовном праве существует норма, закрепляющая презумпцию непонимания малолетними опасности своего деяния. Она предreshает по существу вопрос об уголовной ответственности. Если уголовно-правовой запрет нарушило лицо в возрасте до 14 или 16 лет, то согласно статье 20 УК РФ уголовно-правовые отношения не возникают или прекращаются. Уголовный закон предусматривает, что к уголовной ответственности могут привлекаться лишь лица, которым до совершения преступления исполнилось 16 лет, а в некоторых случаях — 14 лет. С учетом индивидуального развития личности возможно предположить осознанное поведение лиц, не достигших указанного возраста. Но законодатель не принимает во внимание это исключение из общего правила и не допускает возможность доказывания факта, что лицо хотя и не достигло соответствующего возраста, но в силу своего развития может быть признано виновным в совершении преступления. Это обстоятельство создает случайную выгоду как раз для категории лиц, подпадающих под данный случай — осознанно осуществляющих противоправное поведение и не подлежащих юридической ответственности.

Кроме того, существуют ситуации, когда *рефлексы права могут носить ярко выраженный негативный характер* и существенно ухудшать положение субъекта. Так, например, работник Остаев А.Е. был уволен с должности главного художника ООО «Логос-Медиа» в июне 2010 года в связи с сокращением штата. Пытаясь восстановиться на работе в судебном порядке, Остаев А.Е. утверждал, что расторжение с ним трудового договора по данному основанию без его согласия невозможно, поскольку он является многодетным отцом, воспитывающим троих детей — двух дочерей 12 и 7 лет и 2-летнего сына. Причем на его иждивении находится и жена, занятая уходом за детьми, в том числе за ребенком-инвалидом.

Часть 4 статьи 261 ТК РФ гласит: «Расторжение трудового договора с женщинами, имеющими детей в возрасте до трех лет, одинокими матерями, воспитывающими ребенка в возрасте до четырна-

¹ Словарь иностранных слов. — М., 1989. — С. 443.

² Большая советская энциклопедия // slovari.yandex.ru/~книги/БСЭ/Рефлекс/

³ Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=120

дцати лет (ребенка-инвалида до восемнадцати лет), другими лицами, воспитывающими указанных детей без матери, по инициативе работодателя не допускается (за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным п. 1, 5—8, 10 или 11 ч. 1 ст. 81 или п. 2 ст. 336 настоящего Кодекса)».

В данной ситуации А.Е. Остаев обратился в Конституционный Суд РФ, который постановил признать положение части четвертой статьи 261 Трудового кодекса РФ не соответствующим статьям 7, 19, 37 (ч. 1) и 38 (ч. 1 и 2) Конституции РФ в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитывающей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми¹.

То есть матерям, соответствующим указанным в нормативном правовом акте критериям, предоставляется субъективное право работать, не подвергаясь увольнению. Данное положение содержит предпочтение гендерного характера, которое влечет негативное последствие для отца ребенка (детей), когда он находится в аналогичной ситуации, несмотря на то, что вероятность ее наступления несравнимо мала.

Таким образом, понятие рефлекса права следует трактовать более широко и понимать как выгоду или упущение случайного характера, вытекающее из чужого субъективного права.

Определяясь с природой данного правового явления, необходимо отметить ряд положений. С одной стороны, в силу своего случайного характера данное явление, по мнению В.Н. Дурденевского, сложно признать юридической категорией, а не простым фактом, для права, в сущности, безразличным².

По этому поводу можно сказать следующее. Бесспорно, что случайные явления далеко не всегда являются значимыми. Так, например, В.П. Тугаринов полагает, что случайность отличается от необходимости тем, что она лишь возможна, но необязательна. Но, с другой стороны, Н.И. Матузов и Н.В. Ушанова весьма справедливо отмечают, что случайность не только возможна, но и действительна. Она возможна в том случае, когда то событие, которое связано со случайностью, еще не произошло. Но она сразу станет реальностью, как только данное событие произойдет. Значит, нельзя сказать, что случайность всегда априори «не обязательна» и «недействительна»³.

Обращаясь к специальной литературе, следует указать, что, с точки зрения Е.С. Вентцеля, случайной величиной называется величина, которая в результате опыта может принять то или иное значение, причем заранее неизвестно, какое именно⁴.

Разделяя приведенные позиции, можно утверждать, что, если имеет место случайное явление, следствием этого еще не является тот факт, что это случайное событие больше не произойдет. Кроме того, Я.М. Магазинер справедливо отмечал, что рефлекс «необходимо» вытекает из обеспечения чужого субъективного права⁵.

Таким образом, нельзя однозначно судить о том, что если существует какая-то случайная выгода, создаваемая чужим субъективным правом, то ее возникновение будет носить единичный характер. Он может стать определенной «уловкой», с помощью которой можно или обойти закон, или иным способом улучшить свое положение, поэтому использование такого явления будет неоднократным.

Рассмотрим, каковы последствия рефлексивного действия права. Думается, не вызывает сомнений тот факт, что позитивные рефлексии права улучшают правовое положение субъекта. Негативные рефлексии права имеют отрицательные последствия. Укажем лишь два случая.

К *первому случаю* можно отнести ситуации, когда рефлекс права способствует тому, что нормативный правовой акт полностью или частично перестает действовать, причем вплоть до того, что влечет вынужденную декриминализацию деяний, когда он упорно не выполняется значительной частью населения. Так, например, обстоит дело с неоднократными запретами самогоноварения и отменой этих запретов. Деревенские старушки, ограждая от наказания мужей и сыновей, легко принимали вину за самогоноварение на себя, но их никто, конечно, не преследовал в судебном порядке⁶.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2011 года № 28-П г. «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 261 Трудового кодекса РФ в связи с жалобой гражданина А.Е. Остаева» // Российская газета. — 2011. — 30 декабря.

² Дурденевский В.Н. Субъективное право и его основное разделение // Правоведение. — 1994. — № 3. — С. 85.

³ Матузов Н.И. Возможность и действительность в российской правовой системе / Н.И. Матузов, Н.В. Ушанова. — Саратов, 2010. — С. 22.

⁴ Вентцель Е.С. Теория вероятностей. — М., 1969. — С. 32.

⁵ Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=120

⁶ Кудрявцев В.Н. Криминология и проблемы декриминализации / В.Н. Кудрявцев, В.Е. Эминов // www.juristlib.ru/book_2971.html

Ко второму случаю можно отнести ситуацию, когда рефлекс права значительно ухудшает состояние субъекта права, ставя в ряде случаев как его, так и близких этого человека на грань выживания, как в примере с жизненной ситуацией многодетного отца, на иждивении которого жена и дети, оставшегося без работы.

Определяясь с правовым значением рефлексов права, следует отметить, что это достаточно сложный вопрос. Исходя из специфики явления и демонстрации рассмотренных примеров, можно утверждать, что не имеют правового значения лишь позитивные рефлексы права. Негативные рефлексы имеют юридическое значение для общества и государства, так как снижают эффективность правового регулирования и создают ситуации нарушения прав человека, поэтому их потенциальное влияние необходимо учитывать в процессе правотворчества.

Таким образом, есть основания полагать, что в процессе правовой регламентации общественных отношений законодатель должен учитывать всю совокупность последствий действия создаваемых норм права, в том числе случайного рефлективного характера.

Обращаясь к проблеме техники юридического оформления рефлексов права, отметим, что можно использовать категорию «ожидание». Т.Н. Орехова, рассуждая о воздействии правовой идеи, указывает, что в процессе принятия решений индивиды не только выбирают такие комбинации благ, которые являются для них наилучшими, но и формируют некоторые ожидания насчет будущего¹. Полагаем, что через данную категорию «ожидание» можно определить концептуальную идею юридического оформления рефлексов права. В процессе правотворческой деятельности необходимо учитывать ожидания возможных рефлексов права и сформулировать механизмы их выявления.

Видятся три основных пути осуществления данного процесса:

1. *Закрепление ожиданий возможного рефлективного действия права на уровне концепции нормативного правового акта.*

Определяя место закрепления возможных ожиданий рефлективного действия права в концепции законопроекта, следует остановиться на стадии характеристики предмета законодательной регуляции. В качестве вариантов решений можно предложить формирование на этом уровне ряда перечней, на основании которых можно судить о том, возможно ли возникновение рефлексов права и каким будет их влияние. В них могли бы найти отражение следующие аспекты: гендерные особенности субъектов права, обстоятельство, предопределяющие возможности различного рода дискриминаций, психофизиологические особенности субъектов права, варианты возможного противоречия формулируемых норм права и норм морали, норм права и религиозных норм и т. д. Думается, что данное решение применимо не только к концепции законопроекта, но и к концепции любого нормативного правового акта.

2. *Использование математических методов для вычисления степени вероятности возникновения рефлексов права.*

Рассматривая в общем смысле инструментарий математических методов в правоведении, следует отметить, что его сфера применения и эффективность изучены в недостаточной степени. Продолжая рассмотренную ранее последовательность суждений о случайных событиях, необходимо сказать, что в теории вероятностей существует понятие вероятности события, под которым понимается численная мера степени объективной возможности этого события². Причем следует обратить внимание на тот факт, что применение математики к изучению вероятностных явлений основывается на том, что во многих случаях при повторении одного и того же опыта в одних и тех же условиях частота появления рассматриваемого результата остается все время одинаковой³. Таким образом, при наличии сходных условий, в которых применяется норма, можно рассчитать вероятность ее позитивных или негативных последствий.

Вероятностный характер последствий законотворческой деятельности в правовой доктрине рассматривается наряду с иными сторонами ее проявления через категорию «законотворческий риск». В данном случае законотворческого риска это элемент политической профессиональной деятельности субъектов и участников законотворчества, представляющий собой объективно существующий набор вероятных вариантов действия норм, среди которых наряду с достижением регулятивного эффекта существуют возможности наступления негативных социально-правовых последствий как для адресатов норм, содержащихся в принимаемом законе, так и для иных субъектов⁴.

Эти последствия в случае наступления в процессе реализации субъективных прав и будут являться рефlekсами права. Математические методы вычисления в условиях сходности обстоятельств, в которых действуют субъекты права, позволят вычислить степень вероятности возможности возникно-

¹ Философия права: Курс лекций: В 2 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. — М., 2011. — Т. 2. — С. 323.

² Вентцель Е.С. Теория вероятностей. — М., 1969.

³ Яглом А.М. Вероятность и информация / А.М. Яглом, И.М. Яглом. — М., 1973. — С. 17.

⁴ Малышева И.В. Законотворческий риск: понятие, виды, детерминация: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2007. — С. 12.

вения рефлексивного действия права, а также степень вероятности различных детерминант, предопределяющих рефлексивное действие права, то есть степень риска наступления последствий, которые необходимо учитывать в законотворческой деятельности.

3. *Анализ последствий реализации норм права, в которых закреплены субъективные права, вызывающие рефлексивное действие права.* В этом существенную роль может сыграть анализ статистических данных правореализационного характера. В настоящее время существуют возможности для постоянного анализа статистических данных о преступности, судимости, раскрываемости преступлений. Видятся эффективными идеи о создании постоянно действующего независимого экспертного совета по криминологической экспертизе, образовании группы по постоянному мониторингу уголовного законодательства, эффективности применения тех или иных статей УК РФ¹.

Кроме того, необходимые данные можно получить, анализируя социально-экономическую и политическую ситуацию в государстве и обществе, а также изучая зарубежный опыт.

Изложенное позволяет сделать вывод, что рефлексивное действие права является малоизученной, но весьма сложной и неоднозначно понимаемой проблемой современной правовой науки. Выявление, прогнозирование и учет последствий действия рефлексов права как на уровне правотворчества, так и в ходе реализации норм права позволят повысить эффективность правового регулирования общественных отношений.

¹ Кудрявцев В.Н. Криминология и проблемы декриминализации / В.Н. Кудрявцев, В.Е. Эминов // www.juristlib.ru/book_2971.html

А.Р. Лаврентьев, А.В. Тюрякова

Лаврентьев Александр Рудольфович — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Приволжского филиала Российской академии правосудия (г. Нижний Новгород);

Тюрякова Алина Вячеславовна — магистрант Нижегородского института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации

О совершенствовании правового регулирования экспертизы проектов нормативных правовых актов в субъектах Российской Федерации и мониторинга региональных нормативных правовых актов

Качество правового регулирования определяется во многом качеством нормативного правового материала. Поэтому особое значение в механизме правового регулирования придается правотворческой деятельности. В последнее время все большую актуальность приобретают исследования отдельных стадий правотворчества, в том числе экспертизы проектов нормативных правовых актов, а также эффективности правоприменительной деятельности — мониторинга правоприменения (экспертизы нормативных правовых актов).

Экспертиза в юридической деятельности выступает инструментом для ликвидации информационной недостаточности, неопределенности, с которой сталкиваются субъекты правовых отношений. Она является вспомогательным (и притом во многих случаях обязательным) компонентом при принятии юридически значимых решений, фактором эффективности правотворчества, интерпретационной деятельности и реализации права.

Под экспертизой понимается рассмотрение какого-нибудь дела, вопроса экспертами для дачи заключения¹. В правотворческой деятельности экспертиза имеет особое значение. В процессе подготовки проектов нормативных правовых актов экспертиза является обязательной и преследует цели создания акта, соответствующего действующему законодательству, необходимого с позиции места в иерархии источников права, обоснованного, понятного, качественного с точки зрения соблюдения правил юридической техники по форме документа. Кроме того, экспертиза способствует выявлению ошибок в проекте нормативного правового акта и выработке предложений по их устранению и преодолению.

Более того, экспертиза теперь рассматривается не только как элемент правотворчества, но и как действенный способ контроля за качеством действия принятого нормативного правового акта. Экспертиза эффективности применения законодательства называется «мониторингом». Мониторинг (англ. monitoring — наблюдение) обычно понимается как постоянное отслеживание какого-либо процесса для установления его соответствия первоначальным предположениям или желаемому результату²; система постоянных наблюдений, оценки и прогноза изменений какого-либо природного, социального и тому подобного объекта³. Таким образом, мониторинг законодательства можно определить как систему постоянных наблюдений, оценки и прогноза изменений в действующем законодательстве для установления его соответствия первоначальным предположениям или желаемому результату.

Мы полагаем, что мониторинг можно считать особым видом систематизации нормативных правовых актов. В начале 90-х годов XX века В.К. Бабаев предлагал, «не ломая пока традиций», рассматривать в качестве видов систематизации нормативных правовых актов инкорпорацию (консолидация названа разновидностью инкорпорации) и кодификацию⁴. Позднее концепция изменилась — перечислены четыре вида систематизации: учет, инкорпорация, консолидация и кодификация⁵. Теперь теория систематизации законодательства развита и дополнена. Например, как форма систематизации определяются получившие широкое распространение автоматизированные электронные базы

¹ Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д.Н. Ушакова. — М., 1935—1940. — Т. 4. — С. 172.

² Новейший словарь иностранных слов и выражений. — М., 2003. — С. 540.

³ Современный толковый словарь русского языка / Гл. ред. С.А. Кузнецов. — СПб., 2004. — С. 358.

⁴ Бабаев В.К. Теория современного советского права: Фрагменты лекций и схемы. — Н. Новгород, 1991. — С. 73.

⁵ Бабаев В.К. Теория государства и права в схемах и определениях: Учебное пособие / В.К. Бабаев, В.М. Баранов, В.А. Толстик. — М., 1999. — С. 123.

данных нормативных правовых актов¹. Так и мониторинг выступает разновидностью систематизации нормативных правовых актов. Это утверждение теперь юридически закреплено², и в дальнейшем³ правовое регулирование мониторинга нормативного правового материала будет развиваться. Можно с большой долей уверенности предположить, что значение экспертизы нормативных правовых актов будет только возрастать.

Очевидно, что роль и значение, правила и методика экспертизы проектов нормативных правовых актов и экспертизы нормативных правовых актов в ходе мониторинга существенно различаются. Институт мониторинга правоприменения (экспертизы нормативных правовых актов) только получает развитие в современных условиях, поэтому прикладная часть настоящего исследования посвящена экспертизе проектов нормативных правовых актов.

При этом рамки исследования решено ограничить практикой регионального правотворчества. Правотворчество в России осуществляется как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов РФ; на уровне муниципальных образований различают локальное нормотворчество (в организациях, на предприятиях). Следует признать, что в настоящее время именно на уровне субъектов РФ наиболее интересны процессы развития института правотворчества. В некоторых регионах реализуются смелые эксперименты, многие наработки в последующем воспринимаются и на федеральном уровне. Поэтому в статье представлены некоторые результаты изучения опыта нормативного правового регулирования экспертизы проектов региональных нормативных правовых актов.

Система региональных нормативных правовых актов в основном сформирована, и продолжается ее совершенствование несколькими путями: приведение в соответствие с динамично меняющимся федеральным законодательством; внесение изменений и дополнений в ранее принятые нормативные правовые акты; а также подготовка новых актов, которые расширяют сферу предмета правового регулирования в соответствии с компетенцией субъектов РФ. В последнее время работа ведется преимущественно по первому из названных направлений. Так, в 2009 году Законодательным собранием Нижегородской области из 266 законов области было принято только 4 принципиально «новых» закона.

В этих условиях растет значение процедур правотворчества и качества их нормативной правовой регламентации. Основные детали правотворческой деятельности раскрыты, как правило, в подзаконном акте — регламенте соответствующего органа власти⁴. В некоторых субъектах приняты законы, например, в Нижегородской области — Закон от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области»⁵. При этом процедурам экспертизы проектов нормативных правовых актов обычно уделяется незаслуженно мало внимания. В частности, в Нижегородской области: в Регламенте Законодательного собрания Нижегородской области предусмотрены некоторые виды экспертиз, которые не отражены в законодательстве Нижегородской области, и, напротив, не все виды экспертиз, предусмотренные законодательством Нижегородской области, отражены в Регламенте. Сравнительный анализ приведен в прилагаемой таблице 1.

Экспертизы проектов нормативных правовых актов выступают разновидностью экспертиз, предусмотренных законодательством Нижегородской области, и в отличие от других экспертиз (общественная экспертиза⁶; предварительная экспертиза; правовая экспертиза; лингвистическая экспертиза⁷; антикоррупционная экспертиза; независимая антикоррупционная экспертиза; независимая научная экспертиза⁸; геральдическая экспертиза⁹; экспертиза издательских проектов¹⁰; экспертиза цен-

¹ Правовая кибернетика становится реальностью. См. об этом: Керимов Д.А. Проблемы общей теории права. — М., 2000. — С. 63—82.

² Пункт 2 Положения о мониторинге правоприменения в Российской Федерации, утвержденного Указом Президента РФ от 20 мая 2011 года № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 21. — Ст. 2930.

³ Постановление Правительства РФ от 19 августа 2011 года № 694 «Об утверждении методики осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // Российская газета. — 2011. — 24 августа.

⁴ См., например: Регламент Законодательного собрания Нижегородской области. Принят постановлением Законодательного собрания Нижегородской области от 28 февраля 2006 года № 1866-III // Правовая среда. — 2006. — 19 апреля.

⁵ Правовая среда. — 2005. — 26 февраля.

⁶ Статья 13 Закона Нижегородской области от 31 октября 2006 года № 132-З «Об Общественной палате Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Статьи 25, 25.1 Закона Нижегородской области от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Статьи 7, 9, 10 Закона Нижегородской области от 7 марта 2008 года № 20-З «О противодействии коррупции в Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Постановление Законодательного собрания Нижегородской области от 16 декабря 2004 года № 1262-III «О геральдической комиссии Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Раздел 5 постановления Правительства Нижегородской области от 14 ноября 2006 года № 379 «О финансовой поддержке книгоиздания в Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

ности документов¹; медико-экономическая экспертиза и экспертиза качества медицинской помощи²; государственная историко-культурная экспертиза³; общественная экологическая экспертиза; государственная экологическая экспертиза; экологическая экспертиза⁴; государственная экспертиза проектов освоения лесов⁵ и др.) имеют сложную правовую природу. Так, правовыми основаниями проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов выступают законы Нижегородской области⁶, акты Законодательного собрания Нижегородской области⁷, акты Правительства Нижегородской области⁸.

Таблица 1

| Вид экспертизы | Законодательная основа | Регламент |
|-------------------------------|---|---------------------------|
| Общественная | Статья 13 Закона области от 31 октября 2006 года № 132-З «Об Общественной палате Нижегородской области» | Статья 56.1 |
| Предварительная | Статья 25 Закона области от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» | Не предусмотрена |
| Правовая | | Статья 58 |
| Лингвистическая | | Статья 61 |
| Независимая научная | | Не предусмотрена |
| Антикоррупционная | Статья 25.1 Закона области от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» | Статья 58.1 |
| | Статьи 7, 9 Закона области от 7 марта 2008 года № 20-З «О противодействии коррупции в Нижегородской области» | |
| Независимая антикоррупционная | Статья 10 Закона области от 7 марта 2008 года № 20-З «О противодействии коррупции в Нижегородской области» | Статья 59, 71.10 |
| Финансовая ⁹ | Пункты 3 и 4 статьи 2 Закона Нижегородской области от 8 октября 2010 года № 156-З «О контрольно-счетной палате Нижегородской области» | Не предусмотрена |
| Дополнительная правовая | Не предусмотрена | Пункт 5 части 1 статьи 70 |

Предполагается, что субъектами проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов должны выступать «сторонние» организации и эксперты; это, впрочем, не исключает возможности проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов силами самого Законодательного собрания Нижегородской области. Например, подпунктами 7 и 8 пункта 12 статьи 57 Регламента Законодательного собрания Нижегородской области определено рассмотрение заключения государственно-правового

¹ Пункт 8.1 постановления правительства Нижегородской области от 26 марта 2009 года № 155 «Об утверждении Инструкции по делопроизводству в органах исполнительной власти Нижегородской области и их структурных подразделениях» // СПС «КонсультантПлюс».

² Пункт 14 постановления правительства Нижегородской области от 1 февраля 2005 года № 14 «Об утверждении Правил обязательного медицинского страхования населения Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Статья 16 Закона Нижегородской области от 3 июля 2007 года № 86-З «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации, расположенных на территории Нижегородской области» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление правительства Нижегородской области от 17 декабря 2007 года № 479 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление правительства Нижегородской области от 14 октября 2009 года № 724 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Например, статьями 25, 25.1 Закона Нижегородской области от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» предусмотрены правовая, независимая правовая, лингвистическая и антикоррупционная экспертизы нормативных правовых актов и их проектов.

⁷ Регламентом Законодательного собрания Нижегородской области предусмотрено проведение общественной, правовой, лингвистической, антикоррупционной, финансовой и иных видов экспертиз.

⁸ Например, в пункте 11 Порядка проведения антикоррупционного мониторинга на территории Нижегородской области, утвержденном постановлением правительства Нижегородской области от 23 сентября 2009 года № 685, упоминается независимая правовая экспертиза.

⁹ Обобщенное название экспертизы проектов законов Нижегородской области об областном бюджете и бюджете Территориального фонда обязательного медицинского страхования, а также иных правовых актов Нижегородской области, предусматривающих расходы за счет средств областного бюджета или влияющих на формирование и исполнение областного бюджета и бюджета Территориального фонда обязательного медицинского страхования; экспертизы проектов долгосрочных областных целевых программ и проектов нормативных правовых актов, вносящих изменения в долгосрочные областные целевые программы.

управления аппарата Собрания о результатах правовой и антикоррупционной экспертизы по проектам нормативных правовых актов, предусмотренных бюджетным законодательством, и заключения по ним Контрольно-счетной палаты Законодательного собрания Нижегородской области.

Инициатива проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов может принадлежать различным субъектам: губернатору Нижегородской области (например, в соответствии со статьей 13 Закона Нижегородской области от 31 октября 2006 года № 132-З «Об Общественной палате Нижегородской области» он вправе обратиться к Общественной палате в целях проведения общественной экспертизы проекта нормативного правового акта); Законодательному собранию Нижегородской области; правительству Нижегородской области; иным органам государственной власти и органам местного самоуправления, а также институтам гражданского общества, гражданам.

Если при реализации права законодательной инициативы субъект этой инициативы может в соответствии с частью 1 статьи 25 Закона Нижегородской области от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» провести «предварительную экспертизу» проекта закона Нижегородской области, то на последующих стадиях правотворчества правовая и лингвистическая экспертизы (а с недавних пор и антикоррупционная) должны проводиться непременно. Таким образом, можно различать как обязательные экспертизы (проводимые по основаниям, предусмотренным законодательством Нижегородской области), так и инициативные.

Соответственно результаты экспертиз проектов нормативных правовых актов могут носить как императивный характер, обязательный для рассмотрения и реагирования Законодательным собранием Нижегородской области (например, по результатам антикоррупционной экспертизы прокуратуры Нижегородской области и Главного управления Министерства юстиции по Нижегородской области), так и рекомендательный характер (общественная, научная, независимая антикоррупционная экспертизы). Поэтому различны процедуры рассмотрения поступивших в Законодательное собрание Нижегородской области экспертных заключений. Не случайно в Регламент Законодательного собрания Нижегородской области включена специальная глава 11.2, которая постоянно дополняется новыми нормами.

Таким образом, анализ законодательства Нижегородской области на предмет юридического закрепления экспертизы проектов нормативных правовых актов позволяет заключить, что единообразия правового регулирования в этом вопросе пока не достигнуто. Выявлены отдельные недостатки, пробелы и противоречия в нормативных правовых актах Нижегородской области. На наш взгляд, это может привести к нарушениям не только в нормотворческом процессе, но и в механизме правового регулирования в целом.

Поэтому следует провести систематизацию нормативных правовых актов Нижегородской области путем консолидации норм, предусматривающих осуществление экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области. На первом этапе полагаем возможным начать такую работу с деятельности Законодательного собрания Нижегородской области. Для этого считаем необходимым разработать Порядок экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области в Законодательном собрании Нижегородской области.

Попытка реализовать данную идею уже нашла свое выражение в деятельности Законодательного собрания Нижегородской области. В сентябре 2011 года на итоговом заседании Научно-консультативного совета¹ при Законодательном собрании Нижегородской области было утверждено Положение о комплексной экспертизе нормативных правовых актов, концепций и проектов нормативных правовых актов Законодательного собрания Нижегородской области, которое создано для совершенствования деятельности, прежде всего, самого Научно-консультативного совета.

Однако данный документ не разрешил всего спектра отмеченных нами проблем и, кроме того, не является нормативным правовым актом. Поэтому считаем важным продолжить работу по систематизации нормативного правового материала по вопросу экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области. Вероятно, на данном этапе требуется принять не документ, регламентирующий вопросы сущности и юридической природы экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов, а акт, регулирующий процедуру экспертизы и мониторинга. Для этого необходимо решить следующие основные задачи:

- определить круг субъектов, которые могут осуществлять экспертизу проектов нормативных правовых актов и мониторинг нормативных правовых актов Нижегородской области;
- разработать единую методику проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области.

¹ Создан в соответствии с постановлением Законодательного собрания Нижегородской области от 25 июня 2009 года № 1595-IV в целях выработки предложений по совершенствованию законодательства Нижегородской области и правового просвещения населения области.

В проекте Порядка проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области в Законодательном собрании Нижегородской области должны быть определены:

— случаи, когда проведение экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области в Законодательном собрании Нижегородской области обязательно;

— инициаторы проведения экспертизы и мониторинга;

— круг субъектов проведения экспертизы и мониторинга (правительство Нижегородской области; правовое управление и Контрольно-счетная палата Законодательного собрания Нижегородской области; прокуратура Нижегородской области; Главное управление юстиции РФ по Нижегородской области; научные учреждения; высшие учебные заведения; эксперты из числа ведущих ученых и специалистов соответствующего профиля; иные компетентные организации; институты гражданского общества и лица, не принимавшие непосредственного участия в подготовке соответствующего проекта нормативного правового акта);

— основы правового статуса экспертов (экспертных организаций), включая принципы, права, обязанности, ограничения, запреты, правовые и социальные гарантии деятельности, ответственность. Вероятно, следует продумать процедуру (в заявительном порядке) их аккредитации;

— порядок проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов, включая сроки и процедуры;

— требования к содержанию экспертного заключения (сообщения о невозможности составления заключения) и отчета о результатах мониторинга;

— порядок рассмотрения экспертного заключения и отчета о результатах мониторинга;

— повторное проведение экспертизы проектов нормативных правовых актов Нижегородской области и дополнительного мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области.

Безусловно, проект Порядка проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и мониторинга нормативных правовых актов Нижегородской области в Законодательном собрании Нижегородской области без внесения необходимых поправок в иные нормативные правовые акты Нижегородской области не сможет кардинально изменить ситуацию. На основе предлагаемого проекта документа нужно провести систематизацию и иных актов, что позволит устранить неэффективность норм права, внести в действующие законы и подзаконные акты Нижегородской области дополнения, ликвидировать пробелы и привести все нормативные правовые акты в соответствие друг с другом. Считаем, что наличие данного акта создаст дополнительные условия для оптимизации деятельности не только Законодательного собрания Нижегородской области; это позволит повысить эффективность правоприменительной деятельности в Нижегородской области.

Е.С. Леханова

Леханова Елена Семеновна — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры судебной бухгалтерии и экономической экспертизы Нижегородской академии МВД России

**Проблемы правового регулирования
взаимодействия полиции
и органов финансового контроля**

Значение документальных проверок и ревизий для выявления и доказывания экономических и налоговых преступлений невозможно переоценить, поскольку практически в каждом случае реализация оперативно-розыскной информации осуществляется путем организации официальных проверочных мероприятий. Качество полученных в результате работы ревизора исходных материалов в значительной степени определяет дальнейшие перспективы расследования уголовного дела.

Сейчас, в момент проведения масштабной реформы полиции, реализации новых подходов, направленных на повышение эффективности ее деятельности, очень важно выработать нормативно-правовую базу взаимодействия органов внутренних дел и органов финансового контроля.

На сегодняшний день органы полиции столкнулись с весьма непростой ситуацией: в целях снижения уровня коррупции и содействия развитию малого и среднего бизнеса был предпринят комплекс мер по снижению давления правоохранительных и контрольно-надзорных органов на субъекты предпринимательской деятельности. Одной из таких мер стало принятие 26 декабря 2008 года Федерального закона № 293-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части исключения внепроцессуальных прав органов внутренних дел РФ, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности». Указанным Федеральным законом признаны утратившими силу пункты 25, 35 части 1 статьи 11 Закона «О милиции», в соответствии с которыми органы внутренних дел имели право проводить проверки организаций и физических лиц в целях установления оснований для возбуждения уголовного дела при наличии данных о влекущем уголовную ответственность нарушении законодательства, регулирующего финансовую, хозяйственную, предпринимательскую и торговую деятельность либо указывающего на признаки преступления, связанного с нарушением законодательства РФ о налогах и сборах. Вступивший в законную силу с 1 марта 2011 года Федеральный закон № 3-ФЗ «О полиции» воспроизвел это изменение и в пункте 28 статьи 13 «Права полиции», закрепил лишь право участия в налоговых проверках по запросам налоговых органов РФ.

Изменения коснулись и Федерального закона от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Сегодня пункт 1 части 1 статьи 15 данного Закона закрепил право органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, «проводить гласно и негласно оперативно-розыскные мероприятия, перечисленные в статье 6 настоящего Федерального закона, производить при их проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, а также прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровья лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации».

Положения данной статьи соответствуют пункту 10 статьи 13 Федерального закона «О полиции», в котором закреплено право «производить при осуществлении оперативно-розыскной деятельности изъятие документов, предметов, материалов и сообщений и иные предусмотренные федеральным законом действия...». Приказом МВД России от 30 марта 2010 года № 249 была утверждена Инструкция о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.

Отметим, что первая редакция Закона РСФСР «О милиции» от 18 апреля 1991 года № 1026-1 в пункте 11 предусматривала право органов внутренних дел «требовать обязательного проведения проверок, инвентаризаций и ревизий производственной и финансово-хозяйственной деятельности предприятий, учреждений и организаций». Позднее редакция пункта 11 была изменена, и в дополнение к праву требовать производства ревизий было предусмотрено право органов внутренних дел осуществлять не свойственные им функции, то есть «самостоятельно проводить проверки и ревизии».

Как отмечалось многими специалистами, произошло смешение понятий «предварительное исследование документов», осуществляемое в рамках оперативно-розыскной деятельности, и «документальная ревизия» как способ официальной проверки деятельности хозяйствующих субъектов. Действительно, назначению официальных проверок всегда должно предшествовать предварительное

исследование документов, которое оперативный работник проводит самостоятельно или с помощью сотрудников-специалистов. Естественно, что для проведения таких предварительных исследований могли быть образованы специализированные подразделения в органах внутренних дел. Созданные в 2003 году такие подразделения — отделы документальных проверок и ревизий — получили, на наш взгляд, ошибочное название и фактически стали осуществлять не только предварительное исследование, но и документальные ревизии, что вызывало сомнения в объективности их результатов не только у проходящих по делу лиц, но и у судебных органов.

Если говорить объективно о той деятельности, которую осуществляют сегодня документалисты, то она, по существу, представляет собой вид экспертного исследования (в первую очередь по характеру применяемых методов проверки). Следует отметить, что в Федеральном законе «О полиции» очень удачно сформулирован пункт 18 статьи 12 «Обязанности полиции»: «проводить в соответствии с законодательством РФ экспертизы по уголовным делам и делам об административных правонарушениях, а также исследования по материалам оперативно-розыскной деятельности». Очевидно, что деятельность документалистов до возбуждения уголовного дела как раз и является таким исследованием.

Как видим, цена ошибки в части наделения органов внутренних дел не свойственными им функциями финансового контроля оказалась высокой: в результате вышеуказанных изменений действующего законодательства 2008 года вместе с «мутной водой» из Закона о милиции, а впоследствии и из Федерального закона «О полиции», «выплеснули и ребенка»¹, то есть исключили жизненно важные положения о праве органов внутренних дел в необходимых случаях требовать от контролирующих органов производства документальных проверок и ревизий.

В данном случае напрашивается аналогия с отражением в уголовно-процессуальном законодательстве права следователя «требовать производства документальных проверок и ревизий». Такое право было представлено ему статьей 70 УПК РСФСР 1960 года в целях собирания доказательств. В содержании нового УПК РФ 2001 года изначально такого права не было предусмотрено вообще, и лишь впоследствии оно частично было возвращено путем внесения дополнений в часть 1 статьи 144 «Порядок рассмотрения сообщения о преступлении»². Заметим, что если в УПК РСФСР 1960 года акт документальной ревизии являлся самостоятельным источником доказательств, то в действующем УПК он среди источников не упоминается, а на практике его принято относить к «иным документам».

Возвращаясь к вопросу о необходимости создания нормативно-правовой базы, регулирующей взаимодействие органов полиции и органов финансового контроля, отметим, что в пункте 42 Административного регламента исполнения Федеральной службой финансово-бюджетного надзора государственной функции по осуществлению контроля и надзора за соблюдением законодательства РФ в финансово-бюджетной сфере при использовании средств федерального бюджета, средств государственных внебюджетных фондов, а также материальных ценностей, находящихся в федеральной собственности³, предусмотрено в качестве основания проведения внеплановой ревизии (проверки) обращение правоохранительных органов. Очевидно, что назрела жизненная необходимость подготовки всеми заинтересованными органами совместного приказа, регулировавшего бы взаимодействие органов полиции и органов, осуществляющих финансовый контроль в Российской Федерации.

¹ В проекте Закона были заложены и право требовать от органов, осуществляющих финансовый контроль, производства проверок и ревизий (что является необходимым для раскрытия преступлений в сфере экономики), и право самим проводить проверки (что недопустимо, поскольку полиция не является органом финансового контроля).

² Новая процессуальная регламентация данного права представляется менее удачной по сравнению со статьей 70 УПК РСФСР. Вероятно, ошибочность нового подхода вызвана недооценкой различий между документальной ревизией как способом собирания доказательств и судебно-бухгалтерской экспертизой. В результате в настоящее время эксперты-экономисты во многих случаях вынуждены выполнять не свойственные им функции ревизора.

³ Утвержден приказом Министерства финансов РФ от 4 сентября 2007 года № 75н.

С.Э. Либанова

Либанова Светлана Эдуардовна — кандидат юридических наук, доцент, докторант Уральской государственной юридической академии, доцент кафедры государственного права Курганского государственного университета, руководитель регионального отделения МАКРО в Курганской области

Универсальный методологический ключ для техники правотворческой фиксации принципов права

Времена меняются, меняются условия, отношения, институты, сознание людей. Возникают новые реалии, обусловленные процессами глобализации. Представляется, что сегодня исследование системы конституционных принципов и гарантий защиты прав человека требует не углубления в анализ конституционного закрепления, а выявления конституционных возможностей неизбежности реализации в правоприменении. Необходим пересмотр методологических, гносеологических и системных подходов к принципам права, в первую очередь к основополагающим принципам Конституции РФ, способным обеспечить верховенство права в правоприменении. Приверженность конституционным ценностям играет стабилизирующую роль, поэтому обеспечение их гарантированной реализации должно стать неизбежным в правовом и социальном аспектах, следуя лингвистическому толкованию. Разработанный и исследованный автором механизм обеспечения конституционных прав человека (гражданина, индивида, личности) основан на принципах обеспечения, так как «гарантия — это обеспечение, обеспечивать — гарантировать»¹. Его основой являются принципы гарантирования, три из которых выделены нами в качестве универсального методологического ключа для техники правотворческой фиксации базальных принципов права, способных обеспечить не только конституционное правотворчество, но и правоприменение.

Предлагаемый механизм обеспечения верховенства права является моделью опережающего развития, предполагающей изменение право- и политико-институционального «контура», гарантирующей высокий уровень легитимации среды, позволяющей не только эффективно реализовать существующие меры правового регулирования и обеспечения законности институциональными системами общества, но и выработать новые. Он рассматривается автором как конституционный идеал существования гармоничных взаимоотношений государства, человека и общества, состоящий из пяти элементов: 1) объекты защиты — права и свободы человека; 2) взаимодействие субъектов защиты: государственных органов, государственно-общественных органов, общественных правозащитных объединений и организаций, в том числе института адвокатуры; человека; 3) основания защиты — нормы, закрепленные в источниках отрасли конституционного права; 4) базовые принципы-гарантии Конституции РФ; 5) способы и методы обеспечения конституционных презумпций. Его сутью является обеспечение (включающее защиту, охрану, восстановление) реализации высшего принципа предназначения государства — заботы о человеке, достигаемое путем эффективной демократии² за обеспечением верховенства права и соблюдением конституционных прав человека правоприменителями и законодателями. Он предлагается нами как потенциальная возможность исключения самих нарушений конституционных прав со стороны органов системы публичной власти в силу экономической нецелесообразности и эффективной профессионально-правовой демократии, а в итоге невыгодности и непростительности недобросовестного поведения чиновников, нарушения и даже несоблюдения ими конституционных прав человека. От парадигмы «нарушенные конституционные права и свободы должны незамедлительно восстанавливаться» следует перейти к парадигме «нарушить конституционные права и свободы невозможно, непростительно и экономически невыгодно».

Неэффективность правоприменения конституционных принципов и гарантий, принципов и гарантий самой Конституции РФ позволяет автору аргументировать необходимость введения принципиально новой понятийной категории «базовые принципы-гарантии Конституции РФ» как организационно-правовой основы модернизации конституционного законодательства, верховенства права в правоприменении и законотворчестве, обеспечивающей гармоничное интегрирование институциональных систем общества в сфере обеспечения гарантирования конституционных прав и свобод человека³. Под базовыми принципами-гарантиями Конституции РФ нами предлагается рассматривать га-

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — М., 1981.

² Демократия от лат. *democ* — народ, *kurij* — надзор, правовой, группа.

³ Далее в изложении права и свободы сводятся к одному термину «права».

рантированные принципы Конституции РФ, одновременно зафиксированные в ней как гарантии, обладающие базальной (базовой, основной) властью, призванные обеспечить верховенство права, соответствующие принципам и гарантиям международно-правовой защиты прав человека.

Проведем теоретический анализ исследуемых категорий «принципы» и «гарантии». Слово «принцип» заимствовано русским языком в XVII веке из французского и немецкого языков и восходит к латинскому (*principium* — начало, основа)¹. В философской литературе принцип определяется, во-первых, как непосредственное обобщение опыта и фактов, результатом которых является основная мысль, идея, служащая для построения теории, и, во-вторых, как закон науки, поскольку в нем выражаются существенные и необходимые отношения действительности². Иными словами, принцип рассматривается как *основное начало, на котором построена научная теория, как определенная методологическая или нормативная установка, правило и постулат*³. В логическом смысле принцип — центральное понятие, основание системы, представляющее обобщение и распространение какого-либо положения на все явления области, из которой данный принцип абстрагирован⁴. Принцип рассматривается учеными как специфичный универсальный методологический ключ к решению той или иной научной задачи⁵. Нравственная оценка права, его соответствие моральным критериям обоснованно, на наш взгляд, признается основополагающим принципом права как явления⁶. Принципы имеют объективный характер, обусловлены природой и обществом. Не природа и человечество сообразуются с принципами, а наоборот, принципы верны лишь постольку, поскольку они соответствуют природе и человеческой истории⁷. Подтверждая необходимость законодательной фиксации основных начал права, В.М. Семенов отмечал, что принципы права не могут существовать вне права и должны быть достаточно определенно сформулированы в виде конкретных законодательных положений⁸. И. Кант истолковывал принцип субъективно: он различал принципы институциональные (только для эмпирического употребления) и регулятивные (только для практического использования). В качестве высшего принципа всего миропорядка он рассматривал всеобщую этическую норму, призванную направлять волю и поведение каждого индивида как разумного существа (знаменитый нравственный категорический императив)⁹. Полагаем, что к базовым принципам Конституции РФ относятся признание государством человека (его прав и свобод) высшей ценностью (ст. 2), народовластие (ст. 3), верховенство Конституции на всей территории России (ч. 2 ст. 4).

Именно принципы конституционного права лежат в основе конституционно-правового обеспечения корреспондирующих им конституционных гарантий (ст. 2, 15, 17, 18). Эти принципы, как указано в постановлении Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 года, обладают высшей степенью нормативной обобщенности, предопределяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права¹⁰.

К принципам конституционного права Конституционный суд РФ относит основы правового статуса индивида — человека, гражданина, личности (ст. 2, 6, 17, 18, 19), определяя «главные принципы как характеризующие положение человека в обществе и государстве, а также основные неотъемлемые права, свободы и обязанности человека и гражданина»¹¹.

Конституционные принципы построения и деятельности органов государственной власти в РФ — это закрепленные в российской Конституции исходные начала, лежащие в основе функционирования этих органов. К ним можно отнести приоритет прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, 7 Конституции РФ); народовластие (ст. 3); федерализм (ст. 5); разделение властей (ст. 10, 11); законность (ст. 15); деидеологизацию (ст. 13); светскость (ст. 14).

¹ Шанский Н.М. Этимологический словарь русского языка / Н.М. Шанский, Т.А. Боброва. — М., 1994. — С. 254.

² Сичивица О.М. Методы и формы научного познания. — М., 1972. — С. 77.

³ Голованов В.Н. Законы в системе научного познания. — М., 1970. — С. 81—82.

⁴ Философский словарь. — М., 1980. — С. 294.

⁵ См.: Бунге М. Причинность: место принципов в современной науке. — М., 1962.

⁶ Цибулевская О.И. Принципы права: нравственное измерение. Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. — Саратов, 2010. — С. 176—199.

⁷ Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — 2-е изд. — Т. 20.

⁸ Семенов В.М. Принципы советского социалистического права // Правоведение. — 1964. — № 1. — С. 20.

⁹ Кант И. Метафизические элементы учения о добродетели. — СПб., 1809. — С. 133.

¹⁰ Вестник Конституционного Суда РФ. — 1993. — № 2—3.

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 ноября 2005 года «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 292 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами государственного учреждения культуры «Дом культуры им. Октябрьской революции», открытого акционерного общества «Центрнефтехимремстрой», гражданина А.А. Лысогора и администрации Тульской области» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2006. — № 1.

Произошедшие коренные преобразования в политической и экономической системе страны повлекли за собой глобальные изменения во всех сферах жизни, создав принципиально новую правовую ситуацию, требующую коренного пересмотра и систематизации не только принципов конституционного права, но и конституционных принципов, справедливо разделяемых Г.Н. Комковой¹, а главное, выделения из них базовых принципов-гарантий Конституции РФ как *организационно-правовых основ интегрирования институциональных систем государства и гражданского общества в сфере обеспечения гарантирования конституционных прав человека, являющихся и признаваемых универсальным методологическим ключом техники правотворческой фиксации принципов права.*

Исходным началом для всех категорий обеспечения прав являются принципы, содержащиеся в первую очередь в международно-правовых документах, представляющих собой международный стандарт прав человека, имеющих приоритет над внутрисударственным правом, ориентирующих национально-правовые системы на регулирование взаимоотношений личности и государства (ст. 15 Конституции)². Международные принципы прав человека обеспечивают единство понятия «права человека», способствуя их единому восприятию через призму гуманизма, уважения человеческого достоинства, свободы, равноправия, солидарности и справедливости. Международные принципы являются общепризнанными принципами и поддерживаются всеми развитыми государствами. Предлагаемая автором категория не вступает в противоречие с требованиями и рекомендациями международных норм.

Принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, имеющий генетическую связь с международно-правовым принципом уважения прав человека и его основных свобод, закрепленным во Всеобщей декларации прав человека, отражает тесную взаимосвязь принципов и гарантий Конституции РФ (ст. 18), подтверждая обоснованность концептуальных выводов автора. *Принцип гарантированного осуществления прав и свобод является системой условий, средств и способов, обеспечивающей их реализацию.* Его ценность и одновременно уязвимость, на наш взгляд, заключается в том, что он предполагает наличие системы разнородных гарантий, осложняющих контроль и надзор за их реализацией, в отличие от предлагаемой нами концепции принципа-гарантии Конституции РФ. Обязательность соблюдения принципов делает обязательным обеспечение гарантий. *Именно их единство способно обеспечить неизбежность применения Конституции во всех сферах жизни, всеми ветвями власти на всех уровнях.*

Вопрос о гарантиях в праве давний и небесспорный. Ряд исследователей предлагают воспринимать гарантии в качестве *разновидности правовых средств, обеспечивающих реализацию прав и исполнение обязанностей.* В этом случае гарантии трактуются либо как предоставление судебной защиты прав³, либо как эффективная правоприменительная деятельность компетентных органов, а также как совершенное законодательство. Некоторые ученые связывают правовые гарантии с обеспечением законности или гарантиями реализации норм⁴. *Так, создание конституционных (уставных) судов во всех субъектах РФ рассматривается в качестве гарантии защиты прав человека*⁵. Часть авторов утверждают, что законность — только часть правовых гарантий реализации прав и исполнения обязанностей⁶. В их числе Н.И. Матузов, А.В. Мицкевич, полагающие, что юридической гарантией является деятельность государственных органов и организаций, связанная с охраной прав от незаконных посягательств⁷. Другие авторы связывают гарантированность с закономерностями политического строя, состоянием экономической и правовой систем⁸.

Полагаем возможным дать свое комплексное определение гарантий. Это правовые средства и способы обеспечения реализации прав и исполнения обязанностей, используемые в деятельности институциональных систем общества в целом, соответствующие конституционным принци-

¹ Комкова Г.Н. Принципы конституционного права России. Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты. — Саратов, 2010. — С. 375.

² См.: Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года; Международные пакты об экономических, социальных и культурных правах, о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года, вступившие в силу в 1976 году и др.

³ См.: Farran C.O. Atlantic democracy. — Edinburgh, 1957. — P. 183—185.

⁴ См.: Керимов Л.А. Обеспечение законности в СССР. — М., 1956; Самощенко И.С. Охрана режима законности советским государством. — М., 1960; Правовые гарантии законности в СССР / Под ред. М.С. Строговича. — М., 1962.

⁵ Авдеев Д.А. Правовой механизм обеспечения прав и свобод человека и гражданина в субъектах РФ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Тюмень, 2004. — С. 13.

⁶ См.: Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав и обязанностей: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 1970. — С. 160.

⁷ См.: Матузов Н.И. Субъективные права граждан в СССР. — Саратов, 1966. — С. 130; Мицкевич А.В. Субъекты советского права. — М., 1962. — С. 86.

⁸ См.: Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав и обязанностей: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 1970. — С. 133; Мицкевич А.В. О гарантиях прав и свобод советских граждан // Советское государство и право. — 1963. — № 8. — С. 25.

пам, обусловленные закономерностями политического строя, состоянием экономической и правовой систем.

Гарантии, как правило, разделяют на внеправовые и правовые. Роль внеправовых факторов гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, к которым относятся условия и средства экономического, социально-политического, культурно-просветительского характера¹, важна. Например, правовые гарантии в виде льгот и социальных выплат не могут реализовываться в случае дефицита бюджетных средств.

В качестве общих признаков всех правовых гарантий, в том числе гарантий обеспечения конституционных прав, можно выделить: а) закрепление в правовых актах; б) обеспечение нормотворческой и правоприменительной деятельностью субъектов; в) наличие регламентированного способа применения. Этим гарантии отличаются от принципов деятельности различных органов, которые могут быть не закреплены законодательно, но должны соответствовать конституционным принципам.

Исходя из классификации функций права на регулятивные и охранительные², среди юридических гарантий прав принято различать *гарантии реализации* и *гарантии охраны*. К первой группе относятся пределы прав, их конкретизация в текущем законодательстве; юридические факты, с которыми связывается их обладание и непосредственное пользование; процессуальные формы реализации; меры поощрения и льготы для стимулирования правомерной и инициативной реализации. Вторую группу юридических гарантий составляют конституционный контроль и надзор; меры защиты и меры ответственности виновных за нарушение прав и свобод человека; процессуальные формы осуществления контроля и надзора; средства предупреждения и профилактики нарушений прав личности и другие правовые средства³. Именно гарантии реализации и охраны в первую очередь базируются на принципах Конституции, что представляется важным для обоснования легитимности предлагаемой принципиально новой правовой категории.

Правовые гарантии прав непосредственно связаны с применением правовых норм, реализуемых правовой деятельностью государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц, общественных объединений, самих граждан, основанной на конституционных принципах, в первую очередь законности. Законность является одновременно и принципом, и гарантией Конституции РФ и базируется на власти права. Этот принцип законодательно закреплен во всех федеральных законах, регулирующих деятельность субъектов, указанных в части 2 статьи 15, рассматриваемых нами в качестве участников процесса взаимодействия институциональных субъектов государства и общества по реализации высшей ценности Конституции. Но он не является предметом настоящего исследования, так как резюмируется через реализацию принципа верховенства права на основе трех базовых принципов-гарантий Конституции. В обязанности государства вменено признание, соблюдение и защита конституционных прав. Правоприменительная деятельность, по мнению С.С. Алексеева, представляет собой систему разнородных действий основного и вспомогательного характера, обеспечивающих претворение предписания правовых норм в жизнь⁴. Соблюдение всех конституционных принципов является обязательным для всех субъектов правоприменительной деятельности, призванных конституционно гарантировать реализацию прав человека.

Интерес для данного исследования представляет вывод об отсутствии самостоятельности гарантий, сделанный Е.В. Вавилиным с позиции гражданского права: «само слово “гарантия” означает условие, обеспечивающее что-либо, снимающее или не допускающее возможные помехи. Сущность юридических гарантий состоит в широком содействии субъекту в реализации его прав для достижения правомерных целей и интересов с одновременным сдерживанием неправомерных действий со стороны других лиц. Терминологическое совпадение норм, в которых содержится упоминание о гарантиях, не дает повода выделять их в самостоятельный правовой феномен»⁵. Сославшись на справедливое утверждение В.Ф. Яковлева о том, что главным гарантом правового порядка в сфере действия гражданского права выступают не принудительные меры, а наличие возмездности и эквивалентности во взаимоотношениях сторон⁶, исходя из позиции цивилистов, не относящих гарантии к правовым феноменам и способам принуждения при наличии иных способов, обеспечивающих цивилизованное взаимоотношение сторон, можно сделать следующий вывод:

конституционное регулирование также позволяет не относить конституционные гарантии и даже гарантии Конституции к разряду правовых феноменов, каковыми признаются принципы Конституции.

¹ Перевалов В.Д. Теория государства и права: Учебник. — М., 2008. — С. 260.

² Алексеев С.С. Общая теория права: Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2008. — С. 132.

³ См.: Перевалов В.Д. Теория государства и права: Учебник. — М., 2008. — С. 260—266.

⁴ Алексеев С.С. Общая теория права: Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2008. — С. 525.

⁵ Вавилин Е.В. Принцип гарантированного осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей // Нотариус. — 2008. — № 4.

⁶ Яковлев В.Ф. Принуждение в гражданском праве // Проблемы современного гражданского права. — М., 2000. — С. 214.

Требуется определить конституционный критерий, обеспечивающий единообразие их реализации и эффективность общественного надзора за конституционностью правоприменения.

Созвучной этому утверждению является концепция цивилизма, основанная на закреплении больших социальных гарантий отдельной личности со стороны гражданского общества и государства, невостребованная российской политико-правовой практикой, в отличие от Запада.

Представляется возможным вернуться к внедрению данной концепции в России с помощью предлагаемой категории «принципы-гарантии Конституции». История имеет подтверждение ее применения в России. Практическим осуществлением идеи правового государства Ф.Ф. Кокошкин считал конституционное государство. Он обоснованно полагал, что «везде существуют нормы, ограничивающие государственную власть, и за подданными признаются в принципе известные права по отношению к государству (например, право гражданского иска, то есть право на защиту со стороны суда). Большая часть норм публичного права создается путем косвенного признания, посредством государства, в форме закона. Таким образом, государство является одновременно и субъектом права, и фактором правообразования. Для обеспечения подчинения государства праву должны быть обеспечены гарантии этого. Совокупность таких гарантий и образует то, что называется Конституцией. Государство, подчинение которого праву гарантировано, есть конституционное государство»¹.

Из данного высказывания можно сделать вывод о том, что все конституционные принципы (непосредственно закрепленные в Конституции) должны одновременно быть конституционными гарантиями обеспечения их реализации. Выдержавшее испытание временем утверждение председателя особого совещания по подготовке проекта Положения о выборах в Учредительное собрание (май 1917 г.), членами которого были специалисты по государственному праву В.М. Гессен, С.А. Котляревский и др., позволяет ввести новую правовую категорию, отражающую действительность, обозначив ее собирательным термином «принципы-гарантии».

Под базовыми принципами-гарантиями Конституции РФ, закрепленными в статьях 2, 3, части 2 статьи 4, части 1 и 2 статьи 15, статьях 17, 18, 32, нами предлагается понимать гарантированные конституционные принципы, закрепленные в самой Конституции РФ одновременно в качестве принципов и гарантий. Мы считаем, что именно эти принципы, одновременно являющиеся гарантиями, призванными обеспечить их эффективную реализацию, обладают базальной² властью, являются базовыми, соответствующими механизмам междунационально-правовой защиты прав человека. К ним относятся гарантированность, защищенность государством человека как высшей ценности (ст. 2, 17, 18), народовластие (ст. 3, 32), верховенство права — правовластия, легиспотенции³ (ч. 1 ст. 3, ст. 15). Полагаем возможным расширить их перечень, но в рамках исследования остановимся на избранных, позволяющих достичь цель — разработать эффективный механизм обеспечения конституционных прав человека.

Статья 2 Конституции закрепляет принцип о высшей ценности — правах и свободах человека как основу конституционного регулирования и одновременно предусматривает способ ее обеспечения в виде государственного признания и соблюдения. Дополнительным аргументом для объединения основы (принципа) со способом (гарантией) служит статья 17, гласящая о признании прав человека (принцип) и их гарантировании.

Принципом, отраженным в статье 3, является признание носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации многонационального народа. Способ гарантированного осуществления этой власти отражен в части 2 статьи 3, корреспондирующей со статьей 32.

Основополагающим принципом Конституции, закрепленным в статье 4, является ее верховенство на всей территории Российской Федерации. Этот же принцип отражен в части 1 статьи 15. Кроме того, статья 15 содержит и гарантии обеспечения этого принципа, указывая в качестве способов обеспечения прямое действие, применение на всей территории, обязанность органов государственной власти, местного самоуправления, должностных лиц, граждан и их объединений соблюдать Конституцию. Субъектами конституционного гарантирования обеспечения прав, прямо закрепленными в Конституции РФ, являются органы местного самоуправления (ст. 12)⁴; человек (ст. 17, 28, 29, 44, 46, 48); гражданин (особые гарантии от связи с государством — ст. 19, 35, 37, 61 и все гарантии для человека — ст. 17, 28, 29, 44, 46, 48). Учеными рассматривается обеспечение реализации гарантий на основе принципов, а нами предлагается рассматривать их как единое целое для обеспечения единообразия в правопонимании, правотворчестве, а главное — в правоприменении. Конституционно-

¹ См.: Кокошкин Ф. Лекции по общему государственному праву. — 2-е изд. — М., 1912. — С. 261—266.

² См.: Большой энциклопедический словарь. — М., 1998. — С. 91.

³ См.: Латинско-русский словарь / Авт.-сост. К.А. Тананушко. — Мн., 2005. — С. 483, 647.

⁴ Органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти (ст. 12 Конституции), они зависят от государственной власти, но самостоятельны в пределах полномочий, которыми она (власть) их наделила. Далее в исследовании исходим из того, что подчиненный вид публичной власти — муниципальная власть — является продолжением на местах главенствующего в стране вида публичной власти — государственной власти.

правовой анализ норм Конституции РФ позволяют ввести новую категорию, синтезировав категории «принципы и гарантии Конституции РФ». Требуется внедрить уже существующие конституционные средства обеспечения в качестве критерия единообразия правопонимания и правоприменения в деятельности обязанных субъектов, обеспечивающих гарантирование конституционных прав человека.

В качестве дополнительного аргумента легитимности предлагаемой категории конституционного права можно отметить классификацию конституционных гарантий, данную А.А. Уваровым, выделившим гарантии-принципы¹. В отличие от категории «гарантии-принципа», предложенной ученым, полагаем, что категория «принципы-гарантии» позволяет обращение не только к законодателю, но и к правоприменителю, причем в первую очередь, так как принципы Конституции РФ являются основополагающими принципами в деятельности всех правоприменителей (ст. 4, 15). Справедливо на первое место поставить принцип — начало, основу, а затем гарантию — правовое средство, обеспечивающее реализацию основополагающего. Нормы, в которых сформулирован правовой принцип, — это нормы сущностного порядка, правила применения иных правил, концентрирующих не одно конкретное правило, а одновременно несколько, законодательные директивы, логически связанные с остальными частными нормами права, концентрированно фиксируют подходы к правореализации и правоприменению. Кроме регулятивной способности нормативные принципы способствуют правоисполнению, так как в случаях затруднения в правоприменении с их помощью становится возможным уяснить содержание обычных юридических правил². Как в правоприменительной, так и в законодательной деятельности базовые принципы-гарантии Конституции РФ позволят на концептуальном уровне создавать качественно однородные, отвечающие всем необходимым в демократическом обществе потребностям и интересам человека законы, применение которых возможно без дополнительного толкования в точном соответствии с конституционными ценностями и международными требованиями в сфере обеспечения конституционных прав человека.

Принятие новой концептуальной категории, признание ее универсальным методологическим ключом техники правотворческой фиксации принципов права позволят в значительной мере пересмотреть процессы как законотворчества, так и правоприменения без сложной и длительной ревизии всего действующего законодательства на соответствие его Конституции РФ, избежав затраты на формирование дополнительной структуры для выполнения этой задачи и расходы государственных средств на ее содержание. Соблюдение Россией статей 1, 6, 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года³ возлагает на нее обязанность создать и обеспечить систему эффективных механизмов защиты прав человека, в том числе условий функционирования свободных и беспристрастных судов, действующих на основе конституционных принципов отправления правосудия.

Практическую реализацию положений пункта 1 статьи 6 Конвенции призван обеспечить принятый 20 мая 2011 года Указ Президента РФ № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации». Предлагаемый нами вариант обеспечения «конституционности в правоприменении» через действие механизма обеспечения конституционных прав человека, основанного на трех базовых принципах-гарантиях Конституции, обеспечивающих неизбежность реализации верховенства права, будет способствовать достижению результата, ожидаемого от Указа Президента РФ «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации». Реализация Указа возможна путем эффективного надзора общества за неукоснительным применением судами решений Конституционного Суда РФ и постановлений Европейского Суда по правам человека, осуществляемого правозащитными институтами гражданского общества, члены которых являются независимыми от государства экономически и организационно знатоками права.

¹ Уваров А.А. Конституционные основы прав человека в Российской Федерации // Вестник ОГУ. — 2005. — № 3. — С. 10.

² Комиссарова Е.Г. Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 2002. — С. 17.

³ Распоряжение Президента РФ от 13 февраля 1996 года № 66-рп // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 8. — Ст. 743.

Е.С. Мазаева

Мазаева Елена Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и международного права Нижегородской академии МВД России

Концептуальная основа формулирования преамбул в конституциях зарубежных стран

В условиях укрепления демократических начал Российской государственности, модернизации ее политической системы важное значение приобретает необходимость использования потенциала, заложенного в Основном законе страны. Одним из значимых достижений в российской конституционной практике явилось признание многонационального народа России носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации.

Конституция как базовый документ любого государства привлекает внимание не только специалистов в области юриспруденции, но и обычного обывателя, которому интересен опыт конституционного строительства. Основным законом страны — это ключ к пониманию не только основ конституционного строя и его перспектив развития, но и характера, менталитета, традиций народа, его ценностных представлений.

Как известно, структурно большинство конституций включают вводную часть (преамбулу), основную часть и заключительные, переходные положения, иногда приложения. Преамбула (от лат. *preambulus* — идущий впереди, предшествующий) — вводная часть какого-либо важного акта, определяющая повод к его изданию. Для вводной части основного закона страны характерны: всеобщность, доступность, краткость, общий характер, отсутствие противоречий, соответствие общечеловеческим и международным ценностям и исторической судьбе народа. Основные черты преамбулы характеризуют ее связь как важного структурного элемента конституции с историческим развитием общества и основным текстом конституции¹. Преамбула как вводная часть конституции привлекает меньше внимания исследователей и практиков, чем базовые положения основного закона. В то же время она выполняет важную структурную роль, несет определенную смысловую (ценностно ориентационную, идеологическую, иногда и нормативную) нагрузку.

Структура конституции, как правило, предопределяет и общую структуру конституционного права как отрасли национального права, а это в свою очередь выступает ориентиром для правовой системы страны. Безусловно, в конституции находят свое отражение и закрепление те ценности и ценностные ориентиры, которые определяют (или должны определять) общественное и государственное развитие. Конституционные принципы — это основа построения всей национальной системы права, они во многом предопределяют характер образующих ее отраслей². В связи с этим вводная часть конституции (преамбула) хотя в большинстве случаев и не носит нормативный характер, но выступает торжественным началом основ становления государственности, поэтому ее качественное оформление способно дать мощный толчок для воплощения тех или иных идеалов.

Привлекательным видится реализация принципа народовластия как основа построения демократического, правового и социального государства. Большинство современных конституций, как и Конституция РФ 1993 года, основывается на признании народа в качестве источника власти. Носителем суверенитета в Российской Федерации является ее многонациональный народ. Никто, кроме русского народа, не может быть источником государственной власти в России. Статья 3 Конституции РФ гласит: «Захват власти или присвоение властных полномочий преследуются по федеральному закону». Согласно Основному закону нашей страны народ осуществляет свою власть через органы государственной власти и местного самоуправления (ст. 3). Как верно отмечает В.В. Комаров, если в советский период было принято считать представительную форму правления ведущей, то в современный период на первый план выступает непосредственная демократия³.

А насколько важно оформление данной ценностной идеи народовластия в преамбулах конституций? С одной стороны, вводная часть основного закона страны, не имея в большинстве случаев нормативного значения, может и не быть той базовой составляющей для реализации данного принципа. С другой стороны, имея огромное ценностно ориентационное и идеологическое значение, преамбула

¹ См.: *Артемьева Р.В.* Преамбула Конституции РФ: нормативное содержание и проблемы реализации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2007. — С. 5.

² См.: Конституционное право зарубежных стран: Учебник / Под общ. ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо и Л.М. Энтина. — М., 2010. — С. 36.

³ См.: *Комаров В.В.* Формы непосредственной демократии в России: Учебное пособие. — М., 1998. — С. 3—5.

способна выступить не только как основа для правового воспитания и повышения уровня правовой культуры, но и фундаментом для построения основной части конституции, правотворчества в целом, правоприменения, толкования и т. п.

Следовательно, проанализировав преамбулы ряда конституций в аспекте отражения в них начал демократии и практического претворения данного принципа, можно будет сделать ряд выводов.

Преамбула конституции — это вступительная, наиболее общая часть ее структуры, которая объясняет цели принятия конституции, определяет основные ориентиры и признаки конституционного строя, которые более подробно раскрываются в основном тексте конституции. «В практике большинства стран принято начинать конституцию с преамбулы — вводного текста, имеющего, как правило, политическую направленность. Она бывает нужна для того, чтобы осветить пройденный страной путь, дать характеристику общества на современном этапе его развития, изложить сущность и главные задачи государства, сказать о целях конституции и провозгласить ее принятие»¹.

Научный анализ положений преамбулы (вводной части) основного закона страны и проблем их практического претворения в жизнь способен обогатить науку конституционного права, а также помочь в преодолении разрыва между конституцией юридической и фактической. Безусловно, развитие науки конституционного права любой страны предполагает изучение основополагающих принципов и положений конституции, в то время как преамбула оказывает значительное воздействие на особенности этих принципов и возможности их реализации. Предполагая исследовать начала народовластия в преамбулах конституций зарубежных стран, не следует забывать и другие зафиксированные основы государственности, которые лишь во взаимосвязи способны дать толчок для становления сильного, стабильного, правового, социального и демократического государства.

Вступительная часть Конституции РФ, предшествующая ее разделам, главам и статьям, в тексте не обозначена преамбулой. Этот термин не употреблен и в конституциях ряда других государств (США, Японии, Италии и др.). В некоторых государствах вступление или его главная часть названы «преамбулой» (Германия, Франция и др.).

Преамбула Конституции РФ:

во-первых, указывает на народ, своей коллективной волей принимающий эту Конституцию («Мы... народ Российской Федерации»), и на те его характерные свойства, которые находят свое выражение в принимаемой им Конституции (он многонационален, соединен общей судьбой на своей земле, проникнут чувством ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями);

во-вторых, называет несколько исторических предпосылок и условий такого народного решения. Это исторически сложившееся государственное единство, общепризнанные принципы равноправия и самоопределения народов; почитание памяти предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость;

в-третьих, определяет цели, для осуществления которых принимается новый Основной закон страны. Конечно, эти цели содержатся в ряде уже названных характеристик народа и исторических условий принятия новой Конституции, которые эта Конституция должна сохранить и развить, способствуя их все более полной реализации. Но в преамбуле, кроме того, сформулирован ряд целей, к осуществлению которых стремится народ-законодатель. Он принимает Конституцию, «утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие», «сохраняя исторически сложившееся государственное единство», «возрождая суверенную государственность России и утверждая незыблемость ее демократической основы», «стремясь обеспечить благополучие и процветание России».

Как видно, потенциал преамбулы Конституции РФ не в полной мере реализован. Верно отмечает Б.С. Эбзеев, сегодня «требуется пересмотр и формирование во многом заново фундаментальных основ конституционного права России, адекватных историческому опыту отечественной государственности и потребностям переживаемого страной периода государственно-политического развития»².

Поэтому исследование концептуальных основ формулирования преамбул в конституциях отдельных зарубежных государств поможет выявить перспективные начала с учетом специфики страны.

Рамки данной работы не позволяют проанализировать множество преамбул конституций, наше внимание будет сосредоточено на опыте таких государств, которые имеют определенный путь конституционного строительства, отличаются оригинальностью и перспективностью. Без внимания не останется первая в мире писаная Конституция США 1787 года, а также основные законы таких стран, как ФРГ, Франция, Япония, Бразилия, Польша, Казахстан, КНР.

Следует отметить, что именно преамбула является тем ключом, который способен раскрыть основные цели и задачи государства, перспективы его становления, даже не обращаясь к основной части документа. Более того, классическая модель преамбулы описывает краткий исторический путь,

¹ Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. — М., 2000. — С. 22.

² Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. — М., 2005. — С. 6.

пройденный государством до принятия конституции; место и роль государства в семье народов мира; отношение к правам и свободам человека¹.

Традиционно в вводной части основного закона страны указывается ее источник (например, «Мы, народ Соединенных Штатов...»), что уже изначально говорит о ее демократичном духе. Аналогичные положения мы встречаем в следующих документах: «Мы, представители бразильского народа...» (Конституция Бразилии 1988 г.); «Мы, японский народ...» (Конституция Японии 1946 г.); «Французский народ...» (Конституция Франции 1958 г.); «...Немецкий народ в силу своей учредительной власти создал для себя настоящий Основной закон» (Основной закон ФРГ 1949 г.); «Мы, народ Казахстана...» (Конституция Республики Казахстан 1995 г.); «...мы, польская нация...» (Конституция Республики Польша 1977 г.).

Несколько по-иному оформляется введение Конституции Китайской Народной Республики. Несмотря на утверждение о том, что «...китайский народ владеет государственной властью и является хозяином страны...», главный акцент сделан на исторический путь, пройденный государством и народом, а также на определение целей. Так, «Китай — одно из государств мира с самой древней историей. Все национальности народа Китая объединенными усилиями создали блестящую культуру и обладают славными революционными традициями». Большие успехи государства достигнуты «...благодаря Коммунистической партии Китая...». Основные цели: «...отстаивать демократическую диктатуру народа и социалистический путь, сохраняя курс на реформы и открытость, развивать социалистическую рыночную экономику и социалистическую демократию...». Китай определяет свое место в мировом сообществе следующими положениями: «...Достижения революции и строительства в Китае неотделимы от поддержки народов мира. Будущее Китая неразрывно связано с будущим всего мира», в том числе утверждают пять принципов внешней политики, смысл которых сводится к тому, что государство «...прилагает усилия для сохранения мира во всем мире и содействия прогрессу человечества». Введение Конституции КНР отличается и тем, что отражает юридические свойства Основного закона страны, «...имеющего высшую юридическую силу. Все народы страны, все государственные органы и вооруженные силы, все политические партии и общественные организации, предприятия и учреждения руководствуются положениями Конституции как основным критерием своей деятельности, а также несут обязанность защиты авторитета Конституции и гарантируют претворение ее в жизнь».

Несмотря на специфику Конституции КНР, перспективным видится не только отражение социалистических концепций, но и удачное сочетание демократических начал, рыночной экономики, миролюбивой внешней политики. Данная концепция позволяет надеяться на оформление нового подхода к становлению государственности, основанной, с одной стороны, на социалистических идеях (социалистической законности, отсутствии классического принципа разделения властей и др.), а с другой — на возможности использования рыночных механизмов, демократических начал при формировании органов государственной власти, социальной защищенности и т. п.

В зависимости от приоритетов данного государства в преамбуле выделяются те или иные значимые постулаты (например, в преамбуле Конституции Франции 1958 г. утверждается приверженность правам человека, как они были определены Декларацией 1789 года, подтвержденной и дополненной преамбулой Конституции 1946 г., а также правам и обязанностям, определенным в Хартии окружающей среды 2004 г.). Французский подход заслуживает внимания: во-первых, преамбула носит нормативный характер и указывает источник «...французский народ торжественно провозглашает приверженность правам человека...»; во-вторых, авторы Конституции воспользовались идеалами свободы, указав на историческую приверженность борьбы народа, не став излагать иными словами великие идеи своих знаменитых предшественников.

Аналогично можно проследить и в преамбулах других конституций приоритетность тех или иных задач: «...сознавая себя миролюбивым гражданским обществом, приверженным идеалам свободы, равенства и согласия...» (Конституция Казахстана); «...служить миру во всем мире...» (Основной закон ФРГ); «...возможность суверенно и демократично решать о Ее судьбе...» (Конституция Польши); «...создать более совершенный союз, установить правосудие, обеспечить внутреннее спокойствие...» (Конституция США); «...занять почетное место в международном сообществе...» (Конституция Японии); «...создать демократическое государство...» (Конституция Бразилии). Заявленные постулаты, свидетельствуют не только о будущем данного государства, но и о его прошлом опыте, который многому научил и который возможно ряд стран не хотели бы повторить. Как видно, большинство преамбул отражают следующие важные положения: «...занять почетное место в международном сообществе...» (Конституция Японии); «...желая занять достойное место в мировом сообществе...» (Конституция Казахстана) и т. п.

Заявленные постулаты означают принадлежность того или иного государства к мировой семье народов, готовность сохранять и повышать достигнутый уровень международного сотрудничества. Из

¹ Чудаков М. Ф. Конституционное государственное право зарубежных стран. — Мн., 1998. — С. 201.

этого вытекает необходимость участвовать в обеспечении всеобщего справедливого мира, совершенствовать свое внутреннее положение в соответствии с выработанным опытом десятков цивилизованных народов и закрепленными в общепризнанных нормах международного права стандартами прав человека и гражданина, обязанностей государства, взаимопомощи в различных сферах жизни.

Исторический период принятия конституции также накладывает отпечаток на оформление преамбулы. Так, послевоенные конституции ФРГ, Японии и др. отражают главную идею мирного существования. Преамбула Основного закона ФРГ подчеркивает идею «...служить миру во всем мире». Преамбула Конституции Японии многократно повторяет мирную позицию: «...исполненные решимости обеспечить для себя и для своих потомков плоды мирного сотрудничества со всеми нациями...», «...все народы мира имеют право на мирную жизнь...». Приоритетность заявленных положений и влияние исторической эпохи на оформление преамбулы конституции неразрывно связаны, как видно из приведенных примеров, с международными процессами и необходимостью показать всему международному сообществу прогрессивность государства.

Действительно, каждая страна пытается отразить в преамбуле конституции современные тенденции (так, преамбула Конституции Франции была дополнена положением о приверженности правам человека, как они были закреплены в Хартии окружающей среды 2004 года). Это видится одним из показателей заботы государства о столь важном направлении — благоприятной окружающей среде. Это проблема выходит за рамки лишь только внутригосударственной политики и должна стать одним из направлений межгосударственных усилий.

Заметим, что каждое государство, стремясь реализовать заявленные цели и задачи, должно учитывать интересы других и это важно отразить в преамбуле. Удачно оформлено данное положение в Конституции Японии: «...Мы убеждены, что ни одно государство не должно руководствоваться только своими интересами, игнорируя при этом интересы других государств...», Конституции Бразилии: «...общества, основанного на братстве, плюрализме и отсутствии предубеждений, на социальной гармонии и гармонии обязанностей, на внутреннем и международном порядке...». Подробно и обстоятельно этот аспект затронут во введении Конституции КНР, что объясняется особым положением данного государства в международном сообществе и спецификой проводимой внутренней политики (модернизированного социализма): «...Достижения революции и строительства в Китае неотделимы от поддержки народов мира. Будущее Китая неразрывно связано с будущим всего мира. Китай последовательно проводит политику, придерживаясь пяти принципов — взаимного уважения суверенитета и территориальной целостности; взаимного ненападения; взаимного невмешательства во внутренние дела; равенства и взаимной выгоды во взаимоотношениях; мирного сосуществования, — развивает с другими странами дипломатические отношения, экономические и культурные обмены, решительно выступает против империализма, гегемонизма, колониализма, укрепляет сплоченность с народами различных стран мира, поддерживает справедливую борьбу угнетенных народов и развивающихся стран в справедливой борьбе за завоевание или защиту национальной независимости, за развитие национальной экономики, а также прилагает усилия для сохранения мира во всем мире...». Столь подробная политическая платформа заслуживает уважения, так как имеет долгосрочную идеологическую основу.

С целью придания особой духовности, вечности авторы ряда конституций отражают религиозный аспект. Так, например, преамбула Конституции Польши 1977 года гласит: «...мы, Польская Нация, — все граждане Республики, как верующие в Бога...», «...ощущая ответственность перед Богом или перед собственной совестью...», в преамбуле Основного закона ФРГ сказано: «В осознании своей ответственности перед Богом и людьми...». Конституция Федеративной Республики Бразилии 1988 года определяет от имени бразильского народа цели и приоритеты в первую очередь по формированию демократического государства и «...обеспечению индивидуальных и социальных прав, свободы, безопасности, благосостояния, развития, равенства и справедливости...», реализует это «...под покровительством Бога...». Видимо, данный аспект преамбулы позволяет сформировать понятие об особой ценности, значимости положений основного документа страны как у граждан самого государства, так и у представителей других народов.

Оригинальность преамбулы может стать визитной карточкой государства, а также основой обеспечения сплоченности его народностей и построения межгосударственных отношений. Так, в вводной части Конституции Польши 1997 года указывается: «...соединенные узами общности с нашими соотечественниками, рассеянными по свету, сознавая потребность сотрудничества со всеми странами на благо Человеческой Семьи, памятуя о горьком опыте времен, когда основные свободы и права человека были в нашей Отчизне попорчены...». Можно привести и другие примеры: «...созидая государственность на исконной казахской земле...» (Конституция Казахстана); «...с тех пор китайский народ владеет государственной властью и является хозяином страны...» (Конституция КНР) (оригинально, так как в реальности власть принадлежит коммунистической партии); «...общества, основанного на братстве, плюрализме и отсутствии предубеждений, на социальной гармонии и гармонии обязанностей...» (Конституция Бразилии).

Хотелось бы отметить следующее: несмотря на то, что не все конституции имеют преамбулу (например, в Греции, Италии), эта часть конституции имеет важное правовое и идеологическое значение. Приоритеты, цели, особенности отношения к правам человека и отражение места страны в международном сообществе способны перспективно осуществлять становление современной государственности. Если права человека, их обеспечение являются главным направлением деятельности государства, то есть надежда на оформление такой модели организации государственной власти, которая, основываясь на принципе разделения властей, миролюбивой внешней политике, способна сформировать прогрессивное социальное, правовое и демократическое государство. Идеалы, заявленные в преамбуле, подкрепленные божественной силой, будут иметь более действенное влияние на умы и сознание народа. Преамбула, отражая исторический путь развития страны, должна стать путеводителем для конструктивного сотрудничества в международном масштабе.

Итак, преамбула (вводная часть) основного закона страны выражает, как правило, общечеловеческие интересы с учетом расстановки политических сил в обществе и закрепляется в общем и кратком формате. Анализ рассмотренных преамбул конституций США, ФРГ, Франции и др. позволяет утверждать, что они обязательно должны иметь концептуально-идеологическую нагрузку. Именно концептуальная незыблемая основа преамбулы способна дать толчок для реализации конституционных ценностей с учетом специфики государственности и ментальности народа.

Преамбула оказывает значительное воздействие на оформление особенностей основополагающих принципов (в том числе народовластия) и положений конституции и возможности их реализации. Следует согласиться с тем, что институт представительства порождает ключевую для современной концепции демократии проблему между номинальными держателями власти и реальными обладателями¹.

В связи с этим как преамбула, так и основной текст конституции должны давать потенциальную возможность не только через правовые механизмы, но и через ценностные ориентиры на реализацию прямых форм демократии. Это особенно важно при несоответствии действительной воли представительного органа воле народа в решении конкретного вопроса, тогда должен вступать в действие механизм прямой демократии, в рамках которого выявится подлинная воля народа.

¹ См.: *Петришин А.В.* Народовластие как фундамент демократического, правового, социального государства // *Правоведение*. — 2010. — № 3. — С. 6—14.

А.П. Мазуренко

Мазуренко Андрей Петрович — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Северо-Кавказского филиала Московского гуманитарно-экономического института

Роль посланий законодательным органам власти и иных документов концептуального характера в формировании правотворческой политики

Одной из характерных тенденций развития современного российского общества является неуклонно повышающееся внимание к правотворчеству, проблемам его модернизации. Это объясняется тем, что бурная динамика социальных отношений требует постоянного совершенствования имеющихся и выработки новых перспективных политико-правовых средств для решения стоящих перед обществом проблем, в том числе в сфере формирования правотворческой политики.

Любая политика вообще и правотворческая политика в частности нуждается в выражении вовне, в реализации и воплощении на практике. На наш взгляд, политико-правовыми средствами внешнего выражения правотворческой политики являются ее формы. Здесь следует отметить, что конструкция соотношения форм и источников права является концептуальным основанием исследования правотворческой политики. Применительно к предмету настоящей работы, с определенной долей условности к таким формам (источникам), устанавливающим исходные ориентиры правотворческой политики, можно отнести: послания Президента РФ и высших должностных лиц субъектов Федерации к представительным (законодательным) органам государственной власти; стратегии социально-экономического развития Российской Федерации и ее субъектов; ежегодные доклады Совета Федерации о состоянии законодательства в Российской Федерации и их аналоги в ряде российских регионов; концепции развития той или иной сферы общественной жизни (например, Концепции развития российского законодательства, Концепция правовой политики в Российской Федерации) и тому подобные документы, закладывающие политико-идеологические основания развития отечественной системы права.

Условность данного утверждения заключается в том, что подобные источники не обладают нормативным содержанием. В то же время перечень форм-источников правотворческой политики не исчерпывается указанными выше. К ним, безусловно, относятся и такие источники, как Конституция РФ, принципы и нормы международного права, федеральные и федеральные конституционные законы, конституции и уставы субъектов Федерации, учредительные документы органов местного самоуправления, локальные учредительные акты предприятий и организаций различных форм собственности, то есть источники в сугубо юридическом смысле.

Таким образом, под формами (источниками) правотворческой политики предлагается понимать формально-юридические и политико-идеологические основания (документы), определяющие исходные начала научно обоснованной, последовательной и системной деятельности субъектов данного вида правовой политики, направленные на выработку ее целей и определение задач. Иными словами, формы (источники) правотворческой политики используются как политико-правовые средства, направленные на формирование ее целей и приоритетов на ближайшую и обозримую перспективу, то есть как основные инструменты выстраивания стратегии и тактики данного вида правовой политики.

В качестве одной из подобных форм правотворческой политики рассмотрим такой вид политико-правовых документов, непосредственно устанавливающих ориентиры правотворческой деятельности, как ежегодные послания Президента РФ Федеральному Собранию и аналогичные послания глав субъектов Федерации региональным органам законодательной власти.

Как известно, Конституция РФ возлагает на Президента страны функцию определения основных направлений внутренней и внешней политики государства, оговаривая, однако, что данная функция должна осуществляться в соответствии с Конституцией и федеральными законами. Упоминание в этом случае федерального закона указывает на то, что в определении основных направлений внутренней и внешней политики участвует также парламент. Взаимоотношения Президента и парламента в названном процессе — самый болезненный нерв формирования государственной политики. Однако возможностей у парламента, учитывая сложность законодательного процесса, все же меньше, чем у Президента. И практически организовать на теоретической и экспертной базе разработку проблем внутренней и внешней политики, собрать для этого необходимую информацию и т. д. — в большей

мере под силу Президенту. Поэтому в целом процесс определения основных направлений политики государства развивается в сотрудничестве Президента и Федерального Собрания¹.

Практика посланий главы государства законодательному органу имеется во многих странах мира. По мнению ряда авторов, послания Президента не являются нормативными актами, но это акты политического характера, содержащие программные принципы². Отсюда вполне логично следует вывод о том, что документ, созданный на основе Конституции РФ, предусмотренный ею, содержащий ряд правовых принципов, на основе которых позднее создаются соответствующие нормативные акты, возможно признать одним из видов источников формирования права в стране и ее правотворческой политики в частности.

Таким образом, послания, в действительности не являясь нормативными документами, выступают в роли актов, содержащих программные установки по формированию политики государства на конкретном этапе его развития. Это объясняется тем, что именно Президент РФ определяет основные направления правовой политики в стране, систему наиболее приоритетных целей и задач в области правового регулирования, а также необходимых способов их решения.

Конституционное сотрудничество с главой государства по реализации ежегодных посланий является главным основанием планирования законодательной деятельности парламента. Как отмечает С.В. Поленина: «В отдельных случаях Президент РФ в своем послании не только дает ориентиры правотворческой политике, но и напрямую связывает достижение ее целей с устранением ненужных «кренов» в законодательной деятельности...»³. Так, в Послании 2001 года содержится мысль о том, что «нам давно нужна систематизация законодательства, позволяющая не только учесть новые экономические реалии, но и сохранить традиционные отрасли права, опасно размытые в последние годы»⁴.

Очевидно, что ежегодные обращения с посланием к Федеральному Собранию о положении в стране, основных направлениях внутренней и внешней политики государства (п. «е» ст. 84 Конституции РФ) выступают особым выражением проявляемой Президентом РФ правотворческой политики. Президентские послания как формы (источники) такой политики представляют большой интерес еще и потому, что в них обретает свое концентрированное выражение государственная политика в сфере правового регулирования. В них формулируются основные политические цели и задачи государства в различных областях общественной жизни. Послания опираются по основным направлениям развития страны на среднесрочные и долгосрочные прогнозы, что, на наш взгляд, является проявлением принципа предсказуемости правотворческой политики.

Если вспомнить еще один принцип данного вида правовой политики — принцип гласности, то возникает необходимость отражения отношения к содержанию президентских посланий общественного мнения. В литературе указывается, что граждане, оценивая послания, подразумевают, что это не только программа, поручение, предложение, указание к действию. Функции посланий более широки: это и обозначение позиций главы государства по наиболее актуальным для общества вопросам; и мобилизация граждан или каких-либо социальных групп, а также чиновников всех уровней на решение определенных задач; и формирование уверенности в том, что мы движемся в верном направлении⁵. В посланиях анализируется в определенной степени деятельность государства, достижения прошедшего периода и излагается видение Президентом будущего страны.

Содержание посланий, как правило, оказывает большое влияние как на деятельность законодательного органа, так и на общественное мнение в стране. Несмотря на то, что послание Президента РФ формально адресовано Федеральному Собранию, на практике оно является одной из главных форм общения между верховной властью и народом. Более того, в послании Президент РФ определяет свое видение дальнейшего развития общественных отношений в стране, направляет распоряжения в адрес компетентных органов государственной власти, указывает на недостатки и советует изменить в той или иной степени ряд нормативных актов из числа действующих.

Послания Президента обсуждаются в обществе и становятся руководящими документами в деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных государственных и общественных структур, а также для активной части граждан нашей страны. Глава государства обращается к законодателям ежегодно примерно в одно и то же время. Эти выступления широко освещаются в средствах массовой информации, и осведомленность о практике ежегодных посланий заметно растет⁶. «В ходе недавнего опроса 44% респондентов заявили, что знают о ежегодных посланиях Президента, в то время как в прошлом году — треть (34%), а в позапрошлом — чуть больше чет-

¹ Подробнее см.: *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации. — М., 2005. — С. 443.

² См., например: *Комментарий к Конституции Российской Федерации.* — М., 1994. — С. 270.

³ См.: *Поленина С.В.* Правотворческая политика // *Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько.* — М., 2003. — С. 185—186.

⁴ *Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ.* — М., 2001. — С. 15.

⁵ См.: *Дроздова А.М.* Юридическое значение и роль посланий Президента РФ для российской действительности // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2008. — № 5. — С. 28—29.

⁶ Там же. — С. 29.

верти 27%. Постоянно сокращается доля респондентов, заявляющих, что они не знают об этих посланиях: в текущем году она составила 25%, в прошлом — 34%, а в позапрошлом — 39%»¹.

Послания Президента РФ тщательно изучаются органами публичной власти на всех уровнях. После изучения, как правило, создаются комиссии и принимаются планы дальнейшей деятельности этих органов с учетом замечаний, пожеланий и предложений, высказанных Президентом в очередном послании. Так, например, рассматривая предложения верхней палаты парламента по реализации положений Послания Президента РФ Федеральному Собранию РФ на 2005 год, ее тогдашний председатель С. Миронов, в частности, заявил, что «работа по реализации основных направлений государственной политики, исходя из Послания Президента, тесно связана с работой над Докладом Совета Федерации о состоянии законодательства в Российской Федерации. Выводы Доклада во многом созвучны положениям обсуждаемого Послания. Достаточно сказать лишь о таком принципиальном предложении Совета Федерации, как необходимость перехода от исчерпавшей себя политики фрагментарных преобразований и антикризисного управления к формированию долгосрочной ценностно ориентированной стратегии развития страны»².

Таким образом, по своей государственно-правовой природе послание является тем комплексным документом, который затрагивает многие, если не все стороны жизни общества и определяет опорные точки его развития, в том числе и основные направления законодательного регулирования общественных отношений. Задачи, которые ставятся в посланиях, традиционно ложатся в основу программы законопроектной работы и действий органов исполнительной власти на предстоящий год.

«Послание — это то, чего главе государства хотелось бы от этой жизни, а заодно и отражение того, что она ему может дать на самом деле»³. В данном политико-правовом акте Президентом ставятся соответствующие задачи и подводятся итоги. Являясь главой государства, Президент РФ выражает в послании политическую волю, которая находит свое воплощение во многих сферах, в том числе и в правотворческой. Послание представляет собой сложный по структуре политико-правовой документ, содержащий стратегические, наиболее важные, ключевые в данный период направления жизнедеятельности страны.

В своих посланиях Президент РФ ставит базовые цели для высших органов власти, прежде всего, для общедепартаментального законодательного органа, ориентируя его на приоритетную законотворческую деятельность, формируя, таким образом, правотворческую политику государства. К примеру, в Послании 2001 года Президент РФ назвал следующие основные задачи в сфере законотворчества: четкое разграничение федеральными законами предметов ведения и полномочий между федеральным центром и региональным уровнем управления; наведение порядка в системе территориальных структур федеральных органов исполнительной власти, в межбюджетных отношениях; завершение судебной реформы; упорядочение ведомственного нормотворчества; устранение рассогласованности и противоречивости в федеральном законодательстве и др.

В Послании 2002 года содержатся уже новые основные направления данного вида правовой политики, которые выразились в следующих задачах: необходимости активного внедрения административной реформы, модернизации судебно-правовой системы, гуманизации уголовного законодательства и системы наказаний, борьбы с коррупцией и т. д.

Не являются исключением и другие послания российского Президента. Так, наиболее последовательная президентская правотворческая политика прослеживается в Посланиях 2004 и 2005 года, которые сам Президент РФ предложил рассматривать как единую программу действий на ближайшее десятилетие⁴. Главной политико-идеологической задачей в них определено развитие России как свободного демократического государства. Это развитие должно осуществляться в трех основных направлениях: первое — меры по развитию государства; второе — укрепление закона и развитие политической системы, повышение эффективности правосудия; третье — развитие личности и гражданского общества в целом.

Заметным событием для политической жизни и правотворческой политики страны стало Послание 2006 года. Его особенность заключается в практической направленности на решение проблем, обозначенных в предыдущих президентских посланиях Федеральному Собранию: демографии, обеспечения национальной безопасности и модернизации вооруженных сил, развития международного сотрудничества России в условиях глобализации и др.

Концептуальными с точки зрения ориентиров правотворческой политики были, по своей сути, Послания 2008 и 2009 годов. В первом из них Президент РФ четко обозначил главные ценности нашего

¹ См.: Материалы фонда «Общественное мнение» // www.fom.ru

² См.: Официальный сайт Совета Федерации // www.council.gov.ru

³ Волкова М. Первых нет и отстающих. Президент огласит Послание Федеральному Собранию в апреле // Российская газета. — 2003. — 19 марта.

⁴ Успеха — для всех. Лучшей жизни — для всех. Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию РФ // Российская газета; Приложение: Новые законы и нормативные акты. — 2005. — № 18. — С. 3.

общества, защищаемые государством, в том числе с помощью законотворчества. К таким ценностям в Послании отнесены справедливость, свобода и жизнь человека, его благосостояние и достоинство, семейные традиции, патриотизм и т. д. В Послании 2009 года глава государства ставит цель перехода к политике модернизации, четко излагает конкретный и последовательный план действий по реализации предложенного им инновационного курса. В совокупности с предыдущим Посланием 2009 года выступает в качестве ключевого программного документа развития России на долгосрочную перспективу.

Послание же 2010 года можно назвать нацеленным на решение уже тактических задач в рамках определенного ранее стратегического курса модернизации всех сторон общественной и государственной жизни. Однако если считать, что президентское послание, с одной стороны, демонстрирует понимание властью главных проблем страны, а с другой — готовность тем или иным способом решать их, то, судя по оценкам наших сограждан, первая из этих функций выполняется лучше, чем вторая, что накладывает определенный отпечаток на восприятие посланий, сдерживает в определенной степени интерес к ним.

Именно с этим связана проблема исполнения президентских посланий, осуществления политической воли главы государства. Еще далеко не все, о чем говорится в этих посланиях, воспринимается и реализуется громоздким, неповоротливым, работающим в основном на себя бюрократическим аппаратом¹.

Как было показано выше, положения послания не несут юридической нагрузки, а значит, не являются обязательными. Возможно, по этой причине Президенту приходится неоднократно возвращаться к одним и тем же темам своего ежегодного послания. Порой он даже в резкой форме касается определенных правовых вопросов, дает юридическую оценку нормативным актам или конкретным событиям и фактам, указывает на соответствующие недостатки в деятельности государственных органов. Однако, как считают специалисты, «это не может иметь юридическую значимость в строгом смысле слова. От этого послание не становится правовым актом»². В свою очередь, данное положение не может устраивать общественность, видящую в Президенте защитника ее интересов, гаранта основных конституционных прав и свобод личности.

Так, например, губернатор Кемеровской области А. Тулеев считает, что «последнее (2008 г.) Послание очень сильное и яркое. Но оно будет еще ярче, еще сильнее, если будет выполнено. В нем глава государства впервые остановился на предыдущих посланиях. Меня беспокоит, чтобы данное Послание было выполнено. Это ведь столбовое Послание. Его каждый разумный человек должен поддерживать, особенно пункты о консолидации общества. На мой взгляд, требуется, чтобы все основные моменты данного Послания были облечены в федеральный закон, чтобы не получалось так, что чиновники готовят Послание Президента, потом сами же эти министры и чиновники его критикуют, потом не выполняют, да еще остаются на своих постах»³. На те же проблемы в свое время обращалось внимание самим Президентом: «наше чиновничество еще в значительной степени представляет собой замкнутую и подчас просто надменную касту, понимающую государственную службу как разновидность бизнеса»⁴. Думается, что решение данной проблемы следует считать одним из приоритетных направлений правотворческой политики на ближайшую перспективу, что, в частности, подтверждается принятием пакета законов, нацеленных на борьбу с коррупцией, на обуздание «чиновничьего беспредела» в стране.

Итак, послание Президента РФ — политико-правовой документ, охватывающий практически все сферы жизнедеятельности общества и государства и весь спектр проблемных вопросов, характерных для данного конкретного исторического периода⁵. Реализация названных программных установок правотворческой политики — совместное дело всех органов публичной власти: от федеральных до местных.

Как отмечалось выше, институт посланий высших должностных лиц существует во многих странах, но их роль и значение не везде одинаковы. Помимо общей для всех посланий информационно-аналитической составляющей, в ряде стран им придается статус главного документа, показывающего обществу основные задачи и приоритеты политики государства. В этом плане послание Президента РФ и послания высших должностных лиц субъектов РФ являются документами, оказывающими прямое политическое влияние на происходящие в обществе процессы, хотя, как было показано, прямой императивностью они не обладают. С формально-юридической точки зрения послания выступают

¹ См.: Малько А.В. Субъекты правовой политики в современной России // Правовая политика: от концепции к реальности / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2004. — С. 17—18.

² Конституционное право России: Курс лекций / С.И. Некрасов, Ю.Л. Шульженко, А.Н. Лебедев и др.; Отв. ред. Ю.Л. Шульженко. — М., 2007. — С. 263.

³ См.: Радиокomпания «Маяк», программа «В центре внимания», 20 мая 2008 года.

⁴ Успеха — для всех. Лучшей жизни — для всех. Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию РФ // Российская газета; Приложение: Новые законы и нормативные акты. — 2005. — № 18. — С. 5.

⁵ См.: Дроздова А.М. Юридическое значение и роль посланий Президента РФ для российской действительности // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2008. — № 5. — С. 30.

именно политико-правовыми документами, поскольку эти акты, имея политический характер, вместе с тем содержат принципиальные правовые положения, в том числе и в сфере правотворчества. Послание является также основным документом, устанавливающим приоритеты, программные цели и задачи деятельности органов представительной власти.

Например, в послании губернатора Тюменской области в 2006 году была определена главная цель для органов государственной власти области: улучшение качества жизни в регионе. Для этого были предложены стратегические приоритеты деятельности органов государственной власти Тюменской области: экономическая политика, политика безопасности, социальная политика¹.

В послании губернатора Калужской области областному Законодательному собранию определены наиболее важные задачи органов исполнительной власти: создание условий и стимулов для роста рождаемости, реализация национальных проектов в сферах здравоохранения, образования и обеспечения жильем. В целях реализации указанных задач приняты областные целевые программы: «Улучшение демографической ситуации в Калужской области на 2007—2011 годы», «Доступное жилье в Калужской области на 2006—2010 годы» и др.²

В послании губернатора Пермского края впервые были озвучены новые принципы взаимодействия с муниципалитетами, воплощенные в созданной в крае системе приоритетных региональных проектов, состоящей из пяти таких проектов: «Новая школа»; «Достойное жилье»; «Муниципальные дороги»; «Переселение граждан из удаленных населенных пунктов»; «Качественное здравоохранение»³.

Для Государственного Собрания — Курултая Республики Башкортостан как законодательного органа особенно важно то, что в посланиях Президента Республики Башкортостан не просто отмечается значимость законодательного обеспечения той или иной реформы, а актуализируются задачи, которые на данном этапе имеют первостепенное значение. Послания определяют тактику и стратегию законодательной деятельности Государственного Собрания — Курултая Республики Башкортостан, образуют вектор развития, систему координат, в соответствии с которыми протекает процесс законодательства в республике. Послания формируют цели государственной политики во всех сферах жизнедеятельности общества и концепцию развития законодательства республики в целях реализации положений Конституции Республики Башкортостан в сфере законодательного регулирования⁴.

Таким образом, значение посланий прямо связано с ролью и статусом высшего должностного лица субъекта РФ как важнейшего субъекта региональной правотворческой политики. При таком понимании послания высших должностных лиц обладают особым значением для законодательных и иных органов государственной власти субъектов, которые обязаны следовать провозглашенным высшим должностным лицом целям и приоритетам правотворческой политики, концепциям дальнейшего совершенствования регионального законодательства.

Значимость посланий в качестве правового обеспечения региональной политики заключается и в том, что помимо собственно задач в сфере законодательства в них определяются приоритеты во всех ключевых областях жизни субъектов РФ, для успешной реализации которых эффективное правовое регулирование имеет принципиальное значение. Послание включает в себя анализ положения дел в регионе и основные задачи социально-экономической политики.

Важность своевременной и четкой реализации положений посланий высших должностных лиц субъектов РФ в региональном законодательстве обусловлена тем, что принимаемые законы должны базироваться на государственно-правовой стратегии и стратегии социально-экономического развития регионов, соответствующей задачам, стоящим перед государством, и выражаемой в том числе в посланиях глав регионов⁵.

Построение правовой базы стратегий социально-экономического развития субъектов Федерации как еще одного источника региональной правотворческой политики происходит постепенно. Сложившейся практикой выбора формы регулятивного воздействия на социально-экономическое развитие является принятие комплексного нормативного правового акта стратегического характера. Дальнейшая конкретизация мер государственно-правового воздействия на развитие конкретного субъекта в рамках такой стратегии происходит в форме принятия системы нормативно-правовых актов (законов, региональных целевых программ, актов органов исполнительной власти субъектов) по блокам социально-экономических отношений, являющихся объектом правового регулирования.

Основой для формирования целевых положений стратегий социально-экономического развития регионов на средне- и долгосрочную перспективу служат упоминавшиеся выше послания глав субъек-

¹ См.: Официальный портал органов государственной власти Тюменской области // www.admtyumen.ru

² См.: Портал органов власти Калужской области // www.admoblkaluga.ru

³ См.: Сайт администрации губернатора Пермского края // www.admin.permkrai.ru

⁴ См.: Официальный информационный портал Государственного Собрания — Курултая Республики Башкортостан // www.gsrb.ru

⁵ См.: Доклад Совета Федерации Федерального Собрания РФ 2007 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» // Официальный сайт Совета Федерации Федерального Собрания РФ. www.council.gov.ru/lawmaking/report/index.html

ектов, официальные социально-экономические прогнозы, федеральные и региональные целевые программы, а также различного рода концепции развития.

Так, в качестве организационной основы для работы по реализации региональной правовой политики на федеральном уровне Министерством регионального развития РФ в 2005 году был разработан проект «Концепции стратегии социально-экономического развития регионов Российской Федерации»¹. Сформирован порядок подготовки и план мероприятий по разработке программ комплексного социально-экономического развития субъектов Федерации.

В рамках существующей правовой основы регионы имеют возможность самостоятельно формировать законодательную базу управления регионом, в том числе разрабатывать прогнозные и программные документы — нормативные акты стратегического характера, определяющие цели и задачи органов государственной власти субъектов Федерации по обеспечению их динамичного социально-экономического развития.

Единой правовой формы стратегии социально-экономического развития региона в Российской Федерации как вида нормативного акта на общероссийском уровне официально не установлено. В ряде регионов она принимается как в форме закона, так и в форме постановления органов государственной власти (в том числе совместного) или распоряжения.

Подобный закон, создающий правовую основу для разработки прогнозных и программных документов, определяющих цели и задачи органов государственной власти, действует в Московской области с 1996 года. В Пензенской области для определения стратегических приоритетов, на которых, по мнению органов государственной власти области, будут концентрироваться усилия и имеющиеся ресурсы, утверждена Стратегия социально-экономического развития Пензенской области на долгосрочную перспективу до 2021 года. Инструментом реализации принятой Стратегии является Программа социально-экономического развития Пензенской области на 2008—2012 годы².

В целом правовое оформление стратегий социально-экономического развития субъектов РФ характеризуется широким разнообразием принимаемых актов (как нормативно-правовых, так и документов ненормативного — программно-политического характера), а также неустоявшейся понятийно-категориальной базой. Такое положение объясняется эволюционным характером развития института нормативно-правового обеспечения стратегий социально-экономического развития регионов и неурегулированностью многих вопросов на федеральном уровне³. Федеральное законодательство не определяет однозначно такие понятия, как «стратегия», «доктрина», «комплексная долгосрочная программа», «долгосрочный инвестиционный план», и их взаимосвязь. В результате органы региональной законодательной и исполнительной власти вынуждены находить приемлемые формы правового регулирования опытным путем.

Но все же ключевым программным документом среди рассмотренных выше является Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2020 года, чаще называемая «Стратегия 2020». Данный документ, утвержденный распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 года № 1662-р, содержит широкий набор целей и приоритетов государственной политики практически во всех важных сферах жизнедеятельности страны.

Цель разработки самой Концепции сформулирована авторами как определение путей и способов обеспечения в долгосрочной перспективе (2008—2020 гг.) устойчивого повышения благосостояния российских граждан, национальной безопасности, динамичного развития экономики, укрепления позиций России в мировом сообществе.

В соответствии с этой целью в Концепции сформулированы:

- основные направления долгосрочного социально-экономического развития страны с учетом вызовов предстоящего периода;
- стратегия достижения поставленных целей, включая способы, направления и этапы;
- формы и механизмы стратегического партнерства государства, бизнеса и общества;
- цели, целевые индикаторы, приоритеты и основные задачи долгосрочной государственной политики в социальной сфере, в сфере науки и технологий, а также структурных преобразований в экономике;
- цели и приоритеты внешнеэкономической политики;
- параметры пространственного развития российской экономики, цели и задачи территориального развития.

Несмотря на то, что Концепция предусматривает формирование целей, прежде всего, социально-экономической политики, в ней содержится немало прямых ориентиров и политики правотворческой. В частности, в разделе 3 «Стратегические ориентиры долгосрочного социально-экономического развития» главы I «Целевые ориентиры» отмечается, что будет обеспечена гарантированная реализация

¹ См.: Официальный сайт Министерства регионального развития РФ // www.minregion.ru

² См.: Официальный сайт Законодательного собрания Пензенской области // www.zspo.ru

³ См.: Доклад Совета Федерации Федерального Собрания РФ 2007 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» // www.council.gov.ru/lawmaking/report/index.html

конституционных прав граждан, включая развитую систему демократических институтов и создание эффективных механизмов правоприменения. Понятно, что создание таких гарантий и механизмов не может осуществляться без использования правотворческих ресурсов.

Раздел пятый той же главы «Взаимодействие государства, частного бизнеса и общества как субъектов инновационного развития» предусматривает, что достижение целей развития, успешная модернизация экономики и социальной сферы предполагают выстраивание эффективных механизмов взаимодействия общества, бизнеса и государства, направленных на координацию усилий всех сторон, обеспечение учета интересов различных социальных групп общества и бизнеса при выработке и проведении социально-экономической политики. Как можно заметить, в достижении целей социально-экономического развития важная роль отводится формированию механизмов взаимодействия государства с субъектами гражданского общества, которое также лежит в плоскости реализации правотворческой политики. Ведь только путем участия населения и других гражданских институтов в процессах формирования системы законодательства возможно обеспечение учета интересов различных социальных групп общества.

В этой связи в Концепции отмечается, что в результате реализации ее целей получают развитие механизмы взаимодействия органов власти с гражданским обществом, в том числе общественная экспертиза готовящихся решений, общественные советы и слушания. Существенно возрастет роль изучения общественного мнения в определении приоритетов политики государства и оценке деятельности органов власти. Для этого, подчеркивают авторы Концепции, нужна целенаправленная деятельность по борьбе с правовым нигилизмом, включая повышение качества самих законодательных норм и обеспечение максимального их исполнения. Необходимые направления такой деятельности должны включать:

- обеспечение координации, согласованности норм проектов актов с принятыми законодательными и иными правовыми актами;

- предотвращение создания негативных прецедентов неисполнения нового закона, особенно со стороны государственных органов, ужесточение санкций за неисполнение принятого законодательства в отношении представителей органов власти;

- обеспечение общественной поддержки создаваемых институтов на всех стадиях разработки и введения законодательных инициатив;

- осуществление мониторинга функционирования созданного института после принятия соответствующих законодательных актов, чтобы выяснить необходимость поправок к нему или своевременно принять меры, способствующие более эффективному его функционированию¹.

Таким образом, можно сделать вывод, что положения Концепции имеют непосредственное отношение к формированию целей отечественной правотворческой политики как научно обоснованной, последовательной и системной деятельности государственных структур и субъектов гражданского общества по формированию и реализации стратегии и тактики правотворчества. Однако при этом важно сделать так, чтобы Концепция работала на опережение. Только в подобном случае она может рассматриваться в качестве инструмента модернизации.

В продолжение темы следует отметить, что формы, в которые облекается правотворческая политика, весьма разнообразны. По авторитетному мнению С.В. Полениной, это могут быть составляющие основы конституционного строя и закрепляющие права и свободы человека и гражданина статьи Конституции РФ, отраслевые принципы, провозглашенные в основополагающих федеральных законах типа Основ законодательства и кодексов, ратифицированные нашей страной международные договоры (конвенции). Имеет правотворческая политика и свою особую, присущую лишь ей форму. Речь идет о весьма многочисленных концепциях, принимаемых на самых различных уровнях иерархии органов государственной власти и по самым разнообразным поводам и основаниям². Однако много не значит хорошо. К сожалению, не все существующие сегодня концепции отличаются высоким уровнем обобщения и научной обоснованности. Большинство из них не содержат такой важной составляющей, как «выход на практику», и носят характер деклараций. Это замечание касается не только так называемых «научных концепций», но и концепций некоторых законопроектов.

Здесь весьма интересными представляются выводы, содержащиеся в упоминавшейся выше работе В.М. Баранова. Согласно его точке зрения, основным предметом и главной задачей концепции законопроекта выступает развернутое *научно-практическое* (курсив наш. — **А.М.**) описание функциональной организации системы «правотворчество — юридически значимая деятельность»³. Важным требованием, предъявляемым к концепции вообще и концепции законопроекта в частности, является требование достижения необходимо высокого уровня общности (типичности, универсальности) ис-

¹ См.: СПС «КонсультантПлюс» // base.consultant.ru/cons/cgi/online

² См.: Поленина С.В. Правотворческая политика // Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2003. — С. 201.

³ См.: Баранов В.М. Концепция законопроекта. — Н. Новгород, 2003. — С. 70.

ходных концептуальных (модельных) описаний структуры предмета государственного управления, его внутренних движущих сил. При этом, по мнению ученого, не следует смешивать задачи концепции законопроекта с задачами концепции перестройки государственного управления в целом либо концепции совершенствования российского законодательства в целом¹.

С последним замечанием нельзя не согласиться. Оно одинаково верно и в отношении предмета нашего исследования. Так, например, Концепция правотворческой политики как документ доктринально-прикладного характера, включающий в себя совокупность наиболее общих подходов к ее пониманию и предлагающий пути усовершенствования системы права и правотворческой деятельности, безусловно, призвана выполнять совсем иной круг задач, нежели концепции отдельных законопроектов. В то же время роль последних в системе инструментов как правотворческой, так и правовой политики в целом трудно переоценить: «...концепция законопроекта призвана быть инструментальным средством поиска и решения совершенно (либо относительно) новых задач правового регулирования»². Итогом реализации такой концепции должно быть принятие конкретного закона.

Сказанное сближает и одновременно разводит концепцию законопроекта и концепцию правовой политики, которая все еще не вышла за рамки научно-теоретического документа, ибо до сих пор нормативно не закреплена. Как отмечает А.Ю. Барсуков, «концепция правовой политики не может быть просто научной разработкой, она должна найти политико-правовое положение среди других официальных актов и обязательно учитываться при принятии юридически значимых решений»³. Конечно, принципиально важно, чтобы в основе построения правовой политики лежали концептуальные положения, но при этом, по мнению Т.Н. Бициевой, они должны обязательно закрепляться законодательно: «в разработке концептуальных основ правовой политики РФ участвуют ее субъекты, различные легальные структуры общества, а принимать их должна Государственная Дума»⁴. По ее мнению, с одной стороны, правовая политика нуждается в собственных концептуальных основах, закреплённых законодательно, а с другой — такая политика сама способна служить концептуальной основой многих видов правовой деятельности и, в частности, правотворчества.

Если обратиться к опыту таких стран, как Казахстан и Украина, то становится очевидным, что в них уделяется серьезное внимание формированию правовой политики, разработке ее концептуальных основ. На Украине в составе законодательного органа (Верховной Рады) создан Комитет по вопросам правовой политики. Характерно, что в его структуре есть подкомитет по вопросам законотворчества и систематизации законодательства⁵. Благодаря этому данный комитет имеет отношение ко всем готовящимся в украинском парламенте законопроектам.

В Республике Казахстан указом Президента Н.А. Назарбаева 20 сентября 2005 года была принята Концепция правовой политики Республики Казахстан, которая успешно реализуется. Обращает на себя внимание, что развитие законодательства в Казахстане определяется Концепцией правовой политики до 2030 года⁶. Несомненно, подобный опыт формирования концепции правовой политики и ее реализации заслуживает самого пристального внимания.

О необходимости выстраивания такой политики в России говорят многие известные ученые, высказывая «пожелание скорейшего появления в нашей стране подлинной правовой политики в форме соответствующих концепций, программ и стратегий», которые «должны строиться не только по отраслям и институтам законодательства, но и по сферам государственно значимой деятельности, включая правотворчество»⁷.

Действительно, необходимость формирования правовой политики, которая бы включала в себя пути усовершенствования как права в целом, так и правотворческой деятельности в отдельности, в современной России ощущается все больше. Впервые проект Концепции российской правовой политики, опубликованный в журнале «Правовая политика и правовая жизнь»⁸, был предложен для обсуж-

¹ См.: Баранов В.М. Концепция законопроекта. — Н. Новгород, 2003. — С. 71—72.

² Там же. — С. 72.

³ Барсуков А.Ю. Выступление на заседании круглого стола «Правовая политика: от концепции к реальности» // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 4. — С. 201.

⁴ См.: Бициева Т.Н. Проблемы формирования концептуальных основ правовой политики // Научный вестник Южного федерального округа. — 2009. — № 1. — С. 63.

⁵ См.: Деловая неделя. — 2006. — 22 октября.

⁶ См.: Стин Бруун-Нильсон. Техника законопроектной деятельности для казахских разработчиков законов. — Астана, 2005. — С. 14—15.

⁷ Поленина С.В. Формирование правового пространства России в условиях глобализации: состояние и технико-юридические проблемы совершенствования законодательства (вместо предисловия) / С.В. Поленина, В.М. Баранов // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации: Сборник статей / Под ред. С.В. Полениной, В.М. Баранова, Е.В. Скурко. — М.; Н. Новгород, 2007. — С. 11.

⁸ См.: Матузов Н.И. Правовая политика современной России: предлагаем проект концепции для обсуждения / Н.И. Матузов, А.В. Малько, К.В. Шундилов // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 1. — С. 6—28.

дения в 2004 году. Более четырех лет он обсуждался научной общественностью и в настоящее время издан отдельной брошюрой.

Сегодня действительно назрела необходимость в законодательном закреплении общей концепции правовой политики. Деятельность государства в сфере правового регулирования должна быть прозрачной, подчиняться единым целям и задачам, ориентироваться на простые и понятные каждому гражданину правовые ценности, основываться на определенных принципах. Проблема нормативного утверждения такого документа в настоящее время активно обсуждается в юридической науке. Ученые настойчиво пытаются привлечь к ней внимание власти¹. Кроме того, чтобы данный вид политики мог успешно осуществляться, необходимы соответствующие структуры в представительных органах публичной власти. И такой опыт уже есть. Например, в структуре Государственного Собрания Алтая есть Комитет по правовой политике и местному самоуправлению.

Что касается научно обоснованной концепции правотворческой политики современной России, то она тоже, бесспорно, необходима. Данная концепция² разработана на основе концепции правовой политики, выступая ее особой разновидностью. Она представляет собой политико-правовой документ, содержащий систему теоретических положений, отражающих взгляды на сущность, принципы, цели, задачи, механизм реализации и практические пути оптимизации правотворческой политики в Российской Федерации. В ее основу положены идеи, отличающиеся достаточной степенью новизны, поскольку простое тиражирование уже формализованных теоретических положений представляется бесперспективным и в научном, и в практическом плане. Конечно, предлагаемый нами проект должен пройти все этапы научного обсуждения и только после этого предложен правотворческим органам в качестве программы их деятельности. В целях обеспечения максимальной конструктивности концепции необходимо, чтобы принципиальные идеи данного основополагающего источника правотворческой политики отличались высокой степенью актуальности и социальной востребованностью. Она должна стать доктринально-прикладным документом, призванным быть четким ориентиром для субъектов правотворческого процесса на ближайшую и обозримую перспективу.

¹ Например, сотрудники Саратовского филиала Института государства и права РАН, чья инициатива, безусловно, заслуживает одобрения и всяческой поддержки.

² См.: Концепция правотворческой политики в Российской Федерации (проект) / Сост. А.В. Малько и А.П. Мазуренко. — М., 2011.

С.А. Майорова

Майорова Светлана Анатольевна — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры административной деятельности ОВД Нижегородской академии МВД России

Дефекты техники корпоративного нормотворчества

Системное рассмотрение дефектов корпоративного нормотворчества представляется достаточно затруднительным. Причиной тому — разрозненность источников корпоративного права, несогласованность участников корпоративного нормотворчества, отсутствие доктринальных научных разработок по этому направлению.

В научной литературе практически не встречается сколько-нибудь системного освещения проблем реализации корпоративных норм, их технико-юридического качества. Складывается впечатление, что данная категория правовых норм идеальна и не требует совершенствования. Конечно же, такие выводы далеки от истины.

Поэтому обратимся к типичным (чаще встречающимся) примерам, которые сегодня проявляют себя наиболее заметно, начав от наименее опасных ошибок корпоративного нормотворчества, факторов, им способствующих, и закончив феноменами, реально содержащими угрозы поступательному социальному развитию.

Прежде всего, начнем с того, что во многих сферах (возможно, по причине неожиданно начавшегося кризиса) наблюдается подмена государственного контроля корпоративного нормотворчества жестким государственным администрированием. Так, Председатель Правительства РФ В.В. Путин, выступая 29 января 2009 года на открытии экономического форума в г. Давосе (Швейцария), отметил: «...возможная ошибка — это чрезмерное вмешательство в экономическую жизнь со стороны государства, слепая вера во всемогущество государства... В Советском Союзе в прошлом веке роль государства была доведена до абсолюта, что в конце концов привело к тотальной неконкурентоспособности нашей экономики, мы за это дорого заплатили. Этот урок нам дорого обошелся. Уверен, никто не хотел бы его повторять»¹.

Конечно, без государственной поддержки в условиях кризиса многим, в первую очередь малым, корпорациям «не выжить». Однако такая поддержка должна иметь строгую адресность и ответственность корпораций за конечный результат. Но достижение подобного пока мыслится только в перспективе. На практике же государственная поддержка носит импульсный характер. На это обратил внимание Президент РФ в Послании Федеральному Собранию РФ: «В условиях кризиса мы оказываем прямую поддержку, прямую помощь российским компаниям, объем которой уже превысил триллион рублей. В дальнейшем мы будем помогать только тем, у кого есть четкие планы повышения эффективности и реализации высокотехнологичных проектов. Неэффективные предприятия должны пройти процедуру финансового оздоровления или уйти с рынка. Их защита путем установления высоких торговых барьеров не будет продолжаться вечно. Развитие производства происходит только там, где есть реальная конкуренция. Российским потребителям нужно создать доступ к недорогим качественным товарам. И задача российских компаний — научиться их производить»².

Одной из актуальных проблем для любого сегмента права является наличие системности и непроторечивости. В частности, в качестве одной из общих причин торможения позитивного процесса гармонизации корпоративного регулирования отмечены выявленные противоречия между Концепцией развития корпоративного законодательства 2006—2008 годов и принятой в марте 2009 года Концепцией развития правового регулирования деятельности юридических лиц. Многие идеи Концепций идут вразрез друг с другом. Такие понятия, как «слияние», «присоединение», «разделение», характеризуются неоднозначностью по сравнению с российской правовой действительностью³.

Отечественный правовой контекст, в отличие от зарубежной доктрины, не знает ни такой отрасли, как «право корпораций», ни разработанного на законодательном уровне понятия «корпорация». Определение публичной корпорации также неизвестно российскому праву. Широко используемая в России разновидность реорганизации «преобразование» не имеет похожего европейского аналога. Напротив, категория «поглощение» не имеет прямого эквивалента в отечественном законодательстве.

¹ См.: Доклад Совета Федерации Федерального Собрания РФ 2008 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» / Под общ. ред. С.М. Миронова, Г.Э. Бурбулиса. — М., 2009. — С. 36.

² Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию РФ // Российская газета. — 2009. — 13 ноября.

³ Об этом см.: Шиткина И. Правовое регулирование экономической зависимости в свете Концепции развития законодательства о юридических лицах // Корпоративный юрист. — 2009. — № 6, 7.

Широко употребляемые сегодня юристами (как теоретиками, так и практиками) термины «стейкхолдер» и «инсайдерская торговля» не просто режут слух, но и требуют законодательно закреплённого официального эквивалента в российском законодательстве. В совокупности перечисленные моменты лишь на первый взгляд кажутся незначительными, но ведь использование российской правовой наукой и непосредственно самими участниками корпоративных правоотношений на территории России мало-понятных иностранных терминов формирует искажённое правосознание, показывает низкий уровень правовой культуры и дискредитирует авторитет российской правовой системы в целом.

Значительная часть проблем корпоративного нормотворчества связана с нарушениями порядка регистрации вновь создаваемых корпораций, цели которых, как правило, расходятся с общесоциальными устремлениями и надеждами. Речь идет о том, что корпорация, которая проходит процедуру своей легитимации с нарушениями установленного законом порядка, вряд ли стремится стать долговременным выразителем интересов ее учредителей. Логичнее предположить другое: интересы учредителей имеют скоротечный характер, а корпорация выступает инструментом их реализации.

Если уже на этапе легитимации обнаруживаются явные проявления правового нигилизма, то ожидать в последующей нормотворческой деятельности от такой корпорации «чистоты» собственных корпоративных норм не приходится.

Однако не только благодаря нарушениям действующего порядка легитимации, но и путем точного следования букве закона имеются возможности создавать корпорации, преследующие антисоциальные цели.

Сегодня минимальный набор документов для государственной регистрации корпорации не обеспечивает проверку добросовестности «нового» участника социального «общества». Именно по этой причине создается огромное число фирм-однодневок, исповедующих только цель наживы путем несовершенства законодательства.

Одна из проблем действующего регулирования процедуры государственной регистрации обществ — отсутствие проверки законности документов, представляемых регистрирующему органу, проверки процедуры создания общества и проверки положений устава на соответствие нормам действующего законодательства.

Государственная регистрация призвана обеспечить подтверждение легитимности образования корпорации. Однако в полной мере своей цели действующий механизм регистрации не достигает. Как следствие, само понятие «корпорация» в бытовом сознании олицетворяется «махинацией».

В отличие от норм легального официального права корпоративные нормы лишены элементов (задатков) к образованию институциональных комплексных структур. Корпоративные нормы носят исключительную адресную индивидуальность. Поэтому в корпоративном праве в обозримом будущем трудно представить появление типичных для всех корпораций блоков корпоративных норм. Причина здесь в том, что корпоративное нормотворчество многолико, многосубъектно. Фактически, сколько корпораций в широком смысле мы будем рассматривать, столько же «корпоративных нормотворцев» будет обнаруживаться.

Идентичность корпоративных норм, их унифицированность присущи лишь корпорациям, имеющим филиальную сеть (представительства, филиалы, отделения). В подчиненных головному органу корпорации звеньях действительно наблюдается единство используемых корпоративных норм. Но это общая нормативность для всей корпорации в целом. Например, Сбербанк России располагает своими представительствами во всех регионах страны.

Однако обслуживаемые ими фирмы различаются по сферам деятельности, организационно-правовым формам, численности сотрудников. В этой связи каждая из них нуждается в разных продуктах: одним нужно простое расчетно-кассовое обслуживание, а другим — индивидуальные программы, рассчитанные на большое количество филиалов компании.

Поэтому банковское обслуживание заключается не только в выполнении большого числа стандартных операций, но и в индивидуальном подходе к клиенту, обращающемуся за помощью в финансовых вопросах.

Для государства принципиально важно наличие в официальном праве отраслей, подотраслей, институтов, имеющих многообразные переплетения.

Структурирование права позволяет избежать дублирования и повторов правового материала, оптимально использовать отсылочный метод классификации, обеспечивает четкую иерархичность правовых источников.

На этом фоне корпоративное право предстает монолитным. В нем нет обособленных отраслевых ответвлений, отсутствует «высшая норма», которой должны соответствовать нижестоящие.

Если официальное право фиксирует типичные, общие для всех граждан государства правила, то корпоративное право закрепляет внутри данных правил их типичную конкретизацию или дополнение. Это несколько тавтологично, и все же, по сути, корпоративное право является «типичным в типичном».

Обнаруживается и еще одно противоречие — большая притягательность (предпочтительность) корпоративной нормы в сравнении с нормой позитивного права. Причем такую притягательность

«обеспечивает» (вольно или невольно) позитивное право. Именно этим вызваны злоупотребления (в той или иной степени вредоносности) корпоративными нормами.

Статья 15 Трудового кодекса РФ от 30 декабря 2001 года № 197-ФЗ¹ содержит определение понятия «трудовые отношения»: «Трудовые отношения — *отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором*».

В содержании данной статьи просматриваются отдельные, но весьма примечательные нюансы.

Первое. Главной отличительной чертой трудового отношения является подчинение работника правилам внутреннего распорядка, которые фиксируются законодательством. Здесь не идет речь о процедуре исполнения трудовых обязанностей, как, собственно, и об их содержании. Не указаны процедура соглашения, а также в качестве предмета регулирования внутренний распорядок.

Второе. Данная статья определяет понятие «трудовое отношение», а не правоотношение, что, думается, не случайно. Смысл указаний в том, что это правоотношение теряется ввиду наличия требований соответствия действий и работника, и работодателя законодательству.

Третье. Вполне очевидно и то, что фактически трудовое отношение состоит из двустороннего взаимного обязывания. Работник должен соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, а работодатель — создать условия для труда в соответствии с законодательством.

Четвертое. Взаимность встречных обязанностей работника и работодателя не является чем-то непреодолимым или ограничивающим. Вполне допустима ситуация, когда работник и работодатель договариваются о том, что первый вправе нарушать (не соблюдать) внутренний распорядок, отклоняться от него, а второй — создавать условия для труда, отличные (в том числе в лучшую сторону) от законодательных установлений. Например, работодатель может обеспечить работников бесплатным питанием, увеличить обеденный перерыв, выделить транспорт и многое другое. В ответ на это работник соглашается осуществлять больший объем работы, например, работать в праздничные дни, без выходных в сезонные периоды, выполнять работу в предельно сжатые сроки.

При этом в соглашении может быть точная фиксация стандартных законодательных требований. Между тем закрепление точного перечня обязанностей каждого участника отношения не в интересах ни работника, ни работодателя.

Работник вправе рассчитывать на определенные допуски или поощрения, а работодатель — на самоотдачу со стороны работника, понимание возникающих оперативных проблем и задач, решение которых порой требует от работника «пожертвования» личным во благо общего.

В любом случае главное условие правоотношения всегда сохраняется — работник за плату выполняет возлагаемые на него обязанности.

Неслучайно в пункте 3 статьи 16 сделана оговорка о том, что «трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании *фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя* или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен».

Отсюда следует вывод, что наличие в трудовом отношении указаний о соблюдении субъектами законодательных установлений имеет одну цель — обеспечение посредством законодательства государственного контроля и сохранения допустимо минимального баланса бесконфликтного взаимодействия участников трудовых отношений. Формализм законодательных установлений весьма часто не укладывается в многообразие реальных ситуаций, учитывает не человеческий, а формально-юридический характер взаимоотношений.

Факторы, препятствующие реализации корпоративных норм, имеются и доктринального свойства. В юридической науке отсутствует общепризнанное, даже в приблизительном измерении, понимание, а с ним и определения корпоративного права. Вот как оценивают сложившееся положение С.Д. Могилевский и И.А. Самойлов: «Корпоративная стратегия, корпоративные конфликты, корпоративная структура... Сегодня в российском бизнесе (и не только в нем) часто используются понятия, содержащие такое слово, как «корпорация», и его производные. Более того, *активно развивается новая подотрасль права — корпоративное право*»².

Непонятно, какого права и почему «более того»?

Имеются проблемы и дидактического свойства. Так, М.В. Баранова подчеркивает, что в дидактическом ракурсе «никто точно не знает — сколько ныне в России существует отраслей права. Легко

¹ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 3.

² Могилевский С.Д. Корпорации в России: Правовой статус и основы деятельности / С.Д. Могилевский, И.А. Самойлов. — М., 2007. — С. 3.

представить себе сложнейшее положение обучающихся в юридических вузах, когда в одних источниках они читают об институте права, принадлежащем к определенной его отрасли, а в другом обнаруживают резкую критику такого подхода и серию доводов о существовании и функционировании самостоятельной отрасли, имеющей иногда даже другое наименование»¹.

Отсутствие корпоративной культуры на фоне законодательных пробелов провоцирует «расцвет» интеллектуальных корпоративных злоупотреблений. «В последние годы “рынок” юридической литературы постоянно пополняют все новые и новые издания, — справедливо отмечают А.П. Кузнецов и Н.Н. Ковтун, — как известных, так и пока не очень неизвестных ученых, которые спешат донести до научной общественности свое видение тех или иных актуальных проблем, ставших предметом их пристального научно-практического анализа»². И далее ученые констатируют: «Эти работы не являются объектом нашего внимания в рамках данной статьи. Так уж сложилось (причем практически в любой отрасли человеческой деятельности), находятся люди, которые игнорируют известные правила, несколько «забывают» общепринятые каноны интеллектуального творчества. Наука в этом контексте — не исключение. Последствия подобной забывчивости, полагаем, также известны»³.

Речь в данном случае идет о плагиате, объективно установленном факте заимствования, присвоения авторского права, выдачи за свое научное, в более широком смысле интеллектуальное, произведение чужих произведений.

В научных источниках отмечается, что понятие «злоупотребление правом» в российской правовой доктрине применительно к акционерным правоотношениям разработано слабо⁴. Поэтому конкурентное воздействие корпоративного права на позитивное право проявляется и в более активном и серьезном по последствиям направлении. Тесная взаимозависимость между корпоративным и позитивным правом обнаруживается тогда, когда недостатки и «запаздывания» корпоративных норм от социальных процессов становятся очевидными источниками многообразных имущественных злоупотреблений правом.

«На первый план в настоящее время выходят более “цивилизованные” формы злоупотребления правом, — пишет С.С. Алексеев, — в частности, казалось бы, уже давно забытая и с успехом преодоленная — гринмейл. И почва для его расцвета более чем благодатная — несовершенное законодательство о юридических лицах. На наш взгляд, основным его пороком является отсутствие баланса интересов участников корпоративных отношений, неверное, а часто просто противоречащее здравому смыслу регулирование конфликтов интересов, прежде всего миноритарных и мажоритарных акционеров»⁵.

В этой связи А. Федоров заключает, что «очевидно, *насушной проблемой корпоративного законодательства на современном этапе* экономического и правового развития России становится задача усиления правовой защиты не только миноритарных акционеров, но и самих акционерных обществ»⁶.

Гринмейл (корпоративный шантаж) — это вмешательство третьих лиц в деятельность акционерного общества, основанное на факте владения его голосующими акциями, направленное на создание препятствий в осуществлении обществом нормальной хозяйственной деятельности с целью понуждения последнего к выкупу акций, принадлежащих третьим лицам, по цене в значительной мере превышающей рыночную.

Понятие корпоративного шантажа на законодательном уровне не зафиксировано. В юридической доктрине общепризнано, что корпоративный шантаж есть форма проявления законной защиты своих прав тех участников корпорации, которые находятся в меньшинстве. Наиболее характерно это для акционерных обществ, в которых соответственно акционеры, обладающие большинством акций, именуются мажоритариями, а те из акционеров, кто располагает меньшинством акций, называются миноритариями.

Корпоративный шантаж — это действия миноритариев по перераспределению долей акций путем таких действий, которые ставят мажоритариев перед выбором: либо принять предложение миноритариев и пойти на уступки, либо не соглашаться и нести убытки.

Наиболее простая схема состоит в покупке небольшого пакета акций корпорации, а затем в активной пропаганде ее упущений и ошибок. Цель таких действий — продать той же корпорации ранее купленный пакет акций, но уже по более высокой цене. Средства — публичная критика, судебные иски, вызовы на предприятия представителей правоохранительных органов.

¹ Баранова М.В. Право и реклама (общетеоретический аспект): Дис... д-ра юрид. наук. — М., 2010. — С. 244.

² Кузнецов А.П. Плагиат — это не свобода научного творчества / А.П. Кузнецов, Н.Н. Ковтун // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2005. — № 4. — С. 476.

³ Там же.

⁴ Адамович Г. Проблемы применения института злоупотребления правом в акционерных правоотношениях // Хозяйство и право. — 2005. — № 5. — С. 58.

⁵ Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. — М., 2007. — С. 209—210.

⁶ Федоров А. Совершенствование законодательства в части противодействия корпоративному шантажу // Право и экономика. — 2010. — № 2.

А в итоге *дискредитация корпорации* — действия, направленные либо повлекшие нанесение такого финансового и(или) иного ущерба, которые влекут дестабилизацию социальной и государственной оценки ее функциональной полезности.

Как констатирует А.В. Желнорович, «корпоративное право за десять лет своего существования не стало системным, охватывающим все многообразие и сложность отношений в корпоративной сфере... Наиболее очевидными конфликтными зонами остаются: компетенция и ответственность органов управления хозяйственного общества, отношения между мажоритарными и миноритарными акционерами, конфликт интересов между акционерами и обществом»¹.

Одна из проблем реализации корпоративных норм заключается в отсутствии государственного контроля корпоративного нормотворчества в тех сферах, которые затрагивают общенациональные интересы. На это обращено внимание Советом Федерации Федерального Собрания РФ. В Докладе Совета Федерации Федерального Собрания РФ 2008 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации»² указано: «В условиях мирового финансового кризиса *рост внешнего долга Российской Федерации за счет увеличения корпоративного долга является тревожной тенденцией*. Рост корпоративного долга наблюдался на фоне роста остатков на счетах по учету средств федерального бюджета и международных резервов Российской Федерации, что должно было свидетельствовать о низком качестве управления государственными финансами. Необходимо установить должный контроль Счетной палаты РФ за деятельностью государственных корпораций в части определения целесообразности и эффективности использования ими средств федерального бюджета и переданной в виде имущественного взноса государственной собственности. Установление указанного контроля осложнено тем, что при создании государственных корпораций финансовые ресурсы государства фактически выводятся за пределы бюджетной системы, а отношения между основными объектами экономических процессов переходят из плоскости публичного права в плоскость договорных отношений власти и бизнеса».

К числу дефектов следует отнести использование корпорациями неписаных корпоративных норм.

Одной из целей такого нормотворения выступает заочное (неформальное) участие субъектов в отношениях с корпорациями. Так, например, Нижегородский филиал ОАО «ВолгаТелеком» разместил в Интернете информацию о том, что данной корпорацией проводится *Программа лояльности для абонентов*, подключенных к сети Интернет под торговой маркой «J» (Джей). С 1 января 2010 года все абоненты — физические лица, подключенные к сети Интернет под торговой маркой «J», автоматически становятся участниками Программы.

В информационном сообщении указывается: «Каждый месяц Вам начисляются баллы, которые можно накапливать для получения главного или поощрительных призов или обменивать на скидку на абонентскую плату за пользование сетью Интернет. Главный приз — Автомобиль!!!

Увеличить количество баллов Вы можете участвуя в ежемесячном анкетировании, *сезонных акциях, подключая друзей к сети Интернет ОАО «ВолгаТелеком»*.

Принять участие в анкетировании, получить информацию о накопленных баллах или поменять их на скидку Вы можете в кабинете «Программа лояльности». Претендентом на получение автомобиля становятся участники, набравшие 500 и более баллов за период проведения «Программы лояльности» (январь-ноябрь 2010 года)»³.

Между тем ни самой программы, ни ее процедуры реализации, ни исполнительных органов установить или найти невозможно — это внутренний корпоративный акт. Однако заметим, что участникам акции предлагается не только совершать формальные действия, как, например, проведение анкетирования, но и привлекать новых абонентов корпорации.

Подобного рода нормы вызывают обоснованное подозрение у граждан в «нечистоплотности» замыслов корпораций.

Конечно, можно не участвовать в данного рода акциях и мероприятиях. Однако отношение к неписаным корпоративным нормам не должно быть поверхностным. Безучастность государства в вопросах контроля неписаных норм корпораций может обернуться тяжелыми и даже трагическими последствиями, чему имеется немало примеров в зарубежной практике.

В социально-психологическом плане дефектность корпоративных норм может привести к глубоким травмам, начиная с травмирования психики и заканчивая травмами физиологическими. Незнание или неприятие в расчет того, что в конкретной корпорации имеются внутренние нормы, приводит к стрессу, срыву психики, а возможно, и к более тяжелым последствиям. Наличие корпоративных норм — реальность, с которой следует считаться. Поэтому вопросы повышения и контроля качества корпоративных норм требуют к себе такого же внимания, как и нормы публичного права.

¹ Желнорович А.В. Рейдерство в России — показатель институционального дефицита российской экономики // Российская юстиция. — 2007. — № 8.

² Доклад Совета Федерации Федерального Собрания РФ 2008 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» / Под общ. ред. С.М. Миронова, Г.Э. Бурбулиса. — М., 2009. — С. 3.

³ navigator.nnov.vt.ru/programm/info/

Н.В. Макарейко

Макарейко Николай Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры административного права и процесса Нижегородской академии МВД России

Подзаконное регулирование мер государственного принуждения, применяемых полицией

Вопросы правотворческой деятельности традиционно находятся в орбите внимания как ученых-правоведов, так и юристов-практиков. Это обусловлено значением нормативной правовой базы для осуществления эффективной юридической деятельности. Логика развития общественных отношений такова, что они все больше нуждаются в правовом опосредовании. Право «завоевывает» все новые «территории» и регламентирует те отношения, которые ранее не выступали в качестве объекта правового регулирования. В этих условиях возникает ряд вопросов, которые требуют незамедлительного разрешения. Во-первых, должны ли данные отношения выступать в качестве объекта правового регулирования? Во-вторых, в каком объеме они должны быть урегулированы правом? В-третьих, кто должен выступать в качестве субъекта правотворческой деятельности и в этой связи каков правовой статус принимаемых нормативных правовых актов?

Начало 2011 года было ознаменовано принятием 7 февраля Федерального закона «О полиции»¹, который вступил в силу с 1 марта текущего года. Данный Федеральный закон призван регулировать деятельность наиболее многочисленного правоохранительного органа, в ведении которого сосредоточен наибольший объем правоохранительных задач. Поэтому актуальным видится анализ нормативной правовой базы, регламентирующей деятельность полиции. Его значимость многократно возрастает в условиях построения правового государства и формирования гражданского общества, когда нормативная правовая база предопределяет качество функционирования органов государственной власти.

Нормативная правовая база традиционно рассматривается в качестве одного из действенных факторов повышения эффективности обеспечения правопорядка. Так, С.Н. Алексеев среди правовых условий эффективности институционно-правового механизма выделяет качество законодательства. При этом следует анализировать качество законодательства как в содержательном, так и в технико-юридическом смысле. В первом случае речь идет об учете при разработке законодательства закономерностей общественного развития. «Здесь имеется в виду соответствие принимаемых правовых норм тем общим и конкретным социально-экономическим, идеологическим, культурно-психологическим и организационным условиям, в которых они будут действовать»². Что касается технико-юридического соответствия, то здесь необходимо в максимальной мере соблюдать требования юридической техники.

Очевидно, что вышеперечисленным требованиям в полной мере должно соответствовать законодательство, регламентирующее деятельность полиции. При этом значение выполнения этих требований многократно возрастает в связи с тем, что на полицию возложено разрешение достаточно широкого круга правоохранительных задач. Для их разрешения полиция наделена значительными полномочиями по применению мер государственного принуждения.

Законность и обоснованность применения мер государственного принуждения во многом предопределены нормативной правовой базой, посредством которой они закрепляются. С вступлением в силу Федерального закона «О полиции» внесены существенные изменения в регламентацию мер государственного принуждения. Как позитивную тенденцию следует расценивать выделение в отдельную главу применения полицией отдельных мер государственного принуждения³. В эту главу вошли нормы, которые регулируют такие меры государственного принуждения, как *задержание* (ст. 14), *входении (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории* (ст. 15), *оцепление (блокирование) участков местности, жилых помещений, строений и других объектов* (ст. 16).

Обращает на себя внимание более детальная регламентация применения физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия. Учитывая значительный правоохранительный потенциал

¹ Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // Российская газета. — 2011. — 8 февраля.

² Алексеев С.Н. Эффективность институционно-правового механизма обеспечения правопорядка: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 118.

³ Глава 4 Федерального закона от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // Российская газета. — 2011. — 8 февраля.

данных мер государственного принуждения вполне закономерно видится такое законодательное решение. Вместе с тем, следует отметить более детальное изложение оснований и порядка применения вышеуказанных мер. Ранее они были урегулированы пятью статьями (ст. 12—16 Закона РФ «О милиции»), в то время как в настоящее время применению данных мер посвящено семь статей (ст. 18—24 Федерального закона «О полиции»). Закономерно возникает вопрос: можно ли говорить о переходе количественных изменений в качественные?

Анализ норм Федерального закона «О полиции» позволяет заключить, что регламентация мер государственного принуждения не ограничивается исключительно статьями 12—24 данного Федерального закона. Значительный объем мер государственного принуждения сотрудники полиции вправе применять в соответствии со статьей 13 Федерального закона «О полиции». Так, в данной статье закреплено право сотрудников полиции на применение ряда мер предупреждения, пресечения и процессуального обеспечения.

К мерам предупреждения, которые вправе применять сотрудники полиции, относятся следующие: *проверка документов, удостоверяющих личность граждан, если имеются данные, дающие основания подозревать их в совершении преступления или полагать, что они находятся в розыске, либо если имеется повод к возбуждению в отношении этих граждан дела об административном правонарушении, а равно если имеются основания для их задержания в случаях, предусмотренных федеральным законом; проверка у граждан, должностных лиц, общественных объединений и организаций разрешения (лицензии) и иных документов на совершение определенных действий или на осуществление определенного вида деятельности, контроль (надзор) за которыми возложен на полицию в соответствии с законодательством РФ (п. 2); применение в процессе контроля (надзора), осуществляемого в соответствии с пунктом 26 части 1 статьи 12 Федерального закона «О полиции», предусмотренных федеральным законом мер наблюдения за ходом социальной реабилитации лиц, освобожденных из мест лишения свободы (п. 11); внесение представлений об устранении причин и условий, способствующих реализации угроз безопасности граждан и общественной безопасности, совершению преступлений и административных правонарушений (п. 12); участие в досмотре пассажиров, их ручной клади и багажа на железнодорожном, водном или воздушном транспорте, метрополитене либо осуществление досмотра самостоятельно в целях изъятия вещей и предметов, запрещенных для перевозки транспортными средствами (п. 16); личный осмотр граждан, находящихся при них вещей при проходе на территории сооружений, на участки местности либо в общественные места, где проводятся публичные и массовые мероприятия, с применением в случае необходимости технических средств (п. 18); недопуск граждан при отказе подвергнуться личному осмотру на такие территории, участки местности и в общественные места, где проводятся публичные и массовые мероприятия (п. 18); останова транспортного средства, если это необходимо для выполнения возложенных на полицию обязанностей по обеспечению безопасности дорожного движения (п. 20); проверка документов на право пользования и управления транспортными средствами, документов на транспортные средства и перевозимые грузы, наличие страхового полиса обязательного страхования гражданской ответственности владельца транспортного средства (п. 20); осмотр транспортных средств и грузов при подозрении, что они используются в противоправных целях, с составлением соответствующего акта (п. 20); изменение организации движения на отдельных участках дорог при проведении публичных и массовых мероприятий и в иных случаях в целях создания необходимых условий для безопасного движения транспортных средств и пешеходов либо если пользование транспортными средствами угрожает безопасности дорожного движения (п. 20); временное ограничение или запрещение дорожного движения на железнодорожных переездах, не отвечающих правилам их содержания в безопасном для дорожного движения состоянии (п. 20); ограничение проведения на дорогах ремонтно-строительных и других работ, осуществляемых с нарушением требований нормативных правовых актов в области обеспечения безопасности дорожного движения (п. 21); входение беспрепятственно по предъявлении служебного удостоверения в помещения, занимаемые частными детективами и частными охранными организациями, а также в помещения образовательных учреждений, осуществляющих профессиональную подготовку и повышение квалификации частных детективов и работников частных охранных организаций, в целях выполнения возложенных на полицию обязанностей по контролю за соблюдением законодательства РФ в области частной детективной (сыскальной) и охранной деятельности; осмотр мест хранения специальных средств и огнестрельного оружия; проверка организации охраны, осуществляемой частными охранными организациями, на соответствие установленным правилам (п. 24); требование от граждан соблюдения пропускного и внутриобъектового режимов на охраняемых полицией объектах; досмотр и (или) осмотр граждан, осмотр находящихся при них вещей, досмотр и (или) осмотр транспортных средств при въезде на охраняемые объекты и выезде с охраняемых объектов (п. 25).*

Мерой предупреждения является также *задержание* (ст. 14 Федерального закона «О полиции»), но только в том случае, если применяется в отношении лиц, предпринявших попытку самоубийства либо имеющих признаки выраженного психического расстройства и создающих своими действиями

опасность для себя и окружающих, — до передачи их в лечебные учреждения либо по месту жительства (п. 11 ч. 2 ст. 14); лиц, совершивших побег из психиатрического лечебного учреждения или скрывающихся от назначенной судом недобровольной госпитализации в такое учреждение, — до передачи их в психиатрическое лечебное учреждение (п. 12 ч. 2 ст. 14). Важную роль в правоохранительной деятельности полиции играет реализация такой предупредительной меры, как *вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории* для спасения жизни граждан и (или) их имущества, обеспечения безопасности граждан или общественной безопасности при массовых беспорядках и чрезвычайных ситуациях (п. 1 ч. 3 ст. 15).

Эффективной мерой предупреждения является *оцепление (блокирование) участков местности, жилых помещений, строений и других объектов* при ликвидации последствий аварий, катастроф природного и техногенного характера и других чрезвычайных ситуаций, при проведении карантинных мероприятий во время эпидемий и (или) эпизоотий (п. 1 ч. 2 ст. 16).

Сотрудники полиции имеют право *применять* в качестве меры предупреждения *огнестрельное оружие* для обезвреживания животного, угрожающего жизни и здоровью граждан и (или) сотрудника полиции (п. 1 ч. 3 ст. 23); для производства предупредительного выстрела, подачи сигнала тревоги или вызова помощи путем производства выстрела вверх или в ином безопасном направлении (п. 4 ч. 3 ст. 23).

Существенным потенциалом отличаются меры пресечения, применяемые полицией. Пресечение — особая (и самостоятельная) правовая форма государственного принуждения, суть которой в том, чтобы пресечь, то есть прекратить, наличное, возникшее или длящееся противоправное действие, правонарушение. В процессе пресечения могут прекращаться не только проступки, но и преступления; противоправные действия как граждан, так и организаций, предприятий, учреждений¹.

Сотрудники полиции наделены правом применения следующих мер пресечения²: *требование* от граждан и должностных лиц *прекращения противоправных действий*, а равно *действий, препятствующих законной деятельности* государственных и муниципальных органов, депутатов законодательных (представительных) органов государственной власти, депутатов представительных органов муниципальных образований, членов избирательных комиссий, комиссий референдума, а также деятельности общественных объединений (п. 1); *доставление граждан*, находящихся в общественных местах в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения и утративших способность самостоятельно передвигаться или ориентироваться в окружающей обстановке, в медицинские организации; доставлять по письменному заявлению граждан в медицинские организации либо в служебное помещение территориального органа или подразделения полиции находящихся совместно с ними в жилище граждан в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения, если есть основания полагать, что они могут причинить вред жизни и здоровью граждан, нанести ущерб имуществу (п. 14); *выдача* руководителям организаций обязательных для исполнения *предписаний* об устранении выявленных нарушений требований авиационной безопасности и проверка исполнения этих предписаний; при наличии информации о возможном нарушении требований авиационной безопасности на воздушном судне сопровождение его во время полета; задерживание багажа, груза и почты, содержащих предметы и вещества, запрещенные к перевозке воздушными судами (п. 27). К числу важных мер пресечения относятся задержание³, *применение физической силы, специальных средств, огнестрельного оружия*⁴.

Специфика правоохранительной деятельности полиции такова, что она создает необходимые условия для функционирования других органов, что во многом достигается за счет применения мер процессуального обеспечения. Статьей 13 Федерального закона «О полиции» предусмотрено право сотрудников полиции применять следующие меры процессуального обеспечения: *вызывать в полицию* граждан и должностных лиц (п. 3); подвергать *приводу* в полицию в случаях и порядке, предусмотренных федеральным законом, граждан и должностных лиц, уклоняющихся без уважительных причин от явки по вызову (п. 3); *требовать* от граждан (групп граждан) *покинуть место совершения преступления, административного правонарушения, место происшествия*, если это необходимо для проведения следственных действий, оперативно-розыскных мероприятий, документирования обстоятельств совершения преступления, административного правонарушения, обстоятельств происшествия для сохранения следов преступления, административного правонарушения, происшествия, для обеспечения безопасности граждан; в целях защиты жизни, здоровья и имущества граждан не допускать их на отдельные участки

¹ Серегина В.В. Государственное принуждение по советскому праву. — Воронеж, 1991. — С. 91.

² Данные меры предусмотрены статьей 13 Федерального закона «О полиции».

³ Эта мера регламентируется статьей 14 Федерального закона «О полиции». Исключение составляют случаи применения задержания по основаниям, предусмотренным пунктами 11 и 12 части 2 статьи 14 Федерального закона «О полиции».

⁴ Эти меры подробно изложены в главе 5 Федерального закона «О полиции». Не выполняет функции пресечения применения огнестрельного оружия в соответствии с пунктами 2 и 4 части 3 статьи 23 Федерального закона «О полиции».

местности и объекты либо обязывать оставаться на соответствующих участках местности и объектах или покинуть их (п. 7); доставлять граждан в служебное помещение территориального органа или подразделения полиции, в помещении муниципального органа, в иное служебное помещение (п. 13); производить регистрацию, фотографирование, аудио-, кино- и видеосъемку, дактилоскопирование лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления, заключенных под стражу, обвиняемых в совершении преступления, подвергнутых административному наказанию в виде административного ареста, иных задержанных лиц, если в течение установленного срока задержания достоверно установить их личность не представилось возможным, а также других лиц в соответствии с федеральным законом (п. 19); применять меры государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других защищаемых лиц (п. 30).

Ряд мер процессуального обеспечения, применяемых сотрудниками полиции, предусмотрены статьей 27.1 КоАП РФ. К их числу относятся доставление; административное задержание; личный досмотр, досмотр вещей, досмотр транспортного средства, находящихся при физическом лице; осмотр принадлежащих юридическому лицу помещений, территорий, находящихся там вещей и документов; изъятие вещей и документов; отстранение от управления транспортным средством соответствующего вида; освидетельствование на состояние алкогольного опьянения; медицинское освидетельствование на состояние опьянения; задержание транспортного средства, запрещение его эксплуатации; арест товаров, транспортных средств и иных вещей; привод; временный запрет деятельности. Применение данных мер предусмотрено пунктом 9 статьи 13 Федерального закона «О полиции».

Сотрудники полиции наделены широкими юрисдикционными полномочиями по привлечению к административной ответственности (ст. 23.3 КоАП РФ). Вместе с тем, следует отметить тенденцию к сокращению категорий дел, отнесенных к ведению сотрудников полиции. Такое положение обусловлено тем, что законодателем определен вектор на передачу основного объема дел об административных правонарушениях судьям (ст. 23.1 КоАП РФ) с целью обеспечения более полного и объективного рассмотрения данных категорий правовых споров. Из всей системы административных наказаний, установленных статьей 3.2 КоАП РФ, сотрудники полиции вправе применять только два вида наказаний: предупреждение (ст. 3.4 КоАП РФ), административный штраф (ст. 3.5 КоАП РФ).

Сотрудники полиции наряду с административными наказаниями вправе применять меры дисциплинарного взыскания, но это осуществляется в рамках внутриорганизационных отношений. Вопросы системы и применения дисциплинарных взысканий должны регулироваться дисциплинарным уставом органов внутренних дел Российской Федерации (ч. 2 ст. 39 Федерального закона «О полиции»), который должен быть утвержден Президентом РФ.

Приведенный перечень мер государственного принуждения далеко не исчерпывающий. Многие из мер государственного принуждения, которые вправе применять сотрудники полиции, установлены отраслевым законодательством. Вместе с тем, следует иметь в виду, что реализация мер государственного принуждения должна осуществляться в точном соответствии с требованиями законности. Это напрямую предопределено статьей 6 Федерального закона «О полиции», где закреплено, что полиция осуществляет свою деятельность в точном соответствии с законом, а всякое ограничение прав, свобод и законных интересов граждан, а также прав и законных интересов общественных объединений, организаций и должностных лиц допустимо только по основаниям и в порядке, которые предусмотрены федеральным законом.

Проблема нормативного правового закрепления мер государственного принуждения, применяемых полицией, находится в русле закрепления мер государственного принуждения вообще. Очевидно, что не представляется возможным разработка единого Кодекса государственного принуждения полиции, но идти по пути формирования единых кодифицированных актов, которые бы включали меры государственного принуждения в рамках отрасли права, вполне реально и необходимо. Особенно остро данная проблема стоит в административном праве, которое содержит самый существенный потенциал мер государственного принуждения, применяемых полицией. Если в настоящее время кодифицирован только институт административной ответственности и меры обеспечения производства по делам об административном правонарушении, то в перспективе необходимо принять действенные меры по кодификации других видов административного принуждения и, прежде всего, мер административного предупреждения, что обусловлено основаниями применения названных мер. На данную проблему обращается внимание и зарубежными авторами. Так, В.А. Круглов, рассматривая характеристику мер административного предупреждения по законодательству Республики Беларусь, делает вывод о «необходимости закрепления их в разрабатываемом Кодексе Республики Беларусь об административных правонарушениях, а положений об их исполнении — в Процессуально-исполнительном кодексе по делам об административных правонарушениях»¹.

¹ Круглов В.А. Производство по делам об административных правонарушениях. — М.; Мн., 2002. — С. 190.

Многие меры государственного принуждения, применяемые полицией, будучи закрепленными в Федеральном законе «О полиции», не могут быть применены без подзаконного нормативно-правового регулирования, так как в законах отсутствует реальный механизм правоприменения. Очевидно, что не всегда объемы закона позволяют детально прописать характеристику конкретной меры принуждения и механизм реального применения, но такая необоснованная экономия в ряде случаев приводит к существенным ошибкам на уровне подзаконного регулирования и, как результат, к нарушениям прав и свобод граждан и юридических лиц, в отношении которых полиция применяет меры государственного принуждения.

Анализ положений Федерального закона «О полиции» позволяет заключить, что законодатель пошел по пути широкого применения подзаконного регулирования. Данный нормативный правовой акт предполагает принятие порядка двухсот нормативных правовых актов Президентом РФ, Правительством РФ, федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел.

Так, ссылки на правотворческие полномочия Правительства РФ по применению мер государственного принуждения предусмотрены восемь раз. Вместе с тем, этим далеко не исчерпывается подзаконное нормативное правовое регулирование. Например, перечень состоящих на вооружении полиции специальных средств, огнестрельного оружия и патронов к нему, боеприпасов устанавливается Правительством РФ (ч. 2 ст. 18). При этом только статьи 12—13 Федерального закона «О полиции» предполагают принятие шестидесяти четырех подзаконных нормативных правовых актов различной юридической силы. Так, в соответствии с частью 2 статьи 27.6 КоАП РФ условия содержания задержанных лиц, нормы питания и порядок медицинского обслуживания таких лиц определяются Правительством РФ. Согласно части 11 статьи 27.10 КоАП РФ изъятые вещи, подвергающиеся быстрой порче, в порядке, установленном Правительством РФ, сдаются в соответствующие организации для реализации, а при невозможности реализации уничтожаются, а согласно части 12 статьи 27.10 КоАП РФ изъятые наркотические средства и психотропные вещества, а также этиловый спирт, алкогольная и спиртосодержащая продукция, не отвечающие обязательным требованиям стандартов, санитарных правил и гигиенических нормативов, подлежат направлению на переработку или уничтожению в порядке, установленном Правительством РФ. Образцы подлежащих уничтожению наркотических средств и психотропных веществ, этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции хранятся до вступления в законную силу постановления по делу об административном правонарушении.

Освидетельствование на состояние алкогольного опьянения и оформление его результатов, направление на медицинское освидетельствование на состояние опьянения, медицинское освидетельствование на состояние опьянения и оформление его результатов осуществляются в порядке, установленном Правительством РФ (ч. 6 ст. 27.12 КоАП РФ).

Согласно части 5 статьи 27.13 КоАП РФ задержание транспортного средства соответствующего вида, возврат транспортного средства, оплата расходов за хранение, а также запрещение эксплуатации транспортного средства осуществляется в порядке, установленном Правительством РФ.

Будучи реалистами, мы считаем, что следует вести планомерную работу по систематизации мер государственного принуждения, применяемых сотрудниками полиции. Первым шагом должно быть исключение правотворческих полномочий федерального органа исполнительной власти в сфере внутренних дел. Так, применение дисциплинарной ответственности должно регламентироваться дисциплинарным уставом органов внутренних дел Российской Федерации, утвержденным Президентом РФ (ч. 2 ст. 39 Федерального закона «О полиции»). Здесь не следует допускать принятия приказа федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел.

Следующим шагом могло быть сокращение правотворческих полномочий Президента РФ и Правительства РФ, закрепление четкого механизма применения мер государственного принуждения в федеральных законах.

Е.А. Мамай

Мамай Евгений Алексеевич — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Оптимизация правовых процедур особыми средствами юридической техники

Понятие «юридическая (правовая) процедура» отражает генетическое единство формы и содержания, правовой деятельности и правовых норм, устанавливающих порядок ее осуществления. Прескриптивная (предписываемая, от лат. *prescribere* — предписывать) процедура, создаваемая соответствующей нормативной моделью, находит свое воплощение в процедуре фактической, образуемой совокупностью конкретных, последовательно (по порядку) осуществляемых юридически значимых действий, реализуемых определенным субъектом права в целях достижения требуемого результата.

Процедуры оцениваются с точки зрения множества критериев, таких как законность, обоснованность, плановость, учет и согласование интересов адресатов правового акта и т. д.¹ С нашей точки зрения, одним из наиболее значимых требований, предъявляемых к правовым процедурам, является требование обеспечения их эффективности. Действительная эффективность фактической процедуры (в отличие от гипотетической (возможной) эффективности предписываемой ее нормативной модели) — это свойство, оцениваемое посредством количественного и качественного анализа всей совокупности слагающих данную процедуру юридически значимых действий в их пригодности в заданных условиях достигать требуемых результатов, соответствующих целям, при определенном количестве затрачиваемых ресурсов². По нашему мнению, оценивая эффективность, в ней нельзя разрывать два генетически взаимосвязанных внутренних ее проявления: результативность и рациональность (экономичность). Соответственно, говоря об эффективности правовых процедур, мы одновременно предъявляем к ним требование результативности (пригодности достигать установленные цели как таковые) и рациональности (пригодности достигать цели с минимальными возможными затратами). Сочетание и того, и другого свойств в их «пиковом», максимальном значении может именоваться «оптимумом», а, соответственно, процедура — оптимальной. Достижение этого является чрезвычайно сложной задачей, поскольку, с одной стороны, в нормативной модели необходимо предусмотреть все многообразие возможных жизненных ситуаций, то есть она должна иметь максимально общий, абстрактный характер; с другой стороны, в ней должны предусматриваться механизмы, обеспечивающие «гибкость» реализации правовых норм в зависимости от конкретных складывающихся обстоятельств. В этой связи актуальным становится вопрос о возможных средствах обеспечения оптимальности правовой процедуры.

Оптимальность правовой процедуры, когда мы говорим о нормативной модели, зависит, прежде всего, от качества правотворческой техники, в то время как в процессе реализации (в «среде» множества конкретных жизненных обстоятельств) ее эффективность ставится в зависимость от воли правоприменителя, его исполнительской дисциплины, организационного качества правореализации и т. д. Эта вторая группа обстоятельств в значительной степени условна и субъективна, а потому достижение оптимальности правовой процедуры в первую очередь зависит от того, как она регламентирована, насколько грамотно прописана в нормативном правовом акте. Не останавливаясь на общих требованиях, которые предъявляются к процессуальной деятельности, поскольку этому вопросу посвящена не одна сотня исследований, обратим внимание на возможность оптимизации правовых процедур особыми средствами юридической техники.

К особым средствам юридической техники исследователи относят юридические конструкции, правовые презумпции, правовые фикции, правовые принципы, правовые аксиомы и др.³ В решении вопроса об оптимизации правовых процедур каждое из них имеет огромный потенциал, поэтому рассмотрим их в отдельности.

Юридическая конструкция. В современной юриспруденции это понятие обозначает модель урегулированных правом общественных отношений, служащую методом познания права и его регулятив-

¹ Кашанина Т.В. Юридическая техника: Учебник. — М., 2007. — С. 129—133.

² См.: Мамай Е.А. К вопросу о понимании эффективности правоприменительных процедур // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2011. — № 1 (14). — С. 367—371.

³ См.: Бабаев В.К. Правовая система общества // Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 100.

ного значения¹. Для исследования правовых процедур этот вопрос особенно важен, поскольку любая процессуальная деятельность в своей сути основана на моделировании. Это важно и потому, что, как правильно отметила Ани́та На́шиц, «понимание правотворчества как деятельности по моделированию, включающей отражение, но не ограничивающейся им, позволяет нам увидеть единство момента отражения и момента регулирования, предвосхищения, проектирования...»². О.С. Иоффе и В.П. Грибанов, исследуя этот вопрос, отмечали, что юридическая конструкция представляет собой предельно концентрированное выражение, наряду с самим юридическим правилом, тех из числа абстрактных возможных условий его применения, которые признаны законодателем наиболее целесообразными для разрешения различных конкретных вопросов, могущих возникнуть в процессе практической реализации данной правовой нормы³.

Мысль об отнесении процессуальной формы к одному из видов юридических конструкций ранее уже высказывалась учеными⁴, однако достаточно подробного освещения на страницах юридической литературы этот вопрос не получил. В нашем понимании модель правовой процедуры, при рассмотрении ее с вышеприведенной точки зрения, наделяется весьма ценными свойствами и огромным методологическим потенциалом, прежде всего, научного и правотворческого характера.

Современные исследователи определяют несколько ключевых свойств юридической конструкции как модели. Во-первых, она является формой отражения действительности. Во-вторых, она не воспроизводит реальный объект во всех его связях и опосредованиях, а является определенной абстракцией, упрощением объекта, поскольку акцентирует внимание исследователя на интересующих его свойствах моделируемого объекта. В-третьих, конструкцию-модель нужно рассматривать как аналог реального объекта, обладающий его свойствами, позволяющими говорить о соответствии модели и отображаемого ею объекта. В-четвертых, она служит средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного явления, отражает механизм взаимодействия составляющих его элементов, а не просто его отдельные свойства⁵.

Таким образом, модель юридической процедуры в упрощенной форме должна отражать наиболее значимые компоненты конструируемой процедуры, создавать нормативную основу ее структуры. Разными исследователями в рассмотрении смежной тематики предлагаются разные решения этого вопроса. Так, В.В. Лазарев в *состав правоприменительного акта* включает субъекта акта, адресата акта, объект акта, содержание акта⁶. В.Н. Карташов, говоря о *структуре юридической деятельности*, предлагает следующий перечень ее элементов: объекты, субъекты и участники, юридические действия и операции, система средств (юридическая техника) и способов (юридическая тактика), результаты данной деятельности⁷. В.Н. Протасов считает, что нормативная модель процедуры должна определять: а) целевое назначение процедуры; б) тип основных отношений; в) круг лиц, участвующих в процедуре; г) акты поведения, которые могут или должны совершить участники процедуры; д) последовательность совершения актов поведения; е) сроки (время) и место осуществления как отдельных процедурных действий, так и процедуры в целом; ж) правовые средства, обеспечивающие функционирование процедуры⁸. В *отраслевых исследованиях* конструирование правовых процедур, как правило, происходит посредством расширения общего перечня слагающих ее частей⁹.

С нашей точки зрения, универсальным теоретическим фундаментом, позволяющим избежать множество разночтений, должно рассматриваться следующее утверждение В.Н. Кудрявцева: «основные элементы структуры поступка, выявленные правовыми науками на базе исследований противо-

¹ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993. — С. 131.

² На́шиц А.М. Правотворчество. Теория и законодательная техника. — М., 1974. — С. 81.

³ Иоффе О.С. Пределы осуществления субъективных гражданских прав / О.С. Иоффе, В.П. Грибанов // Советское государство и право. — 1964. — № 1. — С. 31.

⁴ См.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика / Под общ. ред. П.Е. Недбайло и В.М. Горшенева. — М., 1976. — С. 13; Чевычелов В.В. Юридическая конструкция (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2005. — С. 94; Мамай Е.А. Модель юридической процедуры как технико-юридическая конструкция // Проблемы юридической науки в исследованиях докторантов, адъюнктов и соискателей: Сборник научных трудов / Под ред. В.М. Баранова, М.А. Пшеничнова. — Н. Новгород, 2010. — Вып. 16. — С. 96—106.

⁵ См.: Чевычелов В.В. Юридическая конструкция (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2005. — С. 66; Баранов В.М. Юридические конструкции, сценарий компьютерного урока / В.М. Баранов, Ю.Л. Мареев // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 731—733.

⁶ Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). — Казань, 1975. — С. 34—35.

⁷ Карташов В.Н. Введение в общую теорию правовой системы общества: Текст лекций. — Ярославль, 1997. — Ч. 3: Практика реализации права. Правоприменительная практика. — С. 10.

⁸ Протасов В.Н. Теория государства и права. Проблемы теории права и государства. — М., 2001. — С. 248.

⁹ См., например: Дегтярева Е.А. Административные процедуры: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ростов-на-Дону, 2007. — С. 18; Никифоров М.В. Проблемы теории административных процедур: Монография. — Н. Новгород, 2006. — С. 72.

правных актов, по сути дела, отражают более общие свойства любого человеческого поведения...»¹. Исходя из этого, основными элементами моделируемой процедуры нами могут быть названы: 1) объект, 2) субъект, которому предписывается реализация соответствующей процедуры; 3) объективная сторона процедуры (юридические действия, средства их осуществления, результаты действий и т. д.); 4) субъективная сторона, отражающая прежде всего проявления воли, мотивов и целей субъекта. Использование такой четырехчленной структуры позволяет обеспечивать комплексное моделирование процедур, их качественное структурное и содержательное наполнение, а также поиск универсальных средств оптимизации процедур применительно к каждому из рассматриваемых элементов².

Правовые принципы, на наш взгляд, обладают наибольшим потенциалом в вопросе оптимизации правовых процедур. Правовыми принципами в доктрине современного российского права именуют некие основополагающие начала, идеи, которые ложатся в основу правового регулирования как такового. Более широкое, чем сейчас, использование правовых принципов как средства оптимизации правовых процедур в российской правоприменительной практике в значительной степени ограничивается самой сутью отечественной правовой системы. Принадлежность ее к семье континентального (романо-германского) права обеспечивает приоритет нормативно-правовых актов над прецедентами, практикой правоприменения, и, как следствие, лишь в деятельности высших судебных инстанций правовые принципы получают широкое распространение именно как средство толкования норм права и оптимизации правового регулирования в целом.

В качестве примеров рассмотрим несколько правовых принципов в их применении к сфере процедурного регулирования.

Принцип диспозитивности. Известно, что компетенция отдельных субъектов правоприменения распространяется на процедуры большей или меньшей сложности, предполагающие, соответственно, большие или меньшие гарантии защиты прав адресата процедуры. Скажем, органы внутренних дел обладают полномочиями по целому ряду статей КоАП РФ как составлять протоколы, которыми фиксируется факт совершения административного правонарушения, так и рассматривать соответствующие дела (ст. 23.3. и 28.3 КоАП РФ). В то же время в сфере уголовного судопроизводства подобного рода совмещения компетенции не допускаются, поскольку это в значительно большей степени ограничивало бы процессуальные права сторон.

Реализация принципа диспозитивности в сфере процессуальной деятельности предполагает свободу (право) субъектов правоотношений распоряжаться как материальными правами, так и процессуальными средствами защиты этих прав³. Поэтому для России в настоящее время одной из наиболее актуальных проблем является проблема разрешения вопросов в порядке альтернативном сложным судебным процедурам. Некоторые судьи высказывают следующее мнение: «судебно-властные отношения эффективны уже потому, что, несмотря на присущий им комплекс недостатков, в разрешении определенного рода конфликтов альтернативы им нет»⁴. С нашей точки зрения, отсутствие альтернатив — это и есть самый главный недостаток существующей системы, поэтому в отношении сложных судебных процедур необходимо расширять возможности рассмотрения дел в упрощенном порядке самими судами, а также иными субъектами правоприменения в рамках досудебных процедур урегулирования споров: административные обжалования (ограничивая их одной-двумя инстанциями), претензионный порядок разрешения конфликтов, нотариальные процедуры, процедуры медиации (посредничества) и др.

Помимо этого, как, например, практикуется в европейских государствах, органам публичной власти необходимо вменять в обязанность передачу дела полномочной инстанции, если само ведомство не вправе рассмотреть его (гражданину нельзя просто отказать в приеме документов)⁵. Данный принцип, именуемый *принципом самостоятельной координации деятельности*, нашел воплощение в отечественном законодательстве в форме Федерального закона от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»⁶. Последовательная реализация принципа самостоятельной координации требует, по нашему мнению, дополнительных законодательных решений. Так, из действующего процессуального законодательства необходимо исключить такое основание для возвращения истцу поданного им искового заявления, как неподсудность дела данному

¹ Кудрявцев В.Н. Право и поведение. — М., 1978. — С. 14.

² См.: Мамай Е.А. Эффективность правоприменительных процедур (теория, практика, техника): Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 49—81, 174—234.

³ См.: Александров А.С. Диспозитивность в уголовном процессе. — Н. Новгород, 1997. — С. 79—83; Смолин А.Г. Особый порядок судебного разбирательства, предусмотренный главой 40 УПК РФ: проблемы нормативного регулирования и дальнейшего развития: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2005. — С. 89.

⁴ Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2006. — С. 26—27.

⁵ Вершинин С. Как упорядочить отношения гражданина и чиновника? Административные процедуры на примере законодательства Швейцарии / С. Вершинин, Р. Шафхаузер, К. Экштайн. — М., 2000. — С. 14.

⁶ Российская газета. — 2006. — 5 мая.

суду (п. 1 ч. 1 ст. 129 АПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ). Представляется, что статьи 127 АПК РФ и 133 ГПК РФ, регламентирующие принятие исковых заявлений к производству, должны быть дополнены положениями следующего содержания: «Судья, установив, что рассмотрение обстоятельств поданного искового заявления неподсудно данному суду, обязан направить указанное заявление в компетентную инстанцию в соответствии с правилами подсудности. О принятом решении в письменном виде либо в форме электронного документа уведомляется лицо, подавшее исковое заявление».

Следующим принципом, который требует упоминания, является принцип правовой определенности. Его более широкое применение могло бы стать средством решения проблемы нестабильности правоприменительных решений, возникающей ввиду предусмотренной законом возможности их многократного пересмотра в нескольких судебных инстанциях. Подвергая критике данное обстоятельство, В.М. Жуйков справедливо отмечает, что эта проблема не собственно процессуальная, а, скорее, порождение законодательства о судостроительстве¹.

Между тем, как отметил Европейский Суд по правам человека, одним из фундаментальных аспектов верховенства права является именно принцип правовой определенности, который требует *inter alia*², чтобы окончательно принятое судом решение по делу не подвергалось бы сомнению³. При рассмотрении этого же вопроса Конституционный Суд РФ выразил следующую позицию: «...закрепление в законе экстраординарных, чрезвычайных по своему характеру способов обжалования вступивших в законную силу судебных постановлений требует установления специальной процедуры открытия соответствующего производства, ограниченного перечня оснований для отмены таких судебных постановлений, которые не могут совпадать с основаниями для отмены судебных постановлений в ординарном порядке, а также закрепления особых процессуальных гарантий для защиты как частных, так и публичных интересов от их необоснованной отмены»⁴.

Решению существующих проблем призваны нововведения, установленные Федеральным конституционным законом от 7 февраля 2011 года № 1 «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»⁵. Несколько ранее в основные процессуальные правовые акты (ГПК РФ, УПК РФ⁶) были внесены соответствующие изменения, касающиеся апелляционного, кассационного, надзорного пересмотра дел.

Еще один принцип процедурного регулирования именуется *принципом res judicata*⁷. Состоит он в следующем: новое производство не может быть начато, а начатое — должно быть прекращено, если судом будет установлено, что оба производства касаются одного и того же предмета рассмотрения, основываются на одних и тех же обстоятельствах дела, сторонами являются одни и те же лица, действующие в том же статусе правоспособности, однако по одному из дел уже имеется вступившее в силу окончательное решение суда. Как нам представляется, данный общепроцессуальный принцип требует текстуальной конкретизации, а также последовательной правореализации нормативных положений, закрепленных в действующем законодательстве, в частности в абзаце третьем статьи 220 ГПК РФ, пункте 2 части 1 статьи 150 АПК РФ, пунктах 4, 5 части 1 статьи 27 УПК РФ, пункте 7 части 1 статьи 24.5 КоАП РФ.

В практике деятельности всех органов власти в последнее время все чаще стал упоминаться такой принцип, как принцип «административного молчания» (*administrative silence*), призванный способствовать разрешению ситуаций, когда конкретные процессуальные сроки в законодательстве не определены или властным субъектом они не соблюдаются. Содержательно он может быть реализован в двух формах: так называемом негативном и позитивном административном молчании.

Принцип негативного административного молчания может быть сформулирован в следующем виде: «Если по истечении периода времени, определенного законом для совершения органом власти (должностным лицом) некоторых действий в ответ на запрос или обращение гражданина, необходимые действия не последовали, дальнейшее бездействие рассматривается как прямой отказ, что

¹ Жуйков В.М. Общая концепция развития процессуального законодательства и законодательства о судостроительстве // Журнал российского права. — 2010. — № 7. — С. 6.

² «Среди других вещей или дел» (лат.).

³ См.: Case of Brumrescu v. Romania (Application № 28342/95): Judgment (Just satisfaction) / The European Court of Human Rights (Grand Chamber), Strasbourg, 23/01/2001 // echr.coe.int/echr/en/hudoc

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 марта 2010 года № 7-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 397 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Амосовой, Т.Т. Васильевой, К.Н. Жестковой и других» // Российская газета. — 2010. — 2 апреля.

⁵ Российская газета. — 2011. — 11 февраля.

⁶ См.: Федеральный закон от 9 декабря 2010 года № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. — 2010. — 13 декабря; 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.

⁷ «Вопрос, окончательно решенный судом и поэтому не подлежащий рассмотрению вновь тем же судом или судом параллельной юрисдикции» (лат.). См.: Латинская юридическая фразеология / Сост. Б.С. Никифоров. — М., 1979. — С. 230.

дает гражданину право на обжалование такового в суде или вышестоящей административной инстанции». Данный принцип нашел свое смысловое закрепление в нескольких действующих нормативных правовых актах, в частности в Законе РФ от 27 апреля 1993 года № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»¹ и в подпункте 1 пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О беженцах»².

Принцип позитивного административного молчания, с нашей точки зрения, в действующем законодательстве неоправданно обойден вниманием. В частном виде он может быть сформулирован следующим образом: «Если по истечении периода времени, определенного законом для совершения органом власти (должностным лицом) некоторых действий в ответ на запрос или обращение гражданина, необходимые действия не последовали, дальнейшее бездействие рассматривается как **прямое согласие** данного органа (должностного лица) на продление действия ранее выданных разрешительных документов на тех же условиях и на тот же срок». Указанным нормативным положением могут быть дополнены статьи Федерального закона от 8 августа 2001 года № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»³ (в части, касающейся продления действия лицензий, выданных на определенный срок), Федерального закона от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»⁴ (в части, касающейся предложений органов исполнительной власти Российской Федерации или органов местного самоуправления об изменении места и (или) времени проведения публичного мероприятия) и другие нормативные правовые акты.

Дополнительно можно упомянуть еще ряд принципов, которые, несомненно, являются средствами оптимизации правовых процедур. К примеру, по делам, возникшим из публичных правоотношений, требует более широкого применения принцип *jura novit curia*⁵, обеспечивающий сочетание инициативности и независимости суда⁶. В деятельности административных органов необходимо расширение сферы действия принципа «*большее охватывает меньшее*» (*in majore minus*), благодаря которому происходит перераспределение обязанностей между гражданином, обратившимся в орган публичной власти, и правоприменителем⁷.

Следующим особым средством юридической техники, позволяющим оптимизировать правовые процедуры, является *правовая презумпция*. Посредством презумпций на основе предположений о наличии или отсутствии подтвержденных предшествующим опытом связей между юридическими фактами и фактами наличными делаются определенные умозаключения, исключающие необходимость совершения дополнительных обременительных действий по доказыванию чего-либо⁸. В сфере процедурного регулирования потенциал презумпций использован недостаточно. Упомянем лишь некоторые из них.

Презумпция добросовестности подателя документов. Состоит она в том, что при подаче документов достоверность предоставляемой информации должна подтверждаться личной подписью их подателя или иным способом, обеспечивающим идентификацию субъекта, однако последующая перепроверка сведений должна рассматриваться исключительной прерогативой самого органа власти и осуществляться по его усмотрению. Бремя доказывания утверждаемых гражданином фактов может возлагаться на него преимущественно лишь в ситуациях, когда гражданин желает, чтобы в его пользу были совершены определенные позитивные действия⁹.

Конкурирующей с указанной выше презумпцией может рассматриваться *презумпция непростительных действий*. В качестве предложения *de lege ferenda*¹⁰ сформулируем ее в следующем виде: «Презумпция непростительных действий. Умышленные действия лица, вызвавшие в сократии

¹ Российская газета. — 1993. — 12 мая.

² Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1993. — № 12. — Ст. 425.

³ Российская газета. — 2001. — 10 августа.

⁴ Российская газета. — 2004. — 23 июня.

⁵ «Суду известен закон» (лат.). Данное латинское выражение означает, что сторонам в споре не нужно представлять или подтверждать закон, применимый по делу. Только суд ответственный за то, какой закон применять по определенному делу и как это делать. Суд применяет закон *ex officio* (буквально, в силу занимаемой должности), и это означает, что он не ограничен аргументами, представленными сторонами. См.: *Jura Novit Curia and Ethics in International Arbitration* // www.lepetitjuriste.fr/nouveaux-articles-divers/jura-novit-curia-and-ethics-in-international-arbitration

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 года № 23 «О судебном решении» // Российская газета. — 2003. — 26 декабря.

⁷ Данный принцип, например, нашел свое отражение в пункте 1.2 статьи 9 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // Российская газета. — 2001. — 10 августа. Им предусматривается, что отсутствие копии официального документа при наличии оригинала не может рассматриваться основанием для отказа в осуществлении процедуры.

⁸ См.: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1969.

⁹ Вершинин С. Как упорядочить отношения гражданина и чиновника? Административные процедуры на примере законодательства Швейцарии / С. Вершинин, Р. Шафхаузер, К. Экштайн. — М., 2000. — С. 13.

¹⁰ «С точки зрения будущего закона» (лат.).

требуемой информации, ее искажении или предоставлении заведомо ложной информации, если эти действия повлекли неоправданное изменение течения сроков, правил подсудности, подведомственности дела, иных процессуальных условий его ведения, о чем должностное лицо, принимавшее соответствующее решение, не знало и не могло знать, являются основанием, лишающим виновное лицо права ссылаться на эти обстоятельства как нарушающие его права ввиду их наступления по его собственной вине»¹.

В праве некоторых иностранных государств, в частности в законодательстве Швеции, данная презумпция (presumption of criminal liability) применяется в налоговых правоотношениях. Подтверждая возможность ее использования, Европейский Суд по правам человека в решении по делу «Яносевиц против Швеции» (Janosevic v. Sweden) отметил, что система налогообложения основывается в основном на сведениях, предоставляемых самим налогоплательщиком, поэтому она не может действовать правильно без какой-либо формы наказаний в том случае, если сообщаемые сведения являются неправильными или неполными. Однако по смыслу данного судебного решения презумпция «непростибельных действий» может использоваться государством как конкурирующая с презумпцией невиновности только в разумных пределах, подразумевающих ограничение ее использования и возможность защиты². Например, в отечественное налоговое законодательство рассматриваемая презумпция могла бы быть введена при условии предоставления гражданину возможности заполнения форм налоговых деклараций, исключающих возможность допущения технических ошибок³.

Правовые фикции являются следующим средством юридической техники, потенциал которых пусть и не настолько широкий, как у правовых принципов, но в сфере оптимизации правовых процедур использующийся в настоящее время недостаточно. Правовыми фикциями именуется несуществующие положения, которым в силу определенных законом условий предается значение действительных, обязательных фактов, что, как и в случае с правовыми презумпциями, исключает необходимость совершения некоторых обременительных действий. Так, к примеру, значительной проблемой, с которой приходится сталкиваться участникам процедур, является умышленное затягивание течения процедуры. Скажем, лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, зачастую злоупотребляют своим процессуальным правом заявлять ходатайства и отводы, к примеру, правом заявить отвод эксперту (ч. 4 ст. 26.4 КоАП РФ). Практика выработала несколько способов противодействия такому поведению участников процедуры. Первое решение — это четкая законодательная регламентация сроков, их максимальное сокращение. Второе решение состоит во введении в процессуальное законодательство (в частности, в главу 1 АПК РФ, главу 1 ГПК РФ, главу 2 УПК РФ, главу 24 КоАП РФ) в качестве общего правила правовой фикции следующего содержания: «Участники судопроизводства должны информироваться о принадлежащих им субъективных правах и юридических обязанностях. Если управомоченное и надлежаше уведомленное об этом лицо в установленный срок не выразило своей позиции по поводу принадлежащего ему права, оно признается отказавшимся от его использования. Срок, пропущенный по уважительной причине, может быть восстановлен». Отраслевым законодательством с учетом присущей ему специфики могут быть предусмотрены исключения из вышеизложенной нормы.

Использование особых средств юридической техники является одним из наиболее простых, удобных и универсальных способов достижения оптимального регулирования правовых процедур. В изложенном материале приводятся лишь некоторые, иногда самые очевидные, из потенциально возможных средств оптимизации. Возможность формирования более гибкой регламентации процедур посредством юридических конструкций, правовых принципов, презумпций, фикций в настоящее время требует более пристального внимания со стороны как ученых-теоретиков, так и практиков. Через доктринальное осмысление этого вопроса могут быть найдены многие эффективные законодательные решения.

¹ Данное нормативное положение может быть введено в качестве общего правила в процессуальное законодательство (в частности, в главу 1 АПК РФ, главу 1 ГПК РФ, главу 2 УПК РФ, главу 24 КоАП РФ), однако требует определенной корректировки с учетом специфики, присущей каждой из отраслей.

² Case of Janosevic v. Sweden (Application № 34619/97): Judgment / The European Court of Human Rights (First Section), Strasbourg, 23/07/2002 — 21/05/2003 // echr.coe.int/echr/en/hudoc

³ Кроме того, она могла бы использоваться в ситуации, описанной в обзоре практики Верховного Суда РФ, когда военнослужащий совершил правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 12.8 КоАП (управление транспортным средством водителем, находящимся в состоянии опьянения), но ни при составлении протокола об административном правонарушении, ни при рассмотрении дела об административном правонарушении не сообщил о своем статусе. В результате этого дело было рассмотрено с нарушением правил подведомственности. См.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2010 года. Утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 16 июня 2010 года (ред. от 8 декабря 2010 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

Т.В. Милушева

Милушева Татьяна Владимировна — кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права и процесса Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина (г. Саратов)

Техника изложения правовых ограничений деятельности публичной власти

Движение к демократическому, правовому, социальному государству актуализирует проблему установления пределов деятельности государственной власти. Необходимость исследований в данной сфере детерминирована, с одной стороны, уровнем развития современного общества, требующего высокого качества власти, а с другой — противоречивой природой государственной власти. Будучи необходимым элементом оптимальной организации жизнедеятельности общества, власть, достигнув определенной критической массы, способна превращаться в самодовлеющую силу, приобретать разрушительные качества, стремиться к дальнейшему неограниченному росту. На этой основе, как указывает С.С. Алексеев, обостряются самые сильные человеческие эмоции: наслаждение властью, жажда власти, стремление, не считаясь ни с чем, владеть, удержать и еще более усилить власть¹. Именно в лоне этих страстей зарождаются и расцветают бюрократизм, коррупция, равнодушие, пренебрежение к проблемам людей. Правовые ограничения необходимы преимущественно для того, чтобы недостатки властной личности не превратились в пороки государственной власти. По сути дела право, ограничивая власть, бережет ее от саморазрушения, поэтому в условиях демократии утверждается его верховенство.

Проблема правового ограничения деятельности государства в юридической науке не получила комплексного освещения, но ее отдельные аспекты привлекали внимание ученых. В работах С.С. Алексеева, М.И. Байтина, А.Г. Братко, В.М. Ведяхина, Л.И. Веленто, В.В. Лазарева, О.Э. Лейста, А.В. Малько, Н.И. Матузова, И.М. Приходько, М.М. Султыгова, В.А. Сапуна, А. Шайо, К.В. Шундикова и других авторов уделялось внимание содержанию, функциям ограничений в правовом регулировании.

Правовое ограничение деятельности государственной власти — многоаспектное понятие, интерпретируемое учеными как идея, принцип ее организации деятельности в правовом государстве, юридическое средство правового регулирования (данный аспект разработан в науке наиболее детально), метод, режим ее функционирования. Именно поэтому весьма важным является ракурс исследования правовых ограничений, определяющий их статус, место и роль в механизме правового регулирования.

А.В. Малько отмечает, что правовые ограничения есть правовое сдерживание противозаконного деяния, создающее условия для удовлетворения интересов контрsubjекта и общественных интересов в охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых субъекты должны действовать; исключение определенных возможностей в деятельности лиц². Правовые ограничения — особые *юридические средства* (формальная сторона), воздействующие на интересы субъектов (содержательная сторона) общественных отношений в сочетании с иными социальными регуляторами, «работающими» в правовой сфере. Правовые ограничения сообщают об уменьшении объема возможностей свободы и сводят разнообразие в поведении субъектов до определенного предельного состояния³.

Будучи правовыми средствами, ограничения унаследовали присущие им общие признаки. Они взаимосвязаны с неблагоприятными условиями (угроза или лишение определенных ценностей) для осуществления собственных интересов субъекта; сообщают об уменьшении объема возможностей, свободы, а значит, и прав личности, что осуществляется с помощью обязанностей, запретов, наказаний, приостановлений и т. п., сводящих разнообразие поведения субъектов до определенного «предельного» состояния; выражают собой отрицательную правовую мотивацию; направлены на защиту общественных отношений, выполнение охранительной функции; снижают негативную активность; имеют информационный характер; выступают основным элементом правовых режимов; являются по отношению к субъекту внешним фактором воздействия; служат интересам контрsubjекта; направлены на преодоление препятствий, стоящих на пути удовлетворения правомерных интересов⁴.

¹ См.: Алексеев С.С. *Философия права*. — М., 1997. — С. 67.

² См.: Малько А.В. *Стимулы и ограничения в праве*. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2004. — С. 91.

³ См.: Цыбулевская О.И. *Свобода и ответственность: нравственно-правовое измерение // Доктрина права*. — 2009. — Февраль. — С. 57.

⁴ См.: Малько А.В. *Стимулы и ограничения в праве*. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2004. — С. 91; Приходько И.М. *Ограничения в российском праве (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук*. — Саратов, 2001. — С. 29.

Соглашаясь с высказанной точкой зрения, считаем, что есть все основания расширить перечень указанных признаков: важной особенностью правового ограничения является, во-первых, нормативная определенность; во-вторых, обеспеченность мерами государственного принуждения; в-третьих, системность. Правовые средства должны быть увязаны в систему, подкреплять друг друга («работать в связке», например, запрет-ответственность), усиливая при этом обоюдный эффект, от которого напрямую зависит направленность правового регулирования, его «жесткость» и конечный результат.

В рассматриваемом контексте оправданно проанализировать формы закрепления правовых ограничений в российском законодательстве. Прежде всего следует обратиться к Конституции РФ. Как верно подмечено, дух Конституции — идея ограничения государственной власти правом в целях ее упорядочения, связанности с интересами как индивидов, так и больших и малых социальных групп, то есть плюрализма власти¹, поэтому конституционно-правовые ограничения государственной власти занимают особое место в системе права и законодательства. Они определяют, как указывает К.С. Гаджиев, жизнеспособность Конституции, измеряющуюся пределами, в которых она обеспечивает эффективное функционирование таких фундаментальных институтов власти, как суды, законодательные собрания, исполнительные органы, политические партии и т. д.²

Конституция РФ закрепляет рамки функционирования государственной власти преимущественно в форме принципов (например, ст. 10), пределов ведения (ст. 71, 72), цензов (ст. 81), импичмента (ст. 93), процедуры законотворческого процесса (ст. 104—107), компетенции (ст. 83—84).

В то же время природа конституционных ограничений государства заключается в провозглашении человека, его прав и свобод высшей ценностью. Через них у государства возникают юридические обязанности. Например, признавать, соблюдать, гарантировать, обеспечивать и защищать права и свободы человека и гражданина (ст. 2); соблюдать Конституцию РФ и законы (ч. 2 ст. 15); обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом (ч. 2 ст. 24).

Б.С. Эбзеев указывает, что обязанности государства вытекают из принципов, целей, задач, основных направлений государственной деятельности³. Так, из статьи 7 Основного закона, закрепляющей принцип социального государства, в тесной связи со статьями 2, 17, 18 и др. вытекает обязанность признания прав второго поколения — экономических, социальных и культурных. Конституционное положение о социальном государстве предполагает возложение на государство определенных социальных задач и одновременно «является юридическим выражением его ответственности и обязанностей перед обществом и личностью...»⁴. Таким образом, большая часть конституционных обязанностей государства получила косвенное выражение.

«Между тем юридическая обязанность, — отмечает Н.И. Матузов, — это установленная законом точная мера общественно необходимого поведения, направленного на удовлетворение интересов общества и личности»⁵. Правообязанный субъект должен исполнять *известные* (с точки зрения вида, меры, объема и т. п.) действия⁶. Обязанности заставляют субъекта поступать точно указанным в законе способом и тем самым ограничивают действия субъекта, сдерживают его от всех иных шагов, противоречащих корреспондирующему субъективному праву. Поэтому содержание юридической обязанности должно быть недвусмысленно, а как можно четче выражено в нормативном правовом акте, чего нельзя сказать об Основном законе РФ, который весьма лаконичен с точки зрения содержания в нем конституционных обязанностей и положений об ответственности государства⁷. Стоит признать особый характер конституционной обязанности, которая не может быть детализирована так же как в сфере частного права. Однако конституционное оформление обязанностей государства в Конституции РФ нельзя признать удачным: они сформулированы размыто, нечетко, их необходимо выявлять «между строк», что требует профессионального прочтения и толкования Конституции. Вряд ли на это способен обычный гражданин, которому в том числе адресован Основной закон.

Образцом в этом смысле может служить Конституция Португалии, где достаточно полно и насколько это возможно четко прописаны обязанности государства в различных сферах общественной жизни. В части 1 статьи 18 Основного закона Португалии зафиксирована общая обязанность для государственных и частных учреждений гарантировать конституционные нормы прямого действия о

¹ См.: Ескина Л.Б. Два юбилея российской конституции // Правоведение. — 1999. — № 1. — С. 5.

² См.: Гаджиев К.С. Введение в политическую науку. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1999. — С. 77.

³ Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. — М., 2007. — С. 84.

⁴ Там же.

⁵ Матузов Н.И. Возможность и действительность в правовой сфере / Н.И. Матузов, Н.В. Ушанова. — Саратов, 2010. — С. 280.

⁶ См.: Теория государства и права / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 2006. — С. 504.

⁷ В части 3 статьи 41 Конституции РФ закреплена ответственность должностных лиц за сокрытие фактов и обстоятельств, создающих угрозу жизни и здоровья граждан. Положения об ответственности государства за ненадлежащее исполнение властных полномочий в Основном законе отсутствуют.

правах и свободах (аналогичная норма есть и в российской Конституции). В ее развитие сформирован, в частности, раздел III части I Конституции «Социально-экономические права и обязанности, обязанности в области культуры», состоящий из трех глав: экономические права и обязанности (гл. 1); социальные права и обязанности (гл. 2); права и обязанности в области культуры (гл. 3). Практически в каждой статье конкретным правам граждан корреспондируют конкретные обязанности государства по их реализации (ст. 59, 63—79).

Например, статья 59 португальской Конституции устанавливает в части 1 права трудящихся, а в части 2 закрепляет обязательства государства обеспечить условия труда, вознаграждение и отдых, на которые трудящиеся имеют право, а именно: а) установить и индексировать единую для всей страны минимальную заработную плату, учитывая среди прочих факторов потребности трудящихся, рост стоимости жизни, уровень развития производительных сил, требования стабильности экономики и финансов и создание накоплений для развития; б) установить единую для всей страны продолжительность рабочего дня; в) обеспечить специальную охрану труда женщин в период беременности и после родов, труда несовершеннолетних, лиц с ограниченной дееспособностью, а также занятых на особо тяжелой работе или работающих в условиях, связанных с загрязнением, повышенной токсичностью, вредных для здоровья или опасных для жизни; д) систематически расширять сеть центров отдыха и проведения отпусков в сотрудничестве с общественными организациями; е) охранять условия труда и обеспечивать социальные льготы трудящихся-эмигрантов; ф) охранять условия труда работающих студентов.

В статье 81 раздела I части II «Экономическая организация общества» сформулированы первоочередные обязанности государства в экономической и социальной сферах: а) способствовать росту социального и экономического благосостояния и качества жизни людей, особенно наименее обеспеченных, в рамках стратегии устойчивого развития; б) способствовать установлению социальной справедливости, обеспечивать равенство возможностей и вносить необходимые коррективы в целях преодоления неравенства при распределении национального богатства и дохода, в частности, путем проведения определенной налоговой политики; в) обеспечивать в полной мере использование производительных сил, уделяя внимание, в частности, эффективности государственного сектора; г) направлять экономическое и социальное развитие в сторону сбалансированного роста всех секторов и регионов и постепенного стирания экономических и социальных различий между городом и селом; е) обеспечивать эффективное функционирование рынка с тем, чтобы гарантировать здоровую конкуренцию между предприятиями, препятствовать различным формам создания монополий и не допускать злоупотребления господствующим положением и любых действий, направленных против общих интересов; ф) развивать экономические отношения со всеми народами, неизменно охраняя национальную независимость, интересы португальцев и экономики страны; г) ликвидировать латифундии и изменить регулирование минифундий; и) охранять интересы потребителя; и) создавать юридические и технические структуры, необходимые для демократического планирования социально-экономического развития; ж) обеспечивать благоприятную для развития страны научную и технологическую политику; з) выработать национальную энергетическую политику, направленную на сохранение природных ресурсов и экологического равновесия, развивая в этой области международное сотрудничество; и) выработать национальную политику по использованию воды для рационального управления гидроресурсами и планирования в данной сфере.

С точки зрения юридической техники приведенная норма, безусловно, громоздка, но в политическом и нравственно-правовом смысле она демонстрирует готовность государственной власти не только продекларировать обязанности (социальные обязательства — тяжелая ноша для любого государства), но и нести ответственность за их исполнение, тем более что такая ответственность не пространно, а с привязкой к служебным обязанностям Португальского государства сформулирована в статье 22 Конституции. «В условиях современной России, — обоснованно подчеркивает Н.И. Матузов, — когда уровень доверия к власти весьма низок, а степень требовательности к государству, его обязанностям, ответственности возрастает, гораздо важнее четко прописать и конкретизировать обязанности власти, всех ее ветвей, структур, чиновников, ибо одной общей конституционной нормы, что признание, соблюдение и защита прав человека и гражданина — обязанность государства, явно недостаточно»¹.

С нормативностью ограничений связан и не менее важный признак — обеспеченность мерами государственного принуждения. Именно наличие мер юридической ответственности делает их эффективным средством правового регулирования. Однако в законодательстве ограничения нередко остаются без соответствующей правовой обеспеченности, что снижает их эффективность, превращает в пустую декларацию. Ведь именно угроза применения наказания выступает сдерживающим запрещенные деяния фактором².

¹ См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов, 2004. — С. 300.

² См. подробнее об административно-правовых запретах: Трегубова Е.В. Административный запрет в механизме правового регулирования // Право и политика. — 2008. — № 7.

Положения об ответственности государства и его представителей содержатся лишь в статьях 41 и 122 (в последней закреплена уголовная ответственность судей) Основного закона¹. Не получила прямого законодательного закрепления конституционная ответственность, и это является существенным пробелом. В этом смысле российская Конституция, если употребить известное выражение Наполеона, является «краткой и туманной», лишенной своего ограничительного духа, а следовательно, открывающей широкие потенциальные возможности для различного рода злоупотреблений публичной власти. Между тем демократия не может утверждаться путем деклараций, лозунгов, не подкрепленных обязанностями и ответственностью. Особенно бесперспективно это занятие в условиях особенностей российского общества.

Анализ отраслевых нормативных правовых актов показывает, что законодатель весьма вольно обращается с понятиями «запрет», «ограничение», «обязанность», не задумываясь над их функциональной ролью в механизме правового регулирования, что со всей очевидностью следует из пункта 11 части 1 статьи 15 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации», где понятие «обязанность» выступает обобщающим для ограничений, обязательств, требований к служебному поведению, запретов; в пункте 10 части 1 статьи 16 понятие «ограничение» используется то в узком, то в широком смысле: например, ограничением для государственного служащего является неисполнение им запретов, обязанностей, ограничений, предусмотренных Федеральным законом «О противодействии коррупции»².

Нередко одно и то же установление закрепляется в форме то обязанности, то запрета, то ограничения. Так, признание лица недееспособным или ограничено дееспособным решением суда, вступившим в законную силу, служит *ограничением* для поступления на государственную гражданскую службу и ее прохождения (ст. 16 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации»); отсутствие решения суда о признании недееспособным или ограничено дееспособным является *требованием* к кандидату на должность судьи (ст. 3 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»³).

Не ясно, какими критериями руководствовался законодатель, выделяя в Федеральном законе «О полиции» обязанности полиции (ст. 12), основные обязанности сотрудника полиции (ст. 27), ограничения, обязанности и запреты, связанные со службой в полиции (ст. 29)⁴.

Отраслевое законодательство также изобилует многочисленными примерами, когда обязанности, запреты не снабжены мерами юридической ответственности. Так, статья 11 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации» содержит ограничения, связанные с пребыванием в составе Правительства РФ, которые не подкреплены необходимыми мерами юридической ответственности⁵.

Согласно Федеральному закону «О государственной гражданской службе Российской Федерации»⁶ ответственность государственных служащих наступает за несоблюдение ограничений (ч. 3 ст. 16), запретов (ч. 4 ст. 17), неисполнение или ненадлежащее исполнение по вине государственного служащего возложенных на него должностных обязанностей (ст. 57). Абсолютно неинформативной, если не сказать бессодержательной представляется статья 68 данного Федерального закона, которая гласит: лица, виновные в нарушении законодательства о государственной гражданской службе, привлекаются к ответственности в порядке, установленном настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами. Таким образом, нормы об ответственности вроде бы есть, но они разбросаны по разным статьям, носят бланкетный характер, не позволяя публичному субъекту иметь четкие представления о санкциях, которым он может быть подвергнут за ненадлежащее поведение. Это вряд ли способствует дисциплине на государственной службе.

¹ Между тем положения об ответственности государства, высших должностных лиц, государственных служащих содержатся в Конституции Германии (ч. 5 и 6 ст. 25, ст. 34, 65, 74), Франции (ст. 20, 21, 22, 49, 68-1), Австрии (ст. 20, 23), Чехии (ст. 27, 63, 68), Испании (ст. 9, 64, 98, 108, 113, 116, 117, 126, 136, 149), Норвегии (§ 5, 30, 35, 75, 99) и др.

² Федеральный закон от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 6228.

³ Закон РФ от 26 июня 1992 года № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» (в ред. от 29 декабря 2010 г.) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1992. — № 30. — Ст. 1792; Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 1. — Ст. 16.

⁴ Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900.

⁵ Федеральный конституционный закон от 17 декабря 1997 года № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» (в ред. от 22 июля 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 51. — Ст. 5712; 2010. — № 30. — Ст. 3984.

⁶ Федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 31. — Ст. 3215; 2011. — № 1. — Ст. 31.

Ограничения в отношении властных субъектов зачастую не увязаны в единую систему, что в целом снижает результативность правового регулирования. Проиллюстрируем этот момент на примере профессиональных запретов на прием и прохождение государственной службы в отношении лиц с криминальным прошлым, что является совершенно оправданным. Будучи источником повышенной опасности, власть сама нуждается в усиленной охране, поэтому к лицам, допущенным к ней, должны предъявляться повышенные требования. Однако в данном вопросе законодатель демонстрирует непоследовательность.

Согласно части 1 статьи 29 Федерального закона «О полиции» осуждение сотрудника полиции по приговору суда, вступившему в законную силу, а равно наличие судимости, в том числе снятой или погашенной, является препятствием прохождения правоохранительной службы. Аналогичное по смыслу требование закреплено и в части 2 статьи 40.1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»: лицо не может быть принято на службу в органы или учреждения прокуратуры или проходить службу, если оно имело или имеет судимость¹.

Что же касается судей, то в части 1 статьи 4 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» данный запрет сформулирован нечетко: судьей может быть гражданин РФ, не имеющий или не имевший судимости либо уголовное преследование в отношении которого прекращено по реабилитирующим основаниям.

Следуя букве Федеральных законов «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (ч. 1 ст. 16), «О службе в таможенных органах» (ч. 1 ст. 7)², снятая или погашенная в установленном законом порядке судимость не является препятствием для приема на службу и ее прохождения. Подобный смысл имеют соответствующие нормы Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе»³, согласно которому запрещается призыв на военную службу граждан, отбывающих наказание в виде обязательных работ, исправительных работ, ограничения свободы, ареста или лишения свободы, имеющих неснятую или непогашенную судимость за совершение преступления (ч. 3 ст. 23). Прямое толкование норм Федерального закона «О Федеральной службе безопасности» (ст. 16) дает основание утверждать, что сотрудниками ФСБ, как это ни парадоксально, могут быть лица, у которых судимость была снята или погашена⁴.

То же самое касается и кандидатур на должность Президента РФ (п. 5.1 ст. 3)⁵, депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ⁶. Согласно нормам соответствующих Федеральных законов, не имеет права быть избранным осужденный к лишению свободы за совершение тяжкого и (или) особо тяжкого преступления и имеющий на день голосования неснятую или непогашенную судимость.

Необходимо согласиться с тем, что в отношении лиц, совершивших тяжкое или особо тяжкое преступление, следует закрепить абсолютный (пожизненный) запрет на замещение государственной должности РФ, субъекта РФ, должности государственной и муниципальной службы, это также является основанием для ограничения пассивного избирательного права на должность Президента, в представительные (законодательные) органы. В иных случаях срок профессионального запрета занимать определенные должности должен быть более длительным, чем срок наказания или срок судимости. Все это необходимо для того, чтобы остановить опасность на «дальних подступах»⁷. Такие лица могут трудиться на благо России, но не во властных структурах.

Резюмируя изложенное, отметим основные проблемные моменты в процессе закрепления правовых ограничений: неполнота в установлении ограничений, их бессистемность, неадекватность содержания и формы ограничения, нарушение баланса ограничивающих и стимулирующих правовых средств. Для того чтобы дать качественный эффект на уровне правоприменения, ограничивающие правовые средства, задействованные в механизме регулирования властеотношений, необходимо адекватно выразить в законе, поскольку правовое регулирование осуществляется прежде всего на информационном уровне.

¹ Федеральный закон от 17 января 1992 года № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 7 февраля 2011 г.) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1992. — № 8. — Ст. 366; Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 901.

² Федеральный закон от 21 июля 1997 года № 144-ФЗ «О службе в таможенных органах» (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3586; 2011. — № 1. — Ст. 16.

³ Федеральный закон от 28 марта 1998 года № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 13. — Ст. 1475; 2011. — № 1. — Ст. 16.

⁴ Федеральный закон от 3 апреля 1995 года № 40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности» (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 15. — Ст. 1269; 2011. — № 1. — Ст. 32.

⁵ Федеральный закон от 10 января 2003 года № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации» (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 2. — Ст. 171; 2011. — № 1. — Ст. 16.

⁶ Федеральный закон от 18 мая 2005 года № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (в ред. от 23 февраля 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 21. — Ст. 1919; 2011. — № 9. — Ст. 1204.

⁷ См.: Щедрин Н. Унификация профессиональных запретов / Н. Щедрин, М. Франкевич // Законность. — 2008. — № 3. — С. 20.

И.А. Минникес

Минникес Илья Анисимович — доктор юридических наук, проректор по научной работе Сибирской академии права, экономики и управления (г. Иркутск)

О технике индивидуальных правовых актов

Все исследователи индивидуальных правовых актов неизбежно сталкивались с рядом проблем, среди которых наиболее значимыми представляются две.

Прежде всего, это множественность индивидуальных правовых актов. В отличие от нормативно-правовых актов они в меньшей мере систематизированы. Кроме того, далеко не все индивидуальные акты подлежат обязательному опубликованию. Поэтому выводы делались на основе только того эмпирического материала, который был доступен конкретному исследователю.

Вторая проблема проистекает из первой. Индивидуальные правовые акты направлены на регулирование самых разных общественных отношений, и не учитывать специфику этих отношений просто нельзя. В связи с этим крайне сложно подобрать общий алгоритм для всех видов индивидуальных актов.

В отраслевых юридических науках индивидуальным актам всегда уделялось большое внимание¹.

В общей теории права работ в этой области значительно меньше².

Особо следует отметить ранние работы В.В. Миньшикова³, чьи исследования в этой области, к сожалению, не получили продолжения.

Вопрос о технике индивидуальных правовых актов на сегодняшний день представляет собой практически не исследованный пласт современной юриспруденции.

Термин «техника» происходит от греческого *techné* и означает «искусство, мастерство, умение». В настоящее время под техникой, как правило, понимаются или правила организации, осуществления чего-либо, или совокупность определенных навыков, приемов исполнения.

Когда данный термин применяется к правовой материи, прежде всего имеется в виду либо юридическая техника, либо криминалистическая техника.

Проблема юридической техники долгое время была соотносима исключительно с нормативными правовыми актами и рассматривалась в основном в аспекте правотворческой деятельности⁴.

¹ См.: *Дагель П.* Прокурорский надзор за законностью актов индивидуального регулирования в сфере уголовного права // *Актуальные проблемы прокурорского надзора.* — Владивосток, 1972; *Мартиросян Э.Р.* Проблемы индивидуальных правовых актов управления процессом труда // *Проблемы совершенствования законодательства о труде и социальном обеспечении.* — Свердловск, 1983; *Васильев Р.Ф.* Акты управления: значение, проблема исследований, понятие. — М., 1987; *Попов И.С.* Индивидуально-правовой акт в банковском регулировании с позиций банковского права // *Банковское право.* — 2000. — № 3; *Демченко Н.В.* Индивидуальные административно-охранительные акты: некоторые вопросы теории / Н.В. Демченко, П.И. Кононов // *Полицейское право.* — 2005. — № 4; *Кочарян В.* Индивидуальные правовые акты в механизме административно-правового регулирования валютных отношений // *Финансовое право.* — 2007. — № 1; *Демченко Н.В.* Индивидуальные административно-охранительные акты: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2008; *Гвоздева А.Н.* Индивидуальные административно-правовые акты: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2009; *Дементьев И.В.* Индивидуальные (ненормативные) налоговые правовые акты. — М., 2009; *Хахалева Е.В.* Индивидуальные правовые акты управления: особенности, формы, сроки исполнения // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2011. — № 1. — С. 150—152 и др.

² См.: *Исаков В.Б.* Акты индивидуального регулирования и юридические факты в механизме правового регулирования // *Сборник аспирантских работ.* — Свердловск, 1974. — Вып. 17. — С. 23—26; *Слесарева Е.С.* Индивидуальные акты управления: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1984; *Вежновец В.Н.* Индивидуальные акты органов внутренних дел по охране общественного порядка: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1987; *Княгинин К.Н.* Охранительные правоприменительные акты: вопросы теории и технологии. — Свердловск, 1991; *Ростова А.Г.* Индивидуальный правовой акт в системе ненормативных актов // *Pandectae: Сборник статей преподавателей и аспирантов кафедры государственно-правовых дисциплин юридического факультета ВГПУ.* — Владимир, 2007. — Вып. 3. — С. 160—166; *Чабан Е.А.* Локальные нормативно-правовые акты и проблемы индивидуального правового регулирования общественных отношений // *Очерки новейшей камералистики.* — Краснодар, 2011. — № 1. — С. 70—74 и др.

³ *Меньшиков В.В.* О понятии индивидуального юридического акта // *Труды по правоведению.* — Новосибирск, 1968. — С. 20—29; *Меньшиков В.В.* К вопросу о правовой природе плановых актов // Там же. — С. 141—151; *Меньшиков В.В.* Требования, предъявляемые к индивидуальным актам // *Сборник аспирантских работ.* — Свердловск, 1969. — Вып. 8. — С. 50—53.

⁴ *Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина.* — М., 1990; *Керимов Д.А.* Законодательная техника. — М., 1998; *Хабиллина Н.И.* Юридическая техника и язык закона. — СПб., 2000 и др.

Однако в юридической литературе достаточно давно отмечалось, что юридическая техника касается не только проблем правотворчества. Так, С.С. Алексеев еще в 1966 году писал, что «юридическая техника касается не только нормативных, но и индивидуальных актов»¹.

В этом направлении был предпринят ряд исследований. Так, например, затрагивался вопрос о юридической технике оформления правоприменительных актов органов государственного управления².

Одной из немногих работ, посвященных технике именно индивидуальных актов, долгое время оставалось диссертационное исследование А.А. Тенетко «Юридическая техника правоприменительных актов». Автор рассматривает правоприменительный акт как особый вид индивидуальных правовых актов, анализирует средства и приемы юридической техники правоприменительных актов, особенности юридической техники отдельных видов правоприменительных актов³.

Отрадно, что данная проблема получила свое развитие и в современных исследованиях⁴.

Другое направление в исследовании проблем техники индивидуальных актов — это интерпретационная техника. В этой области был также опубликован ряд интересных работ, и исследования в данном направлении продолжают⁵.

Поднимался вопрос о технике индивидуальных актов и в зарубежной юриспруденции. Румынская исследовательница А. Нашиц различает законодательную технику в широком смысле — как специфическую деятельность государственных органов по установлению правовой регламентации, формулированию содержания и форм правовых норм, и в узком смысле — как правила оформления правовых предписаний⁶.

Думается, что фраза «правила оформления правовых предписаний» может быть отнесена не только к нормативным, но и к индивидуальным актам.

Следует отметить, что автор настоящей статьи также обращался к проблеме техники индивидуальных актов. Данная статья является логическим продолжением предыдущей⁷.

В современных исследованиях вопрос о юридической технике ставится гораздо шире, чем в исследованиях прошлых лет.

Н.А. Власенко рассматривает юридическую технику как неотъемлемую часть юридической технологии, условие ее функционирования. Среди видов юридических технологий он выделяет правоприменительную — технологию подготовки и принятия индивидуальных актов и ее разновидность — договорную⁸.

Т.В. Кашанина, наряду с правотворческой техникой, исследует интерпретационную, правореализационную, правоприменительную технику⁹.

Арсенал законодательной техники во многом применим и к технике индивидуальных актов. Так, в фундаментальном исследовании «Научные основы советского правотворчества» сформулированы основные, наиболее общие требования, которые должны предъявляться к форме готовящихся проектов нормативных актов¹⁰.

Как представляется, такие требования, как конкретность, достаточная определенность правового регулирования; логическая последовательность изложения; отсутствие противоречий; максимальная краткость и компактность изложения; ясность, простота, доступность языка; точность и определенность формулировок, выражений и отдельных терминов; единообразие и последовательность использования технических приемов, в равной степени могут быть отнесены и к индивидуальным актам.

¹ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1966. — С. 125.

² Захарян Ф.Г. Юридическая техника оформления правоприменительных актов органов государственного управления // Проблемы советского строительства, государственного управления и правового воспитания на современном этапе: Тезисы докладов и сообщений на научно-практической конференции. — Уфа, 1975. — С. 183—185; Булатова Ю.В. Правотворческая техника как составляющая правовой экспертизы управленческих решений // Современное право. — 2009. — № 6. — С. 6—9 и др.

³ Тенетко А.А. Юридическая техника правоприменительных актов: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 1999.

⁴ Логинов А.С. Правоприменительная техника: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011.

⁵ См., например: Волленко Н.Н. Интерпретационная техника: понятие и содержание // Вестник Волгоградского государственного университета. — 2007. — Вып. 9. — С. 5—22; Лазарева О.В. Интерпретационная техника (вопросы теории и практики) // Современная юридическая наука и правоприменение (II Саратовские правовые чтения). — Саратов, 2009. — С. 133—136; Сухова Н.И. Особенности техники толкования правовых исключений // Современная юридическая наука и правоприменение (III Саратовские правовые чтения). — Саратов, 2010. — С. 115—116; Пишина С.Г. Проблемы определения критерия истинности толкования правовых норм как элемента правоинтерпретационной техники // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2010. — № 2 (13). — С. 89—92 и др.

⁶ Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная техника. — М., 1974. — С. 138.

⁷ Минникес И.А. Техника индивидуальных правовых актов // Современные проблемы правотворчества и правоприменения: Сборник научных трудов. — М.; Иркутск, 2009. — Вып. 7. — С. 8—12.

⁸ Власенко Н.А. Законодательная технология (Теория. Опыт. Правила). — Иркутск, 2001. — С. 9.

⁹ Кашанина Т.В. Юридическая техника. — М., 2007.

¹⁰ Научные основы советского правотворчества / Под ред. Р.О. Халфиной. — М., 1981. — Гл. VII: Законодательная техника и правотворчество. — С. 265—266.

Это же можно сказать и о выделяемых авторами названного исследования чертах текста нормативного акта, которые обеспечивают его максимальную точность. К ним относятся: использование слов и выражений в прямом, буквальном и точном значении; единство применяемой терминологии; применение терминов с четким, однозначным и строго очерченным смыслом; единые способы изложения однотипных формулировок; логическая последовательность и стройность изложения¹. Все перечисленные черты также применимы и к текстам индивидуальных актов.

Огромное значение для юридической техники в целом имеет юридическая терминология. Она в равной степени важна для техники нормативных, и для техники индивидуальных актов.

Ф.Г. Захарян, исследуя терминологию правоприменительных актов-документов, выделяет следующие категории терминов: общеупотребляемые, юридические и заимствованные из неюридического языка — техники, экономики, биологии и т. д. При этом автор подчеркивает, что особенностью правоприменительной терминологии является зависимость от терминологии, что является вполне естественным².

Думается, что предлагаемая классификация может быть распространена на все виды индивидуальных правовых актов-документов и не относится только к правоприменительным актам.

Однако далеко не все приемы и способы законодательной техники применимы к технике индивидуальных актов. Когда речь идет о характерных чертах, присущих именно природе нормотворческой деятельности, это остается прерогативой правотворчества.

В то же время специфика индивидуальных актов влияет на технику их подготовки и принятия.

Специфика индивидуальных правовых актов состоит в том, что *форма и содержание* индивидуального акта зачастую строго установлены законом³. Так, статья 169 АПК РФ «Изложение решения» перечисляет требования, которые предъявляются к изложению решения арбитражного суда, а статья 170 АПК РФ «Содержание решения» определяет структуру решения арбитражного суда и необходимые реквизиты, которые должен содержать каждый из его элементов. Статьи 171—175 АПК РФ говорят о содержательных и структурных особенностях решений по отдельным категориям дел.

Аналогично выглядит ситуация и в гражданском процессуальном праве. Статья 127 ГПК РФ определяет содержание судебного приказа, статья 197 ГПК РФ называется «Изложение решения суда», а статья 198 ГПК РФ — «Содержание решения суда».

Названная черта характерна и для административного права. Так, статья 29.10 КоАП РФ определяет форму и содержание постановления, а статья 29.12 КоАП РФ — определения по делу об административном правонарушении.

Несоблюдение требований, предъявляемых законом к форме и содержанию, может повлечь недействительность индивидуального акта.

В меньшей степени эта черта присуща индивидуальным договорам, когда закон допускает различные варианты формы и содержания акта, а в некоторых случаях письменная форма договора не является обязательной.

При односторонних сделках ситуация выглядит двояко. Когда такая сделка осуществляется посредством акта-действия и оформление акта-документа не является обязательным, разумеется, что о технике акта речи в данном случае не идет. Но когда оформление акта-документа обязательно, то обязательный характер носят и требования к его форме, содержанию и порядку оформления. Так, несоблюдения формы и порядка оформления завещания может повлечь признание его недействительным.

И конечно, названная черта в большей степени относится к правоприменительным актам.

При правоприменительном регулировании в отношении многих типичных ситуаций существуют специально утвержденные бланки актов-документов. Это, прежде всего, характерно для процессуальных документов.

Такое положение вещей сводит на нет творческое начало при создании многих индивидуальных правовых актов. Но, с другой стороны, с практической точки зрения это упрощает работу правоприменителя. Так, например, Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванов выступил с предложением разработать шаблоны, расписывающие порядок исполнения судебных решений в тех или иных случаях. По его мнению, судьям останется только решить дело и просто все написать, чтобы легко исполнялось⁴.

Подобное предложение выдвигает и С.К. Загайнова. Она предлагает в целях повышения уровня делопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах ввести единые бланки процессуальных

¹ Научные основы советского правотворчества / Под ред. Р.О. Халфиной. — М., 1981. — Гл. VII: Законодательная техника и правотворчество. — С. 295.

² Захарян Ф.Г. О терминологии правоприменительных актов // Применение советского права: Сборник ученых трудов. — Свердловск, 1974. — Вып. 30. — С. 128—129.

³ На некоторые аспекты этой проблемы уже обращалось внимание в юридической литературе. См., например: Ивакина Н. Порядок слов в правовых документах // Советская юстиция. — 1991. — № 2. — С. 27—28; Кашанина Т.В. Судебное решение и приговор как основные акты правосудия: логические и языковые правила составления // Российское правосудие. — 2009. — № 5. — С. 4—10.

⁴ Судить, так по шаблону // Российская газета. — 2007. — 8 июня.

документов, закрепив их образцы в приложениях к ГПК РФ и АПК РФ. По ее мнению, введение единых бланков процессуальных документов устранил разобщенность правил оформления судебных документов, будет дисциплинировать судей выносить мотивированные судебные акты, что положительно отразится на доверии участников гражданского оборота и международного сообщества к российскому правосудию¹.

Отношение к таким предложениям не может быть однозначным.

Безусловно, это положительно скажется на повышении уровня делопроизводства и единообразия формы судебных документов. Поэтому в отношении формы такие предложения кажутся приемлемыми.

Возможно, такая новация оправдана применительно к исполнительным документам, где основную роль играет резолютивная часть. Но в отношении судебного решения по гражданскому делу и приговора суда по уголовному делу такое предложение представляется неприемлемым. Причина тому — мотивировочная часть решения (приговора). Требования, предъявляемые к нему законом, настолько высоки, что это нельзя ограничивать каким-либо бланком. Поэтому, думается, не следует распространять это предложение на все виды правоприменительных актов.

Гораздо более интересными представляются другие предложения в области совершенствования техники индивидуальных актов.

В настоящее время обсуждается возможность нормативной регламентации юридической техники индивидуальных актов. Так, например, такую попытку предприняли разработчики проекта модельного закона субъекта Российской Федерации «О правовых актах субъекта Российской Федерации и правотворческой деятельности в субъекте Российской Федерации».

Статья 36 проекта модельного закона называется «Особенности юридической техники подготовки и оформления актов индивидуального правового регулирования (ненормативных правовых актов) субъекта Российской Федерации» и изложена следующим образом: «Акт индивидуального правового регулирования (ненормативный правовой акт) субъекта Российской Федерации должен содержать официальное обозначение нормативного правового акта (актов), предписывающего или допускающего принятие соответствующего акта индивидуального правового регулирования (ненормативного правового акта) субъекта Российской Федерации»².

Необходимо отметить, что данная статья касается только одной категории индивидуальных актов (актов субъекта РФ) и содержит указание только на одну особенность (официальное обозначение нормативного правового акта (актов), предписывающего или допускающего принятие соответствующего акта индивидуального правового регулирования).

Вряд ли это можно признать достаточным. Но сама попытка законодательного регламентирования техники подготовки и оформления индивидуальных актов заслуживает одобрения.

В целом следует констатировать, что в настоящее время техника индивидуальных актов разработана гораздо в меньшей степени по сравнению с техникой законодательной и кодификационной как в теоретическом, так и в практическом плане.

Вместе с тем, проблема становится все более актуальной с точки зрения как юридической науки, так и юридической практики. Одним из проявлений этой тенденции является то, что возрастают требования к качеству индивидуального правового акта (например, судебного акта). Исследования в этой области акцентируют внимание на таких требованиях к судебному решению, как справедливость, законность, обоснованность и т. д.³ Однако никто из авторов практически не говорит о том, что судебное решение должно быть безупречным и с точки зрения юридической техники.

В заключении необходимо отметить, что решение многих обозначенных задач невозможно без надлежащего арсенала юридической техники, в том числе и техники индивидуальных актов⁴.

¹ Загайнова С.К. Судебные акты в гражданском и арбитражном процессе: теоретические и прикладные проблемы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 2008. — С. 10.

² Модельный закон субъекта РФ «О правовых актах субъекта Российской Федерации и правотворческой деятельности в субъекте Российской Федерации» // Система правовых актов субъектов Российской Федерации: концепция и модель законодательного регулирования. — Иркутск, 2008. — С. 180.

³ Хахалева Е.В. Требования, предъявляемые к судебному решению в гражданском процессуальном законодательстве // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика: Сборник научных статей. — Краснодар, 2004. — С. 343—351; Тельнов А.В. Справедливость как необходимое требование к судебному решению // Мировой судья. — 2005. — № 7. — С. 22—23; Савина Ю.Н. Требования, предъявляемые к судебному решению // Юридический аналитический журнал. — Самара, 2005. — № 3—4. — С. 100—108; Фильченко И.Г. Взаимосвязь обоснованности с другими требованиями, предъявляемыми к судебному решению // Правовая наука и реформа юридического образования: Судебная реформа и правосудие в Российской Федерации: соотношение, правовое качество и проблемы: Сборник. — Воронеж, 2006. — С. 174—182; Плеханова Е.О. Основные требования, предъявляемые к судебному решению // Вестник Саратовской государственной академии права. — 2009. — № 2. — С. 112—115; Медведева Ж.А. Законность как одно из требований, предъявляемых к судебным решениям // Материалы Научной сессии (г. Волгоград, 19—22 апреля 2009 г.). — Волгоград, 2010. — Вып. 3. — С. 161—164 и др.

⁴ См. также: Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование: понятие, правотворческая деятельность, правовые акты. — Иркутск, 2009. — С. 41—59.

И.В. Михеева

Михеева Ирина Вячеславовна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и административного права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Составление законопроекта в Российской империи в XIX веке: роль министерств

На фоне выделения традиционных стадий законодательного процесса в Российской империи возникает ряд вопросов, касающихся составления и рассмотрения проекта законодательного акта. Например, к какой стадии относится составление законопроекта — законодательной инициативе как официальному акту внесения законопроекта в законодательный орган для обсуждения или обсуждению как процессу окончательного формирования текста законопроекта на основании внесенного в законодательный орган предположения о необходимости создания нового закона? Во втором случае о каком обсуждении может идти речь: об обсуждении структуры и содержания будущего закона в контексте формирования законотворческой инициативы, так называемого законодательного почина; или об обсуждении готового законопроекта в законодательном органе, в компетенцию которого входит принятие (или отклонение) подготовленного законопроекта?

Составление законопроекта трактовалось в дореволюционной русской правовой традиции учеными на протяжении долгой истории правотворчества крайне неоднозначно. То выделялась как отдельная стадия (В.В. Ивановский, В.В. Сокольский, И.Е. Андреевский); то обозначалась в качестве этапа на стадии законодательной инициативы (Г.А. Алексеев, И.А. Шингарев, Б.Э. Нольде, А.С. Тагер); то рассматривалась как этап обсуждения законопроекта (Г.Ф. Шершеневич). Кроме того, большинство правоведов поднимали проблемы субъектов составления законопроектов в контексте законодательной инициативы, при этом составление законопроекта не выделяли ни отдельной стадией, ни отдельным этапом. Это, например, Г.А. Алексеев, И.А. Шингарев, Б.Э. Нольде, А.С. Тагер и др.

Уже современные исследователи обращают внимание, что невключение в число четырех обязательных согласно исторической традиции стадий (законодательной инициативы, обсуждения закона, его утверждения и обнародования) этапа разработки законопроекта является наиболее явным несоответствием порядка реально осуществляемой деятельности по созданию закона и реализации законодательного процесса¹.

В.В. Сокольский определял «составление закона» через «различение» базовых содержательных «моментов»: а) возбуждение законодательного вопроса, б) составление законопроекта, в) рассмотрение и обсуждение законопроекта, г) утверждение и санкция законопроекта, посредством которой проект становится законом². Такое широкое наполнение содержания «составления закона» отождествляло эту стадию со всем законодательным процессом. Между тем составление закона в таком широком понимании предполагает в качестве обязательного элемента составление текста законопроекта. Последнее как стадия законодательного процесса имеет конкретное наполнение (например, свою цель, соответствующих субъектов ее реализации, определенный результат, последовательность конкретных процедур). Таким образом, разграничивались понятия «составление закона» и «составление законопроекта».

В силу того что по действующему в Российской империи XIX века законодательству первоначально законодательными органами решался вопрос о необходимости ввести ту или иную законодательную норму, составление законопроекта «помещалось» между решением уполномоченного органа о необходимости изменения, отмены или создания нового закона и внесением готового законопроекта для обсуждения в законодательный орган.

По русскому праву в XIX веке составление законопроектов совершалось или по Высочайшему повелению, или по непосредственной инициативе тех учреждений и должностных лиц, которые пользовались правом законодательной инициативы, или возлагалось на государственную канцелярию.

Так, в 1902 году муромский городской голова обратился в Государственный совет с жалобой на постановление Владимирского губернского присутствия по земским и городским делам, ко-

¹ См.: Зяблова Т.Е. Социальные основы законотворчества в современной России: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Владимир, 2004.

² Сокольский В.В. Русское государственное право. — Одесса, 1890. — С. 67.

торое отменило постановление уездной Городской думы об отказе в поддержании старинной Космодемиановской церкви в их городе. В ходе рассмотрения жалобы выяснилось, что в действующем Строительном уставе (1900 г.) зафиксированы лишь эпизодические, бессистемные постановления относительно древних памятников. Члены Государственного совета как законодательного органа предложили министру внутренних дел пересмотреть действующие постановления относительно памятников старины и внести свои соображения на рассмотрение законодательных учреждений. Таким образом, рассмотрение в Государственном совете дела о поддержании одной древней церкви в г. Муроме послужило поводом для поручения Государственным советом министру внутренних дел подготовить проект законодательных мер по охране памятников старины¹.

Проект закона мог быть составлен: в пояснение или в дополнение известной статьи закона, входящего в Свод законов Российской империи, или в отмену, когда та или другая статья отменяется и не заменяется никакой другой; в перемену, когда новая статья не прямо, но косвенно ограничивает силу существующей статьи закона; в ограничение, когда четко определяется, что известная статья Свода не будет больше действовать по тем или другим отношениям; в замену, когда прежняя статья закона заменяется совершенно новой².

Составление проекта предполагало определенную последовательность необходимых действий, которые должны были совершаться конкретными субъектами. Процессуальные нормы, предусматривающие пошаговое составление проекта закона, были «рассыпаны» по действующему в Российской империи законодательству. Причем часть этих норм регламентировала скорее не законодательный процесс, а делопроизводство тех структур, которые занимались составлением законопроекта³.

К составляемому законопроекту предъявлялся ряд требований. Представление о новом законодательном акте «должно заключать в себе: 1) точное указание на существующие законы или учреждения; 2) недостаток их или важные неудобства, опытом удостоверенные; 3) предположения министра, или проект закона или учреждения; 4) означение тех статей прежнего закона, которые новым постановлением получают отмену, или иное изменение частью или в целом»⁴. Кроме того, проект должен был содержать конкретные изменения, которые он вносит в действующее законодательство.

Соблюдение требований к составлению проекта закона предполагало наличие определенных ресурсов: кадровых, информационных, финансовых, материально-технических и пр. В связи с этим право составления проекта ограничивалось более узким кругом лиц и учреждений, нежели право законодательной инициативы. Составление проектов в XIX веке, как правило, поручалось министерству, в чьем ведении находилась область предполагаемого к изменению правового регулирования. В случаях особенной важности, именно когда изменение в законодательстве касалось разных областей управления и требовало «разносторонних соображений», по особому Высочайшему повелению составлялись специальные комиссии для выработки проекта закона. Высокую активность в создании проектов законов проявляли и разного рода учреждения и общества, не наделенные полномочиями по составлению законопроектов. Их проекты, разработанные на разного рода съездах, ложились в основу составляемых в специальных, ведомственных, межведомственных комиссиях, комитетах, совещаниях, выступали затем в качестве официальных законопроектов⁵.

«Начала», на которых базировалось составление проектов новых законов, были заложены еще Екатериной II. Они были объявлены Правительствующему сенату в Именном указе генерал-прокурору от 7 апреля 1788 года о наблюдении за тем, чтобы определения Сената основывались на указах, определяющих порядок производства дел при составлении новых правовых актов⁶. Ясно указывалось на необходимость сбора Сенатской канцелярией надлежащих справок и выписок из законов, которые должны были зачитываться на заседании. Этим правилам следовали впоследствии все государствен-

¹ РГИА, ф. 1284, оп. 186, д. 11а, л. 31—31 об.

² Градовский А.Д. Начала русского государственного права. — СПб., 1876. — Т. II. — Кн. 2 // СПС «Гарант».

³ Например, в Общем учреждении министерств 1811 года это глава V «Порядок производства дел». Также см., например: ПСЗ 2. — Т. VIII. — Ч. 1. — № 6369; ПСЗ 2. — Т. XXIV. — № 27873; ПСЗ 2. — Т. XXXII. — № 33319; ПСЗ 2. — Т. XXXV. — № 35105; ПСЗ 2. — Т. VI. — Ч. 1. — № 4537 и др.

⁴ ПСЗ 1. — Т. XXXI. — № 24686. — Ст. 222; ПСЗ 2. — Т. XVIII. — Ч. 1. — № 16728; Учреждение министерств. Изд. 1892 года // СЗРИ. — СПб., 1912. — Ст. 162.

⁵ Подробно об этом см.: Михеева И.В. Правотворческая деятельность Министерства внутренних дел Российской империи по охране памятников истории и культуры в XIX — начале XX века (историко-правовой аспект): Монография. — Н. Новгород, 2009.

⁶ Именной указ от 7 апреля 1788 года, данный генерал-прокурору «О неотступлении Сенатской канцелярии от предписанного обряда при докладе, о приезде присутствующим в Сенат в установленное время, о неоставлении заседания прежде положенного часа и об основании по всем делам Сената по всем делам на законах» // ПСЗ 1. — Т. XXII. — № 16642.

ные учреждения (органы), которым было «предоставлено право, вследствие возбуждения инициативы закона, составить проект закона»¹.

Созданный в 1711 году Сенат просуществовал вплоть до 1917 года. При этом статус его на протяжении всего времени функционирования изменялся. В начале XIX века Александр I решил восстановить Сенат «на прежнюю ступень, ему приличную», а права Сената «поставить на незыблемом основании, как Государственный закон»². Был издан Указ «О правах и обязанностях Сената», в соответствии с которым Сенату «дозволялось» подавать замечания на императорские указы в случае «несогласия их с прочими узаконениями», то есть ставить вопрос об их изменении³. Правда, этого права, права представлять свои замечания на новые законы (а не на прошлые, уже изданные), Сенат лишился уже в 1803 году⁴.

Статутные указы начала XIX века не представляют Сенат в качестве законосовещательного органа. Но на практике действовало правило, в силу которого Сенат не приступал к решению дел, на которые не было точного закона, а по всякому такому казусному делу составлял проект решения и подносил его государю⁵. Реализация Сенатом этого права имела особенно в первой половине XIX века большое значение для законодательства, поскольку таким путем восполнялось немало пробелов в законе.

Законодательство XIX века содержало норму, в соответствии с которой Правительствующий сенат по делам правительственным и распорядительным вместе с изъяснением причин к отмене прежнего распоряжения представляет через министра юстиции на Высочайшее рассмотрение и свои предположения о новом постановлении⁶. В Учреждении Правительствующего сената (изд. 1892 года и в прод. 1906 года) говорилось о необходимости сохранять в законопроекте структуру соответствующего ему закона в Своде, предполагаемые изменения выражать словами «в пояснение», «в дополнение», «в отмену», «в перемену», «в ограничение», «в замену»⁷. Интересно, что предписанные правила составления законопроектов носили двойственный характер и, с одной стороны, обозначали процедуры, обеспечивающие продвижение законопроекта, а с другой — были организационными принципами реализации деятельности по составлению текста закона.

В случае подготовки законодательных предположений Сенат передавал свое определение (проект) в подлиннике министру юстиции. Последний, в свою очередь, вносил со своим заключением этот законопроект в Государственный совет или Комитет министров⁸. Причем на внесение проекта министр юстиции должен был испросить Высочайшее разрешение. В данном случае министр юстиции был обязательной инстанцией внесения законопроекта из Сената в Государственный совет или Комитет министров, хотя его роль в данной законопроектной деятельности ограничивалась составлением заключения для Государственного совета и далее монарху.

В XIX веке высшим законосовещательным органом стал Государственный совет⁹. В соответствии с законодательством, определявшим его статус, Совету принадлежали функции составления законопроектов (наряду с функциями обсуждения). Во всяком случае, по Учреждению Государственного совета заключения департаментов и общего собрания излагались так, чтобы в случае утверждения императором их можно было перенести в «исполнительную бумагу» в том же виде, в каком содержались в журнале¹⁰. И если закон предполагалось изложить не в форме мнения Государственного совета, а в

¹ Андреевский И.Е. Русское государственное право. — СПб.; М., 1866. — Т. 1: Введение. — Ч. 1: О правительстве. — С. 170.

² Именной указ от 5 июня 1801 года, данный Сенату «О сочинении Сенату особого доклада о правах и обязанностях его для утверждения оных силою закона на незыблемом основании» // ПСЗ 1. — Т. XXVI. — № 19908.

³ Именной указ от 8 сентября 1802 года «О правах и обязанностях Сената» // ПСЗ 1. — Т. XXVII. — № 20405.

⁴ Именной указ от 21 марта 1803 года, данный Сенату «О неприкосновенности прав, предоставленных дворянству» // ПСЗ 1. — Т. XXVII. — № 20767.

⁵ Высочайше утвержденное мнение Государственного совета от 28 января 1852 года «О сокращении делопроизводства и переписки по гражданскому управлению» // ПСЗ 2. — Т. XXVII. — Ч. 1. — № 25944; Учреждение Правительствующего сената. Изд. 1892 года // СЗРИ. — СПб., 1912. — Т. I. — Ч. 2. — Кн. 4. — Ст. 201.

⁶ Высочайше утвержденное мнение Государственного совета от 6 января 1830 года «Об охране твердости решений Сената, вошедших в законную силу» // ПСЗ 2. — Т. V. — Ч. 1. — № 3406; Высочайше утвержденное мнение Государственного совета от 16 марта 1832 года «О пересмотре по новым обстоятельствам решений департаментов Сената в законную силу уже вошедших» // ПСЗ 2. — Т. VII. — № 5236; Высочайше утвержденное положение Комитета министров от 15 апреля 1866 года // ПСЗ 2. — Т. XLI. — Ч. 1. — № 43191.

⁷ Учреждения Правительствующего сената // СЗРИ. — СПб., 1912. — Т. I. — Ч. 2. — Кн. 4.

⁸ Там же.

⁹ Образование Государственного совета от 1 января 1810 года // ПСЗ. — Т. XXXI. — № 24064. — Ст. 29; Высочайше утвержденное учреждение Государственного совета и Государственной канцелярии от 15 апреля 1842 года // ПСЗ 2. — Т. XVII. — Ч. 1. — № 15518. — Ст. 23; Высочайше утвержденное учреждение Государственного совета от 30 марта 1901 года // ПСЗ 3. — Т. XXI. — Ч. 1. — № 19883. — С. 31.

¹⁰ Образование Государственного совета от 1 января 1810 года // ПСЗ. — Т. XXXI. — № 24064. — Ст. 138; Высочайше утвержденное учреждение Государственного совета и Государственной канцелярии от 15 апреля 1842 года // ПСЗ 2. — Т. XVII. — Ч. 1. — № 15518. — Ст. 44, 86; Высочайше утвержденное учреждение Государственного совета от 30 марта 1901 года // ПСЗ 3. — Т. XXI. — Ч. 1. — № 19883. — Ст. 95.

виде особого устава, положения, учреждения, правил или предполагалось обнародовать закон при именном указе Сенату, то Государственный совет обсуждал и проект самого законоположения, и проект именного указа как по содержанию, так и в отношении редакции. Но если форма предполагаемого к изданию закона обращала на себя внимание Совета, то Совет давал свое заключение и на форму проекта. Так, например, Государственный совет признал необходимым ввиду особой важности вопроса обнародовать при именном указе Сенату в 1880 году законоположение о введении мировых учреждений в прибалтийских губерниях, а в 1881 году — об обязательном выкупе и о понижении выкупных платежей.

Иногда сама редакция именного указа вызывала разногласия. Так было по делу о частичной отмене подушной подати в 1883 году. В общем собрании 6 членов находили неуместным включить в именной указ заявление лишь о намерении правительства «начать отмену подушной подати». 36 членов полагали, что нельзя не объявить о планировании отмены с 1 января 1883 года подушной подати для трех разрядов плательщиков, что уже было обещано в Правительственном вестнике Высочайшим повелением от 23 марта 1879 года. Мнение большинства было удостоено Высочайшего утверждения¹. Но если император не утверждал ни одного мнения, а ставил особую резолюцию, то само изложение именного указа или словесное Высочайшее повеление составлялось в государственной канцелярии, причем словесное Высочайшее повеление излагалось за подписью председателя Совета². Как правило, фактическое «изготовление» законоположения осуществлялось государственной канцелярией.

В Государственном совете происходило обсуждение законопроекта, в ходе которого составлялся окончательный текст будущего закона. Сама же разработка законопроекта велась в специальных комитетах и комиссиях. В Учреждении Государственного совета указывалось на возможность создания в составе Государственного совета особых совещаний и подготовительных комиссий для предварительного соображения и разработки особо важных и сложных законопроектов³.

При Государственном совете в начале XIX века была учреждена Комиссия по принятию прошений, через которую частные лица могли обращаться с проектами законов к Верховной власти. Правда, если комиссия находила поданные проекты заслуживающими внимания, они направлялись к министрам «по их принадлежности». Министры, в свою очередь, поручали рассмотрение полученных проектов особым комитетам или комиссиям, которые для этих целей учреждались при министерствах. Комиссии при министерствах могли дать «движение» заслуживающим того проектам⁴.

Это правило сохранялось и далее при выделении данной Комиссии прошений в царствование Николая I в 1835 году в самостоятельное учреждение, находящееся в распоряжении государя императора⁵, а также когда в 1884 году Комиссия прошений была заменена специальной Канцелярией прошений при Императорской квартире. В период ограниченной монархии в 1905 году рассматривать и обсуждать поступающие на имя государя предположения частных лиц и учреждений «по вопросам, касающимся усовершенствования государственного благоустройства и улучшения народного благосостояния», повелевалось состоящему под председательством императора Совету министров. Эти дела должны были вновь рассматриваться министрами, но уже коллегиально в Совете министров, который стал в начале XX века играть роль российского правительства. Правда, 6 августа 1905 года этот указ был отменен, а «виды и предположения» относительно совершенствования законодательства должны были «восходить порядком в учреждении Государственной Думы установленным»⁶.

В составе Государственного совета в 1810 году была образована также «Комиссия составления законов» для создания нового уложения. В ее структурах (отделения во главе с начальниками составляли конференцию во главе с директором) создавались проекты законов, которые представлялись для обсуждения в Государственный совет. В 1826 году Комиссия была поставлена в непосредственное подчинение императора и включена в состав Собственной Его Императорского Величества Канцелярии (СЕИВК) в качестве отделения с приданием ей характера кодификационного учреждения.

¹ Отчет по Государственному совету за 1882 год. — СПб., 1882. — С. 54—57.

² Образование Государственного совета от 1 января 1810 года // ПСЗ 1. — Т. XXXI. — № 24064. — Ст. 77; Высочайше утвержденное учреждение Государственного совета и Государственной канцелярии от 15 апреля 1842 года // ПСЗ 2. — Т. XVII. — Ч. 1. — № 15518. — Ст. 118; Высочайше утвержденное учреждение Государственного совета от 30 марта 1901 года // ПСЗ 3. — Т. XXI. — Ч. 1. — № 19883. — С. 129.

³ Высочайше утвержденное Учреждение Государственного совета от 30 марта 1901 года // ПСЗ 3. — Т. XXI. — Ч. 1. — № 19883.

⁴ Образование Государственного совета от 1 января 1810 года // ПСЗ 1. — Т. XXXI. — № 24064. — Ст. 113.

⁵ Учреждение Комиссии прошений // СЗРИ. — СПб., 1857. — Т. I. — Ч. II. — Кн. 5.

⁶ Именной Высочайший указ от 6 августа 1905 года, данный Сенату «Об отмене Высочайшего указа 18 февраля 1905 года о возложении на Совет министров сверх дел, ему ныне подведомственных, рассмотрения и обсуждения поступающих на Высочайшее имя от частных лиц и учреждений видов и предположений по вопросам, касающимся усовершенствования государственного благоустройства и улучшения народного благосостояния» // ПСЗ 3. — Т. XXV. — Ч. 1. — № 26657.

II отделению СЕИВК принадлежали функции по составлению отзывов на предварительно внесенные в Государственный совет законопроекты, а также поручались работы по созданию важных законопроектных. В 1882 году оно было упразднено и заменено кодификационным отделом при Государственном совете, обязанности которого состояли исключительно в разработке Свода законов и издании полного собрания законов. Проекты законов кодификационному отделу сообщались министрами только к сведению. Отзыв на законопроект составлялся только тогда, когда министр находил это нужным в контексте связи предмета законопроекта с разработкой Свода законов. Таким образом, здесь в контексте составления текста законопроекта основной инстанцией было министерство.

Следует заметить, что в России периода абсолютной монархии министерства традиционно назывались среди органов, уполномоченных на составление законопроекта и представление его для обсуждения. Это было обусловлено объективно. Составление текста законопроекта требовало серьезной подготовительной работы. Последняя включала сбор информации по предмету предполагаемого регулирования, изучение достоинств и недостатков существующей регламентации таких или аналогичных правовых отношений в России и за рубежом, сбор и обобщение существующих в обществе позиций по средствам и методам предпринимаемой правовой регламентации и пр. Необходимыми для проведения этой работы ресурсами обладали, прежде всего, министерства с соответствующими властными полномочиями, со штатом служащих, налаженным делопроизводством, специалистами в конкретной сфере, создаваемыми при них комиссиями.

Без участия министров и министерств составление законодательных актов практически не обходилось. Тем более, если составление законопроекта поручалось министерству, возбуждавшему законодательный вопрос. В этом случае составленный министром законопроект рассматривался сначала в Совете министра. Затем составлялось представление министра в Государственный совет, где указывались действующие по предмету нового регулирования законы или учреждения; обозначались недостатки действующих законов с примерами из опыта, иллюстрирующими «важные неудобства»; формулировался текст проекта закона или учреждения; указывались те статьи прежнего закона, которые отменялись или изменялись новым законом.

По требованию Учреждения министерств предложения новых законов должны были обуславливаться действительной необходимостью, а законопроекты — составляться с крайней осмотрительностью. Представление министров в Государственный совет о необходимости нового закона или учреждения, об отмене прежнего должно было содержать не только точное изложение недостатков действующих законов или учреждений, но и предположения министра или составленный в министерстве проект закона или учреждения. Перед этим обязательным было точно удостовериться в неудобстве или недостатке нового закона, изучить действующее законодательство, сделать аналитическое сравнение действующих и предполагаемых норм, уяснить причины необходимости принятия нового закона. Аналитические материалы готовились в департаментах министерств. Там формировались записки, содержащие в себе изложение существа дела, причины и необходимость нового постановления или изменения прежних законоположений и проект нового постановления. С этой запиской знакомился директор департаментов министерства на заседании Совета министра. В случае связи предпринимаемой законодательной меры с другими министерствами с последними производились необходимые сношения, чтобы удостовериться в единстве законодательных действий¹.

Если мнение министра не совпадало с мнением его Совета, то кратко изложенное мнение Совета приписывалось к предложению министра, чтобы в Государственном совете была видна суть разногласия. В конечном итоге представление министра «по испрошении им Высочайшего разрешения» вносилось в Государственный совет².

Кроме того, общим правилом было составление законопроектов в междуведомственных комиссиях при одном из министерств с назначением в их состав представителей разных ведомств и приглашением специалистов. Такая комиссия учреждалась Высочайшим указом, где определялись ее состав и делопроизводство. Последнее предполагало пошаговую инструкцию технической реализации комиссиями своих полномочий по составлению текста законопроекта.

Если говорить о министерских комиссиях, то примерами могут быть комиссии, действовавшие в рамках подготовки закона о сохранении древностей. Это комиссия, созданная по указанию Сената в 1876 году «для обсуждения предложений о мерах к охранению памятников древности» при Министерстве народного просвещения под непосредственным руководством и председательством товарища министра внутренних дел, статс-секретаря князя А.Б. Лобанова-Ростовского; Комиссия для пересмотра действующих постановлений относительно древних памятников, созданная при Министерстве внутренних дел в декабре 1904 года. Именно в министерских комиссиях и составлялись законопроекты. Они имели, как правило, достаточно солидное представительство от заинтересованных ведомств, общественных учреждений. В ходе работы комиссий обобщался имеющийся правовой материал, включая за-

¹ Общее учреждение министерств от 25 июня 1811 года // ПСЗ 1. — Т. XXXI. — № 24686. — § 222—224.

² Там же. — § 130.

конодательные акты зарубежных стран. На заседаниях составлялся первоначальный текст законопроекта. Затем согласно существовавшим правилам составленный законопроект с объяснительной запиской отпечатывался и направлялся для отзыва в соответствующие учреждения. Рассылка отпечатанных экземпляров законопроекта осуществлялась официально канцелярией или ответственным департаментом того министерства, при котором образовывалась комиссия по подготовке законопроекта. Она оформлялась циркулярным отношением, содержащим перечень вопросов, которые комиссия предполагала обсудить. Затем поступавшие в министерскую комиссию отзывы на первоначально составленный законопроект обобщались, вносились соответствующие изменения в формулировки.

По такой же схеме работали и особые межведомственные совещания, которые создавались, как правило, тоже при министерстве. Комиссия при конкретном министерстве включала представителей других ведомств, общественных учреждений и обществ. Смешанный характер представительства комиссий позволял обозначать их как межведомственные. В то же время отсутствие общей правовой регламентации деятельности подобного рода комиссий не позволяло провести четкое различие между комиссией и совещанием. Отсюда инвариантность выбора для обозначения организационной формы одной и той же структуры, предназначенной для подготовки конкретного законопроекта. Во всяком случае, архивные документы не позволяют отграничить, например, Комиссию для пересмотра действующих постановлений об охране древних памятников, Особую комиссию по пересмотру действующих постановлений об охране древних памятников, Междуведомственное совещание для выработки закона об охране древностей. Все три обозначения относятся к органам, которые были созданы в период 1870—1914 годов для выполнения определенной функции, в частности — подготовки законопроекта об организации государственной охраны памятников старины.

К составлению текста проектируемого документа в министерских специально создаваемых комиссиях и особых совещаниях привлекались не только чиновники — представители заинтересованных ведомств, но и люди, обладавшие специальными знаниями. При этом именно на стадии составления проектируемой законодательной меры до внесения его в законосовещательный или законодательный орган проходили первые обсуждения с привлечением чиновников соответствующих государственных структур, представителей общественности, печати.

В ответственном департаменте министерства составлялся законопроект, систематизировались итоги предварительного обсуждения, делались поправки и готовился итоговый текст документа, с которым министр выходил в Государственный совет. У министра была, правда, еще одна альтернатива — Комитет министров.

Следует заметить, что с позиций современного понимания законотворчества полномочия законодательных органов и органов исполнительной власти отграничиваются различной природой принимаемых нормативно-правовых актов. В одном случае это законы, в другом — подзаконные акты. Но в дореволюционной России, особенно это свойственно периоду абсолютной монархии, закон и административный акт не имели четких формальных и материальных характеристик, а принимаемые коллегиальными органами исполнительного характера — Комитетом министров и Советом министров — акты после утверждения императором имели силу закона. К тому же при попытках провести четкую линию между предметами ведения исполнительных органов и органа изначально законосовещательного — Государственного совета — этого сделать не удавалось. Поэтому представляется возможным говорить о том, что в XIX веке по природе своей исполнительные органы (Комитет и Совет министров) участвовали в создании нормативных актов, приобретавших силу закона (после утверждения императором), и для этого им не нужно было вмешиваться в компетенцию Государственного совета, поскольку этой компетенции четко прописано не было.

Более того, исследователи деятельности Комитета министров в первой половине XIX века сошлись в его оценке как органа законосовещательного¹. Министрами вносились в Комитет дела, которые они не могли или не желали решать собственной властью либо которые затрагивали интересы нескольких ведомств. Причем нередко Комитет министров рассматривал и законопроекты. Проходившие через него акты утверждались императором и обнародовались Сенатом, минуя Государственный совет. Это представляло собой более простую для министра процедуру. Дело в том, что Комитет министров вправе был «принимать юридические акты общего характера, которые при условии утверждения их императором являлись законами в широком смысле»². Действительно, целый ряд положений Комитета министров носил нормативный характер. Это Положения «О порядке замещения в университетах профессорских и адъюнкских вакансий»³, «О воспрещении фабрикантам назначать в

¹ Зуев Н.И. Комитет министров в первой половине XIX века: Монография / Под ред. Ю.П. Титова. — Магадан, 2008. — С. 143.

² Там же. — С. 152.

³ Высочайше утвержденное Положение Комитета министров от 30 июля 1840 года, объявленное управляющим министерством юстиции «О порядке замещения в университетах профессорских и адъюнкских вакансий» // ПСЗ 2. — Т. XV. — Ч. 1. — № 13706.

ночные работы малолетних менее 12-летнего возраста»¹, «О новой аптекарской таксе»² и др. Но подобные нормативные акты представлялись в Комитет в большинстве своем министрами. Например, по отчету за 1818 год из всех дел, поступивших в Комитет министров, 88,4% было представлено министрами и главноуправляющими³. Во второй половине XIX века в Комитет министров в среднем вносилось 1000—1200 дел в год. Третью часть из них составляли представления министра внутренних дел и финансов⁴, которые включали составленные в министерстве правовые акты и подписывались министром⁵.

Накануне дня заседания министры присылали управляющему делами Комитета министров записки о делах, которые вносились на рассмотрение Комитета. В записках содержались обстоятельства дела, необходимые справки и мнение министра по делу. В случае, если по представляемому министром делу предполагалось издание указа, прилагался проект этого указа⁶, который составлялся по той же схеме, как и при внесении его в Государственный совет. В Учреждении Комитета министров 1812 года не говорилось о том, что дела должны поступать в Комитет министров по особому Высочайшему повелению, поскольку это предусматривалось на случай отсутствия монарха в столице. Но это было закреплено позже в 1832 году⁷.

С созданием Совета министров в 1861 году «предположение» к устройству и усовершенствованию разных министерствам частей, возникающее в министерстве, должно было представляться на предварительное рассмотрение Совета министров в Высочайшем присутствии. Первоначальные предположения, возникающие в министерствах, о необходимости отменить или изменить какой-либо из действующих законов должны были вноситься для рассмотрения в Совет министров. После этого министерство могло внести проект уже на рассмотрение Государственного совета. В Совет министров дела от министров должны были поступать по «особым каждый раз» Высочайшим разрешениям⁸. Таким образом, законодательство, определявшее статус Совета министров в 1861 году, предполагало следующие действия министерств по представлению законопроекта. Министр представлял первоначальные предположения в Совет министров; там они рассматривались и получали одобрение; затем в министерстве составлялся текст законопроекта, который и вносился с одобрения императора в Государственный совет, после обсуждения в котором шел на утверждение и подпись императора.

По статье 203 Учреждения министерств по продолжению Свода 1863 года при составлении нового закона нужно было предоставить аргументы в пользу необходимости нового закона и обозначить причины существования действующих законов, изменения, которые повлекут новые законы. Обязательным было согласование законопроектов, затрагивающих несколько отраслей регулирования, министрами путем подписания ими проекта (ст. 201). Таким образом, проект закона хоть и составлялся в конкретном министерстве, но к согласованию его в процессе составления законодательного акта привлекались и другие заинтересованные министры.

Итак, составленный законопроект являлся необходимым условием реализации законодательного процесса. Между тем четкая и ясная регламентация процедурных моментов законодательства в XIX и даже в начале XX века отсутствовала. Процессуальные нормы содержались, прежде всего, в статутных актах участников законодательного процесса. Последовательность действий по составлению законопроектов обозначалась в актах, учреждающих комиссии и особые совещания, уполномоченные заниматься созданием конкретных законодательных актов.

Несмотря на инвариантность выбора субъекта, куда вносился составленный в министерстве проект законодательного акта — в Государственный совет, Комитет министров и позднее в Совет министров, шаговая последовательность составления законопроекта в министерстве и его комиссиях

¹ Высочайше утвержденное Положение Комитета министров от 7 августа 1845 года «О воспрещении фабрикантам назначать в ночные работы малолетних менее 12-летнего возраста» // ПСЗ 2. — Т. XX. — Ч. 2. — № 19262.

² Высочайше утвержденное Положение Комитета министров от 18 июля 1850 года «О новой аптекарской таксе» // ПСЗ 2. — Т. XXV. — Ч. 1. — № 24336.

³ Ведомость сколько и от кого поступило в Комитет министров бумаг в 1818 году // РГИА, ф. 1263, оп. 1, д. 115, л. 205. Статистика приведена в работе: Зуев Н.И. Комитет министров в первой половине XIX века: Монография / Под ред. Ю.П. Титова. — Магадан, 2008. — С. 103.

⁴ Статистика приведена по: Ремнев А.В. Самодержавное правительство: Комитет министров в системе высшего управления Российской империи (вторая половина XIX — начало XX в.). — М., 2010. — С. 113—114.

⁵ Положение Комитета министров от 1 августа 1833 года «О подписывании проектов правил, положений и т. п., прилагаемых к вносимым в Комитет министров запискам теми самими лицами, от коих и записки вносятся» // ПСЗ 2. — Т. VIII. — Ч. 1. — № 6369.

⁶ ПСЗ 1. — Т. XXXII. — № 25044. — § 11, 12, 15, 16.

⁷ СЗРИ. — СПб., 1832. — Т. I. — Ст. 176. — С. 176.

⁸ Высочайшее повеление от 12 ноября 1861 года, опубликованное 15 ноября 1861 года «Об учреждении Совета министров и порядке движения дел в оном, и о поручении Комитету министров, всем министрам и главноуправляющим составить подробные соображения о сокращении делопроизводства» // ПСЗ 2. — Т. XXXVI. — Ч. 2. — № 37619.

предполагала довольно устойчивую формулу действий структурных подразделений самого министерства и создаваемых междуведомственных комиссий.

Идеи законопроектов, векторы правовой регламентации выбранной сферы общественных отношений, закладываемые в законопроект элементы механизма правового регулирования, наконец, выбор пути привнесения готового законопроекта изменялись в зависимости от политической, социальной обстановки, выбираемого предмета правового регулирования, личности лоббирующего законопроект субъекта и пр. Что касается алгоритма составления законопроекта, то правила, регулирующие последовательность действий министерств по составлению законопроекта, так же как и других субъектов составления проекта закона, формулировались в правилах ведения делопроизводства. Последние, несмотря на предпринимаемые попытки их усовершенствовать¹, имели малоизменчивый характер и могли применяться одинаково к проектам совершенно разных по содержанию и политико-правовой подоплеке законов.

¹ ПСЗ 2. — Т. XXXVI. — Ч. 2. — № 37619; РГИА, ф. 1263, оп. 1, д. 4а, л. 1—178.

М.А. Мушинский

Мушинский Михаил Адеилович — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Национального исследовательского Иркутского государственного технического университета

Эффективность правотворческой деятельности и эффективность законодательства: соотношение и критерии

Правотворчество и законодательство характеризуются, соответственно, как деятельность специально уполномоченных субъектов и как результат этой деятельности. Очевидно, излишне упрощенным было бы утверждение о том, что эффективность законодательства зависит от эффективности правотворческой деятельности. На эффективность законодательства, помимо правотворческих, оказывает влияние множество иных условий и факторов. Оправдан поэтому методологический подход Т.Д. Зражевской, которая рассматривает эффективность конституционного законодательства через призму его реализации и указывает, что «при оценке тех или иных конституционных нормативных правовых актов повсеместно наблюдается подмена таких разнопорядковых явлений, как качество самой нормы права, условиями и показателями эффективности этой нормы»¹. Однако очевидно и то, что важнейшим условием эффективности отдельных нормативных правовых актов, их массивов и законодательства в целом все же является их социально-правовое и юридико-техническое качество. Достижение же должного уровня качества законодательства возможно лишь при условии эффективности правотворческой деятельности. Поэтому при разработке стратегии и тактик законодательного развития важно постичь соотношение понятий «эффективность законодательства» и «эффективность правотворческой деятельности» (есть, к сожалению, работы, где эти понятия используются чуть ли не как синонимы). Нужно установить каналы, точки и интенсивность взаимовлияния обозначаемых этими понятиями явлений правовой действительности. Наконец, необходимо выработать теоретические основы практической реализации обнаруженных закономерностей в практическом правотворчестве.

Начать следует, пожалуй, с эффективного законодательства как итоговой цели, определяющей сам смысл существования правотворчества как вида юридической деятельности.

В результате обобщения многочисленных исследований эффективности явлений правовой действительности (права, норм права, правового регулирования, закона, законодательства) считаем возможным предложить следующее определение. Эффективность законодательства — это синтетическая² категория, отражающая способность (пригодность) законодательных актов, их отдельных частей и их массивов («пакетов» законов и подзаконных нормативных правовых актов, отраслей законодательства, законодательства в целом) обеспечивать достижение установленных социально-правовых целей. При этом генеральная цель — реализация и охрана прав и свобод, максимально возможное удовлетворение законных интересов личности, ее безопасности при одновременном полном соблюдении интересов государства и социального целого, общественной безопасности, минимизация и разрешение социально-правовых конфликтов — достигается через осуществление частных целей отдельных элементов системы законодательства.

Оценка степени эффективности законодательных актов осуществляется на основе критериев и с учетом показателей эффективности.

Критерий эффективности законодательства — это мерило, признак, на основе которого можно произвести оценку эффективности. В самом общем смысле критериями эффективности законодательства выступают его цели. С учетом того, что цели, в отличие от конкретных задач, всегда имеют масштабный, перспективный, «дальний» характер, оценке при определении эффективности на самом деле подлежит не достижение или не достижение цели, а степень ее достижения, то есть сравнительная величина, отражающая уровень достижения цели, установленный на момент оценки, по отношению к конечному, идеальному или максимально возможному уровню ее достижения. Оценить эффективность в абсолютном значении (был в целом эффективен либо не был эффективен) можно лишь по отношению к прекратившему свое действие, «отработанному» закону, то есть такая оценка имеет

¹ Зражевская Т.Д. Реализация конституционного законодательства. Проблемы теории и практики: Дис... д-ра юрид. наук. — Воронеж, 1999. — С. 8.

² Синтетической категорией эффективности является в том смысле, что она представляет собой органичное соединение синтез определенных свойств закона (в широком смысле — законодательства): его социально-правового и юридико-технического качества, стабильности, истинности, действительности, оптимальности и реальности его норм, позволяющих с наименьшими затратами достигнуть целей его создания.

ретроспективный, отчасти историко-правовой, а отчасти политико-правовой характер. Действующее же законодательство подлежит относительной (сравнительной, пропорциональной) оценке, поэтому важное значение для объективности и конструктивности такой оценки имеют два фактора: а) четкое, безукоризненное с точки зрения юридической техники законодательное целеполагание. Прав В.И. Гойман, указывая: «Цель, закрепляемая в законе, должна носить характер юридической конструкции, не превращаясь в его аннотацию, отвечать замыслу законодателя и воплощаться в конкретных предписаниях закона. Последние, в свою очередь, не должны входить в противоречие с целью»¹; б) выработка юридической наукой и при необходимости (в зависимости от сферы действия закона) смежными отраслями теоретического знания идеальных (максимальных) количественных, качественных и иных показателей достижения каждой законодательной цели.

Критерии эффективности законодательства можно разделить, на наш взгляд, на общие, отраслевые и частные. Более подробно речь пойдет об этом в одной из следующих наших публикаций.

Показатель эффективности законодательства — это признак, внешнее проявление, средство определения, то, по чему можно судить об эффективности, то есть о соответствии критериям, степени достижения целей и задач.

Практика показывает, что в «расчетах» эффективности конкретного закона (группы законов) основную сложность составляет выработка показателей эффективности. Поскольку законы регулируют разные области и группы общественных отношений, стороны общественной жизни, сферы государственного управления, для оценки каждого из них должна вырабатываться индивидуальная «сетка» показателей эффективности. Тем не менее, существуют общезначимые показатели, которые в равной мере можно использовать для оценки эффективности большей части законов. Это:

— цифровые: статистические, абсолютные и сопоставительные, финансовые и экономические показатели;

— показатели бесконфликтности, достигаемой путем компромисса между интересами субъектов правового общения, проявляющиеся в отсутствии (либо в малом числе) правовых споров (обращений в суд) в рамках предмета регулирования данного закона, попыток «подкорректировать» положения закона в подзаконном регулировании (влекущих за собой обжалование нормативно-правовых актов), субординационных споров между государственными органами;

— отсутствие обоснованной критики положений закона со стороны авторитетных (не «желтых», не ангажированных, например, коррупционным лобби) средств массовой информации;

— социальная и организационно-управленческая исполняемость законодательных предписаний, отсутствие затруднений в правореализационной практике;

— отсутствие фактов девиантного поведения, злоупотребления правом с использованием норм данного закона; криминологические характеристики, минимизация правонарушаемости в данной сфере;

— стабильность и «плавность» реализации норм закона, отсутствие побочных, неспрогнозированных негативных эффектов, требующих внесения изменений и дополнений в законодательный текст уже вскоре после вступления в силу закона;

— мнение специалистов, непосредственно задействованных в реализации положений данного закона, специалистов-экспертов, в том числе независимых, привлеченных к оценке закона через институты гражданского общества — общественные палаты и т. д.;

— широкое общественное мнение по поводу полезности закона, степени реализации его целей и задач, профессиональная и общественная удовлетворенность действием закона. Очевидно, что при изучении общественного мнения следует делать поправку на «пределы компетентности» и «пределы объективности» населения, учитывать его социальную, стратификационную многослойность. Данный показатель эффективности коррелирует с оригинальной «антропологической» концепцией эффективности, предложенной С.А. Жинкиным. Автор небезосновательно утверждает, что издаваемые государством нормы права не могут быть эффективными, «если в них не учитываются основополагающие качества, потребности, идеалы, мотивы, ожидания людей»², при этом «показатели норм законодательства... могут резко отличаться в зависимости от того, какие социальные и этнические группы охвачены регулированием»³;

— отсутствие акций протеста со стороны общественности, в том числе стихийного характера.

Среди показателей эффективности полагаем возможным отдельно выделить индикаторы эффективности и маркеры эффективности.

Как известно, в физике, химии и технике индикатор — это специальный прибор либо специальное вещество, указывающие на какое-то заранее заданное состояние и используемые для определения из-

¹ Гойман В.И. Действие права (методологический анализ). — М., 1992. — С. 137.

² Жинкин С.А. Эффективность права: антропологическое и ценностное измерение: Дис... д-ра юрид. наук. — Краснодар, 2009. — С. 6.

³ Там же. — С. 14.

менений в состоянии чего-либо, отклонений от параметров, для наблюдения за протеканием процесса. Следовательно, под **индикаторами эффективности законодательства** следует понимать такие конкретные показатели его эффективности, которые названы и четко описаны заранее, в период создания закона его разработчиками на основе социально-правового опыта, моделирования и прогнозирования, и которые целенаправленно отслеживаются с помощью специально выработанных методик.

Под **маркером эффективности законодательства** мы предлагаем понимать заранее установленный при разработке законопроекта определенный количественный или качественный и одновременно темпоральный рубеж (по типу «к такой-то дате должно быть достигнуто то-то и то-то»), специально выбранный для упрощения в будущем расчетов эффективности. Иными словами, маркер — это индикатор с установленным временем и иными условиями его достижения, срабатывания.

В этом отношении показательны положения статей 83, 84 и 85 Федерального закона о местном самоуправлении¹. С одной стороны, эти нормы законодательства, имеющие преимущественно специализированный оперативно-технический характер, были призваны обеспечить поэтапность, логическую последовательность муниципальной реформы, исключить хаотичность, нейтрализовать вредные «рывки» и «перегибы» со стороны органов публичной власти в ходе ее осуществления. С другой, как представляется, в них как раз и были «расставлены» своеобразные маркеры эффективности названного Закона. Определялось — к какому времени при наличии прочих условий может быть выполнена та или иная задача по обустройству местного самоуправления в России, с какого момента может начать выполняться следующая и т. д. Увы, практика реализации Закона показала его недостаточную эффективность, многие даты и сроки пришлось «на ходу» пересматривать в сторону увеличения. Впрочем, в этом примере речь идет преимущественно об «управленческой» эффективности, оценка же эффективности «социальной» (то есть степени достижения связанных с местным самоуправлением целей, выступающих критериями эффективности муниципального законодательства) в данный момент может иметь лишь весьма предварительный характер. Муниципальная реформа не закончена, местное самоуправление, как форма публичной власти и в то же время как институт гражданского общества, до конца не сформировано.

Анализ названных статей Федерального закона о местном самоуправлении и других подобных норм законодательства показывает существенное многообразие маркеров эффективности с точки зрения их содержания. Это могут быть, как уже говорилось, количественные или (и) качественные цифровые показатели, условие создания или «выхода на полную мощность» работы какого-либо властного или иного института, учреждения, это может быть заранее спланированная фурация общественных отношений, связанная с достижением ими определенной точки развития, и т. п.

Индикаторы и маркеры эффективности могут быть обозначены в самом законе, как это было сделано в приведенном примере с Федеральным законом о местном самоуправлении; в пояснительных документах к закону; в политико-правовых документах. В числе последних нужно, вероятно, особо выделить ежегодные послания Президента РФ. Здесь следует обратить внимание на саму юридическую форму, о которой идет речь. Что такое послание Президента? Очевидно, что это не образец эпистолярного жанра. Юридический статус послания конституирован. Пункт «е» статьи 84 Конституции РФ устанавливает, что Президент РФ обращается к Федеральному Собранию с ежегодными посланиями о положении в стране, основных направлениях внутренней и внешней политики государства. Таким образом, послание — это политическое обращение, имеющее юридическое значение и определяющее в числе прочего основные направления правового регулирования в стране на перспективу². Послание подводит идеологическую базу под последующие правовые решения политического руководства государства. В этой связи стоит обратить внимание на то обстоятельство, что, хотя документ и называется «Послание Президента Федеральному Собранию», в тексте Президент обращается в первую очередь к гражданам Российской Федерации, а уже затем — к депутатам Государственной Думы и членам Совета Федерации.

Индикаторы и маркеры эффективности уместны и в бюджетном послании Президента.

Условия эффективности законодательства — это обстоятельства, от которых зависит эффективность, в том числе требования, которым должны соответствовать правотворчество, его продукт — законодательство и правоприменительная практика.

Решающим, «генеральным» условием эффективности является высокое социально-правовое и технико-юридическое качество законодательства, отсутствие правотворческих ошибок.

Есть еще ряд других подобных «универсальных» условий, актуальных для всех или для большинства нормативных правовых актов. Они детализируются и уточняются, приобретают конкретные харак-

¹ Федеральный закон от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (ред. от 25 июля 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

² См.: Голощапов А.М. Послания Президента РФ — конституционная основа формирования государственно-правовой стратегии РФ // Право и политика. — 2004. — № 6.

теристики по отношению к определенным законодательным актам. Кроме того, отдельные законы со специфичным предметом правового регулирования могут иметь дополнительные важные условия своей эффективности, выходящие за пределы общего перечня.

Формирование условий эффективности законодательства осуществляется в результате научно-исследовательской, юридической и властно-организационной деятельности. При этом имеются в виду не отдельные поведенческие акты, не одноразовые мероприятия и даже не скоротечные, пусть и относительно массивные, кампании. Условие эффективности законодательства предполагает наличие определенной долговременной, отлаженной, нормативно обеспеченной, стабильной системы, эффективно и равномерно работающей в отношении всех или многих законодательных актов. В частности, важнейшим условием эффективности является наличие в стране научных школ юридической техники и высоко развитой практики реализации их теоретических достижений в практическом нормотворчестве.

Факторы эффективности закона — это «внешние» условия, дополнительные обстоятельства, влияющие на эффективность закона. Факторы и условия эффективности не имеют, на наш взгляд, четкой грани между собой, однако дискурсивно усматривается, что условия эффективности в большей степени создаются специально и лишь иногда «потребляются» извне, а факторы, наоборот, только учитываются субъектами правотворчества, и лишь иногда им властными средствами искусственно придается необходимая положительная или отрицательная динамика.

Качество законодательства, являясь основным условием его эффективности, формируется в процессе правотворческой деятельности. Данное утверждение справедливо, на наш взгляд, как для качества «изначального», закладываемого в нормативно-правовые акты на стадии выработки идеи закона, проектирования и создания первоначального текста нормативного правового акта, так и для качества «последующего», достигаемого в результате своевременной корректировки нормативно-правового текста и ликвидации в нем «вторичных» дефектов, возникающих в процессе действия нормативного правового акта в результате изменения социальной обстановки, смещения социально-правовых ценностей, принятия новых нормативных правовых актов, вводящих в действие, изменяющих либо отменяющих нормы, регулирующие смежные общественные отношения.

Правотворчество можно определить как завершающий этап процесса правообразования, представляющий собой процедурно оформленную и организационно обеспеченную деятельность уполномоченных субъектов (граждан в порядке референдума, государственных органов, органов местного самоуправления, иных организаций в порядке делегированного правотворчества), в результате которой вводятся в механизм правового регулирования, изменяются либо отменяются правовые нормы путем их фиксации в нормативных правовых актах и придания этим актам определенной юридической силы, введения их в действие. Зафиксированные в статьях нормативных правовых актов нормы права, являясь главным и отправным юридическим средством — элементом механизма правового регулирования, нормируют и вводят в структуру этого механизма все остальные правовые средства. В правотворчестве «находят свое концентрированное, “конечное” выражение два главных процесса правообразования — объективно обусловленные требования социальной жизни, с одной стороны, активная, творческая деятельность компетентных органов по выработке и включению тех или иных норм в действующую правовую систему — с другой»¹.

Правотворческая деятельность имеет двуединую природу. С одной стороны, ее можно рассматривать как чисто техническую, операциональную деятельность, жестко регламентированную юридическую процедуру, выполняемую для реализации функций того или иного правотворческого органа. С другой стороны, правотворческую деятельность можно представить как творческий, созидательный процесс, имеющий интеллектуально-волевой характер и направленный на улучшение наличной социальной среды и условий существования личности. Вероятно, из этого и следует исходить, характеризуя вторую из рассматриваемых нами категорий — «эффективность правотворческой деятельности».

Мы вынуждены отметить, что данная категория в имеющейся литературе используется нередко, но исследована мало. Так, например, в диссертационном труде А.В. Ильина есть параграф под названием «Эффективность федерального правотворческого процесса в современной России на его этапах и стадиях», однако фактически разбора понятия «эффективность правотворческой деятельности» работа не содержит². Лишь в двух ее фрагментах имеются достаточно абстрактные и явно не завершённые рассуждения о том, что эффективность норм права, правового регулирования «и, как следствие, эффективность процесса правотворчества в современной России в целом» (?) находятся в связи со степенью «согласованности основополагающих интересов, которые затрагиваются соответствующими правовыми нормативными предписаниями», однако «эффективность правовых норм не находится в прямой зависимости исключительно от степени согласованности данных интересов». Как

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. — М., 1981. — Т. 1. — С. 309.

² См.: Ильин А.В. Федеральное правотворчество в современной России (вопросы теории и практики). — Коломна, 2006.

можно заметить, автор не проводит особой разницы между категориями «эффективность правовых норм» и «эффективность правотворчества» и завершает свои наблюдения сложной для понимания фразой: «оптимальность является своеобразной кульминационной точкой (апогеем) эффективности правотворческого процесса»¹.

Традиционным подходом к изучению эффективности того или иного вида деятельности является определение его цели с последующим сличением фактического результата с этой целью.

Какова же цель правотворчества? Как ни странно, многие исследователи правотворчества вопросом о его целях вообще не задаются.

По мнению Н.С. Шмаковой, целью правотворчества является регулирование общественных отношений². С этим следует согласиться лишь отчасти и с существенными оговорками. Правовое регулирование можно признать целью правотворчества лишь опосредованно, через его продукт — «позитивное» право, выполняющее регулятивную функцию и зафиксированное в законодательстве. По большому же счету правовое регулирование — это цель существования права, но не правотворчества. Ю.В. Манахова называет правотворчество организационно оформленной деятельностью, целью которой «является создание норм права»³. Такая трактовка нам кажется также не до конца точной, поскольку создание норм права является общим итогом процесса правообразования, в котором правотворческая деятельность властвующих субъектов является всего лишь этапом, на котором правовые нормы приобретают свое свойство формальной определенности.

Как представляется, целями правотворческой деятельности являются: 1) выявление потребностей в обновлении правового регулирования и одновременное выявление фактов начала процесса правообразования, не связанных с законотворчеством и подзаконным правотворчеством исполнительной власти. Например, возникновение подтвержденных и фактически используемых юридической практикой доктринальных воззрений, судебных правовых позиций, социальных обыкновений, муниципальных практик, корпоративных норм, договорных отношений между конкретными субъектами, имеющих общезначимый характер; 2) «разовая» повседневная цель-минимум — своевременное создание качественного нормативного правового акта; 3) континуальная цель-максимум — создание оптимально структурированного, качественного законодательства. Достижение правотворцем этих целей деятельности и ведет к достижению целей результата деятельности — законодательства, то есть к его эффективности. Однако при этом не следует забывать обстоятельства, которые нами уже оговаривались: качество законодательства, обусловленное эффективностью правотворчества, является важнейшим, но не единственным среди условий и факторов эффективности законодательства. Зачастую неправильная организация реализации пусть даже высококачественного нормативного правового акта, костно-бюрократические и коррупционные препоны, отсутствие идеологического и информационного сопровождения, психологическое неприятие законодательных новелл всем населением, определенными стратами или их непосредственными адресатами, какие-то другие негативные обстоятельства «отправляют в песок» все усилия правотворца.

В связи со сказанным, позволим себе несколько отойти от сложившейся в последние годы в теории законотворчества концепции, в рамках которой выделяются так называемые «факторы законотворчества», которые обычно делят на две группы: внешние и внутренние. К внешним (или «основным») факторам сторонники этой концепции обычно относят экономический, экологический, демографический и т. п. То есть это те обстоятельства, условия существования социума, которые вызывают потребность в правовом регулировании и его корректировках, которые определяют содержание законодательных новелл. К внутренним — организационный, информационный, научный и программирующий⁴. Есть и другие версии⁵. М.Ю. Спиринов делит факторы на «предзаконодательные», «синхронные» и «постзаконодательные»⁶.

С точки зрения нашего исследования с учетом предложенного нами относительного различения условий и факторов в практическом плане полезнее выделять не «факторы правотворчества (законотворчества)», а относительно обособленные друг от друга «условия и факторы эффективности законодательства» и «условия и факторы эффективности правотворческой деятельности». О первых мы уже говорили.

¹ Ильин А.В. Федеральное правотворчество в современной России (вопросы теории и практики). — Коломна, 2006. — С. 14.

² Шмакова Н.С. Ведомственное правотворчество: понятие и формы: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 16.

³ Манахова Ю.В. Правотворческая деятельность в современном российском обществе: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2005. — С. 7—8.

⁴ См., например: Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. — М., 1996. — С. 78.

⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Правовые акты: Учебно-практическое и справочное пособие / Ю.А. Тихомиров, И.В. Котелевская. — М., 1999. — С. 36; Дмитриевцев К.Н. Процесс правотворчества в Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 1994. — С. 18; Червяков Н.Н. Проблемы совершенствования ведомственного нормотворчества (на материалах МВД России): Дис... канд. юрид. наук. — М., 2000. — С. 45 и др.

⁶ Спиринов М.Ю. Теоретические проблемы законотворческой деятельности в Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Самара, 2000. — С. 80.

К условиям эффективности правотворческой деятельности, как видится, следует отнести:

- отлаженную систему правового мониторинга и прохождения правовой информации;
- профессионализм субъектов правотворческой деятельности;
- высокий уровень нравственности, наличие соответствующих моральных и деловых качеств у них: «Закон как изобретение, как всякое достижение человеческого ума должен создаваться талантливыми личностями... Необходимо привлечь к выработке законов людей с конструктивным мышлением»¹;
- оптимальный персональный состав научно-творческих коллективов, создающих тексты нормативных правовых актов;
- оптимальную (с точки зрения субъектного состава, научной, методической и организационной составляющей) систему экспертиз законопроектов;
- активное, не формальное участие в правотворческой деятельности дополнительных субъектов, если это предусмотрено законодательством (например, процедуры согласования проектов федеральных законов);
- реальное обеспечение участия в правотворческой деятельности населения и институтов гражданского общества (через процедуры народной правотворческой инициативы, публичных обсуждений проектов нормативных правовых актов, референдума);
- эффективное, адекватное нормативно-правовое регулирование правотворческих процедур;
- четкое разграничение правотворческой компетенции между субъектами правотворчества²;
- четкую организацию правотворческой деятельности в правотворческих органах, соблюдение предусмотренных законом правотворческих процедур³;
- необходимое финансовое и материально-техническое обеспечение.

К факторам эффективности правотворческой деятельности, то есть к условиям, имеющим «внешний» характер, мы бы отнесли:

- грамотную правотворческую политику, отсутствие политического прессинга, использования «административного ресурса», корректность политического руководства государства и лидирующих политических сил по отношению к правотворческим органам;
- эффективные судебный контроль, контроль органов юстиции и прокурорский надзор за качеством и (или) законностью принимаемых нормативных правовых актов;
- общественный контроль за качеством нормативных правовых актов и за соблюдением установленной законом правотворческой процедуры;
- формирование юридической доктрины, соответствующий уровень развития вузовской и иной науки, в том числе прикладных направлений теории правотворчества и юридической (правотворческой) техники;
- лобби (фактор может иметь как положительный, так и отрицательный характер);
- коррупцию (сугубо отрицательный фактор).

Таким образом, эффективная правотворческая деятельность и ее результат — должное социально-правовое и технико-юридическое качество законодательства — являются ведущим условием эффективности законодательства. При выработке правотворческой стратегии (политики) и тактик, в процессе составления прогноза эффективности следует учитывать не только органическое единство правотворчества и законодательства как вида деятельности и ее продукта, но и отличие их в телеологическом плане. Главной целью законодательства как стержневого элемента правовой системы является реализация и охрана прав и свобод, максимально возможное удовлетворение законных интересов личности, ее безопасности при одновременном полном соблюдении интересов государства и социального целого, общественной безопасности, минимизация и разрешение социально-правовых конфликтов. Каждый из элементов системы законодательства — отрасль, законодательный институт, нормативный правовой акт, блок нормативных правовых актов, образующих межотраслевой законодательный массив, — имеет собственные цели, через которые достигается обозначенная генеральная цель. Соответственно этому, критерии эффективности законодательства подразделяются на общие, отраслевые и частные. Рассмотренные же нами выше цели правотворчества как деятельности по созданию законодательства носят утилитарный характер и сводятся, собственно, к созданию качественного законодательства.

¹ Алексеев С.С. Как готовить закон? // Известия. — 1992. — 14 декабря.

² По-видимому, это (в числе прочего) имеет в виду В.С. Фральцев, утверждая, что «системный характер правотворческой деятельности выступает необходимым условием ее эффективности». См.: Фральцев В.С. Правотворческая деятельность как системный процесс: на примере субъекта Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 22. Детально данный вопрос исследован также в работе: Соколова Н.С. Правотворческая деятельность субъектов Российской Федерации: развитие и совершенствование: Дис... д-ра юрид. наук. — М., 2003.

³ В этой связи позволим себе не согласиться с И.Е. Ситниковой, полагающей, что «понятия “правотворческий процесс” и “правотворческая деятельность” являются тождественными». Пожалуй, в известном смысле эти два понятия соотносятся между собой, соответственно, как форма и содержание. См.: Ситникова И.Е. Политический плюрализм и правотворчество в современном российском государстве: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2010. — С. 54.

М.А. Мушинский, Т.А. Иордан

Мушинский Михаил Адеилович — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Национального исследовательского Иркутского государственного технического университета;

Иордан Татьяна Андреевна — аспирантка кафедры государственно-правовых дисциплин Национального исследовательского Иркутского государственного технического университета

Техника правотворческого установления юридических иммунитетов

Значительным своеобразием как в содержательном, так и в технико-юридическом отношении отличаются те выраженные в законодательстве правовые средства, которые представляют собой исключения из общих правил — когда на все однотипные общественные отношения или (и) на всех субъектов правоотношений распространяется одно какое-то универсальное правило (запрет, обязанность, правомочие), однако существует группа общественных отношений или (и) группа субъектов, которые отличаются неким особым свойством, в результате чего это правило на них не распространяется. Понятно, что в связи с отклонением от стандартного регулирования (отступлением от общего правила) в законе с помощью средств юридической техники должны быть, как минимум, четко и недвусмысленно отражены (описаны): а) само это свойство отношений или (и) их участников; б) перечень отношений и (или) субъектов, обладающих данным свойством (если свойство имеет имманентный характер и полный закрытый перечень дать в принципе возможно), либо субъекты и процедура установления факта наличия-отсутствия данного свойства у того либо иного субъекта (отношения); в) специфика правового статуса субъектов, обладающих данным свойством; г) юридические последствия несоблюдения самими этими субъектами, равно как и остальными участниками правоотношений, исключительного правила; д) условия начала и окончания действия исключения из правила. Так рождается специальное правовое регулирование.

Ярким примером такого специального правового регулирования и такого исключительного юридического средства является правовой институт иммунитета. В переводе с латинского иммунитет означает освобождение от чего-либо¹.

В научной литературе сегодня не достигнуто согласия по поводу сущности и определения правового иммунитета.

А.В. Малько и С.Ю. Суменков определяют правовой иммунитет как самостоятельное правовое средство государства, через которое оно предоставляет исключительное право лицам, занимающим особое положение в межгосударственных и общественных отношениях, не подчиняться общим законам².

По определению Н.С. Сопельцевой, иммунитет является правовой категорией и представляет собой правомерное изъятие в сфере юридической ответственности, устанавливаемое в специальных нормах в целях повышения правовой защиты строго определенного круга лиц для обеспечения эффективной деятельности по выполнению государственно и общественно значимых функций³.

Исходя из приведенных определений и используя также теоретические наработки Ю.А. Юшковой, можно предварительно обозначить некоторые черты правового иммунитета: во-первых, является самостоятельным правовым средством; во-вторых, представляет собой правовое изъятие для определенных лиц; в-третьих, устанавливается в специальных юридических нормах; в-четвертых, является правовой категорией⁴.

Законодательная трактовка иммунитета, как верно отмечает С.Ю. Суменков, во многом зависит от принадлежности к различным отраслям права, отличающимся друг от друга предметом и методом правового регулирования, отраслевыми принципами и функциями, характером юридической ответственности⁵.

¹ Барихин А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь. — М., 2007. — С. 226.

² Малько А.В. Правовой иммунитет: теоретические и практические аспекты / А.В. Малько, С.Ю. Суменков // Журнал российского права. — 2002. — № 2. — С. 16.

³ Сопельцева Н.С. Иммунитеты в конституционном праве Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Челябинск, 2003. — С. 64.

⁴ Юшкова Ю.А. Иммунитет как правовая категория: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 43.

⁵ Суменков С.Ю. Привилегии и иммунитеты как общеправовые категории: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2002. — С. 91.

Так, например, в соответствии со специальной дефинитивной нормой УПК РФ «свидетельский иммунитет — право лица не давать показания против себя и своих близких родственников, а также в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом»¹. Это специальная норма, дающая определенному физическому лицу — свидетелю, обладающему определенным свойством (близкое родство с подозреваемым, обвиняемым) либо находящемуся в определенной ситуации (вероятность навредить показаниями себе или близким) — право, отсутствующее у других лиц, обладающих процессуально-правовым статусом свидетеля. Необходимо отметить сложный характер данной нормы процессуального закона, связанный со следующими обстоятельствами: а) она имеет неопределенно-отсылочный характер: безадресно отсылает к «иным нормам настоящего закона», что предполагает необходимость системного анализа всего его текста; б) одновременно она имеет бланкетный характер, поскольку используемое в ней понятие «близкий родственник» содержится в другом пункте этой же статьи: «близкие родственники — супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки». Здесь же возникает проблема соотношения в контексте иммунитета понятия «близкий родственник» с понятием просто «родственник» и «близкий человек» (закон определяет: «родственники — все иные лица, за исключением близких родственников, состоящие в родстве», «близкие лица — иные, за исключением близких родственников и родственников, состоящие в свойстве с потерпевшим, свидетелем, а также лица, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему, свидетелю в силу сложившихся личных отношений»); в) будучи сформулированной как управомочивающая, по сути своей эта норма не дает право, а освобождает от обязанности, поэтому применять ее возможно лишь в жесткой корреляции с соответствующей обязывающей нормой.

Другой пример. В соответствии с БК РФ «иммунитет бюджетов бюджетной системы РФ представляет собой *правовой режим* (курсив наш. — **М.М., Т.И.**), при котором обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы РФ осуществляется только на основании судебного акта, за исключением случаев, установленных статьями 93.3, 93.4, 142.2, 142.3, 166.1, 218 и 242 настоящего Кодекса»². В данном случае обнаруживаются три существенные особенности: а) в отличие от других отраслей, авторы бюджетного законодательства наделяют иммунитетом не физических лиц и даже не организацию, а неодушевленную категорию «бюджет»; б) иммунитет здесь устанавливается не в качестве элемента правового статуса, а в качестве правового режима; в) будучи исключительной нормой, данное правило в то же время устанавливает еще одну имеющую отсылочный характер исключительную норму, своего рода «исключение из исключения».

Итак, как уже отмечалось, с точки зрения инструментальной теории в приведенных примерах, и вообще в случае с иммунитетом, имеет место такое особое юридическое средство (элемент механизма правового регулирования), выраженное в тексте закона с помощью средств юридической техники как исключительная норма. Исключения — это прием правотворческой техники, который позволяет изменить общее правило поведения, не соблюдать то, о чем гласит закон, какое-либо правило, соглашение, в особых или специальных целях или интересах³.

Исключения из правовых норм в определенных случаях являются необходимыми и полезными юридическими средствами, гармонично «вписанными» в механизм правового регулирования. С.Ю. Суменков в результате исследования рассматриваемого неоднозначного феномена пришел к выводу, что исключения придают необходимую гибкость и дифференцированность процессу реализации права⁴. Однако юридические исключения должны вводиться в юридическую ткань весьма взвешенно, осторожно и всегда безусловно обоснованно. Чрезмерная исключительность приводит к негативной правовой неопределенности, коррупциогенности правового текста, нарушениям правовых принципов.

В первом из приведенных выше примеров гражданину РФ, ставшему очевидцем того или иного уголовного деяния, предоставляется *право* в форме свидетельского иммунитета, которое, как уже указывалось, по существу представляет собой исключение из общей обязанности. Данное исключительное право представляет собой развитие в уголовно-процессуальном законе нормы, зафиксированной в статье 51 Конституции РФ, которая гласит, что «никто *не обязан* свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом».

Г.Т. Чернобель пишет: «Логическая целостность восприятия действительности требует общих, широких по мысливаемости понятий, охватывающих многозначный круг явлений этой действительности».

¹ Статья 5 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ (ред. от 3 июня 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 52. — Ч. I. — Ст. 4921.

² Статья 239 Бюджетного кодекса РФ от 31 июля 1998 года № 145-ФЗ (ред. от 6 апреля 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3823.

³ Кашанина Т.В. Юридическая техника: Учебник. — М., 2007. — С. 192.

⁴ Суменков С.Ю. Исключения в праве как результат отображения многообразия жизни // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2011. — № 1 (14). — С. 96—100.

сти. В правовых отношениях цивилизованного общества такими наиболее широкими, наиболее общими, ключевыми понятиями выступают конституционные понятия (то есть понятия, закрепленные в Конституции), выполняющие важные логические функции в процессе восприятия и применения действующих нормативов, в интегративном определении общей линии правового поведения членов общества»¹. Таким образом, основа правового института иммунитета, его ключевое понимание заложены в Основном законе, хотя этот термин там непосредственно не применяется. Конкретизация конституционной максимы осуществляется в отраслевом регулировании, где и дается легальное определение соответствующего понятия.

Следует отметить, что в нормах Конституции РФ используется понятие «неприкосновенность», причем не только в отношении физических лиц, но и в отношении неодушевленных предметов (неприкосновенность судей, неприкосновенность жилища).

С.Ю. Суменков обоснованно отмечает, что вопрос о соотношении понятий «иммунитет» и «правовая неприкосновенность» представляется достаточно сложным и дискуссионным². Действительно, некоторые авторы ассоциируют эти два термина, рассматривая их в качестве слов-синонимов. В.И. Руднев определяет сущность депутатского иммунитета через призму дополнительных гарантий неприкосновенности депутата³.

Ф.А. Агаев и В.Н. Галузо, напротив, считают, что депутатская неприкосновенность «в собственном смысле слова охватывает лишь часть иммунитетов»⁴. Более предпочтительной видится последняя точка зрения. Развивая мысль и анализируя правовой иммунитет и правовую неприкосновенность в их соотношении, Н.С. Сопельцева, О.М. Доронина и другие солидарные с ними авторы утверждают, что понятие «иммунитет» включает в себя два элемента — неответственность и неприкосновенность⁵. Ю.А. Юшкова в дополнение к предыдущим двум элементам включила третий — свидетельский иммунитет⁶. Как представляется, категория «неприкосновенность» подразумевает под собой не только и не столько статусное содержание, сколько процессуальное (процедурное). Так, например, в отношении депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ предусмотрен особый процессуальный порядок привлечения к ответственности. Правовой же иммунитет в полном своем понимании подразумевает в первую очередь право и только потом процесс действий.

Таким образом, явление «свидетельский иммунитет» терминологически (техничко-юридически) выражено в действующем законе в достаточно верном значении, так как по-другому можно сказать, что свидетель уголовного деяния может и должен быть в соответствии с его волей *освобожден* от дачи показаний против себя и своих близких.

Рассмотрим иммунитет бюджетов бюджетной системы РФ, который представляет собой, как прямо указано в законе, правовой режим. Сам термин «режим» обозначает совокупность правил, мероприятий, норм для достижения какой-либо цели⁷.

Правовые режимы обеспечивают устойчивое нормативное регулирование группы общественных отношений. Юридические средства, сочетаясь различным способом, определяют специфику того или иного режима, показывают особую направленность правового регулирования.

Думается, что при введении иммунитета бюджетов бюджетной системы РФ в виде специальной нормы, законодатель имел в виду только один элемент иммунитета — неприкосновенность. Исходя из смысла нормы, законодатель первоначально установил «защиту» бюджетов от посягательств, носящих именно процессуальный, «субординационно-межбюджетный» характер. Таким образом, правильнее данная специальная норма звучала бы как «неприкосновенность бюджетов бюджетной системы РФ».

Как представляется, наиболее удачным в технико-юридическом отношении является закрепление правового иммунитета в части 1 статьи 145 НК РФ, где сказано, что «организации и индивидуальные предприниматели имеют право на освобождение от исполнения обязанностей налогоплательщика, связанных с исчислением и уплатой налога...», и далее в 8 частях статьи подробно расписаны обстоятельства (юридические факты), субъекты, особенности их правового положения, в том числе субъекты, не подпадающие под действие нормы, процедуры⁸. Данная норма указывает на определенных

¹ Чернобель Г.Т. Правовые понятия и их применение в законах // Законодательная техника: Научно-практическое пособие. — М., 2000. — С. 80.

² Суменков С.Ю. Исключения в праве как результат отображения многообразия жизни // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2011. — № 1 (14). — С. 103.

³ Руднев В.И. Иммунитеты в уголовном судопроизводстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1997. — С. 22.

⁴ Агаев Ф.А. Иммунитеты в российском уголовном процессе / Ф.А. Агаев, В.Н. Галузо. — М., 1998. — С. 25.

⁵ См.: Сопельцева Н.С. Иммунитеты в конституционном праве Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Челябинск, 2003. — С. 67; Доронина О.М. Иммунитет депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2009. — С. 15.

⁶ Юшкова Ю.А. Иммунитет как правовая категория: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 78.

⁷ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. — М., 2005. — С. 205.

⁸ Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть вторая от 5 августа 2000 года № 117-ФЗ (ред. от 4 июня 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2000. — № 32. — Ст. 3340.

лиц, подразумевает под собой исключительное право и, как следствие, права, процессуальный характер действий. И хотя термин «иммунитет» здесь не используется, очевидно, что мы имеем дело именно с ним¹.

Таким образом, правовой иммунитет является:

- межотраслевым законодательным институтом;
- особого рода юридическим режимом;
- элементом специфического юридического статуса отдельных субъектов правоотношений;
- юридическим состоянием, порождающим группу нестандартных общественных отношений;
- нестандартным юридическим средством (элементом механизма правового регулирования), имеющим в своей основе специальную исключительную норму права и отображаемым в законодательстве с помощью как обычных, так и специфических средств юридической техники.

Его существование в последнем из названных качеств оправдывается тем, что иногда правовые нормы оказываются неадаптированными к возникающим в жизни юридически значимым ситуациям. В этом случае юридическое установление иммунитетов позволяет придать некоторую гибкость, вариативность и приспособляемость обычно жесткой правовой регламентации.

Однако интенсивное и неумелое или заинтересованное использование иммунитетов может поставить под угрозу саму полезность этого юридического средства. В ряде случаев иммунитеты могут породить пристрастность, самоуправство и коррупционные проявления со стороны должностных лиц органов публичной власти, отдельные представители которых порой преследуют цели, отличные от общественных интересов. Возможен и вариант злоупотребления предоставленным иммунитетом правом со стороны других (не властвующих) участников правового общения. Одним словом, иммунитеты должны быть действительно исключительным правилом, подразумевающим под собой положительный результат: достижение поставленной общезначимой, некорыстной цели и неразрушающий принцип равенства всех перед законом. В противном случае при наличии неоправданных либо в целом полезных, но неудачно сформулированных в технико-юридическом отношении иммунитетов в законодательстве закон утрачивает способность обеспечивать реализацию общеправовых принципов и достигать поставленных перед ним социально-правовых целей, то есть становится неэффективным.

¹ Вообще же такие юридические средства, как иммунитет, освобождение, льгота, исключение, привилегия, отказ и другие подобные, в корреляции между собой еще ждут своих исследователей, хотя отдельные из них в последнее время стали предметом весьма интересного монографического анализа. См., например: *Малько А.В.* Льготы в российском праве: проблемы теории и практики / А.В. Малько, И.С. Морозова. — Саратов, 2004; *Малько А.В.* Привилегии и иммунитеты как особые правовые исключения / А.В. Малько, С.Ю. Суменков. — Пенза, 2005; *Морозова И.С.* Место и роль льгот в механизме правового стимулирования / И.С. Морозова, Е.Н. Лебедева. — Саратов, 2006; *Баранов В.М.* Юридический отказ (теория, практика, техника): Монография / В.М. Баранов, М.В. Баранова, И.П. Гладышева. — Н. Новгород, 2011.

И.С. Назарова

Назарова Ирина Сергеевна — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и административного права Санкт-Петербургского военного института внутренних войск МВД России

**Конституционное оформление представительной функции
законодательных органов власти (легислатур)
в конституционном законодательстве современных государств:
техничко-юридический аспект**

Представительный характер законодательной власти — это ее конституирующий, сущностный компонент. Из представительной природы органа законодательной власти вытекают по меньшей мере два постулата, которые составляют основу всякой законодательной власти: во-первых, продукт законодательной деятельности является производным от характера, природы законодательного органа; во-вторых, принять в правовую систему представительный (социально адекватный) по своим свойствам закон парламент может в том случае, если он по своей сущности является истинно представительным органом государственной власти.

Представительный характер законодательной власти проистекает из народного суверенитета как важнейшей основы современного конституционного строя. Из самой сути народного суверенитета проистекает идея служения государства (аппарата государства) интересам общества и отдельной личности, или всеобщим интересам. При этом народный суверенитет реализуется как непосредственно самим сувереном, так и в опосредованной форме через институты представительной демократии, среди которых главное место отводится общенациональному законодательному органу государственной власти. Правильно замечено, что из закрепленного в частях 1 и 2 статьи 3 Конституции РФ принципа народного суверенитета «все конституционные полномочия государственной власти (законодательной, исполнительной судебной) в Российской Федерации исходят от народа через его свободно выражаемую волю»¹. С этой точки зрения именно представительные учреждения власти способны наиболее полно отобразить сочетание публичных и частных начал в принимаемых ими решениях².

Оценивая с этих позиций федеральный законодательный орган власти, некоторые исследователи приходят к выводу, что «в аспекте всенародного представительства и вытекающего из него предназначения парламента деятельность Федерального Собрания РФ, мягко говоря, далека от совершенства. Более того, в формировании и деятельности российского парламента проявляется тревожная тенденция утраты представительской функции и вследствие этого отход от реализации принципов правового государства и законодательной деятельности»³.

В новейшей специальной литературе по конституционному праву и политологии не без основания указывается, что «представительная природа законодательной власти... охватывает и характеризует адекватность и полноту отражения в составе депутатов законодательного органа власти и в практике его законодательства потребностей, интересов и воли граждан (избирателей) соответствующего государства или государственного образования...», отображается «в соответствии между социальной, профессиональной, демографической, этнической структурами общества и депутатским корпусом законодательного органа»⁴, что представительство есть «основа функционирования парламента, выражается в обязанности парламентариев отражать в своей деятельности общезначимые цели и интересы общественного развития»⁵.

Следует согласиться с тем, что при определении правового статуса законодательных органов власти действующее российское законодательство не раскрывает содержание качества представительного

¹ См.: Комментарий Конституции РФ / Под ред. Ю.В. Кудрявцева. — М., 1996. — С. 22.

² См.: Бондарь Н.С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении: Учебное пособие. — М., 2004.

³ Нисневич Ю.А. Законодательная деятельность: Политико-правовой анализ / Ю.А. Нисневич, В.М. Платонов, Д.Е. Слизовский. — М., 2007. — С. 59—60.

⁴ Масленникова С.В. Народное представительство и права граждан в Российской Федерации. — М., 2001. — С. 27; Максимов В.А. Представительная природа законодательной власти субъекта РФ (правовые аспекты): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1997. — С. 8, 15.

⁵ Нисневич Ю.А. Законодательная деятельность: Политико-правовой анализ / Ю.А. Нисневич, В.М. Платонов, Д.Е. Слизовский. — М., 2007. — С. 58—59.

сти. Более того, формулировки Конституции РФ и федеральных законов, принятых в ее развитие, усиливают неопределенность. Так, согласно статье 94 Конституции РФ Федеральное Собрание — представительный и законодательный орган Российской Федерации. Федеральная Конституция, федеральные законы, конституции (уставы) субъектов Федерации используют термин «законодательные (представительные) органы государственной власти». Вопрос о том, чем вызваны использованные в Конституции РФ разночтения относительно характеристики федерального законодательного органа власти и региональных легислатур¹, остается открытым. Хотя, конечно, более важным представляется то, как федеральная Конституция и законодательство субъектов РФ гарантируют представительный характер законодательной власти соответственно федерального и регионального уровней.

В этой связи в специальной литературе небезосновательно обращается внимание на то обстоятельство, что принципиальное изменение способа (не порядка) формирования Совета Федерации не потребовало даже частичного пересмотра Конституции. Установленные Федеральным законом от 3 августа 2000 года «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» способ и порядок формирования Совета Федерации с учетом изменений, внесенных в Федеральный закон от 6 октября 1999 года «Об общих принципах формирования законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти Российской Федерации», не вполне согласуются с положениями статьи 94 Конституции Российской Федерации и, как замечено специалистами, не вполне соответствуют позициям Конституционного Суда РФ, сформулированным постановлениями «По делу о толковании статей 103 (ч. 3), 105 (ч. 2 и 5), 107 (ч. 3), 108 (ч. 2), 117 (ч. 3) и 135 (ч. 2) Конституции РФ» и «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 года “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации”»². Поэтому вывод о том, что «установленный способ формирования Совета Федерации не позволяет рассматривать эту палату как структуру парламента, обладающую качеством представительности... представительную природу имеет только Государственная Дума»³, отнюдь не выглядит радикальным.

Действительно, с принципом представительности должен быть согласован способ и порядок формирования Совета Федерации. Очевидно, что если одна из палат парламента формируется не избирательным корпусом или же не посредством косвенных выборов, то вполне уместен вопрос о том, может ли в этом случае обеспечиваться представительство интересов социальной общности соответствующих территориальных образований? Словом, вопрос о том, приближает ли такой порядок формирования Совета Федерации или отдаляет от истинно представительного органа власти, соответствует ли он конституционной формуле о том, что Федеральное Собрание — представительный и законодательный орган РФ, остается открытым. Очевидно, что если строго следовать норме (букве и духу) Конституции РФ, соответствующей ей правовой позиции Конституционного Суда, выраженной в постановлении «По делу о толковании статей 103 (ч. 3), 105 (ч. 2 и 5), 107 (ч. 3), 108 (ч. 2), 117 (ч. 3) и 135 (ч. 2) Конституции Российской Федерации»⁴, а также в постановлении «По делу о проверке кон-

¹ Соответственно в теоретической литературе понятия «законодательный» и «представительный» в преломлении к региональным органам законодательной власти трактуются противоречиво. Так, отмечается, что законодательные органы государственной власти — органы, относящиеся к законодательной ветви власти и одновременно представительных органов, приобретающих полномочия в результате свободно выражаемой воли народа и представляющих его интересы. Как видно, автор отдает предпочтение термину «законодательный» (см.: *Матвеева О. В.* Законотворчество законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2004; *Симонова Н. В.* Взаимодействие органов публичной власти на территории приграничного субъекта Российской Федерации: конституционно-правовые аспекты (на анализе материалов Западного регионального пограничного управления ФСБ РФ): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2003).

Иные исследователи исходят из того, что в определении, содержащемся в Федеральном законе «Об общих принципах формирования законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти Российской Федерации», термины «законодательные» и «представительные» используются в качестве синонимов (*Мириджанян Д. М.* Конституционно-правовой статус законодательных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, находящихся в пределах Южного федерального округа: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2004). Думается, что такая интерпретация законодательной нормы по меньшей мере спорна и что используемой терминологией законодатель специально оттеняет представительный характер региональной легислатуры.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 6. — Ст. 1451; постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 года “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации”» // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 48. — Ст. 5969.

³ *Масленникова С. В.* Народное представительство и права граждан в Российской Федерации. — М., 2001. — С. 33. Правильно обращено внимание и на то обстоятельство, что определенные основания для такого рода выводов предоставила Конституция РФ, где в пункте 7 заключительных и переходных положений содержалось указание на выборный характер Совета Федерации первого созыва в течение первых двух лет действия Конституции.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 6. — Ст. 1451

ституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»¹, то действующий порядок формирования Совета Федерации данному требованию не отвечает. Квалификация Федерального Собрания — парламента России как представительного и законодательного органа РФ (ст. 94 Конституции РФ) означает, что каждой из палат Федерального Собрания должен соответствовать представительный способ формирования². В то же время вступивший в силу в 2011 году новый порядок формирования Совета Федерации, в соответствии с которым в палате будут представлены парламентарии, прошедшие через федеральные, региональные или муниципальные выборы, действительно усиливает представительный характер парламента.

Устройство парламента, способ формирования его состава находится в прямой связи с характером и результатами осуществляемой им законодательной деятельности. С этой точки зрения представляется чрезмерно оптимистичным сформулированный в политологической литературе общий вывод о том, что «российский парламент и его аппарат уже овладели технологиями демократических процедур законотворческой деятельности на достаточно высоком профессиональном уровне. Сложившийся алгоритм законодательного процесса позволяет работать достаточно плодотворно»³. Не случайно авторы цитируемых строк в этой же работе упущениями в деятельности парламента считают «отсутствие стратегии законодательной деятельности, неравномерность и несогласованность законодательных инициатив различных субъектов; внесение гораздо большего количества законопроектов, чем его могут рассмотреть депутаты и пр.»⁴. Наверное, это правильно. Хотя отмеченное касается преимущественно организационно-технической стороны проблемы и не затрагивает главного — качества работы законодательной деятельности в его общесоциальном измерении.

В связи с отмеченным актуальным, как представляется, является изучение конституционно-правового опыта зарубежных стран и, в частности, технико-юридических способов и форм конституирования представительного характера парламента.

Во всех, можно сказать, без исключения национальных основных законах (а равно в конституционных соглашениях, или обычаях, тех стран, где нет писаной конституции) закрепляется статусная характеристика законодательного органа, в которой либо прямо указывается на представительный характер легислатуры, либо это непосредственно вытекает из смысла конституционного установления.

При этом конституции некоторых стран детально описывают роль и место высших представительных органов власти в государственном механизме, их взаимосвязь с конституционным принципом народного суверенитета.

Так, Конституция Лаосской Народно-Демократической Республики (ст. 52) устанавливает, что Национальное собрание (парламент страны) представляет права и интересы многонационального народа, является законодательным органом, обладающим правом принимать решения по основным вопросам жизни страны, осуществлять надзор и контроль над деятельностью административных органов, народных судов и органов государственной прокуратуры⁵.

Конституция Монгольской Народной Республики от 13 января 1992 года (с изм. от 24 декабря 1999 г. и 14 декабря 2000 г.) в статье 31 подчеркивает, что в Монголии государственная власть принадлежит ее народу. Народ Монголии осуществляет ее путем прямого участия в государственных делах, а также посредством избранных им представительных органов государственной власти. В статье 20 Конституции конституируется, что «Великий государственный хурал Монголии является высшим органом государственной власти и законодательная власть принадлежит только Великому государственному хуралу»⁶. Согласно Конституции Великий государственный хурал избирает Президента (ч. 4 ст. 30), который несет ответственность перед Великим государственным хуралом (ст. 35)⁷.

Конституция Исламской Республики Афганистан, введенная в действие Указом Главы Переходного Исламского Государства от 27 января 2004 года, в статье 4 закрепила положение о принадлежности национального суверенитета в Афганистане народу, «который реализует его непосредственно или через своих представителей», избираемых в Народный совет. Каждый член Народного совета, отдавая свой голос, исходит из высших интересов всего народа Афганистана⁸.

Нередко национальные конституции содержат указания относительно осуществляемых высшими представительными органами государства функций. Так, согласно статье 72 Конституции Словацкой

¹ Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 48. — Ст. 5969.

² Справедливости ради надо отметить, что среди политиков и конституционалистов понимание реформирования Совета Федерации в указанном направлении, можно сказать, достигнуто.

³ Политическая социология: Учебник для вузов / Под ред. Ж.Т. Тощенко. — М., 2002. — С. 361—362.

⁴ Там же. — С. 362—369.

⁵ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 312.

⁶ Там же. — С. 502—509.

⁷ Там же. — С. 513.

⁸ Там же. — С. 17.

Республики Национальный совет Словацкой Республики является единственным органом Словацкой Республики, принимающим Конституцию и законы¹.

По Конституции Хорватии (ст. 70) Хорватский государственный сабор является представительным органом граждан и носителем законодательной власти в Республике Хорватия.

Статья 66 Конституции Испании устанавливает, что Генеральные кортесы представляют испанский народ (ч. 1), осуществляют законодательную власть государства, принимают бюджет, контролируют деятельность правительства и, кроме того, обладают иными полномочиями (ч. 2 т. 66).

В соответствии с Конституцией Туркменистана (ст. 59) Меджлис Туркменистана (парламент) является высшим представительным органом, осуществляющим законодательную власть².

Конституция Кыргызской Республики, одобренная на референдуме 27 июня 2010 года, в статье 3 устанавливает, что государственная власть в Кыргызской Республике основывается на принципах: верховенства власти народа, представляемой и обеспечиваемой всенародно избираемыми Жогорку Кенешем и Президентом. По Конституции Жогорку Кенеш — парламент Кыргызской Республики — является высшим представительным органом, осуществляющим законодательную власть и контрольные функции (ст. 70)³.

Пожалуй, одной из наиболее колоритных и часто встречающихся в конституционных текстах стран развитой демократии технико-юридических форм выражения представительной природы парламента является конституционно детальное урегулирование порядка его формирования. Данное обстоятельство получает специальное отражение в большинстве конституций зарубежных государств. В этой связи в основных законах получают юридическое оформление:

во-первых, конституционный способ воспроизводства законодательного органа власти, его имманентная связь с выборами и избирательными правами граждан. Статья 5 Конституции Польши устанавливает, что сейм состоит из 100 представителей народа. В сейм может быть избран каждый полноправный гражданин;

во-вторых, принципы избирательного права. Согласно статье 38 (1) Основного закона ФРГ депутаты германского бундестага избираются всеобщими, непосредственными, свободными равными и тайными выборами;

в-третьих, представительный характер депутатского мандата, его связь с народным суверенитетом. Согласно абзацу 1 статьи 38 Основного закона ФРГ депутаты германского бундестага являются представителями всего народа, не связаны поручениями и указаниями и подчиняются только своей совести (в ред. Тридцать третьего закона об изменении Основного закона (статей 29 и 39) от 23 августа 1976 г. — BGBl.I.S/2381). Совершенно иначе содержание депутатского мандата определяет Конституция Сирийской Арабской Республики от 13 марта 1973 года: «Член Народного собрания представляет весь народ (ст. 52)⁴, понятие рабочего и крестьянина⁵;

в-четвертых, закрепление вида избирательной системы. Статья 18 Конституции Чешской Республики в части 2 устанавливает, что выборы в сенат осуществляются в соответствии с принципами мажоритарной избирательной системы, а часть 1 статьи 18 предусматривает, что выборы в Палату депутатов в проводятся в соответствии с принципами пропорционального представительства⁶;

в-пятых, определение порядка формирования избирательной инфраструктуры. Это касается:

а) порядка нарезания избирательных округов. В частности, § 25 Конституции Финляндии («Выборы в Эдускунту») детально определяет технологию нарезания избирательных округов и содержит ряд бланкетных предписаний, касающихся проведения выборов в парламент⁷;

б) порядка распределения мандатов в связи с проведением парламентских выборов. Так, глава 3 Формы правления — Конституции Швеции детально расписывает получение мандатов в парламент, посвятив этому 12 параграфов⁸.

Наиболее значимой технико-юридической формой усиления представительных свойств парламента является внесение в национальные основные законы целого ряда западноевропейских стран конституционных поправок. При этом в рассматриваемом контексте прежняя версия конституционного текста подвергается существенной коррекции. Так, согласно Тридцать третьему закону об изменении Основного закона ФРГ (ст. 29 и 39) от 23 августа 1976 года депутаты германского бундестага избираются всеобщими, непосредственными, свободными равными и тайными выборами (абз. 1

¹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 130.

² Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 803.

³ Там же. — С. 455, 474.

⁴ Избранные конституции зарубежных стран: Учебное пособие / Отв. ред. Б.А. Страшун. — М., 2011. — С. 226.

⁵ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Западная Азия. — С. 527.

⁶ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 502.

⁷ См. там же. — С. 375—376.

⁸ См. там же. — С. 568.

ст. 38). Они являются представителями всего народа, не связаны поручениями и указаниями и подчиняются только своей совести (абз. 2 ст. 38)¹.

Специально-юридическим приемом закрепления представительности парламента является определение в основном законе страны конституционного состава парламента и способа его формирования.

По Конституции Республики Словения (ч. 3 ст. 80) в Государственное собрание всегда избирается по одному депутату от итальянского и венгерского национальных сообществ².

Статья 69 Конституции Испании подчеркивает: сенат является палатой территориального представительства (ч. 1); от каждой провинции избираются по 4 сенатора всеобщим, свободным, равным, прямым и тайным голосованием избирателей, проживающих в ней (ч. 2); в островных провинциях каждый остров или их объединение, имеющие кибильдо или островной совет, образуют избирательный округ (ч. 3); Сеута и Мелилья назначают по два сенатора (ч. 4), автономные сообщества — по одному сенатору и еще по одному от каждого миллиона населения, проживающего на их территории³.

В качестве технико-юридического приема определения состава парламента иногда используется конституционный запрет. Так, Основной закон Израиля о Кнессете от 12 февраля 1958 года в статье 76 устанавливает исчерпывающий перечень лиц, которые не могут быть кандидатами в члены Кнессета. Это: 1) президент государства; 2) два верховных раввина; 3) судья (шофет), пока он занимает эту должность; 4) судья (дайан) религиозного суда, 5) государственный контролер, 6) глава Генерального штаба Сил обороны Израиля; 7) раввины и священнослужители других религий, пока они занимают должности; 8) старшие государственные служащие и старшие военнослужащие по указанию в законе.

В странах со сложным (многоэтническим) составом населения и федеративным устройством конституционное законодательство содержит детальное перечисление способов, принципов формирования парламента.

Так, по Конституции Республики «Союз Мьянма» от 29 мая 2008 года (ст. 74) Национальное законодательное собрание состоит из двух палат: а) первая палата формируется из депутатов административных округов и населения и депутатов палаты, являющихся служащими вооруженных сил, назначенных Главнокомандующим Силами обороны; б) вторая палата формируется из депутатов, избираемых в равном количестве от каждого региона и штата, и депутатов — служащих вооруженных сил, назначенных Главнокомандующим Силами обороны⁴.

Конституционные стандарты установлены и в отношении состава региональных легислатур. Согласно статье 161 Конституции законодательное собрание региона или штата формируется из следующих лиц: а) депутатов законодательного собрания региона или штата, два из которых избираются от каждого городского поселения региона или штата; б) депутатов законодательного собрания региона, каждый из которых избирается от каждой национальности, численность которой, подсчитанная соответствующими органами, составляет 0,1% или более населения Союза, из оставшихся национальностей, не считая те национальности, которые уже обрели статус соответствующего региона или самоуправляемой области в данном регионе; в) депутатов законодательного собрания штата, каждый из которых избирается от каждой национальности, численность которой, подсчитанная соответствующими органами, составляет 0,1% или более населения Союза, из оставшихся национальностей, не считая те национальности, которые уже обрели статус соответствующего региона или самоуправляемой области в данном штате; г) депутатов-военнослужащих законодательного собрания региона или штата, назначенных Главнокомандующим Силами обороны в соответствии с законом, в количестве 1/3 общего числа депутатов законодательного собрания, избранных в соответствии с положениями пунктов «а» и «б» или «а» и «в» статьи 161⁵.

Конституция Республики Мальдивы от 7 августа 2008 года в статье 71 «Определение состава Народного собрания» (однопалатного законодательного органа) устанавливает следующие принципы представительства от каждой административной единицы: 1) избираются по два представителя от каждой административной единицы (всего 20 административных атоллов и остров Мале), население которой составляет 5000 граждан или менее; 2) в случае, когда население, зарегистрированное в определенной административной единице, составляет более 5000 граждан, то от данной административной единицы избираются дополнительно по одному представителю на каждые 5000 граждан, в ней зарегистрированных, сверх изначальных 5000⁶.

Конституция Федерации Малайзии от 27 августа 1957 года (ст. 46) определяет количественный состав представителей в палату представителей — двухпалатный федеральный законодательный орган

¹ Избранные конституции зарубежных стран: Учебное пособие / Отв. ред. Б.А. Страшун. — М., 2011. — С. 226.

² Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 183.

³ Там же. — Т. 1. — С. 345.

⁴ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 566—567.

⁵ Там же. — С. 586.

⁶ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 484.

власти следующим образом: в парламенте представляют от каждого из 13 штатов и двух федеральных территорий; закрепляет способы и количественный состав формирования Сената (ст. 45)¹.

Согласно Конституции Исламской Республики Пакистан от 12 апреля 1973 года (ст. 50) Меджлис-е-шура (парламент) состоит из Президента и двух палат, называемых Национальным собранием и Сенатом. Национальное собрание состоит из 342 членов, включая места, зарезервированные для женщин и немусульман. При этом места в Национальном собрании должны быть предоставлены каждой провинции, территории племен федерального управления и столице федерации пропорционально количеству населения в соответствии с официальными данными последней предшествующей выборам переписи населения (ч. 3 ст. 51).

Несколько иной технико-юридический прием используется для определения состава верхней палаты — Сената, который состоит из 100 членов, из которых согласно статье 59: b) девять членов избираются от территории федерального управления в форме, предписанной президентским декретом; c) по общему списку: одна женщина и один общепризнанный специалист по праву и государственно-му управлению, включая улема, избираются от столицы федерации в форме, предписываемой президентским декретом; d) по четыре женщины должны быть избраны каждым провинциальным собранием; e) по четыре общепризнанных специалиста по праву и государственно-му управлению, включая улемов, должны быть избраны членами каждого провинциального собрания².

Нетипичный способ формирования состава парламента по Конституции Республики Сингапур от 3 июня 1959 года. В статье 39 Конституции подчеркнуто, что парламент состоит: а) из избранных по избирательным округам; б) не более шести так называемых неизбираемых членов парламента, которые могут быть предусмотрены в законе о выборах в парламент с целью обеспечения в парламенте минимального представительства оппозиционному правительству политических партий³.

К технико-юридическим формам определения представительности парламента, безусловно, следует отнести конституционное оформление представительства политических партий в парламенте.

Так, Конституция Королевства Бутан от 18 июля 2008 года в статье 15 «Политические партии» устанавливает: политические партии должны обеспечивать, чтобы государственные интересы имели приоритет над всеми иными интересами, и с этой целью должны выдвигать программы, основанные на ценностях и ожиданиях народа и направленные на обеспечение ответственного и доброго правления. Статья 18 Конституции содержит демократическое положение, касающееся того, что оппозиционная партия должна играть конструктивную роль и следить за тем, чтобы правительство и правящая партия действовали в соответствии с положениями этой конституции, обеспечивали доброе правление и стремились защищать национальные интересы и претворять в жизнь ожидания народа⁴.

Отмеченный аспект получил детальное отражение в Конституции Республики Филиппины от 2 февраля 1987 года. Согласно разделу 5.2 представители, избранные по партийным спискам, должны составлять 20% от общего числа представителей, включая тех, кто идет по списку данной партии (палата представителей состоит не более чем из 250 членов). В течение трех последующих лет после ратификации настоящей Конституции половина мест, предназначенных для представителей партийных списков, должна быть заполнена назначением или избранием лиц от рабочих, крестьян, городской бедноты, туземных культурных общин, женщин, молодежи и других подобных групп, за исключением религиозных, в соответствии с законом⁵.

Еще одной технико-юридической формой выражения представительного характера органа законодательной власти является помещаемый в национальных конституциях текст присяги членов парламента. Так, Конституция Словацкой Республики в статье 75 закрепляет текст следующего содержания: «Клянусь своей честью и совестью в верности Словацкой Республике. Свои обязанности буду выполнять в интересах ее граждан».

Являясь единственным законодательным органом страны, парламент призван выступать тем конституционным учреждением, которое закрепляет в принимаемых им законах общие интересы, тем самым воплощая на практике присущее ему свойство представительности. При этом в структуре конституционных органов конституции некоторых стран учреждают специальные структуры, которые призваны усиливать это качество парламента, выступая, так сказать, «параллельным» парламентом. К примеру, во Франции эту задачу призван решать экономический и социальный совет, который состоит из 230 членов, формируется сроком на пять лет на корпоративной основе и включает представителей от предпринимательских организаций (72 члена), профсоюзов (69), лиц свободных профессий (3 члена), лиц, назначаемых правительством, и др.; дает по запросам правительства заключения

¹ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 350—351.

² Там же. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 631—632.

³ Там же. — С. 711.

⁴ Там же. — С. 150, 153.

⁵ Там же. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 909.

по проектам программных законов и планов экономического и социального развития, но может и привлекаться к подготовке этих проектов. Для формулирования собственного мнения по этим же законопроектам вправе направлять своего делегата для изложения позиции совета в палатах парламента¹.

В Республике Словения своего рода параллельным парламентом является согласно Конституции «Государственный совет — орган представительства носителей социальных, экономических, профессиональных и местных интересов», который включает 40 членов: по 4 представителя от работодателей, наемных работников и крестьян, ремесленников; 6 представителей от работников непромышленной сферы, 22 представителя местных интересов.

При этом Конституция закрепляет довольно обширный набор прав за Государственным советом (ст. 97): право законодательной инициативы; право давать заключения по всем вопросам, входящим в компетенцию Государственного собрания; право требовать повторного рассмотрения закона Государственным собранием перед его провозглашением; право требовать назначения референдума по вопросам публичного значения; право требовать проведения расследования по вопросам публичного значения².

Конституция Исламской Республики Афганистан предусматривает учреждение такого конституционного органа, как Лоя Джирга (ст. 110), который «является высшим выразителем воли народа Афганистана, состоит из членов Народного совета и председателей советов провинций и уездов» и разделяется в том числе и учредительной властью, то есть правом изменять действующую Конституцию и принимать новую.

В то же время конституции ряда стран соответственно установившейся там системе власти, форме государственного правления, существующего политического и государственного режима закрепляют в национальных конституциях ограничения для функционирования представительной (законодательной) власти.

К примеру, Конституция Государства Катар от 29 апреля 2003 года в статье 115 устанавливает, что действия членов Шуры («осуществляет законодательную власть, одобряет общую политику правительства, бюджет страны и контролирует исполнительную власть в соответствии с Конституцией» — ст. 76) должны быть направлены на защиту интересов страны. В то же время конституционно подтверждается, что правительство в целом, премьер-министр и министры ответственны только перед Эмиром (ст. 123)³.

По Конституции Королевства Бахрейн от 14 февраля 2002 года учреждается Национальная ассамблея, которая состоит из двух палат: Консультативного совета и Палаты депутатов (ст. 51). При этом Консультативный совет включает 40 членов, назначаемых королевским приказом (ст. 52). Согласно статье 90 Король путем издания королевского приказа может отложить заседание Национальной ассамблеи, правда, на срок, не превышающий двух месяцев⁴.

По Конституции Государства Бруней Даруссалам от 29 сентября 1959 года каждый назначенный член Законодательного совета занимает свою должность так долго, как это угодно Его Величеству Султану (ст. 31.1)⁵.

Конституция Исламской Республики Афганистан к ограничениям относит назначение президентом 1/3 членов Совета⁶, а также право президента в условиях чрезвычайного положения по согласованию с председателями Народного собрания и Верховного суда передать часть полномочий Народного собрания правительству⁷.

Вместе с тем, в государствоведческой литературе достаточно распространенной является версия о всеисильности исполнительной власти и слабости власти законодательной и парламента как институциональной ее составной части. В качестве примера часто ссылаются на Конституцию Франции 1958 года, которая действительно на момент ее принятия существенно ограничивала возможности общенационального парламента. Однако с течением времени соотношение властных полномочий между исполнительной и законодательной властями изменялось в пользу последней. Новейшие изменения, внесенные в Конституцию Франции, сторонники «слабого» парламента этой страны не учитывают, между тем они довольно значительные. В частности, Конституционным законом от 23 июля 2008 года № 724 представительный характер парламента значительно усилен поправками, содержащимися в части 1 статьи 24, части 2 статьи 25, части 1 и 3 статьи 34-1, части 2 статьи 35, части 2 статьи 41, части 1 статьи 43, части 2 статьи 44⁸.

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Особенная часть: Учебник для вузов / Рук. авт. кол. и отв. ред. Б.А. Страшун. — 2-е изд., обновл. и дораб. — М., 2006. — С. 392.

² Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 186.

³ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Западная Азия. — С. 323, 340.

⁴ Там же. — С. 45.

⁵ Там же. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 32.

⁶ Там же. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 21.

⁷ Там же. — С. 35.

⁸ Избранные конституции зарубежных стран: Учебное пособие / Отв. ред. Б.А. Страшун. — М., 2011. — С. 176.

М.Н. Насиров

Насиров Марат Нухбалаевич — кандидат философских наук, преподаватель кафедры философии Нижегородской академии МВД России

Проблемы совершенствования уголовного законодательства по борьбе с незаконной миграцией: криминологический аспект

Приступая к исследованию проблемы совершенствования уголовного законодательства по борьбе с незаконной миграцией, нужно понять, всегда ли миграция оказывала негативное влияние на развитие общества и государства и какие меры приняты для противодействия незаконной миграции.

По мнению ученых, многие годы миграцию рассматривали как позитивное явление, которое способствовало развитию и расширению производства, культурному обмену и т. п. Положительный эффект миграции заключается также в вовлечении в сферу общественно полезной деятельности той части населения, которая не имела по каким-либо причинам возможности получить работу, улучшить материальные и бытовые условия жизни, реализовать свои положительные, творческие качества. События постсоветского периода существенно изменили характер миграционных процессов в Российской Федерации. Возникла необходимость в огромных перемещениях людей, лишенных материальных средств существования. Но основное внимание уделяется массовому притоку мигрантов в Российскую Федерацию из стран Азии, в основном это граждане бывшего СССР. Одной из главных причин такого притока мигрантов является дестабилизация экономического развития, связанная с безработицей в странах их фактического проживания. Это явление носит негативный характер, повышая криминальную активность, которая вносит серьезный дисбаланс в развитие современного общества и государства в целом¹.

Ситуация обостряется с каждым днем, несмотря на то, что в настоящее время миграционные процессы в России регулируют около 30 федеральных законов, свыше 90 указов Президента РФ, акты Правительства РФ, Совета Федерации и Государственной Думы, множество ведомственных нормативных актов приняты во исполнение законов.

Для достижения эффективности мер противодействия незаконной миграции ежегодно проводятся целевые профилактические и оперативно-профилактические мероприятия органами внутренних дел и Федеральной миграционной службой РФ: «Мигрант», «Нелегал», «Незаконный мигрант», «Рынок-нелегал». Силами различных подразделений органов внутренних дел и Федеральной миграционной службой в городах и районах осуществляются проверки жилого сектора, общежитий, гостиниц, рынков, торговых предприятий, строительных площадок, дачных участков, сельскохозяйственных предприятий, организаций, занимающихся заготовкой леса, обработкой камня. Словом, проверяются все места, где могут быть иностранные граждане, нарушающие правила пребывания. По результатам проверок составляются протоколы по статьям 18.8 «Нарушение иностранным гражданином или лицом без гражданства правил въезда в Российскую Федерацию либо режима пребывания (проживания) в Российской Федерации», 18.10 «Незаконное осуществление иностранным гражданином или лицом без гражданства трудовой деятельности в Российской Федерации» КоАП РФ, оформляются и направляются в суд материалы на выдворение за пределы Российской Федерации иностранных граждан.

Мера административного воздействия в виде административного выдворения негативно влияет на материальное положение иностранного гражданина, так как сопровождается потерей временного места работы, стабильного заработка и т. п. Практика доказывает, что иностранные граждане или лица без гражданства, незаконно пребывавшие на территории РФ, в отношении которых уже вступила в законную силу мера пресечения в виде административного выдворения, фактически должны находиться на территории государства, к гражданству которого они имеют принадлежность. Но спустя определенное время иностранные граждане, подлежащие депортации, вновь возвращаются обратно уже путем грубого нарушения законодательства РФ, незаконно пересекая государственную границу РФ или ее субъекта, нарушая действующий порядок пребывания иностранных граждан на территории РФ. В таком случае депортация иностранных граждан зачастую не является эффективной мерой

¹ Пинкевич Т.В. Взаимообусловленность миграционных процессов и преступности: региональный аспект // Миграция, права человека и экономическая безопасность современной России: состояние, проблемы, эффективность защиты: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2004. — С. 346.

борьбы с незаконной миграцией. Это связано в первую очередь с тем, что до сих пор нет отдельного нормативного акта, регламентирующего основания и порядок депортации незаконных мигрантов. Для этого требуются весьма значительные суммы, которые нужно выискивать из иных источников. Например, профессор В.М. Баранов предлагает: «До принятия закона о депортации нелегальных мигрантов (иного уровня акт принимать нежелательно) надо разрешить компетентным органам «изыскивать» средства на депортацию у работодателей, у диаспор, у государства, гражданами которых являются нелегальные мигранты»¹.

Поскольку меры административного воздействия в отношении иностранных граждан, незаконно пребывающих на территории РФ, не привели к желаемым результатам, Федеральным законом от 28 декабря 2004 года № 187-ФЗ в Уголовный кодекс РФ была включена новая для российского законодательства норма, устанавливающая ответственность за организацию незаконной миграции (ст. 322¹ «Организация незаконной миграции»). Однако в некоторых регионах РФ возбуждение уголовных дел о преступлениях, связанных с незаконной миграцией, в отчетном периоде носило единичный характер. Уголовные дела об организации незаконной миграции вообще не возбуждались и не расследовались. К уголовной ответственности за совершение организации незаконной миграции в основном привлекались граждане РФ, являющиеся частными предпринимателями или руководителями коммерческих фирм в сфере строительства, сельского хозяйства и промышленности. Многие руководители крупных строительных фирм скрывают от правоохранительных органов число незаконно прибывших на территорию России мигрантов, устанавливая тем самым пропускной режим на объектах строительства и рынках. В отношении таких лиц предлагаем ужесточить меры административной и уголовной ответственности.

Анализ динамики и структуры преступлений в сфере незаконной миграции показал, что за отчетный период 2009 года относительно 2005 года количество преступлений по статье 322 «Незаконное пересечение Государственной границы Российской Федерации» увеличилось в 2,8 раза. Резкий скачок преступлений, связанных со статьей 322¹ «Организация незаконной миграции», был зафиксирован только в 2006 году по отношению к 2005 году. В 2009 году, согласно проведенному анализу, наличие зарегистрированных преступлений в сфере миграции увеличилось в 3 раза (таблица 1).

Таблица 1

**Динамика и структура преступлений в сфере незаконной миграции
с 2005 по 2009 год**

| Виды преступлений | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Незаконное пересечение Государственной границы Российской Федерации (ст. 322 УК РФ) | 705 | 1685 | 1985 | 1484 | 1853 |
| Организация незаконной миграции (ст. 322 ¹ УК РФ) | 360 | 1083 | 767 | 417 | 1253 |
| Всего | 1065 | 2768 | 2752 | 1901 | 3106 |

Следует отметить, в Российской Федерации действенный уголовный закон на современном этапе своего развития довольно часто претерпевает значительные изменения и поправки, вносимые в него законодателем. Так, 6 сентября 2011 года Государственная Дума РФ приняла в первом чтении президентские поправки в УК РФ, которые направлены на дальнейшее совершенствование уголовного законодательства страны. Поправками в УК РФ вводится совершенно новый вид наказания — принудительные работы, не связанные с лишением свободы. Отсюда следует, что принудительные работы должны стать альтернативой лишению свободы за совершение преступления небольшой и средней тяжести, а также за совершение впервые некоторых видов преступлений, относящихся к категории тяжких. Согласно законопроекту назначенное наказание в виде принудительных работ осужденные будут отбывать в специальных исправительных центрах. Срок наказания, предусмотренный внесенными поправками, составляет от 2 месяцев до 3 лет. Предложенные поправки Президента РФ вступают в законную силу в 2013 году.

В части 1 статьи 322¹ УК РФ «Организация незаконной миграции» закреплены деяния, относящиеся к категории преступлений небольшой тяжести, а в части 2 статьи 322¹ УК РФ — к категории преступлений средней тяжести. Следовательно, к 2013 году за преступление, предусмотренное статьей 322¹ УК РФ «Организация незаконной миграции», в составе с аналогичными видами преступлений, по степени тяжести относящимися к категории небольшой и средней, будет назначена мера наказания, предусмотренная предложенными поправками Президента РФ. Такие изменения в очередной раз

¹ Баранов В.М. Незаконная миграция в современной России: понятие, виды, эффективность противодействия // Миграция, права человека и экономическая безопасность современной России: состояние, проблемы, эффективность защиты: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2004. — С. 53.

ослабят комплекс действующих мер по борьбе с незаконной миграцией, потому что в России большее число нелегалов составляют трудовые мигранты¹.

Серьезным препятствием для эффективного противодействия незаконной миграции является отсутствие четкой иммиграционной концепции, несовершенство существующего миграционного законодательства и отсутствие некоторых необходимых законов. Российское миграционное законодательство сильно отстает от развития ситуации. Необходимо принять Федеральные законы «Об иммиграции в Российскую Федерацию» и «О внутренней миграции населения Российской Федерации». Также требуются согласованные изменения в Уголовный кодекс РФ и Кодекс РФ об административных правонарушениях. Прежде всего, нужно принять меры по усовершенствованию административного и уголовного законодательств в части установления единых критериев штрафных санкций, а именно за совершение предусмотренных законодательством деяний в отношении двух и более иностранных граждан и (или) лиц без гражданства. Соответствующая ответственность должна наступать в отношении каждого иностранного гражданина или лица без гражданства в отдельности, что имеет место в КоАП РФ, но не предусмотрено в УК РФ.

¹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Т. Томина, В.В. Сверчкова. — 6-е изд., перераб. и доп. — М., 2010. — 1306 с. — С. 1207—1209.

В.А. Никонов

Никонов Владимир Александрович — кандидат юридических наук, прокурор г. Нижнего Новгорода

О некоторых аспектах участия прокуратуры в нормотворческой деятельности органов местного самоуправления муниципального образования «город Нижний Новгород»

Различные аспекты правотворческой деятельности органов государственной власти РФ, субъектов РФ, муниципальных образований неоднократно являлись предметом научных исследований¹.

В юридической литературе справедливо отмечается, что действенным средством обеспечения законности и повышения качества правотворческой деятельности служит участие в такой работе прокуроров².

В настоящее время идет весьма интенсивное обновление федерального законодательства, значительно активизировалась нормотворческая деятельность органов местного самоуправления. В целях повышения качества принимаемых законов и иных нормативных правовых актов возникла необходимость расширения сотрудничества органов прокуратуры с законодательными (представительными) и исполнительными органами государственной власти, органами местного самоуправления в сфере нормотворчества³.

В соответствии с пунктом 4 статьи 1 и статьей 9 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» к числу субъектов, участвующих в правотворческой деятельности, отнесены Генеральный прокурор РФ, прокурор субъекта Федерации, прокурор города, района. В большинстве субъектов Федерации региональными конституциями и уставами прокурорам предоставлено право законодательной инициативы. Сегодня согласно статье 54 Устава г. Нижнего Новгорода прокурор города наделен правом правотворческой инициативы. Участие прокуратуры в правотворчестве имеет большое предупредительное значение. Усилиями прокуроров уже на этапе подготовки правовых актов устраняются нарушения законоположений. Тем самым значительно снижается нагрузка на надзорные подразделения органов прокуратуры, исключается сложная и затратная работа по опротестованию и судебному оспариванию незаконных правовых актов.

Целью участия прокуроров в правотворческой деятельности являются: защита прав и свобод человека и гражданина; обеспечение верховенства закона; формирование единого правового пространства на территории страны; обеспечение согласованности юридических предписаний органов публичной власти; обеспечение регламентации решения вопросов местного значения; улучшение систематизации муниципальных правовых актов; снижение влияния бюрократических интересов, противоречащих потребностям населения; исключение из нормативных правовых актов и их проектов коррупциогенных факторов.

До недавнего времени организация этого вида деятельности рассматривалась только в рамках прокурорского надзора за законностью нормативных правовых актов как способа предотвращения издания правовых актов, не соответствующих Конституции РФ и действующему законодательству. Сегодня это самостоятельная функция, осуществляемая прокурором в соответствии с действующим законодательством, направленная на правовое регламентирование общественных отношений, совершенствование действующих правовых норм или их отмену в целях обеспечения конституционной законности⁴.

¹ См.: *Петров А.И.* Законотворчество как особый вид деятельности представительного органа государственной власти: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2007; *Лаврик А.Ю.* Общефедеральный, региональный и муниципальный уровни правотворческой политики в современной России: теретические аспекты взаимодействия: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2008; *Цветков В.В.* Реализация института законодательной инициативы в современном российском государстве (общетеоретический аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2008.

² См. подробнее: *Никонов В.А.* Типичные дефекты правовых актов органов местного самоуправления города Нижнего Новгорода (из опыта прокурорского реагирования) // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: Материалы Международного научно-практического круглого стола (29—30 мая 2008 года) / Под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. — М., 2009. — С. 75—91; *Петрова Л.* Правотворческая деятельность органов прокуратуры // Законность. — 2010. — № 11. — С. 3—8.

³ См. подробнее: *Никонов В.А.* Мониторинг нормативных правовых актов органов местного самоуправления // Законность. — 2009. — № 7. — С. 30—33.

⁴ *Петрова Л.* Роль прокуратуры в правотворческой деятельности / Л. Петрова, С. Манакова // Законность. — 2008. — № 3. — С. 2.

Прокуратура — один из субъектов партнерства в процессе нормотворчества на уровне субъектов Федерации и на муниципальном уровне. Участие прокуроров в правотворческой деятельности рассматривается как ее самостоятельная функция, тесно связанная с надзорной. У такого участия важное профилактическое значение, поскольку оно позволяет предотвратить принятие правовых актов, нарушающих права граждан, противоречащих Конституции РФ и федеральному законодательству¹.

Прокуратурой г. Нижнего Новгорода в соответствии с приказом Генерального прокурора РФ от 2 октября 2007 года № 155 «Об организации прокурорского надзора за законностью нормативных правовых актов органов государственной власти субъектов РФ и местного самоуправления» организована работа по проверке законности нормативных правовых актов органов местного самоуправления г. Нижнего Новгорода.

За 6 месяцев 2011 года в прокуратуру города поступило для изучения 353 муниципальных правовых акта, из них 148 правовых актов администрации города и 205 — городской думы. За тот же период поступило 178 проектов муниципальных правовых актов, из них 127 проектов постановлений администрации города и 51 проект решений городской думы.

Нормативные правовые акты администрации г. Нижнего Новгорода и их проекты поступают два раза в месяц к 5 и 20 числу каждого месяца, прокуратурой города осуществляется их учет и последующее изучение. Нормативные правовые акты городской думы и их проекты поступают в прокуратуру города заблаговременно до начала очередного заседания городской думы.

Кроме того, в прокуратуру города поступает официальное печатное издание для опубликования муниципальных правовых актов органов местного самоуправления г. Нижнего Новгорода — газета «День города. Нижний Новгород», материалы которой изучаются сотрудниками прокуратуры города и используются в надзорной деятельности, в том числе при проверке законности нормативных правовых актов органов местного самоуправления.

Прокурор города принимает обязательное участие на заседаниях городской думы г. Нижнего Новгорода, где высказывает позицию прокуратуры города по вопросу законности проектов нормативных правовых актов, предлагаемых к принятию, заместитель прокурора принимает участие в работе постоянных комиссий городской думы.

Проекты нормативных правовых актов администрации г. Нижнего Новгорода поступают в прокуратуру города, и в течение 7 дней проводится проверка соответствия их федеральному законодательству. На каждый проект нормативного правового акта составляется заключение о законности, которое содержит правовой анализ на предмет соответствия нормам федерального законодательства, наличия коррупционных факторов. Заключение содержит вывод о соответствии проекта требованиям федерального законодательства, о возможности либо невозможности принятия, необходимости доработки проекта с учетом замечаний, указанных в заключении.

Заключения прокуратуры г. Нижнего Новгорода на проекты нормативных правовых актов администрации г. Нижнего Новгорода и городской думы г. Нижнего Новгорода заблаговременно направляются главе администрации города и в городскую думу г. Нижнего Новгорода соответственно.

Зачастую замечания прокуратуры города на проекты заблаговременно устраняются, что способствует в дальнейшем принятию нормативных правовых актов, соответствующих требованиям федерального законодательства.

Например, в прокуратуру города поступил проект постановления «О внесении изменений в Устав города Нижнего Новгорода», которым предлагается внести изменения в 25 нормативных положений Устава. Основные изменения касаются порядка избрания главы г. Нижнего Новгорода, определения дня голосования на выборах депутатов городской думы, избрания заместителей главы г. Нижнего Новгорода, уточнения оснований досрочного прекращения полномочий главы муниципального образования. По результатам проверки проекта Устава г. Нижнего Новгорода прокуратурой города установлено, что 8 из 25 предлагаемых изменений в Устав города противоречат требованиям федерального законодательства.

Одним из таких нарушений явилось изменение, согласно которому предлагалось установить требования к кандидату на должность главы администрации г. Нижнего Новгорода о проживании такого кандидата на территории г. Нижнего Новгорода в течение десяти лет непрерывно перед назначением.

Предлагаемые изменения в случае принятия городской думой противоречили бы статье 1 Закона РФ от 25 июня 1993 года № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации», в соответствии с которой ограничение права граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах РФ допускается только на основании закона, а также требованиям статьи 16 Федерального закона № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации», согласно которой на муниципальную службу вправе поступать граждане, достигшие возраста 18 лет, владеющие государ-

¹ Тихомиров Ю. Участие прокуратуры в нормотворческой деятельности на региональном и муниципальном уровнях / Ю. Тихомиров, Л. Андриченко // Законность. — 2008. — № 7. — С. 2.

ственным языком РФ и соответствующие квалификационным требованиям, установленным согласно настоящему Федеральному закону для замещения должностей муниципальной службы, при отсутствии обстоятельств, указанных в статье 13 настоящего Федерального закона в качестве ограничений, связанных с муниципальной службой.

При поступлении на муниципальную службу, а также при ее прохождении не допускается установление каких бы то ни было прямых или косвенных ограничений или преимуществ в зависимости от пола, расы, национальности, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с профессиональными и деловыми качествами муниципального служащего.

Все замечания, изложенные в заключении прокуратуры города, озвучены прокурором города на публичных слушаниях по проекту внесения изменений в Устав г. Нижнего Новгорода. По результатам публичных слушаний подготовлен новый проект постановления городской думы г. Нижнего Новгорода о внесении изменений в Устав города с учетом поступивших в ходе публичных слушаний замечаний и предложений прокурора г. Нижнего Новгорода.

Кроме того, в прокуратуру города поступил проект постановления «О внесении изменений в постановление городской думы г. Нижнего Новгорода от 19 сентября 2009 года № 78 «Об утверждении Положения о проведении аттестации муниципальных служащих в городе Нижнем Новгороде»». Проект содержал нормы, устанавливающие возможность проведения внеочередной аттестации муниципального служащего по инициативе нанимателя (работодателя) либо уполномоченного им лица в целях определения преимущественного права на оставление на работе при проведении мероприятий по сокращению численности или штата работников.

Вместе с тем, в соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 2 марта 2007 года № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» аттестация муниципального служащего проводится в целях определения его соответствия замещаемой должности муниципальной службы, а не в целях определения преимущественного права на оставление на работе при проведении мероприятий по сокращению численности или штата работников.

Прокуратурой города подготовлено отрицательное заключение на указанный проект постановления, которое озвучено заместителем прокурора г. Нижнего Новгорода на комиссиях городской думы. Комиссиями городской думы заключение прокуратуры города учтено, в проект внесены соответствующие изменения, что позволило подготовить и вынести на рассмотрение городской думы проект постановления, в полной мере соответствующего требованиям федерального законодательства.

Аналогичным образом учтены замечания прокуратуры города на проекты постановлений городской думы города «О внесении изменений в Правила размещения наружной рекламы в г. Нижнем Новгороде», «Об утверждении Положения о погребении и похоронном деле в г. Нижнем Новгороде», «Об утверждении положения об осуществлении муниципального лесного контроля и надзора на территории г. Нижнего Новгорода», «О внесении изменений в Положение о порядке осуществления муниципального земельного контроля в городе Нижнем Новгороде» и др.

Вместе с тем, имеют место случаи, когда замечания прокуратуры г. Нижнего Новгорода, изложенные в заключениях, не учитываются, следовательно, принимаются нормативные правовые акты, противоречащие требованиям законодательства. В таких случаях прокуратурой города на эти нормативные правовые акты приносятся протесты, а в случае отклонения протестов принимаются меры для оспаривания незаконных правовых актов в судебном порядке.

Кроме проверки законности нормативных правовых актов органов местного самоуправления, прокуратурой города ежемесячно проводятся сверки действующих нормативных правовых актов органов местного самоуправления, о чем составляются акты о наличии или отсутствии нормативных правовых актов, вступивших в противоречие с федеральным законодательством.

В случае, если муниципальный правовой акт вступил в противоречие с принятым федеральным законом, прокуратура города незамедлительно при установлении таких фактов информирует об этом органы местного самоуправления, одновременно предлагая привести нормативные правовые акты органов местного самоуправления в соответствие с требованиями федерального законодательства.

Например, в ходе ежемесячной сверки соответствия муниципальных правовых актов изменениям, внесенным в федеральное законодательство, установлено, что Федеральным законом от 7 мая 2009 года № 90-ФЗ внесены изменения в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», а именно дополнены исключительные полномочия представительного органа местного самоуправления, к которым отнесено принятие решения об удалении главы муниципального образования в отставку, установлена процедура принятия такого решения.

В соответствии с пунктом 8 части 1 статьи 44 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», уставом муниципального образования должны определяться виды ответственности органов местного само-

управления и должностных лиц местного самоуправления, основания наступления этой ответственности и порядок решения соответствующих вопросов, в том числе основания и процедура отзыва населением выборных должностных лиц местного самоуправления, досрочного прекращения полномочий выборных органов местного самоуправления и выборных должностных лиц местного самоуправления.

Изменения, внесенные Федеральным законом от 7 мая 2009 года № 90-ФЗ в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», подлежат отражению в Уставе г. Нижнего Новгорода путем внесения в него соответствующих изменений и дополнений.

Прокуратурой г. Нижнего Новгорода в органы местного самоуправления города направлена информация о необходимости внесения соответствующих изменений в Устав г. Нижнего Новгорода. Указанная информация принята к сведению, и подготовлены соответствующие изменения в Устав.

В случае непринятия органами местного самоуправления мер по указанной информации прокуратурой города принимаются меры прокурорского реагирования, направленные на отмену или изменение норм, вступивших в противоречие с требованиями федерального законодательства, то есть притесняется протест на такой нормативный акт или представление об устранении нарушений закона. Вид акта прокурорского реагирования выбирается в каждой ситуации индивидуально.

Фактов бездействия органов местного самоуправления по принятию нормативных правовых актов в связи с изменением законодательства не имелось.

Во исполнение приказа Генерального прокурора РФ от 24 ноября 2008 года № 243 «Об участии органов прокуратуры в законопроектной работе законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ и нормотворческой деятельности органов местного самоуправления» прокуратурой города в адрес главы города и председателя городской думы направлена информация о необходимости наделения прокурора города правом правотворческой инициативы. В настоящее время в соответствии со статьей 54 Устава г. Нижнего Новгорода прокурор наделен правом правотворческой инициативы.

Кроме того, правотворческая инициатива использовалась прокурором города и ранее. Например, прокурором в адрес главы администрации г. Нижнего Новгорода направлены проекты Муниципальной антикоррупционной программы, а также Положения о порядке проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов в г. Нижнем Новгороде.

Постановлением главы администрации г. Нижнего Новгорода от 13 августа 2009 года № 4076 утверждена городская целевая программа «Противодействие коррупции в городе Нижнем Новгороде на 2009—2012 годы», за основу которой принят проект, подготовленный прокуратурой г. Нижнего Новгорода.

Не оспаривая значимость проведенной работы, следует высказать предложение о том, что из поля зрения некоторых прокуроров городского и районного уровня выпадают определенные аспекты надзора за законностью нормативных правовых актов.

В соответствии с пунктом 2.8 приказа Генерального прокурора РФ от 22 октября 2007 года № 155 в случае длительного непринятия законодательным органом субъекта РФ предусмотренных федеральным законодательством нормативных правовых актов прокурорам следует вносить представления об устранении нарушений закона, предложения об изменении, дополнении, отмене (курсив наш. — **В.Н.**) нормативных правовых актов.

Думается, что данное требование в полной мере должно исполняться не только на уровне субъектов РФ, но и прокурорами городов, районов на стадии нормотворчества органа местного самоуправления. Кроме того, с нашей точки зрения, более пристальное внимание следует уделять вопросам отмены фактически недействующих, но неотмененных в установленном порядке нормативных правовых актов.

В обоснование данного суждения приведем несколько теоретических аргументов.

В теории государства и права право рассматривается как система нормативных установок, выраженная большей частью в законодательстве и регулирующая общественные отношения. Правотворчество — это деятельность государственных органов (в случае референдума — всего народа) и должностных лиц по изданию, переработке и отмене нормативно-правовых актов¹.

Таким образом, по нашему мнению, к правотворческой деятельности наряду с принятием новых юридических норм относятся также отмена и изменение устаревших нормативно-правовых предписаний, которые по определенным причинам перестают регулировать общественные отношения.

Нельзя не отметить социальную важность подобной деятельности². Во-первых, наличие значительного числа недействующих либо подлежащих отмене нормативных правовых актов серьезно затрудняет процесс правоприменения, дезориентирует граждан о наличии льгот, формирует неверное

¹ См.: Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 111, 304.

² См. подробнее: Никонов В.А. К вопросу о социальной вредности и необходимости ревизии «мертвых» правовых норм // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ. — 2009. — № 3. — С. 3—7.

мнение о наличии правосубъектности должностных лиц либо контролирующих органов, что в конечном итоге может привести к нарушению прав и свобод человека. Тем самым загромождается правовое пространство, усложняется поиск необходимых документов, что в первую очередь отражается на социально незащищенных категориях граждан, а также на лицах с невысокой правовой культурой и низким уровнем юридических знаний.

Во-вторых, нарушается принцип процессуальной экономии, поскольку любой субъект права, начиная с гражданина и заканчивая судебными инстанциями, вынужден тратить больше времени на выбор нужной действующей нормы среди аналогичных правовых норм, подлежащих отмене. Сохраняется потенциальная опасность применения неверной нормы права, что опять негативным образом отражается на интересах конкретного человека.

И наконец, учитывая актуальность борьбы с коррупционными проявлениями, наличие значительного объема недействующих либо подлежащих отмене нормативных правовых актов может выступать в качестве скрытых предпосылок для совершения уголовно наказуемых преступлений, административных правонарушений и дисциплинарных проступков.

С нашей точки зрения, изложенное свидетельствует, с одной стороны, о социальной вредности и общественной опасности рассматриваемого явления, а с другой — о необходимости активизации прокурорской деятельности в этом направлении.

В этой связи необходимо сосредоточить усилия на ревизии нормативных правовых актов. В обывательском понимании ревизия — пересмотр чего-нибудь с целью внесения корректных изменений¹.

В данном контексте под ревизией нормативных правовых актов следует понимать деятельность уполномоченных органов в пределах их компетенции по проверке фактически недействующих, но не отмененных в установленном порядке нормативных правовых актов в целях их отмены либо изменения и приведения в соответствие с Конституцией РФ и федеральным законодательством.

Прокуратура г. Нижнего Новгорода имеет определенный опыт работы в данном направлении. В 2008 году на постоянной основе изучались нормативные правовые акты городской думы Нижнего Новгорода и главы администрации города прошлых лет на предмет их отмены.

Выявлено 10 фактически недействующих, но не отмененных в установленном порядке незаконных нормативных правовых актов, противоречащих Конституции РФ и федеральному законодательству, на которые принесены протесты. Постановлением главы администрации города указанные правовые акты отменены.

Проведенная работа имела определенный «профилактический» эффект. Прокуратурой города в юридическое управление городской думы Нижнего Новгорода направлен запрос о том, действуют ли в настоящее время 87 нормативных правовых актов, данные сведения были необходимы для решения вопроса о принесении протестов на незаконные правовые акты. После получения прокурорского запроса принято постановление городской думы об отмене 91 недействующего правового акта. В частности, отменено постановление от 21 марта 2007 года № 24 «Об утверждении Положения о дополнительной мере социальной поддержки семей в связи с рождением в их составе одновременно троих и более детей», постановление от 22 октября 1997 года № 33 «О мерах по социальной защите населения при уплате земельного налога» и др.

В аналогичном порядке отменено 56 недействующих нормативных правовых актов главы администрации г. Нижнего Новгорода, в их числе постановление от 21 августа 2007 года № 3770 «О порядке доведения до сведения налогоплательщиков земельного налога информации о кадастровой стоимости земельных участков, расположенных в границах городского округа город Нижний Новгород», постановление от 29 апреля 1997 года № 38 «Об упорядочении сети платных автостоянок на территории г. Нижнего Новгорода» и др. Таким образом, отменены недействующие нормативные правовые акты, которые могли дезориентировать граждан об объеме их прав, обязанностей, наличии льгот, полномочиях должностных лиц и контролирующих органов.

В целях реализации положений, закрепленных в пункте 2 статьи 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», о недопустимости подмены при осуществлении надзора за исполнением законов иных государственных органов, внесено представление главе администрации г. Нижнего Новгорода, в котором поставлен вопрос о необходимости активизации работы по отмене недействующих правовых актов сотрудниками департамента правовой работы администрации города.

С нашей точки зрения, в данном случае не столь важно, что прокуратура не получит высоких статистических показателей в виде удовлетворенных протестов. Главное — недействующие нормативные правовые акты отменены, расчищено правовое поле, устранены потенциальные предпосылки для нарушения прав и свобод граждан и коррупционных проявлений чиновников.

Проведение антикоррупционной экспертизы — новая функция органов прокуратуры, назначение которой состоит в выявлении и устранении правовых предпосылок коррупции (коррупциогенных факторов), что по своей сути отождествляется с устранением дефектов правовой нормы или заложенной

¹ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. — М., 2003. — С. 661.

в ней правовой формулы¹. Антикрупционная экспертиза функционально выступает также дополнительным инструментом обеспечения качества актов, их большей эффективности².

Правовые основы проведения антикрупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов заложены в Конвенции ООН против коррупции 2003 года. Согласно пункту 3 статьи 5 Конвенции ООН каждое государство-участник стремится периодически проводить оценку соответствующих правовых документов и административных мер с целью определения их адекватности с точки зрения предупреждения коррупции и борьбы с ней.

Федеральный закон от 25 декабря 2008 года «О противодействии коррупции» антикрупционную экспертизу нормативных правовых актов и их проектов определил как меру по профилактике коррупции (п. 2 ст. 6).

Порядок проведения антикрупционной экспертизы определен в ряде специальных законов: Федеральном законе от 17 июля 2009 года № 172-ФЗ «Об антикрупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»; Федеральном законе от 17 июля 2009 года № 171-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О прокуратуре Российской Федерации” в связи с принятием Федерального закона “Об антикрупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов”».

Органы прокуратуры при проведении антикрупционной экспертизы руководствуются Методикой проведения экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 года и приказом Генерального прокурора РФ от 28 декабря 2009 года «Об организации проведения антикрупционной экспертизы нормативных правовых актов».

При выявлении в ходе проведения антикрупционной экспертизы нормативных правовых актов коррупциогенных факторов прокуроры обязаны принять необходимые меры прокурорского реагирования.

Из перечисленных законов следует, что по результатам антикрупционной экспертизы, в случае выявления коррупциогенных факторов, прокурор вносит требование об изменении нормативного правового акта или обращается в суд. В то же время практика прокурорского надзора свидетельствует о более широком выборе вариантов прокурорского реагирования. В частности, по отношению к нормативным правовым актам, содержащим коррупциогенные факторы, могут быть использованы следующие средства прокурорского реагирования: принесение протеста на правовой акт, противоречащий федеральному законодательству и содержащий коррупциогенные факторы; внесение в нормотворческий орган требования прокурора об изменении правового акта, содержащего коррупциогенные факторы; направление заявления в суд о признании недействующим нормативного правового акта, противоречащего федеральному законодательству и содержащего коррупциогенные факторы; направление заявления в суд о внесении изменений в нормативный правовой акт с целью исключения из него коррупциогенных факторов.

Такая форма прокурорского реагирования, как принесение протеста, актуальна в случае, когда нормативный правовой акт содержит помимо коррупциогенных факторов и противоречащие закону нормы. Необходимо учитывать, что результаты проверок одного и того же нормативного правового акта на предмет соответствия законодательству и на коррупциогенность (антикрупционная экспертиза) должны оформляться одним актом прокурорского реагирования — протестом.

Если нормативный правовой акт не содержит положений, противоречащих действующему законодательству, но результат антикрупционной экспертизы свидетельствует о наличии в нем коррупциогенных факторов, то реагирование прокурора должно осуществляться путем внесения требования об изменении нормативного правового акта³.

Прокуратура г. Нижнего Новгорода имеет определенный опыт работы в данном направлении прокурорского надзора⁴.

Например, в ходе проверки установлено, что пункты 1, 2, 3 постановления администрации г. Нижнего Новгорода от 8 февраля 2006 года № 252 «О публикации муниципальных правовых актов и офи-

¹ Талапина Э.В. Методика первичного анализа (экспертизы) коррупциогенности нормативных правовых актов / Э.В. Талапина, В.Н. Южаков; Под ред. В.Н. Южакова. — М., 2007. — С. 20.

² Хабриева Т.Я. Формирование правовых основ антикрупционной экспертизы нормативных правовых актов // Журнал российского права. — 2009. — № 10. — С. 8.

³ Кудашкин А.В. Реализация прокуратурой новых полномочий при проведении антикрупционной экспертизы / А.В. Кудашкин, Т.Л. Козлов // Законность. — 2010. — № 7. — С. 33—37.

⁴ См. подробнее: Никонов В.А. Деятельность прокуратуры по выявлению коррупциогенных факторов в нормативных правовых актах органов местного самоуправления как способ противодействия коррупции // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2010. — № 1 (12). — С. 149—154; Никонов В.А. Деятельность прокуратуры по противодействию коррупции как одно из направлений административной реформы: выявление коррупциогенных факторов в нормативных правовых актах органов местного самоуправления // Административная реформа в России: итоги и перспективы: Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции (г. Нижний Новгород, 12 марта 2010 г.). — Н. Новгород, 2010. — С. 101—110.

циальном сайте города Нижнего Новгорода» содержат юридическую неопределенность — не указано, в каком средстве массовой информации опубликование признается официальным. В данном случае коррупционный фактор предусмотрен подпунктом «в» пункта 4 Методики проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, утвержденной постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96. Прокурором в адрес главы администрации направлено требование об исключении коррупционного фактора из нормативного правового акта, требование прокурора удовлетворено постановлением администрации от 3 февраля 2011 года № 331.

В постановлении городской думы г. Нижнего Новгорода от 17 декабря 2008 года № 188 «Об утверждении Положения о порядке реализации преимущественного права выкупа арендованного муниципального имущества субъектами малого и среднего предпринимательства» не установлен порядок определения предельного значения площади арендуемого имущества, приобретаемого субъектами малого и среднего предпринимательства, а также срок рассрочки оплаты арендуемого имущества (коррупционный фактор предусмотрен подп. «ж» п. 3 Методики). Требование прокурора удовлетворено решением городской думы от 23 марта 2011 года № 38.

Постановление городской думы г. Нижнего Новгорода от 31 января 2007 года № 4 «Об утверждении Муниципальной адресной программы сноса и реконструкции ветхого и сноса аварийного жилищного фонда в городе Нижнем Новгороде» содержит юридико-лингвистическую неопределенность, а именно: из текста муниципальной адресной программы непонятно, какие мероприятия запланированы в отношении жилых домов, являющихся объектами культурного наследия либо относящихся к ценным объектам историко-градостроительной среды (коррупционный фактор предусмотрен подп. «в» п. 4 Методики). Требование прокурора удовлетворено решением городской думы от 23 марта 2011 года № 34.

Согласно разделу 2 приложения № 5 к приказу директора департамента здравоохранения администрации г. Нижнего Новгорода от 23 декабря 2010 года № 739 «Об организации оказания медицинской помощи больным с сосудистыми заболеваниями на территории города Нижнего Новгорода» не подлежат транспортировке в первичные сосудистые отделения больные в агональном состоянии, в том числе при неэффективной сердечно-легочной реанимации при внезапной сердечной смерти на догоспитальном этапе; в терминальной стадии различных онкологических заболеваний; при наличии в анамнезе деменции с выраженной инвалидизацией до развития острых заболеваний. Вместе с тем, порядок оказания медицинской помощи вышеперечисленным больным в приложении № 5 к приказу не определен. В данном случае коррупционный фактор выражается в неполноте административной процедуры (подп. «ж» п. 3 Методики). Требование прокурора удовлетворено приказом директора департамента здравоохранения от 5 мая 2011 года № 293.

Решением городской думы г. Нижнего Новгорода от 16 февраля 2011 года № 15 утверждено «Положение о порядке продажи жилых помещений муниципального жилищного фонда города Нижнего Новгорода». Пункт 3.3.5 Положения предусматривает отказ в принятии заявок на участие в аукционе по истечении срока их приема, заявка возвращается претенденту в день ее поступления под расписку. Вместе с тем, в пункте 3.3.11 Положения предусмотрено основание отказа комиссией претенденту в участии в аукционе в случае подачи заявки по истечении срока приема заявок, указанного в информационном сообщении. Следовательно, правовые нормы пункта 3.3.11 Положения допускают возможность приема заявок на участие в аукционе по истечении срока их приема. Таким образом, в нарушение подпункта «в» Методики пункты 3.3.5 и 3.3.11 Положения содержат коррупционный фактор, выражающийся в юридико-лингвистической неопределенности, а именно: из содержания указанных пунктов непонятно, какие действия необходимо предпринимать в отношении заявок на участие в аукционе, поданных по истечении срока их приема. Требование прокурора удовлетворено решением городской думы от 25 мая 2011 года № 76.

Вышеизложенные примеры свидетельствуют, что прокуратура города достаточно активно участвует в нормотворческой деятельности органов местного самоуправления муниципального образования «город Нижний Новгород». Деятельность прокуратуры в указанной сфере направлена на повышение качества правотворческой деятельности, обеспечение верховенства федерального законодательства, формирование единого правового пространства на территории страны, исключение из нормативных правовых актов и их проектов коррупционных факторов, защиту прав и свобод человека и гражданина.

В.В. Оксамытный

Оксамытный Виталий Васильевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, руководитель Научного центра сравнительного правоведения Института международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, заведующий кафедрой теории и истории государства и права ИМПЭ

Законотворческий процесс: сравнительно-правовой анализ

Законотворческий процесс, являясь составной частью правотворческой техники, имеет свои специфику и сложности. Прежде всего, его параметры и особенности определяются собственным уникальным положением законодательного акта в процессе правотворческой деятельности. Закон возглавляет правовые системы подавляющего большинства современных государств, в процедурах его принятия постепенно складывались правовые обыкновения и традиции и даже этикет, которые сопровождали закон в прохождении по предпарламентским, парламентским и постпарламентским инстанциям, в промульгационном порядке и введении в юридическую силу и действие.

Отечественный опыт техники законотворчества не столь давний, а десятилетняя практика работы первых четырех государственных дум в начале XX века была отрывочной и непоследовательной, хотя и стала первым примером становления демократических правотворческих процессов в нашей стране. Напомним, что вначале Госдума определялась как «законосовещательное установление, коему предоставляется предварительная разработка и обсуждение законодательных предположений». И лишь впоследствии она закрепляется законодательным органом государства, принимающим законы (в соответствии со ст. 86 Основных государственных законов Российской империи).

Последовавший более чем 70-летний перерыв в следовании цивилизационным правилам формирования законодательства, вызванный пренебрежением принципом разделения властей, особым статусом так называемого санкционированного правотворчества (прежде всего фактического закона в лице партийных решений и совместных постановлений партийных и государственных органов), и иных отступлений от традиций классических институтов правообразования, вновь актуализирует необходимость исследования зарубежного опыта законодательного регулирования, в том числе и техники законотворчества.

Законотворческий процесс является официальной деятельностью по подготовке, рассмотрению, утверждению и обнародованию высших нормативных актов государственной власти. Его суть и направленность определяют следующие характерные черты:

- подобное творчество присуще любому государству в истории цивилизации;
- законотворчество оформляется в виде особых процедур, предусматриваемых законодательством (в том числе конституционными положениями, специальными законами, правилами и/или регламентами);
- для осуществления законотворческой деятельности создается специальный орган (или органы), чье предназначение и есть оформление процесса создания законодательных актов;
- субъектами законотворческой деятельности являются народ и высшие органы государственной власти, составляющие в своем единстве так называемый полный парламент;
- сужение рамок законотворческого процесса, выпадение из общепринятой схемы определенных звеньев свидетельствуют об ущемлении демократических основ общества.

Теория законотворческого процесса формируется в Риме, что вполне объяснимо, поскольку именно там была создана самая совершенная правовая система Древнего мира, до сих пор представляющая образец профессионализма в создании законодательства. Детей римских граждан учили латыни по текстам законов — настолько правильным и совершенным было их содержание. В римской легиспруденции закрепляются принципы законотворчества, общие правила принятия законов и внесения в них изменений, законотворческие стадии.

Особое место в законотворчестве как науке занимает Англия уже самим фактом создания в ней парламента и современных законодательных процедур. Именно в Великобритании родилась и воплотилась в реальность идея верховенства законодательной власти, появились первые акты, которыми вводились детализированные процедуры разработки, обсуждения и принятия закона, понятие официального издания закона, порядок его вступления в силу и многое из того, чем пользуются и сегодня законодатели различных стран.

В последующем на развитие законодательных процедур оказали влияние различные страны, внесшие в копилку техники законотворчества заметные новшества и изменения.

В связи со сказанным, не повредит вновь обратиться к процедурным истокам законотворческого процесса, каковыми, в частности, была римская законодательная наука. Рим признается родиной самостоятельной светской науки юриспруденции. Его юристы тщательно разработали понятийный аппарат этой науки в целом, отразили ту новую, отличную от древнегреческой реальность, в обстановке которой ценности юстиции тесно связывались с практическими задачами правового общения, отразившегося и в принципиально новом уровне законодательной теории и техники. Они уточняли многие эллинистические правовые умозаключения, исходя из иных представлений о природе права и закона.

Цицерон указывал, например, на различия между греческим «*номос*» и римским «*lex*»: «Если греки вкладывают в понятие закона понятие справедливости, то мы вкладываем понятие выбора... Наше название «*lex*», по моему мнению, происходит от слова «*legere*» (выбирать)... Если эти рассуждения правильны (а лично я склонен думать, что в общем это верно), то возникновение права следует выводить из понятия закона. Ибо закон есть сила природы, он — ум и сознание мудрого человека, он — мерило права и несправедливости».

Мы узнаем о теоретическом оформлении законодательства Рима как из многочисленных институций известных юристов, так, собственно, из текстов законов, дошедших до нас благодаря проводимым кодификациям более позднего времени. В римской юриспруденции были впервые сформулированы принципы правотворчества, постепенно оформились стадии правотворческого процесса. Правотворческие процедуры предусматривали общие правила принятия законов и внесения изменений в действующие правовые акты. Были разработаны структура самого закона и его классификации.

Римляне внесли важнейший (до сих пор должным образом не оцененный) вклад в общую теорию закона, назвав новую науку *легиспруденцией*. Юристы Рима во многом были первыми коснувшимися той или иной проблемы, связанной с законодательством. Мы до сих пор ссылаемся на древнеримские юридические формулы, ставшие вслед за библейскими заповедями началами права цивилизованных народов. Приведем лишь некоторые из богатейшего римского правового наследия выражения, вошедшие в основу:

— принципа *законности* — «Хотя и строг закон, но так он написан» (*Dura lex scripta tamen*); «Хоть строг закон, но соблюдать его надо» (*Dura lex, sed lex*);

— принципа *верховенства закона* — «Мы должны судить на основании законов, а не примеров» (*Judicandum est legibus, non exemplis*);

— принципа *правового государства* — «Царь должен быть под законом, поскольку закон создает царя» (*Rex debet esse sub lege, quia lex facit regem*);

— принципа *ответственности по закону* — «Нет преступления и наказания, если они не предусмотрены законом» (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*);

— *презумпции знания действующих правовых правил* — «Законы написаны для бодрствующих» (*Leges vigilantibus*).

В древнем Риме народ, обладающий верховной властью, устанавливал законы для самого себя. Это превращало закон в высшую и самую совершенную форму римского права — народный закон (*lex populi*), то есть постановление народного собрания (комиции). Уже текст и порядок действия Законов XII Таблиц выделяют отличительные черты, которые в современной теории закона становятся важнейшими *принципами законотворчества*:

— профессионализм, предполагавший участие профессионалов — «знатоков права» (*juris periti*) в работе комиций, чьи знания аккумулировали нормативный опыт всего общества. Римляне говорили, что закон — это решение «опытных мужей»;

— демократизм, который определялся прямой законодательной деятельностью граждан («Закон есть то, что предписано и установлено народом»);

— законность, выражаемая в понимании закона как результата взаимного обещания всех и для всех;

— гласность, поскольку тексты законов представлялись на Форуме для всеобщего ознакомления, что преследовало цель исключать неосведомленность и необдуманность поведения как причину возможного отклонения от принятых правил поведения и пренебрежения интересами других.

Постепенно были оформлены *стадии законотворческого процесса*, включавшие:

— разработку законопроекта — документа в письменной форме, право на составление которого имел только магистрат (в разные периоды римской истории ими являлись консул, претор, диктатор);

— законодательную инициативу, которая принадлежала тоже магистрату. Последний имел право обращения к народу с обязательным представлением проекта закона на Форум для ознакомления за 24 дня до предполагаемого голосования;

— принятие закона, процедура которого включала: а) обращение магистрата к народу с обычной формулой «постановите и одобрите...»; б) голосование без каких-либо дебатов путем опускания табличек. Законопроекты могли быть приняты или отвергнуты без всяких поправок и только целиком;

— ратификацию закона сенатом, то есть утверждение закона, вотируемого народным собранием (данная функция сената в течение первой половины республики потеряла свое значение и была отменена);

— вступление закона в действие, которое наступало незамедлительно как «приказ народа» (*jussus populi*), но сложилась практика его записи на деревянной или медной доске с последующим выставлением на главной римской площади, а также передачей копии закона в архив.

В самом законе *структурно* закреплялись три существенные части:

— вступление (*praescriptio* — надпись) — содержало имена инициаторов предполагаемого закона и председателя комиции, дающих свое имя самому закону, а также день и место заседания и голосования;

— неизменяемое предложение (*rogatio* — голосуй за) — текст инициативы магистрата, по которому шло голосование (то есть сам текст закона);

— санкция (*sanctio* — взыскание) — указание последствий, под действие которых попадали нарушители закона.

Законотворческие процедуры также предусматривали общие правила принятия законов и внесения изменений в действующие законы. Домиций Ульпиан указывал на следующие действия, в результате которых может возникнуть закон:

— рогация (*rogatur*) как общая процедура принятия и издания закона;

— аброгация (*abrogatur*) как противоположная процедура, ведущая к отмене прежнего закона;

— дерогация (*derogatur*) как процесс, ведущий к частичной отмене положений закона;

— суброгация (*subrogatur*) как принятие дополнений к основным положениям закона;

— оброгация (*obrogatur*) как процедура внесения каких-либо изменений в первоначальный закон.

Римскому правотворчеству также была свойственна следующая особенность: наличие в системе законов *leges datae* — актов, содержащих специальные права и привилегии отдельным общинам, которые не имели законодательной власти. Речь идет о том, что значительно позже стало определяться понятие «делегированное правотворчество», столь характерное для правовой деятельности значительного числа современных государств, которому тоже дала жизнь римская теория правотворчества и практика применения законов. В настоящее время делегированное правотворчество представляет собой деятельность органов публичной власти, связанную с принятием правовых актов на основе передачи им соответствующего права прямо уполномоченных на такую деятельность органов и лиц. Чаще всего наблюдается практика делегированного законотворчества, когда иным государственным органам передается право на принятие закона или акта, его заменяющего.

В силу последующей рецепции римского права в Средневековье его правотворческие установления оказываются частью зарождающейся европейской правовой традиции. В ней проявляются и собственные тенденции правотворчества, основанные как на римской правовой терминологии, так и на греческой методологии и обобщающей их практике университетского преподавания права.

Уже Болонская юридическая школа, положившая начало широкому изучению римского закона в университетах и новому направлению в европейской юриспруденции, требовала, чтобы судья, отбросив свои субъективные представления о справедливости, держался положительных норм закона. Основоположник школы Ирнерий провозглашал, что в случае конфликта между общей и юридической справедливостью разрешение его принадлежит только законодательной власти. В дальнейшем комментаторы (постгlossаторы) постепенно приспособливают римское кодифицированное право к потребностям и условиям жизни новых народов, превращая его в европейский *lex generalis* («общий закон»).

В Новое время особый вклад в развитие теории закона вносит Англия. И тому были весомые причины: именно здесь формируются современные законотворческие процедуры на основе учреждения парламентаризма с принципами, основанными на господстве права, верховенстве закона и законодательной власти. Великая хартия вольностей 1215 года, ограничив власть короля над свободными подданными, выделила в этой связи особую роль закона и процедур, на нем сформулированных: «Ни один свободный человек не будет задержан или посажен в тюрьму, или лишен имущества, или объявлен стоящим вне закона, или изгнан, или каким-либо иным способом обездолен, и мы не пойдём на него и не пошлём на него иначе, как по законному приговору равных его и по закону страны».

Подводя политико-правовые итоги английской революции, Джон Локк в «Двух трактатах о государственном правлении» (1690) выводит Закон о законе: парламент, путем особой процедуры, легитимизирует закон в глазах общества. Он также обосновывает несколько принципиальных позиций в отношении закона, который обладает верховенством («*Supremacy of Statute*»):

— жизнь, свобода человека и его собственность охраняется государством при помощи законов, ибо «он уполномочивает общество или, что все равно, его законодательную власть создавать для него законы, каких будет требовать общественное благо»;

— власть должна править только по закону: «Кто бы ни обладал законодательной или верховной властью в любом государстве, он обязан править согласно установленным постоянным законам, провозглашенным народом и известным народу, а не путем импровизированных указов»;

— законодательная власть является верховной властью в системе государственной власти («*Supremacy of Parliament*»): «Форма правления зависит от того, у кого находится верховная власть, кото-

рая является законодательной (невозможно предположить, чтобы низшая власть предписывала высшей или чтобы кто бы то ни было, кроме верховной власти, издавал законы);

— законодательная власть никому не может делегировать право принятия закона: «Законодательный орган не должен и не может передавать законодательную власть кому-либо другому или передоверить ее кому-либо...».

Английские юристы обращаются к разработкам концептуальных основ собственно законодательного процесса как такового и законодательной техники как совокупности правил и способов оформления законодательных актов, не потерявших своей актуальности и сегодня. Так, Уильям Блекстон, будучи доктором права и долгие годы королевским судьей и членом палаты общин, оставил нам «Истолкование английских законов», которое, по сути, являлось практическим пособием по законодательной технике и интерпретации. Он выводил следующие стадии законотворческого процесса: замысел, составление текста законопроекта, парламентские слушания и исполнение закона. Блекстон также обосновал понятие «полный парламент», в который входят палата общин, принимающая законы, палата лордов, их утверждающая, и король, промульгирующий законы.

Иеремия Бентам, один из основоположников утилитаристской юриспруденции, выводил свое понимание закона из принципа пользы: повиновение закону необходимо обществу в силу того, что оно меньшее зло, чем неповиновение. В своих трудах «Принципы законодательства», «Техника законодательных собраний», «Введение в основания нравственности и законодательства» он развил важные положения, касающиеся как общетеоретических аспектов закона, так и теоретических проблем законодательной деятельности. Бентам воспринимал законодательство не только как важный источник права, но и как мощное средство воздействия на общество. И потому закон должен отличаться ясностью и простотой изложения, быть общедоступен. Важнейшее средство придания ясности и стройности системе норм — кодификация.

Особое внимание уделялось законодательной эффективности. Бентам предлагал, чтобы каждая легислатура перед истечением срока своих полномочий создавала «комитет преемственности», члены которого призваны убеждать следующий созыв парламента в необходимости завершить программу своих коллег. Чтобы облегчить обновление законодательства, а также сделать его научно обоснованным, в Конституционном кодексе предлагалось предоставить больше полномочий комитетам и комиссиям палаты, а также создать пост *министра законодательства*, выполняющего функции эксперта. Этому функционеру должны были поступать от частных лиц предложения по улучшению законов, которые он обязан публиковать и предлагать на рассмотрение парламента.

Бентам дополнял стадии законотворческого процесса упоминанием о допарламентской доработке законопроекта, ратификационном порядке прохождения закона и порядке вступления закона в юридическую силу. До 1793 года любой закон английского парламента вступал в силу в первый день сессии, на который был принят, то есть все законодательство фактически считалось имеющим обратную силу. Во многом, благодаря его настояниям, было введено правило, требующее считать начало действия закона только после процедуры промульгации и доведения до адресата (опубликования). Тогда же появляется старейший в мире источник официального опубликования законов — издание специального государственного органа, от имени монарха получавшее такое эксклюзивное право (HMSO — «His (Her) Majesty Statutory Office»).

Получив широкое распространение, идея верховенства закона и особой роли парламента в формировании действующего законодательства находит реальное воплощение в конституционных положениях стран Старого и Нового Света. Так, в американской юридической теории прослеживается установка рассматривать тот факт, что именно Соединенные Штаты стали первым в мире государством, основанным на законе. Старейшая в мире конституция законодательно устанавливает понятия «Основной закон государства», «конституционная законность», «верховенство закона», «равенство всех перед законом». В ней фиксируются три уровня законотворческой компетенции: народа, субъектов Федерации и самой Федерации. Там же закрепляются основные рычаги системы «сдержек и противовесов», среди которых: бикамерализм, определяющий законодательные полномочия палат парламента; импичмент как иницилируемый парламентом процесс привлечения высших должностных лиц государства за нарушения законов страны; вето главы государства; конституционный контроль, возлагающий на высший суд полномочия контроля над соответствием всех иных актов основному закону.

Постепенно в юридической науке на основе восприятия опыта отдельных государств выделяются суверенные и институциональные уровни правотворческой компетенции, определяются предметы ведения законодательных органов («предметы законодательства»).

Заметным толчком к теоретическим исследованиям закона и процедур его принятия следует рассматривать основанные на новых, конституционных закреплениях процессы оформления основных отраслей права посредством кодификации законодательства в странах континентальной Европы, начало которым было положено принятием в XIX веке классических кодексов во Франции в 1804—1810 годах и Австрии в 1803—1811 годах, а завершением стало Германское гражданское уложение 1896 года.

Требования формирования и развития национального законодательства также обусловили интерес к сравнительно-правовым исследованиям. Примером тому можно выделить начало издания с 1829 года в Германии «Критического журнала юридической науки и зарубежного законодательства», а в 1875 году во Франции «Ежегодника зарубежного законодательства». Несколько ранее в Парижском университете открывается первая в мире кафедра сравнительного законодательства (1831) и там же, во Франции, создается Общество сравнительного законодательства (1869). Установившееся понятие «сравнительное законодательство» вбирает в себя не просто изучение отвлеченных положений, связанных с сущностью закона, а сбор и анализ необходимого фактажа для развития собственного законодательства и его теории.

В последующем теоретические исследования феномена закона в различных странах продолжались в значительной части в рамках формирования и развития национального законодательства, но с учетом складывающихся факторов в теории и практике законотворчества и законоприменения, таких как:

- юридический закон появляется как феномен государственно-правового развития, создаваемый на основе права и для реализации его возможностей;
- закон занимает особое место в иерархии источников права;
- законодательная власть осуществляется совместно парламентом и главой государства;
- законодательные компетенции эксклюзивны и могут быть лишь в исключительных случаях и в специальном порядке делегированы определенным органам власти;
- закон проявляет себя двояко как в материальном смысле (акт государственной власти, содержащий правовые нормы общего характера), так и в формальном качестве (акт, изданный законодательным органом безотносительно содержащихся в нем юридических норм);
- закон утверждается как руководящее начало правового государства в качестве идей законности и верховенства закона;
- основные отрасли права закрепляются посредством принятия законодательным органом кодифицированных актов;
- в рамках национальной юриспруденции оформляется совокупность знаний, обобщаемая проблемами законотворчества, законодательной техники, законодательства и его толкования;
- со временем актуализируется и обращение к проблемам применения законов и их эффективности.

В то же время наметилась тенденция к объединению усилий юристов различных стран в разработках теоретических основ законотворчества и законодательства, чему способствуют:

- осознание необходимости учета накопившегося опыта государств в правотворческом процессе;
- развитие систем универсальных, региональных и локальных международных организаций с собственным законодательством;
- процессы сближения правовых систем различных стран в рамках современных интеграционных процессов в мире;
- необходимость в этой связи гармонизации и унификации национальных законодательств;
- появление проблем «модельных законодательных актов» и «самоисполняющихся» законов международных организаций;
- создание специальных национальных и международных объединений юристов в этой сфере (примером может послужить образование в 1991 году Европейской ассоциации содействия законодательству, в которую ныне входят законодатели и ученые более чем 50 стран, а также десятки национальных ассоциаций содействия законодательству).

Сложившийся порядок стадий законотворческого процесса нельзя рассматривать как табу без внесения возможных изменений. И в этом отношении следует также обратиться к зарубежному опыту.

Так, в ряде стран особое внимание уделяется особому процедурному порядку, который способствует удалению из содержания новых законов положений, противоречащих основному закону страны. Таковым является конституционный контроль, который осуществляется в двух направлениях. Первый из них традиционный, не оказывающий влияния на ход принятия новых законодательных актов: последующий конституционный контроль, характерный практике большинства государств и не вводимый в число стадий законотворческого процесса, поскольку применяется к законам, уже вступившим в силу. Он осуществляется в основном судами, в том числе:

- судами общей юрисдикции (США, Австралия, Дания, Норвегия), которые могут отказать в применении закона на том основании, что он противоречит основному закону страны (в основном при нарушении конституционных прав и свобод человека);
- высшими судами (ФРГ, Греция, Швеция, в которой такие функции возложены на Правовой совет, формируемый из судей Верховного суда и Верховного административного суда), куда обращаются суды общей юрисдикции, не решая самостоятельно вопрос по существу, но приостанавливая рассмотрение дела;
- конституционными судами, которые, рассматривая конкретные обращения, вправе приостановить действие закона или его части. Таким образом, признание закона неконституционным не влечет,

без соответствующего решения парламента, его формальной отмены (за исключением практики отдельных стран, например, Канада или Индия, где конституция признает в таком случае закон утратившим силу).

Второй порядок контроля становится весомым фактором повышения эффективности законотворческого процесса, поскольку входит в число его непосредственных стадий: предварительный конституционный контроль, который осуществляется как в ходе прохождения законопроекта через парламент, так и после его принятия, но до вступления закона в силу. Именно такая форма контроля может рассматриваться одной из стадий законотворческого процесса, проведение которой возлагается:

- на палаты парламента непосредственно (Бельгия, Нидерланды);
- профильные комитеты парламента по конституционному законодательству (Финляндия, Бразилия);

- специальный орган, который может объявить законопроект, одобренный парламентом в качестве закона, неконституционным (Конституционный совет Франции и соответствующие конституционные органы франкоязычных стран). Так, во Франции это завершающий этап законотворческой процедуры, имеющий место между принятием закона парламентом и промульгацией закона президентом. Конституционный совет, состоящий из 9 судей, избираемых на 9 лет, осуществляет контроль над конституционностью законодательного акта по обращению премьер-министра, председателей Национального собрания или Сената, а также групп депутатов и сенаторов (60 парламентариев). Подобное обращение приостанавливает течение срока, отведенного для промульгации закона.

К проблемам, которые остаются актуальными для отечественного законотворчества, отнесем также *лоббизм (лоббирование)* и его законодательное регулирование. Лоббизм оказывает существенное влияние на процесс законотворчества, представляя собой институт, подразумевающий активную деятельность определенных групп или их представителей, имеющую целью воздействовать на данный процесс с использованием незапрещенных форм и методов.

Лоббирование было и остается неотъемлемой частью законотворческого процесса, оно вошло в современный юридический язык нередко с негативным подтекстом, связываясь с некорректными политехнологиями, с подкупом и откровенным проталкиванием своих интересов. Однако в большинстве стран лоббирование законопроектов давно уже превратилось в нормальную парламентскую практику, подтвержденную специальными законами на эту тему.

Так, в Соединенных Штатах с 1995 года действует Закон о гласности лоббистской деятельности, согласно которому подтверждено право соответствующим юридическим и физическим лицам регистрации при палате представителей и сенате Конгресса. В Германии при отсутствии федерального закона о лоббизме депутатам на основе Кодекса поведения члена Бундестага 1972 года предоставляется право специально заниматься за особое вознаграждение проблемами, выносимыми на обсуждение комитетов палаты. Однако перед началом слушаний они обязаны «...объявить о своей заинтересованности». Во Франции при отсутствии специального правового регулирования лоббизма роль своеобразного «лоббистского парламента» играет Социально-экономический совет, сформированный из представителей профессиональных групп и призванный давать правительству заключения по всем законопроектам экономического и социального характера. Подобные органы существуют также в Австрии и Нидерландах и во многих других странах.

Общий вывод исследователей, обращающихся к проблеме лоббирования, можно свести к следующему: лоббизм может и должен стать позитивным для законотворчества фактором, обеспечивающим связь между социальными группами и участниками законотворческого процесса.

Остается нерешенной в российском праве и проблема *специальных процедур*, предусматриваемых законодательством для оформления законотворчества. Существование конституционных положений, внутривалатных правил и регламентов не снимает с повестки дня принятие специальных законов о законе и/или законов о нормативном правовом акте, действующих на практике во многих странах.

Сказанное еще раз подтверждает необходимость сбора накопленного столетиями опыта законодательства в едином научном направлении. И таковым становится *сравнительная теория закона (сравнительное законоведение)*, вбирающая в себя совокупность знаний о становлении, оформлении и действии законов на основе мировых традиций и опыта отдельных стран¹.

Непосредственно сравнительная теория закона вбирает в себя как историко-правовую часть, исследующую зарождение закона и оформление его теории, так и обращение к его современному состоянию. Логическим продолжением изложения основ легиспруденции служит рассмотрение взаимосвязи закона и права, анализ отражения споров об их приоритетах в учениях и концепциях современного правопонимания, раскрытие сути учения о правовом государстве в контексте его соотношения с законом. Столь же оправданным видится раскрытие общих принципов права и их связи с зако-

¹ См. подробнее: Оксамытний В.В. Сравнительная теория закона: Учебное пособие. — М., 2009; Оксамытний В.В. Сравнительная теория закона и ее место в юридической компаративистике: Открытая лекция. — К., 2009; Оксамытний В.В. Сравнительное правоведение и законоведение: Учебное пособие. — Брянск, 2011.

ном как формой права, понимание верховенства закона как руководящей идеи, определяющей право и его действие, а также места и роли закона в теории и практике разделения властей в государстве.

Правомерно исследование законодательного пути закрепления источников права современного государства, характеристика закона как основного источника права во всех основных правовых системах, соотношения внутригосударственного закона с договорными нормами международного права, с подзаконными нормативными актами.

Существенным представляется сопоставление видов законов в современных правовых системах, их классификация по способу принятия, в зависимости от типа государства и формы государственного устройства, по межотраслевой и отраслевой принадлежности, по действию во времени, в пространстве и по кругу лиц, по юридической силе и иным основаниям, а также обращение к законам межгосударственных союзов, международным самоисполняющимся и модельным законодательным актам.

Составными частями сравнительной теории закона предстают законодательная техника как совокупность приемов и правил оформления законодательных актов, в том числе ее лингвистические средства, правила законодательных конструкций, законотворческого процесса и систематизации законодательства, сложившихся в различных правовых системах и правовых семьях.

В компаративистской легиспруденции находят место проблемы понимания законодательства в юридической теории и практике различных государств и основные трактовки современного законодательства, дискуссионные аспекты соотношения системы законодательства, системы права и правовой системы, временных, пространственных и социально-личностных пределов действия закона, законодательной герменевтики, законодательного эксперимента, критериев и показателей результативности законов, а также сравнительные исследования проблемы их качества.

П.Н. Панченко

Панченко Павел Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

**Техника правотворчества
в сфере уголовно-правового обеспечения
стратегии модернизации России
на этапе инициирования идеи разработки
и принятия нормативного правового акта**

Стратегия модернизации России как совокупность важнейших направлений ее обновления определена в программных установках руководства страны, выработанных в течение первого и в начале второго десятилетия нового века. Она представляет собой развернутый план преобразований в экономике, политике, социальной сфере, праве. Предполагается, что, благодаря им, страна за сравнительно короткое по историческим меркам время (может быть, уже к 2020 году) вернет себе свой былой статус мировой державы, то есть государства, идущего в авангарде мирового развития. Поставленная цель будет достигнута путем решения комплекса вытекающих из нее задач.

Задачи первостепенной важности в экономике: устранение ее сырьевой зависимости, приоритетное развитие производства, поднятие сельского хозяйства, обновление парка машин, оборудования, разработка и внедрение новых технологий, привлечение инвестиций и эффективная инновационная деятельность, уход от теневых форм и методов ведения хозяйства, преодоление монополистической деятельности и других негативных явлений.

Приоритетными задачами в области *политики* являются: дальнейшее развитие институтов демократии, политического и идеологического многообразия, партийной состоятельности; формирование механизмов, которые препятствовали бы несменяемости власти, использованию ее в целях создания преимуществ для какой-то одной партии, возможности передавать высшие посты в государстве как эстафетные палочки «преемникам», осуществлять «рокировки» этими постами; повышение роли и значения средств массовой информации, упрочение их независимости, утверждение цивилизованных форм и традиций оппозиционного движения, уважение прав и законных интересов граждан, повышение интеллектуального, научного, культурного, образовательного и иного потенциала страны.

Важнейшие задачи в социальной сфере: устранение безработицы, преодоление бедности и нищеты, бродяжничества и попрошайничества; обеспечение всех нуждающихся в жилье добротными квартирами или индивидуальными домами; формирование достаточно обширного и активного во всех отношениях среднего класса, который являлся бы, помимо прочего, важным источником финансирования государственных программ (экологических, медицинских, физкультурно-оздоровительных, спортивных, демографических, культурных и иных); упрочение позиций этого класса в обществе, стимулирование процессов «вливания» в него обретшего достаток нового населения, создание препятствий для утраты его представителями занятых позиций; материальная поддержка людей, имеющих земельные участки, но не имеющих средств добраться до них из-за подорожания проезда на автобусе или электричке, и т. д.

Задачи в области права: приведение законодательства в соответствие с потребностями времени, возрастающими запросами граждан, последовательное преодоление явлений паразитизма, тунеядства, коррупции, казнокрадства, посягательств на трудовые и иные права граждан, преступности во всех ее проявлениях, ее причин и условий, совершенствование процедур правотворчества, в том числе относящихся к его технике.

В нынешних условиях по существу исчерпаны возможности дальнейшего обновления экономики, политики, социальной сферы, так сказать, в ручном режиме. Если дела сдвигаются с мертвой точки только после вмешательства в них президента, то это означает лишь то, что управление в стране еще не поставлено на «автоматику права» и поэтому требует постоянного «подталкивания», поиска виновных и их наказания, перетряхивания кадров, согласования вопросов и их решений, координации действий и взаимодействий.

Но реализация стратегии модернизации страны наталкивается уже на такие проблемы, которые невозможно просто так взять и убрать с пути. Их надо решать, включая в действие весь механизм пра-

ва и правовой политики. Здесь имеются в виду, в частности, проблемы существования теневого сектора экономики, слабых инвестиций, устаревшей техники и отживших свой век технологий, вымывания из страны остающегося сырьевого ресурса. Условия переходного периода не позволяют ослабляться. Настала пора, как мы полагаем, более широкого обращения к использованию возможностей законодательства, включая, понятно, и его уголовно-правовой ресурс. Но для того, чтобы на страну заработал действительно *весь* арсенал права, причем *во всю его силу*, а главное, чтобы он всегда и везде использовался по назначению, а следовательно, и давал именно тот результат, который *нужен*, важно оптимизировать технику правотворчества, в том числе и в первую очередь на направлении уголовно-правового обеспечения стратегии модернизации страны.

Под техникой правотворчества обычно понимается совокупность технических приемов, обеспечивающих требуемое совершенство текстов готовящихся и принимаемых нормативных правовых актов. Но для того, чтобы эти тексты действительно были достаточно совершенными, важно на всех этапах правотворчества работу над ними проводить достаточно качественно.

Рассмотрим вопросы совершенствования техники правотворчества в сфере уголовно-правового обеспечения стратегии модернизации страны на таких ее этапах, как *инициирование* самой идеи нормативного правового акта, *разработки* его текста, его *апробации*, *принятия* и *введения в действие*.

На этапе *инициирования* идеи принятия нормативного правового акта еще нет самого этого акта, нет его текста, нет даже его эскизного наброска. Но какие-то самые общие представления о содержании и форме будущего такого акта, о его отраслевой принадлежности, других наиболее общих чертах у инициаторов идеи, безусловно, должны быть. И если речь идет о технике правотворчества в сфере *уголовно-правового* обеспечения стратегии модернизации страны, то главная идея здесь заключается в том, чтобы, во-первых, и дальше последовательно и неуклонно совершенствовать действующее уголовное законодательство, а во-вторых, делать эту работу с пониманием того, что в принципе стране переходного периода нужно *новое* такое законодательство.

За истекшее с момента вступления в силу ныне действующего уголовного законодательства (с 1 января 1997 г.) время в него более чем 60 законами внесено в общей сложности свыше тысячи изменений. Преобладающая их часть направлена на расширение и усиление ответственности. Сказанное касается составов как насильственных, так и корыстных преступлений, в том числе преступлений коррупционной и экономической направленности. Почему такое стало необходимым? Да потому, что довольно скоро стало понятным, что само по себе реформирование политики, экономики, социальной сферы не приводит к обузданию преступности, не позволяет развернуть вектор преступности на 180 градусов, то есть не дает возможности сбить ее галолирующий рост, обеспечить ее стабилизацию, а затем и неуклонное снижение. Сами по себе условия свободы без фундамента культуры, с одной стороны, и жестких правовых заслонов для всего негативного — с другой, по существу, с неизбежностью приводят к ситуации, которую некоторые наши писатели (например, Фазиль Искандер) сравнивают с той, которая могла бы образоваться в зверинце, если бы в нем одновременно открыли все клетки¹. Преступность как бы вырывается из плена, выходит на широкий «оперативный» простор, обретает, по сути, полную свободу «действий».

Разгул ее наблюдается, к сожалению, и сейчас, что достаточно наглядно демонстрирует нам целая цепь опаснейших криминальных событий, происшедших, например, на стыке первого и второго десятилетий нового века (2010—2011 гг.). В частности, в станице Куцевской (Краснодарский край) 4 ноября 2010 года в течение примерно часа было убито 12 человек, в том числе четверо детей, младшему из которых едва исполнилось 9 месяцев²; в Ставрополе 21 января

¹ См.: *Графова Л.* Душно жить без совести. Фазиль Искандер убежден, что рынок без этики похож на зверинец с открытыми клетками // *Российская газета*. — 2011. — 4 марта. — С. 13.

² После трагедии в станице Куцевской начальник ГУВД по Краснодарскому краю С. Кучерук в порядке наказания был отправлен в отставку, но руководство МВД России решило несколько, как говорится, «подсластить пилюлю» службисту. Короче говоря, министр МВД Р. Нургалиев, провозжая проштрафившегося отставного генерала на пенсию (и представляя коллективу ГУВД нового начальника — В. Винового), лично вручил ему медаль «За заслуги в управленческой деятельности» II степени. Но так как врученная отставнику награда была воспринята общественностью как брошенный ей вызов (людей убивают, а милиционерам награды раздают), министр, поразмыслив, все же отменил изданный им же неуместный, мягко говоря, приказ. Информация о лишении «ветерана» награды появилась 2 марта 2011 года на официальном сайте МВД, правда, без каких-либо пояснений, что тоже весьма странно (см.: *Павловская Т.* Награда не тому герою. У экс-начальника кубанской милиции заберут медаль за заслуги // *Российская газета*. — 2011. — 3 марта. — С. 6). В дальнейшем выяснилось, что награда была вручена С. Кучеруку с двойным нарушением: во-первых, руководитель кубанской милиции был снят с работы Президентом РФ *в связи с неприятием им мер по отношению к бесчинствовавшей в течение, по существу, всего первого десятилетия нового века банде Цапко* (безнаказанно совершившей в общей сложности более полутора тысяч преступлений, в том числе тяжких и особо тяжких) и награда ему никак не полагалась (министр об этом не мог не знать), а во-вторых, награда по ее статусу могла быть вручена только *действующему* руководителю органа внутренних дел и уж никак не «отставнику», которым на момент награждения тот являлся (см.: *Ельников О.* ...Что за цирк с медалью? // *Аргументы и факты*. — 2011. — № 10. — С. 7).

2011 года убито 8 человек, в Москве 6 января 2011 года в ходе массовых беспорядков «гость» с юга убил молодого москвича Егора Свиридова, в аэропорту «Домодедово» 24 января того же года в результате теракта убито 36 человек и около двухсот — травмировано, в Кабардино-Балкарии 18 февраля того же года убиты три туриста и разрушена канатная дорога на одном из склонов Эльбруса.

Последнее событие заставило власти даже ввести в ряде местностей региона режим контртеррористической операции¹, ударивший, кстати, весьма ощутимо по развитию туризма на Северном Кавказе, включая соответствующую его инфраструктуру (гостиничный и торговый комплексы, местный промысел и т. д.)². То есть сегодня на Северном Кавказе реально наблюдается то, чего, собственно, и добиваются террористы, а именно невозможность посещения россиянами горного юга страны. Как это ни горько признать, но постепенно сбываются прогнозы коренных жителей региона (высказывавшиеся еще примерно десятилетие тому назад) о том, что «русским тут делать нечего»; «вся эта территория, включая Кубань и Ставропольский край, — наша»; «всех чужих заставим уехать» и др.

Есть уже немало случаев, когда некоренных жителей, например, Ставропольского края вынуждают за бесценок продавать дома, квартиры и покидать обжитые места. Если дело так пойдет и дальше, то совсем нетрудно предположить, что может совсем скоро наступить время, когда посещение нашего горного юга вообще станет невозможным. Даже приезд в регион самого главы государства может наталкиваться на более или менее резко выражаемое недовольство, в том числе подобное тому, которое в 2010 году приходилось выслушивать от официальных кругов Японии, — по поводу приезда на острова Курильской гряды Президента РФ Д.А. Медведева.

И здесь едва ли поможет делу планируемая бывшей нашей разведчицей Анной Чапман (кстати, проваленной в США и именуемой некоторыми журналистами как «смесь Маты Харри с Моникой Левински», но все же почему-то включенной кем-то в руководящий орган одной из известных наших молодежных организаций) акция по установке ею на окраинах России Государственного флага РФ. Во-первых, этот флаг и без нее давно уже установлен там, где ему и положено быть, а во-вторых, непонятно, как могут увязываться «высокие патриотические порывы», например, с эротическими снимками вышеупомянутой экс-разведчицы для глянцевого журналов, продажей ею собственного имени для рекламы всякого мелкого «ширпотреба»³, требованиями выплаты 25-тысячных гонораров за интервью прессе, получением, как можно предположить, по существу фиктивного диплома Университета дружбы народов в период проведения спецопераций за рубежом. В любом случае представляется совершенно неприемлемым дальнейшее использование этого весьма неоднозначного человека для целей решения стратегических задач страны — как внешне-, так и тем более внутриполитических.

Показательно, что едва Президент Д.А. Медведев уехал из Владикавказа, где 22 февраля 2011 года проводил заседание Антитеррористического комитета⁴, как именно в этом городе из местного филиала Банка Москвы преступники похитили (28 февраля 2011 года) около двухсот миллионов рублей⁵. Нельзя исключать и того, что похищенные деньги могли предназначаться для организации в регионе и в стране очередных терактов. При этом не имеет значения, было ли случившееся 28 февраля действительно кражей или же деньги, как предполагало вначале следствие, были похищены ранее, а в названный день была совершена лишь инсценировка преступления. Важно то, что терроризм сопровождается бандитизмом, а то и другое вместе — полным отсутствием сколько-нибудь эффективной профилактической работы.

Нельзя бороться с терроризмом и оставлять без правоохранительного прикрытия ценности в учреждениях, как равно нельзя бороться и с теми же хищениями без обстоятельной профилактики террора. Высокоэффективная практическая уголовная политика тем и сильна, что, определяя приоритеты, позволяет, вместе с тем, не оставлять без внимания и те направления деятельности, которые хотя и представляются менее важными, но требуют проведения неослабной предупредительной работы.

¹ См.: Брежицкая Е. Ведь это наши горы. В Кабардино-Балкарии введен режим контртеррористической операции // Российская газета. — 2011. — 21 февраля. — С. 1, 4.

² См.: Брежицкая Е. Режим защиты. Полпред Александр Хлопонин предложил на время закрыть курорты Приэльбрусья // Российская газета. — 2011. — 22 февраля. — С. 1, 7.

³ Да, народ, кажется, простил бывшего «генсека» (и первого, и последнего президента СССР) М. Горбачева, снявшего однажды в рекламе какого-то товара (и, кстати, тот же народ до сих пор, похоже, не без удовольствия пьет небезызвестную водку со звучным именем экс-президента и нынешнего премьера РФ В.В. Путина — «Путинка»), но, что, как говорится, позволено Юпитеру, не позволено быку.

⁴ См.: Петров В. Кто кого искать должен. Дмитрий Медведев разъяснил полпредам их роль в борьбе с терроризмом // Российская газета. — 2011. — 25 февраля. — С. 2.

⁵ См.: Брежицкая Е. Грабёж с вопросом. Во Владикавказе два налетчика ограбили филиал Банка Москвы // Российская газета. — 2011. — 2 марта. — С. 7.

Сегодня становится все более очевидным, что в основе мотивации действий исполнителей совершаемых терактов, впрочем, как и многих иных опасных преступлений (бандитизм, убийства и др.), истоки которых кроются в том же северокавказском регионе, — не столько политика, сколько деньги, поступающие в основном из-за рубежа. Те же люди, которые подкупают исполнителей для непосредственного совершения подобных преступлений, действительно руководствуются политическими соображениями, а именно намерениями затормозить происходящие в России позитивные процессы, в том числе выражающиеся в упрочении межнационального единства страны. Как полагает заместитель председателя Совета Федерации А. Торшин, хотя «бандподполье (на Северном Кавказе. — П.П.) обезглавлено, но остался спрос на террор, а поэтому стали образовываться диверсионные группы, которые цинично зарабатывают на этом деньги»¹.

Возрастает опасность того, что волнения, прокатившиеся в январе-апреле 2011 года по ряду североафриканских и ближневосточных стран², могут при сохранении существующего порядка вещей перекинуться и на наши южные регионы (чего, кстати, не исключает и премьер В.В. Путин; в частности, соответствующую позицию он высказал на пресс-конференции в Брюсселе в конце февраля 2011 года, подчеркнув, однако, при этом, что и другие страны не застрахованы от подобной опасности), а затем, может быть, и на страну в целом³. Развитие ситуации в рассматриваемом направлении категорически отрицается Президентом Д.А. Медведевым, но признается в качестве возможного сценария, наряду с отдельными политиками, некоторыми нашими политологами, например, С. Кургиняном⁴.

На реальность высказываемых опасений указывает ряд негативных моментов, наблюдаемых в нашей стране на стыке первого и второго десятилетий нового века, прежде всего, в связи с еще не до конца преодоленными последствиями мирового финансового кризиса. Это, например, рост недовольства определенной части россиян своим материальным положением, обострение противоречий между трудом и капиталом, отсутствие сильного и независимого профсоюзного движения, которое взяло бы на себя ведение «переговорного процесса» между представителями, с одной стороны, труда, а с другой — капитала. В результате богатые, несмотря ни на какие финансовые кризисы, становятся (в том числе при финансовом содействии государства) еще богаче, делая к тому же бессмысленные и бесполезные для страны траты, а бедные — соответственно еще беднее, о чем подчас даже с некоторым пафосом сообщает нам правительственная и приближенная к ней пресса⁵.

По данным проведенного 19—20 февраля 2011 года Фондом общественного мнения опроса полутора тысяч россиян в ста населенных пунктах 43 регионов страны, недовольство своим материальным положением испытывают более половины наших граждан. При этом 38% опрошенных граждан отметили, что им свойственны протестные настроения, а 49% выразили личную готовность «идти на баррикады» (то есть принимать участие в протестных акциях), причем 24% — уже в ближайшее воскресенье, 32% заявили об ухудшении материального положения, а о его улучшении — только 6%, 73% недовольны ростом тарифов ЖКХ, 70% — подорожанием круп и макарон, 67% — сахара и молока, 61% — мяса⁶.

¹ Борисов Т. Взрывы под заказ. Александр Торшин: Террор все больше становится сетевым бизнесом // Российская газета. — 2011. — 1 марта. — С. 12.

² См.: Снегирев Ю. Имидж революции // Известия. — 2011. — 11 марта. — С. 5.

³ Вопросом этим все чаще задаются журналисты после соответствующих событий января-марта 2011 года в Тунисе, Египте, Ливии и некоторых других государствах арабского мира (см., например: Цепляев В. Тунисские грабли. Эпидемия революций заразительна и для России? // Аргументы и факты. — 2011. — № 5. — С. 7).

⁴ По мнению данного политолога, такого рода события могут быть инициированы (определенными кругами Запада. — П.П.) вначале в отношении Китая, а затем — и России (см.: Черных Е. Сергей Кургинян: «Обама снимает маску! И приступает к глобальному переделу мира». Египет и Тунис — лишь начало большой игры Америки, считает известный политолог // Комсомольская правда. — 2011. — 24 февраля — 3 марта. — С. 14—15).

⁵ См., например: Надеждин Д. Абрамович купил Торреса за 50 миллионов фунтов // Комсомольская правда. — 2011. — 2 февраля. — С. 16; С. Меринов Нью-Йорку на зависть. В российской столице больше миллиардеров, чем в Большом яблоке // Российская газета. — 2011. — 11 марта. — С. 1, 5; Арабов П. В Москву понаехали миллиардеры. Богатых людей в российской столице больше, чем в любом другом городе мира // Известия. — 2011. — 11—13 марта. — С. 1—3.

⁶ См.: Мнение народа. Насколько россияне готовы к бунту (редакционный материал) // Аргументы и факты. — 2011. — № 9. — С. 2. Любопытен опыт снятия протестных настроений, используемый в некоторых государствах того же арабского мира. Так, эмиру Кувейта понадобилось для этого всего десять миллиардов долларов США. Он роздал жителям страны (вплоть до каждого новорожденного) по три тысячи долларов, в два раза повысил зарплаты (прежде всего военным), увеличил пенсии, отменил плату за коммунальные услуги, преподнес подданным еще некоторые приятные сюрпризы. Бюджет не оскудел, так как за последние 11 лет в нем за счет экспорта нефти образовался профицит в размере 140 миллиардов долларов (см.: Фокина К. Шейхи покупают спокойствие. На арабском Востоке правители не жалеют денег, чтобы предотвратить революции // Известия. — 2011. — 4 марта. — С. 5).

Между тем показатель самоубийств в нашей стране, мотивируемый, как известно, в основном негативными настроениями в обществе, шагнул далеко за пределы критического и приобрел состояние тревожного, то есть заставляющего беспокоиться за судьбу теперь уже самой России¹. Но мечутся подчас в тисках безысходности и люди, обретшие определенный достаток, прежде всего, своим неустанным трудом, пытаюсь хоть как-то спасти сгораемые на глазах от инфляции трудовые накопления. Они бросаются из крайности в крайности и иногда все же попадают в сети тех же хитроумных мошенников, расставляемые ими повсюду, в том числе в те же недоброй памяти финансовые пирамиды, несколько «модернизированные» под сложившуюся ныне в стране новую ситуацию².

Подливают масла в огонь и чиновники, которые, с одной стороны, продолжают и дальше раскручивать маховик коррупции, обеспечивая себе несметные сокровища³, с другой — создают дополнительные условия для экономического прессинга, осуществляемого представителями капитала в отношении представителей труда, а с третьей — обзывают последних «быдлом»⁴, да еще и сожалеют о том, что не имеют «лицензии на обстрел бомжей» и прочих лиц «низкого звания»⁵. Продолжаются еще дурно пахнущие политические игры в периоды избирательных кампаний, в том числе такие, как подкуп избирателей, давление на неугодных кандидатов и срыв их встреч с избирателями, принуждение избирателей к голосованию за конкретных кандидатов и конкретные партийные списки, массированная агитация через СМИ, не оплаченная из избирательного фонда, в том числе агитация, осуществляемая в дни, непосредственно предшествующие выборам, использование в предвыборных материалах изображения детей, фальшивая агитпродукция от имени других партий и т. д.⁶

¹ По показателю самоубийств в мире трудно найти другую такую страну, как Россия. Критический показатель совершенных самоубийств, как принято в мире, составляет 20 случаев на 100 тысяч населения в год, а у нас он в 2010 году составил цифру 25, то есть свыше 35 тысяч человек (см.: Панина А. Задержать на краю. В Пензе будет создан суицидологический центр // Российская газета. — 2011. — 4 марта. — С. 11).

² См.: Добрынина С. 60 процентов от обмана. Почему по сей день растут финансовые пирамиды? // Российская правда. — 2011. — 9 марта. — С. 6.

³ См., например: Шигарева Ю. Когда победим коррупция? Или Россия все же сможет побороть эту заразу? // Аргументы и факты. — 2011. — № 5. — С. 6; Майорова Т. В сантиметре от мечты. Чиновница прописалась на 14 квадратных сантиметрах в доме под снос, чтобы получить новую квартиру // Российская газета. — 2011. — 9 марта. — С. 6; Зотикова В. Брал на скорость. За полгода работы чиновник совершил более 50 преступлений // Российская газета. — 2011. — 11 марта. — С. 10.

⁴ См.: Цепляев В. Народ наш не быдло! Не надо вечно испытывать его терпение, считает Михаил Горбачев // Аргументы и факты. — 2011. — № 9. — С. 3. К сожалению, сегодня, как и в бытность М. Горбачева «генсеком», трудно (если вообще возможно) согласиться с особенностями его фразеологии. Любое словосочетание, в котором соединяются слова с взаимоисключающим значением, сводит на нет все связанные с ним добрые намерения. Если, конечно, эти добрые намерения вообще имелись, в чем у нас есть серьезные сомнения — не может ведь человек, фактически пустивший страну под откос, руководствоваться добрыми намерениями в отношении населяющих ее людей. Вспоминается в данной связи, например, такой заголовок одной из публикаций в западной прессе после осуществления нашими войсками операции по принуждению грузинской военщины к миру (в порядке противодействия ее акции 8 августа 2008 года против народа Южной Осетии): «Путин — не Гитлер!». Думается, что подобную характеристику наш премьер воспринимал тогда отнюдь не как комплимент. Да и самому М. Горбачеву, думается, не понравились бы утверждения типа: «Горбачев — не лапоть» или (еще прямолинейнее) «... — не лох» (в связи с его совершенно нелогичным поведением, приведшим в конце 80-х годов прошлого века советскую экономику к полной деградации, что, в свою очередь, спровоцировало ГКЧП, Форос, раскол СССР, кровавые события 4 октября 1993 года в Москве, фактическое безвластие в стране в последнее десятилетие прошлого века).

⁵ Как сообщала пресса в феврале 2011 года, мэр Читы А. Михалев, являясь, как видно, заядлым охотником (кругом ведь в Забайкалье — тайга), позволил себе, в частности, следующее довольно легковесное высказывание: «К сожалению, мы не имеем лицензии на отстрел бомжей, а других законных способов справиться с ними сегодня нет» (см.: Агент ноль-ноль-мэр (редакционный материал) // Аргументы и факты. — 2011. — № 9. — С. 2). В то же время нельзя, как мы полагаем, признать правильным реакцию на эти слова градоначальника журналиста Л. Шахова, охарактеризовавшего «стрельца» грубыми словами — типа «дебил», «дурак», «психически больной», «человек, нуждающийся в лечении» и т. п. (см.: Шахов Л. От любви до... революции. Дурак без лицензии // Жизнь. — 2011. — № 9. — С. 2). Конечно же, мэр Читы — достаточно интеллектуальный человек (по крайней мере, не менее образованный, чем, скажем, тот же Л. Шахов), причем, конечно же, совершенно здоровый в психическом отношении человек — во всяком случае, не нуждающийся ни в каких услугах со стороны психиатрических лечебниц. Он лишь выражает позицию своего (чиновничьего, конечно же) класса — в отношении всех тех, кто находится ниже его. Поэтому метать «громы и молнии» по адресу читинского городского головы, заявлять о том, что «на Западе за подобное заявление...», по меньшей мере, неразумно. Болезнь здесь — гораздо глубже и опаснее феномена «Шариковых». Нужна серьезная реформа всей нашей системы государственной и муниципальной службы, а именно такая, которая смогла бы раз и навсегда развернуть чиновника лицом к интересам граждан, заставить его, наконец-то, перестать плодить бедность, нищету и бесправье людей, то есть всего того, что, в свою очередь, и порождает наших бомжей.

⁶ См., например: Самохин К. Бои без правил продолжаются // Известия. — 2011. — 11 марта. — С. 7.

Во взрыве обстановки в России роль бикфордова шнура может сыграть Интернет, как он сыграл подобную роль в февральских (2011 г.) событиях в Египте, в результате которых с политической карты мира был сметен диктаторский режим Хосни Мубарака, правившего этой страной почти 30 лет. Как сообщила пресса, египетскую «революцию организовали пять человек, причем за один вечер, сидя на диване — через Интернет. Лидеры студентов разослали кучу сообщений по блогам, отправили множество SMS... В итоге на митинги по всей стране вышли сотни тысяч людей, а полиция в страхе разбежалась. Народ поразился — грозная диктатура рушится, как карточный домик. И понеслось...»¹. Позже подобный эффект проявился отчасти и в Ливии.

В качестве определенного показателя роста в стране протестных настроений может рассматриваться преступность и продолжающееся повышение в ней значения корыстной мотивации, усугубляемой еще и такими негативными моментами, как усиление ее алкоголизации и наркотизации, омоложения и феминизации, профессионализации и организованности. «Кадры» преступности быстро пополняются и не только за счет безработных, лиц, занятых в теневой экономике, деклассированных элементов, но и за счет бывших военнослужащих, спортсменов, мелких предпринимателей, коррумпированных чиновников и даже самих сотрудников правоохранительных органов, призванных бороться с преступностью. Нельзя не подчеркнуть, что в первое десятилетие нового века правоохранители в значительной их части пошли на прямую смычку с криминальными структурами, включились в состав их в качестве непосредственной движущей силы, а кое-где начали создавать собственные «бригады». При этом все чаще жертвами преступлений становятся дети, подростки, женщины, пожилые люди².

Волей-неволей государству срочно приходится «закручивать гайки», все больше наращивать репрессивный потенциал права, полагаться в практической уголовной политике на следственные изоляторы, колонии, тюрьмы, насыщать уголовное законодательство все новыми основаниями более жесткого реагирования на различные деяния, в том числе на те, которые ранее не признавались законом преступлениями. Однако потенциал репрессий в значительной части уже исчерпан, а острота проблемы преступности тем не менее не только не снижается, напротив — возрастает. Благодушная официальная статистика преступности, формируемая органами внутренних дел, уже не удовлетворяет руководство страны, распорядившееся с 1 января 2012 года передать ее в ведение Генеральной прокуратуры РФ. Шила в мешке, как говорят в народе, не утаить. Преступность все громче заявляет о себе и своих правах на собственную долю в общественном пироге. Сегодня уже не правоохранительные органы контролируют преступность, а преступность контролирует правоохранительные органы, не говоря уже о том, что она наложила, образно говоря, свою грязную «лапу» на все остальные сферы жизнедеятельности.

К тому же усиливающаяся криминализация населения приводит к резкому вымыванию из экономики трудового потенциала — помимо того, что по экономике весьма чувствительно ударяют процессы люмпенизации населения, выключения определенной его части из сферы трудовых отношений — прежде всего, по причине утраты людьми самой заинтересованности участвовать в них. Многие склонные к криминалу лица в силу безнаказанности теперь всецело предаются преступному промыслу. Если, как замечено, в начале недели желание трудиться даже у «нормального» россиянина проявляется довольно слабо, а к концу ее нередко и вовсе пропадает, то у лица, тяготеющего к преступному образу жизни, подобного желания, как правило, вообще не возникает. Если раньше такие люди считали для себя зазорным «горбатиться на коммунистов», то теперь им тем более недосуг (а выражаясь сленгом преступного мира — «западло») работать «на капиталистов», «дерущих, — как у них принято при этом выражаться, — три шкуры с трудового человека», и к тому же перегоняющих «бобло» за рубеж.

Освобождающееся из колоний так называемое «тюремное население» не спасает положения, во-первых, из-за утраты им в результате длительного нахождения в колонии («сидения на параше») трудового профессионализма и даже самих навыков к труду, а во-вторых, из-за дополнительно приобретенных в колонии так называемых «вредных привычек» и, ко всему прочему, вследствие резко отрицательного отношения к этому контингенту со стороны работодателей. В частности, по причине «неблагонадежности» этого контингента, то есть просто-напросто из-за опасений разворовывания имущества. Это в лучшем случае, а в худшем — работодатели опасаются еще и получить, образно говоря, «нож в спину» или, может быть, даже «пулю в лоб», что тоже случается.

Между тем расходы государства растут громадными темпами, в том числе на борьбу с летним зноем и зимней стужей, техногенными катастрофами и природными катаклизмами, террористическими, экстремистскими и другими опасными преступлениями. Необходимо еще откуда-то брать деньги на повышение с 1 января 2012 года окладов новоявленным полицейским, сотрудникам других правоохра-

¹ См.: Зотов Г. Революция на диване. Протесты в Египте организовали через Интернет // Аргументы и факты. — 2011. — № 5. — С. 7.

² См., например: Архипова А. Борьба за ребенка // Российская газета. — 2011. — 18 ноября. — С. 14.

нительных структур, военнослужащим, чиновникам¹. Дело доходит до того, что, судя по заявлениям руководства Минфина РФ, это ведомство для сведения «концов с концами» всерьез вынашивает намерения повысить пенсионный возраст граждан (в основном женщин), поднять налоги, принять другие фискальные меры, в том числе такие, которые могли быть связаны с изобретением каких-то новых акций наступления на и без того, как правило, весьма тощие кошельки трудовых людей.

При этом, как заявляет руководитель финансового ведомства А. Кудрин, наблюдающийся рост цен на нефть на мировом рынке уже не только не спасает нашу экономику, напротив — тянет ее вниз². Почему такое происходит — это уже другой вопрос. Рассматривать его в рамках настоящей статьи, разумеется, не представляется уместным, хотя нельзя здесь исключить и элемент обычного политического «блефа». Достаточно путанные объяснения такого «посыла», в том числе повторенные (для зарубежного потребителя информации) премьером В. Путиным, приводят только к росту недоумений по данному поводу. По Кудрину получается так: если экономику нашей страны что-то и спасет, так это только падение цен на нефть. Абсурд! Ясно, что такой оборот событий только ускорит бедствия, в том числе сопряженные с ростом криминала.

Но, как бы то ни было, узкие рамки принятого в 1996 году ныне действующего уголовного законодательства уже не позволяют и дальше педалировать элемент репрессий, и теперь власть вынуждена подойти к решению проблемы преступности как бы с другой стороны, а именно со стороны *смягчения* практической наказуемости (наказываемости) преступлений. Так, можно рассчитывать на положительные результаты первого шага на этом пути — на принятый в марте 2011 года по инициативе Президента РФ закон, в соответствии с которым по более ста видам преступлений в санкциях статей Особенной части УК РФ отменен низший предел наказаний в виде ареста и исправительных работ, в отношении 11 видов преступлений в качестве основного наказания становится штраф, в отношении еще 12 видов преступлений — исправительные работы³. Отменен во многих санкциях нижний предел наказания и в виде лишения свободы, в том числе по многим тяжким преступлениям⁴. В результате численность осужденных к лишению свободы может снизиться в стране примерно на треть, а с осуществлением дальнейших шагов на данном пути — еще на процентов десять-пятнадцать, а в общей сложности — наполовину. Ясно, что это потребует усиления контроля, с одной стороны, правопорядка, а с другой — сотрудников правопорядка, которые снятие нижних пределов многих санкций могут воспринять как дополнительные возможности для манипулирования уголовно-правовыми средствами и, следовательно, для коррупционных поборов с обвиняемых и их родственников.

Возможны также определенные побочные отрицательные последствия и переориентации борьбы с коррупцией — с одним из наиболее опасных зол современной России — с лишения свободы на штрафные санкции. Какими бы большими и сколь бы «многократными» эти штрафные санкции ни были, решить рассматриваемую проблему сами по себе они, конечно же, не могут. Если они и раньше не

¹ Если в соответствии с Указом Президента РФ В.В. Путина от 3 ноября 2005 года штатная численность МВД России определялась цифрой 821 268 человек (см.: Досье «РГ» // Российская газета. — 2011. — 1 марта. — С. 7), то к 2011 году этот показатель достиг величины 1 327 562 человек. Согласно Указу Президента Д.А. Медведева от 1 марта 2011 года № 252 «О предельной штатной численности органов внутренних дел Российской Федерации», с 1 января 2012 года предельная штатная численность органов внутренних дел составит (с учетом запланированного 20-процентного сокращения; в абсолютном выражении сокращение составит 221 294 человека) 1 106 472 человека, включая 907 630 аттестованных сотрудников (то есть сотрудников, носящих погоны и наделенных правом иметь при себе оружие), федеральных государственных гражданских служащих — 5 000 человек, иных работников — 193 842 человека (см.: Российская газета. — 2011. — 2 марта. — С. 8; *Фалалеев М.* Полицию озадачили. Президент определил численность МВД и порядок аттестации генералов // Российская газета. — 2011. — 2 марта. — С. 1, 6). Установленный лимит штатной численности сотрудников, конечно же, необходим, но здесь закономерно возникают, например, такие вопросы: «Откуда в органах внутренних дел за пять лет «набежало» более полумиллиона (506 294) «лишних» сотрудников?»; «Каким образом осуществлено списание перерасхода средств на содержание «излишков»?»; «Почему установленный Указом Президента от 3 ноября 2005 года лимит штатной численности сотрудников МВД оказался нарушенным?»; «Почему сокращение численности сотрудников МВД осуществлено лишь на 20%, если реально соответствующий «излишек» составил 62%? А с учетом снижения за пять лет численности населения страны и того больше»; «Не случится ли так, что в предстоящие пять лет реальная численность сотрудников органов внутренних дел вновь подскочит процентов на 50—60?»; «В какую сумму выльется дальнейшее сохранение столь значительной по численности армии правоохранителей? Да еще с учетом запланированного на 1 января 2012 года многократного увеличения им денежного довольствия?»; «Потянет ли предстоящие расходы бюджет, имея в виду предстоящее такое же (или даже большее) повышение денежного довольствия военнослужащим, а также окладов представителям некоторых других не менее важных профессий?». Как в дальнейшем будут развиваться события, покажет, конечно же, время, но поставленные вопросы требуют компетентных ответов уже сейчас.

² См.: *Кукол Е.* Кудрин указал порог. Нефть исчерпала свое влияние на российскую экономику // Российская газета. — 2011. — 22 апреля. — С. 5.

³ См.: *Борисов Т.* От тюрьмы до сумы. Президентские поправки в Уголовный кодекс позволяют по ряду статей заменять лишение свободы штрафом // Российская газета. — 2011. — 9 марта. — С. 1, 3.

⁴ См.: Федеральный закон от 7 марта 2011 года № 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. — 2011. — 11 марта. — С. 17.

работали, по крайней мере, должным образом (из года в год постоянно росли суммы незысканных штрафов), то теперь и вовсе будут «пробуксовывать». Весьма быстро станет понятным, что предпринятый маневр — тоже путь в «никуда»: и казна не пополнится, и коррупция не убавится. Коррупцированное чиновничество воспримет его, вопреки ожиданиям, не как какой-то «конец света» для себя, а, скорее всего, как подарок судьбы, возможность и дальше безнаказанно заниматься поборами. Те же штрафы (а их уже сегодня в народе называют «откатами в пользу государства»¹), которые и удастся «выколотить» с коррупционеров, окажутся мизером по сравнению с тем ущербом, который может произойти в результате фактической легализации рассматриваемого опаснейшего явления. К тому же если ранее (до введения «многократных» штрафов — от 25 до 100 крат от суммы взятки с учетом ее размера) взяткополучатель «попадался» в среднем на каждой сотой взятке (и уже по этой причине «многократные» штрафы бессмысленны в своей основе), то теперь его едва ли удастся уличить, пожалуй, даже на каждом тысячном случае совершения рассматриваемого преступления.

Короче говоря, для целей обуздания преступности стране переходного этапа развития нужно новое уголовное законодательство, в том числе основанное на новой технике правотворчества. Именно оно сможет обеспечить проведение в уголовной политике той золотой середины, которая и экономически обоснованной была бы, и способствовала бы созданию в стране достаточно устойчивого правопорядка, работала бы на последовательное снижение преступности, а не на «удержание ее на том уровне, на котором это реально может быть обеспечено», на чем делают акцент наши так называемые «осторожные», но, как они себя иногда называют, «честные» криминологи.

На этапе инициирования проекта нового уголовного законодательства важно провести широко-масштабные научные исследования относительно состояния преступности, особенностей криминальных факторов, лиц, совершающих преступления, эффективности наказаний, различных институтов и норм действующего уголовного законодательства. Необходимо опубликовать (хотя бы в электронном виде) конституции, уголовно-правовые и смежные с ними нормативные правовые акты развитых зарубежных государств, документы, содержащие общепризнанные нормы и принципы международного права, в том числе касающиеся вопросов борьбы с транснациональной и иной преступностью.

При этом нужна, как представляется, ориентация на вариант принятия в масштабах всей страны основ уголовного законодательства, а в регионах (федеральных округах) — *уголовных кодексов*. Россия — все еще достаточно большая страна с огромной территорией, разнообразными экономическими, социальными и другими условиями. И ее регионы, конечно же, могли бы, принимая *свои* уголовные кодексы, брать, вместе с тем, *на себя* всю полноту ответственности за состояние правопорядка на своих территориях. При этом, возможно, понадобится «нарезка» нового федерального устройства страны — с выделением равновеликих во всех отношениях субъектов Федерации и образованием федерального (наряду с региональными) субъекта (по типу федерального округа «Колумбия» в США), в котором могло бы приниматься именно федеральное уголовное законодательство.

На этапе *разработки* проекта нового уголовного законодательства целесообразно создать из числа ведущих специалистов в области уголовного законодательства, по меньшей мере, три творческих коллектива, которые должны быть нацелены на одну и ту же законопроектную работу. Коллективы эти должны учитывать не только тенденции развития уголовного законодательства (в стране и мире), но и многие иные моменты, в том числе моменты политического, экономического, социального, культурного, организационного и иного характера. Одновременно должны разрабатываться также новые уголовно-процессуальные и, естественно, уголовно-исполнительные нормативные правовые акты. Предпочтительность того или иного проекта должна определяться на конкурсной основе и с учетом независимой экспертизы, в том числе международной.

И конечно же, надо установить правило, в соответствии с которым подготовка законопроекта сопровождалась бы подготовкой его разработчиками и пояснительной записки к нему, объясняющей необходимость, цели, задачи, назначение законопроекта, возможные последствия его принятия и реализации и т. д. Публикация законопроекта должна сопровождаться публикацией и такой пояснительной записки. В настоящее время «Российская газета», публикуя новые законы, ограничивается только краткими пояснениями журналиста о том, что в номере публикуется такой-то закон, с таким-то его содержанием. Да и эти пояснения далеко не всегда помещаются в соответствующем номере, а если и помещаются, то всегда не там, где опубликован закон, а на совершенно других страницах. То есть для обывателя новые законы часто сваливаются как снег на голову. Его он получает как кот в мешке. Если, конечно,

¹ Например, одна из читательниц «Российской газеты» (Лана, DSG1970@yandex.ru) так отозвалась на публикуемые в ней материалы относительно нововведений о «многократных» штрафах за взятки: «Расплата за взятку штрафом, пусть даже и в сто раз превышающим саму мзду, смахивает на простой откуп от наказания... Штрафы — это те же откаты, только в пользу государства. Нужны реальные большие сроки и полная конфискация имущества, в том числе оформленного на детей, жен, родителей и прочих родственников... Чем выше статус взяточника — тем суровее должно быть наказание» (Бесполезно штрафовать взяточника (редакционный материал) // Российская газета. — 2011. — 28 февраля. — С. 9).

получает вообще. В большинстве же случаев о законе он узнает только в случае, когда его вызывают по поводу соответствующего допущенного нарушения к следователю или прокурору.

На этапе *апробации* проекта нового уголовного законодательства важно провести его широкое общественное обсуждение, отведя для этого, как минимум, три месяца. Разработанный проект в сброшюрованном виде целесообразно доставлять в каждый дом, в каждую семью, каждому гражданину, достигшему того минимального возраста, с которого возможен соответствующий уголовно-правовой спрос. И только после получения, обработки и учета *всего* комплекса поступивших предложений можно будет внести его на рассмотрение Государственной Думы. Использование возможностей Интернета при этом не исключает необходимости обсуждения законопроекта в обычном формате. Ведь пользователей Сети еще не так много, да и не все они принимают участие в такого рода обсуждениях.

На этапе *принятия* нового уголовного законодательства важно законодательно закрепить положение, которое запрещало бы вносить в него изменения чаще одного раза в год, если, разумеется, отсутствуют какие-либо экстренные обстоятельства, требующие внесения в законодательство срочных изменений.

На этапе *введения в действие* принятого нового уголовного закона (а срок введения его в действие не должен быть коротким; требуется, как минимум, десять дней — после опубликования закона — для того, чтобы граждане имели возможность внимательно с ним ознакомиться) и в последующие три-шесть месяцев важно подготовить его развернутые официальные комментарии, а также провести широкомасштабную просветительскую работу среди населения с изданием, разумеется, соответствующей разъяснительной литературы и доведением ее до сведения населения.

Должна быть категорически исключена такая практика, при которой законы вводились бы в действие со дня их опубликования. Что означало бы сохранение такой практики? Только пренебрежение интересами прав и законных интересов граждан, которые не могут столь оперативно вникать в обстановку и суть нового закона. Да и самого этого закона они обычно не видят в день его опубликования, как, впрочем, довольно часто и во все последующие дни. Кто сегодня покупает «Российскую газету», «Парламентскую газету» или «Собрание законодательства Российской Федерации»? Только так называемые «узкие специалисты», да и то не все, так как большинство пользуется информацией о публикуемых законах в Сети. Поэтому новые законы должны в сброшюрованном виде доставляться в каждый дом и каждую квартиру — желательной спецпочтой, поскольку обычный порядок доставки корреспонденции не гарантирует получение ее гражданами. Да и в подъездах жилых домов многие почтовые ящики переломаны.

Присутствие науки обязательно на *всех* этапах правотворчества. Без научных изысканий невозможно ни должным образом инициировать законопроект, ни правильно его разработать, ни эффективно апробировать, ни осуществить процедуры его принятия, введения в действия, толкования, комментирования, трактовки, интерпретации, внедрения в сознание граждан.

Правотворчество в его широком понимании — это, конечно же, есть еще и научное творчество, поэтому понятие «техника правотворчества» должно включать в себя и те научные приемы, которые используют ученые-юристы в ходе изыскательской работы по подготовке законопроектов. Пока развитие нашего законодательства — это, к сожалению, путь проб и ошибок. Наука здесь если и присутствует, то только от случая к случаю и, так сказать, в минимальном объеме. И то имена инициаторов и разработчиков законопроектов часто теряются. То есть мы обычно не знаем, кто именно «придумал» (сочинил, написал, подготовил...) тот или иной закон. Но страна, как известно, должна знать своих героев, поэтому за вновь принятыми законами следует закреплять имена их инициаторов и разработчиков.

Обычно новый закон появляется на основе анализа старых законов и практики их применения. Важно, однако, обращать внимание еще: а) на уже проведенные исследования в соответствующей области; б) положение дел с соблюдением действующего законодательства; в) мнение юристов и граждан относительно необходимости принятия нового закона.

Должно стать правилом, чтобы каждая диссертация по проблемам права, содержащая те или иные предложения *de lege ferenda*, включала все три названных компонента. Нельзя предлагать менять законы, не поинтересовавшись мнением об этом юристов и населения, не ознакомившись с уже имеющимися научными выкладками по соответствующим вопросам, не проведя необходимых добротных научных исследований.

И здесь мы подходим к вопросу о возможностях и значении во всем этом науки права. Весьма распространено мнение о том, что правовая наука может лишь что-то наблюдать, описывать, сопоставлять, сравнивать, показывать, рассуждать, рассуждать, указывать, анализировать, умозаключать, делать какие-то выводы, что-то предлагать, рекомендовать и т. п. Все это, конечно, важно, но ограничиваться только этим наука права не может, не должна. Она обязана еще и устанавливать свойства, тенденции, зависимости, закономерности в правовых явлениях, то есть в явлениях, получающих то или иное отражение в праве. И это, пожалуй, главное, а все остальное должно только вытекать из этого главного.

Основная опасность, подстерегающая научное творчество в области права, рассматриваемое в плане правотворчества, — это поспешные, поверхностные, плоские, умозрительные положения, отражающие не суть явлений, а лишь внешнюю их видимость, формулируемые без глубокого и всестороннего их анализа.

При этом происходит рассогласование между общей теорией права и отраслевыми правовыми теориями. Общая теория права живет, как правило, на определенном удалении от отраслевых правовых теорий, а отраслевые правовые теории — от общей теории права. В результате в функционировании отраслевых правовых теорий наблюдается отчетливо выраженный эффект «лебедя, рака и щуки».

Например, трудно (если вообще возможно) понять, почему общая теория права, хорошо разобравшись с проблематикой *коллизий* правовых норм, никак не может подойти к пониманию проблематики *конкуренции* этих норм. Общей теории права до сих пор неведома теория оснований правовых запретов, оснований отнесения тех или иных деяний к разряду правонарушений, а мер государственного принуждения — к разряду мер правового реагирования на правонарушения. Эту науку почему-то не интересует проблематика причин правонарушений, типологии лиц, их совершающих, проблематика возвращения этим лицам их законопослушного облика.

Хотя еще в Древнем мире было известно о том, что право есть искусство добра и справедливости, но тем не менее проблематика социальной справедливости до сих пор не включена в предмет общей теории права. Остается бесхозной в общей теории права (в смысле отсутствия в ней должного исследовательского внимания) и та социальная справедливость, которую закон рассматривает в качестве одной из основных целей права, в том числе целей наказания в уголовном праве. До сих пор согласование пограничной межотраслевой проблематики является уделом забот самих отраслевых правовых теорий. Что же касается общей теории права, то ее, похоже, совершенно не интересует, например, вопрос о том, почему один из краеугольных принципов права — принцип справедливости — обошел стороной уголовно-процессуальное право.

Грешат определенной беззаботностью и сами отраслевые правовые науки. Например, уголовно-правовая наука до сих пор не занимается должным образом вопросом о том, что такое пробелы и дублирования в системе криминализации общественно опасных деяний, что именно представляет собой сама эта система, каковы ее основания и правила построения, где ее, так сказать, «горизонтальные» (по характеру общественной опасности) и «вертикальные» (по степени общественной опасности) разделительные линии.

Самый большой минус уголовно-правовой теории заключается, на наш взгляд, в том, что она существует и развивается обособленно от криминологии. Это существенно снижает не только технику, но и сам потенциал правотворчества. По мере наведения порядка в статистике преступности теория уголовного права все больше должна брать на себя анализ показателей преступности, а именно показателей ее состояния, структуры, динамики, географии, демографии, интенсивности и т. д. Если уголовно-правовая теория должна использовать соответствующие статистические данные под тем углом зрения, сколько, какие, каким способом, когда, где, кем и в какой обстановке преступления совершаются, то криминология должна эти же сведения применять в увязке с цифрами, характеризующими социально-экономическое и культурно-нравственное развитие регионов и страны в целом.

Исчерпывающая статистическая характеристика преступлений, их общественной опасности, причин, наказаний и иных форм уголовно-правового реагирования на преступления, а также на совершающих преступления лиц будет создавать условия для постепенного вытеснения метода проб и ошибок в процессе совершенствования уголовного законодательства и последовательной замены его подлинно научными методами.

Как уже отмечалось, в настоящее время на повестку дня все больше выдвигается необходимость обновления всего действующего уголовного законодательства, замены его новым уголовным законодательством. Ныне действующее уголовное законодательство не может устраивать нас по причине, во-первых, его архаичной техники, во-вторых, бессистемности, связанной с внесением в него многочисленных изменений, и, в-третьих, общей отсталости его содержания от требований времени.

Архаичность техники во многом обусловлена заимствованием советской законно-технической традиции. Например, давно пора перестать делить статьи на части и перейти на деление их на параграфы. Любые перечисления конструктивных или квалифицирующих признаков составов преступлений должны сопровождаться буквенной пунктуацией («а», «б», «в» и т. д.).

Главы Особенной части УК РФ необходимо, как мы полагаем, выстраивать в следующем порядке:

1. Преступления против мира, безопасности человечества: 1) преступления против мира; 2) преступления против безопасности человечества.

2. Преступления против государства: 1) преступления против основ конституционного строя РФ и безопасности РФ: а) преступления против основ конституционного строя РФ; б) преступления против безопасности Российской Федерации; 2) преступления против государственной и муниципальной службы: а) злоупотребление должностными полномочиями и их превышение; б) халатность; 3) преступления против правосудия: а) преступления против работников правосудия; б) преступления работников правосудия; в) преступления против правосудия, совершаемые иными лицами; г) преступления против правосудия, совершаемые с целью уклонения от него; 4) преступления против управления: а) преступления против работников управления; б) преступления против учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества; в) преступления против Государственной границы РФ; г) преступ-

ления против документов, государственных наград и других подобных атрибутов управления; д) преступления против прохождения военной и альтернативной гражданской службы; е) преступления против Государственного герба РФ и Государственного флага РФ; ж) преступления против управления, выражающиеся в самоуправстве; 5) *преступления против военной службы*: а) преступления против порядка подчиненности; б) преступления против порядка взаимоотношений между военнослужащими; в) уклонения от военной службы; г) нарушения правил несения военной службы; д) преступления против военного имущества; е) нарушения правил обращения с оружием; ж) нарушение правил управления военной техникой.

3. Преступления против общества: 1) *преступления против общественной безопасности*: а) преступления против общественного порядка; б) преступления против технической безопасности; в) преступления против оружейной безопасности; г) преступления против безопасности на водных магистралях; 2) *преступления против здоровья населения и общественной нравственности*: а) преступления против здоровья населения; б) преступления против общественной нравственности; 3) *экологические преступления*: а) *преступления против всех компонентов природы*; б) преступления против базовых компонентов природы (воды, атмосфера, почва, недра); в) преступления против животного и растительного мира; 4) *транспортные преступления*; 5) *компьютерные преступления*; б) *преступления против собственности*: а) хищения; б) корыстные преступления против собственности, не являющиеся хищениями; в) иные преступления против собственности; 7) *преступления в сфере экономической деятельности*: а) предпринимательские преступления; б) преступления, предметом которых является незаконно приобретенное имущество; в) преступления против свободы экономической деятельности; г) преступления, связанные с деньгами и ценными бумагами; д) таможенные преступления; е) валютные преступления; ж) банкротские преступления; з) налоговые преступления; 8) *преступления против службы в коммерческих и иных организациях*.

4. Преступления против человека: 1) *преступления против жизни и здоровья*; 2) *преступления против свободы, чести и достоинства*; 3) *преступления против морально-нравственной неприкосновенности в сфере интимных отношений (преступления извращенцев)*; 4) *преступления против прав и свобод человека и гражданина*: а) преступления против политических прав и свобод; б) преступления против трудовых и иных профессиональных прав и свобод; в) преступления против социальных прав и свобод; г) преступления против семьи и несовершеннолетних.

Техника деления статей на части (или, как мы предлагали выше, на параграфы) должна обеспечивать максимальную дифференциацию санкций. В данной связи вызывает сомнение правильность конструирования части 2 статьи 105 УК РФ, насчитывающей 13 пунктов, включающих в свою очередь в общей сложности сорок видов убийств, совершенных при том или ином отягчающем обстоятельстве, указанном в названной многосложной норме. Полагаем, что из этой части 2 статьи 105 УК РФ можно было бы извлечь примерно две трети пунктов и поместить их в части 3 (в качестве *особо* отягчающих обстоятельств) и 4 (в качестве *особенно* отягчающих обстоятельств), которыми (частями) мы предлагаем дополнить данную статью. При этом могли быть усилены и санкции за соответствующие группы видов убийств — путем ступенчатого поднятия их нижних пределов.

Из диспозиции статьи 110 УК РФ (доведение до самоубийства) целесообразно исключить состав доведения до покушения на самоубийство (нелогичная законодательная конструкция). Другое дело, что само доведение до самоубийства может оказаться неудавшимся, но тогда оно должно квалифицироваться как покушение на доведение до самоубийства. В принципе состав доведения до самоубийства — излишний, так как он представляет собой состав самого настоящего убийства, причем совершенного ухищренным способом, а именно руками самой жертвы. Полагаем, что в часть 2 статьи 105 УК РФ необходимо включить пункт об убийстве, совершенном путем доведения до самоубийства. Что же касается статьи 110 УК РФ, то содержащийся в ней состав преступления следовало бы преобразовать в состав жестокого обращения с человеком, повлекшего его самоубийство или покушение на самоубийство.

Нуждаются в декриминализации, например, такие деяния, как причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью в состоянии аффекта или превышение пределов необходимой обороны либо превышение мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (ст. 113 и 114 УК РФ), с переводом их в сферу административно-правовой юрисдикции.

В диспозиции части 1 статьи 126 УК РФ необходимо раскрыть понятие похищения человека. Нельзя признать правильным то, что о похищении имущества закон говорит достаточно подробно (ст. 158—162, 164 УК РФ), а о похищении человека — вообще ничего. Со своей стороны предложим следующее определение рассматриваемого понятия (в рамках диспозиции части 1 статьи 126 УК РФ): «Похищение человека, то есть захват человека, сопровождавшийся перемещением его из того места, в котором он находился, в другое помимо его воли любым способом».

С использованием предложенной техники правотворчества важно «проинвентаризировать» все наше уголовное законодательство. В результате оно станет более отвечающим задачам охраны важнейших ценностей жизни от преступлений, а следовательно — задачам модернизации страны на современном этапе ее развития.

К.К. Панько

Панько Кирилл Константинович — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Воронежского государственного университета

К вопросу о состоянии техники российского уголовного правотворчества

Уголовное право отличается от других отраслей тем, что для него характерно своеобразие регулирования общественных отношений с точки зрения их природы и специфического юридического содержания, обеспечивающего выполнение охранительных задач. Специфическое содержание уголовного права обуславливает правовой режим, концентрирующий юридические особенности уголовно-правового регулирования, связанного с наиболее жесткими мерами государственно-правового воздействия как реакции государства на совершение преступления. Наиболее существенные черты этого особого правового режима связаны с требованиями общества, действуют во имя существования самого общества как системы, стабильности нормального функционирования и гарантированности решений жизненных ситуаций, исключения произвола и насилия из жизни членов общества. Нормы, образующие уголовное право, по своему содержанию говорят не столько о том, что есть, сколько о том, что должно быть при наступлении определенных условий. Норма уголовного права срабатывает только при наличии юридического факта (преступления), когда появляется правоотношение. Обусловленность права фактическими отношениями, а также целями и задачами, выполняемыми при осуществлении правового регулирования, несомненна и очевидна. Право реально живет и функционирует в гуще фактических отношений и является для них особой формой существования, взаимодействует с этими фактическими отношениями, испытывает их влияние, а также влияние тех целей и задач, которые ставят государственная власть, законодатель при регулировании общественных отношений. Самое же существенное в праве заключается в том, что оно образовано людьми и находится в руках людей. Уголовное право при всей своей существенности лежащих в ее основе факторов (объективных императивов цивилизованного общества, экономических законов, требований естественного права и др.), перед тем как появиться на свет, неизбежно проходит фазу правотворчества, преломляется через сознание и волю людей — законодателей и лишь затем, включившись через правовые источники (законы, судебные прецеденты) в действующее право, отчуждается от воли и сознания людей, становится наличной действительностью, объективной реальностью и неотъемлемой частью официальной, государственно-публичной жизни, каждодневно проявляющейся в многообразных обстоятельствах, с которыми сталкивается человек. При разрешении уголовных дел право применяется (попадает вновь в руки людей), обретает тот или иной образ в результате толкования и правоприменения, а главное — становится неотъемлемым от судебной практики, то есть человеческой деятельности.

Реальное воздействие на общественные отношения оказывают не отдельно взятые нормативные предписания, а целые комплексы нормативных положений. Дело в том, что в действии того или иного положения (Особенной части УК) в скрытом виде проявляется и действие нормативных положений более высокого ранга, находящихся как бы за их спиной. Речь идет, в частности, о принципах уголовного права, особом уголовно-правовом режиме, установленном Общей частью, который оставляет след на конкретном нормативном положении, отраженном в Особенной части УК, и участвует в правовом регулировании. С этой стороны конкретные правовые нормы демонстрируют и свою силу, и силу проявляющихся через них принципов, общих правовых начал, иных общих положений. В связи с этим нельзя согласиться с утверждением, что в систему права помимо норм-правил поведения иногда включают нормы, таковыми не являющиеся, к которым «относят законодательные положения конституирующего и описательного характера: принципы права, его задачи, дефиниции...»¹. Формирование нормы права происходит вслед за появлением правовой ситуации, ее решением и средствами этого решения. Возведение правовых средств в ранг общих правил, то есть норм в логическом и временном отношениях, является последующей фазой в формировании права, когда норма, выбирая первичные элементы, вводит в жизнь людей систему типизированных образцов решений, при наличии которых возникает возможность сразу на неопределенное время вперед (или «навсегда») определить единый порядок в общественной жизни. В качестве отправной точки правового регулирования воспринимаются теперь нормы права, в которых закреплены типические юридические факты (правовые ситуации) и типические последствия их наступления (правовые средства). На основе повторяющихся ситуаций

¹ Кленова Т.В. Кодификация и текущее уголовно-правовое регулирование. — Самара, 1995. — С. 44.

делается обобщение, которое становится своего рода типовым решением, общим правилом-нормой и представляет собой нормативное обобщение, действующее и воспринимаемое как непреложный факт действительности в настоящем и будущем времена.

Юридическая норма в целом должна обладать набором элементов — указывать на условия ее действия (гипотеза), взаимные права и обязанности субъектов (диспозиция), возможные юридические последствия (санкции). Кроме наглядных, зримых элементов юридическая норма предполагает наличие в ее содержании незримых компонентов — разнообразных связей и соотношений с задачами и принципами права, общими условиями его «заряженности» на практическое осуществление. Юридическая норма, таким образом, в сочетании своих видимых и не очень видимых частиц выступает в виде сложного содержательного явления. Специфика уголовно-правовой нормы в том, что сочетание указанных элементов основывается на обязывании со всеми присущими ему особенностями. Поэтому механизм правового регулирования довольно прост: его начальное звено — обязывающие юридические нормы, затем относительные правоотношения и, наконец, реализация юридических обязанностей. Энергетическую силу механизму регулирования задает не столько собственная сила права, сколько непосредственно государственная власть, хотя важнейшим звеном остается право в субъективном смысле, состоящее в одном лишь праве требования.

Таким образом, норма права — это особая, во многом «невидимая» социальная реальность, выражающая структурированность права, организацию его содержания. Решающую роль в сложных процессах надлежащей организованности уголовного права играет системный закон — Уголовный кодекс, в котором действующий нормативный материал не просто собран вместе, а стал предметом правотворческой деятельности высокого порядка — кодификации и в этой связи подвергся переработке по содержанию путем нормативных обобщений, стал систематизированным на основе сложившихся юридических конструкций и системных структурных подразделений (например, основания освобождения от ответственности, преступления против личности и т. д.).

Процесс создания права (нормы) представляет собой сложную технологию, связанную с обработкой предмета правотворчества — общественных отношений с помощью средств и приемов законодательной техники. Процесс идет от объективной действительности (жизненных ситуаций и фактов) к мысли, от мысли к воле, а от воли к словам и предложениям, то есть к языковым средствам. Внешним отражением и выражением этой правотворческой технологии являются организация и регламентация правотворческой процедуры.

Основная масса ученых-юристов с теми или иными модификациями определяла правотворчество как форму деятельности государственных органов, а также иных специально уполномоченных органов и организаций, направленную на создание правовых норм, а также на их дальнейшее совершенствование, изменение или отмену¹. По содержанию правотворчество определялось как деятельность по установлению нового нормативного регулирования, обновлению и упорядочению существующего регулирования.

В теории права различают правотворчество в собственном смысле слова и правообразование как более широкую и многоаспектную социальную категорию. Правотворчество при этом рассматривается как заключительный этап правообразовательного процесса. Правотворчество как заключительный этап правообразовательного процесса, в котором формируются государственные общеобязательные предписания и правовые идеи, получающие свое закрепление в нормативных актах, правильнее было бы называть законотворчеством. Разделение законотворчества и правотворчества (или правообразования) помогает более четко уяснить различия между непосредственной деятельностью законодателя по принятию законов и более широкой социальной категорией — процессом формирования права, который начинается с обнаружения социальной потребности в урегулировании определенной сферы отношений, выработки правовых идей, взглядов, правосознания и т. д. Разделение понятий формирования права (правотворчества) и законотворчества помогает четко определить, что такое законотворческий процесс и с какого момента он начинается. Законотворческий процесс начинается лишь тогда, когда имеет место деятельность законодательных органов по подготовке и принятию нормативно-правовых актов, а не тогда, когда обнаруживается потребность в правовом разрешении жизненной ситуации. Законотворчество лишь завершает процесс правотворчества.

Вместе с тем, в науке было высказано суждение «советское законодательство — это и есть советское право»², соответствующее официальной в то время трактовке права как возведенной в закон во-

¹ См.: Александров Н.Г. Понятие источника права // Ученые труды ВИЮН. — 1946. — Вып. VIII. — С. 51; Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в современный период коммунистического строительства: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1969. — С. 16; Керимов Д.А. Понятие источника советского социалистического права // Ученые записки ЛЮИ. — 1951. — Вып. V. — С. 88—90; Пиголкин А.С. Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 1972. — С. 14; Самощенко И.С. О правовых формах осуществления функций советского государства // Советское государство и право. — 1956. — № 3. — С. 86; Шебанов А.Ф. Форма советского права. — М., 1968. — С. 69—70 и др.

² Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. — М., 1977. — С. 8.

ли господствующего класса. Концепцию различения права и закона высказали еще Аристотель, а затем Гегель, по мнению которого, «то, что есть закон, может быть отличным от того, что есть право в себе»¹. Идея разделения права и закона получила развитие в теории уголовного права². Так, Н.Ф. Кузнецова отмечает, что уголовное «право как отрасль права охватывает уголовное законодательство и уголовно-правовые отношения, связанные с законотворчеством и правоприменением»³. По мнению В.В. Мальцева, «уголовное право как социальное явление, в отличие от уголовного законодательства (составляющего лишь один из элементов предмета уголовного права), не может быть определено вне связи с факторами, его обуславливающими»⁴. М.А. Кауфман подчеркивает, что уголовно-правовая действительность не исчерпывается одним только нормативным образованием (законодательством), которое «является центральным, ключевым компонентом всей правовой деятельности»⁵, но указывает на наличие дополнительных, узловых правовых явлений, которые не только характеризуют уголовно-правовую действительность в целом, но и определяющим образом влияют на признание того или иного поведения лиц преступным или неправомерным. К ним относятся: 1) уголовно-правовая идеология, которая прямо выражает господствующее в обществе правосознание и при определенных исторических условиях может служить основой для признания преступности или неправомерности поведения лиц, а также учитываться в деятельности правоохранительных органов; 2) судебная практика по уголовным делам, выражающая социальное содержание уголовного права, которая (в особенности практика Верховного Суда РФ) учитывается в деятельности правоохранительных органов⁶.

Что касается идеологии, то это слишком широкое и расплывчатое понятие (введенное А.Л.К. Десютт де Траси для обозначения учения об идеях⁷), означающее мировоззрение и правосознание, политику и этику, мораль и справедливость, концепции и методологию, накопленный мыслительный материал и каждую новую идею и т. д. Это понятие относится к числу явлений, которые не могут быть раскрыты в какой-то одной системе представлений. Поэтому, исследуя уголовное право как многоэлементную систему, следует в качестве ее компонента включать правосознание, через которое в достижимых пределах можно исследовать правовую идеологию как элемент последнего (а не наоборот). При этом правовая идеология в праве отражает правовую действительность в форме правовых установок и ценностных ориентаций, регулирующих поведение человека в юридически значимых ситуациях, в форме юридических знаний и оценочных отношений к праву, которые можно назвать правосознанием и которые вместе с эмоционально-волевым компонентом (правовой психологией) составляют содержание правосознания.

Первым, как представляется, структурообразующим элементом уголовного права (как и права в целом) является мораль, которая во многом обуславливает его содержание. Выработанные в процессе жизни многих поколений наиболее значимые образцы человеческого поведения, отвечающие известным библейским заповедям «не убий», «не укради», «не лжесвидетельствуй» и требованиям морали, опосредуются в правовой материи правовыми предписаниями справедливости, гуманизма, долга, чести и других нравственных категорий (см. ст. 6, 7, 110, 129, 130, 282 УК РФ). В.С. Нерсесянц по этому поводу верно отмечает, что «...справедливость входит в понятие права, что право по определению справедливо, а справедливость — внутреннее свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не неправовая»⁸.

Нормы человеческой морали используются в тексте нормативно-правовых актов прямо и опосредованно. Прямой способ характеризуется тем, что при конструировании содержания нормы права прямо используются понятия и категории морали. Например: унижение человеческого достоинства (ч. 2 ст. 7 УК РФ), клевета, оскорбление, надругательство, неуважение, унижение, издевательство, пренебрежение (см. ст. 129, 130, 213, 245, 297, 298, 329 УК РФ). Примером опосредованного использования этических категорий могут служить понятия, содержание которых может быть раскрыто через базовые нормы морали (см., например: п. «и» ч. 2 ст. 105; п. «д» ч. 2 ст. 111; ст. 242 УК РФ). Так, толкуя понятие «хулиганские побуждения», Верховный Суд РФ отмечает, что под данным мотивом следует

¹ Гегель Г.В.Ф. *Философия права*. — М., 1990. — С. 250.

² См.: Кудрявцев В.Н. *Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право*. — 1980. — № 2. — С. 15; Наумов А.В. *О гегелевской идее права применительно к уголовному праву // Государство и право*. — 1993. — № 4. — С. 19—28; Алексеев С.С. *Теория права*. — М., 1995. — С. 75; Нерсесянц В.С. *Философия права: Учебник для вузов*. — М., 1998. — С. 32—35.

³ *Курс уголовного права. Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой*. — М., 1999. — Т. 1: *Учение о преступлении*. — С. 2.

⁴ Мальцев В.В. *Понятие и место уголовного права в системе отраслей права // Государство и право*. — 2000. — № 5. — С. 50.

⁵ Кауфман М. *Уголовное право и уголовный закон (вопросы теории) // Уголовное право*. — 2001. — № 4. — С. 35.

⁶ Там же.

⁷ См.: *Философский энциклопедический словарь / Гл. ред.: Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов*. — М., 1983. — С. 199—200.

⁸ Нерсесянц В.С. *Философия права: Учебник для вузов*. — М., 1998. — С. 28.

понимать явное неуважение к обществу, пренебрежение нормами морали¹; распространение порнографических материалов выступает одной из опасных форм нарушения принципов морали, наносящих вред нравственному воспитанию людей².

Как видим, право, отражающее реальную жизнь и существующие общественные отношения, обусловлено представлениями об общечеловеческих моральных ценностях, сформировавшихся в процессе исторического развития общества и усвоенных большинством его членов. Теоретическая проблема соотношения права и нравственности и ее философско-правовая интерпретация в российском правоведении были достаточно глубоко осмыслены. Главное направление в ее решении составляло признание органической взаимосвязи нравственной и правовой сущности человека и общества. Нарушение всякой правовой нормы рассматривается как безнравственный поступок и влечет за собой, помимо юридической ответственности, и нравственное осуждение. П.И. Новгородцев утверждал, что «с самого начала своего существования право является не только внешним механическим устройством общества, но также и нравственным ограничением общественных сил...»³. По концепции В.С. Соловьева, в двух терминах «право» и «закон» воплощается существенное единство юридического и нравственного начал. Ибо что такое право, как не выражение правды и как не содержание закона, а с другой стороны, то же понятие правды и справедливости предписывается нравственным законом⁴. По мнению А.С. Яценко, право никогда не может быть обособлено от нравственности. Право, считал ученый, есть именно принудительно осуществляемый минимум нравственности⁵. И.А. Ильин отмечал, что отношение между правом и моралью может слагаться правильно и неправильно. Правильное отношение между ними существует тогда, когда право, не выходя из своих пределов, согласуется по существу с требованиями морали и является для нее подготовительной ступенью и поддержкой; а мораль, со своей стороны, служа для права высшим мерилom и руководителем, придает правовым велениям то глубокое значение и ту обязательную силу, которая присуща нормам морали⁶. Неразрывная связь, внутреннее единство категорий «закон», «право» и «мораль» заложены в формулировку уголовно-правового принципа справедливости в статье 6 УК РФ: «1. Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. 2. Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление».

Следующим системообразующим элементом уголовного права является уголовная политика. В юридической литературе было высказано мнение о том, что «уголовная политика выступает как правоформирующий фактор, а уголовный закон является инструментом осуществления уголовной политики. В этом заключается их диалектическая взаимосвязь»⁷. И еще: «уголовная политика, исходя из тех или иных исторических условий, учитывает изменение степени общественной опасности определенного рода действий, указывает на необходимость использования новых методов и средств борьбы с преступностью и тем самым направляет, корректирует законотворческую деятельность и судебную практику»⁸. С указанных позиций уголовное право характеризуется как право власти, государственно-политической действительности. И хотя представляется важным проводить разграничение между близкими и взаимопроникающими явлениями политической жизни — властью и государством, именное существование и функционирование власти в государстве имеет тенденцию к неограниченному властвованию, диктатуре, произвольному вмешательству и влиянию на правовую политику. С этих позиций право может быть охарактеризовано «силовым» регулятором, обеспечивающим государственное всевластие и прикрытый юридическими формами произвол (например, фашистский или советский тоталитарные режимы).

И только в обстановке, когда власть становится адекватной общественным потребностям, право является нормативным образованием, занимающим равнозначное место с политической и государственной властью. Только передовая демократическая государственность может обеспечить такую государственную политику в праве, в том числе и уголовном, которая исключит прорыв в общественную жизнь права власти и деформацию под напором силовых структур правовых институтов и форм.

Правовые идеи, определяющие уровень правосознания, и уголовная политика являются своего рода визитной карточкой уголовного права. Они выступают в качестве определяющего фактора для

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. — 1993. — № 5. — С. 6.

² См.: Комментарий к Уголовному кодексу РФ: В 2 т. / Под ред. О.Ф. Шишова. — М., 1998. — Т. 2. — С. 77.

³ Новгородцев П.И. Введение в философию права: Кризис современного правосознания. — М., 1996; Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. — М., 1896. — С. 7—8.

⁴ Соловьев В.С. Право и нравственность: Очерки из прикладной этики. — СПб., 1899. — С. 1—28.

⁵ Яценко А.С. Теория федерализма. — Юрьев, 1912. — С. 116—118.

⁶ Ильин И.А. Собрание сочинений: В 10 т. — М., 1993. — Т. 4. — С. 76—77.

⁷ Ковалев М.И. Криминология и уголовная политика: Учебное пособие / М.И. Ковалев, Ю.А. Воронин. — Свердловск, 1980. — С. 22.

⁸ Загородников Н.И. Советская уголовная политика и деятельность органов внутренних дел. — М., 1979. — С. 8—9.

всех других компонентов уголовно-правовой материи, прежде всего для формирования содержания уголовного права, влияют на характер, состав и содержание субъективных прав, на их соотношение с обязанностями, запретами, ответственностью, на их место во всей правовой системе, их реальность, обеспеченность, защищенность и т. д.

Не подвергая сомнению многоэлементность уголовного права, обращаем внимание на то, что реализация права (в особенности такой ее формы, как применение) предполагает обязательность уяснения содержания нормативных правовых предписаний, их толкование. Доктрина уголовного права соотносительно с общей теорией права отличается ограничительным подходом к вопросу о значении толкования, «привязывая» его к тексту нормативно-правового акта, акцентируя внимание на толковании уголовного закона в пределах правоприменения. Можно ли толкование уголовного закона считать актом правотворчества? Теоретики права, которые толкование, осуществляемое законодателем, называют «аутентичным» (С.С. Алексеев), легальным (М.Д. Шаргородский, Н.Д. Дурманов, М.И. Ковалев), официальным (А.С. Пиголкин, З.А. Незнамова), дают отрицательный ответ, объясняя его тем, что аутентическое толкование является неотделимым по содержанию дополнением к толкуемой норме. Если толкование содержится в самом тексте уголовного закона (например, в примечаниях), то оно вместе с его основным текстом составляет элемент системы уголовного права, включающий в себя не только уголовное законодательство.

При неясности уголовного закона у правоприменителя возникает необходимость обращаться к авторитетным ориентирам в толковании, содержащимся в действующих постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, обзорах практики по конкретным делам. Являются ли эти источники актом правотворчества? Многие авторы, исследовавшие эту проблему, положительно отвечают на данный вопрос, мотивируя тем, что именно судебные решения восполняют пробелы в уголовном законодательстве¹.

Разъяснения Пленума Верховного Суда РФ и судебные прецеденты, будучи обособленными по форме и содержанию положениями, являются дополнениями уголовного закона, через который входят в многоэлементную систему уголовного права, и, не обладая формально свойствами нормативности, фактически являются общеобязательными, о чем свидетельствует следующий пример. В части 2 статьи 35 УК РФ используется не конкретизированное по форме соучастия понятие «группа лиц по предварительному сговору». Практика многие годы ориентировалась на прецедентное применение уголовного закона². Затем появилось неявное упоминание о форме соучастия при совершении преступления группой лиц по предварительному сговору в нескольких разъяснениях Верховного Суда РФ³, в соответствии с которыми в составе группы лиц по предварительному сговору должны быть как минимум 2 соисполнителя, а другие участники преступной группы могут выступать в роли организаторов, подстрекателей или пособников. Если изъятие имущества совершает один из соучастников, а другие оказывают ему непосредственное содействие в совершении преступления, то содеянное является соисполнительством. Приведенные разъяснения (являющиеся обязательными для правоприменителей) с очевидностью свидетельствуют о толковании ими закона (ч. 2 ст. 35 УК РФ) и только через него посредством совершенствования логико-языковой формы выражения законодательного предписания вливаются в уголовное право, становясь практически его неотъемлемой частью.

Таким образом, можно констатировать, что процесс правообразования идет фактически двумя путями — прямое создание нормы права, то есть нормы закона (деятельность законодателя); а также косвенное создание нормы права, не имеющее отношения к созданию нормы закона (деятельность правоприменителя, в нашем случае Верховного Суда РФ). Анализ действующего уголовного законодательства, с одной стороны, и практики его применения, с другой стороны, позволяет утверждать, что состояние техники современного уголовного правотворчества (правообразования) явно не идеально.

В качестве примера усилий законодателя можно привести главу 18 УК РФ. Реагируя на такое явление, как педофилия, законодатель в статьях 131 (изнасилование) и 132 (насильственные действия

¹ См., например: *Наумов А.В.* О судебном прецеденте как источнике уголовного права // *Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства.* — М., 1994. — С. 31—32; *Парог А.И.* Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // *Государство и право.* — 2001. — № 2. — С. 51—57; *Кругликов Л.Л.* К вопросу о пробелах в уголовном праве и путях их преодоления / Л.Л. Кругликов, О.Ю. Клишцева // *Государство и право на рубеже веков: Материалы Всероссийской конференции.* — М., 2001. — С. 72 и др.

² См., например: Постановление Президиума Верховного Суда РФ по делу Соколова и Крылова; определение Военной коллегии Верховного Суда РФ по делу Новикова и Титова // *Бюллетень Верховного Суда РФ.* — 1997. — № 4. — С. 3—4, 11, 12, 14.

³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 года «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // *Бюллетень Верховного Суда РФ.* — 1999. — № 3; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 года «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // *Бюллетень Верховного Суда РФ.* — 2003. — № 2.

сексуального характера) изменил редакцию квалифицирующих признаков¹, которые касались возраста потерпевшей (потерпевшего) (см. п. «а» ч. 3, п. «б» ч. 4 ст. 131 и ст. 132 УК). Если до 27 декабря 2009 года законодатель указывал на заведомую осведомленность виновного о возрасте потерпевшей(го) (осознание возможности недостижения потерпевшим лицом возраста 18 или 14 лет), то в нынешней редакции законодатель конструирует признаки состава, просто указывая возрастные характеристики потерпевшей(го), например, изнасилование несовершеннолетней (п. «а» ч. 3 ст. 131 УК), фактически указывая, что осведомленность виновного о возрасте потерпевшей(го) не имеет значения для квалификации, подразумевая объективное вменение, грубо и явно нарушая принцип вины, закрепленный в статье 5 УК РФ. В статьях 134 (половое сношение с лицом, не достигшим 16 летнего возраста) и 135 (развратные действия) законодатель в качестве квалифицирующих признаков добавил следующие обстоятельства: совершение преступления в отношении лица, не достигшего 12-, 14-летнего возраста, и совершение преступления в соучастии (ч. 2—4 ст. 134 и ст. 135 УК). Они сами по себе нареканий не вызывают, однако санкции указанной части статей 134 и 135 УК порождают вопросы об их обоснованности. В данном случае законодатель выводит указанные деяния в категорию преступлений тяжких и особо тяжких: половое сношение с лицом, не достигшим 16-летнего возраста, совершенное в соучастии, наказывается лишением свободы на срок от 12 до 20 лет (так же как и при изнасиловании, повлекшем смерть потерпевшей), развратные действия в соучастии — лишением свободы на срок от 7 до 15 лет (почти также как и вооруженный разбой в составе организованной группы). Статья 134 УК РФ наделена примечанием следующего содержания: 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.

К указанному примечанию также есть претензии: 1) оно применяется только к простому составу (указание на часть первую статьи 134 УК); 2) речь идет об освобождении от наказания, это означает, что и виновному, и его жертве придется пройти через малоприятную процедуру возбуждения и расследования уголовного дела, а потом и рассмотрения его судом, когда интимные подробности их отношений станут известны практически неопределенному кругу лиц; 3) исходя из буквального понимания примечание применимо только к лицам женского пола, совершившим преступление в отношении лиц мужского пола, поскольку основание к освобождению от наказания — вступление в брак с потерпевшим, так как виновный мужского пола в брак может вступить только с потерпевшей; с учетом того, что гомосексуальные браки в Российской Федерации не разрешены, указанное примечание не будет работать и в иных случаях (например, оговоренные законодателем в диспозиции мужеложство, лесбиянство), в связи с чем можно констатировать нарушение принципа равенства граждан перед законом (ст. 4 УК РФ); 4) законодатель ведет речь об утрате лицом и деянием общественной опасности в связи с вступлением в брак, однако ничего не сказано о лицах, уже находящихся в браке к моменту совершения всяких действий сексуального характера, в отношении этой категории нет никаких исключительных, ограничительных или иных оговорок.

В качестве примера усилий Верховного Суда РФ в плане правотворческой деятельности можно привести следующее. Вымогательство взятки Верховный Суд РФ толкует вразрез с содержанием, заложенным в этот термин законодателем в статье 163 УК, которая определяет вымогательство как требование передачи чужого имущества или права на имущество или совершения других действий имущественного характера под угрозой применения насилия либо уничтожения или повреждения чужого имущества, а равно под угрозой распространения сведений, позорящих потерпевшего или его близких, либо иных сведений, которые могут причинить существенный вред правам или законным интересам потерпевшего или его близких. В то же время вымогательство взятки определено Верховным Судом следующим образом: требование должностного лица дать взятку под угрозой совершения действий, которые могут причинить ущерб законным интересам гражданина либо поставить последнего в такие условия, при которых он вынужден дать взятку либо совершить коммерческий подкуп с целью предотвращения вредных последствий для его правоохраняемых интересов². Не менее интересна позиция Верховного Суда в вопросе о добровольной выдаче наркотических средств (психотропных веществ). Верховный Суд прямо указывает, что при задержании лица, а также при проведении следственных действий по обнаружению и изъятию наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, выдача таких средств, веществ или растений по предложению должностного лица, осуществляющего указанные действия, не может являться основанием применения примечания 1 к статье 228 УК РФ (то есть для

¹ Федеральный закон от 27 июля 2009 года № 215-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 31. — Ст. 3921.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2000. — № 4.

освобождения от уголовной ответственности)¹. Это вступает в противоречие с существующей процедурой проведения обыска: лица, производящие обыск, предлагают выдать соответствующие предметы **добровольно** (см., например, ч. 5 ст. 182 УПК РФ). Не менее интересна позиция Верховного Совета РФ относительно определения размера наркотических средств и психотропных веществ при нахождении их в смеси. Решение вопроса поставлено в зависимость от того, к какому списку отнесен тот или иной препарат. Если наркотическое средство (психотропное вещество) находится в смеси с каким-либо нейтральным наполнителем и включено в список II или III (кроме кокаина и кокаина гидрохлорида), то определение размера наркотического средства или психотропного вещества **производится без учета количества нейтрального вещества** (наполнителя), содержащегося в смеси². Если же в смеси с нейтральным наполнителем находится наркотическое средство или психотропное вещество, включенное в список I (или кокаин, кокаина гидрохлорид), его **размер определяется весом всей смеси**.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 года № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2006. — № 8.

² Там же.

С.В. Петров

Петров Сергей Валентинович — кандидат юридических наук, доцент, заместитель начальника кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Проблемы отграничения сложных форм соучастия, определяемых наличием оценочных признаков

Базовым критерием, определяющим результаты правоприменения, независимо от отраслевой принадлежности нормативно-правового акта, является качество его технико-юридического конструирования. Выверенность дефинитивного ряда, логичность и последовательность применяемых формулировок являются ключевыми признаками эффективного правового инструментария.

Исследование статистических данных, отражающих качественные изменения преступности на территории России, свидетельствует о наличии тенденции к распространению общественно опасных деяний, характеризующихся наличием сложных форм соучастия. Указанное обстоятельство определяет необходимость оптимизации уголовно-правового инструментария, направленного на охрану общественных отношений от организованных форм преступности.

Недостаточная эффективность борьбы с наиболее развитыми формами совместной преступной деятельности, по мнению представителей научной общественности, главным образом обусловлена низким уровнем законодательной техники норм Уголовного кодекса, а также слабой проработанностью признаков уголовно-правовых дефиниций¹. Позицию теоретиков разделяют и практические работники, для которых несовершенство нормативных формулировок является главной причиной того, что правоприменители зачастую руководствуются собственными соображениями в части применения норм уголовного закона, в том числе статьей 210 УК РФ, вследствие чего ими нередко допускаются ошибки при оценке собранных доказательств и установлении признаков, состава преступления, описанного в указанной норме.

Анализ определения организованной преступной группы, правоприменительной практики и научных исследований, содержанием которых являются спорные вопросы сложных форм соучастия, свидетельствует о наличии значительных проблем в законодательной регламентации организованных форм преступной деятельности. При этом необходимо отметить понимание актуальности обозначенной проблемы не только теоретиками, но и высшими судебными инстанциями, что подтверждается наличием ряда обобщающих судебную практику постановлений Пленумов Верховного Суда с целью минимизировать возможности двусмысленного толкования юридически значимых терминов и обеспечить единообразное применение законодательства в части регламентации деятельности организованных преступных групп². Однако до настоящего времени ни среди правоприменителей, ни среди теоретиков нет единого мнения относительно определения организованной преступной группы и преступного сообщества (преступной организации).

Ошибки при квалификации соответствующих общественно опасных деяний в значительной степени обусловлены различными подходами к толкованию юридически значимых терминов и определений, что в свою очередь влечет различную квалификацию сходных по своим признакам деяний. Применительно к институту соучастия большинство правоприменительных проблем обусловлено отсутствием единого подхода к пониманию признаков организованности, устойчивости и структурированности, посредством которых законодатель определяет наиболее развитые формы совместной преступной деятельности.

Содержательное наполнение признаков «организованность» и «устойчивость» на протяжении длительного времени является предметом научных споров и дискуссий³. Причем, разнообразие мнений

¹ Агапов П. Критерии разграничения организованной группы и преступного сообщества // Законность. — 2007. — № 5. — С. 23.

² См., например: Постановление Пленума Верховного Суда (далее — ППВС) РФ от 4 мая 1990 года № 3 «О судебной практике по делам о вымогательстве» // Сборник действующих постановлений Верховных Судов СССР, РСФСР и РФ по уголовным делам с комментариями и пояснениями / Под ред. В.И. Радченко. — М., 1999. — С. 326; ППВС РФ от 27 января 1999 года № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 1999. — № 3. — С. 4; ППВС РФ от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2000. — № 4. — С. 7.

³ См., например: Гришаев П.И. Соучастие по советскому уголовному праву / П.И. Гришаев, Г.А. Кригер. — М., 1959. — С. 81; Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. — М., 1974. — С. 121—213; Галиакбаров Р.Р. Групповое преступление: постоянные и переменные признаки. — Свердловск, 1973. — С. 124.

по данной проблематике само по себе поставило под сомнение целесообразность выделения указанных признаков. Так, Н.Г. Иванов предлагает отказаться от понятий «устойчивость», «организованность» и «сплоченность», называя их «аморфными определениями»¹. Его поддерживает и П. Агапов, считающий необходимым отказаться от применения оценочных формулировок при определении организованных форм преступной деятельности².

В соответствии со словарем С.И. Ожегова термин «организованный» означает «обладающий организацией, объединенный в организацию, сплоченный, планомерный, отличающийся строгим порядком, дисциплинированный, действующий точно и планомерно»³. Словарь иностранных слов поясняет, что «организованность» (фр. *organizer*) означает «основать, создать, объединить, сплотить или упорядочить что-либо»⁴. С этих позиций оправданным выглядит мнение, согласно которому об организованности группы могут свидетельствовать такие признаки, как: распределение функций между соучастниками; организационное строение группы; планирование преступной деятельности; разработка системы конспирации и наличие организованных единиц, ее осуществляющих; внутренняя дисциплина и т. п.⁵

Наибольшие разногласия в теории и практике применения уголовного законодательства наблюдаются в понимании признака «устойчивость» применительно к преступным формированиям.

По мнению А.А. Герцензона, В.Д. Меньшагина, А.Л. Ошеровича и А.А. Пионтковского критерием устойчивости является число запланированных и совершенных преступлений⁶. Причем необходимо отметить широкое применение подобного подхода в судебной практике. В частности, анализ соответствующей категории уголовных дел, свидетельствует о том, что чаще всего суды аргументируют наличие признака устойчивости фактом многоэпизодной преступной деятельности⁷. Изложенная позиция является спорной, так как признак устойчивости нецелесообразно определять через количественные признаки ввиду того, что сама по себе устойчивость является категорией, отражающей качественное содержание. Следовательно, указанный признак не является эффективным критерием, позволяющим отграничить организованную преступную группу от иных форм соучастия.

Устойчивость преступной группы необходимо определять наличием специальной системы превентивных мероприятий, направленных на обеспечение ее внутренней и внешней безопасности.

Изучение следственной и судебной практики свидетельствует о том, что внутренняя безопасность обеспечивается посредством соблюдения особых условий при привлечении новых членов в преступную группу, введения санкций за отступничество и жесткого подчинения по иерархии внутри нее. В то же время безопасность от внешних причин и условий, как правило, обеспечивается путем соблюдения конспирации, выраженной в ограничении контактов членов группы (в том числе между собой), установления коррупционных связей с представителями правоохранительных органов и иными мерами, способствующими длительной деятельности преступных групп. Подтверждением указанной позиции служит анализ оправдательных приговоров по статьям 209 и 210 УК РФ судами субъектов РФ, проведенный Следственным комитетом при МВД России и представленный в соответствующем обзоре.

Согласно данному документу «проблема привлечения к уголовной и судебной ответственности за организацию и участие в преступном сообществе на практике усугубляется тем, что, оправдывая подсудимых по преступлению, предусмотренному статьей 210 УК РФ, суды достаточно часто ссылаются на отсутствие таких признаков преступного сообщества, как соорганизованность в действиях участников преступного сообщества; конспирация и коррумпированность; связи с правоохранительными органами; строго определенный иерархический порядок построения сообщества, особый порядок подбора его членов и их ответственность перед сообществом; отсутствие должной дисциплины и другие признаки, которые не определены законом»⁸.

Отсутствие проработанного легального понятия признака устойчивости, наполненного качественным содержанием, предопределяет разные подходы правоприменителей к его пониманию, что в свою очередь способствует ошибкам в квалификации, а иногда влечет и освобождение от ответственности лиц, виновных в совершении соответствующих преступлений. В частности, в упомянутом Обзоре ука-

¹ См.: *Иванов Н.Г.* Понятие и формы соучастия в советском уголовном праве. — Саратов, 1991. — С. 123.

² См.: *Агапов П.* Организация преступного сообщества (преступной организации): некоторые проблемы юридической оценки // *Уголовное право.* — 2006. — № 2. — С. 4.

³ См.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — М., 1984. — С. 403.

⁴ См.: *Современный словарь иностранных слов.* — М., 1992. — С. 427.

⁵ См.: *Уголовное право России. Части Общая и Особенная: Учебник / Под ред. А.И. Рарога.* — М., 2004. — С. 484.

⁶ См.: *Герцензон А.А.* Государственные преступления / А.А. Герцензон, В.Д. Меньшагин, А.Л. Ошерович, А.А. Пионтковский. — М., 1938. — С. 128.

⁷ См.: Архив Алтайского краевого суда, 2005, д. № 2-13; Архив Верховного Суда Республики Татарстан, 2006, д. № 2-11; Архив Верховного Суда Республики Татарстан, 2008, д. № 2-5.

⁸ См.: *Обзор практики вынесения оправдательных приговоров по статьям 209 и 210 УК РФ судами субъектов РФ по итогам 2007 года.* — М., 2008. — С. 4.

зывается на факты двойственности позиции прокуратуры, когда одни прокуроры утверждают обвинительные заключения по делам соответствующей категории, а государственный обвинитель отказывается в суде поддерживать обвинение.

Решение проблемы содержания признаков организованной преступной группы возможно посредством их детализации в специальном постановлении Пленума Верховного Суда, регламентирующем ответственность участников преступных объединений, характеризующихся признаками организованности. Указанное постановление должно применяться независимо от направленности преступной деятельности, так как сложившаяся в настоящее время практика регламентации организованных форм соучастия в отдельных постановлениях Пленума Верховного Суда по конкретным видам преступной деятельности не только не способствует единообразному применению законодательства, а, наоборот, культивирует возможности субъективного подхода к установлению признаков организованных форм преступной деятельности.

Признаками, дающими основание утверждать об устойчивости конкретной преступной группы, как было отмечено выше, должны признаваться те ее особенности, которые способствуют ее стабильности и неподверженности влиянию от внутренних и внешних угроз.

Наиболее оптимальным решением проблемы, выраженной в необходимости формализации признаков организованных преступных формирований, является обобщение судебной практики по делам о деятельности преступных сообществ, так как регламентация последней сама по себе требует установления признаков организованной группы, являющихся для преступного сообщества предикатными. В частности, применительно к организованным преступным группам, по нашему мнению, востребовано судебное толкование содержания признаков организованности и устойчивости как наиболее дискуссионных и неконкретных. В целях обеспечения универсального применения предложенного акта судебного толкования, независимо от направленности преступной деятельности содержание анализируемых признаков должно быть емким и достаточным, что исключит возможность субъективного подхода к их пониманию.

К сожалению, Пленум Верховного Суда в своем постановлении от 10 июня 2008 года № 8¹, а также в сменившем его постановлении от 17 июня 2010 года № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)»² проигнорировал необходимость содержательного толкования признаков организованной преступной группы, несмотря на то, что последняя, как было указано ранее, является базовым понятием при определении самого преступного сообщества (преступной организации).

Анализ группы признаков, которые по замыслу законодателя должны являться критерием отграничения преступного сообщества (преступной организации) от иных организованных криминальных групп, также вызывает ряд критических замечаний, так как указание на признак структурированности и специальную цель, которыми должны характеризоваться преступные сообщества (преступные организации), не способствует осуществлению эффективной уголовной политики, направленной на противодействие деятельности указанных преступных формирований.

Во-первых, техническая замена признака сплоченности на признак структурированности, осуществленная законодателем в части 4 статьи 35 УК РФ, не устранила основание проблем правоприменения, которые обусловлены использованием оценочных категорий при формулировании юридически значимых понятий³. Следовательно, можно с уверенностью сделать прогноз об отсутствии эффективной практики правоприменения статьи 210 УК РФ, что также подтверждается анализом соответствующей категории уголовных дел, возбужденных в период нормативного определения преступного сообщества (преступной организации) через признак сплоченности организованной группы.

В частности, применение оценочного признака, определяемого как сплоченность, в условиях отсутствия его легального толкования, как и в случае с общими признаками организованных преступных групп, влекло различные подходы к уяснению его содержания. В этих условиях в целях избежания отмены приговоров суды первой инстанции, как правило, старались по возможности исключить применение статьи 210 УК РФ к субъектам соответствующих общественно опасных деяний.

Именно оценочный характер признаков, используемых в легальных определениях, дает возможность правоприменителям проявлять субъективный подход и уже по своему усмотрению, а не в соот-

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2008 года № 8 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел по делам об организации преступного сообщества (преступной организации)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2008. — № 8. — С. 2.

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 июня 2010 года № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2010. — № 5. — С. 3.

³ См.: Федеральный закон от 16 октября 2009 года № 245-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 100 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 45. — Ст. 5263.

ветствии с целями уголовной политики, принимать решения, содержанием которых нередко является освобождение виновных от уголовной ответственности.

Изменение содержания части 4 статьи 35 УК РФ, которое, по замыслу законодателя, должно было способствовать оптимизации правоприменительной практики по соответствующей категории дел, на самом деле не устраняет проблему отсутствия исчерпывающего перечня качественных формализованных признаков преступного сообщества (преступной организации), что и впредь будет давать судам возможность по своему усмотрению толковать легальное определение данной формы соучастия и наделять ее факультативными признаками, отсутствие которых будет положено в основу отказа от обвинения по соответствующим уголовным делам.

Отсутствие легального толкования признака преступного сообщества (преступной организации), выраженного в структурированности организованной группы, предопределяет наличие проблемы установления степени организованности криминального объединения, достаточной для признания его преступным сообществом (преступной организацией), или совокупности критериев, позволяющей считать организованную группу структурированной.

Сама по себе попытка сформулировать новое определение с помощью тождественных или близких по лексическому значению понятий является обстоятельством, осложняющим уяснение смысла правовой нормы, о чем в полной мере свидетельствует применение признака структурированности при определении преступного сообщества (преступной организации).

В соответствии с буквальным лексическим толкованием понятия «структурированность», последнее может быть признано синонимом понятия «организованность». Следовательно, структурированность и организованность, хотя и в разном соотношении, могут присутствовать в понятиях организованной группы и преступного сообщества (преступной организации). Более того, учитывая то, что сам по себе факт создания преступного сообщества (преступной организации) является уголовно наказуемым деянием, возможны случаи, когда вновь созданное преступное сообщество, участники которого не успели совершить ни одного преступления, может быть менее структурированным, чем организованная преступная группа, отдельные члены или подразделения которой имеют узкую специализацию (причем, не обязательно криминальную) и согласовано действуют в целях достижения общего преступного результата.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что объективно признак структурированности является составной частью организованного преступного формирования любой формы. Следовательно, в перспективе следственные и судебные органы будут рассматривать структурированность как признак, характеризующий не только преступное сообщество, но и организованную группу.

В связи с недостаточной определенностью и размытостью указанного признака он не может признаваться категорией, не зависящей от субъективных оценок лиц, осуществляющих квалификацию соответствующих общественно опасных деяний, и, следовательно, гарантировать от следственных и судебных ошибок.

Подводя итоги статьи, необходимо сделать вывод о насущной потребности в доработке легального толкования применяемых в институте соучастия оценочных признаков в целях обеспечения единообразного подхода к их интерпретации. Ведущая роль в этом процессе, безусловно, принадлежит юридической науке, являющейся средством совершенствования правоприменительной практики.

А.В. Петрянин

Петрянин Алексей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Техника современного правотворчества в рамках выработки дефиниции «экстремизм»: особенности и перспективы

Современная Россия в рамках динамично развивающейся экономики и права переживает глубокий кризис во всех сферах жизнедеятельности общества и государства, находящий свое отражение в том числе в резком всплеске экстремистских проявлений, посягающих на наиболее значимые общественные отношения.

Как общественно-политическое явление экстремизм выступает следствием активности определенных политических сил, ориентированных на распространение — через насилие — собственных взглядов о политическом и социально-экономическом устройстве общества, характере межгосударственных отношений. В отечественное политическое пространство экстремизм вторгся на изломе крутых перемен в политической, экономической, социальной и духовной жизни общества, чему отчасти способствовали недостатки и пробелы раннего постсоветского законодательства. Вследствие этого в России возникли первые ростки проявления политической, экономической, религиозной, расовой и национальной нетерпимости, а радикально настроенные политические силы активизировали крайне агрессивные формы самовыражения (организация террористических актов, массовых беспорядков и т. д.). В настоящее время экстремизм представляет серьезную угрозу не только нравственным и духовным устоям общества, но и жизни граждан России, государственности, а следовательно, и целостности многонациональной страны¹. Согласно оценке экспертов и заявлениям политического руководства российского государства, экстремизм сегодня представляет собой одну из ключевых угроз национальной безопасности РФ.

Разрушение советского политико-правового пространства стало отправным моментом и поводом для возникновения на территории России различных националистических, фашистских, религиозных и тому подобных образований и структур, якобы вставших на защиту интересов населения, но, по сути, преследовавших свои меркантильные интересы. Органы государственной власти и управления в Российской Федерации на первом этапе постсоветской демократизации общества не придавали большого значения факту появления политических группировок с экстремистской идеологической направленностью. Кроме того, их развитие в ряде случаев поощрялось и оценивалось как реализация демократических принципов. Партии, движения крайнего толка не воспринимались серьезно и потому, что в обществе периода социализма и начала построения демократического государства еще не выработался защитный рефлекс понимания опасности, зарождающейся в этих движениях и в их лозунгах. Кроме того, в определенной мере их существование было на руку известным политическим кругам, да и для института государственной власти на раннем этапе своего развития они еще не достигли той реальной угрозы, которая предопределяла необходимость адекватных ответных действий.

Современное усиление экстремизма, острота используемых его субъектами форм и методов, размах данного явления в стране и в мире уже создали серьезную угрозу жизненно важным интересам личности, общества и государства. Экстремизм проник во все сферы общественной жизни, оказывает разрушительное влияние на развитие общества, достижение гражданского согласия, проведение социальных и экономических реформ, формирование политической стабильности. В этой связи проблема экстремизма в настоящее время стала предметом пристального внимания ученых, политиков, общественных деятелей. В последние годы состоялся ряд представительных научных конференций, появилось множество научных публикаций, отражающих результаты исследований различных аспектов феномена экстремизма, однако комплексного научного осмысления данная проблема в Российской Федерации пока не получила.

В рамках противодействия преступлениям экстремистской направленности особая роль уделяется государственным органам, в том числе и в лице законодательных органов, так как необходимым условием создания в России демократического правового государства выступает предварительное решение важнейшей задачи — научиться использовать инструменты государства для обеспечения свободы — свободы личности, свободы предпринимательства, свободы развития институтов граж-

¹ Истомин А. Ф. К вопросу об экстремизме / А. Ф. Истомин, Д. А. Лопаткин // Современное право. — 2005. — № 7. — С. 34—35.

данского общества, что возможно только в сильном государстве и лишь при единственной диктатуре — диктатуре Закона¹.

Не последнее место для достижения вышеуказанных целей занимает техника современного правотворчества в рамках конструирования норм, регламентирующих ответственность за совершение преступлений экстремистской направленности, а также основополагающих дефиниций.

С нашей точки зрения, основополагающей дефиницией в рамках противодействия экстремизму должна являться дефиниция, непосредственно отражающая рассматриваемое явление. Комплексное изучение экстремизма возможно только после выработки определения экстремизма, содержащего в себе исчерпывающий перечень признаков изучаемого явления, так как в соответствии с достижениями формальной логики определение понятия — это логическая операция, раскрывающая содержание понятия путем указания его существенных признаков². Выработка понятия экстремизма должна быть основана не только на достижениях права. В первую очередь необходимо рассмотреть этимологические предпосылки возникновения данного понятия путем проведения семасиологического анализа³ термина «экстремизм» с позиций права, философии, социологии, политологии, общеправовых наук и наук криминального цикла, что позволит более полно уяснить сущность экстремизма как негативного социально-правового феномена.

Потребность данного изучения определяется введением термина «экстремизм» в ряд нормативно-правовых актов, прямо или косвенно направленных на противодействие изучаемому явлению. Причем изучаемый термин имеет в современном законодательстве достаточное количество производных от него терминов, например: «преступления экстремистской направленности», «экстремистская организация», «экстремистское сообщество» и т. д.

Наиболее существенным недостатком современного восприятия экстремизма с учетом положений, закрепленных в Федеральном законе «О противодействии экстремистской деятельности», является использование термина «экстремизм» как синонима словосочетания «экстремистская деятельность», о чем прямо указано в статье 1 Закона, закрепляющей основные понятия.

Исходя из того, что рассматриваемый Федеральный закон является основополагающим нормативно-правовым актом, регламентирующим противодействие экстремизму, в него должны быть включены все конструктивные признаки изучаемого явления, отражающие его сущность. К сожалению, анализируемый Закон вообще не содержит признаков экстремизма, а лишь определяет запрещенную экстремистскую деятельность, перечень которой неоднократно уточнялся.

Определив данный список запрещенной Законом деятельности, законодатель тем самым ушел от исчерпывающего перечисления деяний, содержащих в себе проявления экстремизма. Данный подход породил проблемы применения как самого Закона, так и Уголовного кодекса, так как не дает возможности четкого определения круга преступлений экстремистской направленности. При этом критерии, заложенные в самом Законе, характеризуются высоким уровнем бланкетности. В частности, признавая террористическую деятельность разновидностью экстремистской, анализируемый нормативно-правовой акт отсылает нас к Федеральному закону от 6 марта 2006 года № 35-ФЗ «О противодействии терроризму»⁴, который закрепляет в себе виды деятельности, относящиеся к террористической.

По нашему мнению, законодатель при создании данного нормативно-правового акта не заложил в него основной концептуальной идеи, отражающей непосредственную сущность экстремизма.

Проанализировав Федеральный закон «О противодействии экстремистской деятельности», считаем необходимым констатировать, что российскому законодателю не удалось определить содержание экстремизма⁵. Это явилось причиной отсутствия законодательной дефиниции рассматриваемого явления, хотя потребность в понятии экстремизма в его правовом смысле совершенно справедлива⁶.

В данном случае также нужно не забывать о том, что в России еще до принятия Федерального закона № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности» существовала и сегодня еще действует обширная нормативно-правовая база, параллельно регламентирующая борьбу с экстремизмом.

Предлагаем проанализировать эти нормативно-правовые акты с учетом их юридической силы и содержательной части.

Первым документом, установившим, на наш взгляд, основы противодействия экстремизму, явилась Конституция РФ от 12 декабря 1993 года. Данный нормативно-правовой акт, обладающий выс-

¹ См.: Путин В. В. Какую Россию мы строим // Российская газета. — 2000. — 11 июля.

² Ерохина К. В. Традиционная формальная логика: Учебно-методическое пособие. — 2-е изд., испр. — Саратов, 2000. — С. 24.

³ Анализ значения, смысла языковой единицы.

⁴ Российская газета. — 2006. — № 48.

⁵ См.: Александров А. И. Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности: история, современность, перспективы, проблемы. — СПб., 2003. — С. 481.

⁶ См.: Залужный А. Г. Экстремизм: сущность и способы противодействия // Современное право. — 2002. — № 12. — С. 31.

шей юридической силой на территории России, содержит в себе ряд концептуальных норм, устанавливающих меры по борьбе с рассматриваемым явлением.

Даже в преамбуле к Основному закону государства прослеживается нетерпимость к борьбе, основанной на критериях неравенства. В частности, там отмечено, что «мы, многонациональный народ Российской Федерации, соединенные общей судьбой на своей земле, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохраняя исторически сложившееся государственное единство, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов...»¹.

Кроме этого, статья 13 Конституции РФ включает в себя нормы, запрещающие какое-либо политическое или идеологическое доминирование. В соответствии с частью 5 данной статьи также запрещается создание и деятельность общественных объединений, цели и действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни.

По нашему мнению, еще одной конституционной нормой, закрепленной в статье 17 Основного закона, также регламентируются антиэкстремистские меры. В ней указано, что «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать прав и свобод других лиц»².

В соответствии со статьей 19 Конституции РФ «государство гарантирует равенство прав и свобод 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. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности». Закрепленные в анализируемой норме позиции, с нашей точки зрения, четко регламентируют принцип нетерпимости государства к проявлению определенного рода экстремизма.

Особое значение в предупреждении экстремизма имеет часть 2 статьи 29 Конституции РФ, в соответствии с которой «не допускаются пропаганда или агитация, возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду. Запрещается пропаганда социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства»³.

Причем сам же Основной закон в статье 55 определяет, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»⁴, тем самым устанавливая возможные превентивные меры в отношении различных экстремистских проявлений.

Как справедливо отмечает А.И. Долгова, в Федеральном законе «О противодействии экстремистской деятельности» положения части 3 статьи 55 Конституции РФ отражены неполно. В статье 2 «Основные принципы противодействия экстремистской деятельности» данного Закона говорится, в частности, что противодействие экстремистской деятельности основывается на принципе приоритета «обеспечения безопасности Российской Федерации». При этом термин «безопасность Российской Федерации» не разъясняется, разными авторами он понимается по-разному. В статье 55 Конституции РФ значительно более определенно сказано о допустимости введения ограничений в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»⁵.

Безусловно, Конституция РФ является основным правовым источником противодействия экстремизму. В правовой доктрине существуют два принципиально отличающихся между собой подхода, определяющих роль Конституции РФ в борьбе с изучаемым феноменом.

Первый подход, представителем которого является Р.С. Тамаев, определяет, что вся совокупность конституционных норм, развивающаяся в национальном законодательстве, фактически создает основу противодействия экстремизму⁶.

Вторая группа ученых, к которой относится Е.Г. Чуганов, полагает, что соответствующей нормативной базой противодействия экстремизму могут быть лишь отдельные положения конституции, которые запрещают деятельность, направленную на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности РФ, о закреплении равенства прав и свобод граждан, права на здоровье и на жизнь и т. д.⁷

¹ Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 4. — Ст. 445.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Долгова А.И. Проблемы правового регулирования борьбы с экстремизмом и правоприменительной практики / А.И. Долгова, А.Я. Гуськов, Е.Г. Чуганов. — М., 2010. — С. 100—101.

⁶ Тамаев Р.С. Уголовно-правовое и криминологическое обеспечение противодействия экстремизму: Монография. — 2-е изд. — М., 2008. — С. 67.

⁷ См.: Чуганов Е.Г. Экстремизм: проблемы уголовной политики // Экстремизм и другие криминальные явления. — М., 2008. — С. 5.

Мы считаем, что подход, высказанный Р.С. Тамаевым, является более справедливым в данном случае, так как Конституция РФ, являясь Основным законом государства, ставит своей первоочередной задачей организацию нормальной жизнедеятельности и функционирования как непосредственно государственного аппарата, так и общества и конкретных граждан. Данный подход проходит через призму всех норм, закрепленных в Конституции, включая преамбулу. Поэтому, с нашей точки зрения, каждая статья Конституции РФ содержит в себе позиции, прямо или косвенно направленные на противодействие экстремизму.

Вторым не менее значимым нормативно-правовым актом, регламентирующим ответственность за экстремизм, является Уголовный кодекс РФ 1996 года.

Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ предусматривает административную ответственность за совершение некоторых правонарушений, косвенно свидетельствующих об экстремистски мотивированном поведении. Например, статьи 5.26 «Нарушение законодательства о свободе совести, свободе вероисповедания и о религиозных объединениях», 5.38 «Нарушение законодательства о собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании», 13.21 «Нарушение порядка изготовления или распространения продукции средства массовой информации», 20.2 «Нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования», 20.3 «Пропаганда и публичное демонстрирование нацистской атрибутики или символики» и др. В последующем Федеральным законом от 24 июля 2007 года № 211-ФЗ в КоАП РФ введена статья 20.29 «Производство и распространение экстремистских материалов», в результате чего производный термин от понятия «экстремизм» получил закрепление и в административном праве.

Как нами уже было ранее отмечено, экстремизм должен рассматриваться исключительно как преступное поведение. При этом значение административного законодательства в рамках противодействия изучаемому явлению также достаточно высоко. В связи с тем, что административное правонарушение по своему характеру и степени общественной опасности менее опасно, чем преступное поведение, и чаще всего соотносится с подготовительными действиями или обнаружением умысла, предлагаем данный вид противоправного поведения развести с преступным путем использования иной терминологии.

Федеральный конституционный закон от 30 мая 2001 года № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» (в ред. от 30 июня 2003 г. и 7 марта 2005 г.) также содержит в себе нормы, регламентирующие противодействие экстремизму. В соответствии со статьей 3 указанного Закона «чрезвычайное положение вводится лишь при наличии обстоятельств, которые представляют собой непосредственную угрозу жизни и безопасности граждан или конституционному строю РФ и устранение которых невозможно без применения чрезвычайных мер»¹.

Причем сам Закон к таким обстоятельствам относит и непосредственно совершение следующих экстремистских актов: попытки насильственного изменения конституционного строя РФ, захвата или присвоения власти, вооруженный мятеж, массовые беспорядки, террористические акты, блокирование или захват особо важных объектов или отдельных местностей, подготовку и деятельность незаконных вооруженных формирований; межнациональные, межконфессиональные и региональные конфликты, сопровождающиеся насильственными действиями, создающими непосредственную угрозу жизни и безопасности граждан, нормальной деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления.

С нашей точки зрения, данный Закон закрепил в себе перечень наиболее опасных для безопасности государства экстремистских проявлений, что, несомненно, является достоинством этого нормативного акта. Так он дает непосредственную возможность применения превентивных мер путем введения на территории государства режима чрезвычайного положения.

Следующим антиэкстремистским нормативно-правовым актом является Федеральный закон от 26 сентября 1997 года № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»² (в ред. от 23 июля 2008 г.). Часть 4 статьи 6 данного Федерального закона запрещает создание и деятельность религиозных объединений, цели и действия которых противоречат закону. В этом случае норма носит широчайший бланкетный характер, что, с нашей точки зрения, указывает на ее универсальность и, соответственно, эффективность. При этом статья 14 подробно регламентирует порядок приостановления деятельности религиозного объединения, ликвидации религиозной организации и запрета на деятельность религиозного объединения в случае нарушения ими законодательства. В частности, к числу оснований для принятия данных мер в судебном порядке относятся нарушение общественной безопасности и общественного порядка и совершение действий, направленных на осуществление экстремистской деятельности.

¹ Российская газета. — 2001. — № 105.

² Федеральный закон от 26 сентября 1997 года № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (ред. от 23 июля 2008 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 39. — Ст. 4465.

По нашему мнению, данным Законом была предпринята попытка противодействия религиозному экстремизму, являющемуся одним из наиболее распространенных и опасных.

Федеральный закон от 19 мая 1995 года № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (в ред. от 19 мая 2010 г.) в статье 16 запрещает создание и деятельность общественных объединений, цели или действия которых направлены на осуществление экстремистской деятельности¹.

Нарушение данных требований в соответствии со статьей 44 настоящего Федерального закона является основанием для ликвидации общественного объединения и запрета на его деятельность.

На наш взгляд, данный Закон являлся и является эффективным инструментом предупреждения группового проявления экстремизма как на стадии организации общественного объединения, так и в процессе осуществления экстремистской деятельности.

Инструментом противодействия политическому экстремизму является Федеральный закон от 11 июля 2001 года № 95-ФЗ «О политических партиях» (в ред. от 4 июня 2010 г.). В соответствии с частью 1 статьи 9 настоящего Федерального закона запрещаются создание и деятельность политических партий, цели или действия которых направлены на осуществление экстремистской деятельности². Причем данный Закон, как и вышерассмотренные нормативно-правовые акты, в статье 41 устанавливает порядок ликвидации политических партий.

Продолжая изучение вопроса о противодействии политическому экстремизму, необходимо упомянуть Федеральный закон от 12 июня 2002 года № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». В части 1 статьи 56 Закона закреплено, что предвыборные программы кандидатов, избирательных объединений, иные агитационные материалы (в том числе размещаемые в информационно-телекоммуникационных сетях общего пользования, включая Интернет), выступления кандидатов и их доверенных лиц, представителей и доверенных лиц избирательных объединений, представителей инициативной группы по проведению референдума и иных групп участников референдума, граждан на публичных мероприятиях, в средствах массовой информации (в том числе размещаемые в информационно-телекоммуникационных сетях общего пользования, включая Интернет) не должны содержать призывы к совершению деяний, определяемых в статье 1 Федерального закона от 25 июля 2002 года № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности» как экстремистская деятельность, либо иным способом побуждать к таким деяниям, а также обосновывать или оправдывать экстремизм. Запрещается агитация, возбуждающая социальную, расовую, национальную или религиозную рознь, унижающая национальное достоинство, пропагандирующая исключительность, превосходство либо неполноценность граждан по признаку их отношения к религии, социальной, расовой, национальной, религиозной или языковой принадлежности, а также агитация, при проведении которой осуществляются пропаганда и публичное демонстрация нацистской атрибутики или символики либо атрибутики или символики, сходных с нацистской атрибутикой или символикой до степени их смешения³.

По данному Закону, распространение вышеуказанных сведений дискредитирует кандидата и исключает возможность участия в выборах. При этом его действия оцениваются с точки зрения уголовного или административного законодательства и в случае наличия в его действиях признаков противоправного деяния влекут за собой соответствующее наказание.

Мы считаем, что анализируемая норма является эффективным инструментом противодействия экстремизму, так как ее действие направлено не только на кандидатов, но и на избирателей. Вышеуказанные обстоятельства, с нашей точки зрения, указывают на эффективность данного Закона в предупреждении рассматриваемого явления.

Особого внимания в рамках организации деятельности, направленной на противодействие экстремизму, заслуживает Закон РФ от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации» (в ред. от 9 февраля 2009 г.). В соответствии со статьей 4 настоящего Закона не допускается использование средств массовой информации в целях совершения уголовно наказуемых деяний, для разглашения сведений, составляющих государственную или иную специально охраняемую законом тайну, для распространения материалов, содержащих публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публично оправдывающих терроризм, других экстремистских материалов⁴.

В этой же статье законодатель закрепил еще ряд превентивных мер, направленных на предупреждение экстремизма. В частности, запрещается распространение информации об общественном объ-

¹ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 21. — Ст. 1930.

² Федеральный закон от 11 июля 2001 года № 95-ФЗ «О политических партиях» (ред. от 4 июня 2010 г.) // Российская газета. — 2001. — 14 июля.

³ Федеральный закон от 12 июня 2002 года № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (ред. от 4 июня 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 24. — Ст. 2253.

⁴ Закон РФ от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации» (ред. от 9 февраля 2009 г.) // Российская газета. — 1992. — 8 февраля.

единении или иной организации, включенных в опубликованный перечень общественных и религиозных объединений, иных организаций, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности по основаниям, предусмотренным Федеральным законом от 25 июля 2002 года № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности», без указания на то, что соответствующее общественное объединение или иная организация ликвидированы или их деятельность запрещена.

Причем этот же Закон в статье 16 устанавливает порядок прекращения и приостановления деятельности средства массовой информации в случае нарушений установленных им же запретов.

Учитывая распространенность и доступность информационных ресурсов, а также их использование как источников распространения экстремистских материалов, был принят Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», который в части 6 статьи 10 закрепил запрет на распространение информации, направленной на пропаганду войны, разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти и вражды, а также иной информации, за распространение которой предусмотрена уголовная или административная ответственность.

Имея по своей сути бланкетный характер, норма четко определяет перечень отсылочных нормативно-правовых актов, что, с нашей точки зрения, является достоинством данного документа, так как дает возможность установления перечня запрещенной к распространению информации.

Кроме этого, непосредственной борьбе с экстремизмом посвящен ряд ведомственных нормативно-правовых актов. В частности, Федеральные законы «О полиции»¹, «О Федеральной службе безопасности»², «О внутренних войсках Министерства внутренних дел Российской Федерации»³ и др.

Следующим нормативным звеном, направленным на борьбу с экстремизмом, являются указы Президента РФ. Нами будут проанализированы наиболее значимые указы, закрепляющие в себе механизмы противодействия экстремистским проявлениям. Одним из фундаментальных в данном случае является Указ Президента РФ от 23 марта 1995 года № 310 «О мерах по обеспечению согласованных действий органов государственной власти в борьбе с проявлениями фашизма и иных форм политического экстремизма в Российской Федерации»⁴.

В данном документе отмечено, что в Российской Федерации участились случаи разжигания социальной, расовой, национальной и религиозной розни, распространения идей фашизма. Антиконтитуционная деятельность экстремистски настроенных лиц и объединений приобретает все более широкие масштабы и дерзкий характер; создаются незаконные вооруженные и военизированные формирования; нарастает угроза сращивания последних с некоторыми профсоюзными, коммерческими, финансовыми, а также криминальными структурами.

Эти крайне опасные явления в жизни нашего общества создают угрозу основам конституционного строя, ведут к попранию конституционных прав и свобод человека и гражданина, подрывают общественную безопасность и государственную целостность Российской Федерации.

Нельзя допустить, чтобы рост политического экстремизма привел к срыву очередных выборов в органы государственной власти и органы местного самоуправления, препятствовал свободному волеизъявлению избирателей, влиял на разрешение трудовых конфликтов, оказывал давление на те или иные государственные и муниципальные органы.

Деятельность политических экстремистов, многие из которых открыто заявляют об идейном родстве с национал-социализмом, используют фашистские или схожие с ними лозунги, атрибутику и символику, глубоко оскорбляет хранимую россиянами память о жертвах Великой Отечественной войны и чувства ветеранов. В год 50-летия Победы над гитлеровской Германией подобные действия являются особенно вызывающими.

На эти угрожающие конституционному строю процессы практически не реагируют органы государственной власти и органы местного самоуправления. Нормы, которые являются правовой основой для реальной борьбы с этим явлением, и прежде всего положение статьи 13 Конституции РФ о запрете создания и деятельности объединений, цели или действия которых являются антиконституционными, почти не применяются.

¹ Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900.

² Федеральный закон от 3 апреля 1995 года № 40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности» (ред. от 25 декабря 2008 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 15. — Ст. 1269.

³ Федеральный закон от 6 февраля 1997 года № 27-ФЗ «О внутренних войсках Министерства внутренних дел Российской Федерации» (ред. от 25 ноября 2009 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 6. — Ст. 711.

⁴ Постановление Правительства РФ от 18 января 2003 года № 27 «Об утверждении Положения о порядке определения перечня организаций и физических лиц, в отношении которых имеются сведения об их участии в экстремистской деятельности, и доведения этого перечня до сведения организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом» (ред. от 8 декабря 2008 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 4. — Ст. 329.

Крайне неудовлетворительна и несоординирована работа в этой сфере органов прокуратуры РФ, Министерства внутренних дел РФ и Федеральной службы контрразведки РФ, в чьи задачи входит пресечение незаконной, антиконституционной деятельности и противодействие экстремистским, националистическим и шовинистическим проявлениям, а также Министерства юстиции РФ и Комитета РФ по печати¹.

Осознавая несогласованность деятельности государственных органов в противодействии экстремизму, Президентом РФ впервые в истории современного Российского государства были продиктованы мероприятия, непосредственно направленные на повышение эффективности борьбы с экстремизмом. Во-первых, обеспечить координацию работы Министерства внутренних дел РФ, Федеральной службы контрразведки РФ, Федеральной пограничной службы РФ, Министерства юстиции РФ и Комитета РФ по печати, других заинтересованных федеральных органов исполнительной власти, направленной на активизацию борьбы с фашизмом и политическим экстремизмом. Во-вторых, обеспечить усиление прокурорского надзора за соблюдением всеми предприятиями, учреждениями, организациями и общественными объединениями на территории РФ установленных Конституцией РФ норм о равноправии граждан независимо от социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности, об охране достоинства личности, о запрете создания и деятельности объединений, цели и действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя, нарушение целостности государства, подрыв его безопасности, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни. В-третьих, задерживать и привлекать к установленной действующим законодательством ответственности лиц, распространяющих печатную продукцию, кино-, фото-, аудио- и видеоматериалы, направленные на пропаганду фашизма, возбуждение социальной, расовой, национальной или религиозной розни; принимать меры к изъятию такой печатной продукции и материалов.

Особой заслугой анализируемого Указа, с нашей точки зрения, явилось не только осознание руководством страны несогласованности государственных органов, но и отсутствие нормативно закрепленных дефиниций, отражающих экстремистскую составляющую.

Осознавая дискуссионность содержания используемых в теории и практике терминов, Президент предложил Российской академии наук представить в Государственно-правовое управление Президента РФ научное разъяснение понятия «фашизм» и связанных с ним понятий и терминов для подготовки предложений по внесению изменений и дополнений в действующее законодательство, а также рекомендовал Верховному Суду РФ обобщить судебную практику применения правовых норм, устанавливающих ответственность граждан, общественных объединений и средств массовой информации за нарушения гарантированного Конституцией РФ равенства прав и свобод человека и гражданина; дать разъяснения содержащихся в действующем законодательстве понятий и терминов, касающихся ответственности за действия, направленные на возбуждение социальной, расовой, национальной и религиозной розни.

Полученные результаты должны были лечь в основу проектов законов о внесении изменений и дополнений, направленных на установление ответственности за проявления фашизма и иных форм политического экстремизма, в уголовное законодательство РФ, законодательство РФ об административных правонарушениях, о средствах массовой информации и об общественных объединениях для их внесения в установленном порядке в качестве неотложной законодательной инициативы Президента РФ.

По нашему мнению, достижение поставленных Президентом задач, в том числе в области выработки общепринятого понятийного аппарата, исключило бы существующие противоречия и, несомненно, повлияло бы на снижение экстремистских проявлений в России. Но продекларированные в Указе цели и задачи не были выполнены в полном объеме. Наиболее существенной недоработкой в рамках реализации анализируемого документа стала невыработка нормативно закрепленного понятийного аппарата, отражающего сущность современного экстремизма, что, несомненно, является самым существенным недостатком реализации вышеназванного Указа.

В рамках утвержденной Указом Президента РФ «Концепции государственной национальной политики Российской Федерации» в разделе, закрепившем принципы государственной национальной политики, отмечено запрещение деятельности, направленной на подрыв безопасности государства, возбуждение социальной, расовой, национальной и религиозной розни, ненависти либо вражды². Причем вышеуказанный принцип относится к основным принципам государственной национальной политики в Российской Федерации.

¹ Указ Президента РФ от 23 марта 1995 года № 310 «О мерах по обеспечению согласованных действий органов государственной власти в борьбе с проявлениями фашизма и иных форм политического экстремизма в Российской Федерации» (ред. от 3 ноября 2004 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 13. — Ст. 1127.

² Указ Президента РФ от 15 июня 1996 года № 909 «Об утверждении Концепции государственной национальной политики Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 3010.

Осознание экстремизма как общенациональной проблемы также закреплено в Указе Президента РФ «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года», где отмечено, что в будущем получат развитие националистические настроения, ксенофобия, сепаратизм и насильственный экстремизм, в том числе под лозунгами религиозного радикализма. Вышеуказанные угрозы являются основными источниками национальной безопасности. В соответствии с пунктом 36 Стратегии, Российская Федерация при обеспечении национальной безопасности в сфере государственной и общественной безопасности на долгосрочную перспективу исходит из необходимости постоянного совершенствования правоохранительных мер по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию актов терроризма, экстремизма, других преступных посягательств на права и свободы человека и гражданина, собственность, общественный порядок и общественную безопасность, конституционный строй РФ¹.

Особое внимание при противодействии экстремизму уделяется и на уровне субъектов РФ. Осознавая опасность изучаемого явления, территориальные законодательные органы принимают свои нормативно-правовые акты, регламентирующие направления по борьбе с экстремизмом. Мы приведем лишь некоторые примеры аналогичных документов:

— постановление правительства Москвы от 8 сентября 2009 года № 945-ПП «О дополнительных мерах по профилактике ксенофобии и этнополитического экстремизма в молодежной среде города Москвы»²;

— распоряжение администрации Санкт-Петербурга от 7 июля 2003 года № 1669-ра «О Координационном совете по организации профилактической и воспитательной работы по недопущению экстремизма и национализма в молодежной среде»³;

— распоряжение правительства Нижегородской области от 22 декабря 2009 года № 3151-р «Об утверждении Концепции областной целевой программы «Профилактика терроризма и экстремизма в Нижегородской области» на 2012—2014 годы»⁴.

В настоящее время существуют и иные неупомянутые нами нормативные правовые акты, в том числе и федеральные законы, играющие определенную роль в противодействии различным формам экстремизма на территории РФ и затрагивающие вопросы национальной безопасности, например, Федеральные законы от 25 июля 1998 года № 130-ФЗ «О борьбе с терроризмом», от 31 мая 1996 года № 61-ФЗ «Об обороне» и т. д.

Подводя итог проведенному исследованию, хотелось бы отметить, что несчетное количество нормативно-правовых актов, непосредственно или опосредованно затрагивающих вопрос борьбы с экстремизмом, при этом обладающих различной юридической силой, ставят вопрос о выработке понятия экстремизма, соответствующего современным реалиям и потребностям. Соответственно, первоочередной задачей современной правотворческой деятельности, в рамках противодействия рассматриваемому явлению, должна стать выработка дефиниции «экстремизм» и закрепление ее в Федеральном законе «О противодействии экстремистской деятельности».

¹ Указ Президента РФ от 12 мая 2009 года № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 20. — Ст. 2444.

² Постановление правительства Москвы от 8 сентября 2009 года № 945-ПП «О дополнительных мерах по профилактике ксенофобии и этнополитического экстремизма в молодежной среде города Москвы» // Вестник мэра и правительства Москвы. — 2009. — № 53.

³ Распоряжение администрации Санкт-Петербурга от 7 июля 2003 года № 1669-ра «О Координационном совете по организации профилактической и воспитательной работы по недопущению экстремизма и национализма в молодежной среде» (ред. от 29 ноября 2006 г.) // Вестник администрации Санкт-Петербурга. — 2003. — № 8.

⁴ Распоряжение правительства Нижегородской области от 22 декабря 2009 года № 3151-р «Об утверждении Концепции областной целевой программы «Профилактика терроризма и экстремизма в Нижегородской области» на 2012—2014 годы» // Эталонный банк данных правовой информации губернатора и правительства Нижегородской области.

С.Г. Пишина

Пишина Светлана Георгиевна — кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права и гражданского процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Судебная практика об оспаривании нормативно-правовых актов как средство оптимизации правотворчества в гражданском праве России

Место судебной практики среди источников права РФ последнее десятилетие стало предметом широкого обсуждения, за которым последовал пересмотр концепции источников гражданского права и процессуального законодательства¹.

В настоящее время даже сторонникам статической теории правовой интерпретации в России приходится согласиться с тем, что высшие органы судебной системы своим правотолкованием способствуют появлению новых норм. Считается, что суд наиболее оперативно может исправить дефекты правотворчества, и одно это позволяет говорить о его положительной роли в процессе оптимизации российского правотворчества.

Однако вместе с тем следует признать, что не все акты толкования способны провотворчество оптимизировать, и перед судом, так же как и перед иными участниками правотворчества, стоит задача совершенствовать формы и содержание своих актов.

Такой вывод можно сделать на основании содержания постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 2009 года № 9-П².

По мнению Конституционного Суда РФ, даже отсутствие в указанных нормах пункта 1 статьи 1070 и статьи 1100 ГК РФ административного задержания как основания возмещения вреда при отсутствии вины причинителя вреда не препятствует распространению действия этих норм на последствия незаконного административного задержания. Компенсационный характер указанных норм уравнивает последствия упомянутого в них административного ареста и неуказанного административного задержания и не может исключать возмещение вреда в случае административного ареста. Конституционный Суд считает, что истолкование указанных норм ГК РФ во взаимосвязи с частью 3 статьи 27.5 КоАП РФ достаточно обосновывает право на возмещение вреда. Поэтому нормы соответствуют Конституции и основания для признания их недействующими отсутствуют.

Однако результат буквального толкования норм, на наш взгляд, не позволяет сделать такой вывод однозначно. Такое противоречивое толкование препятствует действию норм в их «конституционно-правовом смысле».

Полностью разделяя убеждение Конституционного Суда РФ о необходимости возмещения государственными органами вреда, причиненного незаконным административным задержанием, даже при отсутствии вины, вместе с тем отмечаем, что такой защите гражданских прав препятствует действующая редакция пункта 1 статьи 1070 и статьи 1100 ГК РФ.

По мнению А.В. Жигачева, после истолкования положений отраслевого законодательства нормы, «отшлифованные Конституционным Судом», применяются в новом конституционно-правовом смысле. Это позволяет говорить о том, что Конституционный Суд осуществляет правотворческую функцию более высокого уровня, чем законодатель (например, Федеральное Собрание), так как его решения нельзя отменить³.

Полагаем, что для достижения единообразия судебной практики целесообразно было бы признать указанные нормы не соответствующими Конституции РФ и ввести в ГК РФ нормы в усовершенствованной редакции, включающей в себя указание на административное задержание как основание возмещения вреда при отсутствии вины причинителя вреда.

¹ См., например: Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова на Итоговом совещании председателей арбитражных судов России // www.arbitr.ru

² Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 2009 года № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 24.5, 27.1, 27.3, 27.5 и 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 1 статьи 1070 и абзаца третьего статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан М.Ю. Карелина, В.К. Рогожкина и М.В. Филандрова» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Жигачев А.В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ как источник налогового права // СПС «КонсультантПлюс».

Неоднозначное толкование отраслевой нормы демонстрирует 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».

В соответствии с пунктом 4 статьи 292 ГК РФ, с согласия органов опеки и попечительства осуществляется отчуждение жилого помещения, в котором проживают члены семьи собственника, находящиеся под опекой или попечительством, или несовершеннолетние, оставшиеся без попечения родителей, если затрагиваются права указанных лиц.

Поводом к рассмотрению явилась жалоба несовершеннолетней В.В. Чадаевой 1993 года рождения, которая с 1997 года проживала с родителями в квартире, принадлежавшей ее отцу на праве собственности. С 2007 года квартира была продана два раза. Мать несовершеннолетней обратилась в суд с иском о признании недействительными договоров купли-продажи на основании нарушения ответчиками нормы пункта 4 статьи 292 ГК РФ, в силу которой, по мнению заявительницы, сделки с указанным жилым помещением в нарушение пункта 4 статьи 292 ГК РФ были совершены без согласия органов опеки и попечительства на отчуждение жилого помещения. Отказав в удовлетворении требований, Котласский городской суд Архангельской области пояснил, что действующая норма в редакции Федерального закона от 30 декабря 2004 года № 213-ФЗ распространяется только на несовершеннолетних, находящихся под опекой или попечительством или оставшихся без родительского попечения, о чем известно органу опеки и попечительства. В.В. Чадаева находится на попечении родителей, не лишенных родительских прав. Поэтому на нее норма не распространяется.

В Конституционном Суде В.В. Чадаевой оспаривалась конституционность такой редакции нормы пункта 4 статьи 292 ГК РФ.

В пункте 3.1 постановления Конституционного Суда РФ подчеркивается, что исходя из пункта 4 статьи 292 ГК РФ во взаимосвязи со статьями 121, 122 Семейного кодекса РФ при отчуждении жилого помещения, в котором проживает несовершеннолетний, согласия органов опеки и попечительства не требуется, так как предполагается, что несовершеннолетний находится на попечении родителей, что не опровергнуто информацией органа опеки и попечительства об отсутствии попечения со стороны родителей. Вмешательство органов опеки и попечительства в процесс отчуждения жилого помещения необходимо, если родители несовершеннолетних не исполняют свои обязанности по отношению к ним.

Конституционный Суд РФ определил, что установленный пунктом 4 статьи 292 ГК РФ различный уровень гарантий права пользования жилым помещением для несовершеннолетних членов семьи собственника, находящихся под опекой и попечительством, и для несовершеннолетних, находящихся на попечении родителей, основан на учете особенностей правового статуса этих лиц и вытекает из части 2 статьи 38 Конституции РФ, презумпции добросовестного поведения родителей и имеет целью оптимизацию пределов вмешательства государства в регулирование отношений между родителями и ребенком.

Ранее действовавшая редакция пункта 4 статьи 292 ГК РФ, предписывающая отчуждение родителями жилого помещения при наличии несовершеннолетних членов семьи только с согласия органов опеки и попечительства, по мнению Конституционного Суда РФ, допускала не всегда оправданное вмешательство указанных органов в процесс отчуждения жилых помещений в гражданском обороте, а также в осуществление прав и обязанностей родителей по отношению к детям. Внося изменения в статью 292 ГК РФ, подчеркнул Конституционный Суд, законодатель исходил из презумпции добросовестности родителей, действующих при отчуждении находящегося в их собственности жилого помещения, «что не исключает вероятность отклонений от той социально оправданной модели поведения родителя-собственника жилого помещения», положенной в основу определения прав и обязанностей участников соответствующих правоотношений.

На основании вышеизложенного Конституционный Суд РФ своим постановлением № 13-П закрепил: «Признать пункт 4 статьи 292 ГК РФ не соответствующим Конституции в части регулирования, которое не позволяет при отчуждении жилого помещения обеспечить эффективную защиту прав несовершеннолетних, которые формально не отнесены к находящимся под опекой или попечительством или к оставшимся без родительского попечения, но фактически лишены родительского попечения на момент совершения сделки или сделка нарушает права несовершеннолетних, находящихся на попечении родителей». Вместе с тем, Конституционный Суд постановил признать соответствующей Конституции данную редакцию статьи в части, определяющей порядок отчуждения жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника в той мере, в которой его регулирование направлено на обеспечение гарантий прав несовершеннолетних.

Полагаем, что защита гражданских прав возможна только при условии наличия в нормативном акте таких формулировок, которые не допускают ошибки в их толковании. Поэтому в данном случае целесообразнее было бы, на наш взгляд, отменить действие указанных статей и способствовать их появлению в новой редакции.

В настоящее время немало исследуется вопрос о правовых позициях Конституционного Суда РФ. Так, С.П. Маврин предлагает под правовыми позициями Конституционного Суда РФ понимать содер-

жащиеся в мотивировочной части его решений аргументированные точки зрения, мнения, суждения, умозаключения или выводы, содержащие формулировки конституционно-правовых принципов, правовых идей и иных фундаментальных правовых конструкций, которыми руководствовался Конституционный Суд, принимая решения по конкретным делам¹.

А.А. Петров понятие правовой позиции сужает, акцентирует внимание на количественной характеристике и понимает под ней общеобязательное толкование положений Конституции РФ или конституционное толкование положений иных правовых актов, которое содержится в мотивировочной части решений Конституционного Суда и использовано им в качестве обоснования своих итоговых решений по существу поставленных перед ним вопросов не менее двух раз².

А.В. Жигачев правовыми позициями считает нормативно-интерпретационные установления, правовые умозаключения материально-правового или процессуально-правового характера, приводимые Конституционным Судом в обоснование итогового вывода, содержащегося в резолютивной части постановления или определения, которые вместе с итоговым выводом носят обязательный характер³.

Стоит согласиться с тем, что правовая позиция Конституционного Суда представляет собой аргументацию и умозаключение по вопросу толкования правовых норм. Такое понимание, скорее всего, сбалансировано статус Конституционного Суда и не делает его законотворцем, но в то же время полноценно обозначит его гармонизирующее влияние на результаты правотворчества, сглаживающее ошибки законодателя.

Правовые позиции признаны актуальными и необходимыми и в арбитражном судопроизводстве. Так, Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванов в своем докладе заявил, что, следуя принципу правовой определенности в арбитражном судопроизводстве, Высший Арбитражный Суд вырабатывает правовые позиции, за рамки которых судья при рассмотрении дела и принятии решения выйти не может. Так обеспечивается «уровень защищенности и независимости судей». К правовым позициям А.А. Иванов относит и правовые доктрины, в том числе выработанную Высшим Арбитражным Судом доктрину восстановления корпоративного контроля. Кроме того, А.А. Иванов полагает, что формирование судебного прецедента является механизмом реализации принципа правовой определенности, так как прецедент — это стабильность правовых позиций, последовательность развития права, адекватная реакция на те проблемы, которые возникли в судебной практике⁴.

Действие правовой позиции подтверждает постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 года № 12939/09.

ОАО «Мариэнергообит» обратилось в Президиум ВАС РФ с заявлением о пересмотре в порядке надзора определения Арбитражного Суда Республики Марий Эл по делу от 27 мая 2009 года и постановления ФАС Волгоятского округа от 27 августа 2009 года по делу № А38-421/2009.

ОАО «Мариэнергообит» обратилось в Арбитражный Суд Республики Марий Эл с заявлением о признании недействительным пунктом 1.1 Приложения к Постановлению Республиканской службы по тарифам Республики Марий Эл от 27 декабря 2007 года № 105 «Об утверждении тарифов на электрическую энергию, поставляемую гарантирующими поставщиками, энергоснабжающими организациями, энергосбытовыми организациями, к числу потребителей которых относится население, прочим потребителям Республики Марий Эл в 2008 году». При рассмотрении дела Арбитражный Суд Республики Марий Эл выяснил, что постановление № 105 прекратило действие с 1 января 2009 года, до обращения общества в суд. Суд первой инстанции сделал вывод о том, что дело не подлежит рассмотрению в арбитражном суде.

В постановлении Президиума ВАС отмечается, что по части 1 статьи 192 АПК РФ лица вправе обратиться с заявлением о признании недействующим нормативного акта, если его положения не соответствуют закону и нарушают их права и интересы. Высший Арбитражный Суд РФ подчеркнул, что по статье 424 ГК РФ и исходя из правовой позиции, определенной Президиумом в постановлении от 29 мая 2007 года № 6260/06, энергоснабжающие организации обязаны применять тариф, рассчитанный регулирующим органом, если тариф не был отменен, изменен или признан недействующим по заявлению заинтересованных лиц. ВАС РФ решил, что нижестоящие суды, прекратив производство по делу, лишили ОАО права на судебную защиту⁵.

Суть правовой позиции сводится к определению платы за поставленную электроэнергию по тарифу уровня питающего (высшего) напряжения в соответствии с договором энергоснабжения, кото-

¹ Маврин С.П. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: природа и место в национальной правовой системе // Журнал конституционного правосудия. — 2010. — № 6.

² Петров А.А. Основы организации системы органов государственной власти субъектов Российской Федерации в решениях Конституционного Суда Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Тюмень, 2002. — С. 93—98.

³ Жигачев А.В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ как источник налогового права // СПС «Консультант-Плюс».

⁴ Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова на Итоговом совещании председателей арбитражных судов России // www.arbitr.ru

⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 года № 12939/09 // СПС «КонсультантПлюс».

рую ВАС РФ постановил определять исходя из тарифа, установленного уполномоченным государственным органом, как предусмотрено статьей 424 ГК РФ, статьями 2, 6 Закона о тарифах и условиями договора энергоснабжения, поскольку этот тариф не был отменен, изменен или признан недействующим по заявлению заинтересованных лиц¹.

Таким образом, вводимое в процессуальный оборот понятие «правовая позиция» должно способствовать оптимизации разрешения гражданско-правовых споров. Однако следует уже сейчас с осторожностью отнестись к применению правовых позиций в обороте, памятуя об извечном противоречии западных традиций и отечественной почвы. Возможно, с точки зрения создания образца для удобного арбитражному суду разрешения похожих споров правовая позиция весьма приемлема. Но, вместе с тем, это нововведение в единстве с принципом правовой определенности, на наш взгляд, вступает в противоречие с принципами законности (ст. 6 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 года № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»; ст. 3, 6 Арбитражного процессуального кодекса РФ)² и независимости судей (ст. 5 Арбитражного процессуального кодекса РФ)³, провозглашенными законодательством об арбитражном судопроизводстве в Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 3 статьи 2 Арбитражного процессуального кодекса РФ в редакции Федерального закона от 30 апреля 2010 года № 69-ФЗ, одной из задач арбитражного судопроизводства является «справедливое публичное судебное разбирательство в разумный срок независимым и беспристрастным судом»⁴.

Возникают опасения: не затруднит ли действие принципа правовой определенности поиск соответствующего указанным нормам законного решения?

Очевидно, что провозглашение принципа правовой определенности предполагает его логичное инкорпорирование в систему действующих принципов права, при котором будет наблюдаться сбалансированное соотношение всех правовых принципов.

Необходимо безоговорочно определить место правовой позиции и правовой доктрины в отечественной правовой системе, их содержательную сторону и принципы установления. Назрел вопрос о месте новых правовых явлений в юридической технике, формировании соответствующего им категориального аппарата и разработке их структуры.

Стоит согласиться с С.П. Мавриным, который утверждает, что в настоящее время у решений высших судебных инстанций очевидно наличествуют «праворегулирующие свойства», присущие источникам права. Вместе с тем он замечает, что «акты высших судебных инстанций изначально совсем не хуже актов нормативных», несмотря на то, что «над качеством правовых позиций только предстоит работать». По мнению исследователя, отсутствуют основания считать правовую позицию Конституционного Суда источником права с позиции нормативного понимания права. Но надо говорить от своеобразном месте правовых позиций среди правовых регуляторов, что делает их частью правовой системы. Они фиксируют модель поведения, содержат конкретный итоговый вывод, их резолютивная часть обладает «нормативной обобщенностью». На взгляд С.П. Маврина, правовые позиции Конституционного Суда не являются ни нормой, ни прецедентом, а обладают «надотраслевым праворегулирующим потенциалом, позволяющим обоснованно претендовать на самостоятельную роль в системе российского права»⁵.

Возникает вопрос: распространяется ли эта характеристика на правовые позиции Высшего Арбитражного Суда? Существует ли специфика данных правовых позиций?

В соответствии с пунктом 5 статьи 10 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 года № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»⁶, пунктом 5 статьи 23 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 года № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»⁷ Высший Арбитражный Суд РФ дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Исходя из этих норм, Высший Арбитражный Суд РФ несет правотолковательную функцию и его разъяснения обладают обязательностью.

Следовательно, такие разъяснения в определенной форме можно считать правовыми регуляторами и относить к системе российского права. Обозначенные в настоящее время правовые позиции и

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2007 года № 16260/06 // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный конституционный закон от 28 апреля 1995 года № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ (ред. от 12 июля 2011 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Там же.

⁵ Маврин С.П. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: природа и место в национальной правовой системе // Журнал конституционного правосудия. — 2010. — № 6.

⁶ Федеральный конституционный закон от 28 апреля 1995 года № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 года № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

правовые доктрины, по всей видимости, приходится считать частью разъяснений. Вместе с тем представляется, что правовые позиции и правовые доктрины должны обладать структурным своеобразием, находясь в определенном соотношении с актами разъяснений.

Однако в пункте 3 статьи 170 Арбитражного процессуального кодекса РФ сказано, что «в мотивировочной части решения **могут содержаться** ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»¹.

Таким образом, подчеркивается диспозитивность применения разъяснений, которые содержатся в актах Высшего Арбитражного суда. Это свидетельствует, на наш взгляд, о неопределенности в понимании правовой природы и акта праворазъяснения, и правовой позиции, и правовой доктрины.

Очевидно, что в настоящее время вопрос о формах, содержании, структуре и принципах построения правотолковательной деятельности высших органов судебной системы должен стать предметом пристального исследования. Необходима глубокая теоретическая разработка новых категорий праворазъяснительной деятельности высших судов с целью повышения результативности ее функционирования. Только такой подход позволит обеспечить эффективное действие нововведений в судебной практике об оспаривании нормативно-правовых актов и сделает их перспективным средством оптимизации правотворчества в гражданском праве России.

¹ Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ (ред. от 12 июля 2011 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

С.В. Праскова

Праскова Светлана Васильевна — кандидат юридических наук, доцент, заведующая отделом конституционного права Иркутского областного государственного казенного научно-исследовательского учреждения «Институт законодательства и правовой информации им. М.М. Сперанского»

Типовые предписания как средство оптимизации правотворческой деятельности

В российском законодательстве широко и практически во всех отраслях используются типовые акты: типовые положения, правила и инструкции. Прежде всего, они применяются для регулирования отношений внутри исполнительной власти, поскольку именно для этой системы государственных органов характерна многоуровневость, построенная на началах иерархии. Правительство РФ систематизирует и обеспечивает единообразие правового регулирования в федеральных органах исполнительной власти путем принятия типовых положений и инструкций. Ярким примером такого регулирования является Типовой регламент взаимодействия федеральных органов исполнительной власти¹, посредством принятия которого обеспечивается существование одинаковых форм взаимодействия во всех отраслях исполнительной власти. Согласованность в регулировании форм взаимодействия достигается обязательным закреплением в конкретных регламентах взаимодействия тех форм, которые предусмотрены Типовым регламентом. С этой целью пункт 2 постановления Правительства РФ предписывает федеральным органам исполнительной власти разработать свои регламенты в соответствии с Типовым регламентом.

В свою очередь, федеральные отраслевые органы исполнительной власти практикуют принятие типовых положений о своих территориальных органах и подведомственных им государственных учреждениях², которые позволяют обеспечить единообразие в принципах организации и деятельности таких органов и организаций.

Обязательность такого рода актов либо определяется тем же нормативным правовым актом, которым они утверждаются, либо не оговаривается вообще. Последнее не означает, что типовые предписания могут не реципироваться в нижестоящих актах. Просто их обязательность подразумевается исходя из природы иерархических взаимоотношений между субъектом, который издал типовой акт, и субъектом, которому такой акт адресован.

Типовые акты широко используются федеральным законодателем для влияния на частных субъектов разного рода (работодатель, стороны договора, общее собрание владельцев ипотечных сертификатов участия, органы местного самоуправления и т. п.). Например, в соответствии с Гражданским кодексом РФ Правительство РФ может издавать типовые публичные договоры (п. 4 ст. 426). Положения таких типовых договоров являются строго обязательными, поскольку их нарушение влечет ничтожность публичного договора (п. 5 ст. 426). Правительство РФ утвердило Типовые правила доверительного управления ипотечным покрытием³, Типовое положение об общеобразовательном учреждении⁴, Типовые правила обязательного страхования гражданской ответственности перевозчика перед пассажиром воздушного судна⁵ и множество других типовых актов, адресованных частным субъектам, находящимся вне какой-либо иерархической взаимосвязи с государством. Широко применяется подобная конструкция и в трудовом законодательстве. Например, уполномоченный федеральный орган государственной власти может устанавливать типовые нормы бесплатной выдачи специальной одежды, специальной обуви и других средств индивидуальной защиты работникам (ч. 1 ст. 221 Трудового кодекса РФ). При этом работодатель имеет право устанавливать нормы

¹ Постановление Правительства РФ от 19 января 2005 года № 30 (в ред. от 30 ноября 2009 г.) // Российская газета. — 2005. — 25 января.

² См., например: Типовое положение о территориальном органе Федерального агентства по рыболовству, утв. приказом Росрыболовства от 3 декабря 2008 года № 368 (в ред. от 28 декабря 2009 г.) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2009. — № 3; Типовое положение о центре временного размещения вынужденных переселенцев, утв. постановлением Правительства РФ от 22 января 1997 года № 53 (в ред. от 16 апреля 2008 г.) // Российская газета. — 1997. — 30 января.

³ Постановление Правительства РФ от 15 октября 2004 года № 562 // Российская газета. — 2004. — 22 октября.

⁴ Постановление Правительства РФ от 19 марта 2001 года № 196 (в ред. от 10 марта 2009 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 13. — Ст. 1252.

⁵ Постановление Правительства РФ от 27 октября 2008 года № 797 // Российская газета. — 2008. — 7 ноября.

такой выдачи, отличные от типовых, только в том случае, если они улучшают защиту работника (ч. 2 ст. 221 Трудового кодекса РФ).

В ситуации отсутствия иерархической соподчиненности типовые акты применяются с той же целью, что и в рамках исполнительной власти, — ограничить свободу усмотрения локального правотворчества либо свободу содержания договора. Иначе говоря, федеральный законодатель предусматривает создание на подзаконном уровне правил, которые в обязательном порядке должны реципироваться в локальном нормативном акте или в казуальном договоре. Причем эти предписания носят не абстрактный или рекомендательный характер, а сформулированы как конкретные правовые нормы, которым необходимо придать определенную индивидуализацию с учетом специфики утверждающего их субъекта. Возможно и отступление от типовых предписаний, однако лишь в той части, которая ими не урегулирована, либо если это прямо предусмотрено законодательством.

Обозначенная конструкция типовых предписаний применяется и в отношениях публично-властных субъектов, между которыми нет иерархической соподчиненности. Наглядный тому пример — отношения аттестации муниципальных служащих. Согласно части 7 статьи 18 Федерального закона «О муниципальной службе в Российской Федерации»¹ положение о проведении аттестации муниципальных служащих утверждается муниципальным правовым актом в соответствии с типовым положением о проведении аттестации муниципальных служащих, утверждаемым законом субъекта РФ. Применение типовых положений в данном вопросе обусловлено принципом самостоятельности местного самоуправления, и невхождения органов местного самоуправления в систему органов государства (ст. 12 Конституции РФ). Одновременно давать полную свободу правотворчества муниципалитетам в этом вопросе федеральный законодатель считает нерациональным².

Такого рода типовые акты можно охарактеризовать как вторжение государства в вопросы организации гражданского общества либо попытку императивного воздействия одного уровня публичной власти на другой. Поэтому использование таких типовых актов становится возможным только в интересах защиты прав человека, что и иллюстрируют вышеприведенные примеры. Соответственно применяться типовые предписания в отношениях, где отсутствует иерархическая соподчиненность, должны только на основе законов, то есть нормативных актов высшей юридической силы, издаваемых с целью определения основ организации гражданского общества и государства.

Наконец, типовые акты используются и в отношениях без участия государства, когда между собой взаимодействуют частные субъекты. Только в рамках таких частных отношений подобные акты получили другое наименование — рамочные договоры (*contrat-cadre*). Довольно часто в коммерческой практике между сторонами заключаются договоры о длительном сотрудничестве в определенной области деятельности. Они не урегулированы Гражданским кодексом РФ, и чаще всего имеют самые различные названия, например «договоры о сотрудничестве» или «генеральные соглашения» и т. п. Такие договоры имеют самостоятельную, собственную ценность и значимы сами по себе. Их задача состоит в достигаемом на их основе повышении организованности взаимосвязанной деятельности субъектов, что дает непосредственный экономический эффект. Рассматриваемые договоры могут заключаться в разных областях деятельности, и поэтому характер сотрудничества сторон также может быть разным. Однако все они имеют одну и ту же правовую цель — организацию длительных экономических связей в виде «потока будущих деловых отношений».

Под рамочным договором следует понимать договор, чья цель — организация длительных деловых связей в виде потока разнообразных деловых отношений, для достижения которой требуется заключить договоры-приложения; при этом некоторые условия согласовываются в базовом договоре. Рассматриваемый договор является одновременно и неполным, и создающим права и обязанности. То есть он представляет собой только схему предполагаемых отношений, рамку — отсюда его название. Он считается таковым потому, что оставляет некое неурегулированное пространство, которое должно стать предметом будущих соглашений сторон. Другая особенность рамочного договора — особый порядок его исполнения, который одновременно выступает и способом достижения указанной выше правовой цели. Для того чтобы привести в действие весь тот поток деловых отношений, о котором договорились стороны, они должны заключать в будущем самые разнообразные договоры, отличающиеся от первоначального. Таким образом, складывается система договорных связей, состоящая из базового договора, в котором согласовываются основы будущих экономических отношений сторон, и из зависимых от него договоров — сателлитов, направленных на исполнение рамочного

¹ Федеральный закон от 2 марта 2007 года № 25-ФЗ (в ред. от 17 июля 2009 г.) // Российская газета. — 2007. — 7 марта.

² Существует спорный вопрос о возможности определения в качестве типового акта Перечня типовых государственных должностей субъектов РФ, утв. Указом Президентом РФ от 4 декабря 2009 года № 1381 (Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 49. — Ч. 2. — Ст. 5921). Автор придерживается точки зрения, что данный акт не может быть определен в качестве типового (см. об этом подробнее: Праскова С.В. О юридической природе и силе Перечня типовых государственных должностей субъекта Российской Федерации // Вестник Института законодательства и правовой информации им. М.М. Сперанского. — 2010. — № 3 (6). — С. 17—23).

договора. Последние получили в иностранной литературе название договоров-приложений или исполнительских сделок. Это наиболее простая схема рамочного договора. Сам по себе, без указанных исполнительских сделок, рамочный договор не является самодостаточным. Однако все вместе они образуют единый ансамбль, систему договоров, общность которых определяется их общей экономической целью¹.

Несмотря на внешнюю несхожесть такой конструкции правового регулирования с вышерассмотренными примерами воздействия государства, рамочные договоры представляются одной из разновидностей типовых актов². Смысл принятия такого договора в том, чтобы при определении конкретных условий в конкретной сделке, с одной стороны, ограничить свободу правового регулирования, с другой — создать единую основу, которая позволит обеспечить не разовое (эпизодическое) взаимодействие, а именно систему коммерческих связей.

Однако такого рода правовые акты существенно отличаются от типовых актов, издаваемых государством. Прежде всего, эти акты минимально отражены в законодательстве. Они не нуждаются в регулировании государством в качестве формы правового взаимодействия, так как частные субъекты действуют в рамках собственной свободы усмотрения, а потому такого рода договоры могут оставаться деловым обыкновением³. Специфика рамочных договоров и в том, что они являются самоограничением сторон. Это регулятивное воздействие не основано на принудительной силе государства и не объясняется иерархическими взаимосвязями. Частные субъекты, стремясь к длительному взаимодействию, устанавливают основы, которые соблюдаются не в силу какого-либо внешнего принуждения, а исходя из добровольного согласия сторон, их желания продолжать взаимодействие.

Таким образом, типовые (рамочные) акты, используемые в отечественной юридической практике, условно можно разделить на три вида:

1) используемые для воздействия внутри системы иерархически соподчиненных органов в целях их упорядочения;

2) используемые для воздействия государства на отношения внутри гражданского общества в целях защиты прав граждан;

3) используемые частными субъектами для создания единой основы длительного взаимодействия.

Каждый из этих видов актов имеет свои особенности в порядке принятия, характере воздействия, содержании и т. п. Однако, абстрагируясь от этих частных особенностей, представляется важным определить единство их природы: в силу чего эти правовые акты называют типовыми.

К сожалению, в научной литературе типовым актам пока не уделяется сколько-нибудь существенного внимания. Отдельные работы могут быть посвящены конкретному акту⁴, но объектом самостоятельного исследования типовые акты пока не стали. Представляется, что природа типовых актов заключается не в их особенностях как правового документа, а в особенности нормативных предписаний, закрепленных в них. Потому и проблема эта должна рассматриваться через призму нормативного правового предписания⁵.

Несмотря на то, что типовые акты имеют вид самостоятельных нормативных правовых актов, таковыми они не являются. Непосредственно применить такой акт невозможно. Типовой акт формулирует права и обязанности, но не создает их. Например, Типовые нормы бесплатной выдачи сертифицированной специальной сигнальной одежды повышенной видимости работникам всех отраслей экономики⁶ устанавливают такие нормы по основным профессиям и должностям (асфальтобетонщик,

¹ Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2006. — № 7. — С. 47.

² Л.Г. Ефимова определяет природу рамочного договора как договора организационного, то есть регулирующего организационные правоотношения. К числу гражданских организационно-правовых отношений относят правоотношения, построенные на началах юридического равенства их участников и направленные на возникновение или упорядочение иных, как правило, имущественных отношений (см.: Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2006. — № 7. — С. 52). Однако такое умозаключение не противоречит определению рамочных договоров как типовых актов, поскольку любой типовой акт представляется актом, направленным на организацию определенного рода правовых отношений.

³ Это прекрасно иллюстрирует практика заключения рамочных договоров на межбанковском рынке ценных бумаг.

⁴ См., например: Морозова Н. Типовые экспедиторские правила и ГК // Законность. — 2000. — № 4. — С. 49—52; Карлухин Д.В. Типовой договор как форма воплощения специфики правового режима жилого помещения // Жилищное право. — 2009. — № 10. — С. 108—116.

⁵ В теории права типовые предписания зачастую упоминаются как прием юридической техники и приравниваются к рекомендательным (модельным) и рамочным предписаниям (см., например: Черников В.В. Нормативные акты органов внутренних дел в системе правовых актов управления: Лекция. — М., 1996. — С. 9; Нормография: теория и методология нормотворчества: Научно-методическое и учебное пособие / Под ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 98—100). Однако подробно они, как правило, не рассматриваются.

⁶ Утверждены приказом Минздравсоцразвития РФ от 20 апреля 2006 года № 297 // Бюллетень трудового и социального законодательства Российской Федерации. — 2006. — № 5—12.

водитель автомобиля и т. д.). Однако обязанности работодателя выдавать такую одежду Типовые нормы не создают, она предусмотрена частью 1 статьи 221 Трудового кодекса РФ. Типовые нормы содержат лишь положения, обязательные для воспроизведения в нормах выдачи такой одежды на конкретном предприятии, но сами общественные отношения по бесплатной выдаче сертифицированной специальной сигнальной одежды не регулируют.

Все типовые предписания направлены на регулирование правотворческой деятельности (как правило, локального характера), но не тех общественных отношений, правила для которых они закрепляют.

Такая особая юридико-техническая конструкция является приемом юридической техники, позволяющим сократить текст диспозиции правовой нормы. Ведь, по своей сути, типовые предписания являются лишь развернутой частью диспозиции нормы, предписывающей принять локальный правовой акт с определенными элементами в содержании. Исходя из классической структуры нормы права, конструкцию установления типовых предписаний можно было бы изложить следующим образом: «если для регулирования общественных отношений требуется принятие локального правового акта (договора), то субъект правотворчества (стороны договора) должны закрепить в таком акте следующие положения...». Разумеется, формулирование полностью развернутой диспозиции, содержащей все типовые предписания, неудобно и нерационально. Более того, выделение типовых предписаний в самостоятельный «псевдонормативный акт» позволяет законодателю не только четко установить содержание предписаний, которые должны быть отражены в локальном акте, но и определить юридическую конструкцию соответствующих общественных отношений, и даже определить правовую терминологию. Однако весь такой типовой акт закрепляет лишь часть диспозиции правовой нормы, которой устанавливается обязательство принять локальный правовой акт (договор) определенного содержания.

Такой способ изложения правовой нормы в законодательстве имеет и еще одну важную особенность: разные части диспозиции могут содержаться в нормативных правовых актах разной юридической силы. Так, в ситуации, когда типовые предписания устанавливаются государством в отношении частных субъектов, основная часть диспозиции нормы содержится в федеральном законе, а типовые предписания, как правило, — в подзаконных актах. Это обстоятельство вызывает вопрос о характере юридической силы типовых предписаний в такой ситуации. Сам типовой акт, безусловно, имеет силу того нормативного акта, которым он утвержден. Однако юридическая сила содержащихся в нем типовых предписаний имеет законодательный характер, поскольку эта сила заключается лишь в обязательстве локального правотворца продублировать соответствующие предписания.

Принимая такую природу типового акта в качестве основы, необходимо ответить на вопрос о соотношении типового акта и типового нормативного предписания.

Понятие нормативного предписания относительно недавно используется в отечественной юридической науке и не успело получить четко определенного содержания¹. Вместе с тем, представляется возможным принять за основу определение, предложенное М.Л. Давыдовой, согласно которому под нормативным правовым предписанием понимается минимальная смысловая часть текста нормативного правового акта, представляющая собой элементарное государственно-властное веление общего характера, обладающее формальной определенностью, цельностью и логической завершенностью².

В качестве одного из важнейших признаков нормативного предписания выделяют его логическую завершенность. Она предполагает отсутствие необходимости обращения к внешним источникам информации. Мысль законодателя выражена здесь от начала и до конца, смысл веления может быть понят без учета контекста. Поэтому чаще всего нормативное предписание выражается в предложении, части предложения или некоей совокупности предложений³. Так, профессор С.С. Алексеев утверждает, что правовое предписание не может быть раздроблено по нескольким статьям. Оно нуждается в целомом грамматико-синтаксическом закреплении в одной фразе правового текста⁴.

Очевидно, что каждый из типовых актов содержит множество логически завершенных предписаний. Следует ли каждое из таких предписаний признавать самостоятельным нормативным правовым

¹ Как правило, выделяют два основных подхода. Так, профессор А.В. Мицкевич, предложивший понятие правового предписания, определил его как исходную единицу текста нормативного акта (см.: *Мицкевич А.В.* Акты высших органов Советского государства. Юридическая природа нормативных актов высших органов власти и управления СССР. — М., 1967. — С. 34). Профессор С.С. Алексеев понимает нормативное предписание как первичное подразделение правовой системы в целом, фактически приравнивая норму права и нормативное предписание (см.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. — М., 1975. — С. 81).

² *Давыдова М.Л.* Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве: Дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2001. — С. 48.

³ Подробнее об этом см.: *Давыдова М.Л.* Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве: Дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2001. — С. 41—48.

⁴ *Алексеев С.С.* Структура советского права. — М., 1975. — С. 84.

предписанием или все они являются лишь частью более крупного образования — диспозиции, ограничивающей свободу локального правотворчества? В этой связи наиболее верным представляется исходить из несовпадения правовой нормы и нормативного предписания. Закрепляя лишь одну из частей диспозиции правовой нормы, типовой акт, на наш взгляд, содержит в себе множество типовых предписаний. По форме своего выражения такие предписания неотличимы от большинства правовых предписаний, закрепляющих регулятивные, охранительные или специализированные нормы права. Их особенность заключается в механизме воздействия на общественные отношения, поскольку они оказывают лишь опосредованное воздействие — через иные нормативные предписания, которые будут закреплены в локальных правовых актах, принятых на основе типового акта. Причем взаимосвязь типовых нормативных предписаний и конкретных правовых предписаний носит принципиально иной характер, нежели взаимосвязь между общими и специальными нормативными предписаниями, поскольку конкретные предписания могут лишь воспроизвести типовые предписания, но не уточнить или развить их.

Таким образом, главной отличительной особенностью типовых предписаний является их взаимосвязь с другими нормативными правовыми предписаниями, через которые проявляется его качества, в том числе нормативные, государственно-властные свойства¹. Каждое типовое предписание неразрывно связано с конкретным предписанием, созданным на его основе, неотделимо от него.

Такая особая природа типовых предписаний позволяет сделать ряд выводов о возможностях их применения. Они являются одним из важнейших средств оптимизации правотворческой деятельности. Наиболее широко типовые предписания могут использоваться внутри иерархически соподчиненной системы, поскольку такое регулятивное воздействие на свободу правотворчества обуславливается соподчиненностью звеньев системы. В отношениях же иного рода, где стороны находятся в независимом друг от друга правовом положении, применение типовых предписаний должно быть обусловлено неким принципом: добровольным согласием субъектов или интересами защиты важнейших правовых ценностей. Особенно важно в этой связи обратить внимание на принципы взаимодействия государства и местного самоуправления.

В своей основе местное самоуправление должно осуществляться самостоятельно, с учетом местных особенностей. Объективным ограничителем для муниципального правотворца являются лишь правила, установленные федеральными законами. Однако существующая практика муниципального правотворчества свидетельствует о необходимости постоянного контроля за соответствием муниципальных правовых актов требованиям федерального законодательства. Муниципальные правовые акты зачастую закрепляют неэффективные или труднореализуемые юридические конструкции. Более того, зачастую акты, которые должны быть приняты в целях осуществления вопросов местного значения, в муниципальных образованиях отсутствуют. Во многом такое положение объясняется отсутствием необходимой квалификации у должностных лиц органов местного самоуправления. И если для крупных муниципальных образований подготовка квалифицированных юридических кадров — лишь вопрос времени, то для небольших поселений — это проблема явно будет носить постоянный характер. Представляется, что одним из вариантов оптимизации муниципального правотворчества может стать применение типовых предписаний, когда по соответствующим вопросам местного значения, организации системы органов местного самоуправления будет закреплен минимальный объем положений, направленных на защиту и реализацию прав граждан. Полномочия по изданию таких типовых актов могут быть возложены на органы государственной власти субъектов РФ, поскольку этот уровень государственной власти может учесть специфику конкретного региона.

Разумеется, применение со стороны государства типовых предписаний, адресованных органам местного самоуправления, несет в себе большую опасность: нивелирования местного самоуправления как деятельности, направленной на решение проблем конкретной местности с учетом ее специфики. Любое единообразие несет в себе такую опасность. Однако устранить эту угрозу можно, установив четкие рамки регулятивного воздействия.

Типовые предписания могут быть использованы как средство оптимизации локального правотворчества и в иных сферах гражданского общества.

¹ Алексеев С.С. Структура советского права. — М., 1975. — С. 85.

М.П. Пронина

*Пронина Мария Петровна — кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России*

Правотворческие ошибки при создании презумпций в российском праве

Уровень профессионализма и системности законодательства заметно влияет на уровень использованной при подготовке правовой презумпции законодательной техники. Не вызывает сомнений, что обеспечению успешной правотворческой деятельности способствует умелое использование методов, приемов подготовки проектов нормативно-правовых актов. Каждый такой прием представляет собой перечень правил, как нужно поступать разработчикам проекта, чтобы подготовить качественный проект и обеспечить его успешное прохождение в правотворческом органе. В форме метода закрепляются результаты изучения и обобщения передового правотворческого опыта, удачного решения конкретной задачи в ходе проектирования нормативно-правовых актов либо рекомендации ученых-юристов. Методы подготовки проектов нормативно-правовых актов систематизируются в виде разного рода методик, инструкций, наставлений и в своей совокупности составляют правотворческую технику.

Таким образом, правотворческая техника понимается как совокупность методов, приемов подготовки качественно совершенных как по форме, так и по содержанию нормативно-правовых актов.

К сожалению, необходимо отметить, что подготовка содержащих правовые презумпции нормативно-правовых актов пока что осуществляется в основном при опоре на интуицию и собственный опыт разработчиков. Такой подход, естественно, не гарантирует отсутствие недочетов, несовершенств, которые подчас не удается полностью исправить и на стадии принятия правовой презумпции правотворческим органом. В результате современные законы и содержащиеся в них правовые предположения зачастую страдают существенными недостатками в виде пробелов, противоречий, нечетких формулировок, стилистических погрешностей и других недостатков, которые в теории права называются правотворческими ошибками.

Правотворческая ошибка понимается как отступление от требований правотворческой техники, логики или грамматики, которое снижает качество нормативно-правового акта, вызывает затруднения в его толковании и препятствует реализации норм права в конкретных отношениях. В зависимости от сферы содержания нарушенных правил выделяют четыре вида правотворческих ошибок: *собственно-юридические, языковые, логические и социологические*.

Собственно-юридические правотворческие ошибки возникают, когда правовая презумпция, закрепленная в норме права, или норма, обеспечивающая ее действие, не удовлетворяют требованиям нормативности, общеобязательности, полноты регулирования и конкретности.

Нормативность есть способность правовой презумпции быть регулятором общественных отношений. Презумпция является нормативной, если она направлена на регулирование общественных отношений, а не какого-либо конкретного правоотношения; неперсонифицирована; рассчитана на неопределенное число случаев¹.

Общеобязательность предполагает всеобщее полное точное исполнение и соблюдение правовой презумпции.

Полнота регулирования означает, что закон предусматривает механизм действия каждой правовой презумпции. Для этого необходимо, чтобы в презумпции были четко определены: субъекты; их права и обязанности; санкции, применяемые вследствие нарушения правовой презумпции; порядок урегулирования всех вопросов, возникающих в ходе реализации правовой презумпции.

При недостаточно полной регламентации правоотношений появляются пробелы, то есть разрывы системных связей между правовым предположением и презюмируемым фактом, которые влекут за собой возникновение ситуаций, когда субъективное право, предоставленное правовой презумпцией, не получает реализации.

Примером может служить статья 1.5 КоАП РФ, в соответствии с которой судья, орган, должностное лицо при подготовке к рассмотрению дела об административном правонарушении выясняет вопрос о достаточности имеющихся по делу материалов для его рассмотрения по существу, что ставит под сомнение беспристрастность субъектов административной юрисдикции и является грубым нару-

¹ См.: Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / Под ред. С.Н. Братуся, И.С. Самоценко. — М., 1962. — С. 31—80.

шением закрепленной в статье 49 Конституции РФ презумпции невиновности. Судья, орган, должностное лицо должны рассматривать дело об административном правонарушении по существу и все сомнения толковать в пользу лица, привлекаемого к административной ответственности.

Конкретность регулирования обеспечивается точным закреплением прав и обязанностей субъектов правоотношений и точной формулировкой мер по их обеспечению. Несоблюдение этого требования неизбежно влечет за собой появление декларативных правовых презумпций, которые превращают закон в ни к чему не обязывающий призыв. Так, нижегородские законодатели, сформулировав вышеупомянутую презумпцию сохранности объектов культурного наследия, не раскрыли ее содержание, что, по сути, превратило указанное предположение в пустую декларацию, которая может произвольно трактоваться субъектами правоприменительной деятельности. Принятие декларативных правовых презумпций, то есть не обеспеченных необходимыми материальными ресурсами, надлежащими юридическими средствами, является одной из распространенных ошибок современного законодательства.

Языковые правотворческие ошибки связаны с несоблюдением требований простоты, краткости, точности, ясности изложения, как верно отмечено в работах А.С. Пиголкина, Н.А. Власенко, А.Ф. Черданцева¹, в связи с чем они затрудняют понимание смысла правовой презумпции и, соответственно, усложняют ее применение. К сожалению, приходится признать, что в подготовке нормативно-правовых актов, содержащих правовые предположения, принимают участие не только лица из числа безусловно владеющих литературным языком. Привносимые ими в текст проекта значительные отступления от простых лексических, орфографических и синтаксических норм современного русского языка не всегда удается откорректировать до закрепления той или иной правовой презумпции в тексте закона. В ряде случаев текст оказывается засоренным ненормативными словоформами, нарушается сочетаемость, возникают грамматически неприемлемые либо просто отягощенные, громоздкие конструкции, сквозь которые приходится буквально продираться к смыслу фразы, а подчас становится просто невозможным однозначно его выявить. Таким образом, недоработка чисто редакторского плана зачастую существенно искажает содержание правовой презумпции и по своим негативным последствиям выходит за рамки вспомогательной проблемы, становясь в один ряд с другими правотворческими ошибками.

Простота предполагает отсутствие в тексте правовой презумпции громоздких конструкций и злоупотреблений причастными и деепричастными оборотами, а также прямой порядок слов (за подлежащим следует сказуемое) и т. д. Чем проще текст для понимания, тем вероятнее будет его исполнение.

Примером громоздкой конструкции презумпции может служить часть 2 статьи 348 ГК РФ: «Если не доказано иное, предполагается, что нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества при условии, что одновременно соблюдены следующие условия:

- 1) сумма неисполненного обязательства составляет менее чем 5% от размера оценки предмета залога по договору о залоге;
- 2) период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного залогом, составляет менее чем три месяца».

Краткость обеспечивает сосредоточение внимания субъекта на сути правовой презумпции. Она означает максимально сжатое изложение текста, экономичное использование языка, отсутствие повторов и малоинформативных сочетаний в тексте правовой презумпции.

В связи с этим вряд ли можно признать удачной сформулированную в статье 1347 ГК РФ презумпцию авторства: «Лицо, указанное в качестве автора в заявке на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, считается автором изобретения, полезной модели или промышленного образца, если не доказано иное».

Одной из наиболее часто допускаемых языковых ошибок выступает несоблюдение *точности*, под которой понимается «достижение наибольшего соответствия между идеей, мыслью и воплощением этой мысли в законодательной формуле»². Поскольку закон является обязательным эталоном правильного поведения, неточности формулировок недопустимы. Точность при формулировании правовых презумпций достигается за счет четкости, недвусмысленности дефиниции терминов; отсутствия в тексте правовой презумпции двусмысленных и многозначных терминов; позитивности используемых формул, то есть возможности употребления не более одного отрицания при изложении одной мысли; недопустимости употребления глагольно-неопределенных конструкций в безличных предложениях; недопустимости использования не поясняемых далее слов «нередко», «другие», «в случае необходимости».

¹ См.: Власенко Н.А. Язык права. — Иркутск, 1997; Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 1990; Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993.

² Пиголкин А.С. Язык закона: черты, особенности // Язык закона. — М., 1990. — С. 22.

Так, нельзя признать точной закрепленную в статье 181 ГК РФ презумпцию: «Недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части».

Требование точности зачастую может противостоять ранее упомянутой простоте и краткости. При этом точность занимает доминирующую позицию, так как текст правовой презумпции должен быть, прежде всего, максимально точен и лишь затем по возможности прост.

Ясность или *определенность* правовой презумпции, как и точность, наиболее часто нарушается при правотворческой деятельности. Это требование предполагает, что в ее тексте все термины при повторении употребляются в одном и том же определенном значении, для выражения одной мысли не могут быть использованы различные термины. Для того чтобы презумпция была ясной, необходимы: точность и четкость закрепления дефиниции понятия; постоянное использование термина в определенном дефиницией значении; недопустимость замены данного термина на другой, кажущийся тождественным; недопустимость замены дефиниции для одного понятия в пределах одного акта.

Четкость дефиниции означает точное закрепление существенных признаков понятия в тексте правовой презумпции. Несущественные признаки понятия не определяют предмет регулирования полностью, могут искусственно сужать его, упускают в нем главное, поэтому на практике возникнет потребность в уточнении и конкретизации этого понятия и правовой презумпции в целом.

Под недопустимостью замены одного термина на другой, кажущийся тождественным, имеется в виду исключение синонимии и омонимии. Синонимии нужно избегать, так как не существует двух тождественных понятий. Следствием ее использования могут стать разночтения, а также необходимость дополнительного толкования. Использование же омонимов требует уточнения смысла каждого из них. В случае, когда невозможно избежать употребления омонимов, следует объяснить: какое значение имеет данный термин.

Требование недопустимости изменения дефиниции не соблюдается, когда законодатель уточняет данную ранее дефиницию, что приводит к спорам о сущности термина при каждом последующем его употреблении.

Примером неопределенной презумпции является положение пункта 2 части 2 статьи 1358 ГК РФ: «Использованием изобретения, полезной модели или промышленного образца считается, в частности:

1) ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец;

2) совершение действий, предусмотренных подпунктом 1 настоящего пункта, в отношении продукта, полученного непосредственно запатентованным способом. Если продукт, получаемый запатентованным способом, является новым, идентичный продукт считается полученным путем использования запатентованного способа, поскольку не доказано иное».

Определенность правовой презумпции может вступать в противоречие с ее точностью. Чтобы закон выполнялся, он должен быть доступен всем тем, к кому обращен, чему служат следующие средства достижения ясности правовой презумпции:

— использование максимально простых слов, терминов и фраз, широко употребляемых в обычном обиходе и легко воспринимаемых большей частью или абсолютным большинством субъектов толкования права;

— отказ от использования сложных конструкций с причастными и деепричастными оборотами;

— отказ от злоупотребления иностранными словами. Они могут применяться в тех случаях, когда это обусловлено расширением международного сотрудничества, признанием приоритета общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ над национальным правом;

— признание неуместным использования в тексте правовых презумпций канцелярских оборотов, бюрократических штампов, архаичных выражений.

Однако употребление этих средств достижения ясности текста правовой презумпции не должно идти в ущерб его точности и краткости. Закон нередко регулирует сложные общественные отношения, что обуславливает неизбежность использования в нем специальных терминов. В юридической литературе, посвященной законодательной технике, особенно в немецкой¹, высказана точка зрения, обосновывающая широкое применение в тексте нормативных правовых актов специальных юридических терминов и специальных терминов из других отраслей знания. Указывается, что для юриста-профессионала понимание специальных терминов, как правило, не составляет или не должно составлять особого труда, а сделать текст нормативного правового акта простым и понятным для всех субъектов права представляется очень сложным, хотя и возможным. Если текст толкует неспециалист и

¹ Kidermann H. Die Rechtlinien der Gesetzestchnik. — Berlin, 1978. — S. 39—40; Die Auslegung von Gesetzen / von Rolf Wank. — Berlin; Bonn; Munchen, 1997. — S. 38.

текст нормативного правового акта ему не ясен, то он может обратиться к профессионалу и проблема будет снята.

Мнение немецких коллег заслуживает одобрения и поддержки. Разумеется, при всей необходимости и целесообразности использования специальной терминологии, ею не следует злоупотреблять, поскольку определенные термины, используемые законодателем, особенно неюридические, могут быть непонятны и опытному юристу. Однако, оценивая значимость рассмотренных требований к языку правовой презумпции, представляется, что приоритет (в случаях конкуренции) следует отдавать точности текста, поскольку она обеспечивает достижение максимальной четкости выражения воли законодателя. Конечно, лучшим является вариант, когда текст правовой презумпции обладает свойством ясности и точности одновременно. Соблюдение этого правила позволит максимально исключить произвольное толкование и ошибки в реализации. В этом смысле ясность и точность являются предпосылками качественного и эффективного правового регулирования общественных отношений и одновременно определяют успешность реализации права.

В то же время представляется, что соотношение точности и ясности правовой презумпции должно решаться по-разному в зависимости от вида нормативного правового акта, в котором она закреплена, его назначения и адресатов. Возможно, что к таким видам нормативных правовых актов, как Конституция РФ, Уставы субъектов Федерации, законы, адресованные широкому кругу людей (например, Закон от 10 июля 1992 года «Об образовании»¹, Закон от 18 апреля 1991 года «О милиции»² с соответствующими изменениями и т. д.), должно предъявляться требование большей доступности и, соответственно, ясности, чтобы люди самостоятельно могли реализовать презумптивное предписание, которое они обязаны выполнять ежедневно в обыденной жизни. При создании правовых презумпций, рассчитанных на специалистов, регулирующих специальные узкие области общественной жизни (например, Бюджетный кодекс РФ), предпочтение необходимо отдавать точности.

Проблема соотношения ясности и точности текста правовой презумпции, таким образом, должна решаться по формуле «первый среди равных», где главное место должно отдаваться точности с обязательным учетом вида нормативного правового акта, адресатов и назначения правовой презумпции.

Логические правотворческие ошибки возникают как результат несоблюдения требований логики при подготовке и принятии нормативно-правовых актов. Логика предмета в целом определяет и логику мысли. Специалист может достаточно верно мыслить, не зная законов логики. Но, когда требуется подготовить проект нормативно-правового акта, интуитивного мышления оказывается недостаточно, особенно в случаях, где логические приемы, требования остаются единственным критерием оценки правильности мышления.

Логический аспект изложения правовых презумпций в теории права остается малоизученным, хотя логические свойства правовых презумпций были отмечены С.С. Алексеевым, В.К. Бабаевым³. В целом к числу логических ошибок, наиболее часто допускаемых при проектировании правовых презумпций, можно отнести *тавтологию*, когда определяемое повторяется в определяемом либо неизвестное определяется через другое неизвестное, нарушается соразмерность определения понятий, и *противоречивость*.

Например, в статье 67 Таможенного кодекса РФ содержится перечень объектов, требующих первоочередного таможенного оформления, поскольку предполагается, что указанные предметы подвергаются быстрой порче и при обычной процедуре таможенного оформления могут прийти в негодность. При этом в статье 67 Таможенного кодекса РФ попадает словосочетание «живые животные». Это типичная тавтология, ибо животное может быть только живым, в других состояниях этот предмет обозначается другими терминами.

Нарушение требования непротиворечивости в тексте правовой презумпции приводит к деформации системы права, так как под угрозой оказывается основная функция права — быть регулятором общественных отношений. Противоречивость является грубой ошибкой законодателя, но очень распространенной и опасной. Она заключается в том, что отрицается то положение, которое недавно утверждалось. Противоречие может быть контактным, когда отрицание следует непосредственно за утверждением, или дистантным, когда отрицание отделено от утверждения значительным промежуточком текста.

Противоречивость правовой презумпции можно проиллюстрировать Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)»⁴ при анализе признаков, дающих основания предполагать, что гражданин является несостоятельным (банкротом). Статья 3 Закона содержит следующие признаки банкротства гражданина: «Гражданин считается неспособным удовлетворить требования кредиторов

¹ Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 3. — Ст. 150.

² Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. — 1991. — № 16. — Ст. 503.

³ См.: Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. — М., 1971; Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 43. — Ст. 4190.

по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены, и если сумма его обязательств превышает стоимость принадлежащего ему имущества...».

Однако на практике до проведения анализа финансового положения должника определить состав и стоимость его имущества невозможно. В этой связи следует руководствоваться нормами статьи 33 Закона о банкротстве, где установлено, что заявление о признании банкротом должника-гражданина принимается без учета последнего условия — только при наличии трехмесячной просрочки в исполнении обязательств в размере не менее 10 000 рублей.

Вопросы возникают при определении минимального размера задолженности при банкротстве индивидуального предпринимателя: с одной стороны, он гражданин; с другой — к нему применяются положения о коммерческих юридических лицах, а специального регулирования этого вопроса в Законе о банкротстве нет.

Социальные правотворческие ошибки выражаются в отсутствии социальных обоснований принимаемых правовых презумпций. Социальная обусловленность является обязательным требованием содержания презумпции. От того, насколько точно соответствует юридическая форма социальному правообразующему интересу, зависит ее исполнение и в конечном счете эффективность презумпции. Для того чтобы содержание презумпции было социальным, оно должно, во-первых, соответствовать интересам и потребностям людей, социальных групп, а во-вторых, предусматривать такие способы воздействия на общественные отношения, которые способствовали бы максимально точному достижению поставленной социальной цели с минимальными затратами. То есть чем точнее и полнее закреплены социальные интересы в презумпции, тем она более эффективна.

В.П. Реутов

Реутов Валерий Павлович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Пермского государственного университета

Преемственность в развитии источников и форм права

Прежде чем говорить о преемственности в развитии источников и форм права, необходимо выяснить, что следует понимать под преемственностью для рассмотрения данного вопроса.

В конце XX века первым монографическим исследованием по этой проблеме была книга болгарского ученого Нено Неновски, вышедшая в Софии в 1975 году. Она стала широко известной у нас, поскольку была переведена и опубликована на русском языке в 1977 году¹. В предисловии к изданию на русском языке автор пишет сам, что он не сформулировал развернутого определения понятия преемственности в праве. Однако достаточно определенно утверждает, что преемственность в праве означает связь между разными этапами (степенями) 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 изменениях².

Преемственность является следствием реализации важнейшего закона диалектики — закона отрицания отрицания. В процессе развития отрицания тезиса антитезисом и дальнейшее отрицание в процессе синтеза всегда означает устранение старого, не соответствующего изменившимся условиям и сохранение положительного, ценного, того, что определит дальнейшее развитие.

Однако возникает вопрос: включает ли преемственность в праве сохранение элементов старого в процессе развития независимо от их характеристик либо преемственность сводится к сохранению положительного, прогрессивного? Отвечая на этот вопрос, В.К. Бабаев склонялся к тому, что преемственность в сфере государственно-правовых явлений означает, прежде всего, ликвидацию устаревших элементов и восприятие положительных³. В соответствии с этим он писал о высоком уровне преемственности между типами права, относящимися к эксплуататорским. Здесь она относится и к содержанию государственно-правовой надстройки, и к формам государства и права.

Что же касается преемственности между буржуазным правом и правом, существовавшим в СССР и ряде восточно-европейских государств, то по отношению к ним В.К. Бабаев считал возможным отметить отсутствие преемственности в сущности, принципах, ограниченную преемственность в некоторых элементах содержания правовых норм и правовых институтов, несколько большую преемственность в формах, в частности в процессуальных отраслях, где они могут «способствовать поступательному движению общества». Наибольший уровень преемственности автором был отмечен в сфере юридической техники, где она является, безусловно, обязательной, поскольку представляет собой элемент общечеловеческой культуры⁴. Можно констатировать, что в исследованиях Н. Неновски, В.К. Бабаева и ряда других авторов преемственность понимается, прежде всего, как сохранение в новом необходимом и полезном для развития, содержавшемся в старом явлении.

В отличие от них современные исследователи преемственность в праве понимают как явление в значительной мере более широкое по содержанию. Так, И.Г. Горбачев и Д.Н. Горшунов, характеризуя преемственность в праве, отмечают ее универсальность, полагая, что преемственность присутствует в праве на всех этапах его развития и включает преемственность в иных социальных регуляторах. Характеризуя далее преемственность, указанные авторы пишут в том, что на преемственность в праве существенно влияет сознательная деятельность конкретных личностей, преобразующих окружающую их действительность⁵.

Но, продолжая исследование, они сопоставляют правопреемственность с такими явлениями, как «правовое наследие», «правовое заимствование», «рецепция права». Говоря о содержании правового наследия, авторы называют его основой для последующей преемственности в праве, которой в дальнейшем поглощается⁶. Но приведенный пример с наследованием элементов шариатской юстиции на

¹ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977.

² Там же. — С. 10.

³ Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 71.

⁴ Там же. — С. 80—91.

⁵ Правовое регулирование и правореализация / Л.Т. Бакулина, И.Г. Горбачев, Д.Н. Горшунов и др.; Науч. ред. Ю.С. Решетов. — Казань, 2008. — С. 135.

⁶ Там же. — С. 136.

некоторых территориях советского государства говорит скорее о другом: это наследование было во многом вынужденным, оно отнюдь не было поглощено преемственностью между старым российским правом и советским правом. В последующем от него государство отказалось.

Известно, что были и другие подобные примеры, связанные, например, с использованием ряда правил, регулирующих передел земли в сельской общине и др. Логично поэтому сделать вывод, что правовое наследие — это более общее по содержанию понятие, охватывающее любые виды перехода старого содержания в новое явление, а преемственность в праве, как полагали Н. Неновски и В.К. Бабаев, связана прежде всего с сохранением позитивного, положительного в развитии.

Что же касается заимствования, то при его описании И.Г. Горбачев и Д.Н. Горшунов правы, когда рассматривают заимствование тех или иных конкретных норм права как основу для последующей преемственности, в результате которой создается качественно новое явление¹. Кроме приведенного авторами примера с заимствованиями, сделанными во времена Петровских реформ, можно вспомнить и заимствования, имевшие место при составлении Свода законов Российской империи, а также при создании ГК РСФСР 1922 года.

Следует только подчеркнуть, что заимствование отнюдь не всегда ведет к последующей преемственности. Есть немало примеров того, что скоропалительные заимствования не могут «прижиться» на новой почве, если они чужды по своему содержанию правовой системе, которая пытается их внедрить. Самый яркий пример из последних лет — издание Указа Президента РФ о трасте, нормы которого были заимствованы у американского права. Акт оказался мертворожденным.

Наряду с названными терминами широко распространен также термин «рецепция». И в первую очередь о рецепции принято говорить применительно к роли римского частного права в становлении романо-германского права. Здесь она характеризуется как достаточно глубокое, хотя и не одинаковое влияние на процесс формирования и развития различных национальных правовых систем — составных частей романо-германского права². Поскольку рецепция римского частного права, несомненно, играла в целом позитивную роль, ее можно считать особой разновидностью преемственности в праве, связанной с глубоким внедрением элементов одной правовой системы в другую.

Итак, получается, что наиболее общим из числа названных выше понятий является правовое наследие. Оно не имеет конкретного содержания и охватывает любые случаи перехода элементов одной правовой системы в другую. Если этот переход связан с сознательным внедрением со стороны правотворческих органов, то уместно говорить о правовом заимствовании. Если заимствование, как и наследие из прошлого, появляющееся объективно, в результате юридической практики деятельности индивидов, юридических лиц и правоприменителей, сохраняется в новых условиях, следует говорить о преемственности в праве.

Именно преемственность связана с сохранением позитивного при развитии, отрицании прошлого. Случайные же заимствования, как и попытки законодателя насильственно внедрить то или иное «новшество», уходят, отменяются в процессе развития. В качестве примера можно еще указывать встречающиеся и по сей день в индивидуальных договорах и правоприменительных актах ссылки на форс-мажорные обстоятельства. Известно, что данный институт чужд российскому праву, да и в целом континентальной семье правовых систем и не может стать элементом российской правовой системы.

Наконец, массированное позитивное внедрение элементов одной правовой системы в другую следует рассматривать как рецепцию, особый вид преемственности в праве. Помимо всем известной рецепции римского частного права, можно, например, утверждать о рецепции элементов советской правовой системы в некоторых азиатских странах (Монголия).

Прежде чем говорить собственно о предмете данной работы — проблеме преемственности в области источников и форм права, следует определиться, что понимать под источником и формами права. На этот счет существует обширная литература и значительное количество самых разнообразных суждений. Подробное их изучение, осуществленное автором настоящей работы³, привело к следующим выводам.

Если быть последовательным в стремлении к точному использованию терминов, то необходимо признать, что под источником права необходимо понимать условия, порождающие саму потребность в праве и определяющие его содержание, основы, принципы. Что же касается форм права, то это внешние формы выражения правовых норм — законодательство, санкционированные обычаи и другие социальные нормы, прецеденты и иные формы судебного правотворчества, а также некоторые

¹ Правовое регулирование и правореализация / Л.Т. Бакулина, И.Г. Горбачев, Д.Н. Горшунов и др.; Науч. ред. Ю.С. Решетов. — Казань, 2008. — С.137.

² Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. — М., 2008. — С. 52.

³ Реутов В.П. Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — 2010. — Вып. 2. — С. 54—70.

другие, которые ныне все чаще стали именовать нетипичными, или нетрадиционными, или вспомогательными¹.

Не является ни источником, ни формой права деятельность государства, его структур и других субъектов (например, юридических лиц как субъектов частного права) по формулированию и закреплению в официальных текстах норм права. Это деятельность направлена на признание норм в качестве общеобязательных, причем каждая из форм права имеет свой собственный способ объективирования, неразрывно с ней связанный. Правотворчество государства порождает нормативные акты, судебная деятельность — прецеденты и иные акты судебного правотворчества, санкционирование — обычай и некоторые другие. Следовательно, указанная деятельность является связующим звеном, способствующим переходу источников в формы права.

Такое понимание соотношения источников и формы права характерно для многих авторов. В частности, В.Н. Карташов различает четко «материальные» источники права (материальные условия жизнедеятельности людей) и «идеальные» (все духовные, в том числе все взгляды и идеи, наука и литература). Им противопоставлены «формальные» — формы внешнего выражения².

Источники права, именуемые «материальными», скорее всего, играют примерно одинаковую роль при становлении и развитии любой правовой системы. Они составляют экономическую и социальную основу любой правовой системы и определяют ее место в панораме исторических типов права. Говорить о преемственности источников права применительно к ним, очевидно, не имеет смысла. Ибо здесь не просматривается главного признака преемственности — сохранение позитивного, присутствовавшего в предшествующем этапе. Это не означает, однако, что здесь отсутствует возможность взаимного влияния, воздействия одной правовой системы на другую с точки зрения формирования материальных условий. Но этот аспект практически не изучался, да и вряд ли возможно отделить его от влияния тех факторов, которые здесь названы «идеальными» источниками.

Указанные факторы («идеальные источники») формируют право, его содержание в различных правовых системах далеко не одинаково. Это зависит во многом от уровня развития науки, в том числе философии, социологии и теории права, и определяется прежде всего господствующей в обществе парадигмой правопонимания. Тот тип правопонимания, который часто именуется позитивизмом (нормативизмом), допускает и признание в качестве основного источника права божественной идеи, и «народного духа», и идей определяющего влияния экономики, но с учетом уровня политического и нравственного сознания.

Тип правопонимания, именуемый социологическим, в вопросах об источниках права не находится в абсолютной оппозиции к материалистическому крылу этатистского. Исходя из постулата необходимости анализа, в том числе и количественного, социальной действительности, сторонники этого подхода во многом солидарны со сторонниками признания главенствующего характера экономики. Если, разумеется, не иметь в виду так называемый вульгарный материализм.

Исторически первым возник подход этатистский. Но нет оснований говорить о преемственности (в том значении, как это выше сказано) между источниками ни в «материальном», ни в «идеологическом» смысле. Будучи вызванными близкими (если не одинаковыми) причинами, они, разумеется, имеют общие черты. Но считать это преемственностью вряд ли возможно.

Современные сторонники возрожденного естественного права и либертарной теории в трактовке понятия источника права как фактора, определяющего необходимость и содержание действующих норм, не отличаются оригинальностью по сравнению с названными выше типами правопонимания. Они не отрицают необходимости анализировать действительность с позиции ее влияния на нормы, изучать практику, обосновывая выбор направлений совершенствования права. Правда, эта проблема не вызывает большого интереса у представителей данной системы взглядов. Хотя было бы весьма интересно узнать, как и какими способами можно выявить скрытый смысл естественного права и пути его трансформации в так называемый правовой закон.

Кроме трех указанных типов есть немало других подходов к проблемам становления права и его истоков. Теорий правопонимания значительно больше. Они могут создаваться на базе любых философских школ, отличаться большим разнообразием. Большинство из них не касается конкретных проблем юриспруденции и представляет лишь академический интерес.

Названные же три типа правопонимания соответствуют трем видам позитивной правовой теории, отражающим формы реального бытия права — закон, практику и сознание. Признание главной одной из них определяет существование соответствующей теории. Причем в вопросе об источниках (исто-

¹ См., например: *Малько А.В.* Система нетрадиционных источников российского частного права / *А.В. Малько, Д.В. Храмов // Ленинградский юридический журнал.* — 2010. — № 1; *Смирнова М.Г.* Правоположения судебной практики как нетипичный источник права // *Ленинградский юридический журнал.* — 2008. — Вып. 5; *Вопленко Н.Н.* Очерки общей теории права. — Волгоград, 2009 и др.

² *Карташов В.Н.* Традиционные и современные подходы к пониманию источников права // *Источники права: проблемы теории и практики.* — М., 2008. — С. 60—61.

ках) права между указанными типами правопонимания нет непреодолимых противоречий. Практически все в той или иной мере признают и влияние экономических, и социальных, и духовных факторов, отдавая предпочтение тому или иному из них. Следовательно, говорить о преемственности источников (источков) права применительно к реально существовавшим и существующим правовым системам не имеет смысла. Все правовые системы объективно возникают под влиянием во многом близких или совпадающих условий. В конкретных ситуациях приоритет может принадлежать определенному фактору. Это может быть либо непосредственно экономика, либо свершившиеся принципиальные изменения в правосознании, либо иные социальные факторы, в конечном счете, вызываемые изменениями в экономике. Разумеется, скорее всего, имеет место взаимное влияние этих факторов при становлении различных правовых систем. Но это должно анализироваться не в рамках преемственности в праве, ибо здесь налицо взаимное воздействие, а не сохранение позитивного старого в развивающемся новом.

О преемственности в известном смысле можно говорить лишь применительно к влиянию таких факторов, как правовые идеи, концепции, парадигмы. Они, разумеется, могут существенно повлиять и на содержание правовых норм, и на быстроту заимствований и преемственности в развитии, в частности, форм права. С этой позиции исследования проблем преемственности еще впереди. Хотя интересные соображения в связи, например, с анализом роли идей римского права, связанных со становлением понятия «свидетель», повлиявших на современное его содержание, высказаны С.Ю. Крицкой¹. Общеизвестна роль концепции естественного права в становлении буржуазных правовых систем. Но сами идеи общественного права были сформулированы задолго до этого, еще античными авторами².

Иную картину можно наблюдать при анализе преемственности в отношении форм права. Остановимся кратко на описании элементов преемственности в развитии форм, которые, как сказано выше, принято относить к традиционным или типичным (обычай, нормативный акт, прецедент).

Эволюция обычая и преемственность в развитии этой формы права обстоятельно изучены. В многочисленных публикациях за последние два столетия как в Европе, так и в России подробно проанализирована роль обычая и в прошлом, и в настоящем. Для целей настоящей работы достаточно обратиться к капитальной работе профессора М.Н. Марченко «Источники права».

В частности, отмечая противоречивость взглядов исследователей на роль обычая в прошлом и настоящем, М.Н. Марченко показывает, что на всем протяжении становления романо-германской семьи правовых систем обычай играли значительную роль. Перекочевав из римского права, вобрав в себя особенности, характерные для разных стран, обладая специфическими качествами, присущими только ему, обычай в континентальной семье правовых систем продолжает по-прежнему существовать и действовать как одна из значительных форм права, которая на современном этапе развития романо-германского права достаточно активно себя проявляет. Наличие исторической тенденции снижения роли обычаев за счет усиления роли законов не означает, что данная форма права себя полностью исчерпала и уступила место другим³.

Данный вывод может быть отнесен и к обычаю как форме англо-саксонского права. М.Н. Марченко пишет по этому поводу, что, став исторически первой формой права в Англии и ряде других стран, правовой обычай в силу множества самых различных причин не смог сохранить свои прежние позиции на более поздних этапах развития общества. Но он продолжает оказывать глубокое влияние на правовое регулирование. Более того, обычай в Англии восприняли и ряд положений, сформулированных в сфере торгового мореплавания, регулирования деятельности портов и т. д.⁴

Преемственность в использовании обычая как формы права четко прослеживается и при анализе его роли в иных правовых системах. Известный историк права В.Б. Романовская пишет, в частности, о том, что обычное право иудеев не только оказало влияние на формирование европейского средневекового права, но и переосмыслено во всех правовых системах европейского корня⁵.

Анализируя роль обычая в развитии правовых систем, Н.Н. Вопленко пришел к интересным выводам. Он, в частности, пишет о том, что значение обычая наиболее существенно в тех государствах, развитие которых происходило преимущественно эволюционным путем, без кардинальных изменений государственности путем революций и гражданских войн. В основе востребованности обычая лежит преемственность⁶. Думается, что справедливым будет и другое утверждение. Преемственность

¹ Крицкая С.Ю. Рецензия римского права в российском уголовном праве // Ленинградский юридический журнал. — 2004. — № 1. — С. 45—51.

² Субботин Ю.В. Отражение взглядов греко-римских ученых в концепции естественного права Б. Спинозы // Ленинградский юридический журнал. — 2004. — № 1. — С. 230—239.

³ Марченко М.Н. Источники права. — М., 2005. — С. 503.

⁴ Там же. — С. 604.

⁵ Романовская В.Б. История права зарубежных стран. — Н. Новгород, 2004. — С. 29.

⁶ Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права. — Волгоград, 2009. — С. 297.

между обычаями в рамках конкретной правовой системы и между обычаями в различных системах есть проявление преемственности в формах права.

Что касается следующей формы права — нормативных актов, то есть все основания утверждать, что эта форма проходит через все века существования права: от самых первых сборников законов царя Вавилона Хаммурапи, которые еще и не были в полной мере нормативными актами в сегодняшнем значении этого слова, до нынешних законов современных государств. Рассматривая природу нормативного акта как формы права, М.Н. Марченко справедливо пишет о том, что ни подход к праву (позитивистский или естественно-правовой), ни отнесение правовой системы к той или иной правовой семье не отменяет того факта, что в нормативно-правовых актах закрепляется в письменной форме формально-юридическое содержание права¹.

Нормативно-правовые акты в каждой правовой системе в современных государствах представляют собой иерархическую систему. Однако так было не всегда. Сегодня во главе нормативных актов находится закон. Это положение сформировалось со становлением буржуазной государственности. Но ему предшествовало положение о высшей силе актов суверена-государя и актов представительных органов самоуправляющихся городов-республик. В этом также проявляется преемственность в развитии такой формы права, как нормативный акт. Исторически предшественниками нормативных актов были различные сакральные акты или священные книги, признаваемые государством в качестве общеобязательных. В современных традиционалистских правовых системах они не непосредственно, а через правовую доктрину также выполняют во многом роль формы права, формы существования правовых норм. Так называемое право юристов, начинавшееся с акта «О цитировании юристов» императора Валентиниана III, сохранившееся по сей день в мусульманском праве, праве Великобритании и некоторых других стран, исторически по смыслу своему и содержанию предшествовало нормативным актам, перенявшим от него обязательность и формальную определенность, письменную форму и иерархичность. И в данном случае наблюдается преемственность в развитии форм права.

Что касается еще одной формы права — прецедента или, если подойти с более широких позиций, юридической и, в частности, судебной практики, то и здесь проблемы преемственности существуют. И они пока в должной мере не исследованы. Начнем с того, что юридическая практика является источником права как поставщик информации для законодателя о состоянии правовой системы, необходимости внесения в нее тех или иных изменений. Во все времена итоги, результаты реализации правовых норм в большей или меньшей степени учитывались законодателями непосредственно или через развитие таких форм права, как обычай, или через науку и правосознание. Но в этой области говорить о преемственности в силу назывных выше причин достаточно проблематично.

Что же касается практики как формы права, формы выражения содержания правовых норм, то здесь можно говорить о преемственности более определенно. Практика как форма права зародилась первоначально в Древнем Риме, где решения преторов и других магистратов признавались обязательными при последующем рассмотрении аналогичных дел. Первоначально они были обязательными для магистратов, вынесших такое решение, и на время его функционирования. Но постепенно они сложились в систему норм, составивших преторское право.

В средневековой феодальной Европе в судах при рассмотрении споров, связанных с торговлей, прецедент трансформировался в нормы обычного торгового права. Здесь явно налицо элементы преемственности в формах римского и феодального права, причем преемственность не внутри одной формы, а между двумя самостоятельными формами права.

Судебный прецедент в странах, относящихся к семье англо-саксонского права, несомненно, является полноценным преемником эдиктов преторов Древнего Рима. Здесь преемственность налицо. Возможность совершенствовать и развивать систему форм права, сложившуюся, скорее всего, по разным причинам на заре римской истории и истории Англии после завоевания ее норманнами, при помощи издания прецедентов по конкретным делам привела к преемственности современных прецедентов в сравнении с их давними проявлениями. Сказались в полной мере положительные стороны данной формы права: определенность, стабильность, устойчивость, а также господствующая в этих странах социологическая парадигма правопонимания.

В европейских странах и России в силу разных причин, которые не исследованы в полной мере до сих пор, развитие пошло по иному пути. Здесь стал сразу доминировать нормативный акт. И в Европе, и в России обычай, игравший на первоначальном этапе формирования права характер самостоятельной формы права, довольно быстро «ушел в тень». Ибо уже первые варварские правды и Русская Правда по существу явились проявлением суверенной воли государя, письменным закреплением обычаев в виде нормативного акта.

Прецедент в этих странах не получил распространения, но в XIX и XX веках и в Европе, и в России (правда, в разной степени в различных странах) в качестве специальной, дополнительной формы права стала использоваться судебная практика. Ее природа и роль достаточно подробно исследованы в

¹ Марченко М.Н. Источники права. — М., 2005. — С. 94—95.

современной литературе. Следует отметить два обстоятельства: судебная практика в виде конкретных решений по делам, принятым при использовании аналогии закона и аналогии права до внесения соответствующих изменений в нормативные акты, играет, по сути, роль судебных прецедентов. Здесь налицо преемственность в использовании этой формы права.

И другое. Судебная практика в виде устоявшихся правоположений, которые содержат конкретизацию действующих норм или их официальное толкование, имеет в странах континентальной Европы и России вполне самостоятельное значение, представляет собой особую форму права. К прецедентам как формам права они не могут быть отнесены, и преемственности здесь не наблюдается.

Это, правда, не относится в полной мере к актам Конституционного Суда РФ, ряд которых действительно приближается к актам, фиксирующим своеобразные прецеденты. Представляется, что формулировать полномочия Конституционного Суда, таким образом, не было необходимости.

Наблюдаемая ныне настойчивость, с которой ряд ученых-юристов и практиков добиваются перехода к прецедентной форме права, не вызывается никакими объективными обстоятельствами. Эта проблема нуждается в более тщательном изучении, но совершенно очевидно, что с позиции преемственности в праве и его формах этот переход не имеет никаких серьезных обоснований.

Р.А. Ромашов

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

Правовая позиция субъекта правотворчества: этические и технико-юридические особенности формирования и выражения

1. Понятие правотворчества в контексте основных типов правопонимания

В русском и немецком языках (в отличие, к примеру, от английского и французского) слова «право» и «закон» рассматриваются как взаимозаменяемые, что зачастую влечет отождествление производных от них понятий «правотворчество» и «законотворчество (законодательство)».

Рассмотрение правотворчества как вида юридической деятельности, осуществляемой компетентными субъектами — правотворцами и направленной на принятие (изменение, отмену) норм права (точнее, нормативно-правовых актов), вызывает критику по ряду моментов. Во-первых, данная дефиниция носит сугубо позитивистский характер и не принимает во внимание специфики естественно-правового и социологического типов правопонимания. Во-вторых, все формальные источники права сводятся к нормативно-правовым актам, а ведь существуют еще прецеденты, обычаи, договоры, в отношении которых также уместно говорить о процедуре «творения». В-третьих, такой подход предполагает «разведение» правотворчества и правореализации, но в результате последней также создаются правовые акты (интерпретационные акты и акты правоприменения).

На наш взгляд, давая теоретическую характеристику института правотворчества, следует, прежде всего, исходить из нетождественности понятий «законотворчество» и «правотворчество». Приведенное определение относится именно к законотворчеству. При этом феномен законотворчества необходимо интерпретировать расширительно как любую нормотворческую деятельность, осуществляемую органами (должностными лицами), обладающими профессиональными компетенциями в сфере публичной политической власти. В таком понимании уместно говорить о национальном (государственном), региональном, муниципальном законотворчестве. Если же вести речь о правотворчестве, то следует разграничивать «правотворение» в материальном и процессуальном смыслах, а также учитывать специфику типа правопонимания.

Применительно к естественному праву правотворчество носит объективный (независящий от воли государства, отдельных индивидов и корпораций) характер и в таком понимании представляет результат либо божественного проведения, либо естественного хода человеческого развития.

В рамках социологической концепции правопонимания непосредственное правотворчество происходит в ходе общественного развития, что же касается формальных процедур, то они призваны не создавать, а формализовать и легализовать уже существующие и работающие правовые нормы.

С учетом сказанного правотворчество следует рассматривать как материальную и процессуальную формы бытия права. В качестве «продуктов» материального правотворчества выступают юридические документы (нормативно-правовые акты, нормативные и интерпретационные прецеденты, договоры). В свою очередь результатами процессуального правотворчества являются обычаи, акты применения права, юридические аналогии, оговорки, правовые позиции, юридические процедуры.

2. Принципы правотворчества

В качестве основных принципов правотворчества следует рассматривать законность и целесообразность.

В соответствии с принципом законности правотворческий процесс должен быть обличен в легальную юридическую форму, осуществляться легальными (узаконенными) органами и должностными лицами согласно правилам принятой в данном государстве на данном историческом этапе развития юридической техники. Юридические акты и процедуры, возникающие в ходе правотворчества, должны по форме и содержанию соответствовать требованиям действующего законодательства. Принцип законности носит сугубо национальный характер и распространяется на правотворческую деятельность в конкретном государстве в конкретных социально-хронологических параметрах.

Принцип целесообразности предполагает соотнесение правотворчества с целями и ценностями, задающими вектор и определяющими форму и содержание развития государства и общества. Рассмотрение права в качестве комплексного средства решения социальных задач позволяет говорить о целесообразности правотворчества как о первичном принципе, а о законности — как о производном. В таком понимании законность правотворчества опосредована необходимостью достижения постав-

ленных целей посредством юридического оформления как самих правотворческих процессов, так и их конечных результатов (актов материального и процессуального правотворчества).

3. Субъект правотворчества: понятие и юридический статус

Субъектами правотворчества в широком смысле являются индивиды и организации, наделенные функциональными компетенциями в сфере разработки, принятия, отмены правовых норм и осуществляющие целенаправленную юридическую деятельность в названных направлениях.

Как уже было ранее сказано, правотворчество и законотворчество, являясь взаимосвязанными и детерминированными понятиями, не тождественны друг другу. Из этого следует, что на государственном уровне к субъектам правотворчества, наряду с органами и должностными лицами законодательной власти (Федеральным Собранием, депутатами Государственной Думы, членами Совета Федерации), относятся представители исполнительной и судебной власти, а также глава государства — Президент. Причем речь идет не только о принятии определенного участия в законодательном процессе (к примеру, Президент России обладает компетенцией в области законодательной инициативы, промульгации (подписания) закона, а также наложения запретительного вето), но и о непосредственном правотворчестве в законодательной области (Президент обладает правом издания указов, по своей юридической силе приравненных к федеральным конституционным законам¹). По мнению Председателя Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькина, «Конституционный Суд обладает самостоятельной правотворческой функцией... его решения приобретают прецедентный характер и становятся источниками права... Правовые позиции Конституционного Суда, содержащиеся в решениях, фактически отражают его особого рода правотворчество. Решения Конституционного Суда с содержащимися в них правовыми позициями занимают особое место в общей системе источников права России»². Более того, «юридическая сила итоговых решений Конституционного Суда превышает юридическую силу любого закона, а соответственно, практически равна юридической силе самой Конституции, которую уже нельзя применять в отрыве от итоговых решений Конституционного Суда, относящихся к соответствующим нормам, и тем более вопреки этим решениям»³.

Итак, в качестве субъектов государственного (публичного) правотворчества могут выступать представители не только законодательной, но и других ветвей власти (исполнительной, судебной, президентской). При этом следует разграничивать индивидуальных (Президент) и коллективных (Федеральное Собрание, Конституционный Суд, Правительство) субъектов. Кроме того, можно говорить о субъектах национального (общегосударственного), регионального и муниципального правотворчества. Особое место среди субъектов публичного правотворчества в современной России занимает ее многонациональный народ, являющийся «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации... Высшим непосредственным выражением власти народа является референдум (форма правотворчества, выражающаяся во всенародном голосовании по поводу принятия, изменения, отмены нормативных правовых актов)» (ст. 3 Конституции РФ). Рассмотрение народа России в качестве субъекта правотворчества актуализирует проблему его коллективной правосубъектности. Следует иметь в виду, что российский народ лишен права законодательной инициативы, да и результаты голосования на референдуме можно назвать окончательными с определенной долей условности. Таким образом, можно констатировать, что в правотворческом процессе многонациональный народ России выступает в качестве «юридического лица» с частичной правосубъектностью.

Различение правотворчества и законотворчества позволяет, если речь идет о «творении права», выделять официальное (легальное) и неофициальное («теневое») правотворчество. При этом и то, и другое могут выходить за рамки государственной компетенции. Примером официального «негосударственного» правотворчества является деятельность международных организаций по упорядочению и охране отношений, основанных на «общечеловеческих стандартах и ценностях», а также правотворчество органов местного самоуправления, «выведенных за рамки» аппарата государственной власти. Неофициальное правотворчество являет собой форму проявления юридического плюрализма. В контексте социологического и естественно-правового подходов к правопониманию

¹ Так, статья 70 Конституции РФ определяет, что «Государственные флаг, герб и гимн Российской Федерации... устанавливаются федеральным конституционным законом». Однако до принятия Федеральных конституционных законов от 25 декабря 2000 года № 1-ФКЗ «О Государственном флаге Российской Федерации», от 25 декабря 2000 года № 2-ФКЗ «О Государственном гербе Российской Федерации», от 25 декабря 2000 года № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации» соответствующие символы российского государства устанавливались согласно Указам Президента РФ от 11 декабря 1993 года № 2126 «О Государственном флаге Российской Федерации», от 30 ноября 1993 года № 2050 «О Государственном гербе Российской Федерации», от 11 декабря 1993 года № 2127 «О Государственном гимне Российской Федерации»; утверждены также музыкальная редакция гимна и положение о нем.

² Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2004. — № 12. — С. 4, 5.

³ Там же.

«право имеет социальное, человеческое, а не государственное происхождение, которое является объективной иллюзией, связанной с появлением государственно-правового регулирования»¹. При таком отношении «другие нормативные порядки могут рассматриваться в качестве права... пусть другого, но права»².

Официальное (как государственное, так и негосударственное) и неофициальное право существуют одновременно, поэтому индивид «хранит» и переживает в своем сознании правомочия и обязанности, выражаемые в двух формах права³. Психологическое отношение к этим формам образует самоорганизующуюся систему правовых (обязательно-притязательных) установок, в совокупности образующих правовые чувства⁴. Посредством правовых чувств человек осуществляет субъективную оценку правовых предписаний (как официальных, так и неофициальных), вырабатывает внутреннее отношение к ним и затем воплощает это отношение в определенных поведенческих реакциях. Сочетание правового чувства и правового поведения образует правовую позицию субъекта правотворческой и правореализационной деятельности.

4. Этико-юридические аспекты правовых позиций субъектов правотворчества

Правовая позиция субъекта правотворчества представляет собой устойчивую этико-юридическую конструкцию, характеризующую субъективное отношение конкретного человека к праву и правотворческому процессу. Этическая составляющая представлена правовыми чувствами, в которых выражаются эмоции, оценки, мотивации, отражающие внутреннее отношение индивида к правовому порядку в целом и отдельным его проявлениям (правовым предписаниям и процедурам). Юридический элемент выражен в поведенческих формах (особое мнение, непосредственное участие/неучастие в процедурах обсуждения и принятия правовых актов, лоббирование/воспрепятствование прохождения тех или иных юридических документов и т. д.).

Важной особенностью правосознания в России является дифференциация в содержании права требований закона и справедливости. По мнению В.В. Сорокина, «в качестве базы формирования общей воли можно предложить принцип справедливости. На основе этого принципа... реально определить цели правового развития, отобрать варианты правотворческих решений...»⁵. Соответственно «несправедливый» закон утрачивает свою правовую основу, трансформируясь из средства обеспечения и защиты права в инструмент противоправной деятельности. В современной России в правовых позициях субъектов правотворчества нередко этическое и «законосообразное» представление об актах материального и процессуального права находится в противоречии. Примеров таких противоречий немало: депутаты, без каких бы то ни было уважительных причин пропускающие парламентские чтения; чиновники, рассуждающие о верховенстве права и одновременно устанавливающие «двойные стандарты для себя и для других»; представители конституционного правосудия, заявляющие о необходимости сохранения текста конституции в неизменном «первозданном» виде и вместе с тем с готовностью одобряющие вносимые изменения, поскольку они инициируются первыми лицами государства. Можно продолжать, но и из сказанного ясно, что в правовых позициях субъектов правотворчества, как в зеркале, отражается их реальное отношение к праву и наглядно демонстрируется состояние правовой культуры на всех уровнях российского общества.

¹ Верещагина А.Д. Механизм взаимодействия права и политики современной России (теоретико-правовой аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2000. — С. 12.

² Баранов В.М. Теневое право: Монография. — Н. Новгород, 2002. — С. 5.

³ См. там же. — С. 13.

⁴ См.: Смоленцев А.В. Правовое чувство: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 1999. — С. 10.

⁵ Сорокин В.В. Концепция эволюционного преобразования правовых систем в переходный период. — Барнаул, 2002. — С. 258—259.

А.С. Рясина, Ю.А. Подгорная

Рясина Анна Сергеевна — соискатель кафедры теории права Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина;

Подгорная Юлия Александровна — доцент кафедры гражданского права и процесса Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина

Технико-юридические проблемы правотворческого формулирования оценочных понятий

Современное Российское государство переживает сложный этап своего развития. Осуществляются преобразования в государственном управлении, формируются новые институты политической власти, развиваются рыночные отношения, совершенствуется духовная сфера, расширяются демократические права и свободы личности. Указанные изменения повлекли за собой необходимость переосмысления роли права, выведения его на качественно иной уровень, повышение его регулятивной роли. Основными предпосылками эффективности правового регулирования являются качественное, стабильное законодательство и эффективное правосудие, способные реально обеспечивать надежную защиту прав и свобод человека, интересов общества и государства, исключать произвол и беззаконие.

Создание четких норм закона — одно из направлений обеспечения эффективности правового регулирования и законности. Это обусловлено тем, что язык и терминология закона представляют собой внешнюю форму законодательной мысли, при этом норма права выражает законодательную волю, имеющую обязательную силу. От четкости законодательных формулировок зависит практическая реализация идеи законодателя. Недостатки юридической техники порождают неправомерное поведение участников правовых отношений. Это обуславливает необходимость совершенствования правил, приемов, средств юридической техники.

При всем разнообразии взглядов на проблему юридической техники, существующих в разные периоды развития правовой науки, в литературе выделяются следующие подходы к определению исследуемого понятия:

1) широкий подход, когда юридическая техника отождествляется с правом в целом, либо лежит в его основе, либо отражает комплекс элементов правовой действительности;

2) узкий подход, когда юридическая техника присутствует лишь в одной сфере права — законодательной. При этом широкий подход преобладает в западноевропейской, узкий — в советской правовой литературе¹.

Большинство современных отечественных исследователей также относят юридическую технику исключительно к сфере правотворчества и в этом контексте нередко отождествляют ее с техникой правотворческой², законодательной³, нормотворческой⁴. В современных правовых словарях и энциклопедиях юридическая техника определяется как совокупность юридических правил, приемов, способов, терминов и понятий, применяемых в процессе правотворчества⁵.

Как выход в условиях различных взглядов на проблемы юридической техники ученые предлагают отказаться от использования термина «юридическая техника». Так, В.М. Баранов полагает, что термин «юридическая техника» неточен, противоречив и применяется лишь в силу правовой традиции. По его мнению, этот термин не согласуется с обоснованным различием между наукой и техникой. Для этого, указывает В.М. Баранов, необходимо применять другой термин — «технология»⁶.

¹ См.: Муромцев Г.И. Юридическая техника: некоторые аспекты содержания понятия // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 1999. — С. 30—31.

² См.: Алексеев С.С. Государство и право: Начальный курс. — М., 1993. — С. 125; Венгеров А.Б. Теория государства и права. — М., 1998. — С. 504—505.

³ См., например: Керимов Д.А. Культура и техника законотворчества. — М., 1991. — С. 12; Власенко Н.А. Основы законодательной техники: Практическое руководство. — Иркутск, 1995. — С. 70; Законодательная техника: Научно-практическое пособие / Под ред. Ю.А. Тихомирова. — М., 2000. — С. 5—11.

⁴ См.: Бабаев В.К. Теория современного советского права: Фрагменты лекций и схемы. — Н. Новгород, 1991. — С. 76.

⁵ См.: Тихомирова Л.В. Юридическая энциклопедия / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров; Под ред. М.Ю. Тихомирова. — М., 2005. — С. 950—951.

⁶ См.: Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 1999. — С. 11—12.

Резюмируя сказанное, можно отметить, что юридическая техника представляет собой совокупность правил, приемов (способов, методов) и средств, используемых в процессе правотворческой, интерпретационной, правоприменительной деятельности.

Одним из приемов юридической техники является использование в тексте закона оценочных понятий. Он может быть охарактеризован следующими положениями.

Во-первых, данный прием юридической техники известен праву с ранних этапов его развития. Еще в Законах Хаммурапи, текст которых составлен в основном в казуистической форме, употребляются оценочные понятия¹.

Авторы, занимающиеся исследованием проблемы оценочных понятий в отдельных отраслях права, приходят к выводу о наличии преемственности в их использовании в тексте правовых норм².

По подсчетам, произведенным в 1991 году, в уголовном законодательстве оценочных понятий сохранилось более 220, в гражданском — более 100, в трудовом — более 110³. В действующем Семейном кодексе РФ насчитывается более 180 оценочных понятий, в Трудовом кодексе РФ — более 150, Жилищном кодексе РФ — более 110.

Можно констатировать наличие устойчивой тенденции к расширению использования оценочных понятий. Это обусловлено необходимостью применения более гибкого подхода в использовании средств и приемов юридической техники. Представляется, что конфликт обобщенности (абстрактности) и конкретности заложен в самой природе права. Невозможно создавать правовые нормы, которые учитывали бы все детали. Противоречие между абстрактным и конкретным в праве не устранимо. Основой для правотворчества является эмпирическое, опытное. Отношения, имеющие место в социальной действительности, определенным образом закрепляются с помощью правил и приемов юридической техники, переводятся на язык нормы (закона). Однако стремительная эволюция общественных отношений не позволяет законодателю учесть все детали. Любой закон социально обусловлен, всегда детерминирован факторами общественного, экономического, политического, духовного, морально-нравственного характера. С другой стороны — это творение человеческого разума, продукт более или менее полного познания законодателем указанных сложных явлений действительности, которые постоянно уточняются, углубляются, а иногда и изменяются, и в этом смысле не всегда являются не абсолютными, а относительными, поскольку не дают полного и исчерпывающего представления о социально-экономических детерминантах, генерирующих назревшую потребность правового регулирования и само содержание принимаемого в связи с этим закона⁴.

Невозможность создания абсолютного совершенного права объясняется самой особенностью познания бытия и мышления, материи и сознания, постоянным развитием объективной действительности. Познание не может полностью отразить познаваемый предмет, так как отстает в своем развитии от общественного бытия.

Стремление законодателя создать действенную систему норм права обуславливает необходимость правового закрепления и использования субъектами реализации права ряда оценочных категорий, в том числе таких, как законность и справедливость.

Во-вторых, оценочные понятия способствуют большому абстрагированию при создании правовых предписаний. Законодательная экономия является общим требованием при создании закона. Включение оценочных понятий в текст нормативного акта избавляет законодателя от перечисления всех проявлений общественной жизни, имеющих правовое значение.

В-третьих, данный прием используется при конструировании правовых норм (как в частных, так и публичных отраслях права). Оценочные понятия включаются в гипотезу и диспозицию правовых норм.

¹ В Законах Хаммурапи встречаются такие оценочные понятия, как «тяжкий грех, достойный лишения наследства», «другой недостаток» (см.: Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / Под ред. К.И. Батыра и Е.В. Поликарповой. — М., 1996. — Т. 1. — С. 90); в Законах XII таблиц включено такое оценочное понятие, как «бесхозяйственный гражданин» (Законы XII таблиц. Табл. I (4). См.: Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М., 1997. — С. 5); в Институциях Гая закреплено следующее положение: «Не дозволяется чрезмерно жестоко поступать со своими рабами без законной причины» (см.: Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М., 1997. — С. 24); используются в Институциях такие оценочные понятия, как «известные трудности» (ст. 26), «добрая вера» (ст. 155, 43), «вследствие нерадения хозяина» (ст. 51), «противна добрым нравам» (ст. 157), «злой умысел» (ст. 168) и ряд других (см.: Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М., 1997. — С. 16—151). В Русской Правде не содержалось определения понятия уголовно наказуемого деяния. Преступление обозначалось термином «обида», который по существу имел оценочный характер, поскольку обидой считалось причинение любого вида физического, материального ущерба или морального вреда определенному лицу.

² Безруков С.С. Оценочные понятия и термины в уголовно-процессуальном законодательстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 14; Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2010. — С. 11.

³ Ершов В.В. Судебное правоприменение (Теоретические и практические проблемы). — М., 1991. — С. 208.

⁴ Ляпунов Ю. Российское уголовное законодательство: резервы совершенствования // Уголовное право. — 2002. — № 2.

Такие нормы могут быть сформулированы как императивно, так и диспозитивно. Они содержатся в Общей и Особенной части УК РФ, ГК РФ.

В-четвертых, с позиций юридической техники среди оценочных понятий можно выделить те, в отношении которых законодательно закреплены приблизительные критерии их содержания, являющиеся ориентиром для правоприменителей. Следует отметить, что закрепление в законе приблизительных критериев оценочных понятий ограничивает свободу усмотрения правоприменителей. Так, статья 450 ГК РФ определяет признак, позволяющий считать нарушение договора существенным. Статья 451 ГК РФ указывает критерии для отнесения изменения обстоятельств к числу существенных.

Напротив, понятие справедливости в нормативных правовых актах не раскрыто. Так, в качестве принципа справедливость получила закрепление либо непосредственно (ст. 6 УК РФ), либо через иные принципы: гуманизма (ст. 7 УК РФ), равенства перед законом и судом (ст. 4 УК РФ, ст. 7 АПК РФ, ст. 6, 12 ГПК РФ), состязательности и равноправия сторон (ст. 12 ГПК РФ); раскрывает понятие справедливого публичного судебного разбирательства, выявляя его содержание через соблюдение установленного законом срока, независимость и беспристрастность суда (например, ст. 2 АПК РФ), основания для отвода судьи (ст. 16 ГПК РФ, ст. 21 АПК РФ), справедливость приговора (ст. 297 УПК РФ) и т. п. При этом следует иметь в виду, что содержательный аспект принципа справедливости выражен не четко, это затрудняет его реализацию.

Между тем сфера гражданско-правового регулирования характеризуется наибольшим разнообразием общественных отношений и возможностью столкновения противоречивых человеческих интересов. Поэтому имеются все основания полагать, что справедливость в качестве законодательно закрепленного требования, предъявляемого к гражданско-правовым и гражданско-процессуальным актам, может способствовать более гибкому и «взвешенному» регулированию общественных отношений.

Законность как оценочная категория формально закреплена в статьях 7, 297 УПК РФ; статье 195 ГПК РФ и статьях 2, 6 АПК РФ. В то же время в статье 2 Арбитражного процессуального кодекса РФ законность названа в качестве задачи арбитражного судопроизводства, а в статье 6 закреплена как принцип при рассмотрении дел арбитражным судом. В Гражданском процессуальном кодексе РФ принцип законности отсутствует.

В литературе обращается внимание на разный смысл, который законодатель вложил в понятие «законность» в разных процессуальных актах. Так, в действующем Уголовно-процессуальном кодексе РФ нет такой характеристики законности, как правильное применение законов и иных нормативных актов. Этот аспект законности закреплён в статье 6 АПК РФ. Кроме того, в части 4 статьи 7 УПК РФ в перечне решений и требований к ним (законности, обоснованности, мотивированности) отсутствует приговор.

Таким образом, представляется, что в законодательстве статус законности (принцип, задача) определен нечетко; содержание законности выражено неоднозначно. Между тем, как верно замечено, нечеткое, искаженное содержание принципов, неправильно отражающих существенные стороны правовой действительности, может привести к ненадлежащему осуществлению процессуальной деятельности¹.

Считаем, что принципы законности, равно как и справедливости, должны быть полно, четко, единообразно закреплены во всех процессуальных нормативно-правовых актах.

В-пятых, при конструировании оценочных категорий законодатель использует понятия морали, являющиеся основным инструментарием науки этики.

Взаимодействие права и морали всегда представляло собой важнейшую научную и практическую проблему. Она остается актуальной и в наше время. В научной литературе отмечается, что для современной юридической науки «характерен процесс углубления нравственных начал, сближения права и морали демократического общества»².

Мораль регулирует взаимоотношения между людьми во всех сферах общественной жизни. Она имеет «вездесущий, всепроникающий характер»³.

Право, возникающее на определенном этапе исторического развития, как регулятор человеческого поведения как бы «вырастает» из норм нравственности. Более того, на разных этапах своего развития правовые регуляторы почти сливались с моральными. И продолжалось это в течение довольно длительного периода. Только со временем право оформилось в законодательство и писаную судебную практику. Иными словами, право включает в себе элементы нравственности, морали⁴.

¹ См.: Доля Е. Принцип законности в уголовном судопроизводстве: онтологический, гносеологический и правовой аспекты // Законность. — 2010. — № 1. — С. 4.

² Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. — 1999. — № 1. — С. 99.

³ Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. — М., 1986. — С. 71.

⁴ См.: Профессиональная этика сотрудников правоохранительных органов: Учебное пособие / Под ред. Г.В. Дубова и А.В. Опалева. — 2-е изд., испр. и доп. — М., 1998. — С. 74.

Придавая общеобязательный характер нравственным критериям, право ограничивает произвол управомоченных субъектов. Это осуществляется путем законодательного закрепления таких оценочных категорий, как «добросовестность», «добрые нравы», «разумность», «справедливость», «законность», «гуманность».

Оценочным категориям в последние годы уделяется достаточно пристальное внимание со стороны ученых-правоведов¹. Оценочные понятия предоставляют субъектам правоприменения определенную свободу в толковании нормы посредством возможности изменения оценочных определений в зависимости от существующих условий. Использование оценочных категорий есть проявление динамизма права, условие его приспособляемости к изменяющимся условиям и ситуациям. Судебная практика выполняет функции конкретизации, уточнения оценочных понятий, и это — проявление важнейшего свойства правового регулирования — гибкости, эластичности. Чем более общей или абстрактной является норма, тем больше степень усмотрения.

В юридической литературе под оценочными понятиями понимают «выраженное в нормах права положение (предписание законодателя), в котором закрепляются наиболее общие признаки, свойства, качества, связи и отношения разнообразных предметов, явлений, действий, процессов, детально не разъясняемое законодателем с тем, чтобы они конкретизировались путем оценки в процессе применения права и позволяли осуществлять в пределах зафиксированной в нем общности индивидуальную регламентацию общественных отношений»².

Соглашаясь с этим определением, скажем, что установить их смысл порой очень трудно, особенно в контексте проблемы злоупотребления правом. В то же время на оценку нельзя полагаться как на исключительно субъективный «психический акт» правоприменителя. Для облегчения процесса оценки в ее основании могут лежать не только правосознание, мораль, чувство справедливости, личные ценностные установки, но и некоторый приближенный к праву образ, по Р. Штаммлеру, «социальный идеал», по И.Б. Бровицкому, «внешнее мерило» — доктринально выработанный стандарт, характеризующий его сущностные черты³. Судебная практика может и должна использовать эти «объективированные» критерии в качестве основания оценки.

Представляется обоснованным мнение, согласно которому, «расшифровывая» оценочные понятия, мы неизбежно будем испытывать некоторые трудности, но в конечном итоге достигнем определенности и справедливости в правоотношении⁴.

Поскольку законодатель не только не раскрывает смысл множества из оценочных понятий, но и не задает критериев их определения, существует и непредсказуемость в применении закона. В этой связи считаем оправданной точку зрения о невозможности дать формулировку оценочного понятия и необходимости, по мнению А.А. Нурмагамбетова, стремиться к выявлению объективных критериев содержания оценочного понятия. Судебная практика путем его многократного применения поможет уточнить, «отшлифовать» выявленные критерии⁵.

Исследуя правоприменительные отношения, связанные с использованием оценочных категорий, можно отметить содержание этих правоотношений, согласно взгляду И.Я. Дюрягина.

Так, правовед различает в них юридическое и фактическое (материальное) содержание. Юридическое содержание составляют формально закрепленные права и обязанности участников правоприменительных отношений, а фактическое (материальное) содержание проявляется в реальном поведении субъектов⁶. Фиксация прав и обязанностей субъектов правоприменительных отношений выражает, — по мнению Н.Н. Волпенко, — «юридический», то есть процессуально оформленный и охраняемый государством, режим взаимоотношений между субъектами, который санкционируется как справедливый. Юридическое содержание правоприменительных отношений, таким образом, является как бы «жестким» программирующим средством проведения идеи справедливости в юридической практике⁷.

Фактическое материальное содержание правоприменительных отношений проявляется через реальное поведение субъектов в правовой сфере. Оно, в свою очередь, складывается под влиянием ус-

¹ О природе оценочных понятий см., например: *Коробец Б.Н.* Оценочные понятия в российском уголовном праве (социальная обусловленность и юридическая сущность): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2007; *Левина Д.Н.* Теоретические проблемы толкования и применения оценочных понятий: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2007.

² См.: *Кашанина Т.В.* Оценочные понятия в советском праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1974. — С. 7.

³ *Волков А.В.* Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом): Монография. — М., 2011.

⁴ Там же.

⁵ См. об этом подробнее: *Нурмагамбетов А.А.* Оценочные понятия как критерии ограничения свободы договора // Журнал российского права. — 2007. — № 2. — С. 129—137.

⁶ См.: *Дюрягин И.Я.* Применение норм советского права и социальное (государственное) управление: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1975. — С. 26—27.

⁷ См.: *Волпенко Н.Н.* Социалистическая законность и применение права. — Саратов, 1983. — С. 114—115.

военных субъектом в процессе его жизнедеятельности нравственных норм и ценностей (в том числе справедливости), теорий, идей, чувств, эмоций; индивидуальных особенностей личности, нюансов конкретных обстоятельств, внешних условий. Тем самым поведение субъектов правоприменительно-го отношения в рамках правовых предписаний приобретает личностный смысл, наполняется индивидуально усвоенными программами справедливости. Рамки справедливости, которые устанавливаются правовыми нормами и конкретизируются субъективными правами и обязанностями в процессе правоприменения, корректируются также субъективным усмотрением сторон, возможностью поиска наиболее оптимального варианта поведения, совмещающего в себе официальный и неофициальный уровень справедливости¹.

При «наложении» (совмещении) юридического и фактического содержания правоприменительных отношений можно судить, насколько реальная правовая жизнь отвечает идеальным представлениям о справедливости; обнаружить препятствия на пути перехода юридической справедливости в фактическую. Критерием оценки качества правовой реальности будет, очевидно, то, насколько реальность соответствует закреплённой в законе справедливости. Мерилом же справедливости и ее нормативной основой является законность².

Требования законности, таким образом, выступают в качестве официального уровня провозглашаемой и гарантированной государством справедливости в правовой сфере. В целом законность в процессе применения права предполагает строгое соблюдение норм материального и процессуального права, всестороннее исследование фактов и обстоятельств конкретного дела, его правильную квалификацию³. Вынесенный с соблюдением требований законности акт применения права, по общему правилу, является справедливым, ибо его законность несет в себе официальную меру справедливости. Еще Сократ говорил: «Что законно, то и справедливо». Однако означает ли это, что законность всегда совпадает с юридической справедливостью?

Справедливость — сложное, многогранное, оценочное понятие, в которое вкладывается множество различных оттенков. В тех случаях, когда решается вопрос о том, является ли вынесенное правоприменителем решение справедливым или несправедливым, можно условно исходить из двух подходов:

- 1) определить справедливость правоприменительного акта только с точки зрения законности, то есть соответствия норме права;
- 2) определить справедливость не только с точки зрения системы правовых норм, но и других социальных ориентиров.

Если решение вынесено в соответствующей форме, обоснованно и отвечает всем законным требованиям, укладывается в рамки правовой нормы и не противоречит ей, оно является справедливым. В данном случае понятие законности максимально приближено к категории справедливости. Именно эта позиция, как правило, и представлена в законодательстве. Но является ли она безупречной и единственно правильной?

Справедливость, являясь основной нравственной ценностью, проходит через правоприменительные отношения, трансформируясь из идеи справедливости, содержащейся в правосознании, в юридическую, официально закреплённую меру справедливости, в реализованную (фактическую) справедливость. «Переход справедливости в сферу законности, — считает О.Б. Никифорова, — происходит по следующей схеме: справедливость — правовой принцип справедливости — законность»⁴. Данный вывод, на наш взгляд, следует поддержать, однако необходимо все-таки учитывать, что многомерность связей между законностью и справедливостью вряд ли можно со всей полнотой описать в виде линейной схемы.

Резюмируя изложенное, отметим, что законность и справедливость являются тесно связанными и взаимно дополняющими принципами правоприменительной деятельности.

Законность в правоприменительной деятельности — ведущий критерий справедливости. Однако данные понятия нельзя отождествлять: сводить законность к справедливости или наоборот. Они имеют самостоятельное содержание и характеризуют различные стороны процесса правоприменения.

Между тем необходимо отметить, что справедливое и законное правоприменение в значительной мере зависит от качества правотворческого процесса, правовой нормы, ее обоснованности, соответ-

¹ Следует согласиться с Н.Н. Вопленко в том, что фактическое материальное содержание правоприменительных отношений является социально-чувствительным, гибким. Оно показывает качество реализации, то есть степень справедливости общественных отношений (*Вопленко Н.Н.* Социалистическая законность и применение права. — Саратов, 1983. — С. 114—115).

² См.: *Орач Е.М.* Социалистическая справедливость советского права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Харьков, 1972. — С. 19.

³ См. о процессуальной природе законности: *Вопленко Н.Н.* Законность и правовой порядок. — Волгоград, 2006. — С. 86—93.

⁴ *Никифорова О.Б.* Этические проблемы правоприменения: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2007. — С. 7.

ствия основным социальным целям, степени ее воздействия на поведение субъектов правового регулирования.

В процессе правотворчества нормотворческий орган нередко испытывает затруднения в формулировании и закреплении ситуаций, которые охватываются содержанием того или иного оценочного понятия.

Авторами выделяются основные проблемы использования оценочных понятий в нормотворческой деятельности. Так, Д.Н. Левина указывает на отсутствие нормативного правового акта, содержащего требования, предъявляемые к оценочной терминологии закона в процессе правотворчества; необоснованное научное использование оценочных понятий в текстах нормативных правовых актов; формулирование одного оценочного понятия через призму другого; использование морально-оценочных понятий; неправильное и чрезмерное употребление правовых оценочных понятий; низкий профессиональный уровень законодателя; отсутствие практики толкования на стадии разработки законопроектов¹.

На проблему, связанную с использованием в законотворчестве оценочных терминов и выражений, влекущих аморфность, нечеткость содержания права, его системных качеств, указывает и П.Ю. Каратеев. Автор признает необходимость употребления таких терминов и выражений, вместе с тем утверждает, что чрезмерное употребление оценочных понятий и выражений может разбалансировать систему права, сделать ее неопределенной, что повлечет субъективизм и произвол в правоприменении².

Опасность в применении оценочных понятий возникает тогда, когда одной из сторон выступает государственный орган. Примером неудачного использования оценочного понятия может служить статья 169 ГК РФ, которая предусматривает, что «сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна». Правовые последствия признания сделки таковой — односторонняя реституция либо неприменение таковой (в зависимости от наличия умысла у субъектов сделки). При этом нигде не определено, в чем состоят основы правопорядка для целей толкования данной нормы. Поведение судьи, в отличие от юридического лица, можно оценить с моральной точки зрения, исходя из сложившейся в обществе системы ценностей, которая задается системой образования, семейного воспитания, отражена в основополагающих для формирования культуры личности текстах — классической русской литературе, фольклоре, философских текстах. Требования, предъявляемые не к поведению отдельного человека, а к коммерческим сделкам, не настолько устоялись, чтобы можно было оценивать моральную сторону сделок с позиций «нравственно-безнравственно». При этом потенциальная возможность злоупотребления данной нормой заложена в правовых последствиях ее применения, так как только государство может быть заинтересовано в том, чтобы инициировать тяжбу о признании сделки «безнравственной» или противной правопорядку.

Использование оценочных понятий в правотворчестве осложняется также проблемой неверного их использования³.

Правотворческое формулирование оценочных понятий осложняется тем, что отсутствует комплексный анализ правоприменительной практики, связанной с их использованием. А ведь законодатель должен учитывать в первую очередь критерии оценочных понятий, выработанные судебной практикой.

Для разрешения данных проблем требуется уделить большое внимание вопросам юридической техники.

Одной из задач правовой науки в деле помощи законодателю является разработка теории правотворчества. Юридическая техника занимает важное место в правотворчестве. Уровень ее развития, степень разработанности правил, их совершенство, последовательность претворения этих правил в жизнь отражают уровень заинтересованности государства в праве и законности. Если государство заботится об укреплении законности, эффективности законодательства и его доходчивости, то особое внимание должно уделяться совершенствованию технической стороны процесса. Тем самым создаются возможности для достижения высокого технического уровня нормативных актов. Степень развития законодательной техники в той или иной стране служит показателем сущности права, его социально-экономической направленности, уровня политического и культурного развития данной страны, заинтересованности законодателя в совершенствовании правового регулирования, упорядочении законодательства, укреплении законности.

¹ Левина Д.Н. Теоретические проблемы толкования и применения оценочных понятий: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2007. — С. 10.

² Каратеев П.Ю. Техника законотворчества: проблемы совершенствования и развития на современном этапе (по материалам законотворчества Сахалинской области): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2007. — С. 20.

³ Так, в Основах законодательства РФ о культуре от 9 октября 1992 года № 3612-1 оценочное понятие «достоинство культур народов и национальных групп» трактуется как «признание их ценности и проявление уважения к ним», хотя общепринято под достоинством понимать осознание самим субъектом своей ценности и уважение к себе.

Максимальное использование приемов и методов юридической техники при создании нормативных актов — это объективная закономерность правотворчества. Поэтому проблемы правотворческого формулирования оценочных понятий, методики разработки правовых норм с оценочной терминологией — это не чисто технические проблемы. Их разрешение важно для совершенствования законодательства и укрепления законности в стране.

Выработка правил правотворческого формулирования оценочных понятий на доктринальном уровне, равно в актах рекомендательного характера, может позитивно сказаться на юридико-техническом качестве законодательства. Однако этого недостаточно, так как они не будут носить общеобязательного характера и могут легко игнорироваться субъектами законотворческой деятельности.

Правовое закрепление таких правил, как и требований, предъявляемых к оценочной терминологии закона, является необходимым шагом к повышению качества законодательства; оформление в виде федерального закона будет обеспечивать их строгое соблюдение.

В.А. Савранский

Савранский Владислав Александрович — соискатель кафедры уголовного права Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации

Уголовно-правовая охрана интеллектуальных прав в дореволюционной и советской России

Уровень развития науки, культуры, права и техники традиционно считается важнейшим показателем цивилизованности общества и государства. Решение политических и экономических задач государства и общества в идеале обусловлено уровнем интеллектуального потенциала членов этого общества. Современное отечественное право гарантирует в статье 44 Основного закона (Конституции) РФ свободу творчества и охрану интеллектуальной собственности. Более того, подчеркивая недекларативный характер своих гарантий, государство устанавливает различные виды юридической ответственности за посягательство на свободу творчества и интеллектуальную собственность.

Историко-правовой анализ показывает, что выделение интеллектуальной собственности в качестве особого объекта берет свое начало в относительно недалеком прошлом — до XVIII века в большинстве стран право на интеллектуальную собственность рассматривалось как привилегия, которая даровалась, как правило, отнюдь не автору произведения, а издателю. Следует оговориться, что такие привилегии носили персональный характер и выдавались на определенный срок. Однако первым законодательным актом, направленным на охрану интеллектуальной собственности, стал английский Закон 1709 года, не упоминавший термина «интеллектуальная собственность», но при этом оперирующий понятием «исключительное право».

Следуя классической модели периодизации отечественной истории, выделим три основных периода, характеризующиеся спецификой в регулировании вопросов уголовной ответственности за нарушение интеллектуальных прав:

- 1) дореволюционный (с 1828 по 1917 г.);
- 2) советский (с 1917 по 1991 г.);
- 3) современный (с 1991 г. по настоящее время).

В отечественной истории легальное право на защиту интеллектуальной собственности было закреплено Цензурным уставом лишь в 1828 году, то есть спустя более чем сто лет после английского закона. Фактическое же предоставление права на защиту результатов интеллектуального труда (аналогично ситуации того времени, когда такое право предоставлялось издателям, а не авторам произведения) в отечественной истории имело место в 1698 году по велению Петра I¹. Как показывает исследование, такое положение не стоит связывать с низким уровнем развития отечественного права, науки и культуры, поскольку данные факторы обусловлены, прежде всего, уровнем развития книгопечатания в том или ином государстве. Так, отечественная типографская деятельность находилась в подведомстве государственной власти. Даже впоследствии, когда в последней четверти XVIII века частные типографии в России стали открываться, их владельцам были доступны для печатания только материалы на иностранных языках, тем самым за государством сохранялась прерогатива в печатании текстов отечественных авторов. Еще одним существенным признаком правового регулирования вопросов интеллектуальной собственности выступает то обстоятельство, что в отечественном авторском праве установление ответственности связано с цензурным законодательством. Цензурному уставу предшествовало распоряжение Министерства народного просвещения 1816 года, согласно которому обязательным условием принятия рукописи цензором для опубликования являлось согласие автора на подачу рукописи к напечатанию, то есть права издателя были поставлены в зависимость от прав авторов в классическом его понимании. По мнению И.В. Савельевой², такое положение сложилось в связи с обращением А.С. Пушкина с требованием о недопущении опубликования его произведения «Кавказская пленница», которое еще до его официального представления было опубликовано с приложением его перевода на немецком языке, что, естественно, является нарушением существующего порядка регулирования. В 1828 году отечественный законодатель принял Цензурный кодекс, в котором в отдельной главе регулировалось закрепление «прав сочинителей и издателей книг» с приложением Положения о правах сочинителей. Следует оговориться, что государственная защита интеллектуальной собственности, согласно данному Положению, распространялась в отношении прав на литературные произведения. В 1830 году было принято Положение о правах сочинителей, перево-

¹ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. — Казань, 1981. — С. 121.

² Савельева И.В. Методологические и теоретические проблемы юридической науки. — М., 1985. — С. 220.

дчиков, издателей, а 1845 год ознаменовался появлением Положения о порядке регулирования музыкальных и художественных произведений. При этом в самом Уставе было закреплено только 5 статей.

Несколько отступая от исторического анализа охраны интеллектуальной собственности, отметим, что в настоящее время объекты интеллектуальной собственности традиционно не признаются предметами преступлений против собственности. А.И. Бойцов, анализируя интеллектуальную преступность, указывает: «о хищении таких неосязаемых и бестелесных “предметов”, как научная идея, сюжет художественного произведения и другое, можно говорить лишь в фигуральном смысле, помня, что в строго юридическом смысле можно похитить книгу, аудиокассету и прочие материальные носители творческого труда, а также вещественные предметы, изготовленные в силу осуществления этих прав, но не произведение, мелодию и другие подобные продукты человеческого разума как таковые»¹. Нам также представляется справедливым говорить о двойственной природе интеллектуальных прав, то есть, с одной стороны, такие права являются личными неимущественными правами, неотчуждаемыми от их обладателя в силу самой их природы (к примеру, право автора на имя). С другой стороны, интеллектуальные права есть имущественные права, что предполагает их свободную передачу другим лицам. Вместе с тем, еще римскому праву было известно деление вещей на «телесные» и «бестелесные», которое встречается в Институциях Гая (2.12-14)². Иллюстрируя свое понимание бестелесных вещей, Гай ссылается на право наследования, право узюфрукта и обязательственное право. Полагаем, что при попытке применить режим собственности к правам, так же как и при попытке включить права в перечень объектов гражданских прав в соответствии со статьей 128 ГК РФ, «бестелесные вещи» римского права вряд ли могут служить эффективным инструментом регулирования отношений интеллектуальной собственности³.

Однако признания прямой взаимосвязи между классическим правом собственности и правом интеллектуальной собственности явно недостаточно. Г.Ф. Шершеневич, описывая подобную ситуацию, указывает: «Распространять понятие о вещных правах на права, не имеющие своим объектом вещи, представляется теоретически неудобным. Порядок возникновения, перехода, прекращения вещных прав рассчитан именно на материальное их содержание, и потому распространение этих правил на совершенно иную область может создать нежелательное смешение понятий в теории и практике»⁴. Вместе с тем, анализ Цензурного устава позволяет говорить о передовом характере предложенных в нем идей относительно гражданско-правового регулирования вопросов интеллектуальной собственности. Вопросы же уголовно-правовой защиты интеллектуальной собственности впервые нашли свое отражение в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, где в отделении III «О присвоении ученой и художественной собственности» главы IV «О присвоении и утайке чужой собственности» раздела XII «О преступлениях и проступках против собственности частных лиц» предусматривалась уголовная ответственность за различные по категориям тяжести и объективной стороне составы преступлений против интеллектуальных прав. Так, преступными признавались следующие деяния: самовольное издание; продажа рукописи или права на издание книги, статьи или музыкального сочинения или эстампа, нескольким лицам порознь без их согласия; самовольное в публичном собрании представление драматического или исполнение музыкального произведения.

Такая структура уголовного законодательства не раз становилась объектом критики ведущих ученых-юристов, в том числе Г.Ф. Шершеневича, отмечавшего, что «в системе преступлений должна быть особая категория посягательств, именно самовольное пользование чужим исключительным правом, куда должны быть отнесены нарушения авторского, художественного, музыкального права...»⁵.

Однако, несмотря на частный характер недовольства несовершенством уголовного законодательства, следует признать, что закрепленные в Уголовном уложении составы актуальны до настоящего времени и в таком виде выступают в современном отечественном законодательстве, а именно: право на авторство и право на имя; право на воспроизведение и распространение экземпляров произведения; право на публичный показ и публичное распространение произведения.

Существенным отличием регулирования данных вопросов в названном Уложении и современном уголовном законодательстве является крайне строгий характер ответственности и наказания за указанные в Уложении составы. Еще одно отличие — отсутствие указания на необходимость причинения материального ущерба действиями нарушителя интеллектуальных прав. Так, авторское право отнюдь не исчерпывается имущественными интересами, поэтому обязательным условием наступления уголовной ответственности за преступления против интеллектуальных прав и свобод выступал признак самовольности осуществления чужого права. Более того, никакого значения для квалификации не

¹ Бойцов А.И. Преступления против собственности. — СПб., 2002. — С. 113.

² Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. — М., 2005. — С. 148.

³ Цит. по: Гражданское право: Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. — М., 1998. — Т. 1. — С. 298.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1995. — С. 254—255.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. — Казань, 1981. — С. 286—287.

имел и тот факт, что такое осуществление виновным чужого права вполне может принести автору выгоду, а виновному ущерб.

Реформирование гражданского законодательства логично привело и к некоторым изменениям в отечественном уголовном законодательстве, где любое нарушение авторского права признавалось контрафакцией, то есть воспроизведением и распространением кем-либо чужого произведения с целью извлечения выгоды в ущерб интересам автора или его правопреемника. При этом, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, плагиат и контрафакция есть понятия не тождественные — «плагиат представляется заимствованием не противозаконным, потому что он не может перейти пределов, установленных законом... Не составляя явления противозаконного, оно считается явлением безнравственным...»¹. Важным выступало и то обстоятельство, что преступным нарушением интеллектуальных прав являлось лишь их умышленное нарушение. Посягательства, совершенные с неосторожной формой вины, признавались проступком и уголовной ответственности не влекли.

В соответствии с законодательством начала XX века право интеллектуальной собственности относилось к категории исключительных прав. Вместе с тем, по Положению об авторском праве 1911 года² преступления против интеллектуальных прав граждан по-прежнему были включены в раздел преступлений против собственности, что, безусловно, противоречит не только логике закона, но и вкладываемому в правовые нормы смыслу. Как и в ныне действующем отечественном уголовном законодательстве, посягательство на интеллектуальную собственность только тогда наказуемо, когда «жалоба от обиженного или потерпевших лиц принесена»³. Следует отметить тот факт, что дореволюционное уголовное законодательство, достаточно детально регламентировавшее уголовную и гражданско-правовую ответственность за посягательства на права авторов и изобретателей, не закрепляло возможностей уголовно-правовой охраны средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой продукции (работ, услуг), как, например, фирменные наименования, товарные знаки и т. д.

Советское уголовное законодательство на начальном этапе своего существования достаточно пренебрежительно относилось к охране интеллектуальных прав. Действовавший в период НЭПа УК РСФСР 1922 года⁴ впервые в отечественном праве установил уголовную ответственность за самовольное пользование чужой фирмой или чужим наименованием. Однако относительно места преступлений против интеллектуальных прав в системе отечественного уголовного законодательства в советский период на начальном этапе изменений не произошло — ответственность за них была предусмотрена главой «Имущественные преступления». Вместе с тем, этот период характеризуется принятием значительного количества подзаконных нормативных актов, регулирующих сферу интеллектуальной собственности, содержание которых подвергается ожесточенной критике в отечественной уголовно-правовой науке. Большинство этих актов является яркой иллюстрацией попирания интеллектуальных прав граждан. Подавляющее большинство классических произведений были переведены из области частной собственности в общественную, произведения ряда писателей и композиторов были объявлены достоянием республики, поэтому их авторы лишались всех прав на них, кроме права на авторство. Ответственность за нарушение авторских и смежных прав вновь была предусмотрена в УК РСФСР 1926 года⁵.

Впоследствии в связи с практически тотальной государственной монополией на производство товаров и услуг утратили свою актуальность некоторые составы, как, например, незаконное использование чужого товарного знака и чужого фирменного наименования, которые и были декриминализованы в УК РСФСР 1960 года⁶.

Оставшиеся в названном УК составы располагались в главе 4 «Преступления против политических и трудовых прав граждан», что вызвано исключительно тем фактом, что в рамках административно-командной плановой экономики стало невозможно самостоятельно вводить в хозяйственный оборот результаты интеллектуального труда. Последним советским законодательным актом, регулирующим интеллектуальные правоотношения, стали Основы гражданского законодательства СССР от 31 мая 1991 года⁷, которыми: 1) впервые была введена охрана так называемых смежных прав; 2) было запрещено свободное использование и публичное воспроизведение без согласия автора опубликованных результатов интеллектуального труда; 3) расширен круг охраняемых произведений и продлен срок действия авторского права.

В действующем отечественном уголовном законодательстве охране интеллектуальных прав посвящены статьи 146, 147 и 180 УК РФ⁸.

¹ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. — Казань, 1981. — С. 277.

² Положение об авторском праве 1911 года // Собрание узаконений и распоряжений правительства. — 1911. — № 66. — Ст. 560.

³ Там же.

⁴ Уголовный кодекс РСФСР 1960 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Уголовный кодекс РСФСР 1926 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Уголовный кодекс РСФСР 1960 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Основы гражданского законодательства СССР от 31 мая 1991 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Уголовный кодекс Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

А.А. Сальников

Сальников Андрей Александрович — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры административной деятельности ОВД Нижегородской академии МВД России

К вопросу о субъектах правотворчества в Российской Федерации

Эффективность законодательства обуславливается многими обстоятельствами, связанными как с самой законодательной деятельностью, так и с деятельностью по реализации принятых законов. Зависит она и от социально-правовой активности субъектов законотворчества и правоприменения, от уровня их правосознания и правовой культуры.

Право, как бы узко либо широко оно ни трактовалось в науке, есть всегда результат творчества той или иной совокупности субъектов — физических и юридических лиц, общественных организаций и органов государственной власти. С учетом этого обстоятельства термин «правотворчество» представляется, на наш взгляд, более конкретным, чем не имеющее какой-либо связи с деятельностью по созданию правовых норм, но тем не менее иногда употребляемое в литературе понятие «правообразование»¹.

Особую роль в правотворчестве выполняют законодательные (представительные) органы, важнейшая функция которых — реализация в процессе законотворчества путем принятия нормативных актов в форме законов конституционного принципа народовластия. Термин «народовластие» является, как известно, переводом на русский язык греческого слова «демократия»². Применительно к законотворчеству оба понятия охватывают, помимо прочего, активное участие народа, то есть граждан страны, в формировании и деятельности органов ее государственной власти, применительно к Российской Федерации — Федерального Собрания РФ и законодательных (представительных) органов субъектов Федерации.

Согласно статье 3 Конституции РФ носителем суверенитета и единственным источником власти в России является ее многонациональный народ, который осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления.

В соответствии со статьей 96 Конституции РФ Федеральное Собрание состоит из двух палат — Совета Федерации и Государственной Думы.

В Совет Федерации входят по два представителя от каждого субъекта РФ: по одному от представительного и исполнительного органов государственной власти.

Часть 1 статьи 97 Конституции РФ устанавливает общие требования к лицам, избираемым депутатами Государственной Думы: наличие гражданства РФ, достижение установленного возраста и обладание активным избирательным правом.

Первое требование, которое предъявляется к кандидатам в депутаты Государственной Думы, — наличие российского гражданства. Право избирать и быть избранным в органы государственной власти относится к числу наиболее важных политических прав, которыми обладают только граждане. Иностранцы граждане и лица без гражданства не могут быть избраны в Федеральное Собрание.

Второе требование — достижение 21-летнего возраста. Закон о выборах депутатов ГД ФС РФ³ (ст. 5) уточняет, что указанный возраст должен быть достигнут на день голосования. Это единственное исключение из установленных требований к кандидату в депутаты Государственной Думы, поскольку соответствие им гарантировано. Всем остальным условиям кандидат должен соответствовать на начало избирательной кампании.

Третье требование — наличие активного избирательного права — права избирать. В соответствии с частью 3 статьи 32 Конституции не имеют права голоса на выборах граждане, признанные судом недееспособными, а также содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда.

Часть 3 статьи 97 Конституции РФ предполагает, что замещение депутатского мандата является профессиональной оплачиваемой деятельностью и единственным видом трудовой деятельности лица, избранного депутатом Государственной Думы. В более широком смысле профессионализм означает высокие требования к качеству выполняемой работы, владение навыками, приемами и спецификой осуществляемой деятельности.

¹ См.: Гаврилов О.А. Стратегия правотворчества и социальное прогнозирование. — М., 1993. — С. 62; Нашиц А. Правотворчество. — М., 1974. — С. 14.

² ru.wikipedia.org/wiki/%C4%E5%EC%EE%EA%F0%E0%F2%E8%FF

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.

Однако ни Конституция, ни развивающее ее законодательство не устанавливают профессиональных и квалификационных требований к парламентариям (уровень образования, специальность, стаж и др.), что самым негативным образом отражается на всем законодательном процессе в нашей стране и особенно в качестве принимаемых нормативно-правовых актов.

По нашему мнению, специфика осуществляемой депутатами деятельности, в том числе в сфере законодательного процесса, актуализирует вопрос о наличии определенного уровня юридической подготовки, квалификации депутатского корпуса.

Действующее законодательство предъявляет самые серьезные требования к субъектам правоприменительной деятельности. Так, в соответствии со статьей 4 Закона РФ от 26 июня 1992 года № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»¹ судьей может быть гражданин РФ, имеющий высшее юридическое образование; судьей Конституционного Суда РФ может быть гражданин, достигший возраста 40 лет и имеющий стаж работы по юридической специальности не менее 15 лет; судьей Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ может быть гражданин, достигший возраста 35 лет и имеющий стаж работы по юридической специальности не менее 10 лет; судьей верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда, федерального арбитражного суда округа, арбитражного апелляционного суда может быть гражданин, достигший возраста 30 лет и имеющий стаж работы по юридической специальности не менее 7 лет; судьей арбитражного суда субъекта РФ, конституционного (уставного) суда субъекта РФ, районного суда, гарнизонного военного суда, а также мировым судьей может быть гражданин, достигший возраста 25 лет и имеющий стаж работы по юридической специальности не менее 5 лет.

Для замещения должности судьи требуется сдать квалификационный экзамен в порядке, утвержденном Высшей квалификационной коллегией судей РФ.

В соответствии со статьей 9 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»² статус адвоката в Российской Федерации вправе приобрести лицо, которое имеет высшее юридическое образование, полученное в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования, либо ученую степень по юридической специальности. Указанное лицо также должно иметь стаж работы по юридической специальности не менее двух лет либо пройти стажировку в адвокатском образовании в сроки, установленные настоящим Федеральным законом.

Аналогичные требования содержатся в статье 40.1 Федерального закона от 17 января 1992 года № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»³, статье 38 Федерального закона от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции»⁴ и др.

Более того, не только государственные органы, но и ни одна уважающая себя частная компания не примут на работу юриста человека, не имеющего профильного образования и, желательно, стажа работы по юридической специальности.

В этой связи остается совершенно непонятным тот факт, почему, предъявляя столь высокие требования к субъектам правоприменительной деятельности, законодатель совершенно обходит стороной вопрос профессиональной подготовки законодателей нашей страны.

Очевидно, что в современных условиях роль правотворчества в обществе, его место в системе правового регулирования определяют необходимость высокого научного уровня правотворческих решений на всех стадиях формирования конечного результата этого процесса — правовой нормы.

Все возрастающее значение повышения научного уровня руководства обществом определяет необходимость наиболее полного использования в процессе правотворчества результатов научного познания сущности явлений общественной жизни.

Способны ли современные депутаты обеспечить научный подход в процессе правотворчества? На этот вопрос мы, к глубокому сожалению, вынуждены дать отрицательный ответ.

Так, из представленных в нынешнем составе Государственной Думы 450 депутатов всех фракций свыше 60 до избрания в Государственную Думу были предпринимателями, руководили различными предприятиями, пять депутатов были журналистами, четыре — врачами, двое — спортсменами, четырем депутатам присвоены ученые степени: доктора экономических и педагогических наук, а высшее юридическое образование имеют только 38 нынешних народных избранников. При этом 10 депутатов не имеет высшего образования вовсе.

Результатом подхода, когда «любая кухарка может управлять государством», является принятие непроработанных с точки зрения юридической техники, противоречивых и непродуманных норматив-

¹ Ведомости. — 1991. — № 30. — Ст. 1792.

² Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 23. — Ст. 2102.

³ Ведомости. — 1992. — № 8. — Ст. 366.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900.

ных актов, в которые в дальнейшем приходится вносить бесконечные изменения и дополнения, что дестабилизирует всю правовую систему страны в целом.

Так, только в 2011 году депутатами Государственной Думы было внесено 20 изменений и дополнений в экономическую конституцию нашей страны — Налоговый кодекс, 4 поправки в Гражданский кодекс, 7 — в Уголовный, 12 — в Уголовно-процессуальный, 6 — в Трудовой. Этот перечень можно продолжать до бесконечности. Только за последние 10 лет наши законодатели приняли 3 варианта Арбитражно-процессуального кодекса, фактически новые редакции Уголовного кодекса, Трудового кодекса, Кодекса об административных правонарушениях.

Причина бесчисленных изменений и уточнений действующего законодательства видится в непонимании, в силу недостаточной квалификации в области права, большинством депутатского корпуса специфики правового регулирования, что неизбежно приводит к принятию законов, содержащих огромное количество юридических огрехов, нуждающихся в дальнейшем в исправлении.

Неурегулированность правом рассматриваемых отношений имеет и другой отрицательный результат: не всегда обеспечивается высокий научный уровень вносимых предложений об изменении действующего законодательства, ответственность за их качество, за их соответствие достижениям современной юридической науки.

Совершенно очевидно, что при нынешних правилах формирования Думы остановить деградацию российского законодательства невозможно.

Не случайно, согласно результатам проведенного опроса, 37% россиян считают, что страна может обойтись без Госдумы. Нужна она 48% жителей страны. Остальные с ответом затруднились, и в принципе их с натяжкой, но тоже можно отнести к условным «противникам» нижней палаты парламента¹.

Только изменения в законодательстве, появление новых законотворческих структур могут сделать ситуацию другой. В этой связи назрела острая необходимость разделения функций народного представительства и непосредственно законотворческой деятельности по созданию новых и внесению изменений в действующие нормативно-правовые акты.

Тот факт, что многонациональный народ РФ провозглашен единственным носителем суверенитета (властного верховенства — государственного, народного, национального) и единственным источником власти в стране, сомнений у нас не вызывает. Поэтому избранному в установленном порядке депутатам Государственной Думы должны быть предоставлены самые широкие политические полномочия по утверждению ключевых вопросов регулирования жизни общества: принятию федерального бюджета, утверждению кандидата на пост Председателя Правительства РФ, утверждению изменения границ между субъектами РФ, введению военного или чрезвычайного положения, решению вопроса о возможности использования Вооруженных Сил РФ за пределами территории РФ, назначению выборов Президента РФ, отрешению Президента РФ от должности, назначению на должности судей Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, Генерального прокурора РФ, заместителя Председателя Счетной палаты и половины состава ее аудиторов.

Безусловно, к компетенции депутатов Государственной Думы следует отнести и принятие политических решений по всем иным вопросам жизни страны. Именно депутатский корпус может ставить вопрос о необходимости реформирования вооруженных сил, органов полиции, пенсионной системы, трудового и налогового законодательства и т. д.

Однако, приняв политическое решение о концепции необходимых изменений, например, пенсионного законодательства, парламент затем должен передать вопрос на рассмотрение в орган, уполномоченный оформить волю народа в нормативно-правовой акт.

Такого органа в настоящий момент в России не существует, нет его аналогов и в зарубежных странах. На наш взгляд, его необходимо создать.

Состав данного органа должен формироваться на профессиональной основе и состоять из граждан возрастом не менее 30 лет, имеющих высшее юридическое образование (лучше ученую степень) в области права, стаж работы по специальности не менее 10 лет, сдавших в установленном порядке квалификационный экзамен, не имеющих судимости и заболеваний, препятствующих заниматься законотворческой деятельностью.

Будущий орган должен формироваться по тем же принципам, что и нынешняя Общественная палата РФ, но с привлечением широкого представительства научного сообщества. В ее состав должны войти представители от Президента РФ, Правительства РФ, министерств и ведомств, парламента, Конституционного, Верховного, Высшего Арбитражного судов, прокуратуры, адвокатуры, представителей юридической науки (например, РАН, национальных исследовательских институтов).

Порядок деятельности указанного органа мог бы быть следующий: Парламент (Государственная Дума) принимает политические решения по вопросам, отнесенным к ее компетенции, например, о принципах и основных положениях проведения пенсионной реформы в России. Указанная концепция

¹ www.policy03.narod.ru/news/144090.html

поступает в законотворческий орган, где специалисты в области права оформляют волю законодателя в соответствующий нормативно-правовой акт — федеральный закон. В дальнейшем этот закон поступает на утверждение в Совет Федерации, на подпись Президенту и подлежит опубликованию.

Предвидя возможные возражения относительно огромных организационных сложностей в создании подобного законотворческого органа, усложнения самой законодательной процедуры и значительных экономических издержек на создание подобного механизма принятия нормативно-правовых актов, отметим следующее.

Во-первых, возможные финансовые затраты на деятельность нового законотворческого органа не могут идти ни в какое сравнение с потерями, которые ежегодно несет экономика нашей страны от некачественной, противоречивой и громоздкой нормативно-правовой базы, действующей в настоящее время. Невозможно говорить о привлечении иностранных инвестиций, модернизации, инновациях и иных инициативах руководства страны до тех пор, пока ежегодно правовая система РФ подвергается бесконечным изменениям. Стабилизация законодательства, принятие выверенных законов, по которым будет жить общество и действовать экономика, позволит решить стоящие перед страной задачи и с лихвой окупит все издержки.

Во-вторых, в настоящее время значительные средства налогоплательщиков тратятся на исправление огрехов принимаемых депутатами нормативных актов. В этой связи исключение таких затрат путем изначального принятия качественных законодательных актов, рассчитанных на многие десятилетия, сэкономит значительные бюджетные ассигнования.

В-третьих, поскольку необходимость ежедневной работы депутатов Государственной Думы отпадает, с целью экономии бюджетных средств можно перевести их с постоянной на сессионную работу, собирая народных избранников 3—4 раза в год для принятия необходимых политических решений. На постоянной основе может функционировать лишь Президиум Государственной Думы с целью подготовки выносимых на обсуждение в период сессии депутатов документов. Это позволит сэкономить бюджетные средства, затрачиваемые как на самих депутатов, так и на обслуживание их деятельности (служебные автомобили, штат помощников, связь, офисные товары и т. д.).

В организационном плане создание подобного законотворческого органа будет немногим сложнее, чем формирование Общественной палаты РФ. Успешный опыт ее создания свидетельствует о возможности реализации предлагаемых изменений.

В заключение отметим, что если смотреть на наш парламент с точки зрения начала XXI века, то вывод будет таков: он за пределами архаичен. Большинство депутатов не способно стать авторами законов, их функции сводятся в лучшем случае к поправкам к законопроектам, резко упал (по сравнению даже с «эпохой Ельцина») образовательный уровень депутатов.

В итоге парламент в России так и не стал самостоятельной ветвью власти, хотя по Конституции считается таковой.

В.А. Сапун, Я.В. Турбова

Сапун Валентин Андреевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов;

Турбова Яна Валентиновна — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов

Правовые средства оптимизации правообразования и правотворчества: техничко-юридические проблемы

Переход российской юриспруденции в новую социально-правовую парадигму привел к формированию обновленной теории правотворческой деятельности как в теоретико-методологическом аспекте, так и в аспекте техники современного правотворчества¹.

В последние десятилетия появился ряд принципиально новых исследований, в той или иной мере освещающих технико-юридические проблемы современного правотворчества. Это работы, посвященные практике законотворчества в Российской Федерации²; законодательным технологиям субъектов РФ³; систематизации и кодификации законодательства⁴, оптимизации правотворческой деятельности и устранению правотворческих ошибок⁵, нормотворчеству муниципальных образований⁶. Однако следует констатировать, что в настоящее время юридическая наука находится только на пороге создания целостной технико-юридической концепции формирования права как институционального образования правовой действительности. Как и в отношении правопонимания, в осмыслении процесса формирования позитивного права нашей юридической науке еще предстоит преодолеть так называемый «глянец гламурного дискурса».

Представляется, процесс формирования права проходит два этапа создания позитивного права, каждый из которых должен быть обеспечен оптимальными правовыми средствами, то есть такими институциональными правовыми образованиями, использование которых в процессе формирования права приводит к достижению определенных результатов.

Во-первых, это этап правообразования, который в большей степени характеризуется спонтанным (общесоциальным) формированием права, но вместе с тем требует особых правовых средств, обеспечивающих в дальнейшем оптимальную и эффективную правотворческую деятельность.

Во-вторых, этап правотворчества как обусловленная факторами правообразования планомерно-рациональная государственно-властная деятельность, в результате которой воля социальных групп общества, обладающих реальной государственной властью, с помощью специальных правовых средств возводится в закон и право приобретает завершенные качества общеобязательного формально-определенного нормативного образования.

Этап правообразования, особенно в аспекте технико-юридической стороны этого процесса, наименее разработан юридической наукой. В специальных исследованиях последних лет преобладают теоретико-методологический либо историко-теоретические аспекты исследования процесса

¹ Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект. — Саратов, 2009; Давыдова М.Л. Политика и техника в структуре правотворческой деятельности // Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики. — М., 2010. — С. 348—358.

² Законотворчество в Российской Федерации: Научно-практическое и учебное пособие / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 2000; Москолькова Т.И. Нормотворчество / Т.И. Москолькова, В.В. Черников. — М., 2010.

³ Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов Российской Федерации / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. — Ярославль, 2010.

⁴ Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. — СПб., 2003; Кодификация законодательства: теория, практика, техника / Под ред. В.М. Баранова, Д.Г. Краснова. — Н. Новгород, 2009.

⁵ Ильин А.В. Оптимизация правотворческой деятельности в современной России (вопросы теории и практики). — СПб., 2005; Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветском государстве / Под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. — М., 2009.

⁶ Нормотворчество муниципальных образований России: содержание, техника, эффективность / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2002.

правообразования¹. В работах советского периода с позиций прежней социально-правовой парадигмы также исследовались, прежде всего, методологические вопросы объективной обусловленности процесса формирования права экономическими факторами жизнедеятельности классового общества².

Идея о правообразовании как этапе, предшествующем созданию закона, выражена в работах русских дореволюционных философов и юристов. Так, И.В. Михайловский в свое время писал: «Каждый закон возникает не по капризу законодателя, а вызывается потребностями жизни. Известные потребности жизни, необходимость регулировать соответственные отношения, воздействовать на них — все это является мотивом к изданию закона, целью закона, его телеологическим основанием, *ratio legis*... Когда назрела необходимость в издании нового закона, либо изменении старого, то об этом надо довести до сведения законодателя, предложить разрешить ему поставленный жизнью вопрос. Это и есть в широком смысле инициатива закона»³.

Современные российские юристы, преодолевая издержки классического позитивизма, выдвигают и обосновывают идею о надпозитивном основании права, рассматривают право в качестве феномена, существующего до и вне законодательства. При таком подходе законодатель отыскивает сформировавшееся право на этапе правообразования и следует ему, формулируя нормы закона. По образному выражению В.В. Лазарева, в этом все (или большинство современных юристов) «сходятся на одной просеке»⁴. Это соответствует положениям раннего К. Маркса, в которых в самом общем виде определена необходимость предварительного этапа законодательского процесса: «Законодатель же должен смотреть на себя как на естествоиспытателя. Он не делает законов, не изобретает их, а только формулирует, он выражает в сознательных положительных законах внутренние законы духовных отношений»⁵.

Итак, этап правообразования, безусловно, необходим в процессе формирования права, без него невозможен научно обоснованный завершающий этап формирования права — правотворчество как официальная властная деятельность по приданию позитивному праву характера общеобязательного институционального образования.

Этап правообразования состоит из стадий формирования права, каждая из которых требует особых правовых средств в целях оптимизации этого процесса.

На первой стадии возникают объективные предпосылки в правовом регулировании тех или иных общественных отношений. Здесь необходимо осознание этих предпосылок заинтересованными социальными группами в форме определенных социальных притязаний, которые на этой стадии правообразования выражают потребности в правовом регулировании общественных отношений.

Вторая стадия правообразования связана с формированием самой идеи проекта нормативного акта либо иного официального источника права⁶. На этой стадии правообразования формируются представления не только о содержании будущего закона, но и о способах, типах, методах правового регулирования определенных общественных отношений.

Наконец, на третьей стадии правообразования наблюдается актуализация социальных притязаний в форме завершенной идеи будущего нормативного акта, выраженная в виде предложений и требований по его созданию, которые находят внешнее выражение *de lege ferenda* в комментариях действующего законодательства, научных произведениях, докладах и сообщениях на конференциях, авторских проектах нормативных актов. Завершающая стадия правообразования может быть представлена как неофициальный правообразовательный почин, который может исходить от любых компетентных субъектов.

Настоятельная потребность в формировании права на современном этапе — оптимизировать процесс правообразования в целях надлежащей и эффективной правотворческой деятельности. Юридическая наука призвана обосновать этот процесс, используя при этом данные как социологии и

¹ Калинин А.Ю. Правообразование в России: понятийно-категориальный и структурно-функциональный состав (историко-теоретическое исследование): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — СПб., 2010; Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — СПб., 2011.

² Алексеев С.С. Общая теория права. — М., 1981. — Т. 1. — С. 307—308; Степанян В.В. Теоретические проблемы правообразования в социалистическом обществе. — Ереван, 1986.

³ Михайловский И.В. Очерки философии права. — Томск, 1914. — Т. 1. — С. 387.

⁴ Лазарев В.В. Поиск права // Журнал российского права. — 2004. — № 7. — С. 13.

⁵ Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — М., 1955. — Т. 1. — С. 162.

⁶ Мы разделяем позицию В.М. Баранова об идее законопроекта как суждении о настоящей потребности в нормативном акте, предмете и методах правовой регламентации, ближайших и отдаленных целях акта, ожидаемом результате (Баранов В.М. Идея законопроекта // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 29) с той лишь оговоркой, что идея законопроекта формируется на стадии правообразования, на этапе правотворчества соответствующие субъекты разрабатывают саму концепцию закона. Об отличиях идеи закона от концепции законопроекта пишет и сам автор (Баранов В.М. Идея законопроекта // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 30).

философии правотворчества¹, так и специально-юридической теории, которая должна быть направлена на выявление арсенала правовых средств, с помощью которых необходимо оптимизировать процесс формирования права на этапах правообразования. На выполнение этой задачи должны быть направлены усилия специально-научной теории в составе правоведения — инструментальной теории права или теории правовых средств². Следует отметить, что, решая прикладные задачи в сфере правового регулирования, инструментальная теория права в качестве объектов исследования включает элементы юридической техники. Инструментальный компонент юридической техники состоит из системы правовых средств, юридических механизмов, правовых конструкций, которые используются в правотворческой и иных видах юридической деятельности. Первичным элементом юридической техники в этом аспекте является именно правовое средство как институциональное образование правовой действительности, направленное на достижение определенных результатов в процессе правотворческой и иной юридической деятельности.

На этапе правотворчества к правовым средствам, обеспечивающим эту деятельность, относится разнообразный технико-юридический инструментарий: нормативные построения, юридические конструкции, технико-юридические нормы, которые в юридической науке уже давно определяются как «правовые средства»³. При этом правовые средства в правотворчестве имеют двойное значение. Во-первых, они служат инструментом надлежащей и законной правотворческой деятельности. Во-вторых, имеют материальное продолжение и закрепляются в действующем законодательстве, являются средством достижения высокого качества российского законодательства, необходимым условием эффективного и оптимального использования законодательных предписаний в практической правореализующей деятельности и применении права. Взятые в единстве и взаимодействии, правовые средства образуют юридический механизм правотворчества, который в целом может выступать в качестве организующего начала правотворческой деятельности. Правовые средства в составе этого вида деятельности интенсивно разрабатываются в последние годы юридической наукой⁴. Что же касается этапа правообразования, его оптимизации с помощью специальных правовых средств, то юридическая наука, инструментальная теория права только на подступах к исследованию этой проблемы.

Представляется, оптимизация формирования права, с позиций инструментальной теории права, — это определение наилучших правовых средств для достижения максимально эффективного процесса правообразования и правотворчества.

При первом приближении, в качестве гипотезы, можно определить следующие правовые средства оптимизации процесса формирования права, прежде всего, на стадии правообразования.

1. *Нормативные основы учета банка данных о предложениях в порядке неофициального правообразовательного почина.*

Подобные предложения могут быть сформулированы в тезисах докладов на научно-практических конференциях, в методических рекомендациях, научных статьях, монографиях и т. п. Они влияют на предложения *de lege ferenda* не только о содержании нормативных правовых актов, но и о способах, типах, методах регулирования тех или иных общественных отношений, учитывая специфику публично-правового либо частно-правового регулирования. Особое значение в оптимизации правообразовательного процесса имеют авторские проекты нормативных актов (коллективные и индивидуальные), учет которых способствует более эффективной правотворческой деятельности.

2. *Законодательные основы лоббизма и лоббистской деятельности по нормативно-правовым предложениям на федеральном и региональном уровнях.*

Лоббизм (от позднелатинского слова *lobium* — портик, примыкающий к зданию, галерея для прогулок, давшего в английском языке форму *lobby* — фойе, кулуары, места для разговоров) — термин, пришедший из политической и правовой жизни США; обозначает систему организованных групп, агентств, отдельных лиц, оказывающих давление на субъектов законодательной инициативы с целью принятия решения по определенным законопроектам. Лоббистская деятельность имеет «теневые» и «световые», положительные стороны⁵. Позитивная сторона лоббизма непосредственно связана с процессом формирования права, прежде всего, на этапе правообразования. Лоббистская деятельность позволяет расширить информационную и организационную базу принимаемых решений в сфере правового регулирования, актуализировать социальные притязания, требующие правовую регламента-

¹ Малинова И.П. *Философия правотворчества*. — Екатеринбург, 1996.

² Сапун В.А. *Теория правовых средств и механизм реализации права*. — СПб., 2002. — С. 12—16.

³ Ушаков А.А. *Содержание и форма в праве и советское правотворчество*: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1970; Пиголкин А.С. *Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР*: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 1981.

⁴ См., например: Москолькова Т.И. *Нормотворчество* / Т.И. Москолькова, В.В. Черников. — М., 2010; Баранов В.М. *Концепция законопроекта: Учебное пособие*. — Н. Новгород, 2003; *Концептуальные основы российского законодательства* / Под общ. ред. А.В. Малько, Н.В. Исакова, Т.Н. Бицовой. — Саратов; Минеральные Воды, 2011.

⁵ Малько А.В. *Политическая и правовая жизнь России*. — М., 2000. — С. 172—173.

цию, обратить внимание на определенные «кричащие» проблемы. Но для упорядочения оптимизации лоббистской деятельности, предотвращения ее негативных сторон необходим специальный закон, включающий правовые средства, полноценно и эффективно обеспечивающие такую деятельность. Законодательное закрепление лоббистской деятельности является фактором, «в значительной степени определяющим эффективность, прозрачность и легальность взаимодействия между носителями социальных притязаний (притязателями) и органами государственной власти»¹.

3. *Модельные законы и иные правовые акты рекомендательного характера как выражение официального правообразовательного почина.*

Принятие модельных законов практикуется Межпарламентской ассамблеей стран — участников СНГ. На основе модельных законов (кодексов) страны — участники СНГ в порядке законодательной инициативы, как стадии правотворческого процесса, могут разрабатывать и принимать национальные законы, в том числе кодифицированные акты. Модельные законы носят для этих стран рекомендательный характер и являются правовыми средствами правообразования на стадии правообразовательного почина. Практику принятия модельных законов можно распространить и на формирование права современной России, особенно на этапе правообразования применительно к региональному законодательству. Так, Институтом законодательства и правовой информации Иркутской области подготовлен проект модельного закона «О правовых актах субъектов Российской Федерации и правотворческой деятельности в субъекте Российской Федерации»².

4. *Акты индивидуального правового регулирования, частные (индивидуальные) договоры как правовые средства правообразования.*

Проблема индивидуального правового регулирования на стадии создания правовой нормы и правотворческой деятельности только обозначена в специальных юридических исследованиях и еще ждет досконального и обстоятельного рассмотрения³.

На этапе правообразования частные договоры как форма индивидуального регулирования содержат так называемые индивидуальные нормы, «микронормы», под которыми Т.В. Кашанина справедливо понимает правила поведения, сформулированные конкретными субъектами права, выражающие их собственную волю, пригодные для регулирования отношений (участниками которых они являются), относящихся к сфере правового регулирования⁴. Подобные индивидуальные нормы, выраженные в частных договорах, содержат правоположения, которые отсутствуют в нормах законодательства⁵. Они в определенной мере восполняют пробелы в позитивном праве и могут служить образцом будущих правовых норм, то есть непосредственно участвуют в процессе правообразования. При этом прослеживается взаимодействие правообразования, правотворчества и индивидуального регулирования: от индивидуальной правовой нормы частного договора (правообразование) — к созданию нормы права в новом, либо измененном, законе (правотворчество), а затем к разработке и заключению договора, к разрешению правовой ситуации на основе нормы закона (индивидуальное регулирование).

5. *Прецеденты судебной практики как правовые средства формирования права.*

Судебная практика оказывает непосредственное влияние на все этапы формирования права: от правообразования до правотворчества. Более того, прецеденты и правоположения судебной практики выступают в качестве правовых средств оптимизации правообразовательного процесса. В специальных исследованиях выявляется различная юридическая природа прецедентов и правоположений судебной практики, а также многообразие форм их проявления⁶.

Во-первых, судебные прецеденты выступают как источники права, содержащие правовые нормы. Подобные судебные прецеденты являются результатом судебного правотворчества в основном высших судебных инстанций. Эти судебные прецеденты получили распространение в англо-американской правовой системе. Здесь они окончательно сформировались как источники права, а значит, завершают процесс формирования права. В российской правовой системе подобная роль креативных прецедентов признается некоторыми юристами за правовыми позициями Конституционного Суда РФ⁷.

¹ Смирнова М.Г. Социальные притязания и лоббизм // Ленинградский юридический журнал. — 2009. — № 2 (16). — С. 72.

² Система правовых актов субъектов Российской Федерации: концепция и модель законодательного регулирования // Сборник методических предложений и рекомендаций. — Иркутск, 2008. — С. 125—133.

³ Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. — Иркутск, 2008. — С. 106—121.

⁴ Кашанина Т.В. Частное право: Учебник. — М., 2009. — С. 41.

⁵ Бухалов А.В. Договор как источник частного права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2011. — С. 13—14.

⁶ См.: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. — М., 2007. — С. 112—128; Сапун В.А. Правоположения судебной практики в системе источников российского права / В.А. Сапун, М.Г. Смирнова // Судебное правоприменение. Проблемы теории и практики. — М., 2007. — С. 210—214.

⁷ См.: Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. — М., 2003. — С. 37—59.

Во-вторых, судебные прецеденты есть результат официального нормативного судебного толкования. Такова юридическая природа постановлений Пленума Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда. Они содержат так называемые деклараторные прецеденты, имеют определенную степень обязательности, не содержат новых норм права, разъясняют смысл и содержание норм позитивного права, определяют порядок их применения. Подобные судебные прецеденты являются правовыми средствами правообразования и в конечном счете могут служить прообразом новых правовых норм, оптимизировать процесс их принятия, изменения или отмены, служат средством совершенствования действующего законодательства.

В-третьих, правоположения судебной практики по отдельным категориям юридических дел рассматриваются как результат официального казуального толкования. Будучи обобщенными в обзорах судебной практики высшими судебными инстанциями, они содержат убедительные прецеденты и по своей юридической природе являются сгустками профессионального правосознания судов на грани их перерастания в юридические нормы, и в этом качестве непосредственно участвуют в процессе правообразования, выступают своеобразным официальным правообразовательным починком.

Таковыми видятся правовые средства оптимизации формирования права на этапах правообразования и правотворчества.

Л.Р. Саркисян

Саркисян Лала Рубиковна — аспирантка кафедры теории государства и права Таганрогского института управления и экономики

Юридические фикции в правоприменительной практике

Юридическая фикция используется и на уровне формирования и развития правовых конструкций, и на уровне правотворческой деятельности, и на уровне правореализации. Применительно к каждой сфере она приобретает специфические характеристики, вплоть до негативных в правореализации.

Необходимость же использования фикций в механизме правового регулирования вызвана особенностями правового познания и развития, а также спецификой правового отражения действительности. Правовая реальность, как особый вид реальности, обладает особыми средствами отражения действительности и переложения ее на язык права. В качестве одного из таких «инструментов» выступает юридическая фикция.

Именно с помощью фикций конструируется несуществующая, или, точнее, условная, реальность. Тем не менее фикция может содержать и долю реальной действительности. Следует отметить и то, что само признание какого-либо факта, явления, действия или состояния фикцией влечет сознательное отмежевание от их вероятности.

Специфика правовой фикции заключается в том, что предписание, сформулированное при помощи такого приема, закрепляется в правовой норме и охраняется правом. Именно фиктивные положения принимаются во внимание законодателем и учитываются при выработке правил, содержащихся в тех или иных нормах. Иными словами, если регламентации подвергаются общественные отношения, подводимые под понятие фиктивных, то правовые нормы непосредственно воспринимают фиктивные положения, которые таким образом включаются в правовую материю как отражающие определенные закономерности, с точки зрения законодателя. В таком виде правовые фикции становятся общеобязательным правилом поведения, упрощают процесс правового регулирования общественных отношений, делают его более логичным. В результате не только отдельно взятая правовая норма, но и право в целом приобретают черты фиктивности, однако эта фиктивность вполне оправданна, поскольку демонстрирует наличие дополнительных возможностей права как социального регулятора.

Говоря о правовых фикциях, нельзя не учитывать мнения ряда исследователей, утверждающих особый, «нестандартный» статус последних на основании специфики качественных параметров, определяющих место фикции в нормативно-правовой системе.

Так, В.М. Горшенев делит все нормативные предписания на типичные, классические, к которым относит нормы права, и нетипичные, к которым относит в том числе и правовые фикции¹. По его мнению, нетипичные нормативные предписания по отношению к норме права и содержанию всего права имеют субсидиарный характер, выполняют роль обстоятельств, дополняющих всю композицию права, связывающих все его элементы в единую целостность.

Позволим себе не согласиться с мнением В.М. Горшенева, так как вряд ли справедливо утверждать, что правовая фикция не является нормой права, просто она весьма специфична и является «нетипичной» нормой права.

Аномальным явлением фикции выглядят и с точки зрения логики права, ведь известно, что право характеризуется высокой степенью формальной определенности. Именно с этой позиции, по мнению В.К. Бабаева, объясняются особенности понятия логики права.

Формальная определенность права предопределяет и своеобразие приемов формулирования и изложения предписаний юридических норм. Одним из аспектов подобного своеобразия являются правовые фикции. Их использование в праве явно противоречит законам формальной логики и может быть объяснено только формальной определенностью права². Формальная определенность — это точное, полное и последовательное закрепление государственной воли в установленной форме, выраженное в законодательном установлении круга общественных отношений, регулируемых правом,

¹ Горшенев В.М. Нетипичные нормативные положения в праве // Советское государство и право. — 1978. — № 3. — С. 113—117.

² Бабаев В.К. Понятие логики права. Проблемы советского государства и права // Межвузовский тематический сборник. — Иркутск, 1972. — Вып. 1, 2. — С. 166—173.

субъектов регулирования, их прав и обязанностей, правомерности или противоправности поведения, меры наказания за совершенные правонарушения и т. д.¹

Что же касается термина «законодательная техника», то это особая разновидность юридической техники, представляющая собой совокупность приемов написания проекта закона, правового акта, формулирования правовых предписаний, а также правила утверждения и опубликования проектов. Как система основанных на практике правотворчества и теоретически осмысленных правил и приемов подготовки наиболее совершенных и целесообразных по форме и структуре проектов нормативных актов, законодательная техника должна обеспечивать максимально полное и точное соответствие формы нормативных актов их содержанию, а также доступность, простоту, исчерпывающий охват регулируемых вопросов.

Однако понятие «законодательная техника» употребляется и в более узком смысле, а именно: как стадия технического построения нормы с присущими ей техническими приемами и средствами, одним из таких приемов является фикция².

Заметим, что использование фикции в качестве приема законодательной техники не отрицалось и в СССР. Наоборот, в этот период признавался исключительный характер данного средства: «правовая фикция представляет собой прием законодательной техники, исключительный характер которого признается даже и буржуазной доктриной»³.

Фикция как прием необходима законодательной технике, которая без нее не сможет обойтись именно в силу исключительности последней. Ее используют тогда, когда иные средства и приемы не эффективны при достижении законодательной цели.

Часто перед законодателем не ставится задача об адекватном и точном отражении окружающей действительности в правовой норме, а ставится задача регулирования конкретных общественных отношений с учетом определенных целей законодательной политики. В подобной ситуации законодатель прибегает к чрезвычайному техническому решению — к фикции, но лишь настолько, насколько конечная цель не может быть реализована или может быть реализована не столь эффективно при помощи других технических средств, более предпочтительных в силу того, что они не имеют такого явно ложного характера.

Характеризуя данный аспект юридической фикции, К.К. Панько пишет: «Фикция является своего рода спасательным кругом законодателя. С помощью этого приема достигаются цели законодательной политики...»⁴.

Основным признаком, характеризующим общественные отношения, регулирование которых производится с применением фикции как приема законодательной техники, является состояние невосполнимой неопределенности. При этом действие самой фикции проявляется в трех формах воздействия на реальность:

— нормативное признание существующего факта, не имеющего места в реальности, или нормативное отрицание факта, имеющего место в реальности;

— нормативное приравнивание в значении фактов или понятий, которые в реальности имеют различное значение;

— нормативное признание фактов существующими или обстоятельств наступившими до момента реального их наступления или появления, а также нормативное признание фактов существующими или обстоятельств наступившими позже момента реального их наступления или появления.

Специфика фикций как положений, заведомо неистинных и сознательно используемых законодателем, обуславливает то, что они в основном преобладают в гипотезах или диспозициях императивных норм. Фикции по природе своей императивны, и в данном случае не имеет никакого значения, к какой отрасли права они относятся. Конструкция правовой фикции как раз и работает на то, чтобы обойти возникающее в сфере правового регулирования состояние неопределенности, вызываемое ситуацией невосполнимой неизвестности, поэтому она категорична и императивна.

Существует также целый ряд норм, которые могут быть отнесены к правовым фикциям лишь в результате анализа их смысла и содержания, поскольку прямых словесных указаний в них не содержится.

В текстах нормативно-правовых актов правовые фикции могут также формулироваться в условной или условно-отлагательной форме.

От собственно правовых фикций необходимо отличать нормы, построенные в законодательных текстах с использованием изобразительно-выразительных средств языка, которые в буквальном прочтении предстают как безусловные правовые фикции.

¹ См.: Бабаев В.К. Формальная определенность и возможности формализации законодательства // Советское государство и право. — 1978. — № 4. — С. 44—47; Коган В.М. Логико-юридическая структура уголовного закона. — Алма-Ата, 1966. — С. 12.

² Марохин Е.Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве: Дис... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2004. — С. 47.

³ Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная техника. — М., 1974. — С. 220.

⁴ Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. — Воронеж, 1998.

Правовые фикции, по существу, лишь замещают юридические факты в тех случаях, когда динамика правовых отношений ожидает наличия факта, а реальная действительность в этой связи допускает пробел. Но ввиду того что логика правовой жизни требует доведения правоотношений до своего логического завершения, законодатель предполагает в качестве альтернативы факты вымышленные, устанавливая для них статус юридически значимых.

Юридические фикции вписываются в структуру правовой реальности как необходимые средства ее конструирования и могут классифицироваться в зависимости от их обусловленности теми или иными реалиями.

Проанализировав действующее российское законодательство и изучив основные научные воззрения на тему применения фикций и их проявления в современном российском праве, можно разделить их на частно-правовые и публично-правовые.

Так, Е.Ю. Марохин в своей работе к фикциям, содержащимся в гражданском законодательстве, относит:

1. Статью 42 ГК РФ «Признание гражданина безвестно отсутствующим»: «Гражданин может быть по заявлению заинтересованных лиц признан судом безвестно отсутствующим, если в течение года в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания».

Признание гражданина безвестно отсутствующим производится в порядке так называемого особого производства, при котором к рассмотрению принимается не иск, а заявление. Роль юридической фикции при реализации данной процедуры заключается в определении момента, с которого следует считать гражданина безвестно отсутствующим: в случае признания безвестно отсутствующим началом исчисления срока для признания безвестного отсутствия при невозможности установить день получения последних сведений об отсутствующем считается первое число месяца, следующего за тем, в котором были получены последние сведения об отсутствующем, а при невозможности установить этот месяц — первое января следующего года.

Определяемый подобным образом момент начала безвестного отсутствия является чистой воды фикцией, ведь невозможно утверждать, что гражданин пропал именно в первый день месяца, следующего за тем, когда были получены последние сведения о нем. Тем не менее законодатель упрощает механизм реализации данной нормы, связывая последствия признания с определенной датой.

2. Часть 3 статьи 45 ГК РФ «Объявление гражданина умершим»: «Днем смерти гражданина, объявленного умершим, считается день вступления в законную силу решения суда об объявлении его умершим. В случае объявления умершим гражданина, пропавшего без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основание предполагать его гибель от определенного несчастного случая, суд может признать днем смерти этого гражданина день его предполагаемой гибели».

Процедура признания гражданина умершим аналогична процедуре признания безвестно отсутствующим, различны лишь основания.

Роль юридической фикции, так же как и в вышеуказанной процедуре, сводится к определению момента, с которого гражданин считается умершим. Фиктивность данного приема не вызывает никаких сомнений.

Применение в указанных случаях метода юридической фикции продиктовано ее свойствами: категоричностью, формальным характером и неопровержимостью.

Процесс признания лица умершим или безвестно отсутствующим является формальной процедурой, влекущей серьезные юридические последствия.

В настоящее время в юридической науке сложилось несколько групп в зависимости от выражаемой ими точки зрения. Такие авторы, как В.А. Ойгензихт, А.К. Юрченко, С.М. Корнеев, считают, что объявление гражданина умершим и признание безвестно отсутствующим исходит из презумпции смерти лица, а О.А. Курсова, С.В. Тихомиров, Л.А. Душакова определяют данную норму как фикцию.

Особую позицию в данном вопросе занимает В.К. Бабаев. Он полагает, что фикцией является не само объявление гражданина умершим, а день признания его безвестно отсутствующим или объявления его умершим.

Эта позиция представляется единственно верной, то есть фикцией является не само объявление гражданина умершим (признание безвестно отсутствующим), а дата вступления в силу такого решения.

3. Часть 2 статьи 327 ГК РФ «Исполнение обязательства внесением долга в депозит»: «Внесение денежной суммы или ценных бумаг в депозит нотариуса или суда считается исполнением обязательства. Нотариус или суд, в депозит которого внесены деньги или ценные бумаги, извещает об этом кредитора».

Данная норма содержит исключение из общего правила: обязательство должно быть исполнено должником надлежащему лицу, которое вытекает из содержания статьи 312 ГК РФ, предусматривающей специальную процедуру, по которой должник может потребовать доказательств, что исполняет обязательство надлежащему лицу, и статьи 316 ГК РФ, согласно которой денежное обязательство должно быть исполнено в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства, а если

кредитором является юридическое лицо — в месте его нахождения в момент возникновения обязательства.

Норма данной статьи уточняет, что должник вправе внести причитающиеся с него деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса, а в случаях, установленных законом, — в депозит суда, если обязательство не может быть исполнено должником вследствие ряда указанных условий. Так, внесение данных средств на депозит будет означать, что должник с формальной точки зрения исполнил обязательства как бы перед реальным кредитором.

Юридическая фикция проявляется здесь в том, что фактически разные действия в силу ряда причин юридически считаются идентичными и влекут одинаковые правовые последствия.

4. Часть 2 статьи 435 ГК РФ «Оферта»: «Оферта связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом. Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается не полученной»;

статью 439 ГК РФ «Отзыв акцепта»: «Если извещение об отзыве акцепта поступило лицу, направившему оферту, ранее акцепта или одновременно с ним, акцепт считается не полученным»;

статью 442 ГК РФ «Акцепт, полученный с опозданием»: «В случаях, когда своевременно направленное извещение об акцепте получено с опозданием, акцепт не считается опоздавшим, если сторона, направившая оферту, немедленно не уведомит другую сторону о получении акцепта с опозданием».

Если сторона, направившая оферту, немедленно сообщит другой стороне о принятии ее акцепта, полученного с опозданием, договор считается заключенным».

При конструировании трех вышеуказанных норм, регламентирующих процедуру заключения договора, используется комплекс схожих по содержанию фикций. И все приведенные нормы направлены на недопущение двусмысленности в процессе заключения гражданско-правового договора, поэтому здесь вполне оправданно применен категоричный и не допускающий опровержений механизм юридической фикции: событие, имеющее место в реальной действительности, отрицается нормой, а следовательно — не порождает правовых последствий.

Подробнее хочется остановиться на понятии юридического лица, закрепленном статьей 48 ГК РФ, так как наиболее показательным представляется влияние общей теории фикций на становление, развитие и закрепление в законодательстве именно этого понятия. Проблемы и вопросы, связанные с данной концепцией, не могут найти своего решения начиная с XIX века.

Проанализируем признаки юридического лица с точки зрения теории фикции. Имущественная обособленность юридического лица четко отграничивает его от всех прочих субъектов гражданских отношений, указывая на юридическое лицо как на самостоятельный субъект. В данном случае уже нельзя сказать, что существует некая самостоятельная личность, отличная от самого юридического лица, которое может каким-либо образом распоряжаться его имуществом. Все возможные действия с имуществом могут осуществляться только самим юридическим лицом от своего имени в силу наделяемой статьей 49 ГК РФ правоспособностью. Кроме того, отсутствие какого-либо реального имущества у юридического лица на праве собственности, оперативного управления или хозяйственного ведения (ч. 1 ст. 48 ГК РФ) не означает, что оно не может быть признано юридическим лицом. Обладание имуществом на одном из трех названных вещных прав — достаточный, но не необходимый признак имущественного обособления юридического лица. Он может отсутствовать при наличии другого признака — обособления имущества посредством иных правовых форм.

Второй существенный признак юридического лица — самостоятельная имущественная ответственность, возможность выступать в качестве истца и ответчика в арбитражных судах и судах общей юрисдикции — также говорит в пользу самостоятельности юридического лица и независимости его воли от прочих субъектов. Как учредители юридического лица не отвечают по обязательствам, возникающим из деятельности юридических лиц, так и юридическое лицо не отвечает по обязательствам его учредителей.

Так называемое «организационное единство» юридического лица подразумевает наличие самостоятельной структуры, формирующей целостную «личность» юридического лица. «Личность» юридического лица, по мнению Е.Ю. Марохина, складывается из определенного законодательством набора органов, которые осуществляют управление юридическим лицом, выражают вонне его волю и реализуют интересы данного конкретного юридического лица. Физические лица — работники организации, предприятия, учреждения, олицетворяющие органы юридического лица, при этом являются выражениями воли и интересов юридического лица.

Таким образом, можно сказать, что законодатель сознательно идет на создание фикции — нового участника гражданско-правовых отношений, обладающего самостоятельными целями и интересами, наделяет его волей, направленной вонне и возможностью деятельности на правовом поле. Но тем не менее возникают зачастую вопросы вокруг ответственности юридических лиц, невозможности привлечения к уголовной ответственности, фиктивности понятия вины, отождествления свойств физической и юридической личности. Однако, чтобы не случилось, юридическое лицо существует в сфере правовой реальности и подчиняется собственным законам развития.

Указав лишь некоторые нормы гражданского законодательства, в которых используется юридическая фикция, отметим, что их основным назначением является пресечение ситуаций неопределенности и двусмысленности в гражданско-правовых актах.

В результате исследования норм гражданского законодательства также было установлено, что юридические фикции используются в гражданском праве в следующих случаях:

- как способ преодоления ситуации неопределенности (неизвестности);
- как средство юридической экономии;
- как способ распространения правового режима одного объекта на другой объект;
- как элемент правовой конструкции юридического лица.

При этом анализ юридических фикций, используемых законодателем в механизме гражданско-правового регулирования в целях юридической экономии и распространения правового режима одного объекта на другой объект, показал, что в большинстве случаев эти цели могут быть достигнуты с использованием юридико-технических конструкций, не связанных с противоречием действительности.

Так, В.Ю. Чуфаров¹ в своей работе рассматривает нетипичные нормативные предписания в трудовом праве, выделяет виды фикций в трудовом законодательстве.

При рассмотрении фикций в трудовом праве прежде всего следует учитывать, что юридические фикции, служащие средством преодоления ситуаций правовой неопределенности, представляют собой исключительный прием юридической техники, поэтому нормы-фикции в трудовом праве должны использоваться только в тех случаях, когда не имеется реальной возможности достичь необходимого результата в сфере правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений при помощи иных приемов юридической техники. Все это обуславливает тот факт, что правовые фикции относятся к числу малоисследованных в науке трудового права нетипичных нормативных предписаний.

Вообще, нормы-фикции, используемые в трудовом праве, могут содержать в своей основе не только вышеуказанные факты, но и иные «фиктивные» обстоятельства.

В.Ю. Чуфаров классифицирует нормы-фикции, используемые в трудовом праве, на отдельные виды в зависимости от способа закрепления неистинного положения в их тексте: 1) фикции, приравнивающие понятия, которые в действительности различны; 2) нормы-фикции, признающие реально не существующие обстоятельства и отрицающие существующие; 3) нормы-фикции, признающие существующими обстоятельства до того, как они стали существовать, или если они возникли позже, чем это было в действительности.

Так, к нормам-фикциям в ТК РФ автор относит статьи 81 «Расторжение трудового договора по инициативе работодателя», 58 «Срок трудового договора», часть 1 статьи 72.2 «Временный перевод на другую работу», статью 194 «Снятие дисциплинарного взыскания».

Необходимо, чтобы нормы-фикции, закрепленные в тексте нормативно-правового акта, находились в строгом соответствии с целями, задачами трудового законодательства.

В.Ю. Чуфаров, подводя итог рассмотрению презумпций и фикций в трудовом праве, сделал вывод о том, что они представляют собой особую группу нетипичных нормативных предписаний, выполняющих системооптимизирующую функцию в отрасли, в которой предписания нормы-фикции категоричны и представляют собой заведомо ложное положение.

Что же касается правовых фикций, которые вытекают из отношений в природе и обществе («натуральных»), то наиболее ярким примером отношений подобного рода являются отношения, относящиеся к сфере регулирования семейного права.

Необходимо отметить, что фикции в данной сфере правового регулирования приравнивают друг к другу те или иные социальные или биологические состояния. Именно юридическая фикция представляет собой одно из средств реального объективирования в праве принципа гуманизма и единственное средство решения проблемы.

В российском праве институт усыновления также базируется на фикциях: части 2 и 3 статьи 134 СК РФ «Имя, отчество и фамилия усыновленного ребенка»: «По просьбе усыновителя усыновленному ребенку присваиваются фамилия усыновителя, а также указанное им имя. Отчество усыновленного ребенка определяется по имени усыновителя, если усыновитель мужчина, а при усыновлении ребенка женщиной — по имени лица, указанного ею в качестве отца усыновленного ребенка. Если фамилии супругов-усыновителей различные, по согласованию супругов-усыновителей усыновленному ребенку присваивается фамилия одного из них».

При усыновлении ребенка лицом, не состоящим в браке, по его просьбе фамилия, имя и отчество его матери (отца) записываются по указанию усыновителя (ч. 3 ст. 134 СК РФ), для обеспечения тайны усыновления могут быть изменены дата и место рождения усыновляемого ребенка (п. 1 ст. 135 СК РФ) и иные положения норм статей 136—137 СК РФ.

¹ Чуфаров В.Ю. Нетипичные нормативные предписания в трудовом праве: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2010. — С. 183.

Целью применения данного правового механизма является наиболее полная интеграция усыновленного ребенка в семью усыновителя, результатом его реализации — фикция, согласно которой семья усыновителя является родной семьей усыновленного ребенка.

В целом же роль юридической фикции в институте усыновления заключается в том, что генетически не родные усыновитель и усыновляемый в результате произведенной процедуры усыновления считаются идентичными родным, а при надлежном соблюдении тайны усыновления, установленной статьей 319 СК РФ, считаются таковыми и неопределенным кругом лиц, непосвященным в тайну усыновления.

Тем не менее отношения, возникающие в связи с усыновлением (уравниванием биологического и юридического состояния), связаны с комплексом проблем не только морально-нравственного плана, но и вновь возникающими по мере развития медицины и генетики (искусственное оплодотворение, трансплантация органов и тканей, клонирование). Эти проблемы также невозможно будет решить, не используя фиктивные юридические конструкции, так как в данных случаях необходимо уравнивание состояний — в первую очередь из гуманных соображений.

Категоричность и непровержимость выступают еще одним из моментов в пользу применения фикций. Именно данные черты юридической фикции наиболее востребованы в сложившейся жизненной ситуации.

Фикции, вызванные к жизни различными группами реалий, обладают некоторой спецификой и выполняют различные функции. Фикции, вызванные реалиями юридической науки, обусловлены направлениями и законами развития юридической научной доктрины и являются частицами опорных конструкций правовой реальности. Фикции, вызванные антропогенными факторами и особенностями отношений в обществе, выполняя функцию приравнивания одного состояния к другому, являются одним из средств объективации принципа гуманизма в праве.

Таким образом, новейшие технологии порождают массу проблем для юридической науки и практики нормотворческой деятельности и требуют соответствия нормотворческих решений подобных проблем как основным нравственным принципам, так и базовым началам правовой реальности; вызывают необходимость правильного подбора и использования адекватных юридико-технических средств и обуславливают такое их сочетание, дабы не нарушить ни морально-нравственные, ни правовые принципы. Поэтому при всем удобстве использования правовых фикций в урегулировании такого рода отношений применять их нужно и должно только в рамках позитивных правовых технологий.

Итак, в результате анализа норм частного права, сформированных при помощи метода юридической фикции, мы пришли к выводу, что в каждой отрасли права использовался для достижения разных целей один и тот же юридико-технический механизм:

— в гражданском праве основным назначением юридической фикции является пресечение ситуаций неопределенности и двусмысленности в гражданско-правовых отношениях;

— в трудовом праве юридические фикции используются только в исключительных случаях, когда не имеется реальной возможности достичь необходимого результата в сфере правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений при помощи иных приемов юридической техники;

— в семейном праве юридические фикции применяются по соображениям гуманности в наиболее деликатных ситуациях.

Необходимо отметить, что достаточно широкое распространение юридические фикции получили в уголовном законодательстве. Специфика использования фикций в уголовном праве заключается в том, что она служит средством воплощения политики законодателя, где определяющим моментом использования фикций будет необходимость соблюдения справедливости. Видится, что это вполне оправданно, так как одной из основополагающих функций уголовного права является возложение уголовной ответственности.

Проблеме проявления фикций в уголовном праве было посвящено исследование К.К. Панько «Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении)», в котором он достаточно подробно рассмотрел особенности их использования в уголовно-правовых понятиях и институтах (а именно понятии преступления и его составе), фикции в законодательной регламентации освобождения от уголовной ответственности, а также фикции в законодательной регламентации назначения наказания, освобождения от отбывания наказания и других правовых последствий¹.

Следует согласиться с ученым в том, что фикция была применена при конструировании института неоднократности преступлений до вступления в силу Федерального закона от 8 декабря 2003 года «О внесении изменений и дополнений в УК РФ», который исключил понятие неоднократности из УК РФ. Суть данной фикции заключалась в наличии фактической неоднократности преступления, которая по букве закона таковой признана быть не может, то есть в отрицании реально существующих обстоятельств и их уголовно-правового значения.

¹ Панько К.К. Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении): Дис... канд. юрид. наук. — Воронеж, 1998.

В институте рецидива преступлений юридическая фикция также находит свое применение. Уголовным законом рецидив преступлений в действиях лица связывается с совершением им умышленного преступления и наличием судимости за ранее совершенное умышленное преступление. Суть фикции рецидива преступлений состоит в том, что не все лица, фактически представляющие повышенную общественную опасность, юридически признаются таковыми: при фактической судимости считаются несудимыми.

Видится целесообразным то, что в юридических конструкциях погашения и снятия судимости используется фикция, необходимая для аннулирования судимости как особого правового состояния, которое связано с возложением на лицо конкретных ограничений общего и уголовно-правового характера.

Присутствие фикций, исходя из формулировки части 3 статьи 86 УК РФ «Снятие судимости», очевидно: имевший место в реальной действительности в прошлом факт признается несуществующим, а следовательно — не порождающим обычных правовых последствий для субъекта. В данном случае мы опять-таки видим гуманную направленность фикции.

К.К. Панько усматривает проявление фикции в существовании в уголовном праве формальных составов, которые законодатель считает оконченным преступлением независимо от наступления вредных последствий. «Суть фикции формальных составов в том и состоит, что преступное деяние есть в описанной уголовном законом конструкции, а противоправных последствий нет, они вне закона. Деяние общественно опасно не само по себе, а потому, что вызывает вредные последствия, и только потому, что вызывает вредные последствия. Уголовный закон, в котором законодатель использует фикцию как прием юридической техники, стремится опередить вред. Поэтому поведение, могущее породить вредные последствия, обозначается уголовным законом как противоправное и уголовная ответственность наступает уже за противоправное деяние, не дожидаясь вредных последствий»¹. Проявление фикции в данном случае заключается в том, что законодатель объявляет «неоконченное оконченным».

Возможно, основным мотивом законодателя при формировании формальных составов было обеспечение безопасности общества, для некоторых деяний даже стадия подготовки к совершению уже вызывает угрозу интересам и безопасности общества. Поэтому моментом окончания для формальных преступлений законодатель считает «только действие или бездействие, потому что в этих преступлениях наступление вредных последствий законодатель выводит за рамки состава, считая само деяние настолько опасным, что не желает дожидаться наступления вредных последствий»².

Анализируя институт освобождения от уголовной ответственности, К.К. Панько относит его целиком к случаю применения фикции: «Освобождение от уголовной ответственности — это разновидность уголовно-правовых фикций как приема законодательной техники... Данная конструкция отражает отклонение от обычного порядка связей между событиями в правовой сфере; ее моделирование предопределено задачами правового регулирования: закрепить положение, противоречащее логике развития событий, при котором преступление есть, а уголовная ответственность за его совершение отсутствует»³.

Е.Ю. Марохин в своей работе считает, что не следует все способы освобождения от уголовной ответственности, регламентируемые нормами главы 11 УК РФ (ст. 75 «Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием», ст. 76 «Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим», ст. 78 «Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности»), безоговорочно относить к юридическим фикциям⁴. Такого же мнения придерживается и О.А. Курсова, которая полагает, что К.К. Панько за счет нечеткости и размытости самого понятия фикции в некоторых ситуациях распространяет ее на конструкции, к которым она не имеет отношения.

Иная ситуация возникает при рассмотрении третьего основания для освобождения от уголовной ответственности, предусмотренного статьей 78 УК РФ «Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности».

Прекращение дела за давностью, конечно, не является признанием невиновности лица. Более того, оно означает, что речь идет именно о виновном, так как «давность» не может быть применена к тому, кто вообще не подлежит уголовной ответственности.

Н.Д. Дурманов считает, что именно отпадение или существенное уменьшение общественной опасности совершенного деяния объясняет природу существования в уголовном праве института давности⁵.

¹ Панько К.К. Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении): Дис... канд. юрид. наук. — Воронеж, 1998. — С. 130.

² Там же. — С. 138.

³ Там же. — С. 149.

⁴ Марохин Е.Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве: Дис... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2004. — С. 118.

⁵ Дурманов Н.Д. Давность и погашение судимости. — М., 1939. — С. 3.

«В основе законодательной конструкции освобождения от ответственности и наказания по давности, — пишет К.К. Панько, — лежит нецелесообразность действия уголовно-правовых последствий за пределами максимальной меры наказания»¹. Именно с позиции целесообразности можно в полной мере объяснить существование в уголовном праве института давности. Законодатель сознательно отграничивает возможность привлечения лица за общественно опасное деяние по основанию нецелесообразности столь длительной мобилизации аппарата государственного принуждения, в то время как лицо не теряет опасности для общества или, по крайней мере, об этом ничего не известно.

В этом и состоит роль юридической фикции при формировании данного института, и в отличие от норм статей 75—76 УК РФ лицо, совершившее преступление, не теряет общественной опасности, государство не достигает в его отношении целей уголовного преследования, но тем не менее прекращает таковое.

Вполне оправданным считается отнесение института условного осуждения (ст. 73 УК РФ) к случаям применения фикции: «При условном осуждении законодатель использует фикцию как прием юридической техники на стадии исполнения наказания: суд в обвинительном приговоре определяет его вид и размер, а государство отказывается от реальной уголовной репрессии, если осужденный выполнит определенные условия»². Фиктивный характер наказания при условном осуждении выражен в том, что действия виновного не оправдываются. Суд признает подсудимого виновным в совершении преступления и, исходя из квалификации и обстоятельств дела, определяет справедливый для данного случая вид наказания.

Используемая в данной конструкции фикция служит действенным средством воплощения уголовной политики в отношении граждан, «допустивших ошибку, но способных ее осознать и встать на правильный путь без изоляции от общества и других видов реального наказания»³.

В уголовном праве фикция используется для воплощения принципа гуманизма, и одним из наиболее ярких примеров может послужить такая особенность разрешения коллизий между старыми и новыми законами, как обратное действие (обратная сила) нового закона и переживание старого закона.

В конструкции обратной силы закона фикции необходимы для того, чтобы уравнивать прошлое и настоящее, тем самым создавая собственное юридическое время.

Примером «перемещения» свойств объектов может послужить и понятие экстерриториальности. В современном российском законодательстве данная категория закреплена в части 4 статьи 11 УК РФ. Эта юридическая условность вызвана необходимостью ограждения свободы и независимости дипломатических представителей иностранных государств, без чего немислимо исполнение ими возложенных на них обязанностей. С помощью фикций создается один из необходимых элементов функционирования международных связей.

Другим ярким примером перемещения свойств объектов в процессе идеализации при конструировании фиктивного положения служит понятие условной территории или объектов, приравненных к государственной территории в части уголовно-правовой юрисдикции, в частности континентальный шельф (ч. 2 ст. 11 УК РФ), водные (морские и речные) и воздушные суда, приписанные к портам РФ.

Проанализировав исследования О.А. Курсовой, Е.Ю. Матюхина и К.К. Панько по вопросу применения юридических фикций в уголовном законодательстве, необходимо отметить, что К.К. Панько в своей работе чрезмерно широко трактует понятие юридической фикции относительно понятия преступления и освобождения от уголовной ответственности.

Дополнительную окраску все группы реалий получают попадая в сферу регулирования той или иной отрасли права, точно так и правовые фикции, вытекающие из той или иной группы реалий, приобретают специфические черты в зависимости от принадлежности к той или иной отрасли права. Функции фикций, а также необходимость их использования в рамках отрасли права зависят от ее целей, задач и принципов.

Ярко выраженной спецификой обладают фикции и в конституционном праве. Это связано как с особенностями предмета правового регулирования, так и с сосредоточением в большинстве своем абстрактных возможностей, правового потенциала и, безусловно, с тем, что конституционное право опирается в основном на реалии юридической науки, в связи с чем многие конституционные положения базируются на условных конструкциях, в основе которых может лежать фикция. На уровне данной отрасли права можно выделить доктринальные фикции, фикции-конструкции (статистические) и нормативные динамические фикции.

Необходимо отметить, что в данном случае следует отграничивать применение фикций как средства юридической техники от фиктивности самих норм и абстрактных правовых возможностей, закре-

¹ Панько К.К. Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении): Дис... канд. юрид. наук. — Воронеж, 1998. — С. 168.

² Там же. — С. 176.

³ Там же. — С. 115.

пленных в Конституции. Игнорирование этой проблемы может привести к крайне негативным последствиям и особенно опасно в условиях расцвета правового нигилизма.

Легальные фикции конституционного права ни в коей мере не умаляют значения этой отрасли, а напротив, их использование способствует воплощению высоких принципов равноправия, демократии, свободы.

В процессе формирования юридических конструкций в конституционном праве велика роль так называемой доктринальной фикции, которая и позволяет создавать сложные юридические конструкции.

Достаточно специфичные функции выполняют юридические фикции и в налоговом праве. Во многом это связано с тем, что современное налоговое право представляет собой некий компромисс интересов собственности и фискальных притязаний государства. Противоречие между стремлением государства взять больше и желанием налогоплательщиков заплатить меньше в современном налоговом праве преломляется и реализуется через принцип налоговой справедливости. В силу этого в налоговом праве активно используются юридические фикции, которые, как правило, направлены на «улавливание» платежеспособности налогоплательщика, а также на ликвидацию налоговых лазеек в законодательстве.

При анализе первой части Налогового кодекса РФ можно выделить следующие нормы, созданные с помощью юридических фикций:

— часть 2 статьи 11 «Институты, понятия и термины, используемые в настоящем Кодексе». Фиктивный характер данного положения состоит в том, что физическое лицо, формально не получившее статуса индивидуального предпринимателя, но реально ведущее предпринимательскую деятельность, в целях реализации налоговой справедливости, в отношении обязательства уплаты налогов приравнивается предпринимателям;

— статью 20 «Взаимозависимые лица». Перечисленные в данной норме лица в действительности являются зависимыми друг от друга. Данное положение является юридической фикцией, так как признает существующим то, чего в действительности не существует. Причиной введения данной нормы была фактическая взаимосвязь лиц, с помощью которой, руководствуясь личными, семейными, корпоративными и прочими мотивами, данные лица могут повлиять на обычное течение гражданско-правовых отношений. Необходимость введения в законодательство данной фикции продиктована желанием законодателя реализовать в НК РФ правовую политику налоговой справедливости. Реализация заложенной в статье 20 НК РФ фикции возможна также на стадии правоприменения посредством определения суда;

— часть 2 статьи 42 «Доходы от источников за пределами РФ», пункт 6 статьи 69 «Требование об уплате налога и сбора», часть 1 статьи 212 «Особенности определения налоговой базы при получении доходов в виде материальной выгоды» и др.

Таким образом, особенностью юридических фикций, использованных при формировании Налогового кодекса РФ, является то, что они стали носителем «правовой политики налоговой справедливости во взаимоотношениях налогоплательщика и государства»¹. Применение фикций привело к неприкрытой формализованности некоторых механизмов, основной целью которых стало взимание во что бы то ни стало налогов с лиц, получающих, по мнению законодателя (а в реальности в большинстве случаев не получающих), доход в скрытой форме.

¹ Карасева М.В. Презумпции и фикции в части первой Налогового кодекса РФ // Журнал российского права. — 2002. — № 9. — С. 79—80.

В.В. Сверчков

Сверчков Владимир Викторович — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Задачи, решаемые государством посредством уголовного законодательства

Общество и государство в лице законодательной власти в разные периоды своего развития закрепляли в уголовном законодательстве свойственные ему специфические задачи. Эти задачи были связаны с тем или иным политическим режимом¹, экономической обстановкой, каноническими устоями, однако их стержнем оставалась *охрана личности, общества, государства*. В иерархии задач, закрепленных в отечественном уголовном законодательстве, прежде главенствующее положение занимала охрана интересов государства (власти). В настоящее время во главе охраняемых уголовным законом ценностей находятся интересы личности. Это отчетливо видно из структуры УК РФ, Особенную часть которого возглавляет статья 105, предусматривающая ответственность физического лица за умышленное лишение жизни другого человека.

Итак, в действующем российском уголовном законодательстве на первое место охраны поставлены интересы человека и гражданина, далее — интересы общества и в третью очередь — интересы государства (см. ч. 1 ст. 2 УК РФ). Эту последовательность можно наблюдать в самой структуре УК РФ, Особенная часть которого начинается разделом VII «Преступления против личности». К тому же значительно усилены санкции уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за преступления против жизни и здоровья человека, введены новые нормы, защищающие *интересы личности*. Далее, в разделах VIII и IX УК РФ закреплены нормы об ответственности за преступления против экономики, общественной безопасности и общественного порядка. В этих разделах говорится о первоочередной охране (и защите) *общественного устройства*. И только в разделах X и XI приоритетную охрану (и защиту) приобретают *интересы государства*. В данных разделах речь идет о преступлениях против государственной власти и военной службы. Отдельной задачей выделено *обеспечение мира и безопасности человечества*. Решение этой задачи заключено в раздел XII УК РФ.

Между тем вопрос о приоритетных задачах, решаемых государством посредством российского уголовного законодательства, остается открытым прежде всего потому, что многие ученые-правоведы считают интересы отдельной личности производными от интересов общества и государства. Открыт этот вопрос и в связи с растущей ролью в жизни России норм международного права, норм коллективной безопасности в сфере противостояния преступлениям против мира и безопасности человечества.

Задачи, решаемые посредством отечественного уголовного права/законодательства, вытекают из его функций.

Основной функцией уголовного права/закона традиционно считается охрана общественных отношений, а также иных неотъемлемых от личности благ. Именно охрана, а не защита, поскольку данная функция осуществляется непрерывно и независимо от состояния преступности (изменения ее уровня, структуры, динамики и т. д.). Функция же защиты в большей мере находит отражение в предупреждении совершения преступления осужденным лицом, иными словами — в частной превенции.

Предупреждение преступлений можно назвать *производной* (от охранительной) функцией уголовного права/законодательства.

Охранительная и предупредительная функции норм уголовного закона соответственно выражаются в задачах, решаемых посредством уголовного права как отрасли права. В настоящее время перед российским обществом (перед государством в лице компетентных органов, применяющих уголовно-правовые нормы) стоят следующие задачи (см. ч. 1 ст. 2 УК РФ):

— охрана личности, общества, государства (прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя РФ) от общественно опасных посягательств;

— обеспечение мира и безопасности человечества;

¹ Например, статья 3 Руководящих начал по уголовному праву РСФСР 1919 года провозглашала: «Советское уголовное право имеет задачей — посредством репрессий охранять систему общественных отношений, соответствующую интересам трудящихся масс, организовавшихся в господствующий класс в переходный от капитализма к коммунизму период диктатуры пролетариата». В статье 1 УК РСФСР 1960 года говорилось: «Уголовный кодекс РСФСР имеет задачей охрану общественного строя СССР, его политической и экономической систем, социалистической собственности, личности, прав и свобод граждан и всего социалистического правопорядка от преступных посягательств».

— предупреждение преступлений¹.

Представляется, что набор указанных задач не является исчерпывающим. Он может быть изменен: сужен или расширен в зависимости от преобразований в социально-экономической и социально-политической сферах государства, совершенствования уголовно-правовой науки и законодательства. Так, научно обосновав воспитательную функцию уголовного закона (как разновидность предупредительной функции), вполне логично в качестве его задачи рассматривать *воспитание* граждан в духе уважения и соблюдения предписаний российского законодательства, в том числе уголовно-правовых норм: выполнения возложенных обязанностей, воздержания от запрещенного поведения, реализации предоставленных уголовным законодательством прав. Кстати, задача воспитания граждан в духе соблюдения законов получила обоснование в доктрине советского уголовного права и предусматривалась Основами уголовного законодательства Союза ССР и республик от 2 июля 1991 года, которые так и не были введены в действие (1 июля 1992 г.) в связи с распадом СССР.

В соответствии с регулятивной функцией государство посредством уголовного закона также *регулирует общественные отношения* в связи с совершением деяния, предусмотренного УК, что выражается в регламентировании правомерного поведения правоприменителя или лица, реализующего свое право на оборону, устранение иной опасности, задержание лица, совершившего общественно опасное деяние, и т. д., в том числе путем причинения дозволенного вреда (см. ст. 37—39 УК РФ).

Основные задачи, подлежащие решению посредством уголовного законодательства, сформулированы согласно Конституции России (закрепленным в ней нормам). Например, задача охраны прав и свобод человека и гражданина вытекает из статей 19, 21—25, 28—30 Основного закона. Указанные статьи гарантируют охрану и защиту прав граждан России независимо от национальности, расы, социального положения, языковой или религиозной принадлежности; охрану и защиту основных прав, достоинства личности, неприкосновенности личности, частной жизни, личной и (или) семейной тайны, чести, жилища и т. д. Задача охраны собственности основывается на статье 8 Конституции России.

Вместе с тем, думается, что охрана государственного устройства как задача, решаемая посредством уголовного законодательства, должна быть на первом месте. Конечно же, не столько на бумаге, сколько по существу². Ослабление государственной власти и развал государства начинаются со смен в сознании людей приоритетов охраны общественных отношений. В головы граждан РФ вселили мысль и в текстах многочисленных учебных и научных изданий по уголовному праву написали (со ссылкой на современное российское уголовное законодательство) о том, что интересы государства и общества менее значимы, нежели интересы личности, поэтому предпочтение следует отдавать интересам личности, затем интересам общества и только в третью очередь интересам государства.

Аргументация авторов этой последовательности интересов явилась одним из показателей того, что государственная власть утратила свою силу, авторитет и значимость, что государственность оказалась в состоянии, о котором можно сказать словами Уильяма Шекспира: «Какая-то в державе датской гниль»³. Увы, немалую лепту в утрату народной веры в государственную власть внесли ее лицемерные и корыстолюбивые представители. Формализм, некомпетентность, лицемерие, чрезмерное честолюбие и стремление к власти для использования ее в личных целях особенно поразили те механизмы государства, которые были созданы для обеспечения его безопасности.

Итак, в настоящее время задачами, решаемыми посредством отечественного уголовного права как отрасли права, можно признать охрану и регулирование общественных отношений в связи с совершением и по поводу совершения деяния, предусмотренного УК, воспитание граждан в духе уважения и соблюдения предписаний российского уголовного законодательства, а также общее и специальное предупреждение преступных деяний. Первостепенной задачей является охрана интересов личности, далее — общества и, наконец, государства; а также обеспечение мира и безопасности человечества.

Время покажет, как будут развиваться общественные отношения при фактическом определении приоритетов их охраны. Совпадут ли эти приоритеты с установлениями, закрепленными в нормативном правовом акте? Так или иначе, необходимость охраны жизни и здоровья человека просматривается практически во всех главах и разделах УК РФ.

Цели, достигаемые государством посредством уголовного законодательства, в УК РФ, к сожалению, не определены. Однако несомненно то, что главной *целью* является охрана общества от посягательств, подрывающих условия его существования⁴.

¹ В некоторых законодательствах аналогичные задачи названы *целями* уголовного закона (см.: ст. 1 УК Грузии; ст. 2 УК Кыргызской Республики; ст. 2 УК Республики Молдова; ст. 1.02 УК штата Техас США).

² Трудно не согласиться с теми авторами, которые предложили перейти от доктрины индивидуализма и установления гарантий для отдельного индивида к доктрине общественной безопасности и обеспечения прав большинства населения, без чего невозможно гарантировать права каждого отдельного человека (см.: *Побегайло Э.* Кризис современной российской уголовной политики // Уголовное право. — 2004. — № 4. — С. 116).

³ Гамлет, принц Датский: Трагедия / Пер. с англ. Б.Л. Пастернака. — М., 2010 (акт I, сцена IV).

⁴ Законодатели некоторых государств сформулировали и цели, и задачи уголовного законодательства (см. соответственно ч. 1 и 2 ст. 2 УК Кыргызской Республики); цели его главы и раздела (см. ст. 2.1, 71.1 УК Австралии).

И.Н. Сенякин, В.Н. Барсукова

Сенякин Иван Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права;

Барсукова Вероника Николаевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Саратовской государственной академии права

Основные направления совершенствования структуры кодифицированного законодательства Российской Федерации

Существенные изменения в социально-экономической, политической и духовной жизни российского общества вызывают объективную необходимость приведения законодательства в соответствие с условиями развития рыночных отношений, международными стандартами защиты прав и законных интересов личности.

Проводимые реформы, не имея достаточной правовой базы и опыта осуществления, привели к разбалансированности государственной системы, социальному напряжению в обществе. Все это подталкивает законодателя к более активному регламентированию современных общественных процессов, принятию новых нормативно-правовых актов, отвечающих реалиям сегодняшнего дня, среди которых особую роль играют кодифицированные акты. Именно они заметно влияют на уровень системности законодательства и его доступности в процессе реализации, охватывают правовым регулированием интенсивно развивающиеся социальные отношения с учетом их перспективности, усиливают эффективность правового воздействия на субъектов правоотношений.

В литературе нет единства относительно понятия кодифицированного акта¹. На наш взгляд, под кодифицированным актом следует понимать нормативный правовой акт, являющийся одновременно результатом правотворчества и систематизации законодательства, регулирующий обширную область общественных отношений, призванный оформить систему отраслей и институтов права, принимаемый в специфической форме (основы законодательства, кодекс, устав и т. д.) и особом порядке, направленный на преодоление несогласованности и дублирования разрозненных норм.

Выбор формы и вида кодифицированного акта предопределяет его структурные особенности. Структура — одна из важнейших характеристик юридико-технического оформления нормативного акта. Только при наличии сбалансированной структуры кодифицированный акт будет обладать такими характеристиками, как точное соответствие системе кодифицируемой отрасли (подотрасли, института) права, единство, системность, целостность, согласованность, логическая завершенность, стабильность, доступность для правоприменителей.

В данной статье нами предпринята попытка сформулировать некоторые рекомендации для субъектов правотворчества по вопросу формирования качественной структуры кодифицированного акта.

Кодифицированный акт обычно отличают большой объем и сложная структура. С точки зрения внутренней организации нормативного материала кодифицированный акт характеризуется не только единством, высокой степенью взаимообусловленности включенных в него норм, но и четкой системой их распределения. В кодифицированном акте сосредоточивается вся либо основная масса нормативного материала данной отрасли (подотрасли) законодательства, что требует тщательной выработки структуры акта с тем, чтобы она была хорошо продумана, логически выстроена, обеспечивала последовательное развитие темы правового регулирования и удобство пользования нормативным материалом. Как верно отмечается в литературе, правильная конструкция структуры кодифицированного нормативного акта облегчает толкование его норм и их применение судами и другими органами².

Указанные факторы обуславливают необходимость анализа таких категорий, как технология структурирования и структура.

¹ См.: *Рахманина Т.Н.* Кодификация законодательства. — М., 2005. — С. 38; *Краснослободцева Н.К.* Роль основ российского законодательства в правотворчестве субъектов Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2002. — С. 60; *Чухвичев Д.В.* Кодификационные акты, их специфика и значение в системе права // Государство и право. — 2009. — № 8. — С. 6.

² См.: Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / Под ред. С.Н. Братуся, И.С. Самощенко. — М., 1962. — С. 199; *Фархтдинов Я.Ф.* Источники гражданского процессуального права. — Казань, 1986. — С. 88.

Под технологией структурирования кодифицированного акта, по нашему мнению, следует понимать осуществляемую в установленном порядке системную, целенаправленную деятельность компетентного субъекта по формированию качественной структуры кодифицированного акта с помощью научно обоснованного комплекса правотворческих действий, принципов, средств, приемов и правил.

Признаки технологии структурирования кодифицированных актов в основном совпадают с признаками юридической технологии в целом. Представляется, что к их числу относятся следующие: 1) это осознанная деятельность субъекта нормотворчества; 2) эта деятельность носит системный и целенаправленный характер; 3) ее результатом является оптимальная структура кодифицированного акта; 4) указанная технология, как и любой иной вид технологии, имеет сложный полиструктурный состав; 5) представляет собой систему этапов (стадий), режимов и процессуальных производств; 6) является залогом качества правового результата в виде кодифицированного акта; 7) отражает специфику конкретно-исторических условий своего существования и связана с уровнем общей и правовой культуры; 8) составляет важнейшую часть нормотворческой практики.

Принципы технологии структурирования кодифицированных актов представляют собой фундаментальные идеи (идеалы) и исходные руководящие начала (общеобязательные требования), обеспечивающие высокое качество подготовки структуры кодифицированных актов. К их числу, на наш взгляд, следует относить принципы, присущие законодательной технологии как таковой¹: законность, научность, объективность, профессионализм, стабильность, непрерывность совершенствования, целесообразность и оперативность в нормотворческой деятельности.

В содержание технологии структурирования кодифицированных актов в первом варианте ее понимания, по нашему мнению, входят: а) совокупность правил юридической техники, применяемых при формировании структуры нормативного акта; б) тактика формирования структуры кодифицированных актов; в) стратегия структурирования кодифицированных актов; г) объект; д) предмет; е) субъекты; ж) участники; з) процессуальные формы деятельности по формированию структуры кодифицированного акта (разнообразные юридические стадии, производства и режимы, закрепленные в соответствующих нормативных актах, регулирующих деятельность нормотворческих органов); и) сами действия и операции по разработке структуры кодифицированного акта; к) показатели, характеризующие качество структуры кодифицированного акта.

Одним из основных элементов содержания технологии структурирования кодифицированных актов является юридическая техника. По справедливому замечанию Н.А. Власенко, Т.Я. Хабриевой, юридическая технология и юридическая техника соотносятся как целое и часть. Последняя является неотъемлемой частью юридической, в том числе и нормотворческой, технологии, условием ее функционирования. Если юридическая технология отвечает на вопрос: как делать, в какой последовательности осуществлять те или иные юридические операции, то юридическая техника отвечает на вопрос: с помощью каких приемов, каких средств должны осуществляться те или иные технологические операции, действия². То есть законодательная техника является не чем иным, как «инструментальной частью» законодательной деятельности. Очевидно, технология структурирования кодифицированных актов, будучи разновидностью юридической технологии, соотносится с юридической техникой аналогичным образом. Особенностью является лишь то, что некоторые правила юридической техники не применяются при структурировании указанных актов и, следовательно, не включаются в саму технологию.

Не меньшее значение для успешного функционирования технологии структурирования кодифицированного акта имеет юридическая тактика. По мнению В.Н. Карташова, данная категория в самом широком смысле представляет искусство умело управлять участниками юридической практики, оптимально планировать и организовывать их юридические действия, рациональными способами и методами использовать общесоциальные, технические и специально-юридические средства для вынесения эффективных и качественных решений, достижения поставленных целей и задач (ближайших и частных, промежуточных и второстепенных и т. п.)³. Представляется, что указанное определение юридической тактики может использоваться и применительно к технологии структурирования кодифицированных актов.

Стратегия, как элемент технологии структурирования кодифицированного акта, должна, на наш взгляд, рассматриваться как перспективное планирование и прогнозирование, концептуальные и долгосрочные проблемы развития практики структурирования кодифицированных актов, связанные с достижением перспективных, главных, относительно конечных задач и целей.

¹ См.: Бахвалов С.В. Законодательная технология (некоторые проблемы теории и методологии): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2006. — С. 12.

² См.: Юридическая техника: Учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. — М., 2009. — С. 26.

³ См.: Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 22.

Объектом технологии структурирования кодифицированного акта являются общественные отношения, связанные с подготовкой, оформлением и совершенствованием структуры указанных актов. Ее предмет — структура проектов или уже принятых кодифицированных актов, на которые непосредственно направлены действия и операции субъекта нормотворчества.

Субъекты технологии структурирования кодифицированных актов — это лица, наделенные соответствующей компетенцией на выполнение деятельности, связанной с созданием и изменением структуры кодифицированного акта (как правило, это государственные органы и должностные лица, осуществляющие нормотворчество, но в отдельных случаях в качестве таких субъектов могут выступать и юридические лица, не наделенные статусом государственного органа, например, при разработке ведомственных уставов). Участниками указанной технологии являются отдельные лица, их объединения и организации, которые так или иначе содействуют ее субъектам.

Представляется, что технология структурирования кодифицированных актов включает ряд этапов или стадий:

1. Сбор нормативной предпроектной правовой информации является важнейшим этапом данного вида юридической технологии.

2. Подготовка непосредственно структуры кодифицированного акта.

3. Доработка и корректировка структуры кодифицированного акта в ходе кодификационного процесса.

Составным элементом каждой стадии (этапа) является операция, под которой понимается система взаимосвязанных между собой действий, объединенных локальной целью, направленной на решение обособленной локальной задачи.

Так, например, первая стадия технологии структурирования кодифицированного акта включает следующие операции: а) изучение разработчиком сущности такого правового явления, как кодифицированный акт; б) изучение системы отрасли (подотрасли, института) права, подлежащей кодификации; в) принятие решения относительно выбора вида и формы кодифицированного акта; г) изучение правил юридической техники, связанных со структурированием кодифицированных актов; д) анализ процессов систематизации законодательства соответствующей отрасли права; е) изучение требований международного права и судебной практики.

Вторая стадия включает в себя такие операции: а) непосредственно создание структуры кодифицированного акта; б) отражение ее в концепции проекта кодифицированного акта; в) трансформация ее в проект кодифицированного акта.

Третья стадия состоит из следующих операций: а) изучение изменений, произошедших в системе отрасли (подотрасли, института) права, которую регулирует соответствующий акт; б) анализ недостатков структуры кодифицированного акта; в) изучение правил юридической техники, связанных с изменением структуры кодифицированных актов; г) учет требований международного права и судебной практики; д) внесение изменений в структуру кодифицированного акта.

Целью технологии структурирования кодифицированных актов является создание оптимальной, сбалансированной структуры, в максимальной степени отражающей систему кодифицируемой отрасли (подотрасли, института) права, отвечающей требованиям единства, системности, целостности, согласованности, логической завершенности, стабильности, доступности для всех групп правоприменителей.

Любая структура характеризуется следующими основными параметрами: 1) системная организация определенного множества заданных элементов; 2) определенная закономерность связей в отношении системно организованных элементов; 3) относительная устойчивость, стабильность системно организованных элементов, их связей и отношений; 4) целостное системное единство организованного множества элементов; 5) способность организованного множества элементов к системному и межсистемному функционированию¹. Разумеется, указанные параметры присущи и структуре нормативного правового акта, в том числе кодифицированного.

Представляется, что структуру нормативного правового акта, в том числе и кодифицированного, можно определить как систему объективно существующих элементов текста данного акта, объединенных устойчивыми связями, обеспечивающими его целостность и тождественность самому себе, то есть сохранение основных свойств при различных внешних и внутренних изменениях.

Что касается показателей качества структуры кодифицированного акта, то под ними следует понимать количественную характеристику свойств структуры кодифицированного акта, составляющих ее качество, рассматриваемую применительно к определенным условиям ее создания и использования. Такого рода показателями являются: а) максимальное соответствие структуры акта системе кодифицируемой отрасли (подотрасли, института); б) единство, системность, целостность, согласованность, логическая завершенность; в) достижение оптимального уровня интеграции и дифференциации правовых предписаний; г) стабильность; д) доступность для всех групп правоприменителей.

¹ См.: Законодательная техника: Научно-практическое пособие / Под ред. Ю.А. Тихомирова. — М., 2000. — С. 104.

Структура любого нормативного акта, в том числе и кодифицированного, состоит из элементов, которые группируются в зависимости от их юридического характера и назначения: одни относятся к внешним формальным атрибутам или реквизитам, свидетельствующим об официальном характере и юридической силе правового акта, другие представляют собой элементы содержательной части текста.

Реквизиты не содержат регулятивных положений (предписаний), однако значение их велико. Без них немислимы ни один правовой акт, поскольку невозможно определить его юридическую природу. Реквизиты отражают важнейшие юридические свойства правового акта, прежде всего, связанные с его статусом и принятием (изданием). Например, благодаря такому реквизиту, как обозначение вида правового акта, можно судить о юридической силе правового акта, а дата принятия позволяет установить приоритет между двумя правовыми актами одного вида. Кроме того, правовые акты идентифицируются посредством реквизитов.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что под реквизитом правового акта понимается элемент правового акта, который предназначен для отражения юридических свойств (официального характера и юридической силы) и (или) идентификации (обозначения) правового акта и не содержит регулятивных положений (предписаний).

Что касается кодифицированных актов, то им, на наш взгляд, присущи следующие реквизиты: изображение герба РФ, субъекта РФ, муниципального образования; обозначение вида правового акта; заголовок (наименование) правового акта; подпись (подписи) уполномоченного лица (лиц); дата принятия; номер; гриф принятия закона законодательным органом. В некоторых случаях возможны и иные реквизиты (дата регистрации в Минюсте, регистрационный номер, гриф утверждения документа, гриф согласования документа, резолюция, визы согласования документа, оттиск печати и др.). По мнению В.М. Баранова, существующие реквизиты законов и постановлений Правительства России должны быть дополнены еще одним элементом — графой с фамилией и инициалами авторов предложения и концепции принятого юридического акта¹.

Представляется, что состав реквизитов для каждого вида кодифицированного правового акта желательнее установить нормативно.

Полагаем необходимым более подробно рассмотреть отдельные спорные вопросы, касающиеся реквизитов кодифицированных актов.

Что касается обозначения вида кодифицированного правового акта, то оно должно состоять из согласованных между собой наименований вида (формы) правового акта и органа, издавшего этот акт. Д.А. Керимов отмечает, что название органа, принявшего нормативный акт, определяет действительность нормативного акта и характеризует его юридическую силу. Любой акт, который утверждается без указания органа, его принявшего, считается недействительным².

Так, например, кодексы, основы законодательства, основные принципы, по сути, являются не чем иным, как законами, принятыми Федеральным Собранием РФ, поэтому вид данного правового акта обозначается как «Федеральный закон». Если кодифицированный акт принимается Правительством РФ, то, соответственно, он обозначается как «постановление Правительства Российской Федерации». Кодифицированные акты, принимаемые законодательными органами субъектов РФ, включают слово «закон» и наименование субъекта Федерации (например, закон Саратовской области).

Заголовок кодифицированного правового акта формулирует тему (предмет регулирования) правового акта. Он должен быть точным и по возможности кратким. С.С. Алексеев справедливо полагает, что слишком длинные, громоздкие заголовки создают известные трудности при применении актов и их систематизации, а также при их толковании³. При этом краткость заголовка не должна достигаться за счет его точности. В тех случаях, когда длинного наименования акта нельзя избежать, рекомендуется делать короткие подзаголовки либо давать параллельно общему заголовку краткое наименование этого акта, которое и следует употреблять при его систематизации. Подобное сокращение наименований нормативных актов практикуется давно (Уголовный кодекс РФ — УК РФ, Кодекс об административных правонарушениях РФ — КоАП РФ и т. д.).

Дата (принятия) кодифицированного правового акта в качестве его реквизита может оформляться различными способами. Вместе с тем, наиболее предпочтителен словесно-цифровой способ оформления даты правового акта, поскольку он более точен и однозначен, более защищен от случайной ошибки (например, при воспроизведении), не допускает разночтений при озвучивании и в целом больше соответствует значимости нормативного правового акта как документа. Во всяком случае даты кодифицированного акта, по нашему мнению, следует оформлять только словесно-цифровым способом.

¹ См.: Баранов В.М. Концепция законопроекта: Учебное пособие. — Н. Новгород, 2003. — С. 141.

² См.: Керимов Д.А. Кодификация и законодательная техника. — М., 1962. — С. 35.

³ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. — М., 1981. — Т. 2. — С. 277.

Номер кодифицированного правового акта может быть простым (состоящим из одного порядкового номера) и сложным (состоящим из разделенных дефисом порядкового номера и буквенного индекса, обозначающего вид правового акта). Последний способ оформления номера применяется при нумерации федеральных законов и законов субъектов Федерации, в том числе и кодифицированных. Так, в частности, Уголовный кодекс РФ¹ (далее — УК РФ) имеет номер 63-ФЗ, Кодекс об административных правонарушениях РФ² (далее — КоАП РФ) — 195-ФЗ. Указанный способ оформления номера предпочтительнее, так как он позволяет уже по номеру судить о характере нормативного правового акта.

В принципе возможны и другие способы отражения в номере нормативного правового акта его юридических характеристик. В Канаде, например, правовые акты получают номера уже на стадии законопроектной работы. Акты, вносимые членами правительства, нумеруются от С-1 до С-200, а акты депутатов — от С-201 до С-1000³.

Нумерация кодифицированных правовых актов должна вестись отдельно для каждого вида в пределах данного года, то есть с началом нового года нумерация возобновляется. Кроме того, думается, что в отношении кодифицированных актов целесообразно ввести особую нумерацию, например, для федеральных законов — «№»-КФЗ (Кодифицированный федеральный закон), для постановлений Правительства РФ — «№»-КПП и т. д.

Реквизиты как элементы правового акта противопоставляются другому укрупненному элементу — его содержательной части, которая включает регулятивные (нормативные или ненормативные) положения (предписания) правового акта, а в отдельных случаях также положения, не имеющие регулятивного значения.

К настоящему моменту в России фактически сложилась методика структурирования содержания кодифицированных нормативно-правовых актов, определена система их структурных составляющих. При создании указанных актов применяются следующие структурные единицы: преамбула, часть, раздел, подраздел, глава, параграф, статья, пункт, подпункт, часть статьи, абзац. Также не часто, но все же используются такие структурные элементы, как примечание, приложение, сноска. Приведенный перечень включает практически все используемые в настоящее время структурные элементы. Однако он все же не является исчерпывающим.

Иерархия (соотношение) структурных элементов кодифицированного правового акта должна быть следующей. Статьи (пункты) правового акта могут объединяться в главы. Главы в необходимых случаях могут включать параграфы, состоящие из статей (пунктов). Главы могут объединяться в разделы. Разделы в необходимых случаях могут включать подразделы, состоящие из глав. Разделы значительного по объему кодифицированного правового акта могут объединяться в части. Части, разделы, подразделы, главы, параграфы правового акта должны включать в себя не менее двух структурных элементов текста следующего за ними уровня. К сожалению, в настоящее время данное требование выполняется не всегда. Примером может послужить структура Трудового кодекса РФ; части I, II, IV—VI указанного кодифицированного акта состоят из одного раздела. Лишь часть III включает большее количество разделов. Представляется, что в таких случаях целесообразно части I, II, IV—VI сразу делить на главы. Такой прием вполне допустим. Аналогичная ситуация наблюдается в ГК РФ.

Правильному пониманию принимаемых государством правовых мер служит изложение мотивов и задач принятия нормативного акта. В ряде случаев законодатель может формулировать их непосредственно в статьях акта. Однако целесообразнее формулировать цели и мотивы издания акта в его преамбуле (введении).

Преамбула правового акта (от лат. *praefatus* — идущий вперед, предшествующий) — это вступительная часть, содержащая информацию о причинах, условиях и целях его принятия, предмете и методе его правового регулирования, а в необходимых случаях — юридическое обоснование издания акта с указанием соответствующих правовых актов (мотивацию).

Высказывается точка зрения, что преамбула не должна содержать нормативных предписаний, делиться на статьи, содержать ссылки на другие законодательные акты, подлежащие признанию утратившими силу и изменению в связи с изданием законодательного акта, содержать легальные дефиниции, формулировать предмет регулирования законопроекта, нумероваться⁴. По мнению В.М. Баранова и Л.В. Хачатуровой, такого рода требования носят излишне императивный характер, и авторы последовательно доказывают возможность обратного⁵.

¹ См.: Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 2954.

² См.: Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 1.

³ См.: *Prais of Procedure for the House of Commons*. — 4th ed. — Ottawa, 1991. — P. 73—74.

⁴ См.: Комментарии к Методическим рекомендациям по юридико-техническому оформлению законопроектов. — М., 2005.

⁵ См.: Баранов В.М. Преамбула как предмет методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов / В.М. Баранов, Л.В. Хачатурова // Вестник СГАП. — 2006. — № 2 (47). — С. 26—34.

На наш взгляд, преамбула все же не должна включать нормативных предписаний, вместе с тем она имеет правовое (юридическое) значение для правильного (единообразного) понимания и применения норм, содержащихся в статьях данного закона¹, и должна быть неотъемлемой частью нормативного акта, тесно и органически связанной с другими его частями.

Поскольку преамбула не должна содержать нормативных положений, то ее следует излагать отдельно от нормативных предписаний. Это требование не всегда соблюдается на практике. Встречаются примеры, когда во вступительной части указывается, в отмену (или изменение) каких актов издается данный нормативный акт, а такого рода положение, по сути, является нормой об отмене или изменении старых нормативных актов. Ярким примером нарушения указанного правила является Закон РФ от 7 февраля 1992 года № 2300-1 «О защите прав потребителей»². Так, в преамбуле данного Закона содержатся нормы, определяющие основные понятия, используемые в законодательном акте.

Очевидно, такого рода нормативные положения лучше всего формулировать в специальной статье акта или даже в законе, которым кодифицированный акт вводится в действие.

Что касается того, нужна ли преамбула кодифицированным актам всех видов, то в данном случае следует согласиться с позицией Ю.А. Тихомирова, в соответствии с которой в качестве принципа должно быть закреплено требование обязательного обеспечения преамбулой крупных, особо значимых законодательных актов, а также всех нормативно-правовых новаций, связанных с правовым статусом гражданина, любыми изменениями или дополнениями действующей Конституции, других конституционных законов.

При этом автор предлагает нормативно очертить структуру преамбулы закона, главными логическими составляющими которой должны быть: а) перечень регулируемых вопросов, б) целевое направление закона и в) общая мотивация закона, его нормативного содержания³.

На наш взгляд, нормативно также следует закрепить и технические приемы изложения преамбулы. Например, необходимо указать, что преамбула не должна иметь заголовка и обозначения в виде слова «преамбула». Она может состоять из абзацев. Кроме того, если речь идет о подзаконных кодифицированных актах, то в первичных правовых актах преамбула должна завершаться постановляющей фразой. М.В. Зеленов называет такие фразы формулярами или формулами⁴. В постановляющей фразе слово «постановляет» следует выделять разрядкой и завершать двоеточием.

Часть правового акта — наиболее крупный структурный элемент, использующийся только в больших по объему систематизированных нормативных правовых актах типа кодекса. Как правило, кодексы имеют две части (Общую и Особенную), а иногда и третью (Заключительную). Части подразделяются на разделы.

Общая часть кодифицированного нормативного правового акта закладывает правовую основу использования (применения) норм Особенной части и включает нормативные положения, определяющие предмет регулирования, состав законодательства по предмету регулирования закона, наиболее общие его положения, в частности, принципы правового регулирования и субъектный состав соответствующих отношений, классификации, специализированные нормативные положения (например, презумпции, преюдиции в процессуальных кодифицированных актах). Выделение в кодификационных актах Общей части облегчает пользование нормативным материалом, поскольку делает его более компактным, свободным от повторений, а также свидетельствует об известной «развитости» той или иной отрасли законодательства, о возможности выделения наряду со специальными правилами — общих начал правового регулирования. В этом, в конечном счете, проявляется тенденция к интеграции правового регулирования.

Особенная часть в большинстве случаев занимает несколько глав или разделов кодифицированного акта и включает нормативные положения, определяющие компетенцию органов государственной власти по вопросам, относящимся к предмету регулирования нормативного акта; правовые режимы, права и обязанности, порядок осуществления деятельности в сфере отношений, регулируемых нормативным актом; меры ответственности, иные последствия нарушения положений нормативного акта.

Следует отметить непоследовательность законодателя при создании структуры кодифицированных актов. В литературе указывается, что в кодексах применяются, к сожалению, неодинаковые приемы подразделения материала⁵. Так, например, УК РФ содержит Общую и Особенную части, состоя-

¹ См.: Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. — М., 1967. — С. 150; Шебанов А.Ф. Теория государства и права. — М., 1968. — С. 449.

² См.: Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1992. — № 15. — Ст. 766.

³ См.: Законодательная техника: Научно-практическое пособие / Под ред. Ю.А. Тихомирова. — М., 2000. — С. 128—129.

⁴ См.: Зеленов М.В. Аппарат ЦК РКП(б) — ВКП(б), цензура и историческая наука в 1920-е годы. — Н. Новгород, 2000. — С. 448.

⁵ См.: Перетерский И.П. Техника оформления кодексов // Проблемы социалистического права. — 1939. — № 1. — С. 107—108.

щие из разделов, а те, в свою очередь, — из глав. При этом какие-либо иные обобщающие структурные элементы отсутствуют: на уровне разделов и глав, в отличие, например, от структуры Особенной части ГПК РФ. Кроме того, в отличие от КоАП РФ в УК РФ нет иных частей, кроме Общей и Особенной. На наш взгляд, структура такого рода наиболее удачна. Что повлияло на ее выбор? Представляется, что имели место как объективные, так и субъективные факторы. К факторам объективного характера следует отнести то, что законодатель четко следовал как общеправовым, так и отраслевым (специальным) принципам кодификации. При построении Общей части законодатель руководствовался принципами соответствия ее системы направлениям уголовной политики как проявлением общего принципа соответствия системы уголовного законодательства системе уголовного права, а также дефинитивного характера уголовно-правовых норм. При построении Особенной части он исходил из таких специальных принципов кодификации уголовно-правовых норм Особенной части, как: принцип соответствия Особенной части уголовного законодательства системе общественных отношений, регулируемых уголовным правом, как проявлению общего принципа соответствия системы уголовного законодательства системе уголовного права; принцип построения всех звеньев системы Особенной части уголовного законодательства с соблюдением их иерархии (в зависимости от важности правоохраняемого объекта); принцип единства квалифицирующих обстоятельств, существующих в Общей части уголовного законодательства¹.

Имеются и иные варианты структурирования кодифицированных актов, нашедшие воплощение в Лесном кодексе РФ², Водном кодексе РФ, ЖК РФ, ГПК РФ, АПК РФ, Уголовно-процессуальном кодексе РФ³ (далее — УПК РФ), ЗК РФ, БК РФ и многих других. Данные кодифицированные акты не делятся на Общую и Особенную части. При этом во всех указанных нормативных актах имеется такой структурный элемент, как «Общие положения» (часть, раздел, глава), который противопоставляется нескольким равным по иерархической значимости элементам. Так, БК РФ состоит из пяти частей («Общие положения», «Бюджетная система в Российской Федерации», «Бюджетный процесс в Российской Федерации», «Ответственность за нарушение бюджетного законодательства Российской Федерации», «Заключительные положения»). В УПК РФ «Общие положения», содержащиеся в структурном элементе «часть», противопоставляются частям 2—6. В ГПК РФ имеет место аналогичная ситуация, но вместо частей используется такой структурный элемент, как раздел.

Еще одним вариантом структурирования кодексов является Кодекс РФ об административных правонарушениях. Он содержит Общую и Особенную части, помещенные в разделах I и II, а также еще три раздела, два из которых касаются административного процесса, а последний — исполнения решений.

Таким образом, можно сказать, что у законодателя отсутствует какое-либо четкое мнение о том, какие структурные элементы должна содержать Особенная часть кодекса.

На наш взгляд, такое построение кодексов, когда некая «Общая часть», «Общие положения» противопоставляются равнозначным структурным элементам, не объединенным в Особенную часть, является неправильным. Также неверным представляется наличие Общей и Особенной частей, противопоставленных еще нескольким структурным единицам одного уровня. В кодексе должны содержаться только Общая и Особенная части, все остальные структурные элементы следует располагать внутри этих частей. В противном случае структура кодекса порождает различные толкования того, насколько для всех разделов «Общие положения» являются общими, как Особенная часть соотносится с другими частями (КоАП РФ).

Следует отметить, что на доктринальном уровне практически любая отрасль права всегда условно делится на Общую и Особенную части. И, на наш взгляд, было бы логично делить и на законодательном уровне крупные кодифицированные акты, такие как кодексы, основы законодательства, на указанные части. Деление кодифицированного акта на данные структурные элементы, безусловно, должно осуществляться не в произвольном порядке, а на основе научно обоснованных критериев. Членение системного объекта (как физическое, так и мысленное) производится не произвольным образом, а в строгом соответствии с присущими ему закономерностями образования, с его составом, структурой и функциями, учетом внутрисистемных связей, связей компонентов системы в ее естественно существующем нерасчлененном виде⁴. Как утверждал А.В. Мицкевич, «обособить в законодательстве можно только то, что обособлено в действительности»⁵.

¹ См.: *Лопашенко Н.А.* Принципы кодификации уголовно-правовых норм / Под ред. Н.С. Шостака. — М., 1989. — С. 35—36.

² Лесной кодекс РФ от 4 декабря 2006 года № 200-ФЗ // *Собрание законодательства РФ*. — 2006. — № 50. — Ст. 5278.

³ См.: Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ // *Собрание законодательства РФ*. — 2001. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 4921.

⁴ См.: *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963. — С. 178—179.

⁵ *Мицкевич А.В.* Соотношение системы советского права с системой законодательства // *Ученые записки ВНИИСЗ*. — М., 1967. — Вып. II. — С. 22.

В тексте кодифицированных актов следует избегать злоупотребления такими структурными элементами, как примечания к статьям, приложения, сноски. Приложения допустимы в подзаконных актах, в том числе актах ведомственного характера. Применение примечаний возможно при необходимости изменения объема действия юридической нормы. Возможно оформление через примечания исключений из правил, ограничительных и расширительных законодательных оговорок. Сноска является нежелательным структурным элементом.

Понятийный аппарат в случае небольшого объема кодифицированного акта следует располагать в специальной статье-гlossарии; при наличии большого объема определение понятий (терминов) необходимо осуществлять при первом их упоминании в тексте нормативного акта.

В структуре кодифицированного акта, который заменяет устаревшие малоэффективные нормативные предписания новыми, более существенными, должна иметь место специальная статья с указанием реквизитов законов и их структурных частей, признанных утратившими силу.

Положения о сроке и порядке вступления в действие кодифицированного акта либо о придании ему обратной силы, а также о приведении иных актов в соответствие с ним должны найти отражение в содержании и структуре данного акта. Нормативные предписания указанного содержания следует включать в структуру специального акта о введении в действие кодифицированного акта, если это касается крупных кодифицированных актов (кодексов, основ законодательства). Если кодифицированный акт имеет сложносоставную структуру, то положения указанного рода целесообразно включать в тот акт, которым утвержден кодифицированный акт.

Если же речь идет об узконаправленных кодифицированных актах, принимаемых в форме подзаконных актов и имеющих унитарную структуру, то указанные положения следует включать в отдельный структурный элемент данных актов (пункт, статью).

Таким образом, количество видов структурных элементов (как элементов содержательной части, так и реквизитов) должно быть оптимальным и соответствовать конкретному виду и форме кодифицированного акта, а также отражать структурные элементы системы кодифицируемой отрасли (подотрасли, института) права.

Структурирование кодифицированных актов должно осуществляться на основе предмета и метода правового регулирования, исходя из принципов кодификации.

К общеправовым принципам кодификации в литературе¹ относятся следующие: 1) принцип исторической необходимости кодификации; 2) принцип ее преемственности; 3) принцип научной обоснованности; 4) принцип стабильности кодифицированного акта; 5) принцип ясности и доступности кодифицированных актов; 6) принцип соответствия системы законодательства системе права; 7) принцип соответствия российского законодательства и законодательства субъектов РФ; 8) принцип иерархической соподчиненности кодифицированных актов и единства их системы.

Построение (структурирование) кодифицированных актов должно отражать объективные связи внутри системы права. Структура соответствующего кодифицированного акта в идеале должна совпадать с системой отрасли (подотрасли, института) права.

Исследование системы конкретной отрасли права и ее соотношения со структурой соответствующего ей кодифицированного акта предполагает определение места ее элементов в структуре данного кодифицированного акта с точки зрения выполняемых ими функций и предмета регулирования. Элемент — компонент, единица системы, способная к относительно самостоятельному функционированию. В качестве таких элементов системы права выступают правовая норма, субинститут, институт, подотрасль, отрасль. Все указанные элементы системы права должны находить свое отражение в структуре кодифицированного акта.

Так, в литературе выделяют три варианта соотношения нормы права и статьи нормативного акта.

1. Норма права и статья (пункт) нормативного акта совпадают. В этом случае в статье наличествуют все три элемента, составляющие выраженную в ней правовую норму. Достаточно большое количество норм, совпадающих со статьями кодифицированного акта, содержится в УК РФ.

2. Норма права изложена в двух или нескольких статьях (пунктах) одного и того же нормативного акта или даже другого нормативного акта. Например, пункты 3, 4 части 2 статьи 71 ТК РФ устанавливают обязанность работника соблюдать правила внутреннего трудового распорядка и трудовую дисциплину. При этом санкция за нарушение этого правила содержится в иных статьях ТК РФ. Так, например, за невыполнение указанных обязанностей, выразившихся в форме прогула, санкция содер-

¹ См.: *Лопашенко Н.А.* Принципы кодификации уголовно-правовых норм / Под ред. Н.С. Шостака. — М., 1989. — С. 35; *Давыдов В.И.* Проблемы кодификации гражданского законодательства. — Кишинев, 1973. — С. 42; *Евтеев М.П.* Основные черты кодификации советского уголовно-процессуального законодательства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1967. — С. 4—5; *Шестерюк А.С.* Вопросы кодификации законодательства об охране окружающей среды. — Л., 1984. — С. 48; *Рахманина Т.Н.* Основные этапы кодификации общесоюзного законодательства // Проблемы совершенствования советского законодательства. — 1982. — № 23. — С. 47—49.

жится в подпункте «а» пункта 6 части 1 статьи 81 ТК РФ и выражается в расторжении трудового договора по инициативе работодателя.

3. В одной статье (пункте) нормативного акта содержатся две или несколько юридических норм. Например, статья 45 ГПК РФ, регулирующая участие прокурора в гражданском судопроизводстве, содержит три нормы.

Правовой институт, так же как и подотрасль, находит свое отражение в структуре кодифицированного акта, как правило, в виде крупного элемента (раздела, главы). Вместе с тем нередко имеет место ситуация, когда институту или подотрасли посвящен самостоятельный кодифицированный акт. Так, например, гражданское право как отрасль права имеет подотрасль обязательственного права, которая нашла свое выражение в третьем и четвертом разделах ГК РФ. При этом раздел 3 ГК РФ «Общая часть обязательственного права» содержится в части первой данного Кодекса, а раздел 4 ГК РФ «Отдельные виды обязательств» занимает всю его вторую часть. Также гражданское право включает в себя такую подотрасль, как жилищное право, которая находит свое отражение как в структуре ГК РФ (гл. 18 разд. II ч. 1 ГК РФ «Право собственности и другие вещные права на жилые помещения»), так и в самостоятельном кодифицированном акте — ЖК РФ, а также в ряде иных кодифицированных и некодифицированных источниках.

Следует отметить, что появление новых институтов права вызывает необходимость внесения изменений в структуру и содержание действующих кодифицированных актов либо разработки и принятия новых кодифицированных актов. Так, например, появление в условиях рыночной экономики такого института, как поставка товаров для государственных и муниципальных нужд, обусловило включение в главу 30 раздела 4 части 2 ГК РФ § 4 «Поставка товаров для государственных и муниципальных нужд». А усложнение и конкретизация данных правоотношений привели к принятию самостоятельного кодифицированного Федерального закона от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Структура некоторых институтов сложна и органически делится на более крупные единицы, чем правовые нормы. При таком положении эти крупные объединения именуются суперинститутами, а входящие в их состав — субинститутами¹. Соотношение суперинституты и субинституты в структуре кодифицированного акта выражается в виде крупных структурных элементов данного акта, включающих несколько более мелких.

Примером суперинститута является институт лиц в гражданском праве, который нашел свое структурное отражение в подразделе 2 раздела 1 части первой ГК РФ. Данный институт очень сложен, включает в себя три субинститута (граждане, юридические лица, публичные образования), нашедшие отражение в главах 3—5 подраздела 2 раздела 1 части первой ГК РФ. При этом следует иметь в виду, что институт юридических лиц по своей природе также является полиструктурным и включает ряд элементов в зависимости от организационно-правовых форм юридических лиц. Изменения в указанных субинститутах влекут изменения структуры и содержания кодифицированного акта. Так, появление такой организационно-правовой формы, как автономное учреждение, привело к изменению структуры и содержания статьи 120 ГК РФ, а также принятию самостоятельного кодифицированного акта — Федерального закона от 3 ноября 2006 года № 174-ФЗ «Об автономных учреждениях»². Еще более существенно на структуру ГК РФ в этом плане повлияло принятие Федерального закона от 8 мая 2010 года № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений»³.

Структура кодифицированного акта призвана отражать систему отрасли права в целом. Совпадение отрасли права с отраслью законодательства представляет собой идеальный вариант (гражданское, уголовное, трудовое, административное право и т. д.). Такой вариант наиболее желателен, так как сближение двух систем, их гармоничное развитие повышают эффективность функционирования всего правового механизма.

Достаточно часто нормы какой-либо из отраслей права располагаются, помимо отраслевого кодифицированного акта, в других источниках материального и процессуального права. При этом связи между основным кодифицированным источником, регулирующим конкретную отрасль права, и иными источниками в одних случаях проявляются в виде нормативной правовой базы для дополнения основного кодифицированного акта новыми предписаниями, а в других — в виде специальных предписаний, содержащихся в тексте иного источника права, не относящегося к рассматриваемой отрасли права.

Так, например, среди положений, служащих предпосылками для образования процессуальных норм, в ГК РФ в первую очередь следует отметить статьи 11 «Судебная защита гражданских прав», 12

¹ См.: Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права. — Казань, 1986. — С. 32.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 45. — Ст. 4626.

³ См.: Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 19. — Ст. 2291.

«Способы защиты гражданских прав», 27 «Эмансипация», 29 «Признание гражданина недееспособным», 30 «Ограничение недееспособности гражданина», 42 «Признание гражданина безвестно отсутствующим», 44 «Отмена решения о признании гражданина безвестно отсутствующим», 45 «Признание гражданина умершим», 46 «Последствия явки гражданина, объявленного умершим», 148 «Восстановление ценной бумаги», 151 «Компенсация морального вреда», 152 «Защита чести, достоинства и деловой репутации». К такого же рода нормам можно отнести статью 13 ГК РФ о признании судом недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления.

Исключительно важную роль играют положения статьи 9 ГК РФ, согласно которой граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им права. В этой статье заложено новое содержание одного из важнейших принципов гражданского процесса — принципа диспозитивности. Для реализации правил статьи 27 ГК РФ в ГПК РФ имеется новая категория дел и, соответственно, новое структурное подразделение (гл. 32) — объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация). Это объясняется тем, что при отсутствии согласия родителей и других управомоченных лиц на эмансипацию данное решение становится прерогативой суда.

Установление Семейным кодексом РФ судебного порядка усыновления ребенка потребовало введения в ГПК РФ главы, предусматривающей судебный механизм усыновления (гл. 29).

С другой стороны, как уже было сказано, в нормах источников материального права нередко содержатся процессуальные нормы. Немало норм гражданского процессуального права содержится в Семейном кодексе РФ (п. 1 ст. 7, ст. 8, п. 3 ст. 11, ст. 28, 49, п. 1 ст. 52, пп. 1, 2 ст. 70, ст. 72, 73, 76, 78, 79, 106, 108, 125 и др.), Трудовом кодексе РФ (ст. 382, 383, 390—394, 397 и др.), а также в иных федеральных законах.

В частности, из 15 статей главы 17 Семейного кодекса РФ (ст. 106—120), регуливающей порядок уплаты и взыскания алиментов, только в одной статье (ст. 110) не упоминается суд или документ, выдача которого производится по правилам гражданского судопроизводства.

Трудовой кодекс РФ содержит в своей пятой части раздел XIII «Защита трудовых прав работников. Разрешение трудовых споров. Ответственность за нарушение трудового законодательства», многие нормы которого носят гражданский процессуальный характер, устанавливая подведомственность индивидуальных трудовых споров суду (ст. 391), сроки обращения в суд (ст. 392), судебные расходы (ст. 393), правила вынесения и исполнения судебных решений по делам об увольнении и переводе на другую работу (ст. 394, 396), исключения из общих правил поворота исполнения по таким делам (ст. 397) и т. д.

Ряд процессуальных норм по делам, возникающим из налоговых правоотношений, и делам о защите прав потребителей включены в Налоговый кодекс и Закон РФ «О защите прав потребителей».

Данная ситуация приводит некоторых ученых к выводу о том, что одна и та же норма является частью различных отраслей. Например, С.В. Поленина указывает, что процессуальные нормы, содержащиеся в непроцессуальных нормативных актах, по своей отраслевой принадлежности являются составной частью не только той отрасли материального права, куда они включены, но и гражданского процессуального права¹. Указанная позиция не бесспорна, так как в идеале содержание и структура кодифицированного источника права и система отрасли права должны совпадать. Нахождение норм права в иных источниках свидетельствует о незавершенности процесса кодификации, необходимости дальнейшего совершенствования структуры кодифицированного акта путем переноса в него отраслевых норм с выделением соответствующих разделов, подразделов и глав. Так, в приведенном примере находящиеся в источниках материального права процессуальные нормы должны быть исключены из них и перенесены в параграфы главы «Процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий исковых дел», которая, на наш взгляд, должна найти место в подразделе II ГПК РФ.

Бывает и наоборот: в результате систематики права, не учитывающей реальную систему права, в кодифицированном акте находятся нормы, которые относятся к иным отраслям.

Возможна ситуация, когда отрасль права не имеет своего единого кодифицированного источника и нормы права разбросаны по различным нормативным актам (например, финансовое, хозяйственное право).

Изложенное позволяет сделать вывод о целесообразности закрепления правил технологии структурирования каждого вида кодифицированного акта на законодательном уровне. Это обеспечило бы единообразие в нормотворчестве.

¹ См.: Поленина С.В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. — 1967. — № 4. — С. 24.

В.А. Сивицкий

Сивицкий Владимир Александрович — кандидат юридических наук, профессор кафедры конституционного и административного права Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Техника «параллельного правотворчества» на примере формирования системы муниципальных правовых актов

Иногда возникает ситуация, когда нескольким субъектам правотворчества одновременно необходимо создать идентичные или сходные правовые акты (с одним предметом, с общими принципиальными подходами к правовому регулированию). В принципе, каждый из этих субъектов может создавать эти тексты обособленно. Но рационально ли это? Не проще ли объединить усилия для того, чтобы минимизировать издержки каждого из субъектов правотворчества на реализацию параллельно существующей у них задачи. Конечно, это не значит, что у всех у них «на выходе» должен получиться одинаковый текст. Но возникновение на определенном этапе общего для них «полуфабриката», при доработке которого каждым субъектом правотворчества уже могут быть учтены его индивидуальные особенности, было бы вполне логичным. Естественно, сам «полуфабрикат» не должен быть таким, чтобы его доработка требовала радикальных изменений для каждого участника этого процесса. Этот процесс предполагает определенную технику работы над примерным (модельным) правовым текстом — «полуфабрикатом» и дальнейшую его трансформацию в конкретные акты, которую условно предлагается назвать техникой параллельного правотворчества.

Рассмотрим ее подробнее на примере формирования системы муниципальных правовых актов: как она могла бы строиться рационально с точки зрения минимизации трудозатрат.

Осуществление местного самоуправления как самостоятельной деятельности населения и органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения требует создания целостной, разветвленной системы муниципальных правовых актов. Конечно, нельзя сказать, что в муниципальных образованиях необходимых актов вообще нет. Но если посмотреть на каждое конкретное муниципальное образование, достаточно легко убедиться, что их система неполная и не идеальная.

Система муниципальных правовых актов, которые должны приниматься в каждом муниципальном образовании (их конкретный перечень), определяется, в принципе, самими муниципальными образованиями (его уполномоченными органами). Но в любом случае необходимо охватить нормативным правовым регулированием весь объем нуждающихся в таковом общественных отношений. Конфигурация системы муниципальных правовых актов должна учитывать необходимость охвата всего перечня вопросов местного значения соответствующего типа муниципальных образований, поскольку каждый из них так или иначе предполагает возможность и даже необходимость нормативного регулирования. Также требуется учитывать наличие таких полномочий органов местного самоуправления, которые либо выходят за рамки вопросов местного значения (являются для них, в своем роде, «опорными»), либо применимы к решению сразу нескольких вопросов местного значения. Регулирование каждого из таких полномочий целесообразно выделить в отдельные акты.

Таким образом, идеальная модель муниципальных правовых актов в достаточной степени лежит на поверхности, а ее воплощение — то есть состав муниципальных правовых актов — в различных муниципальных образованиях, относящихся к одному типу, не должен серьезно различаться (состав этих актов — тема отдельного исследования). Это позволяет применить к муниципально-правовой сфере технику «параллельного правотворчества». А актуальность ее применения обусловлена ограниченностью ресурсов большинства муниципальных образований на осуществление качественного нормотворчества. Речь идет как о собственно кадровых ресурсах, так и о финансовых ресурсах на привлечение квалифицированных кадров на условиях договоров.

И здесь основной вопрос — кто будет формировать «полуфабрикаты» муниципальных правовых актов и определять их перечень, чтобы покрыть ими всю возможную сферу правового регулирования на муниципальном уровне. Сразу оговоримся, что двухтипная модель местного самоуправления (то есть наличие поселений и муниципальных районов), а также установленная возможность наличия помимо них городских округов, объединяющих функции первых и вторых, требует подготовки отдельного перечня актов, а также, как минимум, развилки в их текстах для каждого типа муниципальных образований. Более того, должна предусматриваться специфика для городских и сельских поселений, которые, при идентичности вопросов местного значения, объективно имеют существенные различия в механизме их решения.

С учетом сказанного, оптимальным для целей «параллельного правотворчества» в сфере местного самоуправления представляется использование тех институтов, которые уже встроены в муниципальную жизнь, при этом имеют официальный, а в какой-то мере даже публично-правовой характер, а также могут в своей деятельности сопрягать интересы муниципальных образований в целом и их отдельных типов. И как представляется, такое решение есть. Согласно части 1 статьи 66 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», в каждом субъекте Российской Федерации образуется совет муниципальных образований субъекта Российской Федерации. Данное положение сформулировано таким образом, что создание совета муниципальных образований в субъекте Российской Федерации признается обязательным.

Согласно части 1 статьи 8 Федерального закона об общих принципах организации местного самоуправления, совет муниципальных образований субъекта Российской Федерации образуется в целях организации взаимодействия органов местного самоуправления, выражения и защиты общих интересов муниципальных образований. Данная общая цель создания совета получает отражение в конкретных целях и задачах в уставах и учредительных договорах советов муниципальных образований субъектов Российской Федерации. Обобщенно можно назвать следующие цели и задачи.

Целями совета являются: обеспечение защиты прав муниципальных образований, являющихся членами совета, и представление их общих интересов; обеспечение координации деятельности членов совета по развитию правовой, организационной, финансово-экономической и территориальной основ местного самоуправления в субъекте Российской Федерации; организация взаимодействия органов местного самоуправления муниципальных образований, являющихся членами совета, по решению социальных, экономических и иных проблем, связанных с осуществлением местного самоуправления в субъекте Российской Федерации, между собой и с органами государственной власти. Для достижения своих целей совет решает следующие задачи:

- осуществляет сбор, изучение и анализ информации по вопросам организации местного самоуправления;
- оказывает методическую помощь муниципальным образованиям по вопросам осуществления местного самоуправления и организации межмуниципального сотрудничества;
- содействует подготовке и переподготовке кадров муниципальных служащих, депутатов и выборных должностных лиц местного самоуправления;
- вступает во взаимоотношения с территориальными органами федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъекта Российской Федерации, муниципальными образованиями, юридическими и физическими лицами в интересах развития местного самоуправления;
- осуществляет мониторинг реализации программ органов государственной власти на территории субъекта Российской Федерации в части, затрагивающей интересы муниципальных образований;
- осуществляет мониторинг нормотворческой деятельности органов государственной власти субъекта Российской Федерации, затрагивающей интересы муниципальных образований, в том числе посредством проведения экспертизы проектов соответствующих нормативных правовых актов;
- осуществляет подготовку и представление высшему должностному лицу субъекта Российской Федерации ежегодного доклада о положении дел в сфере организации и осуществления местного самоуправления в субъекте Российской Федерации;
- взаимодействует с общественными организациями (объединениями) Российской Федерации, осуществляет международные контакты и связи по вопросам местного самоуправления;
- организует взаимодействие муниципальных образований по вопросам реализации проектов, обеспечивающих эффективное исполнение органами местного самоуправления своих полномочий;
- участвует в организации и деятельности единого общероссийского объединения муниципальных образований.

Конкретные формулировки целей и задач совета муниципальных образований субъекта Российской Федерации могут быть иными, при сохранении общей направленности. Однако они в любом случае не могут предусматривать вмешательство совета муниципальных образований субъекта Российской Федерации в деятельность муниципальных образований, ограничение им их деятельности.

Отметим, что на практике работа советов муниципальных образований строится по-разному. Среди них есть достаточно активные, есть формально выполняющие функции, есть фактически недействующие. При этом зависит данная позиция совета, в основном, от двух факторов — отношения к совету в частности и к местному самоуправлению в целом со стороны региональной власти и готовности самого руководства совета настаивать на необходимости его поддержки с определенной жесткостью. Тем не менее, очевидно, что потенциал советов муниципальных образований как некоего единства, с одной стороны, объединения для целей защиты интересов местного самоуправления, с другой стороны — элемента системы организации местного самоуправления, предусмотренного Федеральным законом, до конца не использован. В частности, восполнение очевидных пробелов нормативного регулирования на муниципальном уровне, связанных, во многом, с недостаточностью спе-

циалистов, могущих подготовить соответствующие нормативные правовые акты, могло бы идти по линии использования совета муниципальных образований для подготовки таких актов в качестве примерных (модельных) актов — «полуфабрикатов».

Не исключены и иные подходы к организации «параллельного правотворчества» в муниципальной сфере. Но будем исходить из того, что советы муниципальных образований уже есть и предназначены прежде всего для содействия муниципальным образованиям в решении общих задач, а также из того, что они должны поддерживать с органами государственной власти региона по крайней мере отношения сотрудничества, которое может быть полезным для снятия спорных вопросов по точкам пересечения регионального и муниципального регулирования.

Работа советов муниципальных образований по формированию муниципального нормативного массива в любом случае должна начинаться с формирования некоей идеальной схемы системы нормативных актов муниципального образования: какой она должна быть. Такая идеальная схема может быть даже достаточно сильно «оторвана» от нынешней системы нормативных правовых актов конкретных муниципальных образований, даже самых продвинутых в этом плане. Схема должна включать как название соответствующего муниципального правового акта, так и описание его содержания.

Схема должна стать продуктом общего согласия муниципальных образований, создавших совет. Для этого ее проект должен быть доступен для достаточно долгого анализа, а сама схема до ее окончательного утверждения может иметь несколько итераций. Сам проект может готовиться как аппаратом совета, так и юристами одного или нескольких муниципальных образований. Не исключено, в зависимости от материального положения совета, привлечение сторонних специалистов.

После того, как идеальная схема определена, необходимо более пристально посмотреть на существующую систему нормативных правовых актов и продумать, как «подогнать» ее под идеальное «лекало». Идеальная схема, таким образом, будет своеобразным планом работ. Следующая задача — воплотить ее в жизнь. На этом этапе советы муниципальных образований в сфере параллельного правотворчества могут поступить двумя способами. Первый — объединить ресурсы под своей эгидой и провести работу по созданию «полуфабрикатов» муниципальных правовых актов своими силами или силами привлеченных специалистов. Это вполне приемлемо, если надо разработать один-два акта. Однако при комплексном формировании системы муниципальных правовых актов (а это, очевидно, в любом случае более 50 актов) своих сил для такой работы недостаточно, а для привлечения коллектива специалистов (а нужен именно коллектив, а не один-два человека), скорее всего, будет недостаточно финансовых ресурсов.

Второй способ — совету ограничиться менеджерскими функциями, а саму работу по созданию муниципальных правовых актов распределить между муниципальными образованиями (естественно, такое решение должно быть принято общим собранием совета, что предполагает согласие большинства муниципальных образований с таким подходом). То есть каждое муниципальное образование будет готовить по одному-два акта, но не только как свои, но и как модельные. В результате будет закрыт весь необходимый нормативный массив.

Как соответствующая нагрузка будет распределяться между муниципальными образованиями? Можно — методом жеребьевки. Но лучше — с учетом имеющихся наработок в конкретной сфере правового регулирования у муниципальных образований.

Необходимо отметить, что муниципальные образования, ответственные за конкретные акты, должны не просто «вариться в собственном соку», а приглашать специалистов из других муниципальных образований для участия в этой работе. Но при этом не должно быть злоупотребления этим механизмом, чтобы собственная обязанность не перекладывалась на других.

Проекты примерных (модельных) муниципальных правовых актов должны быть открытыми для обсуждения до их официального утверждения. То есть, распределив роли по разработке соответствующих примерных (модельных) документов, нужно потом — с запасом времени — сложить их проекты в общую открытую для всех муниципальных образований базу. И с этого момента должно быть дано время на доработку с учетом замечаний. Конечной точкой подготовки является утверждение уполномоченным органом совета муниципальных образований примерного (модельного) документа.

С этого момента может считаться готовым «полуфабрикат», с которым все муниципальные образования могут работать для подготовки собственного акта по этому предмету. Но здесь важно, чтобы в схеме работы изначально предполагалась обязанность муниципального образования, разработавшего модельный акт, оказывать консультативное («внедренческое») содействие его разработке в других муниципальных образованиях.

«Техника параллельного правотворчества» может использоваться и для систематизации массива муниципальных правовых актов, параллельно осуществляемой в нескольких муниципальных образованиях. Реформа местного самоуправления создает уникальные условия не только для формирования нормативного массива муниципальных образований как изначально системных, но и для обеспечения системности существующего нормативного массива муниципальных образований.

Конечно, кодексы как таковые муниципальное образование принимать вряд ли может (хотя имеется, например, практика принятия Кодекса благоустройства города Твери), а вот кодифицированные нормативные акты, комплексно охватывающие определенный предмет правового регулирования, — вполне. Например, можно попробовать сконцентрировать усилия на том, чтобы в Устав муниципального образования были включены все нормы, касающиеся организации местной власти, кроме сугубо регламентных, и т. д. Советы муниципальных образований субъектов Российской Федерации могли бы специально концентрировать усилия на принятии ряда примерных (модельных) муниципальных правовых актов как кодифицированных, специально оговаривая именно такие их свойства при планировании и организации работы.

Если Свод законов (как бы к нему не относиться) может быть создан на федеральном уровне, он вполне может существовать и на нижестоящем уровне. Муниципальные образования могли бы воспринять эту форму систематизации — выпускать сборники своих нормативных правовых актов как результат предметной инкорпорации. Думается, такая форма систематизации могла бы даже увеличить инвестиционную активность в муниципальном образовании, ведь чем обозримее массив правового регулирования, тем больше вероятность участия заинтересованных лиц в экономической деятельности на соответствующей территории.

Параллельно с созданием общетраслевых инкорпорированных сборников на уровне муниципального образования можно создавать на уровне субъекта Российской Федерации «предметные» сборники, включающие муниципальные нормативные правовые акты всех муниципальных образований по определенному предмету. Такого рода сборники могли бы дать комплексное представление о регулировании конкретного вида общественных отношений на всей территории субъекта Российской Федерации и помочь выбрать, например, оптимальный с точки зрения правового режима район для занятия определенной деятельностью.

Советы муниципальных образований субъектов Российской Федерации могли бы выработать формат и общетраслевого, и предметного муниципального инкорпорированного материала. Между входящими в совет муниципальными образованиями, обладающими наиболее сильным прямым (юридическая служба) или косвенным (например, наличие в городе юридического высшего учебного заведения) юридическим потенциалом, могли бы быть распределены обязанности по разработке отдельных элементов «дизайна» этого формата.

Как уже отмечалось, широкое распространение получили автоматизированные информационно-поисковые системы (АИПС) действующих нормативных правовых актов («КонсультантПлюс», «Гарант», «Кодекс» и др.). Опыта создания специализированных АИПС муниципальных актов, насколько известно, нет, хотя такая база данных могла бы быть весьма полезной. В идеале имело бы смысл на федеральном уровне провести работу по созданию концепции такой системы или ее модели, чтобы по созданному шаблону и муниципальные образования создавали каждый свою АИПС (вернее, вводили бы в готовую оболочку свои акты). Но и в отсутствие такого федерального продукта советы муниципальных образований субъектов Российской Федерации могли бы организовать такую работу, по крайней мере на условиях поиска встречного интереса крупного производителя правовой АИПС. Объединению муниципальных образований проводить такую работу легче, чем отдельному муниципальному образованию.

Могут возникнуть сомнения, стоит ли советам муниципальных образований субъектов заниматься систематизацией муниципальных правовых актов сейчас, когда их массив окончательно не сформировался. Думается, что стоит по двум причинам, являющимся общими для подходов к систематизации в целом. Во-первых, во многих муниципальных образованиях имеется огромное количество старых, фактически утративших силу, но формально не отмененных нормативных правовых актов. Эти массивы необходимо расчистить. Во-вторых, систему правового регулирования лучше изначально формировать в системном виде по заранее отработанному плану, тогда будет меньше хлопот в будущем.

Но главное, что изготовление посредством «параллельного правотворчества» нового креативного продукта, полезного как самой муниципальной власти, так и гражданам, укрепит авторитет и влияние советов муниципальных образований субъектов Российской Федерации, позволит им апробировать систему решения муниципальными образованиями совместных задач. Муниципальное сообщество в целом имеет один из уникальных шансов показать, насколько слаженно решаются значимые задачи через систему объединений муниципальных образований.

М.Г. Смирнова

Смирнова Марина Геннадьевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов

Социальные притязания как технико-юридическое средство правообразования

Проблема социального притязания в праве приобретает чрезвычайно актуальное значение. Социальные притязания выступают одним из основных технико-юридических средств правообразовательного процесса. Они, оказывая прямое влияние на правовое регулирование общественных отношений, через механизм правосознания учитываются в правотворчестве и применении права. Посредством закрепления интересов притязателей в объективном праве и в процессе действия права их социальные притязания получают свое воплощение в субъективном праве.

Механизм формирования социального притязания включает в себя следующие стадии:

- 1) артикулирование интересов, то есть преобразование социальных эмоций и ожиданий, чувств неудовлетворенности в определенные требования;
- 2) агрегирование интересов, то есть их упорядочение, согласование, иерархизация по приоритетности и выработке общегрупповых целей (если субъектом является социальная группа);
- 3) трансляция до органов государственной власти и/или других структурных элементов общества своих требований;
- 4) участие в процессе формирования политических элит, властных структур общества, с целью законодательного закрепления социальных притязаний, отвечающих определенным критериям.

Первой стадией процесса формирования социального притязания является артикулирование интересов, то есть преобразование социальных эмоций и ожиданий, чувств неудовлетворенности в определенные требования, ибо социальные притязания возникают из потребностей и интересов, из необходимости их удовлетворения, они представляют собой осознание этих потребностей, отражают их как назревшую объективную необходимость. Но будучи сформулированными и провозглашенными, они затем выступают как требования, указывая конкретные пути, способы, условия удовлетворения этих интересов и потребностей.

На второй стадии вышеуказанного процесса происходит агрегирование интересов, то есть их упорядочение, согласование, иерархизация по приоритетности и выработке общегрупповых целей (если субъектом является социальная группа).

На третьей стадии этого процесса, происходит наибольшее проявление внешней активности субъектов. Субъекты (индивиды, социальные группы и иные общности) реализуют себя вовне, производя изменения в окружающем мире. Они начинают требовать, становятся притязателями и претендуют, главным образом, на осуществление практических действий органами государственной власти, способствующих реализации социальных интересов субъектов. Субъекты требуют институционализации своих социальных интересов в законодательстве, в основном, в том случае, если они принципиально отличаются от существующих общественных отношений, то есть представляют собой инновацию. Например, требование о проведении юридической реформы в какой-либо области. Такое действие уже лежит за рамками существующих норм и при определенных условиях может привести к формированию нового социального порядка — новой нормативной системы¹. Именно такой нетривиальный случай заслуживает наиболее пристального внимания.

Именно с целью институционализации своих социальных притязаний, их объективации в законодательстве субъекты (индивиды, социальные группы) принимают участие в процессе формирования политических элит, властных структур общества (четвертая стадия). В результате законодательного закрепления социальных притязаний происходит отрыв результата человеческой активности от ее автора и социальные интересы притязателя оказываются объективированы в тексте нормативного акта.

Древнегреческий философ Платон, автор первого фундаментального труда по философии права, полагал, что основная масса населения не способна создавать законы, творить право. Этим могут заниматься только избранные философы, способные познать правовые идеи и выразить их в форме законов². Однако история общества убедительно показала, что подобные воззрения неверны. Насе-

¹ См.: Честнов И.Л. Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности. — СПб., 2000. — С. 43.

² См.: Платон. Сочинения: В 3 т. — М., 1972. — Т. 2: Законы. — С. 231.

ление, общество весьма успешно участвуют в процессе формирования права и правотворческой деятельности государства. Особенно велика роль граждан в формировании права в современный период, в условиях демократических правовых государств.

Граждане, организации, учреждения и иные коллективные образования своими действиями и поступками реализуют большую часть действующих норм и на собственном опыте убеждаются в том, насколько совершенны и эффективны нормы, закрепленные законами и иными нормативными актами. Понятно, что далеко не все нормативно-правовые установления государства по объективным и субъективным причинам удовлетворяют граждан и иных лиц. Например, нормы права могут закреплять ценности и интересы, не совпадающие с ценностными ориентациями и интересами определенной части населения, отдельной социальной группы. Норма может быть несовершенной и вследствие законотворческих ошибок, допущенных законодателем. несовершенная, малоэффективная норма не способна должным образом регулировать общественные отношения и постоянно создает правовые конфликты, ситуации, при которых гарантированные нормой субъективные права не могут быть реализованы уполномоченным лицом либо нарушенное право не получает надлежащей правовой защиты со стороны государства. Возможны иные ситуации, когда общественные отношения, нуждающиеся в правовом регулировании, остаются не урегулированными правом. Вышеизложенные ситуации служат основаниями для выдвижения субъектами социальных притязаний.

Характеризуя процесс формирования социальных притязаний, хочется отметить, что в рамках третьей и четвертой стадий вышеуказанного процесса субъекты социальных притязаний с помощью средств массовой информации, а также благодаря пропагандисткой деятельности партий, общественных организаций участвуют в формировании общественного мнения о том, что конкретная часть действующих норм несовершенна, так как не удовлетворяет интересы и потребности членов общества, и следовательно, нуждается в соответствующих корректировках путем изменения уже существующих или принятия новых норм. Одновременно могут предлагаться различные варианты норм права, которыми следует заменить действующие несовершенные нормы права или варианты новых норм права.

Процесс формирования общественного мнения относительно неэффективности норм права, иных несовершенств действующего законодательства завершается внесением предложений в соответствующий правотворческий орган осуществить необходимые корректировки в действующих нормативно-правовых актах. В ряде случаев такие предложения могут вноситься субъектами, обладающими правом законотворческой или правотворческой инициативы. Например, депутат представительного органа вносит проект закона, разработанный либо им с учетом пожеланий избирателей, либо партией, членом которой этот депутат является. В отдельных странах, например в Италии, правом законодательной инициативы наделены непосредственно избиратели¹.

Процесс реагирования правотворческого органа на внесенную правотворческую инициативу осуществляется уже в рамках механизма правотворчества.

Формы и методы участия притязателей (граждан, политических партий, общественных объединений и иных членов гражданского общества) в правотворческой деятельности закрепляются конституцией, иными основополагающими законами государства. Современные демократические государства предоставляют гражданам право участвовать в референдумах и плебисцитах, принимать участие в обсуждениях законопроектов, проводить митинги и демонстрации, иные мероприятия с целью формирования общественного мнения относительно рассматриваемых правотворческим органом проектов нормативно-правовых актов, обращаться в правотворческие органы с петициями.

Субъекты социальных притязаний (граждане и их общественные формирования), активно используя предоставленные им права на участие в правотворческой деятельности государства, побуждают правотворческие органы принимать необходимые меры по подготовке и принятию норм права, в которых получают свою институционализацию их социальные притязания.

К тому же если обратиться взгляд в историю, можно предположить, что концепция социального притязания продолжает идею эпохи Просвещения о рукотворности права, то есть о его сознательном (в соответствии с разумом человека) творении. Верой в неограниченные возможности человеческого разума, в том числе в деле создания гармоничных отношений (рая на Земле) с помощью такого инструмента, как право, окрашены XVII—XX столетия. Особо эта точка зрения проявилась в социологическом инструментализме права. Так, лидер американской социологии права Р. Паунд утверждает: «Социологическое движение в праве — это движение за прагматизм как философию права, движение за приспособление принципов и доктрин к условиям человеческого существования, которыми эти принципы и доктрины призваны управлять... движение за то, чтобы поставить человеческий фактор на главное место и передвинуть логику на ее подлинную позицию, позицию инструмента»². Еще более откровенен Э. Фехнер (хотя его правовая доктрина относится к феноменологии права): «Мы не знаем, что собой представляет право. При этом суть заключается не в том, чтобы знать, а в том, чтобы в

¹ См.: Социология права: Учебное пособие / Под ред. В.М. Сырых. — М., 2001. — С. 100.

² Pound R. Jurisprudence. — Sent Paulo (Minn.), 1959. — Vol. 2. — P. 3.

практической жизни пользоваться своей силой и создавать право»¹. Идея о рукотворности права также нашла свое отражение в трудах немецкого ученого Р. Иеринга, который считал, что право является плодом народного духа, развивающегося мирным путем из неких духовно-нравственных начал народного сознания. По его мнению, государственный и частнопредовой порядок создается в процессе борьбы индивидов и их групп, преследующих собственные интересы. Реальные потребности и интересы вызывают к жизни нормы права, цель которых — целесообразное регулирование отношений в обществе. Право рождается в борьбе людей за их интересы. «Где могло бы существовать право, которое вышло бы не из деятельности силы и энергии индивидуалов и начала которого не терялись бы в темной глубине физической силы? Мечом основан римский мир, и меч или копье являются древнейшим символом римского права», — писал Р. Иеринг². Да, действительно, проблема прав человека всегда была предметом острых социальных битв, которые велись за обладание правами, за расширение прав, фиксировавших статус человека в обществе. И каждая ступень развития общества была шагом на пути обретения и расширения свободы. История показывает, что необходимы постоянные усилия для поддержания и защиты прав и свобод человека. Каждое поколение отвечает на вечный вызов истории, связанный с отстаиванием такой великой ценности, как свобода и права человека. Свобода, выраженная в праве — главное для человека, она служит средой его обитания. В сфере свободы человек избирает свой собственный жизненный путь, реализует свои интересы и пристрастия.

Таким образом, посредством социальных притязаний интересы субъектов находят свое выражение в праве (объективном, а тем более субъективном) только благодаря упорной внешней деятельности их носителей. Объективные потребности в установлении соответствующего круга экономических, политических, культурных и личных прав не реализуются автоматически, осуществление этих потребностей происходит в условиях напряженной борьбы, столкновения сил прогресса с силами реакции, новых идей со старыми взглядами и предрассудками.

Сквозь столкновение и борьбу групповых, личных интересов и притязаний, через перипетии национальных отношений, формы развития культур, идеологии пробивает дорогу объективная необходимость в предоставлении такого круга прав и свобод, который отвечал бы потребностям нормально функционирующего общества.

Притязатели своими активными внешними действиями способствуют закреплению социальных притязаний в источниках (формах) права. Так, когда нормы права отстают от развития общественных отношений или неполно их регулируют, появляются притязания на признание соответствующих прав, что ведет либо к совершенствованию законодательства, либо к наполнению общих норм и вытекающих из них правоотношений новым социальным содержанием. Нормативно-правовой акт является основной официальной формой институционализации социальных притязаний в праве. Признавая то или иное социальное притязание, компетентный правотворческий орган определяет его содержание, границы и свойства, а также вытекающие из него обязанности, должное поведение. Обязанное поведение, чтобы стать юридическим, также фиксируется государством. Помимо нормативно-правовых актов социальные притязания получают свое закрепление также и в правовых обычаях. Правовой обычай представляет собой санкционированное государством правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения. Он является одним из древнейших и важнейших источников права. Правовой обычай должен соответствовать закону, быть установленным «как бы по праву», без использования силовых средств.

В настоящее время правовые обычаи занимают незначительное место в системе источников права России. Однако их не следует недооценивать. Особенно когда речь идет, например, об обычаях, действующих в масштабе крупных регионов или в масштабе страны (обычаи торгового мореплавания, обычаи портов, международные обычаи и др.).

Кроме нормативно-правового акта и правового обычая одной из форм институционализации социальных притязаний в праве выступает нормативный договор. Нормативно-правовой договор представляет собой весьма значимую разновидность договорных актов, существующих в рамках международного и национального права.

В терминологическом и содержательном планах «нормативно-правовой договор» традиционно рассматривается как синоним «нормативного», «правового» и иногда — «публичного» договора. Отличительной особенностью нормативно-правовых договоров является их преимущественно публичный характер.

Свое конкретное проявление он находит в том, что: а) сторонами нормативно-правового договора выступают чаще всего публичные институты (государство в целом, его отдельные органы, межгосударственные образования, коммерческие фирмы и их филиалы, органы местного самоуправления, общественные объединения и др.); б) в нем, как правило, всегда проявляется и закрепляется не част-

¹ *Fechner E.* Rechtsphilosophie. — Tubingen, 1962. — S. 258.

² *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. — СПб., 1875. — Ч. 1. — С. 95. Также см.: *Иеринг Р.* Цель в праве. — СПб., 1881; *Иеринг Р.* Борьба за право. — СПб., 1907.

ная, а общая, публичная воля — воля его сторон, субъектов данного договора, их социальные притязания; в) основной целью заключения правового договора является публичная цель, суть которой состоит в адекватном выражении и полном удовлетворении публичных интересов — интересов сторон и, соответственно, их социальных притязаний.

Однако социальные притязания субъектов могут получить совсем иную схему своего последующего развития и стагнации. Не так уж редко те или иные социальные притязания людей на меру права удовлетворяются вначале фактически, путем защиты таких притязаний в судах, других организациях (и только на этой основе затем формулируется абстрактная норма права)¹. В этих случаях социальные притязания находят свою институционализацию в правовоположениях судебной практики.

Социальные притязания получают свое закрепление не во всех элементах судебной практики, а только в ее отдельных правовоположениях, которые являются своеобразными правовыми средствами, институциональными образованиями, обладающими определенной юридической силой и степенью обязательности. Правовоположения судебной практики выражены, как правило, не только резолютивной частью судебного решения, формулирующей окончательные выводы суда, но и в мотивировочной части, в которой суд приводит мотивы в обоснование этих выводов. Правовые позиции Конституционного Суда РФ, которыми приостанавливается действие правовых норм, противоречащих Конституции, либо дается толкование закона, другого правового акта о соответствии их конституционным правовым положениям, безусловно выступают одной из форм институционализации социальных притязаний в праве. Юридическая природа правовых позиций Конституционного Суда как формирующихся источников права широко обсуждается в настоящее время юридической общественностью. Довольно широкое распространение получило суждение, причисляющее подобные правовые позиции к источникам российского права².

Одной из форм закрепления социальных притязаний в праве являются правовые акты муниципальных и иных негосударственных образований. По Конституции РФ и российскому законодательству органы местного самоуправления не входят в систему государственных органов, признаются негосударственными образованиями. Однако им придаются государственно-властные полномочия в решении местных дел на территории муниципальных образований, в том числе при издании соответствующих правовых актов. Вместе с тем, четкие правотворческие процедуры, правовые средства юридической техники при издании актов муниципальных образований отсутствуют. Источники муниципального права нередко появляются в той сфере общественных отношений местного уровня, которая не требует прямого государственного воздействия. Все это придает нормативным актам муниципальных органов характер нетипичных источников права.

Индивидуальный договор выступает формой закрепления социальных притязаний в сфере частного права. Специфика частного права заключается в том, что оно формируется самими участниками частнопровых отношений. Частное право нередко потому и называется договорным правом, что договор выступает здесь как своеобразный, во многом нетипичный источник частного права. Он содержит индивидуальные правовоположения, которые в случаях отсутствия норм права, закрепленных в официальных юридических источниках, обычаях делового оборота направлены на формирование прав и обязанностей, определяет правомерно-дозволенное, запрещенное либо предписанное поведение, служит основанием применения мер правового принуждения с обязательной ссылкой на частный договор при вынесении правоприменительного решения. Все это дает возможность представить индивидуальный договор как особый феномен в научной картине права, своеобразный источник частного права.

Следовательно, объективно обусловленные социальные притязания, выступая одним из средств правообразовательного процесса, являются движущей силой деятельности людей. Именно они способствуют развитию и совершенствованию субъективного права, так как без его динамики законода-

¹ См.: Гревцов Ю.И. Очерки теории и социологии права. — СПб., 1996. — С. 158—159.

² См.: Бондарь Н.С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. — 2007. — № 4; Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России: 1991—2001 гг.: Очерки теории и практики. — М., 2001; Волкова И.С. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент / И.С. Волкова, Т.Я. Хабриева. — М., 2005. — С. 41—42; Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. — М., 1999. — С. 109—110; Кажлаев С.А. Генезис правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2007. — № 3; Кряжков В.Л. Конституционная юстиция в Российской Федерации / В.Л. Кряжков, Л.В. Лазарев. — М., 1998; Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. — М., 2003. — С. 37—59; Романова О.В. К вопросу о понятии и правовой природе правовых позиций Конституционного Суда РФ // Государство и право. — 2001. — № 7. — С. 84—87; Саликов М.С. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие и система // Правоведение. — 2003. — № 5. — С. 50—51; Эбзеев Б.С. Конституционный Суд Российской Федерации: становление, юридическая природа, правовые позиции // Комментарий к постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации: В 2 т. / Отв. ред. Б.С. Эбзеев. — М., 2000. — Т. 1. — С. 24—25.

тельство страны оторвалось бы от реального социального движения и превратилось бы в мертвую схему логически связанных норм.

Но в исключительной подвижности субъективных прав имеются и свои минусы — их динамика имеет тенденцию к деструктурированию юридической формы, социальная жизнь может наполнить содержание субъективного права таким образом, что оно грозит взорвать правовую оболочку. Сдерживают такую тенденцию юридические нормы, то есть объективное право, внося в правовое регулирование необходимую устойчивость и прочность, изменения, которые заранее осмыслены законодателем, строятся на известных обобщениях юридической практики¹.

Таким образом, проблема социальных притязаний в праве в настоящее время чрезвычайно актуальна. Она затрагивает такие жизненно важные вопросы, как удовлетворение потребностей и запросов людей, повышение их общественной активности, создание соответствующих позитивных стимулов поведения, трудовой и политической деятельности и т. д. Здесь же решается задача наиболее правильного (оптимального) сочетания личных и общественных интересов — как в самих правовых нормах, так и в субъективных правах. Речь идет о глубине и эффективности правового воздействия на сознание и поведение людей, о выявлении и учете их социальных притязаний.

¹ См.: Явич Л.С. Общая теория права. — Л., 1976. — С. 176.

В.П. Сорокин

Сорокин Владислав Петрович — соискатель кафедры уголовного права Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации

Эволюция в оценках признаков служащего и должностного лица

Уголовный кодекс РФ закрепляет, что лица, совершившие преступление, равны перед законом и подлежат уголовной ответственности независимо от занимаемого ими должностного положения.

Вместе с тем, указание в законе на использование лицом должностного положения является способом дифференциации уголовной ответственности. Однако особую сложность вызывает как в науке уголовного права, так и в правоприменительной практике разграничение понятий «должностное положение» и «служебное положение». Так, в статье 4 УК РФ законодатель говорит только о равенстве лиц по признаку должностного положения. При этом в конкретных составах преступлений, предусмотренных действующим законодательством, встречаются «представитель власти», «должностное положение», «служебное положение» и даже «должностным лицом с использованием своего служебного положения» (ст. 149, ст. 169, ст. 170, ст. 180, ст. 215¹ УК и др.). В части 3 статьи 141 УК РФ законодатель употребляет формулировку «...вмешательство с использованием должностного или служебного положения...». Все это позволяет говорить о необходимости обращения к охранительному законодательству для четкого определения данных понятий с целью их отождествления или разграничения.

Хотя в науке не сложилось единого мнения относительно этих понятий, большинство исследователей отмечают следующее:

1. Служащие не создают непосредственно материальных ценностей, но могут обеспечивать условия для их производства¹.

2. Обычно служащие выполняют функции по контролю, управлению, руководству, надзору, учету.

3. Только служащие могут занимать должность, которая определяет содержание и объем их полномочий².

В общем виде должность — это служебная обязанность, служебное место³; должностное лицо — лицо, занимающее административную или распорядительную должность⁴.

В.М. Манохин отмечает, что «с должности, собственно, и начинается служащий: с замещения должности лицо получает статус служащего, то есть права и обязанности, правила прохождения службы, порядок ее оставления»⁵.

М.В. Ремизов под должностью понимает стабильный комплекс обязанностей и прав, правовое установление, ориентированное на одного человека, который должен выполнять часть работы организации; должность — это юридическое описание социальной позиции лица, занимающего ее⁶. Д.Н. Бахрах выделяет следующие характеристики должности: а) ее название и целевое назначение, б) порядок учреждения, преобразования, ликвидации; в) место в служебной иерархии; г) порядок замещения должности и освобождения от нее; д) ее содержание — комплекс обязанностей и прав; е) должность включается в штатное расписание организации⁷.

4. Служащие работают на профессиональной основе, то есть для осуществления служебной деятельности требуется специальная подготовка и специальное образование.

¹ См., например: Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР: Учебное пособие. — Свердловск, 1989. — С. 207; Старилов Ю.Н. Служебное право. — М., 1996. — С. 129; Егорова Н. Субъект преступлений против интересов службы // Законность. — 1998. — № 4. — С. 11—12.

² См.: Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. — М., 1997. — С. 25; Старилов Ю.Н. Служебное право. — М., 1996. — С. 129; Егорова Н. Субъект преступлений против интересов службы // Законность. — 1998. — № 4. — С. 138.

³ См.: Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. — М., 1997. — С. 25, 26; Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР: Учебное пособие. — Свердловск, 1989. — С. 207; Старилов Ю.Н. Служебное право. — М., 1996. — С. 316; Волженкин Б.В. Служебные преступления. — М., 2000. — С. 67; Скрябин Э.Н. Проблемы реализации уголовной ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2003. — С. 13.

⁴ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — 22-е изд., стер. — М., 1990. — С. 176.

⁵ Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. — М., 1997. — С. 26.

⁶ См.: Ремизов М.В. Дифференциация уголовной ответственности за преступления против интересов публичной службы (глава 30 УК РФ): Дис... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2004. — С. 70.

⁷ См.: Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР: Учебное пособие. — Свердловск, 1989. — С. 208.

Сам термин «служить» означает «делать что-нибудь для чего (кого)-нибудь, выполнять чью-то волю, приказание, направлять свою деятельность на пользу чего-нибудь. Как правило, служащие представляют своего нанимателя (организацию, государство и др.) в его многообразных взаимоотношениях как внутри организации, так и во внешних связях с другими общественными, государственными и негосударственными организациями»¹.

5. Деятельность служащих носит административный или исполнительный характер, то есть сводится не только к управлению или обслуживанию управления, но может заключаться и в непосредственной реализации служебных задач организации (врач, учитель и др.).

Некоторые ученые не ограничиваются указанными признаками службы и служащего и понимают под службой правомерную деятельность уполномоченных субъектов по обеспечению и практической реализации служебных интересов, осуществляемую на основе принятия самостоятельных решений в пределах компетенции и имеющую юридически значимый характер².

Согласие с подобным подходом означало бы отождествление служащих и должностных лиц, хотя это не идентичные понятия.

Устоявшейся в науке признается позиция, согласно которой по объему должностных полномочий следует различать «обычных» служащих и категорию служащих, которых уголовное и административное право называет должностными лицами (управленцами в различных организациях)³.

Нам видится, что указанные понятия соотносятся следующим образом:

Во-первых, понятие «служащий» **шире** понятия «должностное лицо», то есть каждое должностное лицо есть служащий, но не каждый служащий есть должностное лицо.

Во-вторых, только должностные лица могут действовать от имени организации внутри ее или во вне, имеют право совершать служебные юридически значимые действия от имени организации.

Выделяют две группы должностных лиц:

1) служащие, осуществляющие властные полномочия распорядительного и организационного характера внутри организации;

2) служащие, осуществляющие властные полномочия в отношении людей, не находящихся от них в служебной зависимости и не работающих с ними в одной организации, то есть представители власти.

В отличие от должностных лиц, «обычные» служащие непосредственного участия в деятельности по осуществлению компетенции соответствующих органов и организаций не принимают. Эти служащие занимаются обслуживанием информационных процессов и материально-техническим обслуживанием деятельности аппарата государственных органов и других организаций.

В-третьих, должностные лица, в отличие от остальных служащих, могут самостоятельно совершать юридически значимые действия по направлениям своей служебной деятельности и наделены более широкими правами, что, соответственно, обуславливает их повышенную ответственность.

Таким образом, служащим признается лицо, обладающее следующими признаками:

1) осуществляет на профессиональной основе деятельность, направленную на организацию исполнения или практическую реализацию задач социальных структур, непосредственно не связанную с производством материальных благ;

2) действует в интересах представляемых организаций, из бюджета которых производится оплата его труда;

3) занимает определенную должность, в соответствии с которой ему предоставляется определенный объем полномочий для обеспечения интересов организации-нанимателя.

Должностному лицу присущи также следующие признаки:

— осуществляют служебную деятельность в органах публичной власти и их структурных подразделениях;

— деятельность направлена на обеспечение публичных интересов общества;

— осуществляют функции власти. По этой причине публичными служащими следует признавать и таких лиц, которые занимают должности, не находящиеся в структуре каких-либо организаций («самостоятельные» должности), но деятельность которых связана с реализацией публичной власти (например: президент, нотариусы);

— вопросы служебной деятельности публичных служащих, а именно: квалификационные требования к кандидату при поступлении на должность, классификация должностей и четкое установление объема и содержания служебных полномочий, способов и методов осуществления полномочий, прав,

¹ Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. — М., 1997. — С. 26.

² См.: Солдатова Л.А. Ответственность за злоупотребление полномочиями и превышение полномочий служащими коммерческих и иных организаций (вопросы истории, теории и законодательного регулирования). — Казань, 2002. — С. 9, 11, 12; Скрябин Э.Н. Проблемы реализации уголовной ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2003. — С. 10; и др.

³ См., например: Старилов Ю.Н. Служебное право. — М., 1996. — С. 346; Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР: Учебное пособие. — Свердловск, 1989. — С. 210—211.

гарантий и ограничений служащих, ответственности за служебные правонарушения, основания прекращения службы, детально урегулированы законодательством.

В силу прямого указания закона не признаются служащими лица, замещающие выборные государственные и муниципальные должности. Вместе с тем, они соответствуют материальному признаку должностного лица. Более того, согласно примечанию 1 к статье 285 УК РФ, пункту 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» они признаются представителями власти.

Вышесказанное позволяет говорить о невозможности отождествления понятий «должностное лицо» и «служащий» и, соответственно, «должностное положение» и «служебное положение». Поскольку, как уже показано выше, понятия «служащий» и «служебное положение» шире, чем «должностное лицо» и «должностное положение», то в Уголовном законе следует четко разграничивать, в каких случаях и какой из указанных терминов использовать. Вместе с тем, представляется необходимым дополнить статью 4 УК РФ признаком равенства лиц, совершивших преступление, по служебному положению.

О.Н. Сорокина

Сорокина Ольга Николаевна — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Проблемы технико-юридического конструирования нормы об ответственности за превышение полномочий служащими частных охранных и детективных организаций

Закон РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» от 11 марта 1992 года¹ положил начало развитию частной детективной и охранной деятельности — нового элемента негосударственной правоохранительной системы Российской Федерации. По своей сути данная деятельность существенно отличается от правоохранительной деятельности государственных органов. Во-первых, она является предпринимательской, во-вторых, осуществляется на возмездной основе, в-третьих, построена на договорных отношениях, в-четвертых, оказывается индивидуально определенным клиентам. Кроме того, лица, осуществляющие негосударственную правоохранительную деятельность, не наделены полномочиями должностных лиц правоохранительных органов².

Сфера деятельности и компетенция частных охранников и детективов различна. *Сыскная работа* детективов направлена на сбор определенного рода информации и обеспечение ею клиента в обусловленной законом форме. В целях сыска разрешается представление услуг следующего характера: а) сбор сведений по гражданским делам на договорной основе с участниками процесса; б) изучение рынка, сбор информации для деловых переговоров, выявление некредитоспособных или ненадежных деловых партнеров; в) установление обстоятельств неправомерного использования в предпринимательской деятельности фирменных знаков и наименований, недобросовестной конкуренции, а также разглашения сведений, составляющих коммерческую тайну; г) выяснение биографических и других характеризующих личность данных об отдельных гражданах (с их письменного согласия) при заключении ими трудовых и иных контрактов; д) поиск без вести пропавших граждан; е) поиск утраченного гражданами или предприятиями, учреждениями, организациями имущества; ж) сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса³.

Охранная деятельность направлена на охрану личных и имущественных прав. В целях охраны разрешается представление следующих видов услуг⁴: а) защита жизни и здоровья граждан; б) охрана объектов и (или) имущества (в том числе при его транспортировке), находящихся в собственности, во владении, в пользовании, хозяйственном ведении, оперативном управлении или доверительном управлении; в) охрана объектов и (или) имущества на объектах с осуществлением работ по проектированию, монтажу и эксплуатационному обслуживанию технических средств охраны, перечень видов которых устанавливается Правительством РФ, и (или) с принятием соответствующих мер реагирования на их сигнальную информацию; г) консультирование и подготовка рекомендаций клиентам по вопросам правомерной защиты от противоправных посягательств; д) обеспечение порядка в местах проведения массовых мероприятий; е) обеспечение внутриобъектового и пропускного режимов на объектах; ж) охрана объектов и (или) имущества, а также обеспечение внутриобъектового и пропускного режимов на объектах, которые имеют особо важное значение для обеспечения жизнедеятельности и безопасности государства и населения и перечень которых утверждается в порядке, установленном Правительством РФ⁵.

¹ См.: Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1992. — № 17. — Ст. 888.

² См., например: *Матвеев Т.Г.* Организация деятельности негосударственной правоохранительной системы: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1998. — С. 8, 14; *Гусев Н.Н.* Гражданско-правовое положение субъектов частной охранной деятельности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1998. — С. 16; Частная охрана: Альбом схем. — Екатеринбург, 2006. — С. 7; и др.

³ В течение суток с момента заключения контракта с клиентом на сбор таких сведений частный детектив обязан письменно уведомить об этом лицо, производящее дознание, следователя, прокурора или суд, в чьем производстве находится уголовное дело.

⁴ См.: Статья 3 Закона «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» от 11 марта 1992 года в ред. Федерального закона от 22 декабря 2008 года № 272-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного контроля в сфере частной охранной и детективной деятельности» (Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 6227).

⁵ Перечень данных объектов утвержден постановлением Правительства РФ от 14 августа 1992 года № 587 (см.: САПП РФ. — 1992. — № 8. — Ст. 506; Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 15. — Ст. 1343).

Законом «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» с самого начала его действия последовательно проводился принцип недопустимости смешения детективной и охранной деятельности, в силу которого одно и то же предприятие не могло одновременно заниматься сыскной и охранной деятельностью. Исключением из этого правила являлись два вида предприятий, в которых допускалось осуществление смешанных форм детективной и охранной деятельности — совместные ассоциации частных детективов и охранников, а также охранно-сыскные подразделения на предприятиях (службы безопасности). Федеральный закон от 22 декабря 2008 года № 272-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного контроля в сфере частной охранной и детективной деятельности» полностью исключил из Закона «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» положения, допускавшие такое совмещение¹. Таким образом, с 1 января 2010 года деятельность ассоциаций частных детективов и охранников, а также охранно-сыскных подразделений на предприятиях прекратила свое существование.

Законотворческие новеллы коснулись не только содержательной стороны частной охранной и детективной деятельности, но и регламентации ответственности служащих данных структур за правонарушения, совершаемые ими в связи с исполнением своих служебных обязанностей. Наиболее существенной трансформации подверглась уголовно-правовая норма, устанавливающая ответственность за превышение полномочий служащими частных охранных и детективных служб (ст. 203 УК РФ). Изменения затронули не только ее наименование (теперь она называется «Превышение полномочий частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника, при выполнении ими своих должностных обязанностей»), но и отразились на ее сущностном содержании. С 1 января 2010 года она была введена в действие. Целью настоящей статьи является анализ современного состояния технико-юридической конструкции названной нормы и определение перспектив ее законодательного совершенствования.

Значительный интерес для исследователя представляет анализ *объективной стороны* превышения полномочий частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника, при выполнении ими своих должностных обязанностей. Даже беглого взгляда на статью 203 УК РФ вполне достаточно, чтобы констатировать, что основной состав преступления, содержащегося в обновленной редакции этой нормы, значительно отличается от прежнего тем, что, *во-первых*, законодатель исключил из части 1 статьи 203 УК РФ указание на насильственный способ совершения рассматриваемого общественно опасного деяния (применение насилия либо угроза его применения), отнеся данный признак к квалифицированному виду этого преступления; *во-вторых*, конкретизировал его субъектов; *в-третьих*, уточнил признаки объективной стороны; *в-четвертых*, преобразовал формальный состав в материальный.

Объективная сторона основного состава рассматриваемого преступления состоит в действиях, выходящих за пределы полномочий, установленных законодательством Российской Федерации, регламентирующим осуществление частной охранной и детективной деятельности, и повлекших существенное нарушение прав и законных интересов граждан и (или) организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства².

Сравнительный анализ нормы, предусматривающей ответственность за превышение полномочий частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника, при выполнении ими своих должностных обязанностей (ст. 203 УК РФ), и состава превышения должностных полномочий (ст. 286 УК РФ) позволяет сделать вывод о том, что новая редакция статьи 203 УК РФ во многом схожа со статьей 286 УК РФ. Видимо, это обусловлено стремлением законодателя унифицировать уголовно-правовые нормы об ответственности за «родственные» преступления.

Л.Е. Смирнова совершенно справедливо отмечает, что «...с одной стороны, унификация упрощает правовой материал, уменьшает его объем, исключает элементы дублирования, содействует правильному пониманию и применению правовых предписаний, в ряде случаев устраняет чрезмерную дифференциацию, но, с другой стороны, она не должна осуществляться безгранично, а при выходе за определенные пределы унификационные процессы могут оказаться абсолютно неэффективными, даже нежелательными»³.

¹ См.: Раздел IV «Смешанные формы детективной и охранной деятельности» Закона «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» от 11 марта 1992 года.

² Н.Н. Цугленок предлагала на базе статьи 203 УК РФ создать в главе 23 УК РФ общую норму о превышении полномочий служащими коммерческих и иных организаций. Основной состав данного преступления, по мнению указанного автора, должен предусматривать ответственность за превышение полномочий служащими коммерческих или некоммерческих организаций, выполняющих организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции, а части 1 и 2 — превратить соответственно в части 2 и 3 предлагаемой статьи (см.: Цугленок Н.Н. Получение предмета коммерческого подкупа: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Красноярск, 2006. — С. 15).

³ Смирнова Л.Е. Унификация в уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2007. — С. 7.

К сожалению, негативные последствия унификации, о которых упоминает Л.Е. Смирнова, в полной мере нашли свое отражение в обновленной редакции статьи 203 УК РФ. Унификация в данном случае привела к потере качества указанной нормы, которое, на наш взгляд, существенно пострадало.

Так, представляется совершенно излишним упоминание в названии статьи о том, что превышение полномочий частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника, возможно *при выполнении ими своих должностных обязанностей*, поскольку если лицо не выполняет те или иные должностные обязанности, то оно и не наделяется соответствующими служебными полномочиями. Отметим, что в диспозиции статьи такая конкретизация отсутствует.

Другим недостатком анализируемой нормы является отсутствие в основном составе преступления (в отличие от ст. 286 УК РФ) указания на *явность*¹ выхода субъекта за пределы своих полномочий. Такое законодательное решение практически стирает грань между формальным и грубым (явным) выходом за пределы полномочий, дисциплинарным проступком и уголовно-наказуемым деянием. Полагаем, что в характеристику деяния, изложенного в диспозиции части 1 статьи 203 УК РФ, необходимо включить названный выше признак.

Следует отметить, что в доктрине уголовного права ранее высказывались предложения о том, чтобы состав преступления, предусмотренного статьей 203 УК РФ, построить по типу нормы об ответственности за превышение должностных полномочий: в основном составе предусмотреть наступление общественно опасных последствий в виде существенного вреда правам и законным интересам граждан, организаций, общества или государства (материальный состав), в квалифицированном виде преступления — применение насилия или угрозы его применения, в особо квалифицированном — наступление тяжких последствий². В целом это предложение можно одобрить, однако, справедливости ради, следует отметить, что особенностью деятельности служащих частных охранных и детективных служб, является то, что превышение данными субъектами своих полномочий по службе связано, в основном, с применением насилия или угрозой его применения³.

В соответствии с нормативными установлениями, закрепленными в части 2 статьи 203 УК РФ, ответственность за превышение полномочий повышается, если это деяние совершено *с применением насилия или с угрозой его применения либо с использованием оружия или специальных средств и повлекшее тяжкие последствия*.

Напомним, что признак «применение насилия или угроза его применения» ранее характеризовал основной состав превышения полномочий служащими частных охранных или детективных служб. Этот признак достаточно подробно описан в юридической литературе, поэтому его рассмотрение в рамках настоящей статьи считаем нецелесообразным. Между тем, такой признак, как *«использование оружия или специальных средств»*, при совершении анализируемого преступления является законодательной новеллой.

Отметим, что квалифицирующий признак «деяние, совершенное с применением оружия или специальных средств» закреплен в соответствующей норме Модельного УК. Это решение представляется правильным. Думается, что уже сам факт насилия, совершенного с применением оружия или специальных средств, представляет достаточно большую угрозу причинения ущерба интересам и правам личности, нежели простое физическое воздействие, сопряженное, например, с приемами рукопашного боя. Нельзя также не учитывать тот большой массив вооружения, который имеют на данный момент времени частные охранные организации⁴. Поэтому вполне логично и справедливо, на наш взгляд, что законодатель предусмотрел данное обстоятельство в числе квалифицирующих признаков в новой редакции части 2 статьи 203 УК РФ.

Квалифицированный состав превышения полномочий характеризуется также *тяжкими последствиями*. Их понятие в законе не раскрыто и относится к категории оценочных.

Анализ положений, закрепленных в части 2 статьи 203 УК РФ, позволил сделать вывод о том, что недостатки технико-юридического конструирования сопровождаются и данным составом преступления.

¹ «Явный, то есть совершенно очевидный, бесспорный, ясный для всех» (см.: Ушаков Д.Н. Большой толковый словарь русского языка. Современная редакция. — М., 2008. — С. 957), в том числе для самого виновного, бесосновательный выход за пределы предоставленных ему служебных полномочий (см.: Словарь по уголовному праву / Отв. ред. А.В. Наумов. — М., 1997. — С. 396).

² См., например: Андреева Е.Г. Антикриминальная деятельность частных детективных и охранных предприятий. — М., 2000. — С. 132—133; Шнитенков А.В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях. — СПб., 2006. — С. 230; и др.

³ См.: Изосимов С.В. Преступления, посягающие на интересы службы в коммерческих и иных организациях: законодательные новеллы и их влияние на правоприменительную практику // Уголовно-правовые нормы об экономических и служебных преступлениях: проблемы правоприменительной и законодательной техники: Итоговые материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 1000-летию г. Ярославля (1 октября 2010 г.) / Отв. ред. Л.Л. Кругликов. — Ярославль, 2010. — С. 64—65.

⁴ См.: Маяцкий И. Над статистикой // Мир безопасности. — 1998. — № 4. — С. 15.

Так, исходя из буквального толкования законодательной формулировки квалифицированного состава анализируемого преступления — *то же деяние, совершенное с применением насилия или с угрозой его применения либо с использованием оружия или специальных средств и повлекшее тяжкие последствия*, — следует, что данный признак будет вменяться только в том случае, если применение насилия или угроза его применения, а также использование оружия или специальных средств, повлекут тяжкие последствия. На это, в частности, указывает соединительный союз «и», используемый в данной формулировке между словосочетаниями «с применением насилия или с угрозой его применения либо с использованием оружия или специальных средств» и «тяжкие последствия». Поскольку побои, легкий и средней тяжести вред здоровью не относятся к тяжким последствиям, а часть 1 статьи 203 УК РФ не связана законодателем с применением насилия или угрозой его применения, а также с использованием оружия или специальных средств, получается, что такие (нетяжкие) последствия «выпадают» из сферы действия нормы.

Думается, что в данном случае, имеет место законодательная оплошность, которую необходимо срочно, до введения в действие новой редакции статьи 203 УК РФ в действие, исправить. Полагаем, что необходимо изложить часть 2 статьи 203 УК РФ в следующей редакции:

«2. То же деяние, совершенное:

- а) с применением насилия или с угрозой его применения;*
- б) с использованием оружия или специальных средств;*
- в) повлекшее тяжкие последствия»¹.*

Предложенный вариант редакции квалифицированного состава преступления, предусмотренного статьей 203 УК РФ, не содержит указанные выше недостатки технико-юридического конструирования и позволяет оптимизировать правоприменительную деятельность по этому составу.

К сказанному выше следует добавить, что в специальной литературе отмечается, что наличие у частных охранников и детективов специальной физической подготовки, обладание ими юридическими знаниями, осведомленность о приемах и методах ведения оперативной и следственной работы — делает их желанными членами организованных преступных группировок². Учитывая данное обстоятельство, представляется целесообразным в качестве квалифицирующего и особо квалифицирующего признаков анализируемого состава преступления предусмотреть совершение этого деяния соотвественно группой лиц по предварительному сговору (признак квалифицированного состава) либо организованной группой (признак особо квалифицированного состава).

Принимая во внимание изложенные выше обстоятельства, предлагаем следующую редакцию части рассматриваемой нормы:

«Статья 203. Превышение полномочий частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника

1. Превышение частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника, действий, явно выходящих за пределы полномочий, установленных законодательством Российской Федерации, регламентирующим осуществление частной охранной и детективной деятельности, и повлекших существенное нарушение прав и законных интересов граждан и (или) организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, — преступление небольшой тяжести.

2. То же деяние, совершенное:

- а) с применением насилия или с угрозой его применения;*
 - б) с использованием оружия или специальных средств;*
 - в) группой лиц по предварительному сговору, —*
- преступление средней тяжести.

3. Деяния, предусмотренные частями первой и второй настоящей статьи, совершенные организованной группой или повлекшие тяжкие последствия, — тяжкое преступление».

Такое изложение нормы позволит, на наш взгляд, оптимизировать ее технико-юридическую конструкцию, а это, в свою очередь, поможет правоприменительным органам избежать возможных трудностей в квалификации указанного в ней преступления.

¹ По мнению автора, тяжкие последствия следовало бы отнести не к квалифицированному, а к особо квалифицированному виду рассматриваемого преступления.

² См.: Овчаров А. В. Уголовная ответственность за превышение полномочий служащими частных охранных и детективных служб: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 68.

Д.В. Сочнев, Е.Ю. Иванова

Сочнев Дмитрий Васильевич — доктор социологических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой финансового права Нижегородского института менеджмента и бизнеса;

Иванова Елена Юрьевна — ассистент кафедры финансового права Нижегородского института менеджмента и бизнеса

Проблемы модернизации правотворчества в противодействии молодежному экстремизму в России

Процесс модернизации правотворчества в противодействии молодежному экстремизму в России, в первую очередь, должен быть предметом правового регулирования. Существующая в настоящее время нормативная база, регламентирующая деятельность правоохранительных органов и средств массовой информации, в частности, их взаимоотношения в сфере противодействия молодежному экстремизму, включает в себя несколько уровней.

Первый — это международные декларации и соглашения, ратифицированные нашим государством¹. Они ввели общепризнанные принципы и нормы международного права в состав правовой системы России, что было зафиксировано в статье 15 Конституции РФ². Соблюдение провозглашенных в них правовых норм обязательно как для ОВД, так и для СМИ. В данных нормативных актах зафиксированы гарантии равенства молодых граждан перед судом и законом, права на свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, свободы слова, свободы массовой информации. При этом особо отмечается, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ст. 10—12, 18, 19, 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г.; ст. 9, 14, 17, 19 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г.; ст. 17, 19, 22—25, 29 Конституции РФ).

Механизм реализации прав и свобод, сформулированных в Конституции РФ, нашел отражение в принятых впоследствии федеральных законах и подзаконных актах, регламентирующих деятельность различных государственных институтов. При этом повысилась ответственность государства в целом и правоохранительных органов в частности за обеспечение их соблюдения. Законодательный уровень правового регулирования взаимодействия правоохранительных органов и средств массовой информации включает в себя федеральные законы «О средствах массовой информации», «О полиции», «Об оперативно-розыскной деятельности», «О государственной тайне»³ и другие акты, а также кодексы (УК РФ, КоАП РФ, УПК РФ, ГК РФ, ГПК РФ), устанавливающие уголовную и административную ответственность за нарушение закона.

В настоящее время в доступе журналистов к информации существует целый ряд ограничений, связанных с соблюдением государственной тайны, тайны следствия, охраны чести и достоинства граждан, а также жизни и здоровья лиц, осуществляющих оперативно-розыскные мероприятия. Эти ограничения регламентируются законами «О прокуратуре Российской Федерации» (ст. 5, 6), «Об оперативно-розыскной деятельности» (ст. 2, 15, 16), «О государственной тайне» (п. 4 ст. 5). УК РФ провозглашает усиление уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования (ст. 310 УК РФ). Статья 4 Закона РФ «О средствах массовой информации» специально оговаривает недопустимость злоупотребления свободой массовой информации в целях совершения уголовно-наказуемых деяний, разглашения сведений, составляющих государственную или иную специально охраняемую законом тайну. Пункт 2 статьи 49 указанного Закона подчеркивает обязанность журналиста проверять достоверность сообщаемой информации, а статья 59 говорит о наступлении уголовной, административной, дисциплинарной или иной ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации в случае нарушения требований статьи 4 указанного правового акта.

Возможность использования СМИ для решения задач по раскрытию и расследованию преступлений зафиксирована в пункте 31 статьи 5 Закона «О полиции». Закон гласит, что полиции для выполнения возложенных на нее обязанностей предоставляется право использовать безвозмездно возмож-

¹ См.: Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 года; Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года.

² См.: Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года.

³ См.: Федеральный закон от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации»; Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции»; Федеральный закон от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»; Федеральный закон от 6 октября 1997 года № 131-ФЗ «О государственной тайне».

ности средств массовой информации для установления обстоятельств преступлений, а также лиц, их совершивших, для розыска лиц, скрывшихся от дознания, следствия и суда, и лиц, без вести пропавших. В то же время статья 41 Закона РФ «О средствах массовой информации» обязует редакцию СМИ сохранять в тайне источник конфиденциальной информации, который может быть назван лишь по требованию суда в связи с находящимся в его производстве делом.

В частях 1, 2, 5, 7 статьи 6 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» рассматриваются основные направления, по которым оперативно-следственные аппараты ОВД могут использовать возможности СМИ:

1) получение фактических данных, позволяющих активно вести работу по раскрытию преступления (сведения, характеризующие событие, мотивы преступления, виновность обвиняемого в его совершении, смягчающие и отягчающие обстоятельства, характер и размер ущерба, причиненного преступлением);

2) привлечение граждан к участию в раскрытии преступления, выявление свидетелей и потерпевших;

3) профилактическая работа (выявление причин и условий, способствующих совершению преступлений, а также принятие мер по их устранению).

Принимая решение об обращении к молодежи через СМИ, необходимо исходить из реальной необходимости этого, учитывая, что такие меры со стороны правоохранительных органов носят вынужденный характер и имеют как положительные, так и отрицательные моменты. Основаниями использования средств массовой информации (радио, телевидения, газет) для раскрытия преступлений могут быть их значительный общественный резонанс; отсутствие информации, необходимой для ведения или активизации работы по раскрытию преступления; невозможность или крайняя затрудненность решения какой-либо задачи раскрытия преступления иным способом.

Приказы министра внутренних дел России¹ в качестве основного критерия оценки оперативно-служебной и служебно-боевой деятельности органов внутренних дел определили оценку их работы с населением. Как показывает практика работы оперативно-следственных подразделений, главными причинами, вызывающими необходимость обращения к населению за помощью при раскрытии и расследовании преступлений, являются отсутствие свидетелей и очевидцев; выявление потерпевших при расследовании многоэпизодных преступлений; отсутствие сведений о лице, совершившем преступление.

Учитывая возможности средств массовой информации оказывать влияние на информированность молодых граждан о происшедшем, их поведение и поступки, основными целями использования указанных средств в интересах раскрытия преступлений должны являться следующие: получение любых фактических данных, позволяющих активно продолжать работу по раскрытию преступления; создание обстановки, благоприятствующей проведению отдельных мероприятий или следственных действий; привлечение молодых граждан к участию в раскрытии преступления и получение свидетельских показаний; дезинформация лиц, причастных к его совершению; побуждение участников преступления к совершению саморазоблачающих действий (в том числе и к явке с повинной); противодействие слухам, отрицательно влияющим на работу по раскрытию преступления, либо распространение тех из них, которые облегчают сотрудникам ОВД решение их задач; выявление причин и условий, способствующих его совершению; предупреждение о вероятных действиях преступника, ориентирование молодых граждан на принятие мер по обеспечению своей личной и имущественной безопасности; использование материалов, помещенных в СМИ, для проведения оперативно-розыскных мероприятий; информационно-аналитическая работа с материалами СМИ на криминальные темы.

Следует учитывать также, что средства массовой информации могут включаться в процесс раскрытия и расследования преступлений по своей инициативе². В указах Президента РФ³ обращается внимание руководителей средств массовой информации на то, что при освещении событий следует руководствоваться требованиями законодательства Российской Федерации, нормами и принципами

¹ См.: Приказ МВД России от 6 декабря 1999 года № 977 «Об информационно-пропагандистской работе»; приказ МВД России от 26 октября 2002 года № 943 «Об утверждении положения об управлении информации, региональных и общественных связей Министерства внутренних дел Российской Федерации»; приказ МВД России от 5 апреля 2002 года № 324 «Об организации работы подразделений информации, региональных и общественных связей Главных управлений МВД России по федеральным округам, подразделений информации и общественных связей МВД, ГУВД, УВД (ОВД) ГУВДРО СОБ МВД России, горрайлинорганов внутренних дел».

² См.: *Сочнев Д. В.* Молодежь, правоохранительная система и массовые коммуникации: оптимизация взаимодействия. — Н. Новгород, 2006. — С. 72—73.

³ Указ Президента РФ от 6 сентября 1993 года № 1338 «О проблематике безнадзорности правонарушений несовершеннолетних, защите их прав»; Указ Президента РФ от 15 января 1998 года № 29 «О президентской программе «Дети России» на 1998—2000 гг.»; Указ Президента РФ от 24 сентября 2002 года № 1068 «О совершенствовании государственного управления в области противодействия незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ»; Указ Президента РФ от 6 февраля 2004 года № 151 «О мерах по предупреждению бродяжничества и попрошайничества».

международного права, исключаящими любые формы оправдания насилия, распространение информации, создающей угрозу жизни граждан.

Ведомственные нормативные документы составляют третий уровень правовых актов, регламентирующих взаимоотношения правоохранительной и массово-коммуникативной систем¹. Они устанавливают обязанности личного состава служб и подразделений, связанных с подготовкой и предоставлением материалов для средств массовой информации о своей работе, правовой пропагандой и агитацией, организацией обратной связи с редакциями СМИ и населением, а также с принятием мер по устранению выявленных недостатков в этой работе.

Особо регламентируется деятельность отделов (отделений, групп) информации и общественных связей органов внутренних дел. Согласно приказам МВД России, в число основных задач этих подразделений входит осуществление связей с российскими и зарубежными журналистами, теле-, видео-, киностудиями, редакциями, творческими, общественными объединениями, политическими партиями в целях оказания им необходимой методической и организационной помощи в работе над материалами о деятельности органов внутренних дел. Кроме того, в число задач входят проведение информационно-аналитической работы, подготовка обзоров и предложений на основе изучения материалов периодической печати, отражающих деятельность органов внутренних дел, распространение достоверной информации и формирование объективного общественного мнения об органах внутренних дел, обеспечение связи органа внутренних дел с центральными и местными СМИ.

Эффективное использование СМИ в выявлении, раскрытии и расследовании преступлений можно обеспечить только при сочетании тесного делового взаимодействия с ними и научно обоснованной и профессионально грамотной в тактическом и организационном отношении практической деятельности сотрудников правоохранительных органов. Осуществление сотрудниками оперативных и следственных подразделений поисковых и розыскных мероприятий с использованием СМИ требует их согласованной работы, правильного соотношения гласных и негласных методов розыска, установления пределов гласности розыскных мер и тайны предварительного следствия.

В том случае, когда текст заметки для прессы или выступления в теле-, радиозэфире готовит иной сотрудник (например, представитель отдела информации и общественных связей органа внутренних дел) или для решения данной задачи привлекаются представители СМИ, следователь должен тщательно отобрать публикуемый фактический материал (ориентирующие сведения, фотографии, рисунки, иллюстрации и т. п.), заботясь о сохранении тайны следствия. Если для составления текста возникает необходимость обращения к психологу или психиатру (например, при попытке склонить к явке с повинной лицо, совершающее преступления, у которого предполагается наличие явных психических отклонений), у этих специалистов должна быть взята подписка с предупреждением об ответственности по статье 310 УК РФ (разглашение данных предварительного следствия).

Деятельность и функции СМИ определены рядом федеральных законов: «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию»; «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации»; «О гарантиях информационной стабильности и требованиях к телерадиовещанию»². В круг задач СМИ должны, прежде всего, входить ведение правовоспитательной работы, формирование правовой культуры и правового сознания населения.

СМИ должны объективно и всесторонне информировать граждан о работе федеральных органов государственной власти, о деятельности депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации по вопросам права, политики и других сфер общественной жизни³. Вопрос о влиянии современных СМИ на формирование правового и нравственного сознания населения, в том числе и молодежи, сохраняет свою значимость и актуальность несмотря на то, входит ли это в задачи СМИ. Такое влияние всегда носит фактический характер⁴. Особенно это касается тех СМИ, которые непосредственно ориентированы на молодежную аудиторию, освещают законодательство, вопросы борьбы с молодежным экстремизмом.

¹ См., например, пункты 1.2.2; 1.2.3; 2.3.3; 4.2.4; 5.5.2; 6.1.6; 7.5; 8.2 «Наставления о деятельности служб и подразделений органов внутренних дел по предупреждению преступлений», утвержденного приказом МВД России от 6 августа 1993 года № 390; пункт 12 приказа Генерального прокурора РФ от 29 июня 1994 года № 31 «О повышении роли органов прокуратуры в борьбе с преступностью и ее предупреждении»; пункт 13 приказа Генерального прокурора РФ от 22 мая 1996 года № 30 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина»; и т. д.

² См.: Федеральный закон от 31 декабря 1993 года № 2334 «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию»; Федеральный закон от 13 января 1995 года № 7-ФЗ «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации»; Федеральный закон от 20 марта 1993 года № 377 «О гарантиях информационной стабильности и требованиях к телерадиовещанию».

³ См.: *Ольшанский Д.В.* Массовые настроения в политике. — М., 1995; *Сергеева Е.Я.* Российский электорат: проблема выбора и участия. — М., 1996.

⁴ См.: *Юцкова Е.Н.* Средства массовой информации в России глазами криминолога. — М., 2000. — С. 4—5.

Как правило, публикации, освещающие «громкие» уголовные дела, должны готовиться после вынесения судом приговора. В досудебных публикациях, передачах, интервью не следует допускать утверждений о бесспорности установления предварительным следствием вины отдельных лиц, безоговорочно квалифицировать их действия по отдельным статьям УК РФ, предопределять вид и меру наказания. Нельзя исключать возможность последующего обращения гражданина к судебной защите своей чести и достоинства (ст. 129 и 130 УК РФ), если переданные о нем сотрудниками полиции в СМИ сведения окажутся неверными. Это в конечном итоге может повредить репутации ОВД.

Кроме того, в этих случаях, в соответствии с гражданским законодательством, сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, должны быть опровергнуты в тех же средствах массовой информации, в которых увидели свет публикации. Хотя, как показывает практика, опровержения, которые по решению судов дают СМИ (в углу полосы, мелким шрифтом), не отражаются на престиже данного органа печати, не подрывают к нему доверия со стороны аудитории и не способны инициировать материальные санкции (уменьшение коммерческой рекламы, снижение тиража издательства).

Недопустимо также упоминать фамилии и адреса потерпевших, публиковать сведения о размере и оценке их имущества, любую другую информацию, которую могут использовать преступники. При использовании в выступлениях профилактического характера в СМИ материалов конкретного уголовного дела, еще не рассмотренного в суде, сотрудник оперативно-следственного аппарата ОВД должен помнить, что базой выступления в СМИ должен быть не столько обвиняемый, сколько преступление; могут быть обнародованы лишь безусловно доказанные по делу факты; доводимые до сведения населения выводы следственных властей могут основываться лишь на таких фактах.

Необходимо также соблюдать правила этики по отношению к физическим и юридическим лицам, данные о которых в том или ином виде упоминаются в общении с представителями СМИ, — правильно записывать фамилии, имена и отчества, наименования предприятий, организаций, учреждений, общественных движений и т. п., должности соответствующих работников и т. д.¹ Привлечение работника СМИ к уголовной ответственности по статье 310 УК РФ за разглашение данных предварительного расследования возможно в том случае, если такое лицо предупреждено в установленном законом порядке о недопустимости разглашения соответствующих сведений.

Уголовный кодекс РФ предусматривает уголовную ответственность за публикацию в СМИ сведений, подпадающих под понятия «клевета» (ст. 129 УК РФ) и «оскорбление» (ст. 130 УК РФ). Клевета подразумевает распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающего его репутацию, что практически не поддается доказыванию, если речь идет о СМИ. Конкретное СМИ всегда будет настаивать на добросовестном заблуждении и никогда не признает публикацию или обнародование заведомо ложных сведений.

Неоднозначна также ситуация с применением статьи 130 УК РФ. Законодатель под оскорблением подразумевает унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме, оставая, по сути, открытым вопрос, что же можно считать «неприличной» формой. Кроме того, из содержания статьи 130 УК РФ неясно, несет ли СМИ ответственность за оскорбление в том случае, если высказывание в неприличной форме принадлежит не самому журналисту, а его интервьюируемому, собеседнику.

Практически не представляет реальной возможности привлечь работников СМИ к уголовной ответственности статья 137 УК РФ, касающаяся нарушения неприкосновенности частной жизни, поскольку предполагает наличие корыстной или иной личной заинтересованности². Доказать же наличие корысти или иной личной заинтересованности на практике очень сложно. На деле это предполагает доказательство или получение взятки работникам СМИ от третьего лица или жесткой личной зависимости от работодателя и выдвижение работодателем определенных условий. Например, в качестве поощрения за сбор и распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, работнику СМИ обещано повышение по службе, увеличение гонорара и т. д. Очевидно, что уже сам факт умышленного нарушения неприкосновенности частной жизни должен быть уголовно наказуем.

В Федеральном законе «О рекламе»³ и в УК РФ содержатся также статьи, предусматривающие ответственность за заведомо ложную рекламу товара, работ и услуг (ст. 182 УК РФ), за незаконное распространение порнографических материалов или предметов (ст. 242 УК РФ). Нарушения всех выше перечисленных норм определяются законодателем как преступления небольшой тяжести. Часть 2 статьи 280 УК РФ (публичные призывы к насильственному захвату власти или насильственному изме-

¹ См.: Латов Ю.В. Системное противодействие радикальным экстремистским течениям в молодежной среде. — Тамбов, 2010. — С. 62.

² Баранов В.М. Рекламное право: Учебно-методический комплекс / В.М. Баранов, М.В. Баранова, Ю.В. Черячужкин. — Н. Новгород, 2002. — С. 175—176.

³ См.: Федеральный закон от 18 июля 1995 года № 108-ФЗ «О рекламе».

нению конституционного строя РФ, совершенные с использованием СМИ), часть 1 статьи 282 УК РФ (возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды с использованием СМИ), часть 2 статьи 354 УК РФ (публичные призывы к развязыванию агрессивной войны, совершенные с использованием СМИ) предусматривают деяния, определенные законом как преступления средней тяжести.

Указанные законодательные нормы пресекают, относят к противоправной деятельности СМИ, ориентирующих граждан на агрессивное поведение, на восприятие действительности как враждебной, создающей ситуацию, когда грань между правовым решением конфликта и самосудом становится в общественном сознании все менее заметной¹. При подготовке информации для использования ее в СМИ следует учитывать, что не допускается без разрешения следователя передача в средства массовой информации каких-либо сведений о задержании подозреваемых, обстоятельствах совершения преступления и данных предварительного следствия по уголовным делам, находящимся в его производстве. Однако в последнее время встречаются случаи, когда информация в СМИ передается сотрудниками оперативных подразделений, минуя следователя. Это приводит к искажению фактов, мешает раскрытию преступлений, вызывает жалобы и обращения в суд по поводу защиты чести и достоинства со стороны граждан. Неоднократно работники правоохранительных органов отмечали, что СМИ излагают информацию, существенно затрудняя работу, способствуя оказанию давления на свидетелей, их запугиванию. С учетом роли СМИ в современном обществе проблема «информпреступности» требует более внимательного рассмотрения и принятия определенных решений, в том числе возможно внесение дополнений и изменений в статьи действующего УК РФ.

Правовые механизмы регулирования и оптимизации взаимодействия правоохранительных органов и средств массовой информации находятся в непосредственной зависимости от совершенства используемых их сотрудниками воспитательных мер. Важной воспитательной мерой, разрабатываемой на основе виктимологической информации, является деятельность, связанная с влиянием на личность и поведение молодых граждан, относящихся к экстремистским группировкам. В случаях, когда виктимность связана с негативными нравственными характеристиками, антиобщественными качествами молодых людей, первостепенное значение приобретает воспитание, ориентированное на ее коррекцию.

Так, дифференцированное половое образование несовершеннолетних, способствуя формированию половой морали, усвоению сложившихся в обществе норм полового поведения, выполняет наряду с другими и воспитательные функции. В плане виктимологического воспитания могут быть рассмотрены и меры правового воздействия, применяемые к алкоголикам и наркоманам. Перспективной является и разработка воспитательных мер, основанных на учете типичных психологических особенностей потерпевших. Существенным здесь является, например, воспитание, социальное поощрение инициативности молодежи наряду с самокритичностью, разумной осмотрительностью, овладение навыками разрешения конфликтов.

Воспитательные меры могут строиться и на основе учета социально-ролевых особенностей потерпевших от преступлений. Так, изъятие несовершеннолетних из семьи (в силу особенностей их возраста и социального статуса) может оказаться едва ли не единственным эффективным средством предупреждения жестокого отношения к ним, побоев и истязаний со стороны крайне деморализованных взрослых. Как высокоэффективные расцениваются специалистами и меры, направленные на обеспечение надзора и лечения молодых людей, виктимных из-за наличия психопатологических отклонений.

Произошедшие в России экономические и социальные изменения, рост преступности, смещение акцентов правоохранительной деятельности оказывают значительное влияние на правосознание молодежи, находят отражение в поведении отдельных молодежных экстремистских группировок, обуславливают снижение инициативы молодых граждан в борьбе с преступностью и охране порядка, вызывают у них обоснованные сомнения в своей безопасности при выполнении гражданского долга².

Следует отметить, что федеральные законы³ изменили среду функционирования как правоохранительной, так и массово-коммуникативной систем. Сегодня регулирование взаимодействия правоохранительной и массово-коммуникативной систем должно осуществляться исходя из масштабов молодежной аудитории, которая может ознакомиться с публикацией (передачей); популярности издания (передачи) среди молодежи в целом и в отдельных группах молодых граждан; оперативности предоставления информации молодежи.

¹ См.: Горшенков А.Г. Преступность в сфере массовой информации: уголовно-правовой и криминологический аспекты / А.Г. Горшенков, Г.Н. Горшенков. — Сыктывкар, 2000.

² См.: Социология молодежи: Учебник / Под ред. В.Т. Лисовского. — СПб., 1996; Аверин Ю.П. Люди управляют людьми: модель социологического анализа. — М., 1996.

³ См.: Федеральный закон от 24 июня 1999 года № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»; Федеральный закон от 28 июня 1995 года № 98-ФЗ «О государственной поддержке молодежного и детских общественных объединений»; Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции».

Правовые механизмы регулирования взаимодействия правоохранительной и массово-коммуникативной систем позволяют управлять правозначимыми процессами через средства массовой информации, должны включать в себя знание основных характеристик, закономерностей, тенденций молодежного экстремизма, ее причин. В центре внимания средств массовой информации должны постоянно находиться не только лишь факты преступности, но и непременно те социально-экономические деформации, в которых, прежде всего, коренится это общественное разноликое зло. Социально-экономические деформации — это следствие сложных социальных процессов, через которые проходит переустройство современного общества.

Модернизация правотворчества в противодействии молодежному экстремизму в России включает изучение нормативно-правовой базы, регламентирующей отношения сотрудников органов внутренних дел с представителями средств массовой информации, сотрудничество с ними в решении задач профилактики преступности молодежи.

Правовые аспекты противодействия молодежному экстремизму должны включать изучение масштабов молодежной аудитории, которая может ознакомиться с публикацией (передачей); популярности издания (передачи) среди молодежи в целом и в отдельных группах молодых граждан; оперативности предоставления информации молодежи. Сегодня необходимо законодательно обеспечить целенаправленность и упорядоченность функционирования различных субъектов правового воспитания молодежи, в том числе со стороны средств массовой информации и органов внутренних дел. Для этого средства массовой информации и органы внутренних дел должны составить программу правового просвещения населения, в первую очередь, молодежи.

Необходимо выработать практику оценки причиненного морального вреда, которая реально позволила бы применить к средствам массовой информации экономические санкции. Только в этом случае средства массовой информации встали бы перед дилеммой: опубликовать сведения, не подкрепленные фактами, «заказную» статью, подготовить соответствующую передачу на телевидении или заплатить крупный штраф, наносящий им ощутимый экономический ущерб.

В настоящее время целесообразно создать более широкий круг средств массовой информации, основными держателями акций которых выступало бы государство, а также более активно осуществлять контроль со стороны государства за деятельностью государственных средств массовой информации. Необходима государственная поддержка наиболее влиятельных средств массовой информации, имеющих большую аудиторию, с условием претворения в жизнь программы правового просвещения населения, и в первую очередь, молодежи.

О.Е. Спиридонова

Спиридонова Ольга Евгеньевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова

О технике законодательного закрепления символов в уголовном праве России (на примере государственных наград)

На современном этапе развития уголовного права законодатель для выражения своей воли использует такие средства законодательной техники, как символы¹. Последние могут быть воплощены и в предмете преступления, и мыслиться в качестве средства совершения преступного деяния, а также являться предметным содержанием уголовного наказания.

На примере такого символа, как государственные награды, мы попытаемся уяснить, насколько совершенна техника законодательного закрепления данного символа в уголовном праве России, и в случае выявленных недостатков предложим пути их устранения.

Издавна почти во всех государствах мира установилась традиция отмечать заслуги своих лучших представителей различными знаками отличия, среди которых наиболее значимые и почетные — государственные награды. Не является исключением и Россия.

Государственные награды — высшая форма поощрения граждан, о вещественное свидетельство признания их особых заслуг перед государством². «В награде, как в государственном знаке отличия наряду с ее высоким политическим и гражданским значением, материальной ценностью (как правило, они изготавливаются из драгоценных металлов) подчеркивается и символический характер»³. То есть государственные награды можно признать символами выдающихся заслуг перед Отечеством.

В уголовном праве России государственные награды получили законодательное закрепление в двух аспектах: 1) в качестве символов — предметов преступлений. Отдельные незаконные действия с такими символами рассматриваются в качестве преступлений против порядка управления в сфере обращения государственных наград (ст. 324 УК)⁴; 2) как содержание одного из уголовных наказаний за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления — лишение государственных наград, символизирующих выдающиеся заслуги своих носителей (ст. 48 УК). Обратимся к некоторым из проблем, возникающих в ходе законодательного закрепления вышеназванных символов.

Современная система уголовных наказаний предусматривает такое наказание, как лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград (ст. 44 и 48 УК РФ). В контексте меняющейся наградной системы и учреждения различного вида наград, не относящихся к разряду государственных, возникает потребность обсудить проблематику, связанную с лишением государственных наград: насколько такая мера наказания была приемлема для советского общества.

Изначально положения УК РСФСР 1960 года не закрепляли лишение государственных наград в качестве вида уголовного наказания (ст. 21 УК). Лишь в 1984 году появилась норма статьи 36, предписывающая судам при осуждении лица, награжденного орденом, медалью, почетной грамотой или имеющего почетное звание, присвоенное Президиумом Верховного Совета СССР, Президиумом Верховного Совета РСФСР или другой союзной республики, а также автономной республики, решать вопрос о целесообразности внесения представления в орган, который наградил осужденного орденом, медалью или почетной грамотой или присвоил ему почетное звание, о лишении осужденного ордена, медали, почетной грамоты или почетного звания⁵. Последними награждались, в частности, военнослужащие Советских Вооруженных Сил и Военно-Морского Флота. Данное наказание предусматривалось как дополнительное (ст. 22 УК 1960 г.).

Так, суд первой инстанции, постановляя приговор по статье 102 УК РСФСР 1960 года, лишил осужденных государственных наград: медалей «За отвагу», «За отличие в воинской службе» и ордена

¹ См.: Кругликов Л.Л. Средства законодательной техники // Кругликов Л.Л. Юридические конструкции и символы в уголовном праве / Л.Л. Кругликов, О.Е. Спиридонова. — СПб., 2005. — С. 51.

² См.: Государственные символы и награды РФ / Под ред. Ю.Л. Кушера. — М., 1999. — С. 60; Пункт 1 Положения о государственных наградах РФ, утвержденного Указом Президента РФ от 7 сентября 2010 года // Российская газета. — 2010. — 15 сентября.

³ Похлебкин В.В. Словарь международной символики и эмблематики. — М., 2001. — С. 172—173.

⁴ В контексте статьи 327 УК РФ, по нашему мнению, нельзя говорить о посягательстве на символы, так как в ней идет речь о поддельных государственных наградах, а подделка не может быть символом выдающихся заслуг.

⁵ Следует отметить, что на тот период советская наградная система включала, помимо орденов, медалей и почетных званий, почетные грамоты.

Мужества. Кассационная инстанция исключила из приговора указание о лишении наград, поскольку действующая на момент совершения преступления редакция статьи 36 УК РСФСР не предусматривала право суда при постановлении приговора лишать государственных наград. Суд не вправе был руководствоваться статьей 48 УК РФ, так как ее законоположения ухудшали положение осужденных, а в силу статьи 10 УК РФ такой закон обратной силы не имеет¹.

Смысл введения указанного вида лишения в число уголовных наказаний — подчеркнуть низменность совершенного лицом поступка, которым он дискредитировал себя, а потому не достоин иметь государственную награду как символ выдающихся заслуг.

УК РФ, как и прежний УК РСФСР 1960 года, признал наказание в виде лишения государственных наград в качестве дополнительного (ч. 3 ст. 45). При этом применение или неприменение его в конкретном уголовном деле остается прерогативой суда. Так, суд, исходя из обстоятельств дела и личности виновного, не усмотрел основания для лишения осужденного Ш. медалей Суворова и Жукова, несмотря на заявленную в кассационной жалобе просьбу потерпевшей об этом, хотя Ш. и был осужден к лишению свободы по совокупности совершенных преступлений на 14 лет (ч. 5 ст. 33, п. «к» ч. 2 ст. 105, п. «б» ч. 4 ст. 226 УК РФ и др.)².

Строгого соблюдение требований статьи 48 УК РФ имеет важное значение для индивидуализации уголовного наказания³. Поэтому в целях правильного практического применения лишения названных символов необходимо разрешить ряд вопросов теоретического плана.

1. Каких государственных наград можно лишить: Российской Федерации, РСФСР, СССР или до-революционных государственных наград и государственных наград иностранных государств? Прямого указания об этом в уголовном законе нет. Следовательно, это порождает различное толкование нормы. Так, А.И. Коробеев считает, что суд в равной мере может лишить осужденного любой государственной награды, включая награды бывшего СССР⁴. Противоположную позицию заняли А.И. Марков и А.В. Иващенко, полагавшие, что суд не вправе ставить вопрос о лишении осужденного награды, присужденной ему полномочными органами бывшего СССР, так как в связи с распадом СССР сменился государственный орган, уполномоченный учреждать государственные награды⁵. На наш взгляд, это не достаточно веский аргумент, поскольку по Указу Президента РФ 1994 года и утвержденному им Положению о государственных наградах РФ⁶ участникам Великой Отечественной войны 1941—1945 годов, труженикам тыла, своевременно не получившим государственные награды СССР, обеспечивалось их вручение (п. 20). Таким образом, гражданин РФ мог получить госнаграду, учрежденную еще в СССР, а значит, возможен и обратный процесс — лишение этой государственной награды.

Современная наградная система сохраняет подобный подход к разрешению анализируемой ситуации. Так, содержание пункта 9 Положения о государственных наградах РФ⁷ (далее — Положение) о лишении награжденного государственной награды только вступившим в законную силу приговором суда при осуждении за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления во взаимосвязи со смыслом, изложенным в пункте 2 этого же Положения, устанавливающим виды государственных наград, а также пункте 14 Положения о том, что гражданам РФ, награжденным государственными наградами СССР и своевременно не получившим названные награды, обеспечивается их вручение, что на граждан РФ, удостоенных государственных наград СССР, распространяются правила, предусмотренные законодательством России, дает ответ на поставленный вопрос: суд может лишить только государственных наград РФ, РСФСР и СССР. Такое правило, на наш взгляд, установлено в силу наличия преемственности между системой наград СССР, РСФСР и России (например, ордена Александра Невского, Суворова, Ушакова, Нахимова, медаль «За отвагу» перешли из наградной системы СССР в российскую).

¹ См.: Определение № 77-097-26 по делу Подосинникова и Шигина // Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за второе полугодие 1997 года от 14 января 1998 года // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Кассационное определение Военной коллегии Верховного Суда РФ от 2 ноября 2006 года по делу № 5-49/06 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Ранее шла речь о соблюдении требований статьи 31 Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. (См.: п. 1 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 25 февраля 1967 года (в ред. от 26 апреля 1984 г.) «О практике применения судами статьи 31 Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» // Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР, РФ по уголовным делам / Отв. ред. В.И. Радченко. — М., 1999. — С. 70—73).

⁴ См.: Российское уголовное право: Курс лекций / Под ред. А.И. Коробеева. — Владивосток, 1999. — Т. 2: Наказание. — С. 87; Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. — СПб., 2008. — Т. I: Преступление и наказание — С. 786.

⁵ См.: УК РФ: Научно-практический комментарий / Под ред. Л.Л. Кругликова, Э.С. Тенчева. — Ярославль, 1994. — С. 109.

⁶ См.: Пункт 20 Положения о государственных наградах РФ, утвержденного Указом Президента РФ от 2 марта 1994 года // Собрание актов Президента и Правительства РФ. — 1994. — № 10. — Ст. 775.

⁷ См.: Положение о государственных наградах РФ, утвержденное Указом Президента РФ от 7 сентября 2010 года «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы РФ» // Российская газета. — 2010. — 15 сентября.

В подтверждение высказанной мысли можно привести следующий пример. В соответствии со статьей 48 УК РФ Жиба лишен по приговору суда государственных наград — медалей «За безупречную службу» I, II, III степеней, «60 лет Вооруженных Сил СССР», «70 лет Вооруженных Сил СССР»¹.

Следует подчеркнуть, что ордена РФ, знаки отличия РФ и медали РФ учреждаются Президентом РФ, почетные звания РФ устанавливаются тоже Президентом РФ (п. 69 Положения). Поэтому награды, учреждаемые федеральными государственными органами, органами государственной власти субъектов РФ, общественными и религиозными объединениями, не являются государственными наградами России² (п. 3 Указа Президента РФ «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации» 2010 г.).

2. В статьях 44, 48 УК законодатель упоминает альтернативно, наряду с лишением государственных наград, и о возможности лишения почетного звания. В учебной литературе авторы стандартно подходят к расшифровке терминов «государственная награда» и «почетное звание»: государственные награды — это высшая форма поощрения граждан за выдающиеся заслуги (ими являются звание Героя РФ, ордена, знаки отличия, медали и почетные звания³), почетные звания — звания, присвоенные за особые заслуги (народный артист, заслуженный врач, заслуженный юрист и т. д.)⁴. Но эта стандартность кроет в себе проблему: перечисленные примеры почетных званий являются не чем иным, как разновидностью государственных наград (п. 1 Положения о госнаградах 1994 г. и п. 2 Положения о госнаградах 2010 г.). Чья же здесь ошибка: законодателя или представителей ученого мира, и как поступать суду в таких ситуациях: лишать просто почетного звания или почетного звания как государственной награды?

С одной стороны, в УК говорится о почетном звании, а не о почетном звании Российской Федерации. Отсюда можно предположить, что законодатель эти понятия различает, и почетное звание РФ относит к государственным наградам, что соответствует Положению о государственных наградах 2010 года и ранее действующему Положению о госнаградах 1994 года.

С другой стороны, насколько логично включать в число уголовных наказаний лишение почетного звания, учрежденного не Президентом РФ, а иным субъектом (органом государственной власти, органом местного самоуправления, общественной организацией или религиозным объединением)? При таком раскладе, с нашей позиции, наказание не будет достигать должного уровня морально-психологического воздействия на осужденного.

Нам видится, что из смысла перечисленных в статье 48 УК видов наказаний не следует с необходимостью вывод о том, что здесь почетное звание нужно рассматривать в значении «иногое», не «Российской Федерации». Иначе суду была бы предоставлена возможность лишать не только государственных наград, но и других наград, учрежденных общественными объединениями, органами местного самоуправления и т. д.⁵. Кроме того, само по себе почетное звание есть разновидность награды⁶.

¹ Правда, Президиум Верховного Суда РФ исключил из приговора указание о назначении осужденному Жибе этого дополнительного наказания по совокупности совершенных им преступлений, поскольку оно не назначалось ни за одно из преступлений, входящих в совокупность (см.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 4 апреля 2007 года № 5П07ПП по делу Жибы // Обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 1 августа 2007 года за второй квартал 2007 года // СПС «КонсультантПлюс»).

² Так, общественные объединения в соответствии со статьей 24 Федерального закона от 19 мая 1995 года (в ред. от 19 мая 2010 г.) «Об общественных объединениях» могут учреждать такие награды, как почетные звания, медали и знаки отличия. Данные награды — это вид поощрения за личные и коллективные заслуги (см.: Федеральный закон от 19 мая 2010 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части усиления контроля за использованием государственной символики, незаконным ношением форменной одежды» // Российская газета. — 2010. — 21 мая).

³ Правда, некоторые ученые вопреки законодательству не относят почетные звания к виду государственных наград (см., например: *Коробеев А.И.* Российское уголовное право: Курс лекций / Под ред. А.И. Коробеева. — Владивосток, 1999. — Т. 2: Наказание. — С. 85).

⁴ См., например: *Петрашев В.Н.* Комментарий к УК РФ / Под ред. А.И. Бойко. — Ростов-на-Дону, 1996. — С. 168; *Дуюнов В.К.* Комментарий к УК РФ / Под ред. Л.Л. Кругликова. — М., 2005. — С. 113; и др.

⁵ Например, Законом Магаданской области от 17 февраля 2001 года учреждены звания «Почетный работник здравоохранения Магаданской области» и «Почетный работник культуры Магаданской области» (см.: СПС «КонсультантПлюс»); Национальным благотворительным фондом «Вечная Слава Героям» были выпущены памятные медали, посвященные 60-летию Сталинградской и Курской битв, снятию блокады Ленинграда (см.: Российская газета. — 2003. — 25 октября); наградами г. Ярославля являются почетные звания, медали, знаки отличия, городские именные премии, почетные грамоты, благодарственные письма (см.: Приложение к Решению муниципалитета г. Ярославля от 3 октября 1997 года «О символах и наградах г. Ярославля» // Символы и награды г. Ярославля: Сборник правовых актов. — Ярославль, 1998. — С. 2—4).

⁶ Исключение составляет тот случай, когда почетное звание РФ присваивается городам в знак увековечения памяти погибших при защите Отечества (см.: Указ Президента РФ от 27 апреля 2007 года № 557 «О внесении изменения в Положение об условиях и порядке присвоения почетного звания Российской Федерации «Город воинской славы», утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 1 декабря 2006 года № 1340» // Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 18. — Ст. 2186).

Значит, излишне упоминание законодателя в тексте статей 44 и 48 УК о лишении почетного звания: почетное звание РФ входит в число государственных наград, а иные почетные звания не признаются предметом лишения.

Таким образом, по нашему мнению, налицо сбой законодательной техники, который может породить проблемы применения исследуемого вида наказания. Для устранения данного недостатка предлагаем исключить из редакции статей 44 и 48 УК слова «лишение почетного звания»¹.

3. В действующем уголовном законе нет указания о возможности назначения судом сразу нескольких видов дополнительных наказаний из перечисленных в статье 48 УК за одно и то же преступление, но подобное положение выработано уголовно-правовой наукой, когда за одно преступление может быть назначено несколько дополнительных наказаний в целях усиления исправительного эффекта и индивидуализации наказания². По такому пути пошла и судебная практика. Например, приговором Северо-Кавказского окружного военного суда от 27 декабря 2007 года, оставленным без изменения кассационным определением Верховного Суда РФ от 28 августа 2008 года, гражданин С.В. Аракчеев за совершение преступления, предусмотренного пунктами «а», «ж» части 2 статьи 105 УК РФ, был осужден к 15 годам лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима и лишением в соответствии со статьей 48 УК РФ воинского звания «лейтенант» и государственной награды — медали Суворова³.

Но данная практика была оспорена в Конституционном Суде РФ как позволяющая суду по одному и тому же уголовному делу назначать виновному лицу несколько дополнительных видов наказаний. Так, приговором 101 гарнизонного военного суда от 30 июня 2008 года, оставленным без изменения кассационным определением 3 окружного военного суда от 24 ноября 2008 года, гражданин Н.П. Герасименко за совершение ряда преступлений на основании части 3 статьи 69 УК РФ осужден к лишению свободы сроком на 7 лет с лишением, в частности, в соответствии со статьей 48 УК РФ воинского звания полковника и государственной награды — медали «70 лет Вооруженных Сил СССР». По мнению заявителя, такая правоприменительная практика противоречит Конституции РФ (ст. 2, 10, 15, 17 и т. д.).

В свою очередь Конституционный Суд РФ подчеркнул, что назначение одного или нескольких дополнительных наказаний происходит исходя из принципов вины и справедливости (ст. 5, 6 УК РФ) и не выходит за рамки уголовно-правовых средств, которые федеральный законодатель использовал для достижения конституционно оправданных целей дифференциации уголовной ответственности и наказания, усиления его исправительного воздействия на осужденного, предупреждения новых преступлений и тем самым защиты личности, общества и государства от преступных посягательств. При этом такое назначение не освобождает суд от обязанности применить соответствующие нормы Общей и Особенной части УК РФ в их совокупности, в том числе с учетом закрепленного в статье 6 УК РФ принципа справедливости, а также в соответствии с пунктом 4 статьи 307 УПК РФ мотивировать данное решение, сославшись на конкретные материалы уголовного дела, характеристику личности виновного и иные обстоятельства, с тем, чтобы обеспечить законность, обоснованность и справедливость приговора, как того требует статья 297 УПК⁴.

Следует заметить, что на современном этапе развития уголовного права приведенная позиция «канонизирована» в соответствующем постановлении Пленума Верховного Суда РФ: «Суд вправе принять мотивированное решение о применении как одного, так и нескольких указанных в статье 48 УК РФ правоограничений (например, при наличии у осужденного воинского звания и государственных наград)»⁵.

В контексте рассматриваемой проблемы законодательного закрепления символов в уголовном праве в качестве предмета преступления (на примере государственных наград) обратимся еще к од-

¹ В пункте «т» статьи 72 Конституции РФ также используется термин «государственные награды и почетные звания РФ». Здесь подобная формулировка, на наш взгляд, допустима, так как в Конституции РФ идет речь об общих положениях, находящих свое отражение в федеральном законодательстве и рассчитанных на различных субъектов права (как ранее указывалось, почетное звание РФ может быть присвоено не только человеку, но и муниципальному образованию), в отличие от сферы действия УК РФ. Применение его норм возможно только к физическому лицу.

² См., например, Уголовное право России. Часть Общая: Учебник / Отв. ред. Л.Л. Кругликов. — М., 1999. — С. 353; Энциклопедия уголовного права / Отв. ред. Б.В. Малинин. — СПб., 2007. — Т. 8: Уголовная ответственность и наказание. — С. 253.

³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 года № 977-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Аракчеева С.В. на нарушение его конституционных прав пунктами 2 и 5 статьи 307 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 28 мая 2009 года № 864-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Герасименко Н.П. на нарушение его конституционных прав судебной практикой применения статей 45, 47, 48 во взаимосвязи со статьей 69 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Пункт 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 октября 2009 года «О некоторых вопросах судебной практики назначения и исполнения уголовного наказания» // Российская газета. — 2009. — 11 ноября.

ному ее аспекту — декриминализации деяний, предусмотренных статьей 324 УК, в отношении юбилейных медалей РФ, и обратной силе уголовного закона в связи с изменением государственной наградной политики. Так, согласно пункту 3 Указа Президента РФ о совершенствовании государственной наградной системы РФ 2010 года ныне юбилейные медали выведены из системы государственных наград Российской Федерации (до вступления в силу вышеупомянутого Указа Президента РФ к числу госнаград относились, например, такие юбилейные медали, как «300 лет Российскому флоту», «65 лет Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 гг.» и др.). Отсюда возникают вопросы: Можно ли вести речь о декриминализации деяний, связанных с незаконным сбытом или приобретением данных наград, а в случае применения наказания за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления — о частичной депенализации лишения государственных наград? Реализуется ли правило об обратной силе уголовного закона (ст. 10 УК) в описанной ситуации?

Декриминализация (то есть выведение какого-либо деяния из числа таких, которые могут квалифицироваться как уголовно наказуемые¹; в свою очередь преступность деяния устанавливается только УК РФ — ч. 1 ст. 3) связана с принятием новых положений уголовного закона, устраняющих уголовную ответственность. В статье 324 УК РФ на этот счет никаких изменений не произошло, по-прежнему используется терминология «государственные награды РФ, РСФСР, СССР». Положения о государственных наградах 2010 года не является уголовным законом (хотя и может рассматриваться как источник уголовного права из-за бланкетности норм о государственных наградах (ст. 44, 48, 324 УК)). Кроме того, юбилейные медали, учрежденные до принятия нового Положения о госнаградах 2010 года, не выводятся из «обращения», а потому за ними сохраняется статус государственных наград РФ. Об этом свидетельствует и тот факт, что лицам, удостоенным государственных наград Российской Федерации, входивших в государственную наградную систему РФ до вступления в силу соответствующего Указа Президента 2010 года, предоставляются меры социальной поддержки (п. 4 Указа Президента РФ о совершенствовании государственной наградной системы РФ 2010 г.). Следовательно, юбилейные медали могут быть предметом незаконного приобретения или сбыта, а значит, исключение их на современном этапе из числа государственных наград нельзя признать, на наш взгляд, декриминализацией преступных форм поведения с ними, и распространять на норму статьи 324 УК обратную силу уголовного закона.

Аргументом в обоснование правоты сделанного нами вывода служит и правовая позиция Конституционного Суда РФ, выраженная в его определении №1-О от 16 января 2001 года «По делу о проверке конституционности примечания 2 к статье 158 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Скородумова Дмитрия Анатольевича»: «Реализация конституционного принципа обратной силы закона, устраняющего или смягчающего ответственность, обуславливается изменением содержания именно общественной опасности, противоправности и наказуемости преступления (ч. 1 ст. 14 УК РФ)². В рассматриваемом нами случае содержание названных составляющих не меняется, изменение осуществлено не непосредственно в статье 324 УК, а коснулось подзаконного нормативного правового акта иной отраслевой принадлежности. Поэтому изменение данного акта (Указа Президента РФ о совершенствовании государственной наградной системы РФ 2010 г.) не влечет изменения нормы уголовного права (в частности, закрепленной в ст. 324 УК).

Аналогичным образом нами разрешается ситуация и с лишением юбилейных медалей по обвинительному приговору суда: после вступления в силу нового Положения о государственных наградах сохраняется возможность лишить виновного юбилейной медали РФ в наказании за совершенное им преступление, если он ранее был ею награжден. Следовательно, в этой части депенализации (то есть исключение отдельных видов наказаний из числа предусмотренных статьей 44 УК РФ³; при том, что наказание устанавливается только УК РФ — ч. 1 ст. 3) нет, как и нет обратной силы закона.

В подтверждение высказанной нами позиции можно сослаться и на Постановление Конституционного Суда РФ № 4-П от 20 апреля 2006 года⁴. Так, согласно пункту 2 названного судебного акта, «характер и содержание устанавливаемых уголовным законом мер должны определяться исходя не только из их обусловленности целями защиты конституционного значимых ценностей, но и из требования адекватности порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого эти меры применяются) тому вреду, который был причинен в результате преступных деяний». Принятие

¹ См.: Большой толковый словарь русского языка / Под ред. С.А. Кузнецова. — СПб., 1998. — С. 247.

² См.: Российская газета. — 2001. — 3 февраля.

³ См.: ru.wikipedia.org. Уголовное право

⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 года № 4-П «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 10 Уголовного кодекса Российской Федерации, части 2 статьи 3 Федерального закона «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации», Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» и ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, касающихся порядка приведения судебных решений в соответствие с новым уголовным законом, устраняющим или смягчающим ответственность за преступление, в связи с жалобами граждан А.К. Айжанова, Ю.Н. Александрова и других» // Российская газета. — 2006. — 20 апреля.

судом решения о наложении наказания в виде лишения юбилейной медали РФ, будучи учрежденной еще как государственная награда, по нашему мнению, вполне законно, справедливо и соответствует социальным реалиям. Поэтому в этой части ранее вынесенные обвинительные приговоры не должны подлежать пересмотру.

Еще один вопрос относительно государственных наград как символов — предметов преступления, заслуживающий нашего внимания: возможны ли незаконные действия в виде сбыта в отношении такой разновидности государственных наград, как почетные звания (ст. 324 УК)? Ответ будет положительным (несмотря на то, что сами по себе они не овеществлены), поскольку почетные звания имеют материальный носитель в виде нагрудного знака к почетному званию. Поэтому в уголовном праве применительно к данным символам — предметам преступления нужно говорить не собственно об их сбыте, а о подобных действиях в отношении нагрудных знаков к ним.

В статье 324 УК законодатель указывает на государственные награды РФ, РСФСР и СССР. То есть награды других государств, в том числе входящих в СНГ, исключены из числа такого предметного символа, так как незаконные действия с ними не посягают на порядок управления России.

В свете сказанного возникает вопрос: Почему уголовный закон 1996 года упоминает в качестве предмета преступления не только государственные награды Российской Федерации, но и сохраняет в качестве такового государственные награды СССР и РСФСР. Нельзя ли обойтись без них (ведь награждение ими уже не происходит) и использовать такую же практику, как при фальшивомонетничестве: не признавать предметом преступления монеты старой чеканки, советские деньги, отмененные денежными реформами и т. п.¹

На наш взгляд, нельзя пойти по этому пути, потому что прекращение существования СССР не повлекло за собой отмены наград СССР и РСФСР, олицетворяющих особые заслуги человека. В настоящее время они еще имеют хождение на территории Российской Федерации и не утратили своей значимости, в то время как те же, например, монеты старой чеканки признаны изъятыми из обращения. Подтверждением этому служит и пункт 14 Положения о госнаградах РФ 2010 года, согласно которому на граждан Российской Федерации, удостоенных государственных наград СССР, распространяются правила, предусмотренные законодательством России и настоящим Положением (в том числе льготы и преимущества) (курсив наш. — **О.С.**); гражданам РФ, награжденным государственными наградами СССР и своевременно не получившим эти государственные награды, обеспечивается их вручение. Сохраняется и порядок ношения орденов, медалей и других знаков отличия СССР (разд. V вышеназванного Положения о госнаградах). Из вышесказанного следует, что в наградном деле нет разрыва времен, здесь наблюдается преемственность системы наград СССР с наградной системой России.

Следовательно, законодатель обоснованно включил в число предметов преступления, предусмотренного статьей 324 УК, не только государственные награды РФ, но и СССР и РСФСР.

Итак, государственные награды как символы выдающихся заслуг играют немаловажную роль в регулировании уголовно-правовых отношений. От правильности закрепления в УК РФ этих символов зависит качество законодательной техники и, следовательно, правильность применения норм о них на практике.

¹ См.: Пункт 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 апреля 2001 года «О внесении изменений и дополнений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 апреля 1994 года «О судебной практике по делам об изготовлении или сбыте поддельных денег и ценных бумаг» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2001. — № 6. — С. 1—2.

М.А. Степанова

Степанова Марина Анатольевна — преподаватель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Технико-юридическая конструкция нормы об ответственности за приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения

Преступные действия, направленные на приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения, представляют огромную угрозу для безопасности движения поездов, причинения ущерба в крупном и особо крупном размерах, нанесения вреда здоровью и жизни пассажиров. Лишь благодаря принятым экстренным мерам со стороны работников службы пути удалось избежать десятков случаев крушения поездов.

Однако деятельность органов внутренних дел на транспорте по предупреждению данных преступных посягательств недостаточно эффективна. По мнению А. Батурина и А. Трефилова, одной из причин неэффективной деятельности правоохранительных органов в этом направлении является несовершенство уголовного законодательства. К сожалению, значительный объем нормативных актов, принятых в последние годы законодательными и исполнительными органами власти с целью усиления защищенности наиболее важных объектов жизнеобеспечения, вместо усиления ответственности за нарушение безопасной работы железнодорожного, воздушного и водного транспорта повлек ее неоправданное смягчение¹.

Уголовный кодекс РФ содержит всего два состава преступления, предусматривающих уголовную ответственность за повреждение и уничтожение чужого имущества:

- умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества (ст. 167 УК РФ);
- приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения (ст. 267 УК РФ).

Следовательно, уголовная ответственность по части 1 статьи 167 УК РФ наступает при умышленном уничтожении или повреждении чужого имущества и в случае причинения значительного ущерба, а по части 1 статьи 267 УК РФ уголовная ответственность предусмотрена за разрушение, повреждение или приведение иным способом в негодное для эксплуатации состояние транспортного средства, путей сообщения, средств сигнализации или связи либо другого транспортного оборудования, а равно блокирование транспортных коммуникаций, если эти деяния повлекли по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью человека либо причинение крупного ущерба.

Степень опасности преступления, предусмотренного в статье 267 УК РФ, весьма высока, так как она может привести к крупным авариям, гибели большого количества людей, значительному материальному ущербу, существенной дезорганизации работы транспорта и иным тяжким последствиям. В связи с этим законодатель вполне обоснованно предусмотрел более суровое наказание за данное деяние, по сравнению с санкциями за остальные транспортные преступления.

Непосредственным объектом рассматриваемого преступления является безопасность функционирования любого вида транспорта. *Дополнительным* — общественные отношения, охраняющие жизнь, здоровье или имущественные интересы.

Предметом приведения в негодность транспортных средств или путей сообщения могут быть транспортные средства, пути сообщения, средства сигнализации или связи и другое транспортное оборудование.

Некоторые ученые к вышеуказанному перечню добавляют также «транспортные коммуникации»², под которыми понимают постоянные маршруты движения транспортных средств и сооружения, специально оборудованные в целях обеспечения безопасности движения всех видов транспорта. Таким образом, транспортные коммуникации — это пути сообщения, средства сигнализации или связи и другое транспортное оборудование. В связи с этим самостоятельное выделение транспортных коммуникаций в качестве предмета преступления представляется нецелесообразным.

Анализируя статью 267 УК РФ, особое внимание следует уделить высказыванию ряда авторов о том, что не могут выступать предметом рассматриваемого преступления автомобиль, трамвай и дру-

¹ См.: Батурин А. Преступления против безопасности движения транспорта требуют адекватного наказания // А. Батурин, А. Трефилов // Законность. — 2005. — № 9. — С. 18.

² См.: Чучаев А.И. Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта: Научно-практический комментарий. — Ульяновск, 1997. — С. 43.

гое механическое транспортное средство¹. Причем указанный вывод основывается на сравнении статей 267 УК и 264 УК, без описания такого сравнения.

На наш взгляд, мнение о том, что предметом рассматриваемого преступления не могут выступать вышеназванные механические транспортные средства, представляется ограничительным толкованием данной нормы.

На основании вышеизложенного полагаем, что транспортным средством является любое механическое транспортное средство, используемое для перевозки людей и грузов (автомобиль, трамвай, троллейбус, трактор, самоходные механизмы, мотоцикл, электровоз, тепловоз, паровоз, самолеты, теплоход и др.).

Пути сообщения — это: на железнодорожном транспорте — железнодорожное полотно с рельсами, шпалами и насыпью; на автомобильном — автомагистрали и автодороги; на воздушном — взлетно-посадочные полосы, рулежные дорожки, полосы безопасности и т. д.; на водном — пути следования судна из одного географического пункта (порта) в другой через открытые участки океана или моря, а также естественные или искусственные узкости (проливы, каналы, реки, озера).

Средства сигнализации — средства, подающие условную информацию: команду, донесение, оповещение, опознание, управление и т. д. (например, семафоры, маяки, путевые и маркировочные знаки). Средствами связи являются технические устройства, обеспечивающие передачу и прием различных видов сообщений.

Транспортное оборудование — совокупность механизмов, устройств, приборов, необходимых для безопасной эксплуатации автомобильных и железных дорог, авиации, морского и речного флота².

Данные транспортные сооружения и средства, устройства, механизмы и оборудование различны по конструктивным особенностям, выполняют только свойственные им технические функции, но все они обладают общими, лишь им присущими признаками³:

1. Специальное (целевое) назначение этих устройств и элементов транспорта — обеспечение безопасности функционирования железных и автомобильных дорог, авиации, морского и речного флота.
2. Пригодность (исправность) к эксплуатации, нормальному функционированию, то есть возможность их использования по прямому назначению.
3. Относятся к источникам повышенной опасности или входят в систему, обеспечивающую нормальное функционирование таких источников.

Исходя из законодательной конструкции статьи 267 УК РФ, *объективная сторона приведения в негодность транспортных средств или путей сообщения* состоит из четырех элементов: а) действие, заключающееся, во-первых, в приведении в негодное для эксплуатации состояние транспортного средства, путей сообщения, средств сигнализации или связи либо другого транспортного оборудования, во-вторых, в блокировании транспортных коммуникаций; б) способ приведения в негодность — разрушение, повреждение или иной способ; в) наступление общественно опасных последствий в виде причинения тяжкого вреда здоровью или крупного ущерба (ч. 1), смерти человека (ч. 2), смерти двух или более лиц (ч. 3); г) наличие причинной связи между действием виновного и наступившими последствиями.

Приведение в негодное для эксплуатации состояние транспортного средства, путей сообщения и т. д. предполагает невозможность постоянного или временного использования этих транспортных средств, технических систем по назначению. Блокирование транспортных коммуникаций заключается в создании препятствий для свободного передвижения любого конкретного вида транспорта. Например, преграждение взлетной или посадочной полосы аэропорта стволами деревьев или автомагистрали арматурой. Блокирование дороги может осуществляться и непосредственно людьми, выдвигающими определенные требования в процессе демонстраций, митингов, манифестаций и т. п.⁴

Разрушение — это такой способ приведения в негодное для эксплуатации состояние, когда предмет преступного посягательства восстановить невозможно. При повреждении предмет может быть восстановлен. Под иными способами понимаются действия, не повлекшие за собой разрушения или повреждения, однако делающие невозможным использование транспортных средств, транспортного оборудования или его отдельных элементов по назначению.

Состав преступления, предусмотренного статьей 267 УК РФ, по законодательной конструкции является материальным, поэтому для его наличия необходимо установление следующих последствий:

— причинение тяжкого вреда здоровью человека либо крупного ущерба (ч. 1);

¹ См.: Уголовное право России. Особенная часть: Учебник для вузов / Отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова, Г.П. Новоселов. — М., 1999. — Т. 2. — С. 372.

² См.: Чучаев А.И. Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта: Научно-практический комментарий. — Ульяновск, 1997. — С. 44.

³ См. там же. — С. 44—45.

⁴ Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / Под ред. В.С. Комиссарова. — СПб., 2002. — С. 171.

- наступление смерти человека (ч. 2);
- наступление смерти двух или более лиц (ч. 3).

Легально определенное *крупного ущерба* дано в примечании к статье 267 УК РФ и составляет сумму, превышающую один миллион рублей. Исходя из анализа данного примечания и законодательного определения последствий в части 1 статьи 267 УК можно заключить, что в данной норме крупный ущерб — это категория, имеющая исключительно имущественный характер.

Другими словами под ущербом в рамках анализируемой нормы понимаются негативные имущественные последствия преступления — убытки. Согласно статье 15 ГК РФ, это расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)¹.

Вывод о тяжести вреда здоровью или смерти делается судебным медицинским экспертом, который в своей деятельности руководствуется Приказом Минздравсоцразвития России «Об утверждении Медицинских критериев определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека»² № 194н от 24 апреля 2008 года.

Обязательным признаком состава является причинная связь, носящая как бы двухступенчатый характер: применение общеопасного способа совершения данного преступления влечет за собой такие последствия, как повреждение, разрушение, иное приведение в негодность предмета преступления, предусмотренного статьей 267 УК. Этот же способ и эти последствия, в свою очередь, могут привести к причинению вреда здоровью и жизни людей, крупному материальному ущербу. При отсутствии таких последствий, как причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью, смерти одного или более лиц, причинение крупного ущерба, содеянное может быть квалифицировано по части 1 статьи 167 УК.

С субъективной стороны, *психологическое отношение к наступившим последствиям характеризуется неосторожной формой вины, о чем свидетельствует указание в тексте статьи 267 УК РФ на неосторожное отношение к последствиям преступления*³.

Однако в литературе было высказано мнение о том, что это преступление с двумя формами вины⁴ и, следовательно, характеризуется с субъективной стороны как умышленное. Несмотря на то, что мы согласны с авторами указанного подхода относительно умышленного совершения действий, сформулированных в части 1 статьи 267 УК, практика технико-юридического конструирования статей, содержащих составы преступлений с двумя формами вины, диктует необходимость наличия части, предусматривающей ответственность за совершение умышленного преступления, и части, в которой наказание наступает за совершение указанного в предыдущей части преступления, повлекшего по неосторожности более тяжкие последствия. Например, статья 111 УК РФ, 167 УК РФ.

На основании вышеизложенного считаем, что для признания рассматриваемого состава преступления совершенным с двумя формами вины следует видоизменить конструкцию статьи 267 УК следующим образом:

«Статья 267. Приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения

1. Умышленное разрушение, повреждение или приведение иным способом в негодное для эксплуатации состояние транспортного средства, путей сообщения, средств сигнализации или связи либо другого транспортного оборудования, а равно блокирование транспортных коммуникаций, —

наказываются штрафом в размере до сорока тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до трех месяцев, либо обязательными работами на срок от ста до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года, либо арестом на срок до трех месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет.

2. Те же деяния, повлекшие по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью человека либо причинение крупного ущерба, —

наказываются штрафом в размере от ста тысяч до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет либо лишением свободы на срок до четырех лет.

3. Деяния, предусмотренные частью первой настоящей статьи, повлекшие по неосторожности смерть человека, —

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1 от 30 ноября 1994 года // Собрание законодательства РФ. — 1994. — № 32. — Ст. 3301; 1996. — № 9. — Ст. 773; № 34. — Ст. 4026.

² См.: Российская газета. — 2008. — 5 сентября.

³ См., например: Уголовное право. Особенная часть. — М., 1998. — С. 535; Уголовное право. Особенная часть. — М., 1999. — С. 417; Уголовное право. Особенная часть. — М., 1998. — С. 545; Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. — М., 1999. — С. 343.

⁴ Комментарий к УК Российской Федерации. — М., 1998. — С. 621—622; Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / Под ред. В.С. Комиссарова. — СПб., 2002. — С. 172.

наказываются лишением свободы на срок от трех до восьми лет.

4. Деяния, предусмотренные частью первой настоящей статьи, повлекшие по неосторожности смерть двух или более лиц, —

наказываются лишением свободы на срок от шести до десяти лет.

Примечание. Крупным ущербом в настоящей статье признается ущерб, сумма которого превышает один миллион рублей».

На наш взгляд, исходя из современной технико-юридической конструкции статьи 267 УК РФ, субъективная сторона указанного состава характеризуется смешанной формой вины. Соответствующая форма вины свидетельствует об умысле по отношению только к действиям и неосторожности к последствиям, в целом преступление считается совершенным по неосторожности.

На основании вышеизложенного полагаем, что повреждение, разрушение, блокирование и приведение иным способом в негодное для эксплуатации состояние совершаются только умышленно, в связи с чем считаем необходимым указать на умышленный характер действий непосредственно в тексте статьи 267 УК РФ.

Доказательством этого является, во-первых, то обстоятельство, что за это преступление предусмотрено более суровое наказание, чем за другие неосторожные транспортные преступления, в том числе и за нарушение правил безопасности движения и эксплуатации железнодорожного, воздушного и водного транспорта, повлекшие за собой те же последствия, что и предусмотрены в статье 267; во-вторых, история отечественного уголовного законодательства свидетельствует о прямом указании на умышленный характер повреждения путей сообщения и транспортных средств (ст. 85 УК РСФСР 1960 г.); в-третьих, об умышленном приведении в негодность транспортного средства или путей сообщения (ст. 309), а также умышленном блокировании транспортных коммуникаций (ст. 310) прямо говорится в УК Белоруссии и УК других зарубежных стран; в-четвертых, ответственность за преступление, предусмотренное в статье 267 УК РФ, наступает с 14 лет, что является исключением из правила о привлечении к ответственности за неосторожные деяния с 16 лет.

Субъект преступления — лицо, достигшее 14-летнего возраста.

Анализируя статью 267 УК РФ, следует отметить, что в настоящее время действия, подобные рассматриваемым, при отсутствии указанных в статье 267 последствий влекут за собой административную ответственность (ст. 11.1 «Действия, угрожающие безопасности движения на железнодорожном транспорте и метрополитене»; ст. 11.3 «Действия, угрожающие безопасности полетов»; ст. 11.6 «Действия, угрожающие безопасности движения на водном транспорте»; ст. 12.33 «Повреждение дорог, железнодорожных переездов или других дорожных сооружений») или уголовную ответственность по статье 167 УК или 158 УК.

От деяния, указанного в статье 167 УК РФ, рассматриваемое преступление отличается предметом посягательства. Повреждение таких сооружений и средств, которые хотя и относятся к транспорту, но не обеспечивают безопасность его функционирования, должно рассматриваться не как транспортное преступление, а как посягательство против собственности¹.

Необходимо отметить, что встречаются ситуации, когда указанные в статье 267 УК РФ предметы выводятся из строя в результате хищения. Чаще всего на практике лица, совершившие хищения деталей транспортного средства, средств сигнализации или связи, либо другого транспортного оборудования, привлекаются по статье 158 УК РФ. В меньшей степени лица, совершившие хищения, привлекаются к уголовной ответственности по статьям 167 и 267 УК РФ. Сложившаяся практика объясняется прежде всего тем, что по данным составам необходимо наступление общественно опасных последствий — причинение значительного ущерба (ст. 167 УК РФ) и причинение тяжкого вреда здоровью человека либо причинение крупного ущерба (ст. 267 УК РФ). В большинстве случаев лицо, совершившее, например, хищение железнодорожных деталей и комплектующих, не привлекается к уголовной ответственности по части 1 статьи 158 УК РФ, так как ущерб причиненного ущерба меньше одной тысячи рублей.

В целях предупреждения такого рода хищений представляется целесообразным изменение уголовного законодательства в сторону его ужесточения относительно хищений деталей транспортного средства, средств сигнализации или связи либо другого транспортного оборудования, результатом которых явилось приведение в негодность для эксплуатации путей сообщения, средств сигнализации и связи, даже если данные деяния не причинили вред, указанный в статье 267 УК РФ. В связи с этим предлагается добавить в часть 2 статьи 158 УК РФ пункт «д» следующего содержания:

«с транспортного средства, путей сообщения, средств сигнализации или связи либо другого транспортного оборудования, повлекшая приведение их в негодное для эксплуатации состояние».

¹ См.: Чучаев А.И. Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта: Научно-практический комментарий. — Ульяновск, 1997. — С. 46.

Т.В. Стукалова

Стукалова Татьяна Владимировна — кандидат юридических наук, заместитель начальника кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

**Уголовно-процессуальный статус потерпевшего
в российской правотворческой деятельности:
проблемы и перспективы**

Быстро и полно раскрыть преступление, всесторонне и объективно исследовать обстоятельства дела, как этого требует закон, невозможно без надлежащего исполнения своих процессуальных обязанностей участниками уголовного процесса. Эта констатация относится не только к работникам правоохранительных органов, но и к тем лицам, которые вовлекаются в уголовное судопроизводство.

Но, как показывает жизнь, граждане пока не торопятся проявлять активность при раскрытии и расследовании преступлений, рассмотрении уголовных дел в суде. Практика свидетельствует, что граждане проявляют пассивность даже в случае преступных посягательств на них самих, не заявляя об этом в правоохранительные органы. Причин тому много. Действующее уголовно-процессуальное законодательство далеко не в полной мере обеспечивает защиту законных интересов гражданина, привлекаемого к участию в деле в качестве свидетеля или потерпевшего, что зачастую отражается на его отношении к своим обязанностям.

Государство, провозгласившее права и свободы человека высшей ценностью и взявшее на себя обязательство по их защите, обязано, вовлекая лиц в уголовное судопроизводство, обеспечить права и свободы в уголовно-процессуальной сфере. Позитивные изменения в отношении правового положения личности в России требуют создания целого комплекса благоприятных условий реализации прав и законных интересов лиц, пострадавших от преступлений.

Впервые определение понятия потерпевшего было дано в статье 24 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, принятых 25 декабря 1958 года. В указанной статье потерпевшим признавалось лицо, которому преступлением причинен моральный, физический или имущественный вред.

Согласно части 1 статьи 42 УПК РФ потерпевшим признается физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. Фактическим основанием для признания физического лица потерпевшим является причинение ему преступлением физического, имущественного, морального вреда. Современная правовая наука исходит из того, что признание лица потерпевшим может иметь место не только при окончательном преступлении, и при неоконченном преступлении, покушении и даже при приготовлении (вполне логично, что если гражданин приходит домой и обнаруживает, например, что дверь его квартиры взломана, даже если ничего не украдено, ему будет причинен моральный вред).

Для юридического закрепления (оформления) данного обстоятельства принимается решение о признании потерпевшим, которое оформляется постановлением дознавателя, следователя или суда. Причем признание лица потерпевшим может иметь место как по его просьбе (ходатайству), так и по инициативе лиц, ведущих производство по делу. Однако закон не содержит четкого определения момента вынесения постановления о признании потерпевшим. Между тем, своевременное признание гражданина потерпевшим имеет немаловажное значение в обеспечении его прав и законных интересов. Так, лишь после признания его потерпевшим от преступных действий пострадавший может заявлять ходатайства о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений (ст. 119 УПК РФ). В связи с чем я разделяю вывод В.С. Гущина о том, что обязанность органов дознания, следствия и суда обеспечить реализацию прав потерпевшего с момента возбуждения уголовного дела УПК РФ не предусмотрена¹. Процессуалистами не отрицается необходимость своевременного признания гражданина потерпевшим, но единое мнение о том, когда именно должно быть вынесено это постановление, отсутствует. Многие считают, что конкретный момент признания лица потерпевшим может наступить тогда, когда будет установлен факт причинения ему в результате преступления морального, физического или имущественного вреда². Другие высказывают предложение о призна-

¹ См.: Гушин В.С. Нормы нового УПК РФ о защите прав человека нуждаются в доработке // Российский следователь. — 2003.

² См.: Щерба С. Опора сильнейших / С. Щерба, О. Зайцев // Социальная защита. — 1995.

нии потерпевшими всех граждан, обратившихся с заявлением о преступлении, с момента принятия заявления¹. А.М. Ларин считает целесообразным объединение решений о возбуждении уголовного дела против конкретного лица и признании лица потерпевшим в одном постановлении². Более позднее признание гражданина потерпевшим многими авторами критикуется потому, что запоздалое наделение процессуальными правами не позволяет ему в полной мере развить полезную для следствия активность. Это затрудняет раскрытие преступления и расследование дела. Кроме того, в этом случае гражданин фактически лишается возможности использовать предоставленные ему в процессе права для защиты своих законных интересов при расследовании преступлений.

В юридической литературе высказано мнение о том, что в уголовном процессе не следует признавать потерпевшим гражданина, если тот своим ненадлежащим поведением способствовал совершению преступления. Так, Ю.Ф. Лубшев предлагает включить в УПК РФ положение, согласно которому «при наличии достаточных оснований следователь и суд вправе не признавать потерпевшим лицо, чье недостойное, аморальное, антиобщественное или преступное поведение привело обвиняемого к преступлению или толкнуло на его совершение»³.

Действительно, в судебной практике встречаются уголовные дела, в которых потерпевший проявил себя не с лучшей стороны, и это в определенной степени повлияло на совершение преступления. Но ненадлежащее поведение гражданина не может влиять на признание его потерпевшим, законом не предусмотрена возможность отказа в защите прав и законных интересов лица в случае преступного посягательства на них. Противоправность же и аморальность поведения преступного поведения потерпевшего как повод для совершения преступления суд может учесть при определении наказания в качестве смягчающего обстоятельства.

Закон, определяя положение потерпевшего в уголовном судопроизводстве, наделил его как широким кругом процессуальных прав, так и совокупностью обязанностей, а также установил возможность применения за их невыполнение мер процессуального принуждения и привлечения к ответственности. Для отстаивания и защиты своих интересов потерпевший в соответствии с частью 2 статьи 42 УПК РФ вправе:

1. Знать о предъявленном обвиняемому обвинении. Это позволяет потерпевшему иметь информацию об изобличении виновных, их отношении к предъявленному обвинению, в частности, решить вопрос о примирении с обвиняемым при совершении преступлений небольшой и средней тяжести (ст. 25 УПК).

2. Давать показания. Показания потерпевшего, также как и свидетеля, являются основными доказательствами по уголовному делу. Показания того и другого имеют черты сходства как по форме, так и по содержанию, по предмету показаний. Не случайно, законом установлен одинаковый процессуальный режим для сообщения, проверки и оценки показаний свидетеля и потерпевшего. Вместе с тем, свидетель и потерпевший отнюдь не однородные фигуры уголовного судопроизводства. В то время как свидетель обычно не имеет в деле процессуального интереса, не занимает в нем устойчивого положения, является субъектом отдельных процессуальных отношений, но не участником процесса и с точки зрения процессуального положения характеризуется, в первую очередь, выполнением правовой обязанности, правдиво сообщать об известных ему обстоятельствах дела. Потерпевший, напротив, всегда преследует в процессе определенный интерес, занимает устойчивое положение в производстве дела и, будучи активным участником процесса, оказывает влияние на ход и исход дела. В отличие от свидетеля, дача показаний — это не только обязанность, но и право потерпевшего, а сами показания — это только средство доказывания, но и средство защиты его интересов. По окончании предварительного следствия потерпевший занимается с материалами дела, что оказывает существенное влияние на облик, содержание и общую направленность его показаний.

3. Представлять доказательства, как уличающие виновного в совершении преступного деяния, так и подтверждающие характер и размер причиненного ему вреда. Для реализации данного права потерпевший вправе заявлять ходатайства о допросе лиц, которые могут дать показания, имеющие значение для уголовного дела, о приобщении к материалам уголовного дела вещественных доказательств. Посредством заявления ходатайств потерпевший может существенным образом влиять на ход и результаты рассмотрения и разрешения уголовного дела.

4. Для активного участия в уголовном процессе потерпевший наделяется правом на получение информации о ходе расследования, его результатах. В частности, потерпевший имеет право получать копии наиболее важных решений по делу, знать о поступивших жалобах и представлениях и подавать на них возражения.

¹ См.: *Леви А.* О расширении прав потерпевшего и его представителя в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1989.

² См.: *Ларин А.М.* Расследование по уголовному делу. — М., 1986.

³ *Лубшев Ю.Ф.* Участие потерпевшего в предварительном следствии. — М., 1965.

5. Иметь представителя. Защита потерпевшим своих прав и законных интересов через представителя является, с одной стороны, одним из важных процессуальных прав потерпевшего, с другой стороны — создает благоприятные условия для обеспечения реального осуществления его слов и законных интересов.

Наряду с правами, закон возлагает на потерпевшего ряд обязанностей в форме уголовно-процессуальных запретов. Потерпевший не вправе: уклоняться от явки по вызову дознавателя, следователя и в суд; давать заведомо ложные показания или отказаться от дачи показаний; разглашать ставшие ему известными данные предварительного расследования, если он был об этом заранее предупрежден (ч. 5 ст. 42 УПК РФ).

Таким образом, потерпевший — это одна из центральных фигур предварительного расследования. Все конкретные обстоятельства, причины и условия совершения преступления не могут быть раскрыты полностью, если во внимание не принимаются показания и личность потерпевшего. Преступление неизбежно вызывает у потерпевших естественное стремление к восстановлению нарушенных прав и справедливому наказанию виновного. Однако все хлопоты, связанные с желанием добиться справедливости, чаще только усугубляют и без того тяжелое положение данных участников уголовного процесса. Многие из них перенесли серьезные потрясения от случившегося, у некоторых возникли серьезные проблемы со здоровьем, требующие специального лечения. Поэтому забота государства о защите прав и законных интересов потерпевших от преступления просто необходима. В настоящее время законодатель все же стал уделять больше внимания вопросам обеспечения прав и законных интересов потерпевших. Но вместе с тем, данная проблема не может считаться исчерпанной, ряд положений уголовно-процессуального закона требует уточнений, дополнений и изменений в соответствии с международными стандартами в области прав человека.

Первым документом, закрепившим права человека на международном уровне, стала Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 году. Статья 7 Всеобщей декларации провозглашает право каждого, без всякого различия, на равную защиту закона; статья 8 предусматривает эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами; статья 12 закрепляет защиту от произвольного вмешательства в личную и семейную жизнь, посягательств на неприкосновенность жилища и тайну переписки.

В этих и других статьях Декларации воплощены те общечеловеческие ценности, которые необходимы для достойного развития каждого человека, обеспечения его прав и законных интересов. Они выражают опыт, накопленный мировым сообществом, и определяют ту планку, ниже которой цивилизованные государства не могут опускаться. Любопытно, что многие концепции, впервые изложенные во Всеобщей декларации прав человека 1948 года, текстуально воспроизводятся в последующих международно-правовых документах, а на национальном уровне этот документ включается полностью или частично в конституции и законы о гражданских свободах во многих странах, в том числе и в России. И это несмотря на то, что Декларация не содержала обязывающих норм, а имела рекомендательный характер¹.

Прямым развитием идей Всеобщей декларации, в том числе тех, которые касаются защиты человека, явилась разработка Международного пакта о гражданских и политических правах². Ценность этого нормативного акта заключается в том, что он на более высоком уровне детально и подробно определил международные стандарты в области обеспечения прав личности. Существенное отличие Пакта от Всеобщей декларации прав человека проявляется в стремлении в максимально возможной мере гарантировать провозглашаемые права. В качестве примера можно сослаться на такую норму данного Международного договора, как статья 14, в которой общие формулировки относительно равенства перед судами дополняются конкретными обеспечительными предписаниями относительно гарантий в уголовном судопроизводстве.

Кроме того, в этой же статье содержится норма, допускающая возможность закрытого судебного разбирательства по соображениям морали, общественной или государственной безопасности или когда того требуют интересы частной жизни сторон, а также при иных обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия. Безусловно, данное положение распространяется и на случаи оказания противоправного воздействия на субъектов уголовно-процессуальных отношений, в частности, на свидетелей и потерпевших.

Закрепленные Пактом стандарты и конкретные процедуры по их реализации являются обязательными для участвующих государств. В соответствии с пунктом 3 статьи 2 каждое государство должно:

- а) обеспечить любому лицу права и свободы, которые нарушены;
- б) обеспечить, чтобы право на правовую защиту любого лица, требующего такую защиту, устанавливалось компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства;

¹ См.: Зайцев О.А. Государственная защита участников уголовного процесса. — М., 2002. — С. 92.

² Принят резолюцией 2200А(21) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 года.

в) обеспечить применение компетентными властями средств правовой защиты, когда они предоставляются.

Рассмотренные документы носят общий характер. Тем не менее, разработанные в них стандарты имеют огромное значение для любого лица, вовлеченного в сферу уголовного судопроизводства¹.

Деятельность органов ООН в области выработки международных принципов и стандартов направлена также и на формирование норм, определяющих действия должностных лиц судебных и правоохранительных органов относительно участников уголовного судопроизводства. К сотрудникам правоохранительных органов, осуществляющим мероприятия по обеспечению безопасности субъектов уголовно-процессуальных отношений, предъявляются особые требования — они должны иметь высокие морально-этические качества, необходимую профессиональную подготовку, обладать навыками сотрудничества с защищаемыми лицами.

Не случайно в Декларации о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания² говорится о необходимости принятия эффективных мер (законодательного, административного и иного характера), направленных на недопущение жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения, посредством которого человеку причиняется сильная боль, физическое или умственное страдание. В этом документе подразумеваются противоправные действия официального лица (или по его подстрекательству другого лица), которые осуществляются в целях получения необходимой информации, запугивания участника уголовного судопроизводства или других лиц. В случае совершения подобных деяний компетентные органы соответствующего государства должны немедленно начать беспристрастное расследование, не дожидаясь получения официальной жалобы потерпевшего.

Более подробно положения Декларации были раскрыты в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания³. Особого внимания заслуживает норма, возлагающая на государства обязательство принимать меры для обеспечения защиты свидетелей и потерпевших от любых форм обращения и запугивания в связи с их участием в уголовном судопроизводстве.

Целям правильного функционирования судебных и правоохранительных органов служат также Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (ООН, 1979 г.); Основные принципы независимости судебных органов (ООН, 1985 г.)⁴, Основные принципы, касающиеся роли юристов и Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование (ООН, 1990 г.)⁵ и ряд других. В этих документах указываются критерии, касающиеся положения данных лиц, в частности, в отношении их подбора и подготовки, квалификации, условий службы и сроков полномочий. Принципы также предусматривают необходимость обеспечения в уголовном правосудии эффективности, беспристрастия и справедливости по отношению к участникам уголовного процесса.

С 1985 года ООН стала проводить более интенсивную работу по выработке принципов и стандартов защиты участников уголовного судопроизводства. Мировое сообщество было обеспокоено тем, что «жертвам преступлений, а также зачастую их семьям, свидетелям и другим лицам, оказывающим им помощь, несправедливо наносится ущерб, телесные повреждения или ущерб их собственности и что, помимо этого, они могут подвергаться лишениям при оказании содействия судебному преследованию правонарушителей»⁶. Возникла настоятельная необходимость принятия международных и национальных мер по обеспечению всеобщего и эффективного признания и уважения прав участников уголовного судопроизводства.

Эта идея нашла свое развитие на 7-м Конгрессе ООН, проходившем в 1985 году в Милане, где был принят план действий по укреплению международного сотрудничества в области предупреждения преступности и уголовного правосудия на национальном и международном уровнях. На этом же Конгрессе рекомендованы «Руководящие принципы в области предупреждения преступности и уголовного правосудия в контексте развития нового международного экономического порядка», в которых содержится специальный раздел, посвященный жертвам преступления. В данном разделе государствам предлагается принять все необходимые законодательные и другие меры в целях обеспечения жертв преступления эффективными средствами правовой защиты, включая компенсацию за ущерб, причиненный ей в результате преступления.

¹ См.: *Зайцев О.А.* Государственная защита участников уголовного процесса. — М., 2002. — С. 97.

² Принята Резолюцией 3452 (30) Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1975 года // СПС «КонсультантПлюс».

³ Принята на 93-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1984 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Приняты на 7-м Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 29 ноября 1985 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Приняты на 8-м Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 7 сентября 1990 года // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Сборник стандартов и норм ООН в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. — Нью-Йорк, 1992. — С. 242.

Но самым значительным событием в исследуемой области стала Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью¹, принятая с целью оказания помощи правительствам и международному сообществу в их усилиях, направленных на обеспечение справедливости и предоставления доступа к правосудию указанной категории лиц.

Впервые Декларация дала определение и всесторонний анализ термину «жертва», являющегося ключевым в рассматриваемом документе. Под этим наименованием понимаются лица, которым был причинен вред в виде телесных повреждений или морального ущерба, эмоционального страдания, материального ущерба или существенного ущемления их основных прав и законных интересов в результате совершения преступного действия или бездействия, предусмотренного национальным уголовным законом. На основании Декларации то или иное физическое лицо считается и должно быть признано жертвой независимо от того, был ли установлен, задержан, арестован, предан суду или осужден правонарушитель, а также независимо от родственных отношений между пострадавшим и преступником. Термин «жертва» в соответствующих случаях включает близких родственников или иждивенцев потерпевшего от противоправного деяния, а также лиц, которым был причинен ущерб при попытке оказать помощь потерпевшему.

Описание в указанном международно-правовом акте оснований для отнесения лица к категории жертв преступлений дает повод утверждать, что любой участник уголовного процесса в случае оказания на него противоправного воздействия становится «жертвой».

Декларация также закрепила основные принципы правосудия для жертв преступлений. Сформулированные в соответствии с господствующими в обществе представлениями о наиболее справедливых и рациональных формах осуществления правосудия для указанной категории лиц принципы образуют единую систему, так как находятся между собой в органической связи и взаимной обусловленности.

Среди них важное значение имеют следующие принципы: справедливое обращение с жертвой преступления; обеспечение жертве преступления доступа к механизмам правовой и административной защиты; защита от запугивания и мести; обеспечение права на представление необходимой информации; использование неофициальных механизмов; обеспечение права на реституцию, компенсацию и социальную помощь.

Структура и содержание данного документа в известной степени помогает государственным служащим судебных и правоохранительных органов ориентироваться в сложной и многогранной проблеме защиты жертв преступлений.

В последнее десятилетие ООН применяет меры по созданию руководящих принципов и стандартов в области борьбы с организованной преступностью и международным терроризмом, что привело к разработке важных положений, касающихся защиты участников уголовного судопроизводства. Был принят ряд международных документов, развивающих основные принципы правосудия для жертв преступления и предусматривающих меры безопасности в отношении конкретных субъектов уголовно-процессуальных отношений.

Так, 8-й Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Гавана, Куба, 27 августа — 7 сентября 1990 г.) принял правовой акт, получивший название «Меры по борьбе с международным терроризмом». В этом документе содержатся три самостоятельных раздела, посвященных защите участников уголовного судопроизводства: «Защита судей и работников уголовного правосудия», «Защита жертв» и «Защита свидетелей». Государствам предлагается осуществлять эффективное взаимное сотрудничество и оказывать друг другу помощь по реализации программ защиты участников судопроизводства (п. 22, 23, 25).

На этом же Конгрессе были приняты Руководящие принципы предупреждения организованной преступности и борьбы с ней, в которых отмечалось, что в ходе расследования и судебного разбирательства уголовного дела, а также в деятельности правоохранительных органов все более важное значение приобретает защита свидетелей от насилия и запугивания. В случае возникновения угрозы противоправного давления необходимо сохранить конфиденциальность сведений о личности свидетеля, предоставить охраняемое жилье, обеспечить личную охрану, переселение и финансовую помощь (п. 11).

17 июня 1998 года в г. Риме под эгидой ООН состоялась Дипломатическая конференция полномочных представителей, на которой был принят Римский статут международного уголовного суда. Этим документом закреплена обязанность суда принимать надлежащие меры по защите безопасности, физического и психического благополучия, достоинства и неприкосновенности личной жизни потерпевших и свидетелей. Такие меры не должны наносить ущерб правам обвиняемого или быть несовместимыми с ними, а также наносить ущерб проведению справедливого и беспристрастного судебного разбирательства. В целях защиты потерпевших, свидетелей или обвиняемых суд вправе про-

¹ Принята на 96-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 29 ноября 1985 года // СПС «Консультант-Плюс».

вести любую часть разбирательства в закрытом заседании или разрешить представить доказательства с помощью электронных или иных специальных средств. Если раскрытие информации о личности может повлечь за собой серьезную угрозу для безопасности любого свидетеля или членов его семьи, прокурор может не раскрывать такую информацию и вместо этого представить ее резюме (ст. 68).

Кроме ООН, принципы и стандарты защиты участников уголовного судопроизводства вырабатываются и региональными международными организациями. Подобное сотрудничество осуществляется между государствами, имеющими сходные и близкие интересы.

Значительную деятельность в области правосудия осуществляет Совет Европы, в рамках которого принято более 160 конвенций, большинство из которых было открыто для присоединения любых европейских государств. Ориентация на деятельность Совета Европы объясняется прежде всего тем, что эта организация межправительственного и парламентского сотрудничества считается самой авторитетной в Европе благодаря эффективной системе контрольных механизмов, обеспечивающих защиту прав человека¹. В документах Совета Европы определены базовые стандарты и принципы в области прав человека, которые эта организация требует эффективно осуществлять на национальном уровне.

Усиленный интерес нашей страны к данному образованию в последние годы вполне объясним, так как Россия в феврале 1996 года получила официальный статус члена Совета Европы. В соответствии со статьей 3 Устава этой организации от 5 мая 1949 года «каждый член Совета Европы должен признавать принцип верховенства права и принципов, в соответствии с которым все лица, находящиеся под его юрисдикцией, должны пользоваться правами человека и основными свободами»².

Первый документ, который мы будем рассматривать, это Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (г. Рим), участниками которой могут быть исключительно члены Совета. В этом нормативном акте провозглашаются основополагающие права человека, которые фиксируют проявление его деятельности в сфере безопасности, индивидуальной и частной жизни. Среди них: право на жизнь (ст. 2), запрет на бесчеловечное или унижающее достоинство обращение (ст. 3), право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 5), право на уважение личной и семейной жизни, неприкосновенности жилища и тайны корреспонденции (ст. 8) и другие. Конвенция не только закрепляет субъективные права человека, но и обязывает государства защищать их.

Европейская комиссия и Европейский суд по правам человека пояснили, что в интересах правосудия признано допустимым закрытое судебное разбирательство в целях защиты свидетелей и потерпевших, испытывающих большой страх. В дальнейшем аналогичное положение было закреплено в проекте Декларации о праве на справедливое судебное разбирательство от 25 июня 1993 года, где в целях справедливого правосудия, а также обеспечения безопасности участвующих в процессе лиц допускается проведение закрытого суда.

Деятельность Совета Европы в области выполнения международных принципов и стандартов также основана на формировании норм, регулирующих действия лиц судебных и правоохранительных органов от которых зависит эффективность применяемых мер государственной защиты участников уголовного процесса.

В частности, принятая в Страсбурге 26 ноября 1987 года в рамках Совета Европы Европейская конвенция по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания содержит ряд эффективных мер, пресекающих противоправные действия официальных лиц по запугиванию участников уголовного судопроизводства.

Особого внимания заслуживают положения Декларации о полиции, которая является своего рода международным кодексом этических норм для работников правоохранительных органов европейских государств³. Этот документ возлагает на должностных лиц, осуществляющих полицейские функции, обязанности по защите граждан от общественно опасных действий в рамках действующего законодательства, уважая достоинство и права человека.

Совет Европы разработал ряд основополагающих международных документов, непосредственно касающихся государственной защиты потерпевших и свидетелей. Например, 24 ноября 1983 года была принята Европейская конвенция по возмещению ущерба жертвам насильственных преступлений, 28 июня 1985 года — Рекомендации относительно положения потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса, а 17 сентября 1987 года — Рекомендации об оказании помощи жертвам и предупреждении виктимизации, которые охватывают многие области Декларации основных принципов правосудия в отношении жертв преступлений и злоупотребления властью.

¹ См.: *Ледах И.* Новый Уголовный кодекс РФ и международные стандарты по правам человека // Российская юстиция. — 1997. — № 1. — С. 4.

² См.: Устав Совета Европы от 5 мая 1949 года // Международные акты о правах человека: Сборник документов. — М., 1998. — С. 537—539.

³ Принята 8 мая 1979 года Парламентской Ассамблеей Совета Европы на 31-й очередной сессии (Резолюция 690 (1979)).

В Европейской конвенции по возмещению ущерба жертвам насильственных преступлений¹ говорится о том, что государства — члены Совета Европы, подписавшие эту Конвенцию, полагая, что необходимо рассмотреть положение жертв умышленных насильственных преступлений, подвергшихся покушению на их физическое состояние или здоровье, или лиц, которые находились на попечении погибших в результате преступления, а также то, что необходимо разработать и внедрить систему возмещения государством ущерба пострадавшим на той территории, где были совершены эти преступления, особенно в тех случаях, когда преступник неизвестен или не имеет средств, постановили, что когда возмещение убытков не может быть обеспечено из других источников, государство должно это взять на себя. Возмещение ущерба при этом должно осуществляться даже в том случае, если преступник не может подвергнуться судебному преследованию или быть наказан.

Одновременно данная Конвенция оговорила, что возмещение ущерба может быть уменьшено или отменено в связи с поведением жертвы, если потерпевший состоит в организации, занимающейся преступной деятельностью, когда возмещение противоречит смыслу справедливости или общественного порядка.

Во избежание двойной компенсации государство или уполномоченный орган в соответствии с этой Конвенцией могут удерживать из уплачиваемой суммы либо потребовать возврата выплаченной компенсации вышеуказанным потерпевшим, если те уже получили деньги в порядке социального страхования или из любого другого источника².

Таким образом, подводя итог всему вышесказанному, необходимо отметить, что в системе международного права прав человека существуют хорошо проработанные международные стандарты, в том числе и в сфере уголовного судопроизводства, однако, если говорить о внутрисударственной системе государств, некоторые законодательные акты еще не совсем соответствуют этим стандартам. В связи этим предстоит еще большая работа по совершенствованию деятельности в указанной области и приведению законодательства и правоприменительной практики в соответствие с указанными международными стандартами.

Дискуссионным является вопрос о процессуальной функции, которую осуществляет потерпевший. По мнению ряда авторов, деятельность лиц, осуществляющих функцию обвинения, и деятельность потерпевшего не совпадают по своему направлению, поскольку не совпадают цели, на достижение которых эта деятельность направлена. Процессуальная функция потерпевшего — не обвинение, а защита прав, нарушенных преступлением, и законных интересов. Представляется, что такой подход к положению потерпевшего является не совсем верным. Включение законодателем потерпевшего в число участников процесса со стороны обвинения и наделение его правом принимать участие в уголовном преследовании обвиняемого (ст. 22 УПК РФ) представляется логичным закреплением его функции в уголовном процессе.

Однако система предоставленных потерпевшему процессуальных полномочий не в полной мере обеспечивает возможность их реализации в целях его беспрепятственного доступа к правосудию в соответствии с международными стандартами. К сожалению, этому способствует и действующая регламентация порядка разъяснения данных прав.

Так, после вынесения постановления потерпевшему должны быть разъяснены предоставляемые ему процессуальные права, изложенные в части 2 статьи 42 Кодекса более чем в 20 пунктах. Разъяснение этих и других прав и обеспечение возможности их осуществления является обязанностью суда, прокурора, следователя, дознавателя (ч. 1 ст. 11 УПК РФ). К сожалению, в большинстве случаев соответствующее должностное лицо ограничивается лишь их перечислением, не вдаваясь в пояснения. Кроме того, в части 2 статьи 42 УПК РФ и, соответственно, в постановлении о признании потерпевшим (прил. 53 к ст. 476 УПК РФ) указываются не все предоставленные законом процессуальные права. Например, не указывается право потерпевшего получать информацию о продлении срока предварительного следствия (ч. 8 ст. 162 УПК РФ), право на заявление ходатайства о проведении предварительного слушания после направлении уголовного дела в суд прокурором (ч. 1 ст. 222 УПК РФ), право на примирение с обвиняемым (ст. 25 УПК РФ, 76 УК РФ), ряд прав на судебных стадиях процесса (право быть извещенным о дне и времени судебного разбирательства, высказываться о порядке исследования доказательств в ходе судебного следствия, представлять суду в письменной форме формулировки решений по вопросам, которые разрешаются судом в приговоре, и др.). Не указывается в постановлении и очень часто не разъясняется на практике предусмотренное частью 3 статьи 42 УПК РФ право потерпевшего на возмещение имущественного вреда, причиненного преступлением (в том числе право на заявление гражданского иска), а также расходов, понесенных в связи с его участием в ходе предварительного расследования и в суде.

В законе также не имеется указания на обязательность вручения потерпевшему копии постановления, в котором должен содержаться перечень прав потерпевшего. Это, на наш взгляд, отрицатель-

¹ Вступила в силу 1 февраля 1988 года.

² См.: Защита прав человека и борьба с преступностью: Документы Совета Европы. — М., 1998. — С. 81—83.

ным образом сказывается на обеспечении доступа потерпевшего к правосудию. Заметим, что обязанность следователя о вручении обвиняемому копии постановления о привлечении в качестве обвиняемого прямо предусмотрена законом (ч. 8 ст. 172 УПК РФ).

Право потерпевшего на получение копии соответствующего постановления, предусмотренное в пункте 13 части 2 статьи 42 УПК РФ, толкуется следователями в большинстве случаев ограничительно.

Согласно результатам проведенного в ходе подготовки настоящей работы социологического опроса 110 практических работников (следователей, дознавателей, прокуроров), только 53% опрошенных заявили о том, что во всех случаях вручают копию постановления потерпевшему, 23% указали, что вручают копию постановления только при заявлении потерпевшим просьбы (ходатайства) об этом. Самостоятельно определяют случаи необходимости вручения постановления вне зависимости от желания потерпевшего 19% опрошенных. Таким образом, могут иметь место случаи (и на практике они нередки), когда потерпевший не получает соответствующего постановления, не понимает смысл предоставляемых ему прав, а в случае неявки в судебное заседание вообще не будет ознакомлен с рядом процессуальных полномочий.

В рамках рассматриваемой темы необходимо обратиться также к проблеме соотношения статуса потерпевшего и статуса гражданского истца.

Несмотря на то, что в международных правовых актах, а также в зарубежном законодательстве лицо, пострадавшее от преступления, именуется по-разному, в сущности все эти названия являются синонимами: потерпевший и частный обвинитель (в романо-германской системе права); гражданский истец (в англосаксонской системе права); потерпевший, гражданский истец и частный обвинитель (в восточно-европейской системе права); жертва (в резолюциях ООН и Совета Европы).

В российском уголовно-процессуальном законодательстве лицо, пострадавшее в той или иной мере от преступных действий, именуется потерпевшим. Если такое лицо предъявляет гражданский иск о возмещении вреда, причиненного преступлением, то одновременно оно становится гражданским истцом. Это вполне соответствует международным стандартам.

Однако, учитывая международные стандарты и помня Декларацию основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, необходимо, на наш взгляд, называть гражданский иск, который может предъявить потерпевший, иском потерпевшего. Это позволит однозначно разграничить два вышеупомянутых статуса.

Весьма перспективным с позиций возмещения вреда, причиненного преступлением, является зарубежный опыт предоставления потерпевшим некоторых прав на стадии исполнения приговора, в частности, предложение о получении согласия потерпевшего на условно-досрочное освобождение осужденного, а также на запрет к погашению судимости лица, не возместившего ущерб, причиненный преступлением.

Что касается процессуальных прав потерпевшего на активное участие в расследовании и судебном рассмотрении уголовного дела, на предоставление доказательств, ознакомление с материалами уголовного дела, на получение квалифицированной юридической помощи, то УПК РФ предоставляет не совсем достаточные гарантии потерпевшему для реализации указанных прав.

Поэтому остается актуальным совершенствование российского уголовно-процессуального законодательства в сфере защиты прав потерпевшего с учетом исторического опыта, международно-правовых стандартов и зарубежного законодательства.

Б.Б. Сулейманов

Сулейманов Вигрузи Бухаринович — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Северо-Кавказского филиала Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации (г. Махачкала)

О некоторых методологических аспектах юридической техники

Динамичность законодательства, утверждение правовых начал во всех сферах социальной жизни, низкая эффективность правовых актов и усиление научных разработок в сфере правотворчества преопределяют актуальность вопроса о юридической технике. Плюрализм в методологии, увеличение количества исследований в доктрине, которые отличаются различными выводами, порождают необходимость уточнения некоторых моментов в системе юридических наук.

В последнее время проведено множество конференций, круглых столов, защищены диссертации, изданы монографии и иные работы по юридической технике. Созданы центры юридической техники, появились учебники и учебные пособия. Между тем, многие вопросы юридической техники остаются спорными. Наиболее острыми и важными, по нашему мнению, являются вопросы о понятии, сфере применения и изучения юридической техники. По указанным моментам между учеными-правоведами наблюдаются существенные расхождения.

Наиболее известной и до недавнего времени устоявшейся позицией являлась позиция, согласной которой юридическая техника — это совокупность правил, приемов и средств разработки, оформления и систематизации правовых актов¹. Или юридическая техника — это совокупность правил, приемов, специфических средств подготовки, оформления, публикации и систематизации нормативно-правовых актов и иных юридических документов². Хотя учеными приводились и несколько иные определения. Например, «юридическая техника — это выработанные на практике навыки, приемы и способы подготовки проектов нормативных правовых актов в законе»³. Иногда в значении юридической техники использовался другой термин — «законодательная техника». Известный правовед А.С. Пиголкин отмечал, что «термин «законодательная техника» в определенной степени условен, поскольку в это понятие входит не только составление законопроектов, но и проектов всех иных нормативных актов. Однако он прочно вошел в обиход юридической науки»⁴.

Между тем, в научной литературе появились и другие точки зрения, существенно отличающиеся от приведенных выше. Наиболее радикальной представляется позиция известного теоретика права В.Н. Карташова. По его мнению, термин «юридическая техника» не совсем точен и не отражает всю сферу разработки и реализации права (юридической работы). Вместо юридической техники автор предлагает ввести другой термин — «юридическая технология»⁵. Юридическая технология состоит из трех частей: юридическая техника, юридическая тактика и юридическая стратегия. По его мнению, «юридическая технология — это разновидность деятельности компетентных органов, должностных и физических лиц, направленная на издание, толкование, реализацию, систематизацию и т. п.»⁶.

Однако такой подход, который, безусловно, является новым и интересным, имеет и некоторые «слабые» места.

Во-первых, не очень логично и лаконично звучит определение, которое предлагает В.Н. Карташов: «Это — основанная на определенных принципах, прогнозах и планах (стратегии) система мыслительных и внешне актуализированных действий и операций компетентных физических и должностных лиц (органов), связанная с изданием (толкованием, реализацией, систематизацией и т. п.) юридических решений (актов), в ходе которой оптимально используются необходимые ресурсы (материальные, трудовые, финансовые, организационные и т. п.), общесоциальные, технические и специально-юридические средства (техника), приемы, способы, методы и правила (тактика), процессуальные формы (стадии, производства и т. п.) и соответствующие типы, виды и подвиды контроля за деятель-

¹ См.: Пучков О.А. Юридическая техника // Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. — М., 2001. — С. 231.

² См.: Морозова А.Л. Теория государства и права. — М., 2003. — С. 309.

³ Теория государства и права / Под ред. М.М. Рассолова. — М., 2004. — С. 396.

⁴ Марксистско-ленинская общая теория государства и права // Социалистическое право. — М., 1973. — С. 348.

⁵ Карташов В.Н. Юридическая техника или юридическая технология? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. — 2007. — №.1. — С. 16—24.

⁶ Карташов В.Н. О необходимости замены учебного курса «Юридическая техника» учебной дисциплиной «Юридическая технология» // Юридическая техника (специальный выпуск). — 2009. — № 3. — С. 31.

ностью субъектов и участников юридической практики»¹. Как представляется, в определении нет законченного перечня элементов, хотя автор приводит тринадцать в качестве таковых².

Во-вторых, концепция предполагает существенное изменение устоявшейся структуры теоретической юриспруденции. Например, стадии правоприменения, которые отражены во всех учебниках по теории государства и права (хотя, возможно, не всегда в трех стадиях)³, автор оценивает как «нон-сенс»⁴. При этом В.Н. Карташов приводит другие, по его мнению, правоприменительные стадии:

1. Определение подведомственности.
2. Возбуждение юридического дела.
3. Подготовка дела к рассмотрению.
4. Разбирательство юридического дела.
5. Принятие решения.
6. Документальное оформление.
7. Оглашение решения (акта)⁵.

Даже поверхностный анализ позволяет заключить, что перед нами процессуальные стадии, которые предусмотрены несколькими отраслями российского права. Тогда напрашивается закономерный вопрос: целесообразно ли дублировать в юридической технологии (технике) значительный правовой материал, который будет изучаться в рамках нескольких процессуальных дисциплин? Также, как нам кажется, оглашение решения (акт), очевидно, не является такой стадией. Безусловно, в этом явлении (не стадии!) невозможно «выделить стадии помельче», о которых автор пишет в отношении всех предложенных стадий⁶.

В-третьих, В.Н. Карташов признается, что юридическая технология пока еще не сформировалась в относительно самостоятельную науку, и считает, что она должна изучаться в рамках такой фундаментальной дисциплины, как «Теория правовой системы общества», которую автор считает новой концепцией курса теории государства и права⁷. Как известно, «Теория правовой системы общества» является итогом многолетних исследований самого автора и, безусловно, может быть признана одним из крупных доктринальных достижений в сфере юридической науки последних десятилетий. Но признавать ее же научной или учебной дисциплиной весьма сложно хотя бы по той причине, что от научной концепции до научной дисциплины значительный шаг. Даже не очень подробный анализ правовой литературы показывает, что удачно разработанных научных концепций достаточно много в отечественной правовой литературе. Например, концепции правовой политики, правовой жизни, механизма правового регулирования, либертарного правопонимания и др. Поэтому вряд ли «Теория правовой системы общества» может заменить устоявшийся курс теории государства и права. Это более радикальный шаг, чем те, которые предлагают известные оппоненты (В.Е. Чиркин, Б.А. Страшун, И.Ю. Козлихин и др.) устоявшейся научной дисциплины под названием «Теория государства и права».

В-четвертых, автор достаточно критично относится к некоторым научным теориям, которые разрабатывались теоретиками права. Например, он не принимает распространенный в правовой науке подход к определению эффективности права как соотношения между фактическим результатом действия правовых актов и теми социальными целями, для достижения которых эти акты были приняты⁸. По его мнению, речь идет всего лишь об эффективности «конечного продукта»⁹. А в целом проблема эффективности юридической технологии (правотворческой, законодательной, правоприменительной, судебной и др.), по мнению автора, даже не затрагивается, «поскольку действительно является достаточно сложной и требует приложения усилий коллективов самых разнообразных ученых»¹⁰.

По нашему мнению, упрек известного ученого не совсем справедлив. Если вспомнить наиболее продуктивный период разработки теории эффективности права, то мы увидим, что и тогда указанной проблемой занимались коллективы ученых и, прежде всего, «московские» (В.Н. Кудрявцев, В.И. Никитин, В.В. Глазырин и др.) и «ленинградские» (Л.С. Явич, А.С. Пашков, Л.И. Спиридонов и др.) школы.

¹ Карташов В.Н. Юридическая техника или юридическая технология? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 17.

² См. там же.

³ Отдельные авторы выделяют и четыре, и пять. Например: Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. В.М. Сырых. — М., 2008. — С. 327—332 (автор главы — Е.Л. Ковалева).

⁴ См.: Карташов В.Н. Юридическая техника или юридическая технология? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 21.

⁵ См. там же.

⁶ См. там же.

⁷ См.: Карташов В.Н. О необходимости замены учебного курса «Юридическая техника» учебной дисциплиной «Юридическая технология» // Юридическая техника (специальный выпуск). — 2009. — № 3. — С. 34.

⁸ См.: Карташов В.Н. Юридическая техника или юридическая технология? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 22.

⁹ См. там же. — С. 23.

¹⁰ Там же.

И даже при этих условиях не сформировалась общепринятая теория эффективности права. Что же касается другого упрека автора в том, что юридическая наука не изучала эффективность юридической технологии, то и он не достигает своей цели. Ведь структура юридической технологии, предложенная В.Н. Карташовым, еще не устоялась в научной литературе, следовательно, не могла стать предметом исследования. При этом очевидно, что проблемы эффективности права нуждаются в серьезном изучении с учетом современных методологических установок. Так, вне серьезных исследований остался вопрос об эффективности правовой системы в целом. Предложенные же автором критерии эффективности юридической технологии представляются не очень четкими, а некоторые — пересекающимися. Например:

— оптимально удовлетворить потребности и интересы людей, их коллективов и организации, государства и общества в целом в соответствии с назначением конкретного нормативного правового акта;

— достижение поставленных в том или ином аспекте целей с помощью минимальных затрат (материальных, временных и др.);

— быть оптимальной мерой полезности и ценным в каждой социально-правовой ситуации;

— надежно обеспечивать самозащиту и защиту (охрану и т. п.) прав, свобод и законных интересов граждан, их коллективов и организаций и др.¹

Эти и другие моменты, по нашему мнению, позволяют утверждать, что юридическая технология нуждается в дополнительном обосновании и, самое главное, обосновании ее как системного правового явления.

К этим недостаткам можно отнести и те недостатки, или сомнения, на которые указывают и другие исследователи. Так, по мнению известного правоведа Т.В. Кашаниной, в юридическую технологию включены не очень сочетаемые детали, в частности, компьютеры и правовые конструкции, которые никак не связаны друг с другом; а юридическая тактика и юридическая стратегия относятся к иным явлениям, чем средства, включенные в юридическую технику. Их, по словам ученого, можно назвать «подходами при проведении юридической работы в зависимости от того, какая цель ставится: ближайшая или дальняя»². К.Е. Величко замечает, что в структуру юридической технологии включены заимствованные из криминалистики и преобразованные с учетом специфики юридической технологии институты тактики и стратегии³.

Другой дисциплиной, которую предлагают в научной литературе, является нормография. Одним из ее авторов является Ю.Г. Арзамасов. По его мнению, термин «юридическая техника» нечетко отражает все особенности, аспекты данного понятия, значение всех его средств и правил в различных сферах многообразной юридической деятельности⁴. Исходя из этого, отмечается условность использования этого термина юристами. Юридическая техника относится к числу собирательных понятий: оно содержит правила, которые необходимо соблюдать при подготовке не только нормативных правовых документов (актов и договоров), но и актов официального толкования и актов применения права⁵. Из этого автор предполагает, что необходимо «заниматься профессиональной разработкой проектов нормативных правовых актов.

Во-первых, уяснить саму сущность нормотворчества, его функции, способы, виды.

Во-вторых, владеть как теоретическими знаниями нормотворческой техники, так и практическими навыками подготовки качественных нормативных правовых актов»⁶.

При этом Ю.Г. Арзамасов специально отмечает, что особое значение следует уделять теоретическим положениям, разработанным и признанным как современными исследователями, так и учеными прошлых эпох, например, Ф. Бэконом, Р. Иерингом и др.⁷ Это означает, что нормотворчество состоит, вернее, будет состоять не только из прикладных моментов, но и из теоретических положений, составляющих науку⁸. Далее автор отмечает, что сегодня объективным фактом является то, что уже очевидно просматривается тенденция формирования системы прикладных наук не только для отраслевых юридических наук, но и для общей теории государства и права. В качестве примера ав-

¹ См.: *Карташов В.Н.* Юридическая техника или юридическая технология? Некоторые методологические аспекты исследования // *Юридическая техника*. — 2007. — № 1. — С. 22, 23.

² См.: *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: Учебник. — М., 2007. — С. 78.

³ См.: *Величко К.Е.* Структура и содержание юридической технологии // *Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Сборник научных статей: Материалы научно-практической конференции, состоявшейся 13—16 апреля 2009 года в Российской академии правосудия / Отв. ред. В.М. Сырых, М.А. Занина*. — М., 2010. — С. 349.

⁴ См.: *Арзамасов Ю.Г.* Организационные и дидактические проблемы преподавания курса «Нормография»: теория и методология нормотворчества // *Юридическая техника*. — 2009. — № 3. — С. 62.

⁵ См. там же.

⁶ Там же.

⁷ См. там же.

⁸ См. там же. — С. 63.

тор приводит правовую компаративистику, правовую герменевтику, правовую конфликтологию. При этом важное место в данном списке должна занять нормография — наука о правовой природе правотворческой деятельности и юридической технике¹. Автор особо указывает на то, что «нормография — это не просто совокупность технологии подготовки нормативных актов, поскольку у нее есть свой предмет и метод»².

Между тем, не все выводы автора представляются обоснованными и убедительными. Считаем, Ю.Г. Арзамасов не уверен в том, что нормография «доросла» до науки. Это видно хотя бы из того, что он говорит о ней в будущем времени. При этом автор говорит о нормографии как о части юридической техники. Можно предположить, что ученый считает нормографию частью уже сложившейся научной дисциплины юридической техники. Спорным представляется и процесс формирования новых прикладных дисциплин. Если сравнительное правоведение и правовую конфликтологию многие ученые с некоторыми оговорками признают отраслями юридического знания, то правовая герменевтика даже как метод правовой науки наталкивается на основательные возражения³. Но при этом ситуация с нормографией несколько иная, чем, например, со сравнительным правоведением. Если сравнительное правоведение возникло как метод, признаваемый почти всеми учеными, разрабатывалось известными специалистами различных отраслей права (истории, филологии), результативно использовалось при изучении множества проблем, то нормография таких предпосылок не имеет. Более того, последняя предлагается в какой-то степени как альтернатива существующей дисциплины — юридической техники. При этом автор не раскрывает предмет и метод нормографии, а только лишь говорит об их наличии. Ученый связывает нормографию с механизмом правового регулирования. Он пишет, что если придерживаться традиционной точки зрения, согласно которой механизм правового регулирования состоит из правовых средств, то к последним следует отнести и различные технологии по созданию правовых документов (нормативных, интерпретационных, индивидуальных). Нормотворчество, или как его еще называют, правотворческая деятельность (в этом проявляется суть данного вида юридической деятельности), играет «первую скрипку» в действии МПР, поскольку выступает начальным этапом в самом процессе правового регулирования. Используя телеологический подход к рассматриваемой проблеме, можно сделать следующий вывод: задачей минимум нормотворческой деятельности является создание соответствующего нормативного документа, направленного на регулирование конкретных отношений, а задачей максимум — упорядочивание общественных отношений, установление правопорядка и прочного режима законности⁴. Можно заметить, что задача максимум ничем не может помочь нормографии, чтобы она стала наукой. Далее автор продолжает: «Как было сказано выше, «правотворчество» можно рассматривать и как составную часть МПР, без которого не появится на свет норма права, направленная на регулирование различных отношений в обществе»⁵. Безусловно, именно через правотворчество «получает жизнь» нормативно-правовой акт. Но при этом следует иметь в виду и то, что правовые нормы могут содержаться и в иных источниках права, в частности, в обычаях, нормативных договорах и прецедентах.

Еще более спорными представляются принципы нормотворчества, которые приводят авторы пособия. Они отмечают, что принцип научности предполагает, что нормодатель обязан учитывать разные взгляды и теории, которые, несомненно, могут оказать существенную помощь в правовом регулировании общественных отношений. Это и теория естественного права, и социология юриспруденции, и историческая школа права, и теологическая теория права. Думается, что авторы значительно упрощают проблему. Безусловно, при исследовании тех или иных явлений, в том числе правовых, надо использовать множество подходов, методов. Но при этом следует помнить, что механическое сочетание различных теорий может привести к эклектике. Так, известный цивилист В.Ф. Яковлев отмечает, что одним из решающих средств совершенствования законодательства является использование концептуального подхода к сфере нормотворчества, то есть обработка концепции, в первую очередь, важнейших актов. По его словам, «Гражданскому кодексу России в этой части «повезло» в том, что он был создан небольшой группой ученых исследовательского центра частного права»⁶. Как нам кажется, ученый рассматривает наличие только одной концепции, безусловно, как положительный момент. Ущербно и следующее утверждение: «Нормодатель в своей деятельности не должен отдавать пред-

¹ См.: Нормография: Учебно-методическое пособие / Под ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 7.

² Арзамасов Ю.Г. Организационные и дидактические проблемы преподавания курса «Нормография»: теория и методология нормотворчества // Юридическая техника. — 2009. — № 3. — С. 62.

³ См.: Сырых В.М. Герменевтический круг как методологический тупик // Современные методы исследования в правоведении / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — Саратов, 2007. — С. 195—135.

⁴ См.: Нормография: Учебно-методическое пособие / Под ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 25.

⁵ Там же. — С. 27.

⁶ Занин М.А. Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики // Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Сборник научных статей: Материалы научно-практической конференции, состоявшейся 13—16 апреля 2009 года в Российской академии правосудия / Отв. ред. В.М. Сырых, М.А. Занина. — М., 2010. — С. 554.

почтение какой-либо теории или направлению, нарочно отличая от других»¹. Наверное, будет справедливым отметить, что законодатель не должен быть ограничен в выборе средств и методов правотворческой деятельности. При этом для составления большинства правовых актов необходимы правила и приемы позитивистской теории, которая, конечно же, должна основываться на естественно-правовых ценностях.

Из материала пособия видно, что авторы указывают на два подхода к законодательной технике: узкий и широкий. Представители узкого подхода основываются на том, что под законодательной техникой понимается система правил, приемов и средств подготовки совершенных по форме и содержанию нормативно-правовых актов, смысл которых будет понятен каждому. Сторонники же широкого подхода под законодательной техникой понимают учение о законодательной системе, ее структуре, формах и методах правотворчества и официального толкования права².

Далее авторы переходят к одному из основных выводов: «На сегодняшний день актуальным вопросом является сосредоточение в рамках отдельной науки системы научно-обоснованных знаний не только о правилах, приемах и средствах юридической техники, но и о подготовке и принятии нормативных актов, методах и принципах правотворчества, которые и составляют предмет самостоятельной науки — нормографии»³. При этом остается одно, самое главное — систематизировать их в предмет объявленной науки и обосновать: почему же они должны входить в нормографию, а не в юридическую технику.

Подводя итог вышесказанному, можно отметить, что многие аспекты предложенных авторами подходов в сфере юридической техники остаются спорными. Для формирования указанной прикладной юридической науки нужны не простые методологические обоснования.

¹ См.: Нормография: Учебно-методическое пособие / Под ред. Ю.Г. Арзамасова. — М., 2007. — С. 40.

² См. там же. — С. 43.

³ Там же. — С. 46.

С.Ю. Суменков

Суменков Сергей Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права и политологии Пензенского государственного университета

Техника закрепления юридических исключений правотворческими средствами

Юридические исключения — уникальный феномен, позволяющий отступать от унифицированных правовых стандартов, при этом не нарушая их.

Исключения воздействуют на правила, легитимируя альтернативный либо даже прямо противоположный правилу вариант поведения. «Исключение в законодательстве, — указывает И.А. Муравьев, — содержит социально полезный, а значит, допускаемый со стороны государства вариант коррекции (уточнения) общенормативной модели поведения, которая не в полной мере вписывается либо, наоборот, с избытком (с опережением) налагается на реальность социобытийных потребностей»¹.

Разделяя данную точку зрения, надо отметить, что «допускаемый со стороны государства вариант коррекции (уточнения) общенормативной модели поведения» — уже следствие, но не причина. Поэтому актуальным остается вопрос — что в исключении позволяет коррелировать единое для всех правило.

На наш взгляд, исключение предстает по отношению к правилу в виде: а) изъятия из правила; б) дополнения к правилу. Суть исключения, выступающего в роли изъятия, состоит в том, что такое исключение выводит из-под действия общего правила тот компонент общественных отношений, которые в целом подпадают под юрисдикцию этого правила. Основания подобного изъятия различны. К ним можно отнести:

- правовой статус лица, причем как специальный², так и индивидуальный³;
- пределы компетенции⁴;
- фактические данные, имеющие юридическое значение⁵;
- технические аспекты⁶;
- объективные качества продукции⁷, специфику предмета⁸ и его юридический режим⁹;

¹ Муравьев И.А. Законодательное исключение (теория, практика, техника): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — С. 15.

² См., например: «Сотрудник Следственного комитета может быть уволен со службы в Следственном комитете по основаниям, предусмотренным трудовым законодательством (за исключением военнослужащего)» (ч. 2 ст. 30 Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 1. — Ст. 15).

³ См., например: «Для граждан, впервые принимаемых на службу в Следственный комитет, за исключением граждан, окончивших ОУ ВПО Следственного комитета, в целях проверки их соответствия замещаемой должности может предусматриваться испытание» (ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О Следственном комитете Российской Федерации»).

⁴ См., например: «Генеральный директор Фонда принимает решения по иным отнесенным к компетенции Фонда вопросам, за исключением вопросов, отнесенных к компетенции попечительского совета Фонда и правления Фонда» (п. 6 ст. 8 Федерального закона от 24 июля 2008 г. № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства» // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 30. — Ч. 2. — Ст. 3617).

⁵ См.: «Квалификационная комиссия не вправе отказать гражданину, успешно сдавшему квалификационный экзамен, в аттестации в качестве патентного поверенного, за исключением случаев, если после сдачи квалификационного экзамена выявляются обстоятельства, предусмотренные частями 2 и 3 статьи 2 настоящего Федерального закона и являющиеся препятствием для проведения аттестации» (ч. 5 ст. 6 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 316-ФЗ «О патентных поверенных» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 1. — Ст. 24).

⁶ См.: «Консервирование сока может быть осуществлено только с использованием физических способов, за исключением обработки ионизирующим излучением» (п. 1 ст. 4 Федерального закона от 27 октября 2008 г. № 178-ФЗ «Технический регламент на соковую продукцию из фруктов и овощей» // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 44. — Ст. 4984).

⁷ См.: «Молоко, получаемое от разных видов сельскохозяйственных животных, за исключением коровьего молока, должно соответствовать показателям, установленным стандартами, нормативными документами федеральных органов исполнительной власти, сводами правил...» (ч. 5 ст. 5 Федерального закона от 12 июня 2008 г. № 88-ФЗ «Технический регламент на молоко и молочную продукцию» // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 24. — Ст. 2801).

⁸ См., например: «Добытые и произведенные драгоценные металлы, за исключением самородков драгоценных металлов, после необходимой переработки должны поступать для аффинажа в организации, включенные в перечень, утвержденный Правительством Российской Федерации» (ч. 1 ст. 20 Федерального закона от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях» // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 13. — Ст. 1463).

⁹ См.: «Ломбард вправе принимать в залог и на хранение движимые вещи (имущество), принадлежащие заемщику или поклажедателю и предназначенные для личного потребления, за исключением вещей, изъятых из оборота, а также вещей, на оборот которых законодательством... установлены соответствующие ограничения» (ч. 3 ст. 2 Федерального закона от 19 июля 2007 г. № 196-ФЗ «О ломбардах» // Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 31. — Ст. 3992).

— формы собственности¹; и т. д.

Как думается, всеобъемлющий перечень критериев нормативных изъятий составить невозможно. Слишком много может быть случаев, оцениваемых как исключительных; весьма велика вероятность появления исключительных и особых обстоятельств, уважительных причин, особых условий и чрезвычайных ситуаций, выступающих в качестве причин, вызывающих необходимость правотворческой фиксации исключений²; тяжело предсказуема экономическая, политическая, социальная конъюнктура, детерминирующая волю законодателя рассматривать тот или иной казус в качестве исключения из правила.

По нашему мнению, наиболее точным объяснением существования исключений в праве служит потрясающее многообразие жизненных отношений, подпадающих под правовое регулирование³.

То же самое относится к исключениям, выступающим в виде дополнений. Специфической чертой последних выступает то, что они внедряют в правило какое-либо положение (также детерминированное многообразием жизни), которое позволяет: 1) отступить от генерального предписания, предусмотренного правилом; 2) реализовать иную, по сравнению с правилом, линию поведения.

Классическим примером исключения-дополнения выступает часть 2 статьи 16 Федерального закона от 28 декабря 2010 года № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации», оговаривающая, что на должности следователей следственных отделов и следственных отделений по районам, городам и приравненных к ним, в том числе специализированных следственных подразделений Следственного комитета РФ в исключительных случаях могут назначаться граждане, обучающиеся по юридической специальности в аккредитованных вузах и окончившие третий курс.

Названная норма выступает исключением потому, что она затрагивает правило об обязательном наличии высшего юридического образования у сотрудников Следственного комитета РФ (ч. 1 ст. 16 вышеуказанного Федерального закона).

Присутствие данного исключения позволяет принять в Следственный комитет РФ человека, имеющего незаконченное высшее юридическое образование (разумеется, при соответствии иным условиям, продиктованным правилом)⁴.

О том, что указанное предписание — исключение свидетельствует ряд моментов.

Во-первых, эти требования касаются одной группы субъектов — сотрудников Следственного комитета РФ. В частности, исключение из правила о высшем юридическом образовании распространяется на следователей, то есть лиц непосредственно выполняющих задачи, стоящие перед Следственным комитетом РФ, в первую очередь — расследование уголовных дел (ст. 151 УПК РФ).

Тем самым, при приеме на службу в Следственный комитет РФ на должность следователя⁵, у претендента, согласно правилу, должно быть высшее юридическое образование; в соответствии с исключением — достаточно обучаться по юридической специальности, окончив предварительно три курса по указанной специальности.

Во-вторых, то, что разрешение принимать на должность следователя человека с неполным высшим юридическим образованием является исключением из правила, подтверждается позицией законодателя, методологически верно использующего для обозначения подобного дозволения нормативно-правовой термин, наиболее ярко отражающий характерные свойства понятия «исключение» — «исключительный случай»⁶.

При этом, когда речь идет об исключениях из правил, стоит обязательно осознавать то, что юридическое исключение должно быть обязательным образом зафиксировано в норме права.

Здесь более чем уместным представляется замечание по поводу связи исключительных предписаний и норм.

Исключения в праве должны быть обязательным образом отражены в юридических нормах, издаваемых либо санкционируемых государством и охраняемых им от нарушений. Весьма категорично

¹ См., например: «К субъектам малого и среднего предпринимательства относятся внесенные в единый государственный реестр юридических лиц потребительские кооперативы и коммерческие организации (за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий)» (ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 31. — Ст. 4006).

² См.: *Суменков С.Ю.* Исключительные обстоятельства и уважительные причины как факторы проявления исключений из правил // Государство и право. — 2011. — № 7. — С. 91—95.

³ См.: *Суменков С.Ю.* Исключения в праве как результат отображения многообразия жизни // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2011. — № 1 (14). — С. 96—100.

⁴ Это наглядный практический пример, объясняющий как взаимосвязь правил исключений, так и уникальность исключений, позволяющую им олицетворять иной вариант регуляции, не схожий с правилом, но не нарушающий последнее и, в конечном итоге, ему соответствующий.

⁵ Речь идет о должностях следователя в следственных подразделениях первичного звена системы СК РФ.

⁶ См. об этом: *Суменков С.Ю.* Понятие «исключение в праве» и проблемы его терминологического выражения // Правоведение. — 2011. — № 1. — С. 55—66.

заявляет по данному вопросу С.С. Алексеев: «...исключения не могут предполагаться, они всегда должны быть точно указаны в нормативных актах»¹.

Именно сосредоточение исключений в нормах права легитимирует исключения; позволяет считать их приемом юридической техники и юридическим средством, предлагающим отличный, иногда прямо противоположный правилу вариант регуляции.

Фиксация исключений в нормах права позволяет солидаризоваться с Т.В. Кашаниной, утверждающей, что исключение — прием правотворческой техники².

В этой связи возникает вопрос о способах фиксации исключений в текстах российских правовых актов.

По нашему мнению, при работе с такими сложными юридическими феноменами, как исключения, необходимо использовать выверенную терминологию, с одной стороны четко обозначающую, что тот или иной момент регулирования является исключением из общего правила, а с другой — не допускающую возможность злоупотребления исключениями, возможность их двусмысленного толкования³.

Как думается, к наиболее выверенным нормативно-правовым терминам, в которых выражается понятие «исключение в праве», относятся следующие: «за исключением случаев», «исключительный случай», «за исключением», «в порядке исключения», «в виде исключения». Эти термины выступают в качестве нормативно-правовых, поскольку именно через них происходит имплементация понятия «исключение в праве» в тексте юридической нормы.

При этом словами-доминантами, позволяющими термину наиболее точно отображать правовое понятие, выступают слова «исключение» и «случай»; соответственно, базовым, консолидирующим термином служит словосочетание «за исключением случаев».

В результате использования выражения «за исключением случаев» становится возможным правовое регламентирование жизненного случая (казуса, факта, ситуации, обстоятельства), который: а) достаточно редко встречается на практике; б) обладает определенной спецификой, атипичной природой, что и позволяет характеризовать его как исключение из правила.

В этой связи можно предложить следующий алгоритм проявления понятия «исключение в праве» посредством термина «за исключением случаев»: норма устанавливает правило, которое действует в качестве унифицированного обязательного стандарта, за исключением специально оговоренных случаев.

Говоря о формах лексического выражения понятия «исключение в праве», надо отметить достаточно широкое распространение такого термина, как «исключительный случай».

Исключительным случаем можно считать нуждающуюся в правовом регламентировании нетипичную, особую жизненную ситуацию, для урегулирования которой применяются исключительные, отличные от общеустановленных правил, предписания⁴.

В данной связи возникает вопрос о соотношении таких словарных единиц, как «исключительный случай» и «за исключением случаев».

Оба словосочетания используются в качестве нормативно-правовых терминов, необходимых для обозначения понятия «исключение в праве». Подобное не влечет полного отождествления и безоговорочной синонимичности указанных терминов.

Как думается, линия раздела между терминами «за исключением случаев» и «исключительными случаями» должна быть основана прежде всего на том, что диапазон констатации исключительных случаев является предельно широким.

Подобное объясняется невозможностью создания исчерпывающего перечня необычных жизненных казусов. Государство объективно не способно регламентировать каждый такой случай, обладающий к тому же чрезвычайным, исключительным характером.

Что касается словосочетания «за исключением случаев», то данный термин может подразумевать как весьма неконкретизированные ситуации, так и моменты, четко оговоренные в нормативном акте. Примером последних может служить статья 51 ГПК РФ, согласно которой судьи, следователи, прокуроры не могут быть представителями в суде, за исключением случаев участия их в процессе в качестве представителей соответствующих органов или законных представителей.

¹ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М., 1989. — С. 202.

² См.: Кашанина Т.В. Юридическая техника: Учебник. — М., 2007. — С. 192.

³ К примеру, весьма неточным выступает термин «как правило». Непонятно, в частности, допускает ли использование данного выражения отступление от единого стандарта. Так, например, пункт 21 Положения о порядке присвоения ученых степеней (утв. постановлением Правительства РФ от 30 января 2002 г. № 74 «Об утверждении Единого реестра ученых степеней и ученых званий и Положения о порядке присуждения ученых степеней» в ред. от 20 июня 2011 г. № 475 // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 26. — Ст. 3799): «Официальные оппоненты, как правило, должны являться работниками разных организаций». Здесь налицо лингвистическая неопределенность, затрудняющая устанавливать тот или иной случай как исключение, что, в свою очередь, вызывает вопросы по его практическому применению.

⁴ См.: Суменков С.Ю. Исключительный случай: проблемы законодательного определения // Журнал российского права. — 2009. — № 7. — С. 60.

Такая способность детализировать события детерминирует обращение законодателя к использованию слова «случай» в единственном числе, соответственно, нормативная формулировка исследуемого понятия может звучать следующим образом — «за исключением случая» (ее, в частности, содержат п. 2 ч. 1 ст. 63 Налогового кодекса РФ; ч. 1 ст. 78 ГК РФ; ч. 1 ст. 15 Водного кодекса РФ; ч. 8 ст. 45 Градостроительного кодекса РФ; ч. 3.1 ст. 38 АПК РФ; ч. 2 ст. 12.3 КоАП РФ; п. 2. ч. 4 ст. 46 УПК РФ; ч. 5 ст. 53 Земельного кодекса РФ; ч. 2 ст. 107 Воздушного кодекса РФ, ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, ст. 81 Трудового кодекса РФ; и т. д.). Обозначенный термин предполагает максимально возможное в правовых нормах уточнение жизненного факта, выступающего в качестве исключения.

Оговорка «за исключением»¹ используется тогда, когда в тексте нормы, содержащей правило, определяется, что следует считать исключением из него. Так, например, Водный кодекс РФ (п. 15 ч. 3 ст. 11) устанавливает, что не требуется заключение договора водопользования или принятие решения о предоставлении водного объекта в пользование в случае, если водный объект используется для разведки и добычи полезных ископаемых, строительства трубопроводов, дорог и линий электропередачи на болотах, *за исключением* (курсив наш. — **С.С.**) болот, отнесенных к водно-болотным угодьям, а также болот, расположенных в поймах рек.

Как думается, придание конкретизирующего характера термину «за исключением» во многом обуславливает тот факт, что указанная коммуникативная единица речи достаточно часто фигурирует в названиях тех или иных нормативных актов².

Вместе с тем, формулировку «за исключением» не следует отождествлять с тем значением слова «исключение», которое подразумевает недопущение, отчисление, запрещение и т. п.

Нормативно-правовой термин «в порядке исключения»³ достаточно часто встречается в текстах правовых актов. Надо отметить, что хотя рассматриваемая словарная единица употребляется и в законах⁴, преимущественное распространение исследуемое выражение получило в подзаконных нормативных актах, в особенности в различного рода положениях, приложениях, инструкциях к ним⁵.

¹ См. подробно: *Суменков С.Ю.* «Оговорка «за исключением»: специфика смысловой нагрузки» // Проблемы права. — 2011. — № 1. — С. 133—136.

² См., например: Постановление Правительства РФ от 7 декабря 2001 года № 861 «О рационах питания экипажей морских, речных судов, за исключением судов рыбопромыслового флота, и воздушных судов» (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 51. — Ст. 4899; постановление Правительства РФ от 30 мая 2007 года № 334 «Об установлении величин активов финансовых организаций (за исключением кредитных организаций) в целях осуществления антимонопольного контроля» (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 23. — Ст. 2799; приказ Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка от 6 декабря 2010 года № 63н «Об установлении и введении с 1 января 2011 года минимальных цен на водку, ликероводочную и другую алкогольную продукцию крепостью свыше 28 процентов (за исключением коньяка)» // Российская газета. — 2010. — 23 декабря; и др.

³ См. подробно: *Суменков С.Ю.* Дефиниция «в порядке исключения»: особенности нормативного использования // Вестник Воронежского государственного университета. — Серия: Право. — 2011. — № 1. — С. 101—110.

⁴ См.: часть 2 статьи 132 Семейного кодекса РФ; статья 3 Федерального закона от 25 июля 2002 года № 118-ФЗ «Об участках недр, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции (Яламо-Самурском и Центральном перспективных участках)» // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 30. — Ст. 3035.

⁵ См., например: пункт 32 Положения о факультетах военного обучения (военных кафедрах) при федеральных государственных образовательных учреждениях высшего профессионального образования (утв. постановлением Правительства РФ от 6 марта 2008 г. № 152 «Об обучении граждан Российской Федерации по программе военной подготовки в федеральных государственных образовательных учреждениях высшего профессионального образования») // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 11. — Ч. 1. — Ст. 1025; абзац 3 пункта 10 Инструкции о порядке организации работы по приему квалификационных экзаменов и выдаче водительских удостоверений в подразделениях Государственной инспекции безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел Российской Федерации (утв. приказом МВД России от 20 июля 2000 г. № 782 «О мерах по реализации постановления Правительства Российской Федерации от 15 декабря 1999 г. № 1396») // Российская газета. — 2000. — 22 августа; пункт 95 Инструкции «Об организации подготовки национальных военных кадров и технического персонала иностранных государств в воинских частях и организациях Вооруженных Сил Российской Федерации» (утв. приказом Минобороны России от 10 декабря 2000 г. № 575) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2001. — № 12. — С. 54; пункт 2.3 Приложения № 2 к приказу МЧС России от 18 июня 2003 года № 313 «Об утверждении Правил пожарной безопасности в Российской Федерации (ППБ 01-03)» // Российская газета. — 2003. — 4 июля; абзац 3 пункта 327 Приложения к приказу Минобороны России от 30 июня 2006 года № 200 «Об утверждении Порядка обеспечения денежным довольствием военнослужащих Вооруженных Сил Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2006. — № 40. — С. 104; абзац 7 Приложения к приказу Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 6 августа 2007 года № 525 «О профессиональных квалификационных группах и утверждении критериев отнесения профессий рабочих и должностей служащих к профессиональным квалификационным группам» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2007. — № 42. — С. 126; пункт 13 Приложения № 3 к приказу Минюста России от 25 января 2008 года № 9 «Об упорядочении условий оплаты труда работников органов уголовно-исполнительной системы» // Российская газета. — 2008. — 20 февраля; и др.

Это связано со стремлением субъектов правотворчества максимально, насколько это возможно, регламентировать реализацию исключительных предписаний на практике.

Тем самым, «порядок исключения» в идеале предполагает четкий алгоритм действий, позволяющих применять исключительное предписание; очевидно, что уполномоченное на принятие нормативного акта лицо использует рассматриваемое выражение исходя из лексического значения самого слова «порядок», понимаемого как «правильное, налаженное состояние, расположение чего-нибудь»¹.

Здесь, как думается, происходит невольная подмена функциональной составляющей нагрузки терминов.

Так, говорить о «правилах для исключений» хотя и необходимо, но лишь с большой долей условности; при этом термин «в порядке исключения» не является эксклюзивным претендентом на данную роль.

В частности, согласно пункту 9 Правил перевозок железнодорожным транспортом животных², погрузка, выгрузка животных повагонными отправками производится в местах необщего пользования, оборудованных скотопогрузочными платформами. Однако абзац 2 этого же пункта устанавливает буквально следующее: «В порядке исключения допускается погрузка, выгрузка животных с скотопогрузочных платформ в местах общего пользования. При погрузке в местах общего пользования животные должны доставляться на станцию к сроку погрузки, согласованному с перевозчиком».

Как видно, кроме общего условия, касающегося сроков погрузки, никаких оснований, причин, обстоятельств, указывающих на обоснованность выгрузки животных «в порядке исключения», не существует.

Тем самым, абсолютная регламентация исключений посредством термина «в порядке исключения» не представляется возможной.

Подобное объясняется, как уже было многократно сказано, непредсказуемостью и атипичностью самих жизненных ситуаций, подпадающих под понятие «исключение из правила».

То же самое стоит сказать и о нормативно-правовом термине «в виде исключения»³.

«В виде» означает по образу, подобию, в качестве кого-чего-нибудь⁴: в рассматриваемом контексте — исключения. С другой стороны, производным от существительного «вид» является глагол «видеть», имеющий такие синонимы, как «наблюдать», «сознавать», «усматривать», «обращать внимание на что-нибудь»⁵.

Поэтому можно предположить, что термин «в виде исключения» используется в правотворчестве для того, чтобы намеренно подчеркнуть исключительность определенного феномена; усилить его восприятие как исключение из правил; устранить всякое сомнение в том, что это — исключение.

Доказательством высказанной точки зрения, по нашему мнению, служат соответствующие положения Правил проведения экспертизы лекарственных средств для медицинского применения⁶.

Так, пункт 4 названных Правил предусматривает несколько этапов экспертизы лекарственных средств. Обязательность проведения всех этапов экспертизы подтверждает пункт 5 Правил, согласно которому: «Прохождению этапов экспертизы, указанных в пункте 4 настоящих Правил, подлежат все лекарственные средства для медицинского применения, *за исключением* (курсив наш. — **С.С.**) лекарственных препаратов, которые разрешены для медицинского применения на территории Российской Федерации более двадцати лет и в отношении которых невозможно проведение исследования биоэквивалентности, и лекарственных препаратов для медицинского применения, в отношении которых проведены международные многоцентровые клинические исследования, часть из которых проведена на территории Российской Федерации».

В свою очередь, абзац 2 пункта 5 Правил содержит уточнение, заключающееся в том, что лекарственные препараты, *указанные в виде исключения* (курсив наш. — **С.С.**), подлежат экспертизе лекарственных средств, начиная со второго этапа ее проведения.

Тем самым, если термин «за исключением», сообразно рассмотренным выше его свойствам, фактически детализирует — что же является исключением; то предназначение термина «в виде исключе-

¹ См.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. — М., 1990. — Т. 3. — С. 327.

² Приказ Министерства путей сообщения России от 18 июня 2003 года № 35 «Об утверждении Правил перевозок железнодорожным транспортом животных» // *Российская газета*. — 2003. — 20 июня (специальный выпуск).

³ См. подробно: Нормативно-правовой термин «в виде исключения»: юридическая характеристика // *Сибирский юридический вестник*. — 2011. — № 3. — С. 22—28.

⁴ См.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. — М., 1987. — С. 67.

⁵ См. там же. — С. 68.

⁶ См.: Приказ Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 26 августа 2010 года № 750н «Об утверждении правил проведения экспертизы лекарственных средств для медицинского применения и форм заключения комиссии экспертов по результатам экспертизы лекарственных средств» // *Российская газета*. — 2010. — 6 сентября.

ния» состоит в устранении всякой двусмысленности по поводу того, что же следует считать исключением из правила. Подобное умозаключение подтверждается подробным анализом иных правовых актов¹, в которых используется выражение «в виде исключения». Это позволяет сделать уже не предположение, а вполне обоснованный вывод о сущности данного термина.

Термин «в виде исключения» необходим для акцентирования внимания на том, что конкретное нормативное положение, допускающее выход за рамки единых правил, является именно исключением из них; трактуется сугубо как отдельное исключение из общих и многочисленных правил; представляется, действительно, «в виде исключения».

Вместе с тем, не стоит абсолютизировать разбираемый термин, приписывая ему именно те свойства, которые подходят для него с точки зрения исследователя.

Как пример, можно сравнить пункт 7 раздела II Положения о порядке присуждения ученых званий² и пункт 11 Положения о присвоении почетных спортивных званий³.

В первом документе указано, что ученое звание профессора по кафедре, в виде исключения, может быть присвоено кандидатам наук; согласно второму акту, почетное спортивное звание «Заслуженный мастер спорта» может быть присвоено, в порядке исключения, спортсменам, не занявшим в составе сборной России необходимые призовые места либо не набравшим достаточные квалификационные баллы.

Таким образом, регламентируя практически аналогичные ситуации, субъект правотворчества применяет разные термины, касающиеся исключений из общих правил.

Многообразие русского языка играет здесь, к сожалению, отрицательную роль, приводя зачастую к произвольному употреблению терминологического арсенала, связанного с исключениями.

Между тем, субъективное усмотрение в правотворчестве по отношению к терминологии исключений значительно увеличивает возможность злоупотребить исключениями, повышает опасность и масштаб употребления исключительных правовых средств во зло.

Итак, исключения в праве — реально существующий феномен, находящий свое отражение в одноименном научном понятии.

Формами проявления исключений служат такие термины, как «за исключением случаев» (единичный вариант — «за исключением случая»), «исключительный случай», «за исключением», «в порядке исключения», «в виде исключения». Именно эти термины, как квинтэссенция терминосистемы, приоб-

¹ См., например: абзац 1 части 3 статьи 1124 ГК РФ; Абзац 2 части 2 статьи 13 Семейного кодекса РФ; пункт 11 Правил застройки сельских населенных пунктов РСФСР (утв. постановлением СМ РСФСР от 20 июля 1981 года № 389 (с изм. и доп. от 26 февраля 1992 г.) // *Собрание постановлений Правительства РСФСР*. — 1981. — № 23. — Ст. 144); пункт 2 Перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин (утв. постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. № 162) // *Собрание законодательства РФ*. — 2000. — № 10. — Ст. 1130; пункт 7 Положения о порядке присвоения ученых званий (утв. постановлением Правительства РФ от 29 марта 2002 г. № 194) // *Собрание законодательства РФ*. — 2002. — № 14. — Ст. 1302; пункт 18 Правил пожарной безопасности в лесах (утв. постановлением Правительства РФ от 30 июня 2007 г. № 417) // *Собрание законодательства РФ*. — 2007. — № 28. — Ст. 3432; абзац 3 пункта 6.11 Методических рекомендаций по организации деятельности государственного (муниципального) учреждения «Центр социальной помощи семье и детям» (утв. постановлением Минтруда России от 19 июля 2000 г. № 52) // *Бюллетень Министерства труда и социального развития Российской Федерации*. — 2000. — № 8. — С. 176; приказ МВД России от 16 сентября 2002 года № 900 «О мерах по совершенствованию деятельности участковых уполномоченных милиции» // *Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти*. — 2003. — № 1. — С. 3; абзац 3 пункта 421 Правил пожарной безопасности в Российской Федерации (ППБ 01-03) (утв. приказом МЧС России от 18 июня 2003 г. № 313) // *Российская газета*. — 2003. — 4 июля; пункт 2.4.3 Правил и норм технической эксплуатации жилищного фонда (утв. постановлением Госстроя России от 27 сентября 2003 г. № 170) // *Российская газета*. — 2003. — 23 октября; абзац 3 пункта 5, пункт 6 Инструкции об условиях и порядке приема в военные образовательные учреждения высшего профессионального образования Министерства обороны Российской Федерации, в которых предусмотрена подготовка кадров для внутренних войск, и в военные образовательные учреждения высшего профессионального образования внутренних войск Министерства внутренних дел Российской Федерации (утв. приказом МВД России и Минобороны России от 15 февраля 2005 г. № 93/48) // *Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти*. — 2005. — № 11. — С. 39; пункт 2.5 Положения о совете по защите докторских и кандидатских диссертаций (утв. приказом Министерства образования и науки РФ от 9 января 2007 г. № 2) // *Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти*. — 2007. — № 16. — С. 36; постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 22 июля 2010 года № 91 «Об утверждении СанПиН 2.4.1.2660-10 «Санитарно-эпидемиологические требования к устройству, содержанию и организации режима работы в дошкольных организациях» // *Российская газета*. — 2010. — 8 сентября; и др.

² См.: Положение о порядке присуждения ученых званий (утв. постановлением Правительства РФ от 29 марта 2002 г. № 194) // *Собрание законодательства РФ*. — 2002. — № 14. — Ст. 1302.

³ См.: Положение о присвоении почетных спортивных званий (утв. приказом Министерства спорта, туризма и молодежной политики РФ от 27 ноября 2008 г. № 55) // *Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти*. — 2009. — № 12. — С. 34.

ретают статус нормативно-правовых, используются во всех сферах юридической деятельности, во всех видах правовых актов, и подпитывают тем самым развитие науки.

Названные термины выполняют определенную смысловую нагрузку: «за исключением случаев» — базовая формулировка, имеющая универсальное значение, характеризующая атипичность жизненного казуса; «исключительный случай» — подчеркивает экстраординарность события; «за исключением» — направлен на детализацию того, что (кто) же именно выступает исключением; «в порядке исключения» — регламентирование процесса констатации и реализации исключений; «в виде исключения» — усиление акцента на исключительности тех или иных положений.

Конечно, представленная схема далека от идеала. Вместе с тем она является реальным предложением, направленным на совершенствование нормативных положений о правотворческой фиксации исключений.

Природа, сущность и качества как самого понятия «исключение в праве», так и нормативных терминов, в которых оно находит свое отражение, должны подвергаться дальнейшему теоретическому осмыслению и научному изучению.

С.С. Сутягин

Сутягин Сергей Сергеевич — заместитель начальника полиции (по охране общественного порядка) Межмуниципального отдела МВД России «Пильнинский»

Уголовно-правовое регулирование отношений лесопользования в законодательстве Российской Федерации

В настоящее время человечество уже реально осознало необходимость бережного отношения к окружающей природной среде. Законы, по которым действует природа, были всегда, и лишь теперь люди практически осознали это, их противоречивую связь с основными направлениями социальной жизни, пытаясь что-то сделать, чтобы воскресить уже почти погибшее, исправить испорченное, не допустить и ограничить дальнейшее разрушение природы¹.

Необходимость уголовно-правовой охраны природы обуславливается прежде всего объективными причинами, лежащими в сфере экологии: значительным повышением опасности антропогенного воздействия на природу, изменением его характера. Взаимодействие человека с природой достигло таких размеров, при которых последствия его хозяйственной и иной деятельности стали глобальными и оказались затронутыми основы самого существования человека. Если назвать вещи своими именами, человечество, независимо от всех других угроз, в том числе самой страшной и непосредственной — ядерной, оказалось на грани экологической катастрофы. Термин «выживание» прочно вошел в лексикон людей, и эту проблему необходимо осознать со всей ответственностью. Общество наблюдает прогрессирующее истощение природных ресурсов.

Общая продуктивность биосферы снизилась на 20%. В мире утрачено 20 млн кв. км земельных ресурсов, что больше имеющихся на сегодня пахотных земель на 5 млн кв. км. Основным фактором, вызывающим деградацию почв, ученые считают массовое уничтожение лесов (до 15 млн га в год)². Две трети мировых запасов леса уже уничтожены, их вырубка превышает восстановление. Незаконная порубка леса имеет особый характер. Очень много его уничтожается в результате сверхнормативной рубки и повреждений при выполнении различного рода работ, не связанных с лесным хозяйством. Буквальная трактовка понятия «самовольная, незаконная порубка леса», предполагающая злоумышленника с топором или пилой, сейчас не отвечает требованиям борьбы с лесонарушениями. Для природы не имеет принципиального значения способ, которым незаконно уничтожается лес. Следовательно, необходимо изменить ориентацию правоохранительных органов на применение уголовного закона: как правило, он применяется к частным лицам, а надо шире применять его в отношении лиц, использующих при совершении преступления свое служебное положение, ввести уголовную ответственность юридических лиц.

Уголовное экологическое законодательство советского периода в основном было ориентировано на то, чтобы пресечь расхищение природных ресурсов. Оно рассматривало природную среду как своеобразную «кладовку» природных богатств, отражало безнадежно устаревшую концепцию приоритета экономических интересов перед экологическими и интересами охраны прав человека на жизнь в благоприятных природных условиях. Игнорировало оно и особую важность защиты здоровья человека, экологического благополучия населения при решении хозяйственных, военных, научных и иных проблем.

В УК РФ содержание главы «Экологические преступления», как и других, приводится в соответствии с иерархией социальных ценностей, принятых в правовом демократическом государстве (личность, общество, государство), общепринятыми международными нормами и требованиями борьбы с современными формами и видами экологической преступности. УК ориентирован на признание окружающей природной среды биологической основой жизни, здоровья, деятельности человека. С этих позиций экологические преступления есть по сути преступления против человека и всего живого на земле путем воздействия на среду обитания. Существенно меняются и представления об общественной опасности данных преступлений, тогда как до сих пор они относились к разряду малозначительных, второстепенных, сил и средств на борьбу с ними выделялось мало, в государственных программах борьбы с преступностью они не значились³.

¹ См.: Эффективность юридической ответственности в охране окружающей среды / Под ред. О.С. Колбасова, Н.И. Краснова. — М., 2005. — С. 3.

² См.: Программа ООН по окружающей среде. ЮНЕП. Ежегодный обзор // Бюллетень ИНФОтерра. — 1997. — Т. XII. — № 1. — С. 1—3.

³ См.: Желваков Э.Н. Экологические правонарушения и ответственность. — М., 2000. — С. 59.

Отношения по поводу использования и охраны лесов регулируются Федеральным законом «Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 года, Лесным кодексом РФ от 4 декабря 2006 года, правовыми актами Правительства РФ, субъектов РФ и органов местного самоуправления, принятыми в пределах их компетенции, а также земельным законодательством. Согласно статье 5 Лесного кодекса, лес понимается как экологическая система, как природный ресурс, неразрывно связанный с землей, на которой он располагается. В соответствии с частью 1 статьи 101 Земельного кодекса, к землям лесного фонда относятся лесные земли (земли, покрытые лесной растительностью и не покрытые ею, но предназначенные для ее восстановления, — вырубки, гари, редины, прогалины и другие) и предназначенные для ведения лесного хозяйства нелесные земли (просеки, дороги, болота и другие). Уголовный кодекс РФ содержит ряд норм об ответственности за посягательства на леса. На мой взгляд, наибольший интерес для анализа представляет статья 260 УК, поскольку данный состав описывает наиболее распространенный вид посягательства на лесные ресурсы — незаконную рубку лесных насаждений, во многом обусловленную корыстным мотивом. Статья 260 УК РФ устанавливает ответственность не за все виды нарушений правил лесопользования, а только за незаконную рубку либо повреждение до степени прекращения роста лесных насаждений или не отнесенных к лесным насаждениям деревьев, кустарников, лиан, если эти деяния совершены в значительном размере. Аналогичный вывод вытекает и из содержания пункта 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения» от 5 ноября 1998 года, где под незаконной порубкой понимается рубка деревьев, кустарников и лиан без лесорубочного билета, ордера или рубку по лесорубочному билету, ордеру, выданному с нарушением действующих правил рубок, а также рубка, осуществляемая не на том участке или за его границами, сверх установленного количества, не тех пород или не подлежащих рубке деревьев, кустарников и лиан, как указано в лесорубочном билете, ордере, до или после установленных в лесорубочном билете, ордере сроков рубки, рубка деревьев, кустарников и лиан, запрещенных к рубке Правилами отпуска древесины на корню в лесах Российской Федерации, утвержденными постановлением Правительства РФ от 1 июня 1998 года № 551 (в ред. постановления Правительства РФ от 24 сентября 2002 г. № 700), или после вынесения решения о приостановлении, ограничении или прекращении деятельности лесопользователя или права пользования участком лесного фонда. При этом имеются в виду деревья, кустарники, лианы, находящиеся в естественном природном состоянии, включая и те, которые высажены человеком для пополнения лесного и нелесного растительных фондов или для выполнения защитных функций. Данный признак предмета позволяет отграничить порубку от смежных преступлений, в частности от хищения. Принципиальные суждения по этому вопросу высказаны президиумом Краснодарского краевого суда по делу Я. и П., ошибочно осужденных за хищение леса в крупном размере. «УК РФ не предусматривает ответственности за хищение леса на корню. Хищением может быть признано завладение теми деревьями, которые срублены, ...то есть приготовлены к сбыту или вывозу другими лицами»¹.

Ущерб, причиняемый объекту преступления, всегда реален, то есть существует в объективной действительности, но не материален. Поскольку общественные отношения не обладают предметной материальностью, непосредственное определение характера причиняемого им ущерба исключается. О характере и размере ущерба, причиненного объекту, судят по характеру деяния и тем изменениям, которые оно производит во внешнем мире. Можно говорить о последствиях в широком смысле слова (ущерб объекту, независимо от того, предусмотрен он в законе или нет) и о последствиях в узком смысле слова — материальном, физическом, политическом, моральном и ином вреде, который причиняется участникам общественных отношений (гражданам, общественным организациям, государству, юридическим лицам) и который учитывается законодателем при конструировании материальных составов преступлений. Только в таком смысле можно признать правильным утверждение, что необходимо различать ущерб объекту преступления и вред «участникам общественных отношений и тем специальным (материальным и идеологическим) ценностям, по поводу которых устанавливаются эти отношения»². Последствия незаконной рубки можно разделить на основные, или первичные, и дополнительные, или вторичные. Основным последствием будет, например, ущерб, указанный в денежной форме в статье 260 УК РФ. Все остальные последствия сведения древесно-кустарниковой растительности, как например, ухудшение состояния воздуха и почв, изменение климатических условий, потери урожайности сельскохозяйственных культур, потери животного мира, насекомых и других обитателей лесов и т. п., будут дополнительными, вторичными.

Причинение конкретного вреда конкретным элементам природы — это видимая часть рассматриваемых преступлений, вторичные и последующие изменения в системе окружающей среды не всегда поддаются учету, измерению и количественной оценке. Ряд последствий преступной человеческой

¹ Вопросы уголовного права и процесса в практике Верховных Судов СССР и РСФСР. — М., 1979. — С. 78.

² Дурманов Н.Д. Преступление — акт внешнего поведения человека // Советское государство и право. — 2003. — № 4.

деятельности, очевидно, способны будут оценить лишь последующие поколения, как нынешнее отмечает последствия деятельности предыдущих¹.

Как хищение квалифицируется порубка с целью завладения искусственно выращенными фруктовыми и декоративными деревьями и кустарниками в лесопитомниках, фруктовых питомниках и других подобных местах, поскольку здесь деревья и кустарники являются продукцией товарного производства предприятий, производятся для продажи и выполняют экономические, а не экологические функции. При незаконной порубке леса предмет еще не приобрел товарно-денежной формы и не является имуществом.

Не являются предметом экологического преступления деревья и кустарники, произрастающие на землях сельскохозяйственного назначения, за исключением лесозащитных насаждений, на приусадебных дачных и садовых участках, ветровальные, буреломные деревья и т. п., если иное не предусмотрено специальными правовыми актами.

К документам, предоставляющим право на порубку, относятся лесорубочный билет (ордер), лесной билет. Основанием для выдачи лесорубочного билета и (или) лесного билета являются договор аренды участка лесного фонда, договор безвозмездного пользования им, договор концессии, протокол о результатах лесного аукциона или решение органа государственной власти субъекта Федерации. Лесорубочный билет (ордер) и лесной билет удостоверяют право их владельцев на краткосрочное (до 1 года) пользование участками лесного фонда и (или) лесными ресурсами, причем только установленным в них видом пользования. При долгосрочном пользовании (аренде) лесорубочный билет (ордер) и лесной билет выдаются владельцу лицензии ежегодно на осуществление разрешенного вида пользования в конкретных объемах и месте работы. Лесорубочный билет является документом, дающим право владельцу на проведение заготовки и вывозки древесины, живицы и второстепенных лесных ресурсов. В разрешении указывается место нахождения участка лесного фонда, количественная и качественная характеристики отпускаемой древесины, живицы и второстепенных лесных материалов, их стоимость, сроки производства работ, объем и др. Лесорубочный билет выдается лесхозом федерального органа управления лесным хозяйством. Ордер на отпуск древесины дает право его владельцу на проведение в мелком размере на корню заготовки и вывозки древесины и производной продукции. Ордер выдается лесничеством на основании выданного лесопользователю лесорубочного билета. Лесничеством на основании ордера без выдачи лесорубочного билета может производиться отпуск древесины на корню мелкими партиями, в порядке очистки леса от валежника, пней, сухостоя и бурелома. Формы лесорубочного билета, ордера и лесного билета, порядок их хранения, заполнения и выдачи лесопользователю устанавливаются федеральным органом управления лесным хозяйством. Иные документы либо устные разрешения должностных лиц органов лесного хозяйства или местного самоуправления не могут служить основанием приобретения права на порубку. Аналогичное положение закреплено и в пункте 11 Инструкции о порядке и сроках внесения платы за древесину, отпускаемую на корню, утвержденной Госналогслужбой России 19 апреля 1994 года № 25, согласно которой заготовка древесины по таким разрешениям считается самовольной и лесопользователи должны возместить причиненный лесному хозяйству ущерб.

Оконченным преступление признается с момента полного отделения дерева, кустарника или лианы от корня либо с момента повреждения их до степени прекращения роста (гибели), если эти деяния совершены в значительном размере. На мой взгляд, в статье 260 УК РФ речь идет о размере порубки либо повреждения растительности, а не о размере вреда, причиненного преступлением природной среде, животному миру и лесному хозяйству, так как учитывается лишь первичный, прямой, действительный ущерб. Значительным размером признается ущерб, причиненный лесным насаждениям или не отнесенным к лесным насаждениям деревьям, кустарникам и лианам, исчисленный по утвержденным Правительством РФ таксам, превышающий пять тысяч рублей, крупным размером — пятьдесят тысяч рублей, особо крупным размером — сто пятьдесят тысяч рублей. Постановлением Правительства РФ от 8 мая 2007 года N 273 утверждены «Таксы для исчисления размера взысканий за ущерб, причиненный лесам нарушением лесного законодательства Российской Федерации».

С субъективной стороны, рассматриваемое преступление совершается с прямым умыслом. Виновный сознает, что совершает незаконную порубку или повреждает деревья, кустарники либо лианы, и желает это сделать.

Мотивы преступления для квалификации значения не имеют. Чаще всего это корысть или хулиганские побуждения².

Субъект преступления — как лицо, использующее свое служебное положение (п. «в» ч. 2 ст. 260 УК РФ), так и любое другое лицо. Ответственность наступает с 16 лет.

¹ См.: Тирский В.В. Об экономических последствиях преступлений / В.В. Тирский, Н.Е. Полишук // Пути повышения эффективности борьбы с преступностью. — Барнаул, 2004.

² См.: Ерофеев Б.В. Экологическое право России: Учебник. — М., 2001. — С. 38.

В квалифицированном составе преступления (ч. 2 и 3 ст. 260 УК РФ) под лицами, использующими свое служебное положение, понимаются как должностные лица государственных предприятий, учреждений, организаций (лесхозов, органов управления лесным хозяйством, органов охраны лесов и т. п.), так и руководители хозяйствующих субъектов иных форм собственности либо их структурных подразделений, осуществляющих пользование лесным фондом либо производящих какие-либо работы.

Должностные лица или лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих и негосударственных организациях, по распоряжению которых производится незаконная порубка сверх количества, указанного в билете (ордере), при лесозаготовках, а также при прокладке трасс для трубопроводов, линий электропередач, геологоразведочных, строительных и иных работах, при наличии признаков состава преступления несут ответственность только по части 2 статьи 260 УК. Квалификации по части 2 статьи 260 и статьям 201 и 285 УК по совокупности не требуется.

В соответствии со статьей 35 УК РФ, преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении преступления, а совершенным организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений.

Субъектом преступления, предусмотренного частью 1 статьи 260 УК РФ, является любое, достигшее 16-летнего возраста лицо, в том числе и должностное, не использовавшее при незаконной порубке своего служебного положения. Пункт «в» части 2 статьи 260 УК РФ предусматривает ответственность за незаконную порубку лицом с использованием своего служебного положения, то есть совершение преступления специальным субъектом. Использование лицом, осуществляющим незаконную порубку, своего служебного положения предполагает, что оно воспользовалось при совершении преступления теми правами, которыми было наделено в силу занимаемой должности или выполняемой работы. Такими лицами могут быть должностные лица и иные работники лесхозов, управления лесным хозяйством, органов охраны лесов и других организаций, чья деятельность связана с охраной, воспроизводством, контролем, учетом лесных фондов и заготовкой древесины.

Таким образом, российское законодательство детально регламентирует процедуру лесопользования, устанавливая уголовную ответственность за наиболее распространенный вид посягательства на леса — незаконную рубку лесных насаждений. Эффективность борьбы с любым преступным поведением зависит не столько от имеющихся законодательных запретов, сколько от того, кто будет соблюдать их, и не получилось бы как у великого русского писателя М.Е. Салтыкова-Щедрина: «Суровость русского закона компенсируется его неисполнением».

Т.Л. Тенилова

Тенилова Татьяна Львовна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права факультета права Нижегородского филиала Национально-исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Фактор времени в правотворчестве

Для правовой науки всегда представляли интерес различные стороны обеспечения правотворческого процесса. В связи с этим более пристального внимания заслуживают и аспекты, связанные с проблемами использования и применения временных характеристик. Правотворчество, как и любые другие процессы, подвержено изменению развитию во времени, каждый этап которого характеризуется соответствующими особенностями. Так, одними из отличительных особенностей советского правотворчества были низкая интенсивность принятия законов и их соответствующая стабильность. Временные свойства — длительность, одновременность, последовательность, повторяемость — также отличались соответствующей устойчивостью в рамках законодательства. В начале 90-х годов прошлого века ситуация изменилась. Особенностью российского правотворчества стало интенсивное принятие значительного числа различных нормативных правовых актов.

Последние десять лет дают основание сделать вывод, что характерными чертами современного правотворчества стали прогнозирование, планирование, согласование, правовой мониторинг, правовая экспертиза. Каждое из данных понятий, в свою очередь, немислимо без использования соответствующих временных параметров. Не секрет, что за последние годы возросла интенсивность использования законодателем свойств времени. В текстах нормативно-правовых актов все чаще встречаются понятия: периодичность, двухэтапный аукцион, долгосрочность, среднесрочность, краткосрочность, планы-графики, срок действия, последствия, не ранее, не позднее, временная администрация и другие. Так, согласно части 10 статьи 50 главы 2 проекта Федерального закона «О федеральной контрактной системе», заказчик обязан направить в письменной форме приглашения принять участие в конкурсе с ограниченным участием участникам, прошедшим предквалификационный отбор не ранее десяти рабочих и не позднее пятнадцати рабочих дней с момента размещения протокола предквалификационного отбора. Временные характеристики входят в рамки требований, предъявляемых к профессиональным знаниям и навыкам сотрудников различных служб, ведомств, организаций и т. д. Так, категории «помощники (советники)» главной и ведущей групп должностей, «специалисты» ведущей и старшей групп должностей, «обеспечивающие специалисты» ведущей группы должностей центрального аппарата и органов Федерального казначейства требуют навыков прогнозирования, эффективного планирования рабочего времени. Причем первые две — еще навыков планирования рабочего времени¹.

Эффективность правотворчества связана с понятием прогнозирования, которое, в свою очередь, непосредственно связано со временем, поскольку являет собой возможность предвидения будущих событий, связанных с последствиями принятия того или иного нормативно-правового акта. Причем возможность прогнозирования возникает из анализа соответствующих событий прошлого и настоящего. Знание закономерных связей и отношений правовых явлений в прошлом и настоящем позволяет предсказывать и пути их дальнейшего развития, делать выводы, каким это развитие будет в отдаленном или ближайшем будущем. Как разновидность научного знания, прогноз имеет доказательственную силу и надлежащее научное объяснение². Наиболее значимы прогнозы, связанные с эффективностью действия проектируемых нормативно-правовых актов, в первую очередь законов, и социально-правовыми последствиями их принятия. Прогнозы социально-экономического развития разрабатываются в целом по Российской Федерации, по народно-хозяйственным комплексам и отраслям экономики, по регионам, исходя из комплексного анализа демографической ситуации, научно-технического потенциала, накопленного национального богатства, социальной структуры, внешнего положения Российской Федерации, состояния природных ресурсов и перспектив изменения указанных факторов.

Прогнозы социально-экономического развития основываются на системе демографических, экологических, научно-технических, внешнеэкономических, социальных, а также отраслевых, региональ-

¹ См.: Приказ Федерального казначейства от 11 декабря 2006 года № 13н «О Квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими центрального аппарата и органов Федерального казначейства» // Российская газета. — 2007. — 7 марта.

² См.: Сырых В.М. Логические основания общей теории права. — М., 2004. — С. 499—500.

ных и других прогнозов отдельных общественно значимых сфер деятельности. Они разрабатываются в нескольких вариантах с учетом вероятностного воздействия внутренних и внешних политических, экономических и других факторов. Кроме того, прогнозы включают количественные показатели и качественные характеристики развития макроэкономической ситуации, экономической структуры, научно-технического развития, внешнеэкономической деятельности, динамики производства и потребления, уровня и качества жизни, экологической обстановки, социальной структуры, а также систем образования, здравоохранения и социального обеспечения населения. Указание на важность прогнозирования вытекает и из того, что многие нормативно-правовые акты в обязательном порядке включают в свой текст соответствующие нормы. Так, статья 173 Бюджетного кодекса РФ посвящена прогнозу социально-экономического развития. В проекте Федерального закона «О федеральной контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг (вторая редакция)» от 18 октября 2011 года планированию и прогнозированию посвящена вторая глава¹, то же можно сказать о проекте Федерального закона «О федеральной контрактной системе»². Вопросам прогнозирования посвящены соответствующие нормы приказ Министерства РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий от 31 октября 2005 года № 781 «О дополнительных мерах материального стимулирования отдельных категорий военнослужащих Всероссийского центра мониторинга и прогнозирования чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера МЧС России».

Анализ указанных правовых норм позволяет сделать вывод, что прогноз может быть долгосрочным, входящим в состав долгосрочной соответствующей программы развития, а может быть сводным, являющимся его составной частью. Кроме законодательных актов, в настоящее время принимаются концепции социально-экономического развития, целевые программы, рассчитанные на долгосрочную (10 лет), среднесрочную (3—5 лет) и краткосрочную (1 год) перспективу, которые могут пространственно захватывать как федеральные территории, так и территории регионов, и отдельно взятых областей. Так, например, в рамках Приволжского региона действуют целевая программа «Сокращение различий в социально-экономическом развитии регионов Российской Федерации (2002—2010 годы и до 2015 года)» в Нижегородской области», а также областной целевой программы «Сохранение, возрождение и развитие народных художественных промыслов Нижегородской области» в 2012—2014 годах». Государственное прогнозирование социально-экономического развития Российской Федерации нацелено на долгосрочную перспективу. Таким образом, прогнозирование развивается на различных по протяженности правовых пространствах и может быть долгосрочным, среднесрочным и краткосрочным.

Ежегодное послание Президента РФ, с которым он обращается к Федеральному Собранию, содержит специальный раздел, посвященный анализу выполнения программы социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу и уточнению указанной программы с выделением задач на предстоящий год. Одновременно с представлением проекта федерального бюджета Правительство РФ представляет Государственной Думе и другие материалы, в том числе:

- итоги социально-экономического развития Российской Федерации за прошедший период текущего года;
- прогноз социально-экономического развития на предстоящий год;
- перечень основных социально-экономических проблем (задач), на решение которых направлена политика Правительства РФ в предстоящем году;
- перечень федеральных целевых программ, намеченных к финансированию за счет средств федерального бюджета на предстоящий год; и другие. Таким образом, в рамках данной процедуры, как наиболее значимые, выведены соответствующие данные за истекший, текущий и предстоящий периоды, то есть прошлое, настоящее и будущее.

Естественно, что многие проблемы создания прогнозов связаны с решением вопросов в рамках социально-экономической сферы — в том числе, и временными, допустим, сроками осуществления, и пространственными, например, отдаленностью от центра. Так, своевременное построение автомобильных дорог соответствующего качества, кольцевых дорог со множественными развязками в разумные сроки могло бы сдвинуть с места решение данных проблем.

С точки зрения профессора В.М. Сырых, в рамках научного предвидения «наибольшие возможности дают математические методы, которые обеспечивают высокую точность и надежность прогноза. Но при этом в настоящее время математический аппарат не способен отразить полностью всю связь объектов с внешней средой. Это объясняется не только уровнем его разработки, но и степенью адап-

¹ Проект Федерального закона от 18 октября 2011 года «О федеральной контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг» (вторая редакция) // rg.ru/dok/. — 2011. — 1 ноября.

² Проект Федерального закона от 1 сентября 2011 года «О федеральной контрактной системе» // rg.ru/dok/ — 2011. — 1 сентября.

тации к специфике правовых явлений. Так, имеются определенные пробелы в правовой науке — например, не исследуются проблема вычленения действия социальных факторов на право, а также установления количественной характеристики воздействия отдельных факторов на объект исследования. Требуется анализ структуры правовых явлений, а также их внешних связей и зависимостей. Все эти недочеты в данный момент времени компенсируются методом экспертных оценок. Совершенствование методологии прогностических исследований позволило бы обосновать надежность предлагаемых мер на перспективу с учетом последующих социальных и иных изменений»¹.

С целью эффективности реализации этих и других целевых программ, концепций, нормативно-правовых актов, следует учитывать не только конкретно-историческую обстановку на момент их принятия, но и возможные тенденции развития общественных отношений. Так, далее В.М. Сырых отмечает, что для правильно составленного прогноза необходимо отследить динамику того или иного объекта прогнозирования за определенный срок². Причем законодательство, сориентированное на устойчивое развитие, как правило, не способно к полноценной реализации в периоды нестабильности. Требуются «резервные», «замещающие» регуляторы. Речь идет о вариантах правового воздействия в зависимости от внешних факторов³. Необходимо разработать научный инструментарий правового прогнозирования и использовать его для определения динамики форм правового регулирования⁴.

Далее следует:

- выявить негативные факторы, оказывающие на данный объект позитивное или негативное воздействие;
- построить модель, описывающую систему связей и отношений прогнозируемого объекта с внешними факторами;
- изучить количественные и качественные характеристики, которые воздействуют на исследуемый объект;
- предсказать пути развития и изменения внешних факторов;
- составить прогноз будущих состояний исследуемого объекта с учетом изменения внешних факторов⁵.

Таким образом, в рамках прогноза необходим учет возможного развития будущих общественных отношений на базе исследования динамики их развития в прошлом, а также установление причинно-следственных связей, характерных для развития прогнозируемого объекта под воздействием различных факторов. Все указанные составляющие относятся к свойствам времени. Что касается, качества современного прогнозирования, то в настоящее время оно еще находится на стадии становления, представленные прогнозы сбываются не всегда. Так, из-за соответствующих сбоев в этой области в текст Федерального закона о бюджете на 2008—2010 годы уже в феврале 2008 года были внесены поправки⁶. В 2009 году прогнозы Минэкономразвития России были недопустимо недостоверными. Счетная палата пришла к выводу: «В 2009 году Минэкономразвития не выполнило задачу по обеспечению достоверности прогнозирования: отклонения по прогнозу ВВП составили 14,6% при допустимом значении не более 0,5%, по инфляции — 0,3% при допустимом ноле, по инвестициям — 30,8% при допустимых 1,5%»⁷. «Это привело к тому, что в закон о бюджете вносились изменения в течение года. По существу, управление экономикой и бюджетной системой осуществлялось в ручном режиме», — было подчеркнуто замглавой Счетной палаты В. Гореглядом⁸.

Большое количество проблем возникает с регулярным пересмотром прогноза по инфляции. Сложности проявляются и в том, что при составлении прогнозов должны учитываться не только внутреннее, но и внешние факторы — мировые цены на нефть, развитие мировой экономики, курсовое соотношение евро и доллара, которые не всегда могут быть предсказуемыми⁹.

Недостатком прогнозирования является и то, что в текстах нормативно-правовых актов не всегда прописываются четкая система целей и показатели, которые могут обновляться по истечении определенных сроков. Кроме того, поэтапно должен быть прописан весь процесс составления прогноза: кто за что отвечает, с кем согласовывает и в какие сроки. Иными словами, не хватает той самой четкости, которой можно достичь только правильно используя временные параметры.

¹ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. — М., 2004. — С. 500—501.

² См. там же. — С. 499.

³ См.: Хабриева Т.Я. Стратегия социально-экономического развития России и модернизации законодательства // Концепции развития российского законодательства. — М., 2010. — С. 34.

⁴ См. там же. — С. 35.

⁵ См.: Сырых В.М. Логические основания общей теории права. — М., 2004. — С. 499—500.

⁶ См.: Кукол Е. Не тот процент. Минэкономразвития могут лишиться монополии на составление прогнозов // Российская газета. — 2008. — 18 апреля.

⁷ См.: Прогнозы Минэкономразвития в 2009 году были недостоверными // Российская газета. — 2010. — 27 августа.

⁸ Там же.

⁹ Кукол Е. Не тот процент. Минэкономразвития могут лишиться монополии на составление прогнозов // Российская газета. — 2008. — 18 апреля.

Существует мнение, что проблема составителей прогнозов — отсутствие полной и достоверной статистической информации. Развернутого обследования по отраслям Росстат не проводил с 1995 года и планирует начать его только в 2013 году¹. В данном случае речь идет о запаздывании, несвоевременных действиях.

Несколько иное мнение в отношении надежности прогнозов и полноты информации было высказано В.В. Ивантером: «К сожалению, отечественный бизнес имеет более информации о внешних рынках, нежели о внутренних. Никто не вооружает его оценками и прогнозами хотя бы на 3—4 года вперед. Бизнес лишен информации об уровне цен на продукцию естественных монополий, о стандартах оплаты труда и т. д. — всего, что позволит ему определить спрос на свою продукцию в будущем»². Думается, что его слова во многом актуальны и сегодня. Далее автор отмечает, что для эффективного развития экономики необходимы соответствующие вложения и отлаженная система кредитования. Однако наши компании лишены возможности получать крупные кредиты под экспорт, поскольку условия для кредита создадутся только при возникновении последовательности: будут товары — будут средства в банках — пойдет потребительский кредит³. Таким образом, возможность возникновения кредита происходит при существовании некоей последовательности событий и именно только в таком порядке. И чем более стабильны будут элементы такой последовательности, тем более долгосрочным и реальным может быть кредит.

Процесс прогнозирования неразрывно связан с планированием, которое формируется исходя из мероприятий государственных программ Российской Федерации, целевых программ, планов и программ развития субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, иных документов программно-целевого планирования, утвержденных (одобренных) в установленном порядке, а также других документов, определяющих цели и задачи деятельности государственных органов и органов местного самоуправления. Так, планы закупок товаров, работ, услуг для обеспечения нужд подлежат корректировке в целях:

1) приведения их в соответствие с государственными программами Российской Федерации, целевыми программами, планами и программами развития субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, иными документами программно-целевого планирования, утвержденными (одобренными) в установленном порядке;

2) приведения их в соответствие с законом о федеральном бюджете, на очередной финансовый год и плановый период, законами о бюджетах государственных внебюджетных фондов Российской Федерации на очередной финансовый год и плановый период, законами о бюджете субъекта Российской Федерации и бюджетах территориальных государственных внебюджетных фондов на очередной финансовый год (очередной финансовый год и плановый период), решением об утверждении (изменении) местного бюджета на очередной финансовый год (очередной финансовый год и плановый период).

Указанное выше приведение одних актов в соответствие с другими связано с наличием принципа согласования, которое «в многоуровневом правотворчестве проявляется в осуществлении народо-властия на федеральном и региональном уровнях с учетом норм международного права (п. 4 ст. 15 Конституции РФ)»⁴. Критериями разграничения принципа согласования в правотворчестве субъектов Федерации могут быть признаны: нахождение акта в зоне законодательной компетенции Федерации или ее субъектов, правомочность субъекта, принимающего акт, соответствие содержания акта объему полномочий субъекта, правильный выбор формы акта, соблюдение процедуры подготовки и принятия акта и соответствие вводимых правил поведения федеральным нормам⁵. Так, исходя из государственной поддержки промышленных предприятий и способствующих их деятельности организаций инфраструктуры, включающей в себя финансовую, имущественную, информационную и консультационную поддержку субъектов и организаций, вытекает создание необходимых законодательных предпосылок для последующего внесения изменений в Налоговый, Бюджетный, Таможенный кодексы РФ, отраслевые федеральные законы. На принципе согласованности основана и масса других документов. С учетом рекомендаций Отраслевого совета по промысловому прогнозированию Росрыболовства (протокол заседания Отраслевого совета по промысловому прогнозированию от 21 октября 2009 г. № 10) установлен запрет добычи (вылов) краба камчатского с 1 января по 14 февраля 2010 года в Баренцевом море, за исключением рыболовства в научно-исследовательских и контрольных целях»⁶. О важности данного принципа можно судить и исходя из того, что только в Нижегородской

¹ См.: Прогнозы Минэкономразвития в 2009 году были недостоверными // Российская газета. — 2010. — 27 августа.

² Ивантер В.В. России обнаружили большие деньги, но выяснилось, что мы не знаем, как ими распорядиться // Российская Бизнес-газета. — 2004. — 10 марта.

³ См. там же.

⁴ Маликов М.Ф. Принцип согласования в многоуровневом правотворчестве // Российское право: образование, практика, наука. — 2005. — № 5 (10). — С. 57.

⁵ См. там же. — С. 57.

⁶ Приказ Федерального агентства по рыболовству от 2 декабря 2009 года «Об установлении ограничений рыболовства в Баренцевом море на 2010 год» // Российская газета. — 2009. — 16 декабря.

области в течение года приблизительно 30% принимаемых законов составляют те, которые должны приводиться в соответствие с федеральными, в связи с соответствующими изменениями.

Процесс современного правотворчества неразрывно связан с понятием мониторинга, то есть отслеживанием динамики развития самого законодательства и всей совокупности нормативных правовых актов с учетом уровней и форм нормотворчества, разных видов, тематики актов, их адресатов, исполнения и т. д.¹ Мониторинг является одним из средств, способствующих правильному прогнозированию и адекватному проведению правовой экспертизы. Следовательно, в рамках мониторинга возможно как прогнозирование, так и использование других временных характеристик. Во-первых, мониторинг предусматривает комплексную и плановую деятельность, осуществляемую федеральными органами исполнительной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в пределах своих полномочий по сбору, обобщению, анализу и оценке информации для обеспечения принятия (издания), изменения или признания утратившими силу (отмены) законодательных и иных нормативных правовых актов Российской Федерации. В целях выполнения решений Конституционного Суда РФ и постановлений Европейского суда по правам человека, а также в целях устранения противоречий между нормативными правовыми актами равной юридической силы мониторинг необходим для исполнения в процессе правотворчества принципа согласования.

Целью мониторинга является создание эффективного механизма правового регулирования, обеспечение обратной связи законодателя и общества². В ходе проведения мониторинга опять используются временные характеристики. Так, согласно процедуре Порядка проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Министерства культуры РФ в рамках мониторинга осуществляется непрерывное наблюдение за применением нормативных правовых актов.

В целях совершенствования правовой системы Российской Федерации план мониторинга утверждается ежегодно согласно пункту 3 Указа Президента РФ от 20 мая 2011 года № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации»³. Президенту РФ ежегодно представляется доклад о результатах данного мониторинга, а также представляются ежегодно в Министерство юстиции РФ предложения к проекту плана мониторинга⁴. При этом проект плана мониторинга ежегодно разрабатывается Министерством юстиции РФ с учетом ежегодных посланий Президента РФ Федеральному Собранию РФ и других актов; а также ежегодно, до 1 августа, вносится Министерством юстиции РФ в Правительство РФ; и ежегодно, до 1 сентября, утверждается Правительством РФ. В плане мониторинга обязательно отражаются сроки его осуществления⁵. Таким образом, только в рамках двух частей приведенного Указа Президента РФ включено сразу несколько временных аспектов, что подтверждает активизацию использования законодателем временных параметров как в процессе правотворчества, так и в тексте нормативно-правовых актов.

Постоянный мониторинг необходим для проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов. Исходными элементами последней является правовая оценка формы акта, его целей и задач, предмета правового регулирования, компетенции органа, принявшего акт, содержащихся в нем норм, порядка принятия, обнародования, на предмет соответствия нормам Конституции РФ и федерального законодательства, а также соответствия акта требованиям юридической техники⁶. В целях проведения антикоррупционной экспертизы изданных нормативных правовых актов Роспатента структурные подразделения Роспатента, являющиеся головными исполнителями нормативных правовых актов, после их подписания (утверждения) руководителем Роспатента (лицом, его замещающим) ведут постоянный мониторинг их применения для выявления в них коррупциогенных факторов, в соответствии с Методикой проведения экспертизы на коррупциогенность⁷. В целях проведения антикоррупционной экспертизы изданных нормативных правовых актов Ростуризма структурные подразделения Ростуризма, являющиеся головными исполнителями нормативных правовых актов, после их подписания (утверждения) руководителем Ростуризма (лицом, его замещающим) ведут постоянный мониторинг их применения для выявления в них коррупциогенных факторов, в соответствии с

¹ См.: Бачило И.Л. Парламентские слушания. Мониторинг правового поля и правоприменительной практики. — М., 2003. — Вып. 2. — С. 12.

² См.: Черногор Н.Н. Юридическая техника правового мониторинга: подготовка проблемы и подходы к исследованию // Законодательство и экономика. — 2010. — № 10. — С. 15.

³ См.: Указ Президента РФ от 20 мая 2011 года № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Российская газета. — 2011. — 25 мая.

⁴ См. там же.

⁵ См.: Положение о мониторинге правоприменения в Российской Федерации // Российская газета. — 2011. — 25 мая.

⁶ См.: Приказ Минюста России от 29 октября 2003 года «Об утверждении Рекомендаций по проведению юридической экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» // Бюллетень Министерства юстиции РФ. — 2003. — № 11.

⁷ См. там же.

Методикой проведения экспертизы на коррупциогенность¹. Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов Минкультуры России проводится при мониторинге их применения².

Временные характеристики используются для установления сроков антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов. Так, срок для проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам составляет 5 рабочих дней с момента поступления к рабочей группе проекта нормативного правового акта на правовую экспертизу³. Срок размещения проектов нормативных правовых актов на официальном сайте Ростуризма в сети Интернет для проведения независимой экспертизы на коррупциогенность составляет не менее семи дней⁴. Проведение антикоррупционной экспертизы осуществляется в срок, не превышающий 30 календарных дней с момента поступления проекта нормативного правового акта на правовую экспертизу в Правовое управление Ростуризма. Таким образом, в рамках экспертизы возможно как использование мониторинга, так и других временных свойств в виде сроков, момента времени, периодичности.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что за последнее десятилетие как в правотворческом процессе, так и непосредственно в текстах нормативных правовых актов происходит обновление содержания и активизация использования временных характеристик. В связи с динамикой развития общественных отношений в ходе правотворчества используются прогнозирование, планирование, принцип согласованности, мониторинг и проведение правовой экспертизы. Данные понятия взаимосвязаны и взаимодействуют друг с другом, что является соответствующим показателем особенностей отражения и использования фактора времени в праве. В то же время в рамки каждого из вышеуказанных понятий включаются различные временные характеристики с целью внесения четкости в сферу общественных отношений. Проведение же соответствующих исследований в области освоения времени в сфере правотворчества будет способствовать большей степени упорядоченности общественных отношений, их предсказуемости, а следовательно, и соответствующей стабильности в различных сферах его жизни.

¹ См.: Порядок проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Федерального агентства по туризму // Российская газета. — 2011. — 22 августа.

² См.: Порядок проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Министерства культуры Российской Федерации // Российская газета. — 2010. — 18 декабря.

³ См.: Порядок проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам // Российская газета. — 2011. — 20 мая.

⁴ См.: Порядок проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Федерального агентства по туризму // Российская газета. — 2011. — 22 августа.

С.С. Тихонова

Тихонова Светлана Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского

**Пояснительная записка к законопроекту
в уголовно-правовой сфере:
значение в процессе современного правотворчества**

Известно, что отраслевая кодификация — наиболее совершенная форма упорядочения нормативно-правовых актов определенной отраслевой принадлежности, в частности, уголовного законодательства¹. И действующий уголовный кодекс, «созданный в сложных и нестабильных социально-экономических условиях, в целом адекватно отражает потребности уголовно-правового регулирования качественно новых общественных отношений и соответствует мировым стандартам»². Однако также известно, что кодификация не останавливает процесс правообразования. «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»³. В этой связи актуализируется вопрос о современном вторичном (текущем) правотворчестве в уголовно-правовой сфере.

Уголовный закон регулирует основополагающие общественные отношения, отнесенные Конституцией РФ к ведению федеральных представительных органов государственной власти РФ (п. «о» ст. 71 Конституции РФ), поэтому как первичный, так и вторичный уголовный закон принимается только федеральными органами государственной власти РФ — субъектами конституционных отношений: Федеральным Собранием РФ (далее — ФС РФ) и Президентом РФ. Порядок законодательства регламентируется Конституцией РФ и постановлением Государственной Думы ФС РФ от 22 января 1998 года № 2134-II «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации». В соответствии с данными документами проект уголовного, как и любого иного федерального закона, проходит, начиная со стадии законодательной инициативы, несколько стадий законодательного процесса — «определенных внутренне законченных фаз оформления акта в качестве государственно-правового»⁴. В соответствии с частью 1 статьи 104 Конституции РФ правом законодательной инициативы наделены: Президент РФ, депутаты Государственной Думы ФС РФ, Совет Федерации ФС РФ и его члены, Правительство РФ, Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный суд РФ, законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов РФ. В отечественной правовой науке существуют предложения об установлении первоочередного порядка рассмотрения Государственной Думой ФС РФ законопроектов: поступающих от Конституционного Суда РФ (основанием для которых послужил обнаружившийся в ходе деятельности данной судебной инстанции факт неконституционности законодательных предписаний либо пробельности правового регулирования)⁵; поступающих от Президента РФ либо от группы субъектов законодательной инициативы (*консолидированные законопроекты*)⁶. Однако в настоящее время все субъекты законодательной инициативы уравниены в правах и формально не имеют каких-либо преимуществ друг перед другом при реализации законодательной инициативы, в частности, в сфере уголовного права.

¹ 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.

² Трахов А.И. Стабильность и динамизм уголовного закона и их влияние на судебную практику // Предмет уголовного права и его роль в формировании уголовного законодательства Российской Федерации: Доклады научно-практической конференции, Саратов, 25—26 апреля 2002 года. — Саратов, 2002. — С. 87.

³ Арзамасов Ю.Г. Роль мониторинга нормативных актов для систематизации российского законодательства / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный // Юридическая техника. — 2008. — № 2. — С. 32.

⁴ Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России: Монография. — Воронеж, 2004. — С. 77.

⁵ См.: Лазарев В.В. Техника учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 64—65.

⁶ См.: Цветков В.В. Реализация института законодательной инициативы в современной российской государственности (общетеоретический аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2008. — С. 10, 30.

Фактически стадия законодательной инициативы начинается с составления *первичного текста законопроекта* (с указанием на титульном листе субъекта законодательной инициативы) и *пояснительной записки* к нему (п. «а», «б» ч. 1 ст. 105 Регламента Государственной Думы ФС РФ). Юридически данная стадия начинается с направления вышеуказанных документов субъектом законодательной инициативы на имя Председателя Государственной Думы ФС РФ (ч. 1 ст. 107 Регламента Государственной Думы ФС РФ). Поступивший законопроект регистрируется в Управлении документационного и информационного обеспечения Аппарата Государственной Думы ФС РФ, где ему присваивается регистрационный номер. Одновременно в системе автоматизированного делопроизводства и документооборота на законопроект заводится электронная регистрационная карта, в которой фиксируется дата его поступления в Государственную Думу ФС РФ, сведения о нем и сопутствующих ему документах, в частности, о наличии и содержании пояснительной записки.

Требования к структурированию законопроектов о внесении изменений или дополнений в существующие законодательные акты обозначены в пунктах 11, 32, 38, 52—54, 61, 65 *Методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов*, совместно подготовленных в 2003 году Правовым управлением Аппарата Государственной Думы ФС РФ, Правовым управлением Аппарата Совета Федерации ФС РФ, Главным государственно-правовым управлением Президента РФ, Правовым управлением Аппарата Правительства РФ и Министерством юстиции РФ, исходя из отечественного и зарубежного опыта законопроектной деятельности последних десятилетий (далее — *Методические рекомендации 2003 года*). Что касается требований к структурированию пояснительной записки, то четкости в регламентации данного вопроса в настоящее время не наблюдается. Что вообще должна представлять собой пояснительная записка к законопроекту?

Назначение пояснительной записки — изложение *концепции* (от лат. *conceptio* — понимание, система) будущего закона, разработка и оформление которой представляет собой относительно самостоятельный прием законодательной техники. В словарной литературе концепция понимается как система связанных между собой и вытекающих один из другого взглядов на то или иное явление; определенный способ понимания, трактовки какого-либо предмета, явления, процесса; конструктивный принцип; единый, определяющий, ведущий замысел; основная точка зрения на предмет или явление, руководящая идея для их систематического освещения; теоретическое построение; соображения и выводы¹. «Текст как целостная коммуникативная единица создается для конкретных целей в соответствии с интенцией (намерением) автора, его концепцией»². Соответственно, «разработать концепцию проекта нормативного акта, значит раскрыть общий замысел, основные идеи, дать обобщающую характеристику смысла будущего акта»³. Именно идеи, выступающие начальной стадией формирования права⁴, составляют квинтэссенцию концепции законопроекта.

Идея законопроекта есть не что иное, как «организационно автономный начальный этап законотворчества, представляющий собой систему теоретически обоснованных, практически апробированных либо выработанных на основе здравого смысла суждений о настоятельной потребности в документе, предмете и методах правовой регламентации, ближайших и отдаленных целях акта, ожидаемом результате»⁵. Согласно позиции Д.Н. Лызлова и В.Ю. Картухина, законотворческие идеи «отражают сущностные представления о государственно-правовой жизни общества в данный период и влияют на определение сферы и пределов правового регулирования, на правотворческую деятельность государства, а также на правосознание и правовую культуру законодателя»⁶. В целом соглашась с данным высказыванием, представляется необходимым допустить одну оговорку.

Законотворческие идеи не столько влияют на правосознание и правовую культуру законодателя (поскольку последние формируются вне связи с законопроектной деятельностью), сколько именно отражают уровень таковых. Идея субъекта законодательной инициативы, способная породить негативные социально-экономические, политические и иные последствия, не может понизить или повысить достигнутый законодателем уровень правосознания и правовой культуры к моменту оценки заявленной идеи, производимой в соответствии с процедурными правилами. Однако позитивное вос-

¹ См.: *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. — М., 1989. — Т. 2. — С. 154; *Краткая философская энциклопедия.* — М., 1994. — С. 222; *Словарь иностранных слов.* — М., 1989. — С. 258; *Словарь русского языка.* — М., 1986. — Т. 2. — С. 97; *Советский энциклопедический словарь.* — М., 1990. — С. 633; *Современный словарь иностранных слов.* — М., 1993. — С. 308; *Толковый словарь русского языка.* — М., 1996. — Т. 1. — С. 1455; *Философский энциклопедический словарь.* — М., 1989. — С. 279.

² *Ситникова А.И.* Текстобразующие признаки уголовного закона // *Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Сборник материалов Международной научно-практической конференции*, г. Москва, 28—29 января 2010 года. — М., 2010. — С. 110.

³ *Казьмин И.Ф.* Подготовка научной концепции законопроекта: методологические вопросы // *Советское государство и право.* — 1985. — № 3. — С. 28.

⁴ См.: *Баранов В.М.* Концепция законопроекта. — Н. Новгород, 2003. — С. 53.

⁵ *Баранов В.М.* Идея законопроекта // *Юридическая техника.* — 2007. — № 1. — С. 29.

⁶ *Лызлов Д.Н.* Юридическая техника: Учебное пособие / Д.Н. Лызлов, В.Ю. Картухин. — М., 2009. — С. 100.

приятие данной идеи законодателем свидетельствует об отсутствии должного уровня правовой культуры и правосознания.

В отечественной правовой науке высказано предложение о необходимости внесения в Регламент Государственной Думы ФС РФ изменений и дополнений, влекущих разделение таких документов, как концепция законопроекта и пояснительная записка. Так, по мнению В.М. Баранова, составление и обсуждение концепции законопроекта должно предшествовать составлению и обсуждению первичного текста законопроекта и пояснительной записки к нему, чтобы «снять» все принципиальные сомнения относительно содержания концепции как «юридической конструкции урегулирования фактической ситуации»¹. Таким образом, обсуждение и принятие концепции законопроекта предлагается рассматривать как относительно самостоятельный и цельный этап (стадию) законодательной деятельности. Однако введение данной стадии представляется излишним. Вместо разделения процедур обсуждения концепций законопроектов и пояснительных записок к законопроектам необходимо повышать качество разработки и составления последних.

Концепция уголовного, как и любого иного закона, является официальным выражением юридической позиции ее составителей, а следовательно, имеет субъективную природу². В целях минимизации субъективизма при создании концепции закона в Регламенте Государственной Думы ФС РФ, а также в постановлении Правительства РФ от 2 августа 2001 года № 576 «Об утверждении Основных требований к Концепции и разработке проектов федеральных законов»³ (далее — Основные требования 2001 года) обозначен ряд требований к ее содержанию. Соблюдение данных требований понижает возможность разработки концепции исключительно под влиянием «законодательного зуда», групповых интересов либо в результате оказанного на субъектов законодательной инициативы давления.

Так, согласно пункту 3 Основных требований 2001 года, концепция законопроекта представляет собой документ, в котором должны быть определены общая характеристика и оценка состояния правового регулирования соответствующих общественных отношений. Иными словами, если какая-либо область общественных отношений еще не являлась предметом правового регулирования, субъект законодательной инициативы должен указать в пояснительной записке к законопроекту причины возникновения целесообразности такого регулирования. Если же данная область уже является предметом правового регулирования, то необходимо дать оценку результативности действующих правовых предписаний, указав соответствующие пробелы или противоречия, либо отметить неэффективные положения, не имеющие должного механизма реализации.

«Принятие правовых норм должно происходить с учетом тех коллизий и недостатков, которые выявлены в ходе правоприменительной практики»⁴. Поэтому концепция уголовного закона предполагает анализ выявленной правоприменительной практикой реальности — отслеживание результата существующего уровня уголовно-правового регулирования соответствующей области общественных отношений с точки зрения достижения-недостижения преследуемых законодателем целей⁵. Далее, согласно пункту 3 Основных требований 2001 года, в концепции законопроекта должны быть указаны рациональные и наиболее эффективные способы устранения выявленных недостатков правового регулирования. Поскольку концепция предполагает наличие «последовательно развиваемой, взаимосвязанной цепи рассуждений, которые подкреплены теоретическими аргументами и доказательствами, взятыми из реальной жизни, и конечная цель которых — объяснить природу обсуждаемого феномена и предложить отвечающие общественным потребностям оптимальные их решения»⁶, применительно к уголовному праву речь идет о расшифровке сформировавшейся у субъекта законодательной инициативы законотворческой идеи уголовно-правового регулирования определенной проблемной области общественных отношений, позволяющей уяснить цели и задачи принятия предложенного законопроекта.

Известно, что *проблемная область общественных отношений* — это некая разность между необходимым (или желательным) и существующим состоянием их правового регулирования. Подобная разность наличествует практически всегда, так как развитие общественных отношений объективно опережает процесс их юридического закрепления. Возникающее неравное изменение сфер общественной жизни и правовой системы влечет необходимость постоянного обновления последней. И основная задача субъекта законодательной инициативы — «разработка оптимального варианта разрешения возникшей в общественной жизни проблемы, приемлемой модели согласования интересов в

¹ Юридическая техника: Учебное пособие / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, Н.А. Власенко. — М., 2010. — С. 32.

² См.: Баранов В.М. Концепция законопроекта. — Н. Новгород, 2003. — С. 52.

³ См.: Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 32. — Ст. 3335.

⁴ Коржиков О.Н. Формирование приоритетов правоохранительной политики в России / О.Н. Коржиков, В.В. Трофимов // Правовая политика и правовая жизнь. — 2008. — № 4. — С. 69.

⁵ См.: Лызлов Д.Н. Юридическая техника: Учебное пособие / Д.Н. Лызлов, В.Ю. Картухин. — М., 2009. — С. 100—101.

⁶ Воеводин Л.Д. Юридическая техника в конституционном праве // Вестник МГУ. — Серия 11: Право. — 1997. — С. 18.

отношении проблемной ситуации и выражение ее в нормативных предписаниях»¹. Логично, что для обоснования собственной позиции субъект законодательной инициативы должен привести в пояснительной записке соответствующие доказательства. Отсутствие таковых свидетельствует о голословности утверждений субъекта законодательной инициативы относительно оптимальности предлагаемого способа правового регулирования кризисного сектора общественных отношений.

Во-первых, проектируемые уголовно-правовые предписания должны соответствовать организационным возможностям их реализации. В этой связи субъекту законодательной инициативы следует привести *организационные* доказательства — доказательства соответствия законотворческой идеи задаче оптимизации деятельности правоохранительных органов в условиях существующей криминальной ситуации в стране. Наличие организационных доказательств — показатель осуществления субъектом законодательной инициативы юридического прогнозирования — исследования будущего состояния государственно-правовых процессов и темпов их протекания².

Во-вторых, в концепции законопроекта должны быть приведены *мировоззренческие* доказательства. Применительно к законопроектам в уголовно-правовой сфере имеются в виду доказательства соответствия законотворческой идеи современной *уголовно-правовой политике*, отраженной в принципах уголовного закона и политико-правовых предписаниях Президента РФ, которыми определяются приоритеты мер уголовно-правового воздействия и предупредительных мер, рассчитанных на устранение либо нейтрализацию причин преступности. Однако одной лишь ссылки на соответствующие предписания недостаточно.

Так, не может быть признана надлежащей Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» (принятому 22 июля 2010 г. № 155-ФЗ), дополняющему перечень обстоятельств, отягчающих наказание, предусмотренных частью 1 статьи 63 УК РФ, новым обстоятельством «совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел» (п. «о»). Весь сопроводительный документ исчерпывается указанием на то, что законопроект «подготовлен во исполнение поручений Президента РФ от 12 ноября 2009 года № Пр-3020 и от 30 декабря 2009 года № Пр-3525 и направлен на усиление защиты прав и законных интересов граждан и организаций от неправомерных действий сотрудников органов внутренних дел». Напротив, положительным примером составления сопроводительного документа на законопроект в уголовно-правовой сфере является Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации в части назначения наказания в виде обязательных работ» (принятому 6 мая 2010 г. № 81-ФЗ). В данном документе, начинающемся с отсылки к подпункту «и» пункта 1 Перечня поручений Президента РФ по итогам VII Всероссийского съезда судей в части, касающейся применения к осужденным альтернативных мер уголовного наказания, не связанных с лишением свободы, приводятся аргументы в пользу включения обязательных работ в качестве одного из возможных вариантов основных видов уголовного наказания в санкциях статей Особенной части УК РФ наряду со штрафом, исправительными работами и лишением свободы.

Согласно пункту 3 Основных требований 2001 года, концепция законопроекта должна содержать анализ правоприменительной практики. Как представляется, применительно к законопроектам в уголовно-правовой сфере речь идет о судебной-следственной практике за определенный временной период. Известно, что реальные масштабы преступности в несколько раз превышают статистические показатели, что затрудняет оценку ее тенденций³. «Уголовная и судебная статистики в значительной мере отражают не саму преступность, а практику реагирования потерпевших, а также правоохранительных органов на преступления»⁴. Однако данное обстоятельство не может являться предлогом для игнорирования соответствующих официальных данных.

В этой связи вызывает полнейшее недоумение исчерпывающаяся пятью строками Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (принятому 9 декабря 2010 г. № 352-ФЗ) об увеличении срока фактического отбытия уголовного наказания в виде лишения свободы, требующегося для условно-досрочного освобождения лиц, осужденных по статье 205 УК РФ «Террористический акт», статье 205¹ УК РФ «Содействие террористической деятельности» и статье 205² УК РФ «Публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичное оправдание терроризма». Не оспаривая правильности законо-

¹ Соколова А.А. Позитивация и социализация норм права // Право и демократия: Сборник научных трудов БГУ. — 2005. — Вып. 16. — С. 28.

² См.: Научные основы советского правотворчества. — М., 1981. — С. 187.

³ См.: Резолюция III-го Российского Конгресса уголовного права (МГУ им. М.В. Ломоносова, г. Москва, 29—30 мая 2008 г.). В этой связи весьма показательно замечание, высказанное В.Ф. Цепелевым в адрес законодателя на Международной научно-практической конференции «Уголовная политика России на современном этапе: состояние, тенденции, перспективы» (Академия управления МВД России, г. Москва, 20 ноября 2009 г.): «задача современной уголовной политики — приведение статистических показателей в соответствие с реальной действительностью».

⁴ Преступность в России и проблемы борьбы с ней / Отв. ред. А.И. Долгова. — М., 2001. — С. 34.

творческой идеи необходимости минимизации угрозы терроризма в Российской Федерации, нельзя не выразить неудовлетворенности в связи с отсутствием в Пояснительной записке какой-либо социально значимой информации. И, напротив, положительным примером могут служить следующие образцы *коллективных концепций законопроекта*¹: Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (по вопросу усиления уголовной ответственности за совершение преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы несовершеннолетних) № 151734-5²; Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении дополнений в статьи 73 и 74 Уголовного кодекса Российской Федерации и изменений в статью 189 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации» (по вопросу об исчислении испытательного срока при условном осуждении) № 307085-4³. Текст первого документа содержит точные данные за трехлетний период (2005—2007 гг.) о количестве посягательств на половую неприкосновенность несовершеннолетних, а равно о распространении порнографических предметов и материалов в Российской Федерации, опираясь на официальную информацию Следственного комитета при Прокуратуре РФ, поиск и систематизация которой были надлежащим образом осуществлены субъектом законодательной инициативы. Текст второго документа содержит точные данные за трехлетний период (2003—2005 гг.) о количестве лиц, осужденных в Российской Федерации условно, с разбивкой информации на количество осужденных к лишению свободы и иным видам уголовных наказаний.

Следует заметить, что объемные данные, содержащиеся в официальных документах, могут не включаться в текст пояснительной записки к законопроекту, в которой допустимо сделать отсылку к ним, указав дату и номер соответствующего документа.

В то же время пояснительная записка к законопроекту не должна содержать отдельных примеров из судебно-следственной практики, а тем более информации о частной жизни отдельных лиц. Примером полного несоответствия данному требованию может служить Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении дополнения в статью 124 Уголовного кодекса Российской Федерации» (по вопросу установления уголовной ответственности за безосновательное не оказание первичной реанимационной медицинской помощи больному, находящемуся в бессознательном состоянии) № 292046-3⁴. Текст данного документа включает следующую информацию: «Большая А.П. Румянцева была работающей пенсионеркой до последнего дня жизни и ни одного дня не лежала в постели, вела активный образ жизни, в день смерти занималась домашними делами — стирала, готовила обед, а когда села за стол для приема пищи, то сразу потеряла сознание. Муж отнес ее на кровать и сразу вызвал скорую помощь. Когда приехал врач А.Н. Ежов, больная лежала без сознания и дышала с открытым ртом. Врач не подошел к больной, а только посмотрел на нее издали с порога комнаты, сказал, что идет агония, и сразу ушел, не оказав А.П. Румянцевой никакой медицинской помощи и, следовательно, обрек ее на умирание...».

Не могут рассматриваться как практические доказательства и наличествующие в пояснительных записках к законопроектам абстрактные формулировки. Так, в вышеупомянутой Пояснительной записке указывается, что «пенсионерам, как сообщают граждане, скорая помощь, если больной находится в бессознательном состоянии, вообще не проводят реанимационные мероприятия и вследствие этого ежегодно погибают более 1 млн. граждан пенсионного возраста». Аналогичным недостатком обладает Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении дополнения в Уголовный кодекс Российской Федерации» (по вопросу установления уголовной ответственности за незаконное изъятие органов и (или) тканей трупа человека) № 84341-3⁵. Текст ее включает следующую информацию: «По заявкам, в том числе и медицинских учреждений, патологоанатомы производят изъятие у умерших людей органов и тканей для потребностей живых. Как правило, без разрешения родственников производится изъятие органов у большинства умерших, особенно у лиц, умерших внезапной смертью, погибших в дорожно-транспортных происшествиях или умерших при невыясненных обстоятельствах и тому подобных случаях...». Как видно из приведенных примеров, никаких фактических данных, способных выступать в качестве доказательства целесообразности какой-либо законотворческой идеи, соответствующие пояснительные записки к законопроектам не содержат.

¹ См.: Баранов В.М. Концепция законопроекта: понятие, элементы, виды, проблемы реализации // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 123—124.

² Проект внесен в Государственную Думу ФС РФ 19 января 2009 года депутатами И.И. Гильмутдиновым, В.П. Таскаевым, П.Ф. Таракановым.

³ Проект внесен в Государственную Думу ФС РФ 13 июня 2006 года депутатами С.А. Афендуловым, Н.И. Борцовым, В.А. Васильевым, В.С. Груздевым, Н.Д. Ковалевым и членами Совета Федерации ФС РФ Б.Н. Агаповым, В.К. Гусевым, Р.Г. Искужиным, М.Г. Кавджарадзе, В.Т. Кадоховым, Н.В. Косаревым, А.Г. Лысковым, С.Ю. Орловой, В.А. Поповым, В.Б. Спицнаделем, М.Н. Умаровой, Г.Т. Хрипелем.

⁴ Проект внесен в Государственную Думу ФС РФ 5 февраля 2003 года В.И. Шандыбиным, С.П. Шашуриным, В.И. Илюхиным.

⁵ Проект принят к рассмотрению протоколом заседания Совета Государственной Думы ФС РФ 22 мая 2001 года.

Теперь — несколько примеров пояснительных записок к законопроектам, воплотившимся к настоящему времени в федеральные законы о внесении изменений или дополнений в УК РФ.

Практические доказательства целесообразности применения правила назначения наказания путем поглощения менее строгого более строгим по совокупности преступлений, когда в нее входят не только преступления небольшой, но и средней тяжести, приводимые в Пояснительной записке к проекту Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» от 8 декабря 2003 года №162-ФЗ, характеризовались неконкретностью. Авторы данной законотворческой идеи ссылались на материалы судебной практики, но эта ссылка не содержала ни одного временного или количественного показателя: «Как показывает анализ судебной практики, преступления небольшой и средней тяжести зачастую совершают лица, впервые привлекаемые к уголовной ответственности, а судами устанавливаются обстоятельства, смягчающие наказание. При таких обстоятельствах принцип сложения наказаний в ряде случаев противоречит другому принципу уголовного права — принципу справедливого наказания. В связи с этим предлагается...». Однако, как отмечено в Пояснительной записке, принцип сложения наказаний порождает некое противоречие лишь в ряде случаев, каковым нельзя придавать свойства системы. Кроме того, в теории уголовного права широкое распространение имеет позиция о неэффективности применения правила поглощения уголовных наказаний, назначенных виновному, являющегося антигуманным по отношению к потерпевшим.

В той же Пояснительной записке к проекту Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» от 8 декабря 2003 года №162-ФЗ, одной из законотворческих идей которого была отмена конфискации имущества как вида уголовного наказания, обоснование целесообразности данного предложения субъекта законодательной инициативы свелось к фразе «с учетом весьма низкой эффективности такого вида наказания...». Конечно, никаких практических доказательств этому в Пояснительной записке представлено не было, и быть не могло. Решение об отмене конфискации имущества было сугубо субъективным, основанным на частных интересах представителей олигархических структур. Не случайно законопроект о возврате конфискации имущества был направлен в Государственную Думу ФС РФ меньше, чем через год — 5 ноября 2004 года.

Из наиболее существенных изменений и дополнений, вносимых в УК РФ в последние годы, затрагивающих вопросы наказуемости преступлений и делений, нельзя не отметить Федеральный закон от 7 марта 2011 года № 26-ФЗ, рассматриваемый министром юстиции А. Коноваловым в качестве «революционного» в связи с осознанным уравниванием законодателем нижних сроков лишения свободы в санкциях, предусмотренных за общеуголовные корыстные и насильственные тяжкие и особо тяжкие преступления, в том числе квалифицированных видов (всего — 68 составов). Установление двухмесячного нижнего срока лишения свободы (минимально допустимого, предусмотренного статьей 5б Общей части УК РФ) вместо определенного количества лет лишения свободы привело к понижению коэффициента судебной репрессии за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (ст. 111 УК РФ), за хищения (ст. 158, ст. 159, ст. 160, ч. 1—2 ст. 161, ч. 1—2 ст. 162, ст. 164 УК РФ) и вымогательство (ч. 1—2 ст. 163 УК РФ), неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (ст. 166 УК РФ) и т. д. Какова же логика концепции данного законопроекта, если предложенные субъектом законодательной инициативы разрывы в санкциях от 2 месяцев до 8, 10, 15 лет лишения свободы, рассматриваемые в Пояснительной записке как «дальнейшая либерализация уголовного законодательства», повысили его коррупциогенный потенциал? Существование широких диапазонов между пределами наказаний по тяжким и особо тяжким преступлениям подвергалось критике еще в советский период развития отечественной уголовно-правовой науки, когда отмечалось расхождение между логически обоснованным стремлением законодателя признать повышенную общественную опасность подобных преступлений и фактически «облегченным» набором уголовно-правовых средств борьбы с ними. В разделе IV («Концепция УК Российской Федерации, вытекающая из задач и содержания судебной реформы») «Концепции уголовного законодательства Российской Федерации», разработанной авторским коллективом ученых (И.М. Гальперин, А.И. Игнатов, С.Г. Келина, Ю.А. Красиков, Г.М. Миньковский, М.С. Палеев, С.А. Пашин, Э.Ф. Побегайло, О.Ф. Шишов) в начале 90-х годов XX века указывалась требующая устранения в новом УК РФ проблема — «преодоление в ряде статей избыточно больших «люфтов» между нижним и верхним пределами санкций (от трех месяцев до десяти лет лишения свободы), открывающих возможность судейского произвола»¹. Однако анализируемая Пояснительная записка содержит лишь фразу «тем самым суду предоставляется возможность проявлять более дифференцированный подход при назначении наказания» без каких-либо дополнительных аргументов.

Известно, что «важнейшим условием совершенства любой отрасли законодательства является принцип его системности, предполагающий внутреннюю согласованность всех его положений, норм

¹ Концепция уголовного законодательства Российской Федерации // Государство и право. — 1992. — № 8. — С. 45.

и институтов, отсутствие коллизий и несоответствий между ними»¹. Возникающая противоречивость отдельных положений УК РФ после принятия закона о внесении в него изменений или дополнений (*контактная законодательная коллизия* или *контактное формально-логическое противоречие*²) является последствием дефектов законоподготовительной деятельности. Одна из причин такого положения вещей — стремление субъекта законодательной инициативы охватить одним законопроектом одновременно несколько (а то и несколько десятков) уголовно-правовых предписаний. Однако в погоне за количеством неизбежно утрачивается качество, и наоборот, чем уже вопрос, подлежащий рассмотрению законодателем, тем потенциально выше качество его проработки.

В этой связи текущее законотворчество в сфере уголовного права должно представлять собой «нанесение точечных ударов». Речь категорически не идет о постоянной новеллизации УК РФ. Очевидно, что уголовное законодательство должно быть «положительно консервативным», и соответствующие «точечные удары» должны наноситься только после их всесторонней проработки. Формально-логические противоречия, возникшие в связи с внесением непродуманных, поспешных изменений или дополнений в УК РФ, могут продолжительное время существовать в праве («латентное бытие законодательных коллизий»³), не причиняя ущерба эффективности правового регулирования вплоть до момента правоприменения, когда адресат соответствующих предписаний сталкивается с необходимостью разрешения обнаруженного противоречия при помощи правоинтерпретационной техники. Однако соблюдение требований законоподготовительного процесса позволяет предотвратить их возникновение, снижает *рискоемкость* законотворческих идей⁴. С сожалением приходится констатировать, что в России до сих пор не установилась традиция обоснования принципиальных изменений в уголовно-правовом регулировании, законодателем отдается предпочтение политической мотивированности принимаемых решений.

Отсутствие научно обоснованной уголовной политики приводит к практически ежемесячному конгломерату «инновационных» мероприятий в сфере уголовного законотворчества в Российской Федерации, не объединенных единой программой, в то время как уважение к уголовному закону возможно лишь при условии его максимальной стабильности, а также при справедливости вторичного законотворчества, которое должно осуществляться не под влиянием кратковременных текущих политических потребностей.

В этой связи нельзя не отметить Пояснительную записку к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области борьбы с коррупцией» (принятому 4 мая 2011 г. № 97-ФЗ) об установлении принципиально нового способа исчисления штрафа — в размерах, кратных стоимости предмета преступления, по таким преступлениям, как взяточничество и коммерческий подкуп. Конечно, устоявшиеся представления об оптимальности тех или иных правовых форм, в частности, существующих способов исчисления штрафа, не должны препятствовать критической оценке этих форм и выдвиганию разумных альтернатив, но лишь разумных и обоснованных. Однако данная Пояснительная записка не выполнила функции обоснования правовой позиции субъекта законодательной инициативы, являясь чрезмерно краткой. Так, например, в ней не были пояснены: причины неприменения нового способа исчисления штрафа при его назначении за иные виды преступлений; цифровые показатели штрафа в санкциях статей 290—291¹ УК РФ, в том числе целесообразность введения (впервые за 15 лет действия УК РФ!), наряду с относительно определенными, абсолютных размеров штрафа в данных санкциях; и т. д.

Субъективизм решений в сфере уголовного законодательства, отсутствие какой бы то ни было мотивировки со стороны субъекта законодательной инициативы — нередкая тема для обсуждения на научно-практических конференциях⁵. И причина произвола в оформлении сопроводительных доку-

¹ Раго А.И. Системность уголовного законодательства и перспективы его развития // Международное и национальное уголовное законодательство: проблемы юридической техники: Материалы III Международной научно-практической конференции. — М., 2004. — С. 61.

² См.: Сырых Е.В. Техничко-юридические критерии качества закона // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2000. — С. 177.

³ См.: Толстик В.А. Техничко-юридические приемы выявления, устранения и преодоления формально-логических противоречий // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2001. — С. 117.

⁴ См.: Баранов В.М. Идея законопроекта // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 33.

⁵ См.: Милюков С.Ф. Законодательная «лихорадка» и ее уголовно-политические последствия // Уголовно-правовая защита конституционных прав человека (к 15-летию Конституции России): Сборник материалов Международной научно-практической конференции. СПб., 26—27 мая 2009 года. — СПб., 2009. — С. 102. См. также: Резолюция III-го Российского Конгресса уголовного права (МГУ им. М.В. Ломоносова, г. Москва, 29—30 мая 2008 г.). В этой связи весьма показательным замечание Э.Ф. Побегайло о постоянном нарушении принципа демократизма при подготовке законопроектов, высказанное в адрес законодателя на теоретическом семинаре «Проблемы кодификации российского уголовного законодательства: новый Кодекс или новая редакция Кодекса» (Академия Генеральной прокуратуры РФ, г. Москва, 27 мая 2009 г.).

ментов на законопроект вполне понятна — отсутствие юридической ответственности, адекватных форм правовой реакции за нарушение установленных правил их развернутого составления¹. Так, например, в настоящее время не просто не указывается в пояснительной записке к законопроекту, но и вообще фактически отсутствует обращение большинства субъектов законодательной инициативы к позиции социума при разработке моделей уголовно-правового регулирования общественных отношений, в то время как согласно пункту 3 Основных требований 2001 года в тексте документа, отражающего концепцию законопроекта, должны быть представлены результаты проведения социологических исследований, обработка и учет которых необходимы для демонстрации *социальной обусловленности проектируемых правовых предписаний*.

Очевидно, что правовое регулирование общественных отношений оказывается тем эффективнее, чем точнее оно отражает реальные социально-экономические потребности общественного развития. «Влияние новой нормы в значительной степени зависит от ее способности «вписаться» в действующую систему социальных институтов»². Так, еще в начале XX века отечественные теоретики утверждали, что задача законодателя — своевременно обнаружить назревающие потребности в правовом регулировании и придать им правовое обличие, предварительно согласовав их с незыблемым началом — «духом народа»³, его представлением о должном правопорядке. «Законодательство по своей природе призвано быть последовательным отражением подлинного народовластия, нравственных устоев общества»⁴. Поэтому, например, криминализация общественно опасных деяний всегда должна быть социально обусловленной и соответствовать готовности населения к восприятию тех или иных деяний в качестве существенно общественно опасных.

Известно, что *криминализация* представляет собой конструирование новых составов преступлений, запрещающих определенные формы индивидуального произвола (*полная криминализация*) или изменение отдельных признаков предусмотренных в действующем уголовном законодательстве составов преступлений, влекущее расширение сферы применения существующих уголовно-правовых предписаний (*частичная криминализация*). Однако «уголовно наказуемыми должны объявляться только такие действия, которые с точки зрения уголовной политики и правосознания представляют весьма значительную общественную опасность»⁵. Иначе уголовный закон не имеет перспективы — обречен на бездействие и «превращается в мертвую букву, лишённую жизненного значения»⁶. Процессы криминализации отражают «изменчивый (подвижный) характер социальной мобильности уголовно-правовых средств охраны тех или иных интересов общества»⁷. По мнению В.П. Жеребкина, «потребуется некоторое время и определенная просветительская работа с населением для того, чтобы люди поняли, что не только убийства, телесные повреждения, изнасилования, оскорбления, похищения людей, но и посягательства на частную жизнь, незаконное вторжение в жилище, нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений — уголовно наказуемые деяния»⁸. Однако представляется, что данная работа должна была опережать появление соответствующих уголовно-правовых предписаний в тексте УК РФ. При отсутствии такого опережения неизбежно возникает негативное состояние *избыточной (неуместной)* криминализации, показателем которой является массовое неприменение либо выборочное применение уголовно-правовых предписаний на практике, когда, несмотря на фактическое совершение деяний, описанных в статьях УК РФ, количество случаев привлечения к уголовной ответственности за содеянное ничтожно.

Конечно, «главная задача заключается не в том, чтобы уголовное законодательство нарушалось (а, следовательно, и применялось), а в том, чтобы оно соблюдалось. То, что уголовный закон обозначает зло (преступления), устанавливая его наказуемость, определяя тем самым и его опасность, и меру его государственного порицания, и является принципиально важным, поскольку существенно

¹ См.: Цветков В.В. Реализация института законодательной инициативы в современной российской государственности (общетеоретический аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2008. — С. 18, 26.

² Кульчар К. Основы социологии права. — М., 1981. — С. 180—181.

³ См.: Башмаков А. Законодательная техника и народное право // Журнал Министерства юстиции. — 1904. — № 2. — С. 175—183.

⁴ Систематизация законодательства в Российской Федерации / Отв. ред. А.С. Пиголкин. — СПб., 2003. — С. 7.

⁵ Ковалев М.И. Роль законодательной техники в конструировании норм уголовного законодательства // Вопросы совершенствования уголовно-правовых норм на современном этапе: Межвузовский сборник научных трудов. — Свердловск, 1986. — С. 4—5.

⁶ Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России: Монография. — Воронеж, 2004. — С. 71.

⁷ См.: Козаченко И.Я. Санкции за преступления против жизни и здоровья: обусловленность, структура, функции, виды. — Томск, 1987. — С. 90.

⁸ Жеребкин В.П. Некоторые вопросы квалификации преступных посягательств на частную жизнь // Уголовно-правовая охрана личности и ее оптимизация: Доклады научно-практической конференции, Саратов, 20—21 марта 2003. — Саратов, 2003. — С. 167.

расширяет пределы досягаемости уголовного права»¹. Однако, во-первых, не следует отождествлять неприменение уголовного закона с его соблюдением. Известно, что переизбыток уголовно-правовых запретов затрудняет работу правоохранительных органов, которые вынуждены «закрывать глаза» на существование отдельных уголовно-правовых предписаний, что дискредитирует УК РФ в целом, подрывая авторитет уголовного закона. А, во-вторых, не следует забывать о существовании административного законодательства, одна из задач которого — также «обозначать зло».

К разряду «псевдопреступлений», место которым — среди административных правонарушений, нередко и вполне справедливо относят общественно опасные деяния, предусмотренные статьями 141¹, 145, 145¹, 148, 170, 180, 197, 214, 215¹, 242, 326, 327¹ УК РФ². На VII Всероссийском съезде судей Председатель Верховного Суда РФ В.М. Лебедев заявил о необходимости декриминализации около 180 составов преступлений³. В этой связи заслуживает поддержки позиция К.К. Панько, считающего, что законодатель перестарался в реализации своего права «исчерпывающе запретить все негативное (общественно опасное в действиях и отношениях людей) и таким путем признать и взять под защиту все остальное в качестве положительного и общественно не опасного»⁴.

Обращаясь к технической стороне учета общественного мнения при разработке проекта уголовного закона, следует подчеркнуть, что практика предварительных всенародных обсуждений себя не оправдывает в силу отсутствия механизма подведения итогов и их дальнейшего использования в законотворчестве⁵. В этой связи более конкретизированным и оперативным средством выявления мнения населения представляется проведение опросов граждан с различным социально-правовым статусом по заказу субъекта законодательной инициативы.

Согласно пункту 3 Основных требований 2001 года, концепция законопроекта должна содержать, помимо прочего, анализ зарубежной правоприменительной практики. Однако представляется, что наличие *сравнительных доказательств* (доказательств соответствия законотворческой идеи позитивному опыту зарубежных государств) — факультативная составляющая пояснительной записки к законопроекту в сфере уголовного права.

Известно, что *унификация права* (достижение единообразия определенных областей национального законодательства), в частности, «сближение норм уголовного права различных стран через отработку взаимоприемлемых, схожих и однозначных формулировок»⁶, способствует более тесному развитию отношений между государствами. В настоящее время возможности реинтеграции отечественного уголовного законодательства в континентальную систему права расширяются⁷. Однако наблюдающаяся тенденция сближения различных правовых систем под влиянием глобализации (интеграции национальных экономик, основанной на беспрепятственном перемещении капиталов, открытости информационного рынка, коммуникационном сближении, быстром техническом обновлении, интернациональном образовании, межнациональных движениях)⁸, влекущей образование единого социокультурного пространства, не способна привести к утрате всех различий между национальными правовыми системами ввиду продолжающегося влияния на них исторических традиций, условий возникновения и развития конкретного государства. Поэтому следует подходить к рецепции (от лат. *receptio* — принятие, прием) норм других государств, перенося соответствующие предписания в УК РФ, с осторожностью, не механически, а учитывая особенности отечественной правовой культуры.

¹ Баранов В.М. Научные основы техники уголовного законодательства (заметки на полях текста докторской диссертации К.К. Панько) / В.М. Баранов, П.Н. Панченко // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 285.

² См.: Козаченко И.Я. Криминологическая обусловленность уголовно-правовых норм // Реагирование на преступность: концепции, закон, практика. — М., 2002. — С. 18; Лопашенко Н.А. Уголовно-правовая политика в сфере охраны личности: проблемы и пути их преодоления // Уголовно-правовая охрана личности и ее оптимизация: Доклады научно-практической конференции, Саратов, 20—21 марта 2003. — Саратов, 2003. — С. 57; Панченко П.Н. Уголовный кодекс Российской Федерации как новое достижение законодательной техники и как предмет критического внимания / П.Н. Панченко, Л.В. Быкадорова // Вестник ННГУ. — Серия: Право. — 2000. — № 1 (2). — С. 270; Сайгашкин А.Н. Уголовное право в механизме охраны прав и свобод человека и гражданина // Предмет уголовного права и его роль в формировании уголовного законодательства Российской Федерации: Доклады научно-практической конференции, Саратов, 25—26 апреля 2002. — Саратов, 2002. — С. 84.

³ См.: Лысков А. Последствия судимости отражаются на следующих поколениях // Парламентская газета. — 2008. — 26 декабря.

⁴ Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России: Монография. — Воронеж, 2004. — С. 13.

⁵ См.: Абдуллаев М.И. Проблемы теории государства и права / М.И. Абдуллаев, С.А. Комаров. — СПб., 2003. — С. 323.

⁶ Голик Ю.В. Перспективы развития уголовного права // Уголовное право в XXI веке. — М., 2002. — С. 124.

⁷ См.: Бойцов А.И. Судебная практика как источник уголовного права // Судебная практика в российской правовой системе. — СПб., 2003. — С. 34.

⁸ См.: Уткин А.И. Векторы глобальных перемен: анализ, оценка основных факторов мирового политического развития // Полис. — 2000. — № 1. — С. 32.

«Правовая ментальность российского человека отлична от аналогичных феноменов других социумов. Европейско-восточное сознание конституируется не автономно, лишь как европейское либо лишь как восточное. Налицо некий симбиоз «психологичности» Востока и «идеологичности» Запада»¹. Именно в связи с тем, что в основе российского культурологического типа лежит соединение признаков различных культур², «правовые новации не могут быть осуществимы вне культурно-исторических традиций данного социума»³. В противном случае, метод рецепции, несмотря на сравнительную легкость и простоту осуществления, может оказаться малопродуктивным⁴. «Особенно это чревато, когда за основу берут нормативные правовые акты зарубежных стран, в большинстве случаев не рассчитанные на принципы, практику и систему отечественного права»⁵. Так, Е.Г. Лукьянова подчеркивает гипертрофированную роль политического фактора в современном процессе законотворчества, обусловившего резкое изменение идеологической направленности федерального законодательства в сторону заимствования западных стандартов⁶.

Действительно, навязывание культурных ценностей Запада, образа жизни, стереотипов поведения в итоге приводит и к навязыванию своей системы права. Не случайно в диссертационном исследовании А.А. Нечепуренко отмечается, что «уголовно-правовые реформы в России во многом носят прозападный, подражательный характер»⁷. По мнению А.И. Бойко, озвученному им на теоретическом семинаре «Проблемы кодификации российского уголовного законодательства: новый Кодекс или новая редакция Кодекса» (Академия Генеральной прокуратуры РФ, г. Москва, 27 мая 2009 г.), все последние изменения и дополнения УК РФ есть не что иное, как «ситуативные полумотивированные решения с оглядкой то на Запад, то на Восток». Поэтому в связи с повышенной сложностью сопоставления одноименных уголовно-правовых институтов — отечественных и иностранных, анализ практики реализации последних, оценка их эффективности не должны являться *обязательной частью* процесса организации отечественного законотворчества⁸.

¹ Рыбаков О.Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности. — СПб., 2004. — С. 214.

² См.: Малешин Д.Я. Социокультурные основы российского права // Юридическая наука и образование. — 2008. — Вып. 1. — С. 12.

³ Рыбаков О.Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности. — СПб., 2004. — С. 72.

⁴ См.: Белингов А.В. Модернизация права в России: теоретический анализ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1999. — С. 17—18; Клейменов М.П. Проблема глобализации уголовной политики / М.П. Клейменов, И.М. Клейменов // Реагирование на преступность: концепции, закон, практика. — М., 2002. — С. 15; Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России: Монография. — Воронеж, 2004. — С. 21.

⁵ Юридическая техника: Учебное пособие / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, Н.А. Власенко. — М., 2010. — С. 32.

⁶ См.: Лукьянова Е.Г. Некоторые проблемы правотворчества в современной России // Правоведение. — 2007. — № 6. — С. 165.

⁷ Нечепуренко А.А. Испытание в уголовном праве: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 3.

⁸ См. иную позицию: Цветков В.В. Реализация института законодательной инициативы в современной российской государственности (общетеоретический аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2008. — С. 28.

С.А. Токмин

Токмин Сергей Алексеевич — аспирант кафедры теории государства и права Сибирской академии права, экономики и управления (г. Иркутск)

Влияние программных партийных документов на советское правотворчество

В последние годы в России обозначилась устойчивая тенденция к созданию политическим руководством государства документов программно-политического характера, имеющих наименование «концепция», «доктрина», «программа», «план» (например, Концепция национальной безопасности России¹, Доктрина информационной безопасности Российской Федерации², Национальный план противодействия коррупции³ и т. п.). Эти программные документы определяют направления политики, принципы и содержание правового регулирования на будущее, влияют на развитие законодательства, то есть оказывают влияние на содержание правотворчества, а в некоторых случаях даже имеют прямые признаки источника права. Так, например, положения упомянутого Национального плана противодействия коррупции нашли свое развитие в федеральных законах «О противодействии коррупции»⁴, «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»⁵ и еще целом ряде законов и подзаконных нормативных правовых актов. Кроме того, на всех уровнях правового регулирования все большее значение приобретают программно-целевые средства, сочетающие в себе элементы как нормативного, так и индивидуального правового регулирования⁶.

С учетом указанной тенденции, представляется уместным и своевременным: а) исследовать теоретические аспекты категории «программа» с правовой точки зрения; б) провести исторические параллели, востребовать богатый отечественный философско-правовой и законодательный материал, определить место и роль программных документов в системе источников права с учетом исторического опыта и современных политико-правовых реалий. Полезно с учетом теоретических обобщений и исторического знания выработать рекомендации по совершенствованию правовой системы Российской Федерации, разумной «встроенности» в нее программных документов.

В современной литературе программе как правовому документу уделяется определенное внимание. Так, Е.Ю. Жарова в одном из немногих монографических исследований по данному вопросу проанализировала следующие общие признаки программы: а) программа — это документ, б) информационность, в) срочность, г) системность, д) программа — это краткое изложение, описание действий, е) полнота и точность описания плана действий, ж) логичность, з) направленность на регулирование деятельности участников программы, и) целевой характер, к) перспективность, л) поэтапная реализация, м) необходимость материальных затрат на реализацию. Последний из признаков является факультативным. На основе этих признаков и с учетом специфики именно правовых программ Е.Ю. Жарова сформулировала следующее определение: «Правовая программа — это срочный, комплексный правовой акт, принимаемый уполномоченными субъектами права, требующий материальных затрат и поэтапной реализации, включающий систему приоритетных мероприятий, направленных на достижение общественно значимых целей»⁷. Как обоснованно указывает Д.С. Зотов, «Разработка и реализация целевых программ является действенным способом решения острых проблем, требующих сосредоточения ресурсов, концентрации усилий, целевой ориентации используемых средств, согласованности целей реализуемых действий. На современном этапе социально-экономического развития

¹ См.: Концепция национальной безопасности России. Утверждена Указом Президента РФ от 17 декабря 1997 года № 1300 (в ред. 10 января 2000 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2000. — № 2. — Ст. 170.

² См.: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации. Утверждена Указом Президента РФ от 9 сентября 2000 года № Пр-1895 // Российская газета. — 2000. — 28 сентября.

³ См.: Национальный план противодействия коррупции. Утвержден Указом Президента РФ от 31 июля 2008 года № Пр-1568 (в ред. Указа от 13 апреля 2010 г. № 460) // Российская газета. — 2008. — 5 августа.

⁴ См.: Федеральный закон от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 6228.

⁵ См.: Федеральный закон от 17 июля 2009 года № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3609.

⁶ Имеются в виду федеральные, региональные, ведомственные, муниципальные целевые программы и т. п.

⁷ Жарова Е.Ю. Программа как правовой документ: Монография / Под ред. В.А. Толстика. — Н. Новгород, 2008. — С. 10—19, 56—57.

Российской Федерации целевые программы являются основным и, по существу, единственным обработанным и эффективно действующим инструментом программно-целевого управления»¹.

Вместе с тем, большинство современных исследователей акцент делают на осуществляющих нормативно-правовое и одновременно индивидуально-правовое регулирование целевых программах, совершенно игнорируя все многообразие программ как документов, имеющих юридическое значение. Такое умолчание представляется напрасным, поскольку имеющийся опыт разработки и внедрения иного рода программ может быть ценен и востребован (ценным, как известно, является как положительный, так и отрицательный опыт). Прежде всего мы имеем в виду программы политико-правового характера, имевшие наибольшее значение, если взять всю юридическую историю России, в советский период.

Изучение программных документов советского периода позволяет утверждать, что они служили своеобразным «передаточным звеном» между коммунистической идеологией в чистом виде и правовой сферой жизни общества. Программа КПСС, принятая 22-м съездом КПСС (1961 г.), решения партийных съездов и всесоюзных конференций, пленумов ЦК Партии, Продовольственная программа, одобренная майским (1982 г.) Пленумом ЦК КПСС, и т. п. после их издания на долгие годы определяли направления государственно-властных усилий, в том числе и правового регулирования конкретных сфер общественных отношений. Законодательство конструировалось и адаптировалось «под» партийные решения. Вот как пишет об этом в научном труде современница: «С развитием и укреплением социалистических общественных отношений в сельском хозяйстве совершенствуются формы хозяйствования и управления в соответствии с принципами и требованиями современной аграрной политики КПСС, закрепленной решениями XXVII съезда партии. Важная роль в решении задачи надежного обеспечения страны продуктами питания и сельскохозяйственным сырьем принадлежит советскому праву. XXVII съезд КПСС поднял на качественно новый уровень роль правового регулирования сельского хозяйства, направленного на решение задач совершенствования производственных отношений на деле, ускоренного роста производительных сил, всесторонней интенсификации и повышения эффективности сельскохозяйственного производства, ускорения научно-технического прогресса, внедрения прогрессивных форм организации и стимулирования труда»².

Программные документы коммунистической партии, являвшиеся с учетом специфики политико-правового режима одновременно программными документами политического руководства страны, определяли правовые принципы, содержание законодательства, структуру и функционирование правовой системы Советского Союза в целом. «Партийные программы и решения... не образуют право в собственном смысле этого слова. Однако их доктринальное значение неоспоримо, ибо в этих документах содержится изложение марксистско-ленинской теории в ее современном звучании по самым разным вопросам», — писали об этом Р. Давид и К. Жоффре-Спинози³.

Уникальным, с точки зрения мировой практики, явлением стали совместные правовые документы партийных и государственных органов. Например, государственную политику в сфере использования и охраны окружающей среды формулировали три основных документа: постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 29 декабря 1972 года «Об усилении охраны природы и улучшении использования природных ресурсов»⁴, постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 1 декабря 1978 года «О дополнительных мерах по усилению охраны природы и улучшению использования природных ресурсов»⁵ и постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 7 января 1988 года «О коренной перестройке дела охраны природы в стране»⁶. Именно они определяли содержание и развитие природоохранного и природоресурсного законодательства.

Таким образом, партийную идеологию и волю господствующих в государстве политических сил можно считать зависящим от конкретной исторической ситуации политико-идеологическим источником права, а программные документы КПСС — своеобразным феноменом, «формализующим» властную волю, доводящим ее до общества. При этом в интерпретации, направленной «широким кругам», воля партийной номенклатуры, как правило, ретушировалась декларацией защиты интересов советского народа, постановкой стратегических и тактических задач, а то и, просто, раздачей обещаний по улучшению уровня жизни населения. Скорое и решительное установление того строя жизни, при котором все будут счастливы, было даже продекларировано в качестве практической задачи ближайших

¹ Зотов Д.С. Программно-целевой способ регулирования как средство обеспечения эффективности муниципального управления // Эффективность государственного управления и местного самоуправления: Сборник материалов областной научно-практической конференции / Под ред. С.А. Рязанцева, М.А. Мушинского. — Иркутск, 2010.

² Макарова О.А. Правовое регулирование сельского хозяйства и система советского права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Л., 1986. — С. 3.

³ Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А. Туманова. — М., 1999. — С. 189.

⁴ СП СССР. — 1973. — № 2. — Ст. 6.

⁵ СП СССР. — 1979. — № 2. — Ст. 6.

⁶ СП СССР. — 1988. — № 6. — Ст. 14.

лет¹. Наиболее ярко это нашло свое отражение на XXII съезде КПСС (17—31 октября 1961 г.), где Н.С. Хрущев во время своего выступления объявил, что к 1980 году в СССР будет построен коммунизм. На этом же съезде Коммунистической партии была принята Программа КПСС, которая и является наиболее ярким образцом партийного программного документа, выступавшего важным политико-идеологическим источником советского социалистического права.

Тем не менее, нельзя считать партийные программы явлением сугубо отрицательным, характеризующим исключительно антидемократическую сущность советского режима. На самом деле, программы играли и важную позитивную роль, поскольку в них содержались не только имеющие мифологический характер планы создания нового коммунистического общественного устройства, но и вполне реальные и реалистичные мероприятия по реформированию и правовому регулированию различных отношений в социальной, экономической, культурной сферах.

Например, сейчас уже общепризнано, что «постсоветское» слепое преклонение перед совершенно «вольным» рынком, огульное абсолютное отрицание очевидных преимуществ планового хозяйствования в отдельных сферах экономики, игнорирование требований гармоничного развития рынка при координирующей роли государства, контроля со стороны государства в отношении монопольных секторов, процессов приватизации и т. п. привели Россию к плачевным социально-экономическим результатам. Может быть, не стоило так резко отрицать полезные наработки советского периода? Ведь, не случайно в специальной прессе все чаще, например, звучат призывы к реставрации на временных началах такой мощной и важной структуры советского периода, как Госплан².

Конечно, советские наработки в чистом виде для современного развитого государства неприемлемы. В России теперь другой общественно-экономический строй. В Советском Союзе основной внутренней функцией государства считалась «хозяйственно-организаторская функция». Плановое руководство экономикой со стороны государства провозглашалось (и фактически являлось) жизненной потребностью социализма как общественного строя. Необходимость для социалистического государства выполнения данной функции коренилась в его экономической основе, которую составляли социалистическая система хозяйствования и социалистическая собственность. «Концентрируя в своих руках основные средства производства в качестве их собственника, социалистическое государство тем самым принимает на себя управление государственной собственностью и плановое ведение хозяйства в целях наиболее полного удовлетворения материальных и культурных потребностей членов общества»³. «Хозяйственно-организаторская деятельность обеспечивает рост производительности труда, повышение эффективности производства и качества работы, пропорциональное развитие народного хозяйства», — считали авторы того времени⁴. Специфика социально-экономической, хозяйственной системы государства определяла и специфику системы советского права. Его отличало «обширное административно-хозяйственное законодательство, своеобразное гражданско-правовое регулирование отношений между предприятиями»⁵.

Выше мы уже говорили о таком своеобразном документе программного, политико-правового характера, как совместные постановления высшего партийного органа и высшего государственного органа. С их помощью, по сути, идеологические установки (ЦК КПСС) переводились в плоскость реального нормативно-правового регулирования (Совет Министров — правительство Советского Союза). Именно с помощью подобных документов имели место попытки кардинального реформирования экономики, перевода ее в той или иной степени на рыночные рельсы и «включения» объективных экономических законов на советском пространстве, в том числе с использованием юридических средств.

Одна из таких попыток относится к середине 60-х годов, когда было принято достаточно прогрессивное для своего времени постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 4 декабря 1965 года № 729 «О совершенствовании планирования и усилении экономического стимулирования промышленного производства»⁶. Для развития экономики, по смыслу данного политико-правового акта, необходима была существенная перестройка аппарата управления хозяйством страны, перенос центра тяжести управления из органов государства непосредственно на предприятия, соответственно, укрепление управленческого звена предприятий опытными, грамотными кадрами, расширение самостоятельности предприятий в принятии экономических решений и осуществлении экономической деятельности. Вводилась система, при которой план не спускался жестко «сверху», а разрабатывался самим предприятием на основе имеющихся хозяйственных договоров с предприятиями и организа-

¹ См.: Алексеев С.С. Философия права. — М., 1999. — С. 149—150.

² См., например: Иванов Е.А. Обновленный Госплан необходим стране и сейчас // О ситуации в России: Интернет-страница альманаха «Восток» // www.situation.ru/app/j_art_305.htm

³ Теория государства и права / Под ред. Н.Г. Александрова, А.В. Мицкевича, А.Ф. Шебанова. — М., 1974. — С. 284—285.

⁴ Теория государства и права / Под ред. А.М. Васильева. — М., 1983. — С. 201.

⁵ Общая теория государства и права: В 2 т. / Под ред. В.С. Петрова и Л.С. Явича. — Л., 1974. — Т. 2: Общая теория права. — С. 297.

⁶ См.: СП СССР. — 1965. — № 19—20. — Ст. 153.

циями-контрагентами, рассматривался и утверждался органом государства с участием предприятия. Наряду с нормами-принципами и конкретными нормами-регуляторами, изобилывал данный документ, конечно, и политическими декларациями, например: «Особое внимание должно уделяться неуклонному повышению производительности труда как решающему условию ускорения темпов роста производства и подъема благосостояния народа» (абз. 3 п. 5). Во исполнение и в развитие положений данного документа программного, политико-правового характера был издан ряд конкретизирующих нормативных правовых актов, в частности, постановление Совета Министров СССР от 4 декабря 1965 года № 731 «Об утверждении Положения о социалистическом государственном производственном предприятии»¹, в котором был реализован принцип сочетания централизованного руководства с хозяйственной самостоятельностью и инициативой предприятия.

Таким образом, программные документы коммунистической партии, а с учетом специфики политико-правового режима — одновременно программные документы политического руководства страны, определяли правовые принципы, содержание законодательства, структуру и функционирование правовой системы Советского Союза в целом. Они оказывали непосредственное воздействие на советское правотворчество, формируя его содержание в качестве специфичного политико-идеологического источника права.

¹ См.: СП СССР. — 1965. — № 19—20. — Ст. 155.

В.А. Толстик, Н.А. Трусов

Толстик Владимир Алексеевич — доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России;

Трусов Николай Александрович — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и международного права Нижегородской академии МВД России

Правотворческое лоббирование как средство борьбы за содержание права

В реальном правотворческом процессе содержание права зависит от целого ряда факторов: доминирования в сознании субъектов правотворчества той или иной идеологии, их представления об иерархии ценностей, реального расклада политических сил в обществе, степени и интенсивности лоббистского воздействия и других. В конечном счете, содержание права неизбежно является результатом борьбы и некоего компромисса, достигнутого в той или иной форме в процессе правотворчества. Однако не стоит забывать, что когда те или иные субъекты борьбы за содержание права сосредоточивают в своих руках большие возможности влияния на процесс нормотворчества и самого законодателя, то содержание права может быть не результатом компромисса, а односторонней волей доминирующей стороны.

Инструментальная составляющая механизма борьбы за содержание права синтезирует различные способы. При этом, как представляется, наиболее характерными способами борьбы за принятие норм права в соответствии с критерием содержания права являются: референдум, выборы, отзыв выборных органов и лиц, правотворческая инициатива (законодательная и народная), лоббизм и некоторые другие.

В настоящей статье особое внимание будет уделено правотворческому лоббированию как одному из эффективных средств борьбы за содержание права.

Энциклопедические словари определяют *лоббизм* как механизм воздействия частных и общественных организаций (политических партий, профсоюзов, корпораций, предпринимательских союзов и т. п., так называемых групп давления) на процесс принятия решений парламентом. В связи с тем, что лоббизм как социальное явление достаточно изучен в литературе¹, мы остановимся лишь на некоторых значимых, на наш взгляд, в связи с проводимым исследованием моментах.

Одним из таких значимых моментов является вопрос грани, отделяющей лоббизм, как способ легальной борьбы за содержание права, от нелегальных способов. Лоббизм как некий механизм, как технология представительства интересов есть явление, находящееся в правовом поле. Такие явления, как коррупция, не имеют к лоббизму никакого отношения. В то же время в России лоббизм и коррупция — это явления взаимосвязанные и трудноразличимые. Выявление негативных последствий лоббистской деятельности имел в виду В.Н. Лопатин, когда предложил внести норму об обязательном проведении антикоррупционной экспертизы законопроектов, результаты которой должны представляться вместе с последними при их внесении в Государственную Думу РФ².

Вопрос о грани между лоббизмом и коррупцией архисложен — и с точки зрения регулирования института лоббистской деятельности, и с точки зрения оформления антикоррупционного законодательства. От коррупции лоббизм чисто теоретически, вероятно, отличается тем, что при законном лоббизме не сулят материальные вознаграждения, а предлагают аргументы, которые потенциально могут подействовать на решение (позицию) депутата или чиновника. Формально это так. А фактически в качестве аргумента выступают обычно «какие-то цифры». Реально тут ничего изменить нельзя. В других странах дела обстоят точно так же. При этом следует согласиться с К.В. Киселевым в том,

¹ Различают гражданский лоббизм и бизнес-лоббизм, анализируются экономические (предпринимательские) и политические его аспекты. См., например: *Бятец М.В.* Лоббизм в правотворческой деятельности // Правоведение. — 1998. — № 1. — С. 46—52; *Волохов А.Е.* Лоббирование как форма участия третьего сектора в принятии политических решений: Региональный уровень: Дис... канд. социолог. наук. — М., 2004; *Любимов А.П.* Парламентское право России: Учебное пособие. — М., 2002; *Механизм регулирования лоббистской деятельности в современной России (материалы «круглого стола»)* // Государство и право. — 1998. — № 1. — С. 101—107; *Павлов В.Г.* Инициативный законопроект о лоббизме // Государство и право. — 1998. — № 12. — С. 47—54; *Толстых П.А.* Практика лоббизма в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации: Научное издание. — М., 2006; и др.

² См.: *Лопатин В.Н.* Конституционная законность и проблемы нормотворчества в России // Журнал российского права. — 2004. — № 5. — С. 8.

что коррупция и иные внеправовые явления проявляются там, где отсутствует по разным причинам (разрушен, невозможен и т. д.) отлаженный и эффективный механизм лоббирования¹.

Лоббизм является одним из высокоэффективных способов борьбы за содержание права. При этом следует заметить, что в подавляющем большинстве случаев целью лоббистской деятельности является не обеспечение торжества общечеловеческих ценностей, а последовательное отстаивание узкокорпоративных (корыстных) интересов.

Наличие лоббистского воздействия на власть в России со стороны крупных промышленно-финансовых компаний², олигархов и олигархических структур, политических и религиозных объединений и других групп давления не вызывает сомнения. Примеров здесь можно привести множество. Мы остановимся лишь на некоторых, современных и исторически показательных в рамках настоящей работы.

По мнению П.А. Толстых, Федеральный закон от 25 апреля 2002 года № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»³, который вступил в силу 1 июля 2003 года, лоббировали российские страховые компании и ассоциации. На проталкивание этого проекта у них ушло около 6 лет. Главным инициатором закона выступили генеральный директор страховой компании «Согласие» И. Жук и глава Российской ассоциации страховщиков ответственности владельцев транспортных средств А. Слепнев. Страховщики рассчитывали, что их ежегодный доход вырастет на 1 млрд долларов. И если верить страховщикам, принятие «автогражданки» обошлось их сообществу в 5 млн долларов⁴.

Повышение пошлин на иномарки выгодно, прежде всего, российским производителям машин. Самыми сильными участниками рынка здесь являются глава базового элемента О. Дерипаска, который контролирует ГАЗ и ПАЗ, глава «Северстали» А. Мордашев, контролирующей УАЗ, и акционеры ВАЗа. Именно они инициировали историческую встречу российского автопрома с Президентом РФ В. Путиным в 2001 году. Основной задачей российских автопромышленников, считает Ю. Латынина, является перепродажа заводов иностранному инвестору, который только в том случае инвестирует в это деньги, если другими способами он сюда свои машины не завезет⁵.

С мая 2004 года в России резко ухудшилась ситуация с потреблением наркотиков. Свидетельством тому стал обвальный рост смертей от их употребления: в Москве смертность от наркотиков выросла в 3,5 раза, в Санкт-Петербурге — в 3 раза, а в Екатеринбурге смертность достигла уровня, в 9 раз превышающего показатели 2003 года. В целом по России смертность от наркотиков выросла более чем в два раза⁶. Причиной такой ситуации стал всего лишь один нормативный правовой акт, а именно, постановление Правительства РФ № 231 от 6 мая 2004 года, которое ввело в оборот понятие «средней разовой дозы наркотических средств и психотропных веществ»⁷. То, что данное постановление было пролоббировано мафиозными структурами, занимающимися контрабандой наркотиков, не вызывает сомнений, так как именно оно фактически развязало руки мелким наркоторговцам, которые теперь могли носить с собой до целого грамма наркотика и в случае задержания отделялись небольшим штрафом за хранение.

Очевидно, что такая ситуация не могла продолжаться долго и, как заявил депутат Государственной Думы РФ Е.В. Ройзман, под давлением общественности российское правительство и законодатель были вынуждены пересмотреть постановление и отказаться от «средних разовых доз»⁸. Федеральным законом от 5 января 2006 года в Уголовный кодекс РФ были внесены соответствующие изменения⁹.

Теперь Правительству России предстояло в течение 30 дней принять новое постановление, которое утвердило бы крупные и особо крупные размеры наркотиков, за которые будет наступать уголовная ответственность. Казалось бы, подобные допустимые размеры наркотиков должны были быть уменьшены. Однако мафиозные структуры, занимающиеся контрабандой наркотиков, продолжали лоббировать свои интересы. В результате этого в проекте нового постановления Правительства РФ оказались циф-

¹ См. подробнее: *Киселев К.В.* Лоббизм: проблемы правового регулирования // *Чиновник*. — 2000. — № 3. — С. 13.

² См., например: *Акопов А.* Нефтяное лобби поправляет Думу // *Российская газета* — 2003. — 25 марта. — С. 9; и др.

³ *Собрание законодательства РФ*. — 2002. — № 18. — Ст. 1720.

⁴ См. подробнее: *Толстых П.А.* Практика лоббизма в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации: Научное издание. — М., 2006. — С. 158—159.

⁵ См.: *Латынина Ю.* Услуги олигархам оплатит население. По цене, назначенной властью // *Новая газета*. — 2003. — 3 февраля.

⁶ См.: newsinfo.ru/news/2006/01/news1247731

⁷ См.: Постановление Правительства РФ от 6 мая 2004 года № 231 «Об утверждении размеров средних разовых доз наркотических средств и психотропных веществ для целей статей 228, 228¹ и 229 Уголовного кодекса Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. — 2004. — № 19. — Ст. 1898.

⁸ См.: newsinfo.ru/news/2006/01/news1247731

⁹ См.: Федеральный закон от 5 января 2006 года № 11-ФЗ «О внесении изменений в статью 228 Уголовного кодекса Российской Федерации и о признании утратившим силу абзаца второго статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. — 2006. — № 2. — Ст. 176.

ры, еще больше усугубляющие наркоситуацию: если бы постановление приняли согласно проекту, то особо крупными размерами, за которые следовало бы уголовное наказание, стали бы 10 грамм героина (вместо 1 грамма), столько же — метадона, 50 таблеток экстази, полкилограмма марихуаны и т. д.¹

Надо отдать должное Правительству РФ, которое, несмотря ни на что, не пошло навстречу лоббистам и в своем постановлении от 7 февраля 2006 года уменьшило количество наркотиков, которое можно было безнаказанно хранить и употреблять². С 10 февраля, с момента вступления постановления в юридическую силу, российским наркозависимым придется туго: даже незначительный размер наркотика, не выходящий за рамки допустимых постановлением норм (для героина, например, крупным размером стали 0,5 грамма), все равно при обнаружении «потянет» как минимум на крупный штраф³.

Вызывает интерес выступление Президента РФ в прямом эфире 25 октября 2006 года. На один из многочисленных вопросов граждан, связанный с массовой вырубкой леса в России, В.В. Путин обратился к крупным бизнесменам лесной промышленности с требованием перестать лоббировать низкопошленный вывоз леса из России, то есть ставки пошлин на так называемый кругляк. Следует обрабатывать лес и создавать рабочие места у себя в стране, ввозить в Россию высокотехнологическое оборудование, платить налоги и развивать, таким образом, экономику России, а не других стран⁴.

Самая популярная и эффективная стратегия лоббирования — непосредственная, часто индивидуальная, работа с представителями власти. Формы такой работы многообразны. Многие из них закреплены в различных нормативных правовых актах, регулирующих деятельность депутатов, государственных и муниципальных служащих, органов государственной власти и местного самоуправления. Среди наиболее известных можно назвать: разработку проектов нормативных правовых актов, обращение с предложениями об изменении и дополнении действующего законодательства, консультирование представителей власти, в том числе организацию экспертиз принимаемых решений, предоставление информации, выражение интересов посредством политических партий и т. д.

Вследствие того, что лоббизм требует больших затрат материально-финансовых и организационных ресурсов, данный способ борьбы свойственен только тем субъектам, которые ими обладают (финансово-промышленные группы, крупные коммерческие и некоммерческие структуры, органы государственной власти и местного самоуправления). Анализ источников финансирования и объемов средств, находящихся в обороте российских организаций, занимающихся лоббированием, в настоящее время не проведен. Но судя по тому, что об увеличении своего лоббистского потенциала заявляют такие организации, как Ассоциация приватизируемых и частных предприятий (включает более 2000 предприятий) и Союз нефтегазопромышленников⁵, на лоббирование в России тратятся немалые деньги.

Особенность российского лоббизма в том, что до настоящего времени на федеральном уровне он не регламентируется правом⁶.

Работа над проектом закона о лоббизме началась еще в 1992 году⁷. Законопроектов о регулировании лоббистской деятельности в Государственной Думе РФ было несколько, но судьба их всех одна и та же — все они сняты с рассмотрения Государственной Думы. В то же время в некоторых субъектах Федерации лоббистская деятельность все же получила правовую регламентацию. Так, например, в Краснодарском крае законодатель определил понятие лоббизма, порядок осуществления лоббистской деятельности в правотворческих органах, порядок аккредитации официального представителя и пр. В частности, под лоббизмом в Краснодарском крае понимается «деятельность специально уполномоченных на то лиц по информационному взаимодействию с правотворческим органом края с целью выражения интересов соответствующих организаций в региональном правотворчестве»⁸.

Основной проблемой, связанной с разработкой отечественного законодательства о лоббизме, является неопределенность правовой конструкции лоббистской деятельности, которая не дает возможности отграничить его от иных форм представительства интересов. Особенно это касается проявлений

¹ См.: newsinfo.ru/news/2006/01/news1247731

² См.: Постановление Правительства РФ от 7 февраля 2006 года № 76 «Об утверждении крупного и особо крупного размеров наркотических средств и психотропных веществ для целей статей 228, 228¹ и 229 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Российская газета. — 2006. — 11 февраля. — С. 6.

³ См.: newsinfo.ru/news/2006/02/news1251117

⁴ См.: www.rzn.info/news-federal/russia; www.rian.ru/spravka/20061025/

⁵ См., например: Предприниматели вынуждены идти во власть // Коммерсант-daily. — 1998. — № 72. — С. 2; Нефтяники идут во власть // Коммерсант-daily. — 1998. — № 75. — С. 5; и др.

⁶ Например, в США лоббистская деятельность регулируется законом с 1946 года.

⁷ В Иркутской области Малый Совет Иркутского областного совета народных депутатов своим решением от 15 декабря 1992 года № 14/6-МС принимает нормативный правовой акт «О правотворчестве и нормативных правовых актах Иркутской области», седьмая глава которого была прямо посвящена регулированию лоббизма в правотворчестве области.

⁸ Лоббизму в правотворчестве края посвящена глава 7 Закона Краснодарского края от 6 июня 1995 года № 7-КЗ «О правотворчестве и нормативных правовых актах Краснодарского края» // См.: Шугрина Е.С. Техника юридического письма: Учебно-практическое пособие. — 3-е изд. — М., 2001. — С. 124.

косвенного лоббизма, не связанного с непосредственным воздействием на процесс принятия решений. Например, организация массовых акций протеста, инициирование обращений избирателей в органы государственной власти, проведение кампании в средствах массовой информации с позиций теории имеют много общего с лоббистской деятельностью, но в правовом отношении это нормальное проявление гражданской активности, хотя заказной характер этих действий может быть и очевиден.

Другой проблемой является законодательное определение допустимых пределов лоббистской деятельности в плане арсенала средств и методов воздействия, таких как шантаж, взяточничество и иных. Данное обстоятельство является причиной рассмотрения в качестве самостоятельного такого способа борьбы за принятие норм права в соответствии с критерием содержания права, как *дача взятки*.

Дача взятки является уголовно-наказуемым деянием, ответственность за которое предусмотрена статьей 291 Уголовного кодекса РФ. В своей совокупности с получением взятки (ст. 290 УК РФ) оба деяния образуют такое социальное явление, как взяточничество, которое, в свою очередь, тесно связано с коррупцией. Заметим, что в советском уголовном праве понятие взяточничества охватывало три вида преступлений: получение взятки, дача взятки и посредничество во взяточничестве¹.

В настоящее время под *взяточничеством* понимается получение должностным лицом лично или через посредника взятки в виде денег, ценных бумаг, иного имущества или выгод имущественного характера за действия (бездействия) в пользу взяткодателя или представляемых им лиц, если такие действия (бездействия) входят в служебные полномочия должностного лица либо оно в силу должностного положения может способствовать таким действиям (бездействию), а равно за общее покровительство и попустительство по службе².

Дача взятки предполагает, что противная субъекту борьбы сторона заинтересована в материальном поощрении предоставляемых ею услуг, которые непосредственно связаны с административно-распорядительными возможностями органов законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти. Следовательно, дача взятки может предшествовать и являться неизменным спутником таких видов преступлений, как злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ), превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ), служебный подлог (ст. 292 УК РФ) и других, которые в своей совокупности составляют основу коррупции. Очень метко и точно сказал по этому поводу Президент США Теодор Рузвельт: «Убийца нарушает закон и отнимает у человека одну жизнь. Те, кто дают взятку, покушаются на жизнь всего общества»³.

То, что за принятие нормативных правовых актов в интересах отдельных заинтересованных в этом граждан народные избранники берут мзду, говорят и пишут много лет про парламенты разных уровней. Но перейти от слов к делу смогли только в Твери, где сложилась уникальная для нашей страны ситуация: тверская прокуратура «возбудила уголовное дело против городских депутатов по взяткам за протаскивание нужных богатым людям решений»⁴.

Как сообщила старший помощник областного прокурора Г. Малюта, уголовное дело возбуждено по пункту «а» части 4 статьи 290 УК РФ. Поводом для расследования послужила информация о том, что руководство городского парламента получило десятки тысяч долларов США от неких местных и московских компаний за принятие решений, связанных с установлением тарифов ЖКХ и арендных ставок на городских мини-рынках. Прокуратура представила суду документы, согласно которым непосредственным получателем денег был спикер В. Почтаев, который и распределял далее деньги соучастникам. «Около 60 000 долларов США подозреваемые депутаты получили за принятие решения по повышению тарифов за услуги ОАО «ТКС». По тысяче долларов — за принятие решения о снижении ставки единого вмененного налога», — заявил суду представитель прокуратуры. Спикер, в свою очередь, вины не признал, заявив, что всегда действовал только в интересах народа⁵.

14 сентября 2006 года прокуратура Тверской области утвердила обвинительное заключение, по которому перед судом предстанут сразу 15 депутатов Тверской городской Думы во главе со спикером. По версии прокуратуры, общая сумма взяток потянула почти на 4 миллиона 300 тысяч рублей. И это только за три месяца — с ноября 2005 года по январь 2006 года⁶.

26 октября 2006 года в отношении главы муниципального образования г. Кандалакша Мурманской области А. Вихорева областная прокуратура возбудила уголовное дело по подозрению в даче взятки. Стало известно, что А. Вихорев пытался «стимулировать депутатов» Кандалакшского районного Совета, чтобы сместить с поста председателя Совета В. Костюченко. Суть противоречий между ними в

¹ См.: Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А.Я. Сухарев. — 2-е изд. — М., 1987. — С. 46—47.

² Статья 290 и 291 Уголовного кодекса РФ. См. также: Советский энциклопедический словарь. — 2-е изд. — М., 1982. — С. 218.

³ См.: bazazakonov.ru/doc/?ID=121194

⁴ Цит. по: *Никитина М.* Квартплату повышают взятки // Российская газета. — 2006. — 24 марта. — С. 2.

⁵ См. там же.

⁶ См., например: *Куликов В.* Тверские депутаты попали под обвинение // Российская газета. — 2006. — 15 сентября. — С. 2; *Никитина М.* Под суд идет пол-Думы // Российская газета. — 2006. — 19 сентября. — С. 3; *Елков И.* Дела депутатские // Российская газета. — 2006. — 26 сентября. — С. 1, 9; и др.

разных взглядах на разделение властных полномочий, а значит, и финансов, которые предусмотрены для их исполнения¹.

Особенностью данного способа является его широкая распространенность, взятки дают чиновникам как центральных и региональных органов государственной власти, так и органов местного самоуправления вне зависимости от ветвей власти. Это значит, что дачу взятки как способ борьбы за содержание права могут применять различные субъекты борьбы. Распространенности взяточничества также способствует углубляющийся в современной российской действительности правовой нигилизм. По оценкам международных экспертов, в рейтинге коррумпированности Россия занимает 126 место из 159 возможных. Нас ставят в один ряд с Албанией и Нигерией. По мнению заместителя Генерального прокурора РФ А. Буксмана, «рынок взяток в нашей стране сопоставим с федеральным бюджетом»².

В 2008 году наконец-то был принят Федеральный закон «О противодействии коррупции» и целый ряд развивающих и конкретизирующих его правовых документов. В 2010 году указами Президента РФ утверждены обновленный Национальный план противодействия коррупции на 2010—2011 годы и Национальная стратегия противодействия коррупции³, в которой признается, что, несмотря на предпринимаемые государством и обществом меры, коррупция по-прежнему серьезно затрудняет нормальное функционирование всех общественных механизмов, препятствует проведению социальных преобразований и модернизации национальной экономики, вызывает в российском обществе серьезную тревогу и недоверие к государственным институтам, создает негативный имидж России на международной арене и правомерно рассматривается как одна из угроз безопасности Российской Федерации.

По нашему мнению, отсутствие реальных результатов борьбы с коррупцией обусловлено тем, что политическая воля не была проявлена в полной мере. Меры, предпринимаемые государством, носят половинчатый, непоследовательный характер. В чем это выражается?

Полагаем, что своего решения ждут прежде всего два блока проблем.

Первый связан с необходимостью совершенствования нормативной основы борьбы с коррупцией. Дело в том, что действующее российское законодательство по противодействию коррупции нельзя признать достаточной нормативной основой для эффективной борьбы с коррупцией. Как это ни странно, но Российская Федерация является одним из немногих государств, которое до настоящего времени не ратифицировало ключевое положение Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (принята Генеральной Ассамблеей ООН 31 октября 2003 г.)⁴, закрепленное в статье 20 «Незаконное обогащение»: «При условии соблюдения своей конституции и основополагающих принципов своей правовой системы каждое Государство-участник рассматривает возможность принятия таких законодательных и других мер, какие могут потребоваться, с тем чтобы признать в качестве уголовно наказуемого деяния, когда оно совершается умышленно, незаконное обогащение, то есть значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать». Если при этом принять во внимание тот факт, что в целом указанная Конвенция ратифицирована Российской Федерацией⁵, но ратифицирована с заявлениями, в силу которых приведенная норма не стала юридической обязательной для Российской Федерации, можно говорить о явной недостаточности проявленной политической воли.

Еще в меньшей степени политическая воля находит проявление в сфере правореализации. Как это ни парадоксально, но российское государство в лице своих правоохранительных институтов не может или не хочет обеспечить полноценную реализацию принципа неотвратимости ответственности за коррупционные правонарушения. «За последние десятилетия были опубликованы сотни книг и статей с указанием фамилий, должностей, похищенных сумм, названий банков, номеров счетов, зарубежных вилл и т. д. Но ни на одну из публикаций о ВИП-персонах не было публичной правовой реакции»⁶.

Вне всякого сомнения, работу по правовой регламентации лоббистской деятельности и совершенствование законодательства о борьбе с коррупцией необходимо активизировать. Очевидно, что коррупция будет процветать там, где нет адекватной законодательной регламентации общественных отношений (в том числе института лоббирования) и отсутствует полноценная реализация принципа неотвратимости ответственности за коррупционные правонарушения. Полагаем, что решение указанных проблем приведет не только к существенному укреплению правопорядка в стране, но и будет способствовать совершенствованию правового содержания в направлении максимального отражения в нем интересов социума в целом.

¹ См. подробнее: *Бакатин В.* За дачу взятки задержан мэр Кандалакши // Российская газета. — 2006. — 28 октября. — С. 3.

² *Шаров А.* Ни дать, ни взять // Российская газета. — 2006. — 7 ноября. — С. 1.

³ Российская газета. — 2010. — 15 апреля.

⁴ См.: *Собрание законодательства РФ.* — 2006. — № 26. — Ст. 2780.

⁵ См.: *Федеральный закон от 8 марта 2006 года № 40-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции»* // *Собрание законодательства РФ.* — 2006. — № 12. — Ст. 1231.

⁶ *Лунеев В.В.* Коррупция в России // Государственная политика противодействия коррупции и теневой экономике в России: Материалы Всероссийской научной конференции (Москва, 6 июня 2007 г.). — М., 2007. — С. 53.

О.Д. Третьякова

Третьякова Ольга Дмитриевна — кандидат юридических наук, доцент, декан факультета права и государства Владимирского государственного университета им. Столетовых

Совместное правотворчество как фактор конвергенции правовых систем стран СНГ

Правотворчество — важный этап правового регулирования общественных отношений, который характеризует качественное состояние правовой системы общества. Вместе с тем, каждая из существующих ныне правовых систем представляет собой результат не только внутреннего развития, но и долговременного взаимодействия с другими правовыми системами. Расширение и углубление интеграционных процессов ставят современные государства перед необходимостью выработки оптимальных моделей международного правового сотрудничества в правотворческой сфере. Наиболее показательны процессы сближения на основе правотворчества между государствами и их правовыми системами на территории бывшего СССР — между странами Содружества Независимых Государств (СНГ).

За последние почти двадцать лет СНГ разработало солидную общую нормативно-правовую базу. Это почти 1,5 тысячи международных договоров и соглашений, подписанных в рамках советов глав государств и правительств, гораздо больший массив двусторонних соглашений, свыше 270 модельных законов, кодексов рекомендаций, принятых Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ¹.

Иными словами, несмотря на распад СССР и последующее обособление стран — участников СНГ, процессы, происходящие в правовой сфере между данными странами, можно охарактеризовать как конвергенцию правовых систем.

Конвергенция (от лат. *convergo* — приближаюсь, схожусь) в биологии — возникновение сходства в строении и функциях у относительно далеких по происхождению групп организмов в процессе эволюции; результат обитания в сходных условиях и одинаково направленного естественного отбора. В общественных науках конвергенция — одна из концепций западного обществоведения, считающая определяющей особенностью современного общественного развития тенденцию к сближению социально-политических систем, к сглаживанию экономических, политических и идеологических различий между капитализмом и социализмом до их последующего слияния.

Предпосылкой теории конвергенции можно считать складывающуюся в западной науке, начиная с 1958 года, доктрину «единого индустриального общества». Эта доктрина рассматривает все индустриально развитые страны капитализма и социализма как компоненты некоего единого индустриального общественного целого. Еще один «камень» в фундамент теории конвергенции положила появившаяся в 1960 году теория «стадий роста», претендующая на социально-философское объяснение основных ступеней и стадий всемирной истории. Как следствие этих двух концепций сложилась и совокупность взглядов на процессы взаимодействия, взаимоотношений и перспектив капитализма и социализма, получившая название теории конвергенции².

Теорию конвергенции разрабатывали П. Сорокин, Дж. Гэлбрейт, У. Ростоу (США), Ж. Фурастье и Ф. Перру (Франция), Я. Тинберген (Нидерланды), Х. Шельски, О. Флехтгейм (ФРГ) и др.³ Теория конвергенции за время ее существования претерпела определенное развитие. Первоначально она доказывала образование экономического сходства между развитыми странами капитализма и социализма. Это сходство она видела в развитии промышленности, технологии, науки. В дальнейшем теория конвергенции стала прокламировать растущее сходство в культурно-бытовом отношении между капиталистическими и социалистическими странами: тенденции развития искусства, культуры, развитие семьи, образования. Отмечалось происходящее сближение стран капитализма и социализма в социальном и политическом отношениях. Социально-экономическая и социально-политическая конвергенция капитализма и социализма стала дополняться идеей конвергенции идеологий, идеологических и научных доктрин⁴.

¹ См.: Мониторинг практики сближения правовых систем государств — участников СНГ // Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации за 2009 год «О состоянии законодательства в Российской Федерации». — М., 2010. — С. 224.

² См.: Современные буржуазные теории о слиянии капитализма и социализма. — М., 1970. — С. 22.

³ См. там же. — С. 13.

⁴ См. подробнее об этом: *Брегель Э.* Теория конвергенции двух экономических систем // *Мировая экономика и международные отношения.* — М., 1968.

Конвергенция правовых систем¹ представляет собой процесс постепенного формирования толерантности и подобия правовых систем. При этом подобие не означает формирования тождества и единообразия, а это скорее когерентность.

Когерентность, применительно к сближению правовых систем, — это состояние, характеризующееся высокой степенью связанности и согласованности между элементами права и правовыми системами различных государств и являющееся результатом конвергенции.

Когерентность правовых систем чаще всего формируется в результате реализации двух основных путей конвергенции правовых систем: на основании их корреляционного комплементарного сближения².

Применительно к исследованию конвергенции правовых систем, корреляцию можно рассматривать как статистическую взаимосвязь двух или нескольких правовых систем (либо их отдельных элементов). При этом изменения одной или нескольких из этих правовых систем приводят к систематическому изменению в другой или других правовых системах. В качестве примера реализации данного принципа в юридических конвергенционных процессах можно назвать *естественные права человека*, которые носят транссистемный глобальный характер.

Комплементарное сближение правовых систем выражает технико-юридическое соответствие механизма действия права в структурах двух или нескольких, разных или одинаковых, правовых систем (отношения по типу ключ—замок), благодаря чему появляется возможность образования между ними прямых государственно-правовых связей и осуществления межличностного взаимодействия. В широком смысле комплементарная конвергенция предполагает также взаимное соответствие противоположных по характеру основных источников права правовых систем (например, романо-германская и англосаксонская). В последнем случае рассматриваются параллельно протекающие процессы упорядочения общественных отношений с помощью правовых норм, связанных друг с другом так, что отсутствие одного элемента (например, прецедента) может быть дополнено при взаимодействии уже существующим нормативно-правовым актом в другой правовой системе. В качестве примера правовой комплементарности можно назвать правовое конвергенционное взаимодействие в вопросах выдачи преступников (то, что в одной правовой системе может и не быть преступлением, в другой таковым является).

В целом можно резюмировать, что правовые системы когерентны, если разность в результатах регулирования однотипных отношений не существенна и правовые последствия не противоречат общим и частным целям правового регулирования (на основании достигнутой общности и согласованности между правовыми системами возможно общее установление, изменение и прекращение правоотношений).

Рассмотрим особенности конвергенции и возникающую на этой основе когерентность правовых систем стран — участниц СНГ на основе их совместного правотворчества.

Одной из первых вех, характеризующих процесс конвергенции правовых систем стран СНГ на основе правотворчества, является соглашение стран СНГ от 9 октября 1992 года «О принципах сближения хозяйственного законодательства государств — участников Содружества»³.

В соответствии с данным документом, основной целью провозглашается развитие сотрудничества в области сближения, то есть конвергенции хозяйственного законодательства. Статья первая Соглашения прямо предписывает сторонам проводить работу по сближению законодательства, регулирующего хозяйственную деятельность⁴.

Сближение хозяйственного законодательства осуществляется с учетом заключенных Сторонами по соответствующим проблемам соглашений в рамках Содружества и международных договоров, которые имеют приоритет по отношению к национальному законодательству Сторон (ст. 6 Соглашения).

При проведении работы по сближению хозяйственного законодательства Стороны исходят из общепризнанных норм международного права, а также принципов, положенных в основу сближения законодательства стран с развитой рыночной экономикой (ст. 7 Соглашения).

Не случайно одним из первых актов, характеризующих конвергенцию правовых систем стран СНГ, явилось хозяйственное соглашение. Дело в том, что сближение законодательства способствует раз-

¹ Конвергенции в праве в теории уделяется сравнительно немного внимания, этой проблеме в какой-то мере уделено внимание известной отечественный правовед С.С. Алексеев, посвятив этому вопросу один из разделов своей работы, где правовая конвергенция рассматривается как сближение правовых систем современности. См.: *Алексеев С.С. Избранное.* — М., 2003.

² См. подробнее об этом: *Третьякова О.Д. Онтология конвергенции права.* — Владимир, 2008. — С. 23—33.

³ Соглашение стран СНГ от 9 октября 1992 года «О принципах сближения хозяйственного законодательства государств — участников Содружества». «Положение о правовом консультативном совете государств — участников Содружества» // www.zaki.ru/pagesnew.php?id=7203&page=3

⁴ См.: Статья 1 Соглашения стран СНГ от 9 октября 1992 года «О принципах сближения хозяйственного законодательства государств — участников Содружества».

вitiю экономического сотрудничества. Объективной предпосылкой сближения законодательства является сближение экономических систем. Современные экономические системы характеризуются как смешанная экономика. Однако объективной предпосылки мало. Нужно, чтобы правотворчество было адекватно требованиям и особенностям смешанной экономики¹.

Как показывает анализ правотворчества СНГ, конвергенция правовых систем и формирование единого правового пространства СНГ идет все эти годы по двум направлениям: первое направление — это формирование общего права Содружества и второе направление — это унификация законодательства стран — участниц Содружества. Оба эти направления тесно взаимосвязаны. При этом право Содружества является, в известном смысле, координатором в процессе сближения национальных правовых систем. Общее право Содружества включает в себя общепризнанные принципы и нормы международного права, учредительные документы, многосторонние, двусторонние договоры, нормоустанавливающие решения по толкованию норм права Экономического суда СНГ, решения главных органов Содружества². Следовательно, правотворческая деятельность СНГ в виде унификации и создания общего права обуславливают корреляционную конвергенцию правовых систем стран СНГ.

Особой правотворческой ипостасью корреляционной конвергенции правовых систем стран СНГ является создание модельных законов.

Разрабатываются модельные законы Постоянной Комиссией Межпарламентской Ассамблеи (ПКМПА) стран СНГ. Утверждаются модельные законы Межпарламентской Ассамблеей и, как правило, направлены на сближение и гармонизацию общего и внутреннего законодательства СНГ. Например, 27 октября 2010 года в Санкт-Петербурге состоялось очередное заседание Постоянной комиссии Межпарламентской Ассамблеи государств (МПА) СНГ по правовым вопросам. Комиссия рассмотрела вопрос «О проекте модельного Кодекса о судостроительстве и статусе судей для государств — участников СНГ». На заседании комиссии было отмечено, что происходящее углубление интеграционных процессов в странах СНГ характеризует сближение национальных правовых систем этих государств³, в том числе законодательства о судебной власти и судостроительстве. Анализ конституционных принципов правосудия государств Содружества показал, что в основном они совпадают, поскольку отражают общепризнанные принципы и нормы международного права⁴. Иными словами, модельные законы СНГ направлены на унификацию и сглаживание «шероховатостей» между правовыми системами. Об этом свидетельствует указание Комиссии МПА СНГ о том, что в конституциях некоторых государств не имеется указания на общепринятые начала судостроительства, такие как участие граждан в отправлении правосудия, осуществление судебной власти посредством различных видов судопроизводства, гарантии независимости судей и т. д.⁵

В процессе работы Комиссии также упрощен текст закона путем унификации терминов, применяющихся в Кодексе. Принципы осуществления правосудия выделены в отдельную главу и дополнены, более подробно раскрыты социальные гарантии судей и порядок реализации неприкосновенности судей, а также полномочия и порядок организации различных видов судов, закон дополнен разделом об органах судейского сообщества, раскрыта их компетенция и порядок действия⁶.

С учетом рассмотренного примера можно заключить, что правотворчество в форме создания Модельных законов СНГ — это формальное, внешнее проявление когерентности правовых систем стран СНГ.

В целом основанная на совместном правотворчестве конвергенция правовых систем стран СНГ очевидна, но неоднозначна, для успешной ее реализации и достижения максимально возможной когерентности должна соответствовать определенным параметрам.

Во-первых, последовательное развитие конвергенции права в рамках СНГ невозможно без опоры на общие и не противоречащие им национальные правовые акты, которые имеют в своей основе широкую социальную базу.

Во-вторых, правотворчество и последующая конвергенция правовых систем будут эффективны в том случае, если они отвечают интересам большинства членов СНГ, а также народам этих государств.

В-третьих, основанная на правотворчестве конвергенция правовых систем СНГ должна учитывать индекс взаимовыгодного экономико-хозяйственного сотрудничества. Сегодня, как отмечают некото-

¹ См.: Мамутов В.К. Сближение хозяйственного законодательства как фактор обеспечения экономического сотрудничества // Журнал «Бизнес. Менеджмент. Право». — 2007. — № 2. — С. 22.

² См.: Требков А.А. Право СНГ: проблемы развития и совершенствования // Выступление на Международной научно-практической конференции, посвященной 15-летию Экономического суда СНГ // www.unionlawyers.ru/international/dok4.html

³ То есть, характеризует конвергенцию.

⁴ См.: Протокол заседания Постоянной комиссии МПА СНГ по правовым вопросам (27 октября 2010 года) // www.vkr.ru/104/105/285.html

⁵ См. там же.

⁶ См. там же.

рые исследователи процессов взаимодействия между странами СНГ, интерес к сохранению и углублению хозяйственных связей определяется все более жесткой конкуренцией стран Содружества на мировом уровне. Потенциал СНГ может успешно реализовываться лишь при условии своевременной адаптации к геополитическим и геоэкономическим реалиям, скоординированном участии в решении мировых экономических проблем¹.

В-четвертых, эффективность совместного правотворчества и возникающей на этой основе конвергенции правовых систем стран СНГ зависит также и от создания и совершенствования защитных механизмов, предотвращающих рецидивы дивергенции правовых систем, происходящие преимущественно из-за политико-экономических конфликтов между странами СНГ.

В-пятых, конвергенционные процессы между правовыми системами стран СНГ, осуществляемые в русле корреляции путем создания общего законодательства, и на этой основе унификационной модели когерентности, можно расширить за счет комплементарной конвергенции. Особенно когда не удастся согласовать все интересы участников СНГ. Думается, пусть будет разное законодательство, но результат регулирования должен быть взаимовыгоден и образовывать единство.

¹ См.: Вишняков В.Г. Содружество независимых государств: не размывание, а качественное укрепление // Журнал российского права. — 2004. — № 12.

Т.А. Трифонова

Трифонова Татьяна Алексеевна — старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин Восточно-Сибирского института МВД России

Техника правотворческого установления режима охраны

Охрана как многогранное явление, являющееся неотъемлемым элементом правовой системы Российской Федерации (а именно — ее правоохранительной подсистемы), должна изучаться одновременно под несколькими углами зрения.

С точки зрения инструментальной теории права, охрана является важным правовым средством в механизме правового регулирования. При этом, являясь, как правило, средством наиболее общим и универсальным, в различных отраслях, в конкретных законодательных актах охрана детализируется в конкретных средствах-инструментах. Например, законодательство об охране культурного наследия предусматривает такое юридическое средство, как «государственная охрана объектов культурного наследия». Под ней понимается «система правовых, организационных, финансовых, материально-технических, информационных и иных принимаемых органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления в пределах их компетенции мер, направленных на выявление, учет, изучение объектов культурного наследия, предотвращение их разрушения или причинения им вреда, контроль за сохранением и использованием объектов культурного наследия»¹. Как можно заметить, законодатель поставил в этой легальной дефиниции целый ряд задач по отношению к объектам охраны (их выявление, учет, изучение, предотвращение их разрушения, предотвращение причинения им вреда, контроль за их сохранением, контроль за их использованием), эффективное решение всей совокупности которых способно привести к достижению итоговой цели — обеспечению и защите прав и свобод человека и гражданина в сфере культуры, наиболее полному сбережению культурного наследия народов России. Для решения каждой из этих задач Федеральный закон «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации», а также другие развивающие его положения нормативные правовые акты органов государственной власти Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, вводят в структуру правового регулирования комплекс конкретных юридических средств, работающих в своей совокупности на достижение общего результата — охрану памятников истории и культуры. Например, в статье 38 упомянутого Федерального закона предусмотрено такое средство, как запрет или ограничение движения транспортных средств на территории объекта культурного наследия или в его зонах охраны. Понятно, что оно направлено на решение одной из перечисленных выше задач — предотвращение разрушения или причинения вреда памятникам истории и культуры. Данное средство находит свою реализацию в законах субъектов Российской Федерации применительно к конкретным объектам.

Важной задачей автора каждого соответствующего законоположения в данном случае является не только грамотный подбор самих правовых средств, при помощи которых осуществляется охрана, но и полноценное отображение их в тексте нормативного правового акта с помощью средств юридической техники. Особенно это касается «жестких» мер охраны, прежде всего связанных с юридической ответственностью. А таковые в арсенале охраны есть. Так, в рассмотренном примере с охраной памятников исторического и культурного наследия предусмотрена, в частности, административная ответственность за проведение земляных, строительных и иных работ без разрешения государственного органа охраны объектов культурного наследия (ст. 7.14 КоАП РФ²).

Поскольку охрана как юридическое средство предусмотрена целым рядом нормативных правовых актов, относящихся к самым различным отраслям законодательства, ее следует характеризовать также как комплексный законодательный институт.

Исходя из теории правоотношения и теории правового статуса, охрану можно рассматривать как юридическое состояние лица или объекта («пребывание под охраной»), зафиксированное в законодательстве с помощью особых юридических средств и влекущее за собой особые правовые последствия — сложное правоотношение.

¹ Статья 6 Федерального закона от 25 июня 2002 года № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» (в ред. от 13 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 26. — Ст. 2519.

² См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (в ред. от 4 июня 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 1.

А.В. Парфенов предлагает следующее определение: «Правовое состояние — обусловленная экономическим, политическим, культурным уровнем развития общества 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»¹. В целом соглашаясь с приведенной дефиницией, отметим, что для целей нашего исследования более пригодно суженное, прикладное понимание правового состояния, используемое в рамках теории правовых отношений. Правовое состояние — это своего рода «длящийся юридический факт». Такое понимание демонстрирует, в частности, В.Б. Исаков: «юридическими (правовыми) состояниями называют сложные юридические факты, характеризующиеся относительной стабильностью и длительным периодом существования, в течение которого они могут неоднократно (в сочетании с другими фактами) вызывать наступление правовых последствий»². В этом значении в качестве примера называют обычно такие состояния, как пребывание в законном браке, судимость («состояние наказанности») и т. п. Нахождение под охраной (например, VIP-персоны, охраняемой Федеральной службой охраны), очевидно, является одним из таких юридических состояний, вызывающих к жизни, как правило, сложное правоотношение. «Центром» этого правоотношения выступает объект охраны, он же управомоченный субъект правоотношения (лицо, подвергаемое «физической» охране; лицо, чьи законные права и интересы охраняются; собственник охраняемого имущества). Другим субъектом является тот, кто осуществляет охрану (государство в лице его органов, подразделение вневедомственной охраны ОВД, частное охранное предприятие). И, наконец, «третьей стороной», имеющей, как правило, обезличенный, массовый характер, выступают «потенциальные нарушители», то есть субъекты, от вредного воздействия которых оберегается объект охраны. Надо сказать, что в данном случае значительными особенностями отличается не только статус охраняемого субъекта, но и статус охраняющего, «вооруженного» различными юридическими и властно-организационными средствами воздействия на социум.

Так, например, весьма разнообразен арсенал юридических и властно-организационных средств государственной охраны, которую осуществляют федеральные органы государственной охраны в отношении Президента РФ, иных лиц, замещающих государственные должности Российской Федерации, и федеральных государственных служащих, подлежащих государственной охране в соответствии с законом, а также глав иностранных государств и правительств и иных лиц иностранных государств во время пребывания на территории Российской Федерации. В него входят следующие элементы: 1) предоставление объектам государственной охраны персональной охраны, специальной связи и транспортного обслуживания, а также информации об угрозе их безопасности; 2) осуществление оперативно-розыскной деятельности в целях реализации полномочий соответствующих государственных органов обеспечения безопасности; 3) проведение охранных мероприятий и поддержания общественного порядка в местах постоянного и временного пребывания объектов государственной охраны; 4) поддержание порядка, установленного уполномоченными на то должностными лицами, и пропускного режима на охраняемых объектах.

Даже неполный обзор полномочий федеральных органов государственной охраны показывает, насколько существенно они могут ограничивать конституционные права и свободы граждан просто в «рабочем» порядке, в волюнтаристском режиме, по собственному усмотрению (произволу), не прибегая к специальному правовому регулированию. Так, например, они имеют право: проверять у граждан и должностных лиц документы, удостоверяющие их личность; производить при проходе (проезде) на охраняемые объекты и при выходе (выезде) с охраняемых объектов личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, досмотр транспортных средств и провозимых на них вещей, в том числе с применением технических средств; производить документирование, фотографирование, звукозапись, кино- и видеосъемку фактов и событий; задерживать и доставлять в органы внутренних дел Российской Федерации лиц, совершивших или совершающих правонарушения в местах постоянного или временного пребывания объектов государственной охраны или направленные на воспрепятствование законным требованиям сотрудников федеральных органов государственной охраны, а также связанные с проникновением или попыткой проникновения на охраняемые объекты; беспрепятственно входить в жилые и иные принадлежащие гражданам помещения и на принадлежащие им земельные участки, на территории и в помещениях организаций независимо от форм собственности при пресечении преступлений, создающих угрозу безопасности объектов государственной охраны, а также при преследовании лиц, подозреваемых в совершении таких преступлений, если промедление может создать реальную угрозу безопасности объектов государственной охраны; принимать при необходимости меры по временному ограничению или запрещению движения транспортных средств и пешеходов на улицах и дорогах, по недопущению транспортных средств и граждан на отдельные участки

¹ Парфенов А.В. Правовое состояние: Монография. — М., 2007. — С. 34.

² Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. — М., 1984. — С. 34.

местности и объекты, а также по отбуксировке транспортных средств, и др.¹ Жители столичного мегаполиса, да и жители других регионов в момент их посещения всевозможными «первыми лицами», зачастую испытывают все «прелести» своего правового (а точнее сказать, бесправного) положения «обезличенного» субъекта абсолютных правоотношений охраны — многочасовые пробки на дорогах, невозможность пройти в определенное место, иногда даже к себе домой, бесцеремонное обращение со стороны «людей в штатском», готовых в любой момент применить силу, специальные средства и даже оружие. И все это предопределено тем особым юридическим статусом, которым обладают «объекты охраны» — так закон называет Президента, Председателя Правительства, спикеров палат Парламента, председателей высших судебных инстанций и других охраняемых лиц.

С приведенным «статусным» пониманием охраны как юридического явления тесно связана и следующая ипостась — охрана как вид юридической деятельности, которую осуществляют различные субъекты. Здесь она может иметь как государственно-властный (охрана общественного порядка силами милиции, охрана государственной границы, деятельность Федеральной службы охраны), так и частнопубличный характер (деятельность вневедомственной охраны по сохранению собственности, деятельность частных охранных предприятий (ЧОП), инкассаторская деятельность, внутриорганизационная служба безопасности и сторожевая охрана). Частнопубличный характер деятельности по охране во втором случае придает два обстоятельства. С одной стороны, охрана включает в себя договорные гражданско-правовые (частные) правоотношения между охраняемым (владельцем охраняемого имущества, объекта) и охраняющим. С другой стороны, субъекты, осуществляющие охрану на договорных началах, наделены государством специальными административными (публично-правовыми) возможностями по отношению к третьим лицам (к обществу): правом на владение вооружением, специальными средствами и их использование, правом требования от третьих лиц соблюдения специальных правил, обусловленных режимом охраны — это ограничение прохода на охраняемый объект, досмотр ручной клади и багажа, силовое задержание лица в момент совершения преступления в случае оказания им сопротивления и т. п. А два этих обстоятельства в своей совокупности придают деятельности по охране юридический характер.

В связи со сказанным позволим себе не согласиться с теми из авторов, которые интерпретируют юридическую деятельность исключительно как деятельность юристов, по сути, сводя ее к трем направлениям — правотворчеству, правоприменению и правоинтерпретации. Права Э.Р. Чернова, характеризуя юридическую деятельность «как особую разновидность человеческой деятельности, особую ее форму», которую «можно рассматривать в качестве средства реализации целей права — обеспечения стабильности и порядка в обществе, развития общественных отношений, так как цели права достигаются посредством человеческой деятельности»². В этом смысле юридической, на наш взгляд, можно считать любую деятельность, которая имеет место в правовом пространстве, урегулирована нормами права, имеет правовые задачи и юридические последствия и осуществляется специально управомоченными субъектами. И правоохранительная деятельность вообще, и охрана как неотъемлемый элемент правоохранительной деятельности, являются одной из ее (юридической деятельности) разновидностей.

Наконец, есть еще одно важнейшее проявление сущности охраны как правовой категории. Она, по нашему убеждению, является особым видом правового режима.

Отметим, что категорию «режим» юристы в своих работах (диссертациях, монографиях, научных статьях) задействуют достаточно часто, однако далеко не всегда обоснованно. Наши исследования, увы, показывают, что в общем строгий по своему характеру юридический термин «режим» используется зачастую «не к месту», вводится авторами в название своей работы «для красоты», а непосредственно в тексте даже не рассматривается, либо автором предпринимается попытка его обоснования, но не достаточно убедительные³. При этом часто имеет место подмена понятий: на самом деле в работе речь идет либо о стандартном правовом регулировании общественных отношений в какой-то сфере, либо о типическом правовом статусе того или иного субъекта, либо о юридической конструкции (например, гражданско-правовой сделки), и т. п. В среднем обоснованным можно признать, по нашим оценкам, словоупотребление термина «режим» не более чем в половине случаев.

Достаточно близко к нашему пониманию правового режима подходят те из исследователей, которые рассматривают проблематику особенностей того или иного вида имущества. Так, Д.Н. Шмелева, изучая правовой режим очень специфичного вида имущества, проанализировала целый ряд научных

¹ См.: Федеральный закон от 27 мая 1996 года № 57-ФЗ «О государственной охране» (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 22. — Ст. 2594.

² Чернова Э.Р. Юридическая деятельность в механизме правового регулирования: на примере деятельности органов внутренних дел МВД РФ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Владимир, 2007. — С. 11.

³ См., например: Трифонов А.С. Гражданско-правовой режим земель промышленности: Дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2006; Тулаева М.Ю. Правовой режим иностранных инвестиций в Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2005; Пахомов С.А. Конституционно-правовой режим федеральной государственной собственности в Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2008; и др.

произведений смежной тематики (З.А. Ахметьянова, В.Ю. Бакшинкас, А.В. Венедиктов, В.В. Галлов, М.В. Дойников, С.М. Корнеев) и пришла к выводу, что «в отечественной правовой науке под правовым режимом имущества понимается, как правило, юридическая характеристика имущества, в частности, установленный законодательством порядок его использования, допустимые способы и пределы распоряжения этим имуществом, права и обязанности субъектов правоотношений, предметом которых выступает то или иное имущество»¹. В целом приведенный вывод можно считать правильным, за двумя оговорками: а) как представляется, в нем не достаёт акцента на специфику, на то, что правовой режим устанавливается по отношению не к любому имуществу, не всем его видам, а лишь к отдельным его разновидностям; б) здесь нужно было четче указать на то, что специфика, обуславливающая особый режим той или иной разновидности имущества, связана с характером самого имущества. Иными словами, характеристика того или иного правового режима априорно содержит мотивацию его установления, описание той специфики объекта регулирования, которая заставляет установить в отношении него особые, отличные от стандартных правила. Последнее из обстоятельств и связывает рассматриваемую разновидность режима — «правовой режим имущества» — с «режимом охраны», являющимся предметом нашего исследования. Ведь особый характер того или иного имущества (например, предметов, изъятых из гражданского оборота; оборудования потенциально опасных объектов; ценных предметов и т. п.) предполагает пребывание этого имущества в строго определенных местах и его охрану. В соответствии с этим, Д.Н. Шмелева пишет: «Особенности правового режима сооружений обустройства месторождений нефти и газа как объектов хозяйственной деятельности заключается в необходимости установления специальных правил учета такого имущества, закрепления прав на него, осуществления сделок с ним»².

В связи со сказанным можно согласиться и с наличием режимов отдельных разновидностей земель. Например, О.В. Тарасенко достаточно аргументированно мотивирует наличие «правового режима земель транспорта». В отличие от упомянутого нами ранее сочинения А.С. Трифонова, которое не убедило нас в наличии особого правового режима земель промышленности³, О.В. Тарасенко характеризует режим земель транспорта «как специальный порядок использования и охраны (курсив наш. — Т.Т.) земель транспорта»⁴. Далее автор указывает, что специфика правового режима земельных участков, используемых для нужд транспорта в границах земель населенных пунктов, должна учитываться при проведении зонирования территории в градостроительных регламентах. Все это убедительно с учетом того, что любой транспорт — это источник повышенной опасности, принимая во внимание экологические и террористические угрозы.

С учетом изложенного, не вызывает сомнения наличие особого правового режима у тех объектов, в отношении которых осуществляются мероприятия охраны. Например — у особо охраняемых природных территорий⁵.

Представители науки административного права чаще всего понимают режим как не «стандартное», а исключительное правовое регулирование. «Под административно-правовым режимом понимается основанный на нормах административного права особый порядок функционирования его субъектов, направленный на преодоление негативных явлений в соответствующей сфере государственного управления»⁶. Таким образом, отраслевое понимание административно-правового режима распространяется на отклоняющиеся ситуации, имеется в виду комплекс вынужденных и временных государственно-управленческих и административно-правовых мер, существенно отличающихся от тех, которые применяются в обычных условиях. Это, прежде всего, режимы военного и чрезвычайного положения. Так, с точки зрения И.С. Розанова, административно-правовой режим — это установленная в законодательстве совокупность правил деятельности, действий или поведения граждан и юридических лиц, а также порядок реализации ими своих прав в определенных условиях (ситуациях), обеспечения и поддержания суверенитета и обороны государства, интересов безопасности и охраны общественного порядка специально создаваемыми для этой цели службами государственного управления⁷.

¹ Шмелева Д.Н. Правовой режим сооружений обустройства месторождений нефти и газа: Дис... канд. юрид. наук. — Тюмень, 2004. — С. 13.

² Там же. — С. 14.

³ Справедливости ради отметим, что широкое понимание термина «режим» характерно вообще для науки земельного права, там данный термин используется в качестве универсального для правовой характеристики различных категорий земель, что отмечали авторы еще советского периода. См., например: Сыродоев Н.А. Общая теория советского земельного права. — М., 1983. — С. 345.

⁴ См.: Тарасенко О.В. Правовой режим земель транспорта: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2009. — С. 6.

⁵ См.: Зозуля В.В. Правовой режим государственных природных заповедников и национальных парков. — М., 2006.

⁶ Габричидзе Б.Н. Административное право: Учебник / Б.Н. Габричидзе, А.Г. Чернявский, А.Н. Ким-Кимэн. — М., 2005. — С. 263.

⁷ См.: Розанов И.С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их назначение и структура // Государство и право. — 1996. — № 9.

По мнению Ю.А. Тихомирова, назначение административно-правовых режимов заключается в регулировании особых государственных состояний с помощью системы специальных средств. К средствам, с помощью которых устанавливается режим, автор относит: 1) правовые акты и нормы, устанавливающие особый порядок деятельности в тех или иных сферах; 2) уполномоченные государственные органы, специально создаваемые или наделенные полномочиями формировать и поддерживать соответствующий режим; 3) детальную, «операциональную» регламентацию действий субъектов права и их взаимоотношений; 4) строгую систему контроля и ответственности за деятельность в рамках административно-правового режима; 5) более широкое применение ограничительно-разрешительных и запретительных методов, сочетаемых в необходимых случаях со строго целевым стимулированием субъектов права; 6) наличие специальных организационных, технических, материальных и финансовых средств (техники, ресурсов и т. п.)¹. В целом перечисленные признаки применимы, за отдельными оговорками, и к рассматриваемому нами правовому режиму охраны.

Предпринимались попытки дефинирования правового режима и в теории права. Так, Н.И. Матузов и А.В. Малько понимают под правовым режимом «особый порядок правового регулирования, выражающийся в определенном сочетании юридических средств и создающий желаемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности либо неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов права»².

По результатам изложенного предварительно можно предложить следующее определение. Правовой режим — это установленные в законодательстве в сочетании друг с другом: а) особый юридический статус того или иного объекта (объектов), б) особый порядок правового регулирования, обеспеченные соответствующей совокупностью специальных юридических средств, в том числе особой компетенцией публично-властных органов и иных уполномоченных субъектов. Установление правового режима обусловлено спецификой, особой значимостью соответствующего объекта правового воздействия и нестандартностью складывающихся в связи с ним общественных отношений.

Стало быть, правовой режим охраны — это обусловленные спецификой охраняемого объекта и существующими для него реальными угрозами: а) особый статус охраняемого объекта (объектов); б) специфичный порядок правового регулирования, в механизме которого значительную часть занимают запреты и ограничения и особую роль играет сложное по структуре «правоотношение охраны», а также компетенция субъектов, осуществляющих охрану.

В связи с тем, что, как мы могли убедиться на примере полномочий федеральных органов государственной охраны, их реализация зачастую связана с возможностью существенных изъятий и ограничений прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, исходя из смысла статьи 2 и статьи 55 Конституции РФ, конструирование механизма правового регулирования режима охраны должно быть особо тщательным и взвешенным. «Силловые» средства здесь не должны быть чрезмерными, они обязаны быть полностью симметричны угрозам. Кроме этого инструментального аспекта, как уже указывалось, важнейшее значение имеет и юридико-технический аспект — устанавливая особый режим охраны и вводя в ткань правового регулирования обеспечивающие его правовые средства, законодатель должен абсолютно корректно и адекватно отобразить их в тексте закона с использованием имеющегося у него арсенала средств юридической техники. И в этом смысле можно говорить о наличии особой «**техники правотворческого установления режима охраны**».

В настоящее время в связи с произошедшей в России заменой института милиции на институт полиции возникла необходимость в обновлении и совершенствовании законодательного регулирования режима охраны, осуществляемой подразделениями вневедомственной охраны системы МВД. Основа для нового правового регулирования заложена в Федеральном законе «О полиции»³.

Согласно пункту 10 части 1 статьи 2 Закона, охрана имущества и объектов, в том числе на договорной основе, является одним из основных направлений деятельности полиции. Закон содержит в себе принципиальные новеллы, требующие известной переоценки и пересмотра правового регулирования режима охраны, осуществляемой подразделениями вневедомственной охраны МВД, с учетом новых аксиологических подходов к гуманистическим максимам, задач по противодействию коррупции, новых подходов к оценке эффективности деятельности органов публичной власти вообще и правоохранительных органов в частности.

Вместе с тем, основными подзаконными нормативными правовыми актами, регламентирующими правовые и властно-организационные средства, которыми наделена вневедомственная охрана для осуществления охраны, являются Положение, утвержденное постановлением Правительства еще в

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса. — М., 1998. — С. 401—402.

² Матузов Н.И. Правовые режимы: вопросы теории и практики / Н.И. Матузов, А.В. Малько // Правоведение. — 1996. — № 1. — С. 17—18.

³ См.: Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» (в ред. от 1 июля 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900.

1992 году и последний раз подвергавшееся правке в 2005 году¹, Порядок, утвержденный приказом МВД России от 2007 года в редакции 2008 года², и Типовое положение, утвержденное приказом МВД России от 2005 года в редакции 2010 года³. За последний год МВД России предпринимало попытки «подрегулировать» отдельные фрагменты осуществляемого им в виде услуги режима охраны объектов, однако эти точечные коррективы очевидно недостаточны⁴. А с учетом изложенных в настоящей статье особенностей правового режима охраны, прежде всего связанных с «легальным поправлением» прав и свобод человека и гражданина, очевидно, что основы правотворческого установления режима охраны должны осуществляться на законодательном, а не подзаконном уровне. И если, например, по отношению к деятельности федеральных органов охраны это сделано в той или иной степени полно, то по отношению к деятельности подразделений вневедомственной охраны это еще, по-видимому, предстоит сделать.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 14 августа 1992 года № 589 «Об утверждении Положения о вневедомственной охране при органах внутренних дел Российской Федерации» (в ред. от 4 августа 2005 г.) // САПП РФ. — 1992. — № 8. — Ст. 507.

² См.: Приказ МВД России от 31 августа 2007 года № 772 «Об утверждении Порядка обеспечения Министерством внутренних дел Российской Федерации охраны имущества физических и юридических лиц по договорам» (в ред. от 4 апреля 2008 г.) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2007. — № 44.

³ См.: Приказ МВД России от 2 сентября 2005 года № 716 «Об утверждении Типового положения об управлении (отделе) вневедомственной охраны при МВД, ГУВД, УВД по субъектам Российской Федерации» (в ред. от 21 января 2010 г.) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2005. — № 43.

⁴ См., например: Приказ МВД России от 16 июня 2011 года № 676 «Об утверждении Инструкции по организации работы пунктов централизованной охраны подразделений вневедомственной охраны» // Документ опубликован не был. См.: СПС «КонсультантПлюс».

В.В. Трофимов

Трофимов Василий Владиславович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Тамбовского государственного университета им. Г.Р. Державина

**Правотворческие правоотношения как форма осуществления
планомерно-рационального способа формирования права:
проблемы теории и практики**

Понимание правотворческого процесса ориентирует, как правило, на его основные стадии, а также на результат в виде созданных правовых норм, но редко дает представление о том, в каком правовом режиме строится этот процесс, какие возникают юридические связи между основными его участниками, каковы их статусные характеристики и т. д. Однако именно в этих правовых «переплетениях» и нужно искать истоки правообразующей энергии, особенности динамики и результатов правотворческого процесса как способа правоформирования, строящегося на планомерно-рациональном подходе к построению права, обнаруживать роль основных структурных правовых элементов, в системе определяющих содержание, характер, внутренние и внешние качества создаваемого юридического материала.

Характеристика правотворчества, представляющего собой сложный, требующий высокоточной организации интеллектуальный процесс актуального конструирования права как регулирующего средства, от качества которого зависит эффективность и работоспособность всей правовой системы, может быть более полно представлена через методику анализа, выработанную теорией правовых отношений, в рассматриваемом случае — посредством использования теоретической конструкции *правотворческих правоотношений*.

Необходимый эвристический инструментарий и соответствующий методологический потенциал для более полного и всестороннего рассмотрения различных аспектов процесса создания правовых норм содержит категория *правоотношений в сфере правотворчества* (планомерно-рационального способа правообразования), иными словами, *правотворческих* (или правообразующих) *правоотношений*. Во многом это обусловлено функциональностью правоотношений как формы реальных юридических связей (взаимодействия) между конкретными субъектами права. По мнению С.С. Алексеева, правоотношение в механизме правового регулирования служит инструментом перевода общих моделей поведения в плоскость конкретных мер поведения применительно к данным субъектам¹.

Одним из немногих исследователей, обращавшихся к разработке данной категории, являлся Б.В. Дрейшев. В своих работах автор обосновывает необходимость изучения правовых отношений в сфере правотворчества, определяет понятие правотворческих правоотношений, выделяет их основные особенности, формирует представление об особом типе правовых норм — норм правотворческих. Сконструированная в исследованиях правоведа научная модель создает общее понимание правотворческих (правообразующих) правоотношений².

Используя научную модель правовых отношений, представляется целесообразным создать общее понимание того, что же такое правотворческие (правообразующие) правоотношения, каково их содержание, специфика. Не менее важными можно считать ответы на вопросы о том, какое место в рамках правотворческих правообразующих отношений отводится структурам гражданского общества как возможным и необходимым участникам процесса формирования права, каков объем правовой (юридической) ответственности непосредственно лиц, наделенных «правом на правотворчество», и др.

Правотворческие (правообразующие) правоотношения — это определенные специфические по содержанию и характеру правовые отношения, связанные с разработкой, принятием и изданием правотворческими органами правовых актов различной формы, а также участием граждан и организаций в данном процессе посредством выражения волеизъявления относительно характера и содержания принимаемых правовых норм. Главное назначение (функция) указанных отношений состоит в том, что они выступают средством создания (изменения, отмены) норм права. Этим определяется их особое место среди остальных правовых отношений, которые непосредственно связаны с реализацией уже созданных правовых норм.

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. — М., 1982. — Т. 2. — С. 27.

² См.: Дрейшев Б.В. Правотворчество в советском государственном управлении. — М., 1977. — С. 38. Автор говорит о том, что имеются все «основания дополнить классификацию отношений их *правообразующим* видом — правотворческими отношениями».

То, что правотворческие правоотношения выступают не только (подобно всем иным правоотношениям) как средство реализации правовых установлений, но, главным образом, как средство формирования (изменения, отмены) правовых норм, не означает, что данные отношения находятся вне сферы правореализации. Этой последней точки зрения придерживается ряд авторов. В частности, В.Н. Протасов в своей концепции «юридической процедуры» исходит из того, что особенности той или иной процедуры определяются характером правового отношения, реализации которого данная разновидность процедуры служит, — основного правоотношения. Для правотворческой процедуры таким правоотношением является «правоотношение, находящееся вне сферы общей, «массовой» реализации правовых норм, правоотношение, в рамках которого существует и реализуется специфическое юридическое «право на правотворчество» и которое имеет особое целевое назначение — формирование правовых норм»¹.

В.Н. Протасов справедливо констатирует парадоксальность ситуации, которая складывается в связи с правотворческой процедурой. «С одной стороны, правотворчество — это такая же регулируемая правом сфера деятельности, как и любая другая. В ней можно найти все атрибуты и компоненты правового регулирования: юридические нормы, регламентирующие правотворчество, правоотношения, акты реализации права, юридическую ответственность... Но, с другой стороны, не следует забывать и об относительности такого подхода. Ведь правотворчество — не просто регулируемая правом деятельность, а особый компонент системы правового регулирования, имеющий свою цель. Поэтому если проблему брать в целом, рассматривать в масштабе правовой системы, на первый план выдвигается содержательная и целевая специфика правотворчества, а не то обстоятельство, что и в нем можно найти акты реализации правовых норм»².

Однако этот аргумент уже не столько юридический, сколько политический. Получается, что в силу своей особой роли и предназначения правотворческая деятельность и, соответственно, те, кто ее осуществляют, может быть вообще поставлена за скобки правового воздействия, правового контроля и т. д. И тогда не будет никакого смысла искать в этой сфере элементы прав и обязанностей субъектов, осуществляющих эту деятельность, в том числе пытаться обнаружить их юридическую ответственность³.

Раскрывая эту проблему, вполне весомый аргумент, на наш взгляд, приводит Б.В. Дрейшев: «Правотворчество — процесс, имеющий юридический характер, поэтому создание правовых норм протекает в рамках строгой правовой регламентации, а, следовательно, и правореализации. Если рассматривать правотворчество за пределами правореализации, правового регулирования общественных отношений, то практически невозможно объяснить наличие основных компонентов механизма правового регулирования в правотворческом процессе... каким образом могут действовать правовые нормы, регламентирующие правотворческие отношения, вне сферы правореализации»⁴.

Сомнения справедливы и ответ на них, как представляется, достаточно очевиден: правотворческие правоотношения (несмотря на их явную специфичность) необходимо рассматривать и исследовать по правилам, применимым ко всем разновидностям правовых отношений (и уже в ходе этого изучения выделять соответствующие особенности).

Правовое регулирование отношений в сфере правотворчества имеет своей нормативной основой и предпосылкой соответствующие нормативные акты и может осуществляться лишь при наличии такой основы. Нормы права предписывают пределы возможного и должного поведения в предусмотренных ими правовых ситуациях. В соответствии с их предписаниями осуществляется поведение субъектов правоотношения. Это положение распространяется и на правотворческие правоотношения: нормы права предписывают совершение тех или иных правотворческих действий. «С их помощью регламентируется «технологический» процесс создания новых правовых норм, изменения или отмены действующих»⁵.

¹ Протасов В.Н. Юридическая процедура. — М., 1991. — С. 8. В.К. Бабаев и В.М. Баранов также считают, что включение в механизм правореализации правотворческой деятельности неоправданно расширяет объем понятия правореализации и приводит к отождествлению его с понятием правового регулирования. Правотворческая деятельность, по их мнению, является условием существования структуры механизма реализации права, но не может быть элементом этого механизма. См.: Бабаев В.К. [Рецензия] / Бабаев В.К., Баранов В.М. // Советское государство и право. — 1983. — № 3. — С. 146. — Рец. на кн.: Решетов Ю.С. Механизм правореализации в условиях развитого социализма. — Казань, 1980.

² Протасов В.Н. Юридическая процедура. — М., 1991. — С. 8.

³ Аспекту юридической ответственности органов государственной власти, в том числе в связи с реализацией ими правотворческих функций, в настоящее время в правовой науке придается весьма существенное значение, что обусловлено необходимостью совершенствования государственного аппарата, повышения эффективности его функционирования в условиях проводимого курса на модернизацию экономики и управления. См., например: Публичная власть: проблемы реализации и ответственности / Н.И. Матузов, А.В. Малько, В.Т. Кабышев и др.; Под ред. Н.И. Матузова, О.И. Цыбулевской. — Саратов, 2011.

⁴ Дрейшев Б.В. Правотворчество и правовое регулирование // Правоведение. — 1985. — № 1. — С. 33.

⁵ Там же. — С. 40.

Осуществляя дифференциацию *правотворческих (правообразующих) норм*, можно выделить *основные (волеобразующие)*, которые непосредственно регламентируют отношения, опосредующие создание государственного волеизъявления полномочным органом, и *вспомогательные*, которые обеспечивают осуществление первых. На основе этих норм складываются два типа правотворческих отношений: *волеобразующие* и *вспомогательные (подготовительные)*. Первые — это отношения, обусловленные осуществлением правомочий по подготовке, формированию и установлению государственного волеизъявления, их главная цель — практическая реализация участниками правовых предписаний, направленных на издание правового акта. (Это, в свою очередь, порождает последующие цели, которые определяют содержание каждого отношения, входящего в правотворческий процесс). Вторые имеют важное значение для обеспечения правотворческого процесса, носят вспомогательный, «технический» характер¹.

По своей отраслевой принадлежности правотворческие нормы, как представляется, также можно подразделить на нормы *государственного*², *муниципального* и нормы *административного* права. Государственно-правовые нормы и нормы муниципального права регламентируют правотворческие отношения, складывающиеся в процессе создания актов органами государственной и муниципальной власти. Нормы административного права регулируют правотворческие отношения органов государственного и муниципального управления. Нормами этих трех типов образуются *три отраслевых правотворческих института*, включающих соответственно нормы государственного, муниципального и административного права.

В свою очередь, каждый из отраслевых правовых институтов включает нормы как *материального*, так и *процессуального* права. В состав первого входят нормы материального государственного права и процессуальные государственно-правовые нормы. В состав второго — нормы материального муниципального права и процессуальные муниципальные правовые нормы. В состав третьего — нормы материального административного права и процессуальные административно-правовые нормы. Следовательно, каждый институт включает два структурных элемента — субинституты, состоящие из норм материального и процессуального права. В соответствии с этим правотворческие отношения подразделяются на *материальные правотворческие правоотношения* и *процессуальные правотворческие правоотношения*. Содержанием первых является определяемая конкретными правовыми нормами непосредственно деятельностью исполнителей субъектов, связанная с разработкой, обсуждением и принятием правовых актов. Содержанием вторых являются установленные в праве процедурно-процессуальные требования, которые необходимо выполнять с целью реализации содержания основного (материального) правотворческого правоотношения³.

Правовое регулирование отношений правотворчества в Российской Федерации осуществляется посредством норм, установленных Конституцией РФ, конституциями и уставами субъектов Российской Федерации. Это базовая законодательная основа, определяющая общее и особенное в правотворческом процессе на первичном уровне. На уровне основных законов государства, то есть Конституцией и конституционным законодательством, принципиальным образом определяется система правообразовательных механизмов, способов формирования права, посредством которых создается правовая система общества. Именно в рамках этих учредительных правовых параметров изначально устанавливается непосредственно порядок отношений (по горизонтали и по вертикали⁴) между органами публичной власти⁵ как основными субъектами правообразующей активности, распределяются функции и полномочия между различными субъектами образования права, придается та или иная степень силы формальным (юридическим) источникам права и т. д. Конституцией государства, по сути, намечается общий рисунок-карта того, кем и при помощи каких приемов может быть создано право, механизм правового регулирования в данном государстве.

В горизонтальном разрезе взаимоотношения существуют в рамках закрепленного статьей 10 Конституции РФ разделения властей на уровне Федерации и ее субъектов на законодательную, исполнительную и судебную. Принятие законов как высших по юридической силе нормативно-правовых актов является основной функцией законодательной ветви власти⁶. Подзаконные акты и акты судебного

¹ См.: Дрейшев Б.В. Правотворчество и правовое регулирование // Правоведение. — 1985. — № 1. — С. 31.

² В настоящем контексте словосочетание «нормы государственного права» (в отличие от словосочетания «нормы конституционного права») представляется более правильным, так как речь идет непосредственно о правотворчестве органов государственной власти.

³ См.: Дрейшев Б.В. Правотворчество и правовое регулирование // Правоведение. — 1985. — № 1. — С. 37—38, 43—44.

⁴ См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов, 2003. — С. 131.

⁵ См.: Матейкович М.С. Конституционные основы взаимоотношений органов публичной власти // Государство и право. — 2007. — № 3. — С. 16.

⁶ См.: Гранкин И.В. Парламент России. — М., 2001; Гранкин И.В. Конституционно-правовое регулирование деятельности Государственной Думы Федерального Собрания России // Конституционное и муниципальное право. — 2005. — № 8; Гранкин И.В. Конституционно-правовое регулирование деятельности Совета Федерации // Право и экономика. — 2005. — № 10.

правотворчества принимаются органами исполнительной и судебной власти соответственно в пределах, не нарушающих и не колеблющих правовой порядок, определенный законодательными органами. Следует также иметь в виду, что по Российской Конституции в перечень федеральных органов государственной власти в России включен Президент РФ, занимающий особое место в системе разделения властей. По действующей Конституции он не относится ни к одной из ветвей государственной власти, что позволяет говорить о выделении четвертой, президентской ветви власти¹, об особом типе правотворческой воли, формируемой в ее недрах².

Рассматриваемые в вертикальном срезе органы публичной власти как субъекты процесса формирования права представлены различными органами власти субъектов федерации, а также органами власти местного самоуправления (полномочиям последних посвящена глава 8 Конституции РФ). Прежде всего, речь может идти о законодательных органах субъектов РФ, компетенция которых определяется на высшем конституционном уровне. Конституционные начала деятельности законодательных органов субъектов РФ на федеральном уровне определены в ряде статей первой и третьей глав Конституции России. Прежде всего, на них полностью распространяются положения статьи 10 Конституции России, возводящей в конституционный ранг принцип разделения властей. Конституция РФ предусматривает формирование и функционирование в субъектах РФ законодательных органов парламентского типа, а также устанавливает основы их компетенции в статьях 72, 73 и 76. В частности, статья 76 устанавливает право субъектов РФ на осуществление правового регулирования вплоть до принятия законов³.

Наряду с Конституцией РФ правовое регулирование отношений правотворчества в Российской Федерации осуществляется также посредством норм, установленных законодательством о местном самоуправлении в РФ⁴, постановлениями Правительства РФ⁵, Регламентами⁶ Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания РФ⁷, нормативными актами⁸ и регламентами законодательных собраний субъектов РФ и представительных органов муниципальных образований РФ⁹.

Субъектами правотворческих правоотношений выступают лица (как граждане РФ, образующие российский народ — главный источник власти в РФ¹⁰, так и должностные лица) и организации (прежде всего, органы государственной и муниципальной власти), реализующие в соответствии с законом или иным актом свои полномочия и обязанности в правоотношении, связанном с изданием правовых ак-

¹ См.: Усанов В.Е. Разделение властей как основа конституционного строя и его роль в формировании парламентаризма в современной России // Государство и право. — 2005. — № 12. — С. 14—15.

² См. подробнее о конституционных основах правообразовательного механизма в современной России: Придворов Н.А. Конституционные основы правообразовательного процесса / Н.А. Придворов, В.В. Трофимов // Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации: Материалы Международной научно-теоретической конференции 4—6 декабря 2008 года: В 2 т. / Под ред. Н.В. Витрука, Л.А. Нудненко. — М., 2009. — Т. 2. — С. 112—123.

³ См. подробнее: Гранкин И.В. Роль Конституции Российской Федерации и федерального законодательства в определении компетенции законодательных органов субъектов Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. — 2005. — № 10. — С. 3—8.

⁴ См., например: Федеральный закон от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Российская газета. — 2003. — 8 октября. — С. 1—6.

⁵ См., например: Постановление Правительства РФ от 15 апреля 2000 года № 347 «О совершенствовании законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2000. — № 17. — Ст. 1877; постановление Правительства РФ от 2 августа 2001 года № 576 «Об утверждении основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов» // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 32. — Ст. 3335; постановление Правительства РФ от 1 июня 2004 года № 260 «О Регламенте Правительства Российской Федерации и Положении об Аппарате Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 23. — Ст. 2313.

⁶ Регламент есть такой нормативный акт, который регулирует отношения, складывающиеся как в процессе законотворчества, так и при осуществлении иных полномочий палат, определенных Конституцией Российской Федерации. См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. — СПб., 2003. — С. 115. Одним из направлений совершенствования парламентских процедур справедливо называется «повышение роли регламентов как комплексных нормативных актов в деятельности представительных органов власти». См.: Окулич И.П. Правовая природа парламентских процедур в Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 12. — С. 15.

⁷ Постановление Государственной Думы РФ от 22 января 1998 года № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 801; постановление Совета Федерации Федерального Собрания РФ от 6 февраля 1996 года № 42-СФ «О Регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 7. — Ст. 655.

⁸ См. подробнее: Антонова Н.А. Правотворчество органов местного самоуправления. — М., 2008. — С. 96; и др.

⁹ Существенным дополнением в этой области правового регулирования на федеральном уровне мог бы стать «Закон о нормативных правовых актах» или так называемый Закон о законах. Таким же резонным является предложение обновить правила подготовки и принятия законов, ведомственных актов, разработать и утвердить постановление Правительства РФ «Общие правила юридической техники». См.: Тихомиров Ю.А. Юридическое проектирование: критерии и ошибки // Журнал российского права. — 2008. — № 2. — С. 9.

¹⁰ Статья 3.1 Конституции РФ 1993 года // Российская газета. — 1993. — 25 декабря. — С. 3.

тов. Норма права, регулирующая то или иное правотворческое отношение, обеспечивает в нем участие определенного субъекта, регламентируя его правомочия и обязанности. По своему содержанию правомочия и обязанности участников правотворческих правоотношений разнообразны. Цель каждого *правомочия* и каждой *обязанности* — совершение необходимых действий в определенный момент правотворческого процесса¹.

По своему содержанию правосубъектность в сфере правотворчества охватывает правомочия по изданию правовых актов, внесению предложений и проектов в вышестоящие органы в порядке осуществления правотворческой инициативы, по участию в обсуждении проектов правовых актов и т. п. Правосубъектность может дифференцироваться в зависимости от объема закрепленных за лицом или организацией полномочий и обязанностей в области осуществления правотворческих функций. В данном случае имеет смысл говорить о «*полной*» и «*неполной*» правосубъектности, где «*полная*» рассматривается как такая совокупность прав и обязанностей, которая обеспечивает участие органа публичной власти в любых по содержанию правотворческих отношениях и, прежде всего, включает право на издание (принятие) правовых актов. «*Полная*» правосубъектность закрепляется непосредственно за законодательными (представительными) органами государственной и муниципальной власти, а также органами исполнительной власти в объеме их правотворческой компетенции. «*Неполная*» правосубъектность включает лишь отдельные полномочия и обязанности, определяющие статус субъекта только на некоторых стадиях правотворческого производства. Речь в этом случае может идти, например, об осуществлении правотворческой инициативы, обсуждении проекта правового акта, участии в публичных слушаниях, проведении экспертизы проекта нормативного акта и подготовке экспертного заключения и т. д. Общество (представленное гражданами, общественными организациями и т. п.) и, соответственно, его активная форма — гражданское общество, участвуя в правотворческих правоотношениях, не обладает «*полной*» правосубъектностью, обеспечивающей возможность участия на всех стадиях правотворческого производства.

Объект правоотношения — это те явления (предметы) окружающего мира, на которые направлены субъективные юридические права и обязанности². Объектом правотворческого отношения, соответственно, является все то, что находится вне субъективных прав и юридических обязанностей участников данных правоотношений. Для материальных правотворческих правоотношений — это предложения, поправки, документы, материалы, содержащие информацию о подготовке текста проекта, подготовке проекта к коллегиальному обсуждению, непосредственно нормативный акт, подлежащий опубликованию, и др. Для процессуальных правотворческих правоотношений — это материальные правотворческие отношения, необходимость осуществления которых вызывает потребность в процессуальном отношении.

Содержанием правотворческих правоотношений является правотворческая деятельность, в ходе которой реализуется государственная потребность в правовом регулировании общественных отношений. Содержание правотворческих отношений есть фактическое поведение участников этих отношений, их правотворческая деятельность в соответствии с предусмотренными правовой нормой правами и обязанностями, то есть их правомерная практическая реализация³.

Такой представляется в общих чертах структура правообразующих (правотворческих) правоотношений. Следующей познавательной задачей является ответ на вопрос, какое место в их рамках может быть отведено гражданскому обществу как субъекту правовой системы и возможному партнеру власти в решении вопросов формирования права⁴? Кроме этого, важным представляется установление в рамках этой структуры такого элемента правотворческих отношений, как *юридическая (или правовая) ответственность* субъектов правотворческих правоотношений, то есть ответственность лиц, непосредственно наделенных правом «творить право».

Гражданское общество можно определить в качестве особой формы организации общества, которая характеризуется активным и ответственным участием граждан, гражданских институтов в делах государства⁵ (при этом не только экономических, социально-культурных процессах, но также политических и правовых, поскольку именно от результатов последних зависит доступность и гарантированность конституционных социально-экономических и культурных прав и свобод). Еще Цицерон, рассуждая об основных добродетелях граждан в трактате «Об обязанностях», замечал, что вряд ли следует признавать заслугой

¹ См.: Дрейшев Б.В. Правотворчество и правовое регулирование // Правоведение. — 1985. — № 1. — С. 32—33.

² Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. — Свердловск, 1964. — Вып. 2. — С. 137.

³ См. там же. — С. 36.

⁴ Отношения между гражданским обществом и государством осуществляются в рамках двусторонней связи, «при которой они взаимно нуждаются и действуют с опорой друг на друга в общих интересах обеспечения достойного уровня жизни каждого человека, его потребностей и интересов, процветания и развития своего народа и государства». См.: Уваров А.А. Принципы функционирования гражданского общества // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 23. — С. 20.

⁵ Res publica est res populi. — Государство является делом народа. (Цицерон М.Т. «О республике»). Цит. по: Чичерин Б.Н. История политических учений. — М., 1869. — Ч. 1. — С. 86.

самоустранение участников гражданской общины (особенно, когда речь идет о лицах, наделенных способностями) в целях сохранения личного спокойствия и во избежание каких-либо душевных тревожностей от общественных или государственных дел. «Но те, кого природа наделила способностями к деятельности, должны, отбросив всякую медлительность, занимать магистратуры и вершить делами государства; ведь иначе невозможно ни управлять государством, ни проявлять величие духа»¹.

Деятельное участие граждан в политической и правовой жизни страны необходимо, и это важно как для гражданина, открывающего возможности реализации интеллектуального и духовного потенциала, так и для государства, устанавливающего каналы обратной связи с обществом, что позволяет намного более эффективно осуществлять политические, юридические и управленческие процессы. С точки зрения граждан, возможность принять участие в политико-правовой деятельности государства важно также постольку, поскольку на этой диалогической основе формируются предпосылки понять и воспринять те решения, которые становятся закономерным результатом политической и правовой активности государственного аппарата. Как заметил на заре эпохи перемен (в 1989 году) в своем докладе «О гражданском обществе» Мераб Мамардашвили (выдающийся отечественный философ), связывая свои размышления с искусством общества и политики: «Фактом является то, что для того, чтобы испытать, действительно пережить какое-то живое чувство или живое восприятие, человек должен иметь, получить или создать сам, сотворить какую-то конструкцию...». При этом ученый соглашается с утверждением Аристотеля о том, что человек как существо политическое немислим и невозможен вне государства и вне политики: «Вне политики и государства может быть лишь Бог (наверху) или животное (внизу)»².

Экстраполируя эти выводы на проблему ответственного участия институтов гражданского общества в процессах правообразования, следует констатировать тот факт, что восприятие (социализация) права и его активное использование, а также решение проблемы уважения к праву могут осуществляться в социально-правовой жизни (на практике) лишь при условии активного участия в создании права самих граждан.

Известно, что в качестве главного правового итога правотворческой деятельности выступает создание нормативной основы — совокупности действующих норм, являющихся исходным моментом в механизме правового регулирования³. Однако по своему характеру и содержанию результат правотворческой деятельности может быть либо положительным, либо отрицательным. Конечно, и законодательная, и любая другая власть ощущают свою ответственность за принимаемые решения, в том числе и за очевидно «неправильные», идущие часто вразрез с общенародными интересами. Однако основное бремя издержек от неэффективных решений ложится все же на само общество, народонаселение страны, которое является изначальным источником власти⁴.

Подобного рода ситуации означают то, что фактически предоставленный власти мандат на выполнение правообразующих функций, делегирование обществом своего права жить по тем правилам и нормам, в которых оно нуждается, и которые люди ощущают важными, справедливыми, разумными, реализуется далеко не в полной мере либо осуществляется в искаженной форме. Очень часто получив мандат доверия от народа и соответствующую поддержку, власть как бы пускается в «свободное плавание», отрывается от избравших его людей и практически игнорирует их интересы. Можно ли в этом случае говорить о демократическом процессе правотворчества? По всей видимости, нет. Государство и гражданское общество в этом смысле начинают сосуществовать в различных правовых измерениях, что порождает недееспособное право, с одной стороны, и так называемое теневое право⁵, с другой стороны. Поэтому очень важно обосновать необходимость участия структур гражданского общества в процессе создания актуального права, продемонстрировать возможные формы и способы такого участия, а также выявить проблемные точки, на которых эти способы не реализуются или реализуются не в полной мере.

Базовой основой правообразующих правоотношений в государстве являются конституционные установления. Определяемое ими конституционное поле взаимодействия власти и общества (поле так называемой делиберативной демократии⁶) и является той изначальной средой, в которой устанавливается правовой контакт общества и власти в области формирования права. Первое передает свое «право на правотворчество», а вторая принимает на себя эту функцию, обязываясь тем самым создавать право в интересах народа. На данном уровне устанавливается необходимый с точки зрения правового развития диалог между обществом и властью. В процессе этого диалога проявляются правовые интересы, нуждающиеся в правовом опосредовании. В ходе данного процесса осуществляется осознание юриди-

¹ Цицерон М.Т. Об обязанностях. — М., 2003. — С. 143.

² Мамардашвили М.К. Сознание и цивилизация. Тексты и беседы. — М., 2004. — С. 62—63.

³ Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М., 1972. — С. 127—128.

⁴ См.: Статья 3.1 Конституции РФ 1993 года // Российская газета. — 1993. — 25 декабря. — С. 3.

⁵ Баранов В.М. О теневом праве // Новая правовая мысль. — 2002. — № 1. — С. 13—20.

⁶ От англ. «deliberate» — советоваться, совместно рассматривать.

чески значимых социальных интересов, и на этой основе формулируется правовая идея. Наиболее продуктивной формой такого взаимодействия следует признать *демократические выборы*, которые «предоставляют населению возможность сформировать (выбрать) такой субъект правотворчества, чья нормотворческая деятельность будет направлена на принятие нормативных правовых актов в интересах народа и отвечающих доминирующим в обществе ценностям и представлениям о них»¹.

В этом, пожалуй, и заключается основное свойство народного представительства, способного выразить в праве насущные потребности общества. По этому поводу очень точно выразился Б.Н. Чичерин: «Никто не станет отрицать как общее начало, что законодательство, имеющее живую связь с народом, заключает в себе гораздо более залогов силы, нежели законодательство, составленное бюрократическим путем»².

В своей докторской диссертации «О народном представительстве» ученый сформулировал эту идею народного представительства следующим образом: «Представитель не только лицо, служащее государству, но на этой службе он заступает место самих граждан, насколько они призваны к участию в государственных делах. В нем выражается их право; через него проводятся их мнения. Считаясь представителем всего народа, действуя во имя общих государственных целей, он, вместе с тем, является органом большинства, его избравшего. При выборе лица избиратели руководствуются не столько его способностями, сколько соответствием его образа мыслей и направления с их мнениями и интересами, и хотя юридически он становится независимым, общение мыслей должно сохраняться постоянно; остается зависимость нравственная. Если же связь исчезла, если представитель или сами избиратели отклонились от прежних убеждений, новые выборы дают гражданам возможность восстановить согласие, заменив прежнего представителя другим»³.

В современных условиях в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства особое значение может иметь так называемое *непосредственное правотворчество народа*, которое, будучи одной из форм современного правотворчества, связано с осуществлением такой формы участия широкой общественности в делах государства, как референдум. Референдум — это один из способов прямой демократии, являющийся в соответствии с Конституцией РФ (ч. 3 ст. 3), наряду со свободными выборами высшим, непосредственным выражением власти народа. Референдум предполагает возможность осуществления народом непосредственного правотворчества, сущность которого состоит в том, что политически дееспособные граждане непосредственно принимают участие во внесении предложений по содержанию предполагаемого нормативного акта, а также путем голосования придают данному нормативному акту юридическую силу, возводят его в закон. В нашей стране данная форма правотворчества широкого распространения не имела, чаще применялась так называемая стадия консультативного референдума, когда граждане принимали участие в обсуждении проектов нормативных актов. Да и сегодня потенциал референдума как формы правообразования используется не в полной мере, если не сказать, что совсем не используется, хотя применение этой формы народного волеизъявления бывает необходимо и целесообразно⁴.

Ныне действующий Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации» от 28 июня 2004 года⁵ каких-либо норм, которые прямо предусматривали бы возможность вынесения на референдум, инициируемый гражданами, проектов каких-либо нормативных актов или действующие акты с целью их отмены, не содержит (даже в сравнении с ранее действовавшим Законом «О референдуме Российской Федерации» от 10 октября 1995 г.⁶). Такое неясное указание в Законе на предмет референдума, как справедливо замечается в современной юридической литературе, влечет за собой существенное умаление вытекающего из демократической природы государства права граждан на участие в правотворческой деятельности⁷.

Другим условием адекватного отражения в правовых нормах требований общественных отношений и юридически значимых интересов представителей гражданского общества являются *гарантии*

¹ Трусов Н.А. Современный опыт борьбы за содержание права при помощи выборов // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 1. — С. 11. См. также: Ширококов С.А. Механизм демократических правоотношений человека и государства // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 2. — С. 5—8; Казакова Н.А. Правовое взаимодействие государства и общественных объединений // Общественные объединения. Вопросы права. — 2002. — № 2 (4). — С. 63—67.

² Чичерин Б.Н. Русское дворянство // Несколько современных вопросов. — М., 2002. — С. 105.

³ Чичерин Б.Н. О народном представительстве. — М., 1899. — С. 5—6.

⁴ См.: Поленина С.В. Правовая политика — генерализующий фактор правотворчества // Государство и право. — 2011. — № 1. — С. 96.

⁵ См.: Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 27. — Ст. 2710; 2007. — № 1. — Ст. 2; 2008. — № 17. — Ст. 1754.

⁶ См.: Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 42. — Ст. 3921.

⁷ См.: Брежнев О.В. Судебный конституционный контроль при реализации инициативы проведения референдума Российской Федерации и его назначении: проблемы правового регулирования // Государство и право. — 2010. — № 3. — С. 7.

демократизации и гласности всего нормотворческого процесса. Это предполагает разработку и приведение в действие определенных механизмов, допускающих к участию в работе над созданием правовых норм (в части, например, *предварительных всенародных обсуждений* или так называемых *публичных слушаний*) прежде всего тех, кому эти нормы предстоит использовать¹.

Так, еще в 2001 году Независимым институтом выборов был разработан проект Федерального закона «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов, федеральных законов и вопросов, требующих законодательного решения». Этот специальный нормативный акт должен был дополнить в части установления правовых механизмов участия различных структур гражданского общества в обсуждении законодательных вопросов другой, ранее спроектированный, Федеральный закон «О порядке принятия федеральных конституционных законов и федеральных законов». В частности, в качестве таких механизмов закон предусматривал создание временного коллегиального органа — так называемой Комиссии общественного обсуждения, принимающей и обобщающей поступающие в ходе всенародного обсуждения предложения².

Однако эти достаточно интересные (даже с точки зрения инновационного развития современной российской правовой системы) законодательные предложения, закрепляющие механизмы, способные существенно усилить гарантии для максимально полного выражения и учета общественного мнения при подготовке законопроектов и в ходе их дальнейшего рассмотрения парламентом, остаются пока нереализованными. Некоторые попытки внедрить в юридическую практику народные обсуждения или публичные слушания все же предпринимаются, и они нашли определенное законодательное закрепление. Так, Федеральный конституционный закон «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации» предполагает предварительное проведение референдумов по решаемому вопросу в рамках заинтересованных субъектов РФ (ч. 1 ст. 12). Многие вопросы местного значения подлежат, согласно Федеральному закону «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», до их принятия вынесению на публичные слушания (ч. 3 ст. 12, ч. 3, 5, 7 ст. 13, ч. 3 ст. 28, п. 2 ч. 3 ст. 31, ч. 4 ст. 44). Гарантии для проведения общественных слушаний по отдельным вопросам устанавливаются Земельным кодексом РФ (ч. 2 ст. 23)³.

Иными словами, законодательное закрепление института публичных слушаний (по крайней мере, на муниципальном уровне) существует, но вместе с тем, требуется дальнейшая разработка механизмов его практического применения. Это необходимо для того, чтобы данный инструмент не сводился лишь к одному из способов «одемократизации» правотворческой деятельности и придания ей «шарма подлинного народовластия», а представлял собой реальное средство привлечения граждан к участию в процессах формирования актуального права⁴.

Одним из действенных инструментов взаимодействия власти и общества в структуре правообразующих правоотношений может выступать *институт лоббизма*, который в ряде стран имеет легитимные формы. Именно законный лоббизм, имеющий четкие конституционно-правовые формы, способен принести пользу как инструмент выражения юридически значимых общественных интересов⁵.

Представленные способы участия структур гражданского общества обеспечивают взаимопроникновение разнопорядковых социальных юридически значимых интересов, позволяют создать почву для компромисса различных социальных сил и создать то право, которое будет действенным по причине его предварительной социализации (одобрения) в недрах правосознания общественных слоев, социальных групп, страт, индивидуумов. Однако на практике далеко не всегда удается наметить линии соприкосновения гражданского общества и государства в вопросах создания актуального права. Власть, действуя от имени общества, но зачастую лишь прикрываясь им, создает юридический материал, который либо не отображает насущные общественные потребности, либо попросту содержит ошибки, погрешности, очевидные и неочевидные пробелы и иные негативные элементы, свидетельствующие о низком качестве законодательства.

Правотворчество представляет собой систему организационно-процессуальных действий уполномоченных органов (главным образом, законодательных) государства, направленных на установление, изменение или отмену норм права. В качестве непосредственного результата правотворческой

¹ См.: Пеньков Е.М. Социальные нормы: управление, воспитание, поведение. — М., 1990. — С. 123.

² См., подробнее: Краснова О.И. К вопросу о некоторых принципах федерального законодательного процесса России // Государство и право. — 2005. — № 12. — С. 97—98.

³ См.: Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 52. — Ст. 4916; 2003. — № 40. — Ст. 3822; — 2001. — № 44. — Ст. 4147.

⁴ См., подробнее: Роньжина О.В. Уникальные стадии правотворческого процесса (к вопросу о форме публичных слушаний) // Государственная власть и местное самоуправление. — 2008. — № 1. — С. 3—5; см. также: Очеретина М.А. Понятие и типология института публичных слушаний // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 23. — С. 22—25.

⁵ См.: Малько А.В. Лоббизм: проблемы правового регулирования / А.В. Малько, В.В. Субочев. — Пятигорск, 2003. — С. 83.

деятельности выступают различные правовые акты. Главным правовым последствием правотворческой деятельности служит создание нормативной основы — совокупности действующих норм, являющихся исходным моментом в механизме правового регулирования и обеспечивающих «правовое урегулирование общественных отношений» (А.Ф. Шебанов) либо «составляющих лишь возможность упорядочения общественных отношений, превращение которой в действительность связано с приведением в действие различных способов реализации права»¹.

Вместе с тем, как бы ни трактовался результат правотворческой деятельности (как «действительность» или как «возможность»), по своему характеру и содержанию он может быть либо положительным, либо отрицательным. В первом случае сформированная нормативная основа сама по себе будет воплощать «знак качества» правотворческого производства, обеспечивать уважение к его «работникам» и создавать предпосылки для того, чтобы вновь «перепоручить» им функцию представлять интересы людей. Во втором случае будет происходить дискредитация не только нормативных регуляторов, но и публичной власти, возложившей на себя функцию управления общественными процессами. Кроме того, негативное правотворчество создает те «очаги» социальной неупорядоченности (хаоса), которые при факте их неопределенного множества могут вызвать труднообратимые процессы «развала» в фундаментальных основаниях социальной системы, так как у нее уже не окажется собственных ресурсов для восстановления и погашения возникших флуктуационных колебаний или замещения правового вакуума. По этим причинам в этих ситуациях, когда приходит осознание всей полноты возможных негативных следствий «неэффективного» правоформирования, вполне резонным становится вопрос: кто несет ответственность за непродуманные, ошибочные и нередко вредные (и с морально-психологической и материальной точки зрения) правотворческие решения и в какой мере может эта ответственность применяться? Безусловно, речь идет, прежде всего, об ответственности публичной власти, наделенной «правом на правотворчество». Несовершенство современного позитивного права, относительно невысокая его эффективность, неадекватность существующих юридических форм содержанию общественных отношений, ошибки и пробелы в праве, коллизии между правовыми актами, номинальность многих юридических положений, а нередко и вызываемые ими отрицательные последствия для правовой системы приводят к необходимости постановки проблемы об ответственности субъектов правотворчества за принимаемые решения.

При назначении мер правовой (юридической) ответственности, кажется, все достаточно ясно. Если имеет место нарушение, известно, кто его совершил и какое существовало субъективное отношение к совершаемому действию, известно, какой ущерб причинен, то такой же должна быть ответная реакция в виде неблагоприятных последствий к нарушителю. Однако применительно к рассматриваемой проблеме ответственности в сфере нормотворчества все оказывается далеко не таким однозначным: не всегда понятно, считать ли негативный правотворческий результат правонарушением; в силу, как правило, коллегиальности правотворчества неясно, кто конкретно должен нести ответственность и может ли она наступить по причине свойственного большинству правотворческих субъектов правового иммунитета. Кроме того, можно ли установить виновность в контексте правового «творчества» и как оценить объем причиненного ущерба и т. д.? Эти и другие вопросы, к сожалению, далеко не всегда могут получить понятное и устраивающее все стороны объяснение и разрешение. По этой причине проблема ответственности публичной власти в области правотворчества (планово-нормативного способа правообразования) в контексте исследования современного правообразовательного процесса приобретает особую актуальность и требует комплексной и адекватной оценки.

Можно отметить, что в юридической науке, особенно последних десятилетий, не раз обращались к этому вопросу (в виде отдельных научных работ, монографий, статей², в форме научных конферен-

¹ Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М., 1972. — С. 127—128.

² См.: Дмитриев Ю.А. Проблема контроля и ответственности в деятельности органов государственной власти / Ю.А. Дмитриев, Ф.Ш. Измайлова // Государство и право. — 1996. — № 4. — С. 88—96; Исаева Н.В. К проблеме ответственности в конституционном праве // Правоведение. — 2004. — № 2. — С. 19—29; Ломакина В.Ф. Юридическая ответственность государственных служащих: правовое регулирование дисциплинарной ответственности / В.Ф. Ломакина, Н.Ю. Хаманева // Государство и право. — 2008. — № 9. — С. 13—22; Карасев М.Н. О государственно-правовой ответственности высших должностных лиц субъектов Российской Федерации // Журнал российского права. — 2000. — № 7. — С. 29—37; Руденко В.Н. Институты «отзыва» и «ропуска» в современном российском законодательстве: практика реализации и проблемы правового регулирования // Журнал российского права. — 2002. — № 4. — С. 44—53; Сергеев А.А. Прекращение полномочий выборных лиц публичной власти как мера юридической ответственности // Журнал российского права. — 2002. — № 7. — С. 27—35; Боброва Н.А. Ответственность в системе гарантий конституционных норм / Н.А. Боброва, Т.Д. Зражевская. — Воронеж, 1985; Кондрашев А.А. Конституционная ответственность в Российской Федерации: теория и практика. — М., 2006; Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран / Под ред. С.А. Авакьяна. — М., 2001; Шон Т.Д. Конституционная ответственность // Государство и право. — 1995. — № 7. — С. 35—43; Милушева Т.В. К вопросу об ответственности государства в сфере законодательства / Т.В. Милушева, К.А. Ишеков // Конституционное и муниципальное право. — 2009. — № 8. — С. 2—5.

ций, «круглых столов»¹ и т. п.). Вместе с тем, вряд ли можно утверждать, что эта научная проблема нашла свое полномасштабное решение. Как верно заметила Н.П. Колдаева, «по существу, наука еще только приближается к ней: не определены ее границы, и даже очертания самого объекта исследования представляются нечеткими»².

Думается, что одной из причин этого положения является несколько «расплывчатое» представление о месте ответственности в параметрах правотворческого процесса, да и само понимание последнего не всегда способствует достижению этой четкой репрезентации. Применяемая для настоящего анализа конструкция правотворческих правоотношений, на наш взгляд, позволяет более точно идентифицировать элемент юридической ответственности, определив ее объем, характер и специфику применительно к субъектам, наделенным полномочиями создавать юридическое право (законодательство).

Как таковая, проблема юридической ответственности с давних пор находится в разработке отечественных правоведов. Цикл возрастания интереса к данному предмету пришелся на 60—80-е годы XX века. Именно в этот период времени вышли в свет фундаментальные теоретические работы в этой области научно-правовых исследований — это работы И.С. Самощенко, О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородского, С.Н. Братуся, Н.С. Малеина, О.Э. Лейста. В настоящее время в правовой науке предлагается модернизированное прочтение этой категории, проводятся новые, оригинальные и глубокие исследования по проблеме юридической ответственности³.

При рассмотрении проблемы ответственности публичной власти как основного субъекта правотворческих правоотношений примем за основу одно из устоявшихся в правовой науке определений, характерное для научной традиции, представленной в концепции С.С. Алексеева. Ученый полагает, что специфические черты юридической ответственности наиболее ярко выражаются в том случае, когда при ее характеристике указывается на обязанность претерпевания мер государственно-принудительного воздействия, то есть обязанность отвечать за правонарушение. Последнюю автор трактует не как простую обязанность что-то сделать или от чего-то воздержаться, а, прежде всего, как обязанность принимать меры воздействия и соотносить с ними свое поведение. Исходя из этого, С.С. Алексеев формулирует следующее определение: «Правовая ответственность — это обязанность лица претерпевать меры государственно-принудительного воздействия за совершенное правонарушение в форме личного, организационного или имущественного характера»⁴.

Развивая это определение, В.М. Горшенев вносит в него определенные коррективы. Главным образом, это касается уточнения в части такого признака, как «обязанность». Автор, пожалуй, справедливо полагает, что понятие обязанности имеет свое собственное содержание, и включать его в понятие ответственности не совсем правильно. В традиционном представлении обязанность — это позитивное, дозволяемое предписание поведения одной из сторон правоотношения. Ответственность — это установленные государством последствия неисполнения обязанности, ответственность — это самостоятельное правовое явление. По мнению ученого, *правовая ответственность* — это один из элементов *правового статуса лица*, не совпадающий с позитивной обязанностью по отношению к управомоченной стороне в правоотношении. Допуская известную аналогию с субъективным правом и юридической обязанностью и учитывая специфическое назначение юридической ответственности, автор определяет последнюю как *вид и меру принудительного претерпевания правонарушителем лишения благ, непосредственно ему принадлежащих*⁵.

Исходя из этих представлений, юридическая ответственность субъектов правотворческих правоотношений составляет элемент их правового статуса, то есть рассматривается наряду с их субъективными правами и юридическими обязанностями. Правовой статус определяется правотворческими нормами, диспозиции которых наделяют их соответствующими правами и обязанностями, ответст-

¹ См., например: Проблемы конституционно-правовой ответственности (по материалам конференции на юридическом факультете) // Вестник Московского университета. — Серия 11: Право. — 2001. — № 3. — С. 124—134; Проблемы правовой ответственности государства, его органов и служащих: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. — 2000. — № 3. — С. 20—36.

² Проблемы правовой ответственности государства, его органов и служащих: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. — 2000. — № 3. — С. 30.

³ См., например: *Липинский Д.А.* Проблемы юридической ответственности. — СПб., 2003; *Липинский Д.А.* О системе права и видах юридической ответственности // Правоведение. — 2003. — № 2. — С. 27—37; *Липинский Д.А.* Соотношение функций права и функций юридической ответственности // Правоведение. — 2004. — № 3. — С. 144—155; *Бондарев А.С.* Юридическая ответственность — исключительно позитивное свойство субъектов права // Правоведение. — 2008. — № 1. — С. 133—144; *Авдеенкова М.П.* Система юридической ответственности в современной России // Государство и право. — 2007. — № 7. — С. 25—32; *Федорова В.Г.* Понятие юридической ответственности и ее регулятивно-охранительная природа // Государство и право. — 2007. — № 9. — С. 87—92; *Ветютнев Ю.Ю.* Юридическая ответственность как закономерное явление // Юрист. — 2001. — № 10. — С. 23—24.

⁴ *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. — Свердловск, 1964. — Вып. 2. — С. 184.

⁵ См.: *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М., 1972. — С. 101—104.

венность же, следуя формально-нормативной логике, должна найти свое закрепление (как мера «принудительного» претерпевания негативных последствий) на уровне санкций правотворческих норм. Вместе с тем, общий анализ правовой регламентации правотворческих отношений позволяет прийти к выводу о том, что на настоящий момент таким аспектам, как «обязанности» субъектов правотворческих отношений и их «юридическая ответственность», отводится крайне незначительное место. Отсюда — известная сложность возложения соответствующего бремени юридических последствий за ошибочные (осознанные и неосознанные) и отрицательные правотворческие решения.

Однако это не означает, что субъекты правотворческих правоотношений не несут никакой ответственности за свои действия. Осуществляя правотворческую деятельность в рамках выполнения публично-властных функций, эти субъекты несут, прежде всего, политическую ответственность, которая одновременно есть и юридическая, поскольку вся деятельность политической власти реализуется, так или иначе, в правовом поле и связана с исполнением или неисполнением предписаний правовых норм. Как справедливо замечает С.А. Авакьян: «Ответственность субъекта государственно-правового отношения — это политическая ответственность, поскольку он выступает в сфере реализации политических интересов, осуществления политической власти и ее функций. Вместе с тем это ответственность *правовая*, поскольку она формализуется в статьях нормативных актов. Оба названных свойства переплетаются, поэтому можно говорить о *политико-правовой ответственности* субъектов государственного права»¹.

Правовая (юридическая) ответственность субъектов правотворческих отношений может быть также представлена в двух аспектах: активном (позитивном) и ретроспективном (негативном).

Когда речь идет об *активном* (проспективном, позитивном) аспекте ответственности, то в этом случае она выступает как осознание творцом права своего предназначения, своих задач и функций, а также того, как он должен их осуществлять. В данном случае ответственность является внутренним регулятором его действий в этой сфере (сфере правотворчества). По мнению Б.Л. Назарова, «позитивная ответственность в известном смысле есть длящееся состояние отношений субъекта ответственности к своим обязанностям»². Позитивная ответственность есть «ответственность за надлежащее исполнение своих функций, обязанностей, порученного дела, за добросовестное поведение, ответственность перед обществом, государством»³.

Ретроспективный аспект ответственности отражает механизм принятия лицом неблагоприятных (негативных) последствий за прошлое противоправное поведение. В рассматриваемом случае — это возможные «лишения», применяемые к субъекту правотворчества за неисполнение или ненадлежащее исполнение им своих обязанностей в процессе осуществления правотворческой деятельности.

Общеправовой характер целей и задач правотворческой деятельности предопределяет специфичность ответственности субъектов правотворчества. По своей юридической природе — это ответственность конституционно-правовая. Принципиальное отличие конституционной ответственности от иных видов правовой ответственности заключается, прежде всего, в ее содержании. «Конституционная ответственность — это ответственность за ненадлежащее осуществление публичной власти»⁴.

Определяющим *основанием* правовой ответственности субъектов правотворчества является, таким образом, принятие в нарушение процедурно-процессуальных и материально-правовых правил (правотворческих норм) неэффективных, нерациональных, неразумных решений, которые противоречат принципу правозаконности и влекут или могут повлечь ущерб в отношении прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а также интересов общества и государства в целом. Правильная объективная оценка действий правотворческих органов, а именно и прежде всего, принимаемых ими нормативно-правовых актов, является важнейшим элементом механизма установления их правовой ответственности. Эта оценка должна иметь четкую юридическую квалификацию (незаконные акты, неправомерные действия и т. п.). Такую квалификацию в установленном порядке дает суд, признавая в своих решениях соответствие либо несоответствие принятых нормативных актов закону, правам человека и т. п.

Принятие нормативных актов, противоречащих праву, можно расценивать как нарушение конституционной обязанности власти действовать в интересах народа. Однако, как справедливо отмечает Н.В. Исаева, чтобы правильно квалифицировать то или иное действие власти именно в этом качестве, необходимо «установление закрепленного в законодательстве состава правонарушения. Во избежание субъективизма юридический факт, послуживший основанием ответственности, должен быть подтвержден в судебном порядке даже в тех случаях, когда инициатива или решение о применении мер

¹ Авакьян С.А. Санкции в советском государственном праве // Советское государство и право. — 1973. — № 11. — С. 30.

² Назаров Б.Л. О юридическом аспекте позитивной социальной ответственности // Советское государство и право. — 1981. — № 10. — С. 32.

³ Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов, 2003. — С. 57.

⁴ Дмитриев Ю.А. Проблема контроля и ответственности в деятельности органов государственной власти / Ю.А. Дмитриев, Ф.Ш. Измайлова // Государство и право. — 1996. — № 4. — С. 89.

ответственности принимается законодательным или исполнительным органом власти (отставка, роспуск, отрешение от должности)»¹.

Факты признания нормативных актов нарушающими Российскую Конституцию российское законодательство, общепризнанные принципы и нормы международного права и т. д. и, соответственно, их отмена судебными органами сами по себе в чистом виде не являются мерами юридической ответственности², так как непосредственно не налагают на лиц, принимавших данные акты, какого-либо бремени правовых лишений. Однако эти факты могут послужить основанием для применения тех или иных мер правовой ответственности. В частности, речь может идти о возложении на виновные органы (должностные лица) в порядке гражданского судопроизводства обязанности возместить материальный и моральный ущерб, причиненный их незаконными действиями³. В отношении должностных лиц органов исполнительной власти эти вопросы в принципе решаемы. Сложнее с теми субъектами публичной власти, которые по закону наделяются правовым иммунитетом и не могут быть привлечены к ответственности в течение срока политических полномочий. Одна из немногих альтернатив привлечения этих лиц к ответственности за решения, признанные высшими судебными органами незаконными — это, по сути, *ответственность политическая* — отказ со стороны народа на основе демократических выборов в выдаче мандата на осуществление «дискредитировавшим» себя лицам публично-властных полномочий на новый срок. Демократические выборы «предоставляют населению возможность сформировать (выбрать) такой субъект правотворчества, чья нормотворческая деятельность будет направлена на принятие нормативных правовых актов в интересах народа и отвечающих доминирующим в обществе ценностям и представлениям о них»⁴.

К демократическим институтам, включающим меры ответственности «избранников», относятся также «отрешение от должности», «отзыв выборного лица» и «ропуск представительного органа»⁵.

Таким образом, в процессе социально-правового диалога между обществом и властью, наряду с кристаллизацией конститутивных элементов правообразования (правовых интересов, правовой идеи и пр.), происходит институционализация и правовой ответственности компетентных правотворческих субъектов, так как если есть факты «делегирования права», «принятия правового обязательства», то должна быть и юридическая ответственность за его надлежащее исполнение.

В целом, применительно к проблеме определения специфики правотворческих правоотношений, в том числе вопросам участия структур гражданского общества в правотворческих правоотношениях, а также проблеме юридической ответственности субъектов правотворчества следует сформулировать следующие основные выводы. Во-первых, правотворческие (правообразующие) правоотношения следует рассматривать как разновидность правовых отношений, характеризующихся своей нормативной основой, объектом, субъектным составом и содержанием. Во-вторых, в рамках реализации принципа народовластия, складывающейся на этой основе системы взаимоотношений общества и государства (прежде всего, в лице выборных органов), проблема эффективности правообразовательных механизмов должна активнее решаться при помощи участия в процессах формирования актуального права институтов гражданского общества. В-третьих, в целях идентификации юридической ответственности субъектов публичной власти, наделенных функцией принятия общезначимых правовых решений, в правовых нормах, регламентирующих правотворческие правоотношения, необходимо наряду с правами четко формулировать обязанности субъектов правотворчества. Соответствующие обязанности необходимо выполнять в процессе принятия правовых актов, чтобы появилась возможность для более точной квалификации состава «неисполнения или ненадлежащего исполнения» правотворческих функций. Посредством категории правообразующих правоотношений открывается доступ к идентификации искомых правовых элементов, которые в системе с другими элементами определяют содержание и упорядоченность современного правотворческого процесса как планомерно-рационального способа правообразования.

¹ См.: *Исаева Н.В.* К проблеме ответственности в конституционном праве // Правоведение. — 2004. — № 2. — С. 22. Примером законодательного закрепления такой процедуры является Федеральный закон от 6 октября 1999 года с последующими дополнениями и изменениями «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». См.: *Собрание законодательства РФ*. — 1999. — № 42. — Ст. 5005.

² В правовой литературе высказывается и иная точка зрения. В частности, С.А. Авакьян отмечает, что «отмена акта одного органа другим означает, что акт был незаконным или нецелесообразным. Отмена есть оценка деятельности органа, принявшего акт. Это мера государственного принуждения, что тоже характеризует ее как санкцию». См.: *Авакьян С.А.* Санкции в советском государственном праве // Советское государство и право. — 1973. — № 11. — С. 35.

³ См. об этом, например: *Дмитриев Ю.А.* Проблема контроля и ответственности в деятельности органов государственной власти / Ю.А. Дмитриев, Ф.Ш. Измайлова // Государство и право. — 1996. — № 4. — С. 95.

⁴ *Трусов Н.А.* Современный опыт борьбы за содержание права при помощи выборов // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 1. — С. 11. См. также: *Широбоков С.А.* Механизм демократических правоотношений человека и государства // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 2. — С. 5—8.

⁵ О проблемах правового регулирования институтов «отзыва выборного лица» и «ропуска представительного органа» см. подробнее: *Руденко В.Н.* Институты «отзыва» и «ропуска» в современном российском законодательстве: практика реализации и проблемы правового регулирования // Журнал российского права. — 2002. — № 4. — С. 44—53.

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

Техника формирования терминологического аппарата законопроекта: состояние и пути совершенствования

Подбор и систематизация юридических терминов в процессе языкового построения законопроекта является одним из ключевых звеньев законотворческой деятельности. От того, насколько термины, задействованные в тексте закона, будут отражать соответствующие понятия, во многом зависит юридическая судьба данного закона.

Точное и прозрачное языковое воплощение законотворческих решений является мерилем эффективности закона, его столь необходимой и востребованной характеристикой. Как верно отмечал А.С. Пиголкин, в настоящее время, к сожалению, «во многих случаях проекты готовятся наспех, без внимательной и вдумчивой проработки нормативных новелл, анализа прогнозов их эффективности...»¹. А между тем, качество законодательных актов напрямую зависит от качества законопроектов. По справедливому мнению Робера Бержерона, в идеале закон должен обладать таким качеством, «которое препятствовало бы появлению какой бы то ни было критики относительно редактирования текста»².

Более того, терминологическая неопределенность закона может являться фактором, способствующим его коррупциогенности. В соответствии с пунктом 4 Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96, «коррупциогенными факторами, содержащими неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям, являются: ...в) юридико-лингвистическая неопределенность — употребление неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера»³.

Для начала нам следует определиться с самим понятием «терминологический аппарат законопроекта», а для этого необходимо выявить признаки (характерные черты) терминологии, объединенной рамками текста проекта закона.

Во-первых, термины, задействованные в тексте законопроекта, характеризуются строгой организацией и обладают системными свойствами.

Во-вторых, термины, используемые в законодательном тексте, традиционно достаточно разноплановы с позиции генезиса. Это могут быть и общеупотребительные термины, и собственно юридические термины, и термины, заимствованные из других областей знания. Данное обстоятельство свидетельствует о полиморфизме терминологии, используемой в законопроекте.

В-третьих, терминологический аппарат каждого законопроекта представляет собой сугубо индивидуальное явление, что обусловлено неповторимостью терминологии, которая в нем задействована. Конечно, каждый юридический термин может использоваться многократно, но терминологический аппарат проекта законодательного акта, воспринимаемый как единое и неповторимое целое, абсолютно индивидуален в юридической терминологической системе.

На основании изложенного мы можем определить *терминологический аппарат законопроекта* как строго организованную, полиморфную совокупность юридических терминов, обладающую индивидуальностью в юридической терминологической системе.

Для достижения оптимального состояния терминологического аппарата каждого законодательного акта необходимо начинать его вдумчивое, поэтапное выстраивание уже с первых шагов концептуально-проектного формирования. По верному замечанию В.М. Баранова, «вряд ли приходится сомневаться в том, что унификация терминологии должна быть проведена именно на стадии подготовки

¹ Пиголкин А.С. Российское законодательство на рубеже XXI века // Юридический мир. — 2001. — № 11. — С. 26.

² Бержерон Р. Правила нормопроектирования (на украинском языке). — Оттава, 1999. — С. 3.

³ Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 10. — Ст. 1084.

концепции законопроекта»¹. Поэтому, как указывается, например, в пункте 11 Методических правил по организации законопроектной работы федеральных органов исполнительной власти, «к разработке концепции законопроекта должны привлекаться высококвалифицированные специалисты, обладающие необходимыми знаниями действующего законодательства, практикой его применения»².

Считаем, что достижение безукоризненности, задействованной в законодательном акте юридической терминологии, должно восприниматься как одно из основных направлений законотворческой деятельности. Для этого необходима гармония в построении юридической терминологической системы, обусловленная четким и прозрачным процессом формирования терминологического аппарата каждого законопроекта.

К сожалению, современное российское законотворчество не отличается упорядоченностью в данной сфере. Процесс терминологического построения проекта законодательного акта не имеет официально установленных правил, нет единого алгоритма его проведения. Не отражена процедура формирования терминологического аппарата ни в Методических рекомендациях по юридико-техническому оформлению законопроектов, разработанных совместно Государственно-правовым управлением Президента РФ, Правовыми управлениями Аппаратов Государственной Думы, Правительства, Совета Федерации, а также Министерством юстиции РФ³, ни в Основных требованиях к концепции и разработке проектов федеральных законов⁴, ни в Положении о законопроектной деятельности Правительства РФ⁵, являющихся основой законопроектной деятельности федеральных органов власти. Хотя логично было бы закрепление такой процедуры именно в данных актах.

В большинстве научных работ, касающихся проблем нормотворчества во взаимосвязи с юридической терминологией, формированию терминологического аппарата законопроекта как одной из начальных стадий законотворческой деятельности, к сожалению, не уделяется должного внимания. Тем не менее, именно первичность такого действия обуславливает актуальность разработки соответствующей методики, рекомендаций для инициативных (рабочих) групп, вовлеченных в создание концепции законопроекта.

Считаем, что техника формирования терминологического аппарата проекта законодательного акта должна основываться на четком алгоритме, включающем несколько последовательных и взаимосвязанных между собой этапов:

- 1) изучение отечественного и зарубежного опыта терминологического построения законов;
 - 2) отбор и первоначальный анализ терминологического аппарата, проверка его на соответствие правилам использования юридической терминологии в языке законов;
 - 3) обоснование необходимости введения в текст законопроекта терминологических новаций (если таковые имеются);
 - 4) анализ согласованности юридической терминологии, используемой в проекте законодательного акта, установление режима терминологического единства и внутренней непротиворечивости;
 - 5) формирование терминологической группы, подлежащей определению в тексте законопроекта;
 - 6) заключительная комплексная оценка терминологического аппарата проекта законодательного акта.
- Остановимся подробнее на анализе каждого из них.

1. Изучение отечественного и зарубежного опыта терминологического построения законов.

Анализ сложившегося опыта терминологического построения законодательных актов является первичным и, вместе с тем, наиболее общим этапом в процессе формирования терминологического аппарата законопроекта. Опора на существующие в других странах правила и обычаи словесного конструирования законодательных текстов необходима и значима с точки зрения концептуальности и цельности развивающегося законодательного пространства. При этом отметим актуальность преемственности в построении терминологического аппарата каждого проекта закона, которая подчерки-

¹ Баранов В.М. Концепция законопроекта: понятие, элементы, виды, проблемы реализации // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 121.

² Приказ Минюста России и Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ от 10 января 2001 года № 3/51 «Об утверждении методических правил по организации законопроектной работы федеральных органов исполнительной власти» // Данный документ официально опубликован не был. При поиске использовалась СПС «Гарант».

³ Методические рекомендации по юридико-техническому оформлению законопроектов (направлены письмом Аппарата Государственной Думы РФ от 18 ноября 2003 года № вн2-18/490, рекомендованы Советом Государственной Думы РФ для использования при осуществлении законопроектной деятельности (выписка из протокола № 187 заседания Совета Государственной Думы РФ (от 20 ноября 2003 года))) // Данный документ официально опубликован не был. При поиске использовалась СПС «Гарант».

⁴ Постановление Правительства РФ от 2 августа 2001 года № 576 «Об утверждении Основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов» // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 32. — Ст. 3335.

⁵ Положение о законопроектной деятельности Правительства РФ, утв. постановлением Правительства РФ от 30 апреля 2009 года № 389 // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 19. — Ст. 2346.

вадет единство всего российского законодательства, что особенно важно в современных условиях нормотворческой деятельности.

В процессе разработки какого-либо законопроекта, безусловно, нужно исследовать нормативные правовые акты других стран, регулирующие схожие (тождественные) общественные отношения, это позволяет сформировать наиболее точное представление о предмете правового регулирования. Важно детально анализировать и терминологию, задействованную в данных актах, отбирая необходимые для российского права юридические термины. При этом не нужно забывать, что российское законодательство имеет свою специфику, и далеко не каждый заимствованный термин должным образом адаптируется в законодательном тексте.

2. Отбор и первоначальный анализ терминологического аппарата, проверка его на соответствие правилам использования юридической терминологии в языке законов.

Основательный отбор терминологического аппарата, включающий его спектральный анализ, является залогом адекватной трансляции смысла формулируемых нормативных предписаний.

Устранению терминологических антиномий способствуют выработанные в юридической науке, но, к сожалению, пока не принявшие общеобязательную форму, правила использования юридической терминологии в языке законов, которые призваны служить опорой при формировании терминологического аппарата любого законопроекта¹. На основании имеющегося опыта, предложим авторский свод таких правил, модернизированный в соответствии с реалиями современного российского законодательства.

Для предотвращения терминологических ошибок в текстах законопроектов, их разработчикам необходимо:

- а) отражать истинный смысл понятия при его выражении с помощью юридического термина;
- б) воспринимать каждый юридический термин как элемент юридической терминологической системы;
- в) соблюдать преемственность в использовании юридической терминологии, ограничивая при этом использование устаревших терминов, обозначающих несуществующие понятия;
- г) создавать условия для однозначности восприятия юридического термина с помощью понятного контекста и (или) дефиниции;
- д) соблюдать требования общепринятости и нормированности юридического термина, предполагающие его соответствие лексическим, грамматическим и стилистическим стандартам русского языка как государственного языка Российской Федерации;
- е) формулировать юридический термин лаконично, стилистически нейтрально и благозвучно;
- ж) ограниченно использовать заимствованные юридические термины (только в случаях, когда такие термины действительно востребованы российским правом, при отсутствии адекватных по своей сути языковых элементов в современном русском литературном языке);
- з) исключать использование просторечий, жаргонизмов и иной нетипичной лексики;
- и) исключать использование сравнений, метафор, эпитетов и иных образных средств².

Соблюдение данных правил важно, прежде всего, для того, чтобы юридические термины, используемые в тексте законопроекта, воспринимались не как набор искусственно вырванных из различных контекстов языковых элементов, а как четко выстроенная, понятная и прочная терминологическая система.

Поэтому на данной стадии формирования терминологического аппарата законопроекта следует особое внимание уделять проверке соответствия каждого используемого термина существующей юридической терминологической системе, то есть определять его место в данной системе. Это необходимо для устранения возможных противоречий в текстуальном выражении правовых норм. Установление четкой и логичной взаимосвязи юридических терминов, основанной на реальной картине их употребления в современном законодательном тексте, позволит избежать различных понятийно-терминологических противоречий, неточностей и ошибок уже на стадии определения контуров будущего закона.

3. Обоснование необходимости введения в текст законопроекта терминологических новаций (если таковые имеются).

Нужно констатировать, что в настоящее время обоснованию необходимости введения в текст законопроекта терминологических новаций практически не уделяется внимания. В большинстве пояс-

¹ См.: *Пиголкин А.С.* Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР: Дис... д-ра юрид. наук. — М., 1972; *Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина.* — М., 1990; *Тихомиров Ю.А.* Юридическая техника — инструмент правотворчества и правоприменения // *Юридическая техника.* — 2007. — № 1. — С. 14—15; *Черкаев А.В.* Юридическая терминология в российском публичном праве: проблемы применения и совершенствования: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2004; и др.

² См. также: *Туранин В.Ю.* За чистоту терминологических рядов! Определяем требования к использованию юридической терминологии в законодательном тексте // *Право и политика.* — 2004. — № 7. — С. 131—137.

нительных записок к законопроектам, даже при значительном количестве задействованных в них новых терминов, не разъясняется их востребованность в законодательном акте, не обосновывается необходимость расширения юридической терминологической системы. Например, с принятием Федерального закона «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров»¹ российский официальный юридический язык пополнился такими терминами, как «демпинговая маржа», «субсидируемый импорт». Однако необходимого пояснения актуальности внедрения данных терминологических новаций, к сожалению, представлено не было. С нашей точки зрения, такой информационный вакуум также является одной из основных предпосылок для возникновения терминологических противоречий, которые служат катализаторами правоприменительных ошибок.

4. Анализ согласованности юридической терминологии, используемой в проекте законодательного акта, установление режима терминологического единства и внутренней непротиворечивости.

Особое внимание следует уделять анализу согласованности отобранных юридических терминов, способствуя при этом установлению режима терминологического единства и внутренней непротиворечивости в тексте законопроекта. В настоящее время большинство юридико-технических недоработок законодательных актов зиждется на терминологической основе. Отсюда происходит и конфронтация самих законодательных актов. Так, например, Р.С. Маковик обращает внимание на то, что в статье 14 Федерального закона «Об охране окружающей среды»², которая называется «Методы экономического регулирования в области охраны окружающей среды», содержатся не сами методы (способы воздействия), а меры (средства воздействия). Как справедливо указывает ученый, «...установление платы, лимитов, экономическая оценка природных объектов... предоставление льгот, экологическое страхование и стимулирование — все это меры государства в лице его правомочных органов по охране окружающей среды»³. Методами же в данном случае являются, прежде всего, экологический контроль и наблюдение за соблюдением действующего законодательства в области охраны окружающей среды. Иными словами, в тексте Федерального закона «Об охране окружающей среды» содержится терминологическая путаница, связанная с подменой смысла одного из ключевых понятий, что, безусловно, нарушает постулат о терминологическом единстве и непротиворечивости закона.

Безусловно, что допускать подобные ситуации в текстах законодательных актов нельзя, поэтому еще раз подчеркнем, что необходимо по возможности устранять внутренние терминологические противоречия уже на стадии первичного языкового оформления законодательных решений.

Следует скрупулезно, осмысленно формировать нормативный тезаурус, рассматривать всю паутину значений каждого термина, подбирать такую дефиницию, которая максимально выражает его суть и корреспондирует другим определениям, содержащимся в данном законопроекте.

5. Формирование терминологической группы, подлежащей определению в тексте законопроекта.

При отборе терминологической группы, подлежащей определению в законопроекте, следует учитывать принципы и критерии необходимости законодательных дефиниций, выработанные в современной юридической науке.

Во избежание возможной логико-правовой путаницы при расположении терминов в статье-словнике приоритетным считаем алфавитный порядок, основанный на общепринятых и устоявшихся словарных канонах, подчеркивающий системность в построении законодательного текста. Принцип «матрешки», зачастую используемый при формировании тезауруса в тексте закона, основанный на выделении общих и специальных понятий, нам представляется не всегда эффективным. Опыт работы с законодательными актами показывает, что при наличии в статье-словнике большого количества терминов, логические связи между ними ослабевают, а зачастую, и вовсе теряются. Тем не менее, руководствуясь внутренними связями между понятиями, разработчиками законопроектов в рамках единой статьи иногда создаются несколько не связанных между собой терминологических пирамид, что, безусловно, снижает ее коэффициент полезного действия и затрудняет работу пользователя с текстом закона⁴.

6. Заключительная комплексная оценка терминологического аппарата проекта законодательного акта.

На данном этапе формирования терминологического аппарата проекта законодательного акта необходима проверка юридических терминов на соблюдение системных свойств. Это самая трудоемкая часть работы над терминологией законопроекта, поскольку итоговая экспертиза выстроенной языковой картины наряду с обобщающей функцией включает в себе и проверочные свойства. На этой стадии следует оценить уровень реализации всех поставленных задач по архитектонике терми-

¹ Федеральный закон от 8 декабря 2003 года № 165-ФЗ «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров» // Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 50. — Ст. 4851.

² Федеральный закон от 10 января 2002 года № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 2. — Ст. 133.

³ Маковик Р.С. Новые экологические акты РФ и их терминологический аппарат // Юрист. — 2002. — № 3. — С. 4.

⁴ См., например, статью 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 года № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 17. — Ст. 1918; статью 2 Федерального закона от 17 июля 1999 года № 176-ФЗ «О почтовой связи» // Собрание законодательства РФ. — 1999. — № 29. — Ст. 3697.

нологического аппарата, провести заключительную экспертизу использованных юридических терминов на предмет их адекватности обозначаемым понятиям.

Исходя из выявленных технико-юридических особенностей формирования терминологического аппарата законопроекта, сформулируем несколько практических тезисов, направленных на совершенствование существующих рекомендаций по оформлению потенциальных законов.

Во-первых, считаем возможным и необходимым внесение изменений в Методические рекомендации по юридико-техническому оформлению законопроектов в части дополнения их разделом «Терминология законопроекта». В логической структуре этот раздел должен следовать сразу за существующим разделом «Структура законопроекта».

В новой структурной составляющей следует изложить процедуру формирования терминологического аппарата проекта законодательного акта, а также сформулировать перечень требований к использованию юридической терминологии.

При этом мы исходим исключительно из закрепленной в преамбуле самих Методических рекомендаций основной цели, которая состоит в «обеспечении высокого качества законодательных актов путем соблюдения единообразия в оформлении законопроектов и использовании средств, правил и приемов законодательной техники»¹.

Во-вторых, полагаем, что следует дополнить и Основные требования к концепции и разработке проектов федеральных законов, регулирующие законопроектную деятельность федеральных органов исполнительной власти². К сожалению, в настоящее время законодательное определение термина «концепция законопроекта» отсутствует, нет и единой методики построения такой концепции. Между тем, как верно замечает В.М. Баранов, «структура концепции законопроекта может и должна быть стандартизирована. Имеется в виду обязательный набор ее элементов и последовательность их соединения, а не формальное единообразие»³. Одним из основных элементов концептуального видения законопроекта как раз и является его терминологический аппарат, и, как справедливо указывает Ю.А. Тихомиров, «если в концепциях проектов законов закладываются нечеткие, неточные, противоречивые юридические термины, то это потом мстит за себя юридическими ошибками, ложными взглядами и ошибочными позициями правоприменителей»⁴.

Поэтому предлагаем акцентировать внимание на юридической терминологии и в тексте Основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов, отразив данный аспект в некоторых пунктах. В частности, пункт 3 Основных требований целесообразно изложить в следующей редакции:

«3. Концепция законопроекта представляет собой документ, в котором должны быть определены: основная идея, цели и предмет правового регулирования, круг лиц, на которых распространяется действие законопроекта, их новые права и обязанности, в том числе с учетом ранее имевшихся, *основные термины, используемые в законопроекте* (далее по тексту)».

Думается, что на юридической терминологии следует останавливаться и в техническом задании на разработку законопроекта, которое является начальной, неотъемлемой частью законопроектной работы федеральных органов исполнительной власти. Тогда пункт 4 Основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов следует дополнить соответствующим подпунктом:

«4. Проект технического задания на разработку законопроекта (далее именуется — техническое задание) должен содержать следующие разделы:

- а) основание разработки законопроекта, его форма, вид и рабочее наименование;
- б) заказчик и разработчики законопроекта;
- в) перечень документов, подлежащих разработке;
- г) примерная структура законопроекта;
- д) *основные термины, используемые в законопроекте*;
- е) виды, этапы и сроки работы;
- ж) порядок финансирования и смета расходов (при заключении заказчиком договора на разработку законопроекта);
- з) порядок приемки работы».

¹ Методические рекомендации по юридико-техническому оформлению законопроектов (направлены письмом Аппарата Государственной Думы РФ от 18 ноября 2003 года № вн2-18/490, рекомендованы Советом Государственной Думы РФ для использования при осуществлении законопроектной деятельности (выписка из протокола № 187 заседания Совета Государственной Думы РФ (от 20 ноября 2003 г.)) // Данный документ официально опубликован не был. При поиске использовалась СПС «Гарант».

² Постановление Правительства РФ от 2 августа 2001 года № 576 «Об утверждении Основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов» // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 32. — Ст. 3335.

³ Баранов В.М. Концепция законопроекта: понятие, элементы, виды, проблемы реализации // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2001. — Т. 1. — С. 105.

⁴ Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. — М., 2000. — С. 80.

В этой связи Основные требования к концепции и разработке проектов федеральных законов необходимо дополнить и еще одним пунктом (в логической структуре — п. 10), раскрывающим суть выделенного нами раздела:

«10. В разделе «Основные термины, используемые в законопроекте» указываются ключевые термины, которые предполагается использовать в тексте проекта законодательного акта. В случае употребления новых терминов приводится обоснование необходимости такого употребления».

В-третьих, представляется логичным вывод о том, что акцент на терминологическом обеспечении будущего закона должен быть сделан и в пояснительной записке к законопроекту. Считаем, что для достижения необходимой ясности и четкости потенциального законодательного текста, структуру пояснительной записки к проекту закона, которая является обязательной составной частью законопроектного пакета документов, необходимо дополнить отдельным разделом, посвященным юридической терминологии. В нем должна быть обоснована актуальность и востребованность каждого нового термина, задействованного в законопроекте, представлено значение, в котором его планируется использовать в законодательном тексте.

С нашей точки зрения, в современной законотворческой деятельности роль пояснительной записки как одного из основных сопроводительных документов, способствующих реализации права законодательной инициативы, на самом деле, сведена к минимуму. Прав В.Б. Исаков, отметивший, что «ознакомление с пояснительными записками законопроектов, внесенных в Государственную Думу, оставляет впечатление, что многие из них писались в последний момент и у авторского коллектива не хватило времени и сил доходчиво рассказать о смысле и целях своей законодательной инициативы»¹.

Тем не менее в части 1 статьи 105 Регламента Государственной Думы РФ закреплено, что пояснительная записка должна содержать «предмет законодательного регулирования и изложение концепции предлагаемого законопроекта»². Иными словами, это должен быть четко отработанный, содержательный документ. В настоящее время пояснительная записка представляет собой скорее упрощенный, схематичный набросок основных аспектов законопроекта, размещенный на одной, максимум, двух страницах машинописного текста. Считаем, что этого явно недостаточно для реализации тех целей, которые закреплены в статье 105 Регламента Государственной Думы РФ. Пояснительную записку в современном законотворческом процессе следует воспринимать как своеобразный «авторский реферат законопроекта», где должны быть изложены все существенные аспекты проекта закона, включая и терминологический аспект.

Отметим, что техника формирования терминологического аппарата законопроекта должна быть концептуально единой как на федеральном, так и на региональном уровне. Поэтому полагаем, что предложенные общие рекомендации по совершенствованию процедуры терминологического построения законопроектов вполне могут быть востребованы и в региональной законотворческой деятельности.

¹ Исаков В.Б. Стадии подготовки проектов законов // Законодательная техника: Научно-практическое пособие. — М., 2000. — С. 68.

² Регламент Государственной Думы Федерального РФ, утв. постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22 января 1998 года № 2134-II ГД // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 801.

Е.В. Уткина

Уткина Елена Владимировна — аспирант кафедры уголовного права Нижегородского государственного университета и.м. Н.И. Лобачевского

**К вопросу о применении правил юридической техники
в законодательных конструкциях диспозиций
статей 260 и 261 УК РФ**

В статье рассматривается вопрос применения правил юридической техники при законодательном конструировании диспозиций статей 260 и 261 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ)¹, предусматривающих составы преступлений в сфере лесопользования.

Первое, на что следует обратить внимание при рассмотрении данного вопроса — на соблюдение языкового стиля текста УК РФ как нормативного правового акта в конструкции вышеуказанных статей УК РФ².

В статье 260 УК РФ указанный стиль текста не соблюдается. В частности, для обозначения преступного деяния в статье 260 УК РФ используется термин «рубка» (ранее использовался термин «порубка»), употребление которого в текстах с официально-деловым стилем не совсем уместно. Однако здесь необходимо уточнить, что использование данного термина в диспозициях частей 1, 2 статьи 260 УК РФ связано с их бланкетным характером, отсылающим правоприменителя к нормам других отраслей права, и в частности к нормам лесного законодательства. В Лесном кодексе Российской Федерации (далее — ЛК РФ)³ термин «рубка» используется для обозначения процессов спиливания, срубания и срезания лесных насаждений (ст. 16). Других терминов для обозначения такого рода деяний ни в ЛК РФ, ни в других правовых актах лесного законодательства не содержится. В связи с этим полагаю, что в целях единообразного понимания и толкования действующего законодательства (как уголовного, так и лесного) исключение термина «рубка» из статьи 260 УК РФ и замена его на какой-либо другой термин до внесения соответствующих изменений в лесное законодательство не представляется возможным.

Другой недостаток конструкции статей 260 и 261 УК РФ — несоответствие содержания статей их заголовкам⁴.

Если руководствоваться заголовком статьи 260 УК РФ, то получается, что в ней указан только состав незаконной рубки лесных насаждений. Между тем в диспозиции части 1 статьи 260 УК РФ в качестве предмета преступления указаны и «не отнесенные к лесным насаждениям деревья, кустарники, лианы», а также альтернативное незаконной рубке деяние — «повреждение до степени прекращения роста».

Заголовок статьи 261 УК РФ также не соответствует содержанию самой статьи. Согласно формулировке заголовка, предметом преступления по статье 261 УК РФ являются «лесные насаждения», однако в тексте диспозиций частей 1 и 3 данной статьи указаны также «иные насаждения».

Необходимо отметить, что по правилам юридической техники для удобства правоприменения в тексте УК РФ должна использоваться единая терминология для обозначения одних и тех же предметов и явлений⁵, однако в статьях 260 и 261 УК РФ данное правило тоже не соблюдается. В частности, при обозначении предмета преступлений по статьям 260 и 261 УК РФ используются разные формулировки: в статье 260 УК РФ — «лесные насаждения или не отнесенные к лесным насаждениям деревья, кустарники, лианы», а в статье 261 УК РФ — «лесные и иные насаждения».

Согласно пункту 11 постановления Пленума Верховного суда РФ от 5 ноября 1998 года № 14 (в ред. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. № 7) «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения»⁶, предметом преступления по статье 260 УК РФ являются деревья, кустарники и лианы, произрастающие на землях лесного фонда, в лесах, не входящих в лесной фонд, на землях транспорта, населенных пунктов (поселений), на землях водного фонда и землях иных категорий. В качестве предмета не могут выступать

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (в ред. от 29 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 2954.

² См.: Тихонова С. С. Юридическая техника в уголовном праве: Курс лекций. — Н. Новгород, 2008. — С. 102—111.

³ Лесной кодекс Российской Федерации от 4 декабря 2006 года № 200-ФЗ (в ред. от 29 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 50. — Ст. 5278.

⁴ См.: Тихонова С. С. Юридическая техника в уголовном праве: Курс лекций. — Н. Новгород, 2008. — С. 36—37.

⁵ См.: Лопашенко Н. А. О проблемах качества современного уголовного экологического законодательства // Законодотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Отв. ред. В. М. Баранов. — Н. Новгород, 2001. — Т. 2. — С. 240.

⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. — 1999. — № 1.

деревья и кустарники, произрастающие на землях сельскохозяйственного назначения (за исключением лесозащитных насаждений), на приусадебных, дачных и садовых участках, ветровальные, буреломные деревья и т. д., если иное не предусмотрено специальными правовыми актами.

В соответствии с пунктом 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 июня 2002 года № 14 (в ред. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. № 7) «О судебной практике по делам о нарушении правил пожарной безопасности, уничтожении или повреждении имущества путем поджога либо в результате неосторожного обращения с огнем»¹, предметом преступления по статье 261 УК РФ являются леса, входящие в лесной фонд, леса, не входящие в лесной фонд (расположенные на землях обороны и землях городских и сельских поселений), древесно-кустарниковая растительность, произрастающая на землях транспорта (полосы отводов железнодорожных магистралей и автомобильных дорог), на землях водного фонда (полосы отвода каналов), на землях иных категорий. Не относятся к предмету преступления деревья и кустарники, расположенные на землях сельскохозяйственного назначения (за исключением лесозащитных насаждений), на приусадебных, дачных и садовых участках, а также в лесопитомниках, питомниках плодовых, ягодных, декоративных и иных культур, являющихся продукцией товарного производства или имуществом.

Исходя из изложенного, предмет преступления по статье 260 УК РФ, по сути, совпадает с предметом преступления по статье 261 УК РФ, поэтому для их обозначения в тексте УК РФ должны использоваться одинаковые формулировки.

Рассматриваемое правило юридической техники не соблюдается и в законодательных формулировках последствий совершения преступлений по статьям 260 и 261 УК РФ.

До принятия Федерального закона № 442-ФЗ от 29 декабря 2010 года² последствия как признак состава преступления были предусмотрены только в статье 260 УК РФ (в части 1 — совершение преступления в значительном размере, в части 2 — в крупном размере, в части 3 — в особо крупном размере). Согласно примечанию к данной статье УК, значительным размером признается ущерб, причиненный лесным насаждениям или не отнесенным к лесным насаждениям деревьям, кустарникам и лианам, исчисленный по утвержденным Правительством РФ таксам, превышающий пять тысяч рублей, крупным размером — пятьдесят тысяч рублей, особо крупным размером — сто пятьдесят тысяч рублей.

В связи с произошедшими на территории Российской Федерации в июле-августе 2010 года лесными пожарами вышеназванным Федеральным законом в статью 261 УК РФ были внесены изменения, направленные на ужесточение уголовной ответственности. Помимо увеличения размеров и появления новых видов уголовных наказаний, в статью 261 УК РФ были введены квалифицированные составы указанных в ней преступлений, предусматривающие усиление ответственности в случае, если совершенные преступления причинили крупный ущерб.

В примечании к данной статье УК РФ указано, что крупным ущербом признается ущерб, если стоимость уничтоженных или поврежденных лесных насаждений и иных насаждений, исчисленная по утвержденным Правительством РФ таксам, превышает пятьдесят тысяч рублей.

Таким образом, получается, что последствиями преступлений по рассматриваемым статьям УК РФ и в том, и в другом случае является причинение ущерба лесным или не отнесенным к лесным (иным) насаждениям, который исчисляется по утвержденным постановлением Правительства РФ от 8 мая 2007 года № 273 таксам³.

В связи с этим полагаю, что для обозначения последствий совершения преступлений по статьям 260 и 261 УК РФ правильнее использовать единую терминологию (либо «размер», либо «ущерб»). И, кроме того, учитывая одинаковое денежное выражение крупного размера (ущерба), в целях экономии текста УК РФ оставить только одно примечание к статье 260 УК РФ, распространив его и на статью 261 УК РФ.

Также в рамках настоящего исследования следует обратить внимание на то, что в тексте УК РФ не раскрывается содержание используемых в статьях 260 и 261 терминов. К тому же, в отличие от рассмотренного термина «рубка», их дефиниций нет и в ЛК РФ.

Единственным правовым актом лесного законодательства, в котором содержатся определения некоторых используемых в данных статьях терминов («лесные насаждения», «деревья», «кустарники»), является приказ Рослесхоза от 3 декабря 1998 года № 203, утвердивший Стандарт отрасли ОСТ 56-108-98 «Лесоводство. Термины и определения»⁴. Для определения содержания остальных терминов правоприменителю приходится обращаться к научной литературе, что вызывает трудности в применении статей 260 и 261 УК РФ на практике. Так, например, до настоящего времени непонятно, чем, по сути, отли-

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2002. — № 8.

² См.: Федеральный закон от 29 декабря 2010 года № 442-ФЗ «О внесении изменений в Лесной кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. — 2010. — № 297. — 31 декабря.

³ Постановление Правительства РФ от 8 мая 2007 года № 273 (в ред. от 26 ноября 2007 г.) «Об исчислении размера вреда, причиненного лесам вследствие нарушения лесного законодательства» // Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 20. — Ст. 2437.

⁴ Стандарт введен с 1 января 1999 года. Текст стандарта официально опубликован не был.

чается повреждение до степени прекращения роста по статье 260 УК РФ от просто «повреждения лесных или иных насаждений» по статье 261 УК РФ. Кроме того, определенные трудности на практике вызывает разграничение преступлений по статье 261 УК РФ и административных правонарушений по статьям 8.31 и 8.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹.

Что касается первой проблемы, то исходя из определений, которые даны в научной литературе, а также практики применения статьи 260 УК РФ (проведенный другими исследователями анализ преступлений, совершаемых по статье 260 УК РФ, показал отсутствие фактов привлечения к уголовной ответственности за повреждение до степени прекращения роста лесных или иных насаждений²), ее решение видится в исключении из статьи 260 УК РФ «повреждения до степени прекращения роста» как альтернативного деяния.

Для решения второй проблемы представляется целесообразным указать в диспозициях частей 1 и 3 статьи 261 УК РФ на совершение данных преступлений в значительном размере, который определяется бы в соответствии с примечанием к статье 260 УК РФ.

К числу недостатков статьи 261 УК РФ также относится наличие так называемого казуального (открытого) перечня³. В частности, в тексте данной статьи используются такие формулировки, как «и иных насаждений», «или иными источниками повышенной опасности», «иным общеопасным способом», «или иного негативного воздействия». Ни в УК РФ, ни в правовых актах других отраслей права полного перечня источников повышенной опасности или определения понятия «негативное воздействие» не содержится, что на практике может привести к чрезмерно расширительному толкованию указанных уголовно-правовых норм правоприменителями и субъективному принятию правовых решений. Избежать данных негативных последствий можно либо посредством исключения из текста статьи 261 УК РФ указанных формулировок, либо посредством точного определения на законодательном уровне содержания вышеназванных понятий.

Еще один недостаток в законодательной конструкции статей 260 и 261 УК РФ — несоблюдение типовой последовательности изложения и принципа ступенчатости квалифицирующих признаков⁴.

В частности, в части 3 статьи 260 УК РФ в качестве квалифицирующих признаков одновременно указаны «группа лиц по предварительному сговору» и «организованная группа». По правилам построения системы квалифицирующих признаков такого быть не должно. Так, если в части 3 данной статьи квалифицирующим признаком является организованная группа, то группа лиц по предварительному сговору должна быть указана в качестве квалифицирующего признака состава преступления по части 2 статьи 260 УК РФ. Однако в части 2 статьи 260 УК РФ в нарушение правил юридической техники указан основной состав преступления, и одним из признаков данного состава является группа лиц. Между тем представить себе ситуацию, когда незаконная рубка или повреждение до степени прекращения роста лесных насаждений или не отнесенных к лесным деревьям, кустарникам, лиан совершаются лицами, заранее не договорившимися о совершении данных преступлений (то есть лицами, случайно встретившимися в лесу с единым умыслом на совершение данных преступлений), крайне трудно. К тому же, проведенный другими исследователями анализ судебно-следственной практики показал, что данный квалифицирующий признак при применении статьи 260 УК РФ на практике не использовался⁵. В связи с этим полагаю, что целесообразнее признак «группа лиц» вообще исключить из текста статьи 260 УК РФ, а в части 2 указать признак группы лиц по предварительному сговору в рамках квалифицированного состава указанного преступления.

Вышеуказанное правило юридической техники не соблюдается и в законодательной конструкции статьи 261 УК РФ, где также содержится 2 основных состава преступления (ч. 1 и 3). Кроме того, в данной статье предусмотрены еще и квалифицированные составы преступлений (ч. 2 и 4), что нарушает другое правило юридической техники, касающееся оптимального количества частей в статьях УК РФ⁶ (их должно быть не больше 3).

Учитывая изложенное, более правильным представляется разделение статьи 261 УК РФ на две самостоятельные статьи УК РФ — «Уничтожение или повреждение насаждений по неосторожности» и «Умышленное уничтожение или повреждение насаждений», предусмотрев в каждой из них по 3 части. При этом полагаю, квалифицирующие признаки в частях 2, 3 предложенных статей УК РФ разумнее изложить по аналогии с квалифицирующими признаками статьи 260 УК РФ с учетом вышеуказанных замечаний.

¹ См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (в ред. от 29 декабря 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 1.

² См.: Конфоркин И.А. Уголовная ответственность за незаконную рубку лесных насаждений: Монография / И.А. Конфоркин // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Губаева Т.В. Лингвистические правила законодательной техники / Т.В. Губаева, А.С. Пиголкин // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2000. — С. 280.

⁴ См.: Тихонова С.С. Юридическая техника в уголовном праве: Курс лекций. — Н. Новгород, 2008. — С. 60—61.

⁵ См.: Конфоркин И.А. Уголовная ответственность за незаконную рубку лесных насаждений: Монография // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности (теория и законодательная практика). — М., 2001. — С. 282.

А.В. Федулов

Федулов Андрей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

**Проблемы правовой техники регулирования
назначения ревизий, документальных проверок
и участия в них специалиста
при дознании, производимого в сокращенной форме**

Первая редакция УПК РФ среди норм, регламентирующих вопросы проверки поступившего сообщения о преступлении, не содержала правила, характерного для предшествующего УПК РСФСР, дававшего возможность следователю, дознавателю требовать проведения ревизий и инвентаризаций.

Спустя год Федеральным законом от 4 июля 2003 года № 92-ФЗ в часть 1 статьи 144 УПК РФ были внесены дополнения, в соответствии с которыми уполномоченные должностные лица при проверке сообщений о преступлениях наделялись правом требовать производства документальных проверок и ревизий, а также привлекать к их участию специалистов. Тем же законом в часть 2 статьи 74 УПК РФ был добавлен пункт 3.1, в котором указывается, что заключение и показание специалиста допускаются в уголовный процесс в качестве доказательств.

Казалось бы, что вопрос о доказательственном значении информации, полученной на стадии возбуждения уголовного дела, решен. Однако, как справедливо отмечают ученые, суды при рассмотрении уголовного дела негативно относятся, в частности, к актам проверок соблюдения налогового законодательства как доказательствам по уголовному делу¹.

Однако правовую неопределенность в этот вопрос должен внести проект Федерального закона № 33012-6 «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»² (далее — законопроект), где предлагается дополнить часть 1 статьи 144 УПК РФ возможностью «...назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок...».

Более того, часть 3 статьи 226.5 этого законопроекта «Особенности доказывания при производстве дознания в сокращенной форме» содержит положение, в соответствии с которым дознаватель, с учетом конкретных обстоятельств уголовного дела, вправе не назначать судебную экспертизу для установления вопросов, ответы на которые содержатся в выводах, представленных в акте или заключении специалиста по результатам исследования, проведенного в ходе проверки сообщения о преступлении, за исключением следующих случаев: а) необходимости установления по уголовному делу дополнительных фактических данных; б) необходимости проверки выводов специалиста, достоверность которых поставлена под сомнение подозреваемым, его защитником, потерпевшим или его представителем; в) наличия оснований для обязательного назначения судебной экспертизы, предусмотренных статьей 196 УПК РФ.

Далее законодатель предлагает в части 4 статьи 226.5 законопроекта не производить иные следственные и процессуальные действия, направленные на установление фактических данных, которые содержатся в материалах проверки сообщения о преступлении, если такие фактические данные отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ. Но здесь, как и в случае со статьей 89 УПК РФ «Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности», полученные указанные фактические материалы не являются в прямом смысле уголовно-процессуальными доказательствами, так как не отвечают требованиям статьи 85 УПК РФ.

Таким образом, по смыслу части 4 статьи 226.5 законопроекта результаты документальных проверок и результаты проведенных ревизий в стадии возбуждения уголовного дела признаются, при прочих условиях, доказательствами по уголовному делу.

Мы рассмотрим сложившуюся проблему в плоскости толкования уже имеющихся уголовно-процессуальных норм, регламентирующих эту сторону уголовно-процессуальных отношений и поста-

¹ См.: Леханова Е.С. Проблемы ревизии и экономических экспертиз по делам о налоговых преступлениях / Е.С. Леханова, А.Н. Мамкин, Н.Н. Скворцова // Экономическая безопасность России: политические ориентиры, законодательные приоритеты, практика обеспечения: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2006 — № 6. — С. 140.

² Опубликовано на сайте «Российской газеты».

раемся ответить на вопрос: может ли акт ревизии или документальной проверки иметь статус уголовно-процессуального доказательства по смыслу части 1 статьи 74 УПК РФ?

В соответствии с частью 1 статьи 58 УПК РФ специалист — это лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном УПК РФ в целях содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов; применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела; для постановки вопросов эксперту; для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Первая часть формулировки не вызывает никаких сомнений в том, что специалист — это лицо, обладающее достаточными для решения поставленных задач познаниями в области науки, техники, ремесла (профессии), искусства, а также имеющее определенные практические умения и навыки. Объем этих познаний, умений и навыков определяется субъективно следователем или дознавателем, исходя из сложившейся конкретной следственной ситуации.

Однако истолкование нормативного правила, указывающего на привлечение специалиста к участию в процессуальных действиях, может значительно сузить возможность участия специалиста, в том числе привлекаемого для проведения ревизии, документальной проверки, в уголовном судопроизводстве и подвергнуть сомнению его выводы, содержащиеся в заключении.

Дело в том, что пункт 32 части 1 статьи 5 УПК РФ раскрывает процессуальное действие как следственное, судебное или иное действие, предусмотренное УПК РФ. Очевидно, что ни ревизия, ни документальная проверка не подпадают под определение следственных или судебных действий.

Остается предположить, что ревизия и документальная проверка относятся к иным действиям, предусмотренным УПК РФ. Ключевым словосочетанием здесь является указание на упоминание в уголовно-процессуальном законе этого действия, так как в соответствии с частью 1 статьи 1 УПК РФ порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается только УПК РФ, основанном на Конституции РФ.

Действительно, УПК РФ в части 1 статьи 144 УПК РФ упоминает возможность требовать производства документальных проверок и ревизий, однако не раскрывает порядок их проведения, отдавая регламентацию назначения и проведения этих действий «на откуп» ведомственному правотворчеству.

Аналога этому мы в УПК РФ не найдем. Порядок проведения всех процессуальных действий, в том числе относящихся к иным, достаточно подробно регламентирован соответствующими нормами УПК РФ.

Исключение может составлять только часть 4 статьи 21 УПК РФ, указывающей на то, что требования, поручения и запросы уполномоченных должностных лиц, предъявленных в пределах их полномочий, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами. Однако нормы УПК РФ не содержат правила о том, в подлинниках или копиях мы можем, например, истребовать документы; в какой срок организация обязана их предоставить; на какой срок следователь может получить их; и т. д. Но, как видно, здесь речь идет только о действии по получению этих предметов и документов, а не об их исследовании, оценке и выводах.

Таким образом, отнесение ревизии и документальной проверки к числу процессуальных действий может быть (в настоящий момент) поставлено под сомнение, а следовательно, и специалист, проводящий ревизию, учащая в процессуальной деятельности не принимается.

Что касается оценки целей, для достижения которых привлекается специалист, то здесь можно отметить следующие неточности в формулировках.

Так, по нашему мнению, специалист может привлекаться не только для обнаружения, фиксации и изъятия предметов и документов, как указано в части 1 статьи 58 УПК РФ, но и следов преступления в самом широком толковании этого термина.

Далее. Указание в законе на привлечение специалиста для применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела, делает невозможным участие специалиста в стадии возбуждения уголовного дела, то есть до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела.

На стадии возбуждения уголовного дела никаких материалов уголовного дела нет, есть только материалы проверки, и эти термины вполне обосновано разделяет законодатель. Пример: пункт 2 части 1 статьи 39 УПК РФ — руководитель следственного органа уполномочен «проверять материалы проверки сообщения о преступлении или материалы уголовного дела...».

Оценку нормативного указания на возможность привлечения специалиста для постановки вопросов эксперту мы оставим без комментария, отметим, что, по нашему мнению, она излишня. Эксперт сам в состоянии разобраться с поставленными задачами и дать необходимые пояснения следователю, дознавателю перед назначением экспертизы по вопросам, объему, содержанию и материалам исследования.

А вот указание на приглашение специалиста для постановки вопросов участникам следственного действия среди целей, отмеченных в части 1 статьи 58 УПК РФ, отсутствует, хотя упоминание этого права есть в части 2 статьи 58 УПК РФ — вправе задавать вопросы участникам следственного дейст-

вия с разрешения дознавателя, следователя и суда. Законодатель, по всей видимости, забыл упомянуть здесь еще и судебные действия.

Если рассматривать требование о назначении ревизии и документальной проверки, то, к сожалению, их проведение законодатель однозначно ограничил вполне конкретной ситуацией — проверкой сообщения о преступлении. Для решения задач расследования и раскрытия преступлений уже после принятия решения о возбуждения уголовного дела эти «инструменты», по смыслу уголовно-процессуального закона, не подходят, что, по мнению ученых, позволяет необоснованно смешивать в ходе доказывания по уголовному делу экспертно-экономические и ревизионные исследования¹.

И последнее. Из формулировок статьи 58 УПК РФ не ясно, какой документальный выход имеет участия специалиста для дальнейшего уголовного судопроизводства. Полагаем, что следует указать, по аналогии со статьей 57 УПК РФ, что по результатам проведенных исследований специалист может давать заключение.

Таким образом, в соответствии с уголовно-процессуальной регламентацией проведения ревизий и документальных проверок, а также участия в них специалиста, можно сделать вывод о том, что акты ревизий и документальных проверок не являются доказательствами по уголовному делу, так как получены непроцессуальным путем и ненадлежащими (при буквальном толковании ст. 58 УПК РФ) субъектами.

¹ Леханова Е.С. Проблемы ревизии и экономических экспертиз по делам о налоговых преступлениях / Е.С. Леханова, А.Н. Мамкин, Н.Н. Скворцова // Экономическая безопасность России: политические ориентиры, законодательные приоритеты, практика обеспечения: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2006 — № 6. — С. 140.

С.В. Фролов

Фролов Сергей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административной деятельности ОВД Нижегородской академии МВД России

Проблемы правотворчества в сфере государственной службы

Проводимая в России административная реформа далеко не российское изобретение. В конце XX — начале XXI вв. в значительной части государств мира осуществлялись и продолжают крупномасштабные реформы, направленные на преобразование систем государственного управления. Ключевыми областями административных реформ являются: роль государства в обществе; структура органов государственного управления; повышение эффективности и результативности деятельности государственного аппарата; управление государственной службой; реформа финансового управления; подотчетность и прозрачность государственного аппарата¹.

В России административная реформа уже прошла несколько этапов, в течение которых осуществлялся поиск эффективных моделей управления, пригодных для конкретных российских условий с учетом особенностей отечественной управленческой культуры, внедрялись новые модели организации и функционирования государственного аппарата на федеральном уровне². За довольно непродолжительный период была выработана новая структура федеральных органов исполнительной власти; проанализированы их государственные функции и строго разделены по характеру и видам деятельности органов исполнительной власти; предприняты усилия для сокращения количества административных барьеров; упрощены многие административные процедуры, по существу, создана новая система управления.

В рамках проводимой административной реформы особое место занимает реформа государственной службы в России, которая стала одним из ключевых элементов совершенствования системы государственного управления Российской Федерации. Отражая публичный характер деятельности, она тесно связана с процессами формирования и реализации управляющих воздействий и является не только одним из важнейших социальных факторов функционирования исполнительной власти, но и составляет организационную основу государственной власти. По сути, вне должностей государственной службы государственная власть реально существовать не может.

По мнению А.Ф. Ноздрачева, замысел реформы государственной службы состоял в необходимости решения ряда основополагающих для данного института проблем, сводящихся к устранению противоречий и пробелов в законодательстве Российской Федерации о государственной службе, установлению соответствия социального и правового положения государственного служащего степени возлагаемой на него ответственности, использованию новых современных технологий государственного управления в масштабах реализуемых государственных программ и проектов, изменению половозрастной структуры занятого населения страны, повышению авторитета государственной службы и т. д.³

Правотворческая деятельность в сфере государственной службы, несмотря на огромные сдвиги имеет ряд недостатков, что не дает должным образом развиваться государственной службе. В данной статье речь пойдет не о деятельности государственных служащих в правотворческой деятельности, а о правовом регулировании деятельности государственной службы, соответствующих пробелах и противоречиях.

Среди ученых сложилось мнение, что по существу государственная служба выражает практическую деятельность всей государственной организации. Таким образом, государственная служба — категория, которая органически связана с государством, его ролью и местом в жизни общества. Возникновение, развитие государственной службы так или иначе обусловлены возникновением, развитием и отмиранием государства⁴.

В тоже время сегодня нет единого подхода к пониманию системы государственной службы. Данная проблема осложняется тем, что неоднократно, на разных этапах развития нашего государст-

¹ См.: Хабриева Т.Я. Административная реформа: решения и проблемы / Т.Я. Хабриева, А.Ф. Ноздрачев, Ю.А. Тихомиров // Журнал российского права. — 2006. — № 2.

² См.: Нарышкин С.Е. Административная реформа в субъектах Российской Федерации / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева // Журнал российского права. — 2008. — № 10.

³ См.: Ноздрачев А.Ф. Преобразования в системе государственной службы в контексте административной реформы // Законодательство и экономика. — 2005. — № 12; 2006. — № 1, 2.

⁴ См.: Манохин В.М. Советская государственная служба. — М., 1966. — С. 3, 5.

ва, менялись представления о понятии и значении самой государственной службы, ее принципах и границах¹.

С целью реализации концепции реформирования системы государственной службы² был принят Федеральный закон от 27 мая 2003 года № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации»³. В статье 2 данного Закона установлено, что система государственной службы включает в себя следующие виды государственной службы: государственную гражданскую службу, военную службу, правоохранительную службу. Однако уже в декабре 2005 года был принят Федеральный закон № 154-ФЗ «О государственной службе российского казачества»⁴, которым введен еще один вид государственной службы — государственная служба российского казачества. При этом административно-правовой статус данного вида службы говорит о некоммерческой организации, то есть общественном объединении. Таким образом, в законе, с одной стороны, говорится о новом виде государственной службы, а с другой — об общественном объединении.

Впервые на официальном уровне проблемы государственной службы в Российской Федерации были обозначены именно в Концепции реформирования системы государственной службы Российской Федерации, среди которых в том числе были выделены следующие:

— отсутствие целостной системы государственной службы. Государственная служба и на федеральном уровне, и на уровне субъекта Российской Федерации осуществляется как служба в отдельном органе государственной власти;

— наличие противоречий в законодательстве о государственной службе;

— низкая эффективность механизма профилактики коррупции и борьбы с ней, а также правовых и организационных мер контроля деятельности органов государственной власти и их аппаратов со стороны гражданского общества;

— несоответствие социального и правового положения государственного служащего степени возлагаемой на него ответственности и уровню законодательных ограничений, существующих на государственной службе;

— отсутствие надлежащей регламентации деятельности органов государственной власти, их аппаратов и государственных служащих, что способствует бюрократизации отношений между органами государственной власти, структурными подразделениями аппарата органа государственной власти, а также между органами государственной власти, гражданами Российской Федерации и структурами гражданского общества;

— неразработанность механизмов взаимосвязи государственной службы с муниципальной службой.

Рассматривая данные проблемы, можно более детально рассмотреть некоторые из них. Так, неоднозначным выглядит административно-правовой статус государственного служащего. Например, пункт 1 части 1 статьи 15 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации»⁵ определяет, что основная обязанность гражданского служащего — соблюдать Конституцию РФ, федеральные конституционные законы, федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, конституции (уставы), законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации и обеспечивать их исполнение⁶. В данном случае явно присутствует коррупциогенный фактор, содержащий неопределенные, трудновыполнимые требования к государственным гражданским служащим⁷. На самом деле, не каждый государственный служащий имеет юридическое образование и «соблюдать Конституцию Российской Федерации, федеральные конституционные законы, федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, конституции (уставы), законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации и обеспечивать их исполнение» — невыполнимая задача для ряда госслужащих.

Статья 21 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» определяет право поступления на гражданскую службу, но с ограничением — граждане, вла-

¹ См.: *Щукин В.В.* Правовые и организационные основы системы государственной службы в Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 11.

² См.: Концепция реформирования системы государственной службы РФ (утв. Президентом РФ от 15 августа 2001 г.).

³ Федеральный закон от 27 мая 2003 года № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ.* — 2003. — № 22. — Ст. 2063.

⁴ Федеральный закон от 5 декабря 2005 года № 154-ФЗ «О государственной службе российского казачества» // *Собрание законодательства РФ.* — 2005. — № 50. — Ст. 5245.

⁵ Федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ.* — 2004. — № 31. — Ст. 3215.

⁶ См.: Федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ.* — 2004. — № 31. — Ст. 3215.

⁷ См.: Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // *Собрание законодательства РФ.* — 2010. — № 10. — Ст. 1084.

деющие государственным языком Российской Федерации. При этом необходимо отметить, что при поступлении на государственную службу знание русского языка не проверяется. Думается, что при проведении подобной проверки многие действующие государственные служащие могли бы лишиться вверенных постов.

Гражданин после увольнения с гражданской службы не вправе в случае замещения должностей гражданской службы, перечень которых установлен нормативными правовыми актами Российской Федерации, в течение двух лет замещать должности, а также выполнять работу на условиях гражданско-правового договора в коммерческих и некоммерческих организациях, если отдельные функции государственного управления данными организациями входили в должностные обязанности гражданского служащего, без согласия соответствующей комиссии по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих и урегулированию конфликтов интересов. Таким образом, лица, замещающие ряд должностей государственной службы, не могут трудоустроиться после ухода с государственной службы по своим профессиональным навыкам. Особо остро данный вопрос стоит в малых населенных пунктах, где кроме государственной службы, РЖД и нескольких коммерческих фирм (или отдельных ИП) работать негде. Так, например, налоговый инспектор после увольнения должен будет обратиться по прежнему месту службы в комиссию по урегулированию конфликта интересов¹ за разрешением трудоустройства в коммерческую организацию, где в соответствии с законом ему должны отказать в трудоустройстве в данной организации.

Не меньше проблем вызывает статья 15 Федерального закона от № 79-ФЗ, в соответствии с которой гражданский служащий не вправе исполнять данное ему неправомерное поручение. При получении от соответствующего руководителя поручения, являющегося, по мнению гражданского служащего, неправомерным, гражданский служащий должен представить в письменной форме обоснование неправомерности данного поручения с указанием положений законодательства Российской Федерации, которые могут быть нарушены при исполнении данного поручения, и получить от руководителя подтверждение этого поручения в письменной форме. В случае подтверждения руководителем данного поручения в письменной форме гражданский служащий обязан отказаться от его исполнения.

Данный механизм пресечения, по сути, противоправного поручения со стороны руководителя подчиненным, мягко говоря, не реализуем, так как первый в любом случае обладает административным усмотрением по отношению ко второму, правом дисциплинарного воздействия, а госслужащий, как правило, не юрист и давать «в письменной форме обоснование неправомерности данного поручения с указанием положений законодательства Российской Федерации» он вряд ли сможет.

При этом часть 3 данной статьи гласит, что в случае исполнения гражданским служащим неправомерного поручения гражданский служащий и давший это поручение руководитель несут дисциплинарную, гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность в соответствии с федеральными законами.

Также следует устранить коллизию, возникшую между положениями Федерального закона «О противодействии коррупции» и нормами законодательства о государственной гражданской и муниципальной службе.

Так, Федеральный закон «О противодействии коррупции» обязывает государственного или муниципального служащего уведомить своего непосредственного начальника о возникшем конфликте интересов (ч. 2 ст. 11). Тогда как положения федеральных законов «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и «О муниципальной службе в Российской Федерации» предписывают служащим уведомлять о возникновении или угрозе конфликта интересов представителя нанимателя (соответственно, ч. 3 ст. 19, п. 11 ч. 1 ст. 12).

Среди задач, которые предполагается решить в процессе проводимой в стране административной реформы, особое место занимает обеспечение правового регулирования государственной службы. Сегодня в целях совершенствования законодательства о государственной гражданской службе и достижения поставленных целей института государственной гражданской службы на федеральном уровне необходимо принятие нормативных правовых актов, устраняющих имеющиеся пробелы и коллизии в федеральном законодательстве.

До настоящего времени не все вопросы, предусмотренные Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации», урегулированы на федеральном уровне².

¹ См.: Указ Президента РФ от 1 июля 2010 года № 821 «О комиссиях по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов» // Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 27. — Ст. 3446.

² Мониторинг законодательства субъектов Российской Федерации, находящихся в пределах Приволжского федерального округа, в сфере государственной гражданской службы за период с 1 июля 2009 года по 31 декабря 2009 года, подготовленный Главным управлением Министерства юстиции РФ по Нижегородской области.

Так, например, не приняты федеральные законы:

— об установлении случаев, порядка и размеров выплаты по обязательному государственному страхованию (п. 7 ч. 1 ст. 52);

— о порядке разрешения служебного спора комиссией по служебным спорам (ч. 11 ст. 70).

Законодательством Российской Федерации не установлены:

— порядок выкупа подарка гражданским служащим, сдавшим подарок, полученный им в связи с протокольным мероприятием, служебной командировкой или другим официальным мероприятием (п. 6 ч. 1 ст. 17);

— перечень должностей гражданской службы, в случае замещения которых гражданин после увольнения с гражданской службы не вправе в течение двух лет замещать должности, а также выполнять работу на условиях гражданско-правового договора в коммерческих и некоммерческих организациях, если отдельные функции государственного управления данными организациями входили в должностные обязанности гражданского служащего, без согласия соответствующей комиссии по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих и урегулированию конфликтов интересов и порядок подачи данного согласия (п. 1 ч. 3 ст. 17); и др.

На основании вышеизложенного можно констатировать, что с целью качественного правового регулирования государственной службы данный институт должен быть пристальным, постоянным объектом научного исследования, особенно во время административной реформы России.

В.Е. Хизов

Хизов Василий Евгеньевич — аспирант кафедры предпринимательского права Уральской государственной юридической академии

Юридическая конструкция как куматоид

В настоящей статье предложена попытка осмысления и обоснования деятельности юристов по применению юридических конструкций в теоретических правовых исследованиях. Для этого следует разобраться с некоторыми понятиями и рассмотреть несколько общих положений.

Первое. Идея конструкции. Пытаясь определить специфику юридической конструкции как технического приема, румынская исследовательница А. Нашиц со ссылкой на R. Saleilles, F. Geny, J. Dabin, а также на G. Marty и P. Ruyaud пишет о «центральной идее» конструкции, вокруг которой происходит группировка комплекса норм на основе их логического единства¹.

Представляется верным искать идею любой конструкции через оценку целей, для достижения которых конструкция создана. Цель создания конструкции юридической заключается, в первую очередь, в обеспечении регулятивной функции права. Не случайно С.С. Алексеев связывает появление юридических конструкций с потребностью в правовом разрешении типовых жизненных ситуаций — «правовых ситуаций»². Думается, что для достижения этой цели юридическая конструкция должна обеспечить решение следующего минимального перечня задач:

- 1) по описанию (дескрипции) и именованию (номинации) правовой ситуации;
- 2) по установлению процедур для квалификации правовой ситуации;
- 3) по установлению правовых последствий, наступающих в результате квалификации правовой ситуации;
- 4) по установлению процедур и гарантий для реального наступления правовых последствий.

Юридическая конструкция, решая обозначенные задачи, описывает путь от стадии возникновения правовой ситуации до стадии ее благополучного разрешения.

Таким образом, в основе юридической конструкции всегда лежит организующая идея, которая связана с полным, наиболее рациональным, а также общеприемлемым способом разрешения определенной правовой ситуации.

Второе. Теоретические и нормативные конструкции. В отечественной юридической литературе эту классификацию обосновал А.Ф. Черданцев. Он назвал нормативными такие конструкции, которые находят закрепление и выражение в нормах права, а теоретическими — конструкции, которые используются правовой наукой в качестве метода познания права³. Развивая идеи А.Ф. Черданцева, Н.Н. Тарасов относит нормативные конструкции к объекту правовой науки как познаваемой реальности, а теоретические конструкции — к предмету правовой науки как создаваемой определенными исследовательскими средствами теоретической модели познаваемой реальности⁴.

В этом смысле теоретическая конструкция может быть представлена как теоретическая модель нормативной конструкции.

Третье. Теоретические индуктивные и теоретические дедуктивные конструкции. Эта классификация была предложена Д.Е. Пономаревым. Исследуя гносеологические аспекты создания теоретических конструкций, он приходит к следующему выводу: «...в своем генезисе юридическая конструкция возникает посредством идеализации, то есть создания идеального объекта (понятия) либо путем особой индукции от частных посылок (норм позитивного права), либо путем дедукции из общих социо-регулятивных принципов (экономических, идеологических и т. д.)»⁵. Необходимо только учитывать условность этого распределения и понимать, что помимо идеализации и индукции/дедукции, в процессе построения теоретической конструкции используются также аналогия, абстрагирование и др.

¹ См.: Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. — М, 1974.

² См.: Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М., 2000. — С. 24—41.

³ См.: Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993.

⁴ См.: Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический журнал. — 2000. — № 3.

⁵ Пономарев Д. Е. Генезис и сущность юридической конструкции: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — С. 9. Подробнее об индуктивных и дедуктивных конструкциях см. там же. — С. 87—109.

Четвертое. Стабильность теоретических конструкций. Еще Н.М. Коркунов указывал на относительную устойчивость юридических конструкций в сравнении с часто меняющимися нормами права¹. По поводу стабильности теоретических конструкций как «ядра правового знания» Н.Н. Тарасов пишет, что конструкции «...транслируются через эпохи, сохраняя свою ценность независимо от философских картин мира, этических императивов и научных парадигм»².

Данные позиции могут быть поняты следующим образом. Несмотря на смену правовых норм и соответствующих нормативных конструкций, теоретическая конструкция имеет нечто такое, что позволяет ей сохранять тождественность самой себе.

Пятое. Элемент конструкции. Конструкция как система. Уже на интуитивном уровне слово «конструкция» ориентирует нас на восприятие явления сложного, состоящего из некоторого числа элементов. Разделение на элементы — сущностный признак конструкции. Показательно в этом плане высказывание А.Ф. Черданцева относительно состава правонарушения: «В ряде случаев вопрос о том, что такое состав правонарушения, вообще не ставится, а просто перечисляются его элементы или признаки (по терминологии разных авторов). Между тем, от того, что представляет собой указанный состав, зависит решение и других теоретических вопросов. А именно: складывается ли состав из признаков (понятие или реальное явление) или элементов (модель, конструкция)...»³.

Конструкция как набор элементов представляет собой систему. Это значит, что элементы по отношению к конструкции и друг к другу занимают соответствующие им места. Основой для объединения элементов служит идея конструкции: в конструкцию входят те элементы, которые необходимы для реализации ее идеи. Основой для обособления элементов друг от друга служит выполняемая ими задача: каждый элемент в рамках конструкции выполняет самостоятельную задачу, например, задачу описания правовой ситуации или задачу установления правовых последствий.

Шестое. Элемент конструкции и его содержание. С опорой на философские категории «форма» и «содержание» представляется возможным осуществить разделение [элемента конструкции] как формы и [фактического содержания элемента конструкции] как содержания. В качестве содержания элемента нормативной конструкции выступают конкретные нормы права (это может быть как отдельная норма, так и структурный элемент нормы или даже комплекс норм). В качестве содержания элемента теоретической конструкции выступают модели норм права, то есть теоретические представления о нормах права в научном мышлении, а также в мышлении законодателя, интерпретатора, правоприменителя и т. д. Для теоретической индуктивной конструкции — это представления о правовых нормах, входящих в соответствующие ей нормативные конструкции. Для теоретической дедуктивной конструкции — это представления о правовых нормах, разработанные на основе общих положений той или иной теории.

Теоретическая конструкция как куматоид. В своих теоретических исследованиях юристы достаточно свободно проводят сопоставление между конструкциями разной отраслевой принадлежности (исследования межотраслевых и общеправовых институтов), конструкциями разной национальной принадлежности (сравнительно-правовые исследования), конструкциями разной временной принадлежности (историко-правовые исследования). Ясно, что правовые нормы, входящие в сопоставляемые конструкции, могут значительно отличаться, и потому необходимо выявить нечто такое, что является основой для сопоставления.

Для целей настоящей работы можно принять в качестве истинного следующее утверждение. В процессе воспроизводства теоретической конструкции в юридическом мышлении, а также в процессе закрепления соответствующих ей нормативных конструкций в правовых актах с необходимостью сохраняются лишь элементы теоретической конструкции. При этом содержание элементов может меняться. Для сохранения тождественности конструкции самой себе достаточно сохранения ее элементов и объединяющей эти элементы идеи.

Здесь необходимо сделать пояснение, связанное с определением понятия «куматоид». Некоторые окружающие нас явления обладают одним интересным свойством. Составляющее их вещество может постепенно полностью смениться, но в наших представлениях такие явления останутся самими собой. Волна, которая бежит по поверхности воды и постоянно изменяет набор капель, из которого состоит. Живой организм, который в течение определенного периода времени полностью обновляет свой клеточный состав. Корабль, в котором за годы и годы ремонтов не остается ни одной первоначальной детали. Для характеристики подобных явлений М.А. Розов предлагает использовать понятие

¹ См.: Коркунов М.Н. Лекции по общей теории права. — СПб., 2004. — С. 421.

² Тарасов Н.Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический журнал. — 2000. — № 3. — С. 30.

³ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993. — С. 137.

«куматоид»¹. Слово «куматоид» производно от греческого «kuma» (волна). А сам куматоид — это явление, для которого характерно «...относительное безразличие к материалу...» и «...способность как бы «плыть» или «скользить» по материалу подобно волне»². То есть, явление как совокупность материала может меняться и становиться другим, новым явлением, а как куматоид оно остается все тем же исходным явлением, не смотря даже на полную смену материала. Но куматоид — это не просто поток постоянно меняющегося материала, в нем должно присутствовать некое неизменное организующее начало, которое обеспечивало бы сохранение идентичности куматоида самому себе. Поэтому М.А. Розов описывает куматоид как «...некоторое устройство памяти, в котором зафиксированы... инварианты»³. Принципиально важно для нас также то, что куматоид описывается автором через общее понятие «устройство памяти». Этим автор подчеркивает связь куматоида с мышлением, его принадлежность интеллигибельному миру. Иными словами, только в представлениях людей явление приобретает свойство куматоида.

Все сказанное справедливо и для теоретических конструкций. Мышление наделяет свойством куматоида не только объекты материального мира, но и идеальные объекты. И теоретическая юридическая конструкция среди них — образцовое явление, поскольку, как уже писалось выше, ее характеризует достаточно высокая степень устойчивости. Для теоретической конструкции как куматоида в качестве организующего инварианта выступают идея конструкции и объединенные на ее основе элементы, а в качестве изменяющегося материала — содержание этих элементов. При таком подходе допустимо описать теоретическую конструкцию как систему, состоящую из устойчивого набора элементов, безразличных в определенной степени к своему содержанию.

Конструкция-куматоид в правовом исследовании. Конечно, предложенный подход актуализирует лишь один из аспектов в понимании юридических конструкций, так как применим только к теоретическим конструкциям высокого уровня, таким, которые представляют собой абстракции высокого порядка⁴. Однако данный подход дает нам методологическое основание для использования теоретической конструкции как познавательного средства в процессе решения конкретной исследовательской задачи, например, при изучении межотраслевого правового института, при проведении историко-правового и сравнительно-правового исследования. То есть в тех случаях, когда нам необходимо провести сопоставление между разными юридическими конструкциями (как теоретическими, так и нормативными), связав их общей теоретической конструкцией.

По критерию объекта исследования подобные изыскания достаточно отчетливо разделяются на три этапа:

1) На первом этапе работа с конструкцией будет требовать выявления ее устойчивых элементов, без оценки их фактического содержания. Именно на этом этапе применяется теоретическая конструкция, мыслимая как куматоид. Исследователь выявляет элементы, необходимые и достаточные для реализации идеи конструкции; несущественные, изменчивые и случайные элементы при этом могут быть им отброшены. Полученный набор элементов служит основой для сопоставления различных конструкций друг с другом.

С позиций гносеологии, этот этап является в буквальном смысле формально-юридическим, так исследование здесь направлено исключительно на изучение формы. Данное утверждение может быть распространено и на некоторые другие приемы юридической техники. Так, при изучении преюдициальных и общеизвестных фактов как приемов юридической техники, на первом этапе исследования нам важно не их содержание, а их свойство освобождать стороны спора от обязанности по доказыванию и обеспечивать тем самым процессуальную экономию. При изучении правовых аксиом как приемов юридической техники на первом этапе исследования нам важно не их содержание, а их характеристика в качестве исходных положений, которые принимаются на веру, так как не могут быть доказаны и не требуют доказательств в силу своей очевидности;

2) Попытка рассмотреть юридические конструкции с учетом ценностной характеристики их содержания потребует обращения к ценностным основаниям права, что переведет нас уже в иную исследовательскую плоскость;

3) На третьем этапе происходит работа уже непосредственно с содержанием элементов нормативной конструкции, то есть с правовыми нормами.

¹ См.: *Степин В.С.* Философия науки и техники: Учебное пособие / В.С. Степин, В.Г. Горохов, М.А. Розов. — М., 1995. — С. 80—89. См. также дискуссию в журнале: *Эпистемология и философия науки.* — 2006 — Т. VIII. — № II. — С. 54—92.

² *Степин В.С.* Философия науки и техники: Учебное пособие / В.С. Степин, В.Г. Горохов, М.А. Розов. — М., 1995. — С. 82.

³ Там же. — С. 84.

⁴ Об уровнях юридических конструкций см.: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2002. — С. 251—252. См. также о «мета-конструкциях»: *Пономарев Д.Е.* Генезис и сущность юридической конструкции: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — С. 9—10.

При этом каждый этап предполагает применение своих, особых познавательных средств. Например, на первом этапе следует отдавать приоритет формальной логике¹, а на третьем — деонтической логике². Четкое разграничение объекта исследования и выделение самостоятельных этапов исследования накладывает определенные ограничения в плане выбора применяемых познавательных средств, алгоритмов проведения исследования, способов оценки полученного результата.

¹ Здесь «формальная логика» как наука, которая исследует логические формы, взятые в отвлечении от конкретного содержания входящих в них утверждений. См., например: *Формальная логика*. — Л., 1977. — С. 5—9; *Ивин А.А. Словарь по логике* / А.А. Ивин, А.Л. Никифоров. — М., 1997. — С. 153; и др.

² Деонтическая логика — раздел логики, объединяющий множество «логик» и посвященный исследованию логической структуры и логических связей нормативных высказываний, в том числе высказываний, содержащихся в правовых нормах. О деонтической логике см., например: *Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике*. — Екатеринбург, 1993; *Ивин А.А. Словарь по логике* / А.А. Ивин, А.Л. Никифоров. — М., 1997. — С. 77—82; и др.

А.М. Хужин

Хужин Альфир Мисхатович — кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Техника нормативного моделирования невиновного поведения в праве

Общетеоретическая правовая модель поведения представляет собой модель социального поведения, наиболее абстрактного, с точки зрения норм права уровня. В этой связи технику нормативного моделирования невиновного поведения необходимо начинать на параметрах, имеющих правовое значение. Именно грань правозначимости невиновного поведения в социальной сфере позволяет воспроизвести правовую действительность в отношении соответствия с исследуемым объектом. Безусловно, «модель — это лишь образ действительности. Никакая модель полностью не воспроизводит оригинал, она отражает лишь его существенные признаки, узловые моменты»¹. Поэтому уровень правозначимости невиновного поведения в сфере социальных отношений является лишь отправной точкой техникой моделирования, позволяющей выступить нормативным ориентиром для познания столь сложного правового феномена.

Невиновное поведение представляет собой вид социального поведения, который характеризуется реализацией иерархически развивающихся, положительно направленных потребностей, но, в отдельных случаях, при возникновении нетипичной кратковременной социальной ситуации, способный создать для индивида или социума определенные неблагоприятные последствия. Данный вид поведения проявляет себя в социальной среде в результате отдельного поведенческого акта на динамическую и относительно кратковременную ситуацию, которая протекает в разрез с поведенческими установками и намерениями самой личности. Право в этой плоскости выступает тем регулятором, который отражает социально-ценностное отношение общества к возможной мере поведения индивида и содержательно раскрывает взаимодействие индивида с социальной средой. При этом право, с нормативистских позиций, регулирует не любое поведение лица, а то, которое посредством юридических норм имеет важное общественное значение. Сама модель поведения, будучи закрепленной в правовой норме, регулирует общественные отношения и придает юридическую значимость для отдельных форм человеческой деятельности. Выполняя регулятивную функцию, право управляет поведением лица, возводя в закон всеобщую волю, отражающую равновесие личных и общих интересов, определяет допустимый масштаб (оптимум) возможностей для индивида.

Цель правового воздействия заключается в том, чтобы субъекты права действовали в соответствии с юридическими предписаниями и моделями, чтобы социальные процессы протекали в выгодных обществу государству и личности направлениях. При невиновном поведении лицо ставит перед собой только правомерные, дозволенные, одобряемые с точки зрения закона цели. Таким образом, субъект невиновного поведения включается в механизм правового регулирования в рамках правомерного поведения, выполняя требования правовых норм. Лицо действует в рамках дозволенного предписания правовой нормы, которая, в свою очередь, предполагает соответствующую обязанность (запрет) не нарушать предоставленное право, обеспечить исполнение того, на что уполномочено то или иное лицо. Правовая норма является первичным элементом механизма правового регулирования, значение которой заключается в нормативном регламентировании общественных отношений. При этом, как справедливо отмечает С.С. Алексеев, «на основе юридических норм определяются как сами регулируемые правом общественные отношения (их круг, содержание и пр.), так и юридические средства обеспечения возможного или должного поведения»².

Норма права призвана моделировать юридически значимую сферу общественных отношений, в том числе нормативное правило поведения. Создавая определенную модель поступка, норма права формирует определенные правовые цели, а также средства достижения этих целей. Как верно отмечает Ю.А. Тихомиров, «правовые нормы служат моделью правового поведения, с которой коррелируют психологические модели и реальные действия. Например: а) принцип права — нормативно-ценностный критерий; б) норма-цель — нормативный ориентир; в) норма «во исполнение закона» — правореализация, нормы-отсылки; г) норма «на основе закона» — правореализация с набором средств; д) норма «принимает решения» — допущение выбора; е) норма «обя-

¹ Кудрявцев В.Н. Право и поведение. — М., 1978. — С. 26.

² Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1966. — С. 108.

зан» — императивность исполнения; ж) норма «может» — альтернативность действий; з) норма «саморегулирование» — свобода выбора и действий; и) норма «запрет» — правовое предостережение; к) норма «санкция» — мера ответственности; л) норма «стандарт» — количественная мера (действие)¹. Многообразие норм преследует соответствующий стандарт желаемого, дозволяемого и возможного поведения лица.

В отношении невинного поведения, необходимо говорить как о целях нормативного регулирования, так и средствах обеспечения возможного или должного поведения. Как было нами определено, юридическая значимость невинного поведения устанавливается посредством нормативного признания его таковым, иначе говоря, в системе правового регулирования значение придается нормам, устанавливающим правила поведения. Данный вывод не означает, что исходные правовые нормы не осуществляют воздействие на невинное поведение лица, наоборот, посредством установления принципов и пределов вины/невиновности определяется общий стандарт возможного и должного поведения в той или иной сфере правового регулирования общественных отношений. В этой связи обратим комплексное внимание на особенности формирования и действия норм права с учетом всего механизма правового регулирования соотносимо к предмету исследования.

Норма права, представляя собой определенную модель регулируемых общественных отношений, способна создавать правило невинного поведения лица с учетом совокупности методов, способов и средств правового регулирования.

Как известно, существует два главных метода правового регулирования:

1) *централизованное регулирование (метод субординации)*, при котором регулирование осуществляется преимущественно на властно-императивных началах, характерных для публичного права. Данный разрешительный тип правового регулирования выражается в принципе: «запрещено все, что прямо не разрешено законом».

2) *децентрализованное регулирование (метод координации)*, при котором доминирует дозволительный характер нормирования, преимущественно основанный на диспозитивных началах, характерных для частного права. Данный общедозволительный тип правового регулирования выражается в принципе: «разрешено все, что прямо не запрещено законом».

Раскрытие методов правового регулирования происходит за счет *способов регулирования* отношений со стороны государства и выражается в особенностях и специфике правовых норм. Общепринято выделять три основных способа правового регулирования: запреты, дозволения и обязывания. *Дозволения* состоят в предоставлении субъектам прав на совершение определенных положительных действий и выражаются в управомочивающих нормах — правилах поведения с характерными словами «*вправе*», «*имеет право*», «*может*». *Обязывания* заключаются в возложении обязанности совершать определенные положительные действия и выражаются в обязывающих нормах с характерными словами «*должен*», «*обязан*». *Запреты* — это «государственно-властные веления, основная цель которых предотвратить возможное нежелательное для личности и общества поведение. Запрещенный вариант поведения при этом сопровождается словами: «*запрещается*», «*не вправе*», «*не может быть*», «*не допускается*» и др.»². В общетеоретической науке также выделяются дополнительные способы правового регулирования и соответствующие нормы — *поощрения*, выраженные в награждении субъектов за определенные заслуги и *рекомендации*, состоящие в предложении избрать наиболее целесообразный вариант поведения. Рекомендации и поощрения опосредовано влияют на невинное поведение, стимулируя правомерные цели и вырабатывая положительную и одобряемую правовую позицию лица. Однако, с регулятивных позиций, предписываемый положительно направленный вектор действий этих норм не характерен для невинного поведения, предполагающего в качестве юридически значимого деяния противоправный и социально вредный поступок. Стало быть, *в контексте установления юридически значимого невинного поведения в механизме правового регулирования необходимо говорить о непосредственном воздействии дозволительных, запрещающих и обязывающих норм права.*

Если проводить соотношение преобладания одних способов правового регулирования над другими в зависимости от метода, то очевидно, что при методе субординации, характерном для публичного права, в первую очередь, доминируют запрещения, во вторую — обязывания, и в меньшей степени — дозволения. Для децентрализованного метода регулирования, характерного для частного права, преобладают дозволения и обязывания и в меньшей степени — запреты. Вместе с этим, мы признаем возможность и необходимость различного сочетания как методов, так и способов правового регулирования в зависимости от сферы общественных отношений, поэтому ведем речь лишь о доминировании одних методов и способов над другими.

¹ Тихомиров Ю.А. Поведение в обществе и право // Журнал российского права. — 2011. — № 2. — С. 8.

² Бабаев В.К. Нормы права (глава в учебнике) // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — С. 411.

Теперь перейдем к исследованию непосредственных технико-юридических средств обеспечения нормативного предписания характера невиновного поведения с дальнейшим анализом влияния методов и способов правового регулирования посредством норм права.

По общему правилу, характерному для всех отраслей российского права, при установлении пределов виновного/невиновного поведения в нормативно-правовых предписаниях преимущественно применяются следующие технико-юридические приемы¹.

1. *Правовая норма указывает на наличие вины как условия наступления юридической ответственности* (ст. 5 УК РФ, абз. 1 ст. 401 ГК РФ, ст. 1.5 КоАП РФ). По своей сути данные нормы-принципы закрепляют общие условия применения ответственности с учетом положений о вине. Так, уголовное и административное право четко провозглашают принцип вины, согласно которому действует презумпция невиновности, то есть лицо подлежит юридической ответственности только за те правонарушения, в отношении которых установлена его вина (ст. 5 УК РФ, ст. 1.5 КоАП РФ). Иначе говоря, в нормах публичного права приоритет имеет принцип, согласно которому любое деяние является невиновным, пока в отношении него не будет доказано виновное поведение.

Гражданское законодательство также провозглашает принцип виновной ответственности, но на несколько иных условиях. Во-первых, в гражданском праве действует презумпция виновности, в соответствии с которой любое нарушение частных прав подлежит восстановлению. Во-вторых, гражданское законодательство не содержит общих норм о вине, как условия ответственности, однако в отношении отдельных сфер и подотраслей эти положения существуют (в частности, ст. 401 и 1064 ГК РФ содержат принцип вины в связи с применением ответственности за нарушение обязательств и причинением вреда соответственно). В-третьих, в гражданском законодательстве имеются нормы, допускающие исключение из принципа виновной ответственности на основании закона либо договора (например: п. 1 ст. 401, 404, 1095, 1100 ГК РФ).

2. *Нормой права определяются формы вины, предусматривающие юридическую ответственность:*

2.1. *За счет общих норм* (ст. 25, 26 УК РФ, ст. 2.2 КоАП РФ, п. 1 ст. 401 ГК РФ). В рамках данных норм определяются формы вины либо происходит указание на их учет. Среди общих норм, например, статья 25 УК РФ определяет умысел и его формы, а статья 26 УК РФ — неосторожность; статья 2.2 КоАП РФ устанавливает и определяет формы вины (умысел и неосторожность) по административным правонарушениям; пункт 1 статьи 401 ГК РФ лишь указывает на умысел и неосторожность как формы вины.

2.2. *За счет специальных норм* (ст. 111, 112, 115, 167, 185⁶, 285³, 286¹, 346 УК РФ предусматривают умышленную форму вины, ст. 109, 118, 143, 168, 216, 219, 235, 236, 249, 263, 264, 267—270, 347, 348, 350 УК РФ — неосторожную форму вины; 5.14, 7.17, 8.5, 11.30, 17.7, 19.2, 19.16, 21.7 КоАП РФ — предусматривают умышленную форму вины по административным проступкам, 7.15, 9.10, 11.5 КоАП РФ — неосторожную форму вины по административным проступкам; ст. 693, 901, 962, 1083, 1104, 1108 ГК РФ). Данный технико-юридический прием позволяет конкретизировать виновное/невиновное поведение в зависимости от наличия той или иной формы вины. Так, статья 111 УК РФ определяет юридическую ответственность за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, а статья 168 УК РФ — за уничтожение или повреждение имущества по неосторожности. Статья 21.7 КоАП РФ предусматривает виновное поведение, выраженное в умышленной порче или утрате документов воинского учета. Статья 693 ГК РФ предусматривает ответственность судодателя за недостаток вещи, которые он умышленно или по грубой неосторожности не оговорил при заключении договора безвозмездного пользования.

3. *В правовых нормах указывается непосредственно невиновное поведение* (ст. 28 УК РФ, абз. 2 п. 1 ст. 401, п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Так, статья 28 УК устанавливает, в каких случаях причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам действия лица признаются невиновными, а абзац 2 пункта 1 статьи 401 ГК РФ определяет невиновное поведение при нарушении обязательств.

4. *Правовой нормой пределы невиновного поведения устанавливаются соразмерно от существа правового предписания, вплоть до указания безусловного либо правоусмотрительного характера.* Такой технико-юридический прием в большей степени характерен для норм частного права и позволяет показать границы невиновного поведения лица в соотношении с определенными субъективными либо объективными обстоятельствами. Так в качестве субъективных пределов невиновного поведения могут выступать: вина обеих сторон (ст. 404 ГК РФ); вина потерпевшего либо должника (405, 1083 ГК РФ); отсутствие вины причинителя или кредитора (1095, 1100, 1250 ГК РФ). К объективными обстоятельствам, устанавливающим пределы невиновного поведения, можно отнести: непреодолимую

¹ Техничко-юридические приемы установления пределов виновного/невиновного поведения в нормах права приводятся на примерах наиболее объемлющих и характеризующих специфику нормативно-правового регулирования кодифицированных актов — Уголовном кодексе РФ (УК РФ), Кодексе об административных правонарушениях РФ (КоАП РФ) и Гражданском кодексе РФ (ГК РФ).

силу (ст. 1079 ГК РФ), ликвидацию юридического лица (ст. 419 ГК РФ) или трудовые отношения с работником (ст. 402 ГК РФ). Правоусмотрительный характер определения субъективных и объективных пределов невиновного поведения присущ договорным отношениям сторон.

5. *Нормой права определяются непосредственные противоправные действия либо мотивы, характеризующие виновное поведение.* Иначе говоря, само название правонарушающего действия либо указание на соответствующие мотивы уже подразумевают виновное поведение лица. Например, наименование статей УК РФ предусматривает характер виновного (умышленного) поведения: 131 УК РФ — «Изнасилование», статья 213 УК РФ — «Хулиганство», 158 УК РФ — «Кража», 159 УК РФ — «Мошенничество», 161 УК РФ — «Грабеж», 162 УК РФ — «Разбой». В нормах административного законодательства можно выделить по этому основанию статьи: 14.7 КоАП РФ — «Обман потребителей» и 19.1 КоАП РФ — «Самоуправство». Указание на мотивы ненависти, вражды, корысти, личной заинтересованности, например, в специальных нормах статей 119, 150, 282¹ УК РФ.

6. В правовых нормах указывается на факт причинения вреда либо неисполнения обязанности, свидетельствующий о возможном виновном поведении лица (ст. 156, 199¹, 293, 345 УК РФ; ст. 5.35, 5.54, 11.22, 12.24, 12.30, 12.37, 13.25, 19.25, 21.5 КоАП РФ; ст. 580, 639, 640, 697, 800, 988, 1068—1079 ГК РФ). Практически все нормы главы 59 ГК РФ об обязательствах вследствие причинения вреда характеризуют виновное/невиновное поведение по данному основанию. Например, в КоАП РФ статья 21.5 предусматривает виновное поведение, выраженное в неисполнении гражданами обязанностей по воинскому учету.

7. Определяются иные объективные обстоятельства правонарушающего характера, безусловно свидетельствующие о виновном поведении. Например, статья 119 УК РФ предусматривает виновное поведение, выраженное в угрозе убийством или причинении тяжкого вреда здоровью, а статья 139 УК — за нарушение неприкосновенности жилища; статья 8.6 КоАП РФ предусматривает виновное поведение за порчу земель, а статья 11.18 — за безбилетный проезд.

Уяснив наиболее общие закономерности действия методов, способов и средств нормативного регулирования общественных отношений с учетом положений о вине/невиновности, постараемся сделать выводы об особенностях механизма непосредственного воздействия норм права на невиновное поведение с учетом сферы публичного и частного права.

Механизм действия правовых норм на невиновное поведение в сфере публичного права.

Преимущество метода централизованного регулирования, обеспечиваемое за счет доминирования запрещающих и обязывающих норм, имеющих предметный характер, формирует публичную сферу общественных отношений. Нормы-принципы провозглашают в сфере публичного права действие принципов вины и виновной ответственности (ст. 5 УК РФ, ст. 1.5 КоАП РФ). За счет общих норм — правил поведения четко определяется модель виновного поведения, которая включает формат установления соответствующих форм вины (ст. 25, 26 УК РФ, ст. 2.2 КоАП РФ).

Запрещающие и обязывающие нормы моделируют правонарушающие действия, охраняемые законом. Данные нормы содержат запреты совершения действий с определенной формой вины, прямо указывают на правонарушающие мотивы, содержат охраняемые обязанности, определяют иные запретаемые действия и поступки. Безусловно, действие этих норм обеспечивается мерами государственного принуждения, в большей степени выраженными санкциями, предусматривающими соответствующую юридическую ответственность.

Насыщение правового поля публичного права запрещающими и обязывающими нормами создает обязанность и (или) возможность для лица осознать и предвидеть характер своих действий. Психологическая составляющая воздействия правовых норм на интеллектуально-волевою сферу лица в сфере публичного права получает доминирование над объективно-возможным поведением. В этой связи, в сфере публичного права приоритет получает психологическая формула вины, закрепленная в правовых нормах и отражающая психическое отношение лица к правонарушающему деянию. Именно психическое состояние лица предоставляет ему способность осознать возможность причинить вред правоохраняемым интересам, а правовые нормы публичного права преобразуют такую возможность в необходимость, закрепляя правило о вине как психическом отношении лица к этим интересам.

В охраняемой публичным правом сфере общественных отношений, безусловно, присутствуют способы и средства дозволительного характера в виде соответствующих норм — правил поведения (например, нормы об исключении юридической ответственности: ст. 37—42 УК РФ, ст. 2.7, 24.5 КоАП РФ) или иных диспозитивных начал (например, смягчающие виновное поведение обстоятельства: ст. 61 УК РФ, ст. 4.2 КоАП РФ). Существуют в этой сфере общественных отношений и нормы права, прямо предусматривающие факт невиновного поведения при причинении вреда правоохраняемым интересам (ст. 28 УК РФ «Невиновное причинение вреда»). Данные технико-юридические средства позволяют определять правоохраняемое поле и формировать пределы невиновного поведения лица в сфере публично-правовых отношений.

Вышеуказанные обстоятельства свидетельствуют о применении всей совокупности способов, методов и средств в механизме нормативно-правового регулирования в сфере публичного права, где доминирующее начало придается централизованному императивно-властному механизмам. Нормы публичного права создают все предпосылки для правомерного поведения лица, устанавливая необходимые запреты, обязывания и допустимые стандарты действий с указанием неблагоприятных последствий, возникающих в результате их нарушений виновными действиями. Механизм нормативно-правового регулирования публичной сферы отношений направлен на формирование невинного поведения лица в широком (естественно-правовом) понимании этого феномена, а также соответствующего реагирования и снисхождения на объективные и субъективные обстоятельства в виде исключения юридической ответственности при подтверждении факта невинного нарушения норм публичного права (в узконормативном понимании невинного поведения).

Механизм действия правовых норм на невинное поведение в сфере частного права.

Совокупность норм права, формирующая частноправовую плоскость общественных отношений, создается под преимущественным воздействием децентрализованного метода правового регулирования. Действие принципа «разрешено все, что прямо не запрещено законом» осуществляется посредством дозволительных предписаний, ограниченных, преимущественно, установленными обязываниями и, в меньшей степени, запретами. За счет доминирования диспозитивных дозволительных норм, которые обеспечивают возможность субъектам выстраивать отношения не только в рамках нормативных предписаний, но и на условиях договорного регулирования и обычаях делового оборота, создается широкое частноправовое поле общественных отношений, очерченное обязывающими и запрещающими нормами.

Исходные нормы-принципы, провозглашающие в статье 1 ГК РФ начала дозволительной направленности частноправового регулирования, конкретизируются в нормах — правилах поведения участников частноправовых отношениях. При нарушении прав и законных интересов этих лиц имеются нормы обязывающие восстановить нарушенные права, причем условие возможного освобождения от данного восстановления проявляется в отсутствии вины в деяниях лица. Иначе говоря, нормы частного права устанавливают пределы невинного поведения лица, которые необходимо доказать (ст. 15, 401, 1064 ГК РФ).

Относительно самих критериев невинного поведения нормативно закрепляются требования проявления со стороны лица достаточной степени заботливости и осмотрительности при определенных условиях частноправового оборота. Таким образом, при установлении вины/невиновности требуется необходимость установления не психического отношения лица к нормативно-правовым предписаниям, а его характер поведения. Поэтому, как было нами ранее установлено, в частноправовой сфере регулирования общественных отношений действует поведенческая теория вины. 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.

Как было установлено, правовая норма, нормативно моделируя пределы невинного поведения, может предписывать безусловный (абсолютный) либо правоосмотнительный характер действий в соотношении с определенными субъективными либо объективными обстоятельствами. Так, может определяться необходимость восстановления нарушенных частных прав независимо от вины (ст. 1095, 1100, 1250 ГК РФ), с учетом вины других участников (ст. 404, 405, 1083 ГК РФ) либо до пределов непреодолимой силы (ст. 1064 ГК РФ).

Конечно, частноправовая сфера общественных отношений содержит нормативно-правовые предписания запрещающего императивного характера, имеются нормы, прямо указывающие на правонарушающие действия либо на иные объективные обстоятельства, свидетельствующие о виновном поведении лица. Единство всеобщего механизма нормативно-правового воздействия на поведение людей существует во всех сферах общественных отношений, включая частное право. Однако приоритет децентрализованного метода правового регулирования позволяет установить правопорядок, ориентированный на правомерную реализацию дозволительных действий, исполнения обязанностей и соблюдения запретов, урегулированных нормами частного права, ориентированных на проявления должной степени поведения по отношению к другим участникам. Нарушение же обязанностей и запретов, причинивших вред этим участникам, в установленных нормативных пределах предоставляют возможность лицу доказать факт своего невинного поведения.

Заканчивая рассмотрение вопроса о технике нормативно-правового регулирования невинного поведения посредством правовых норм, необходимо отметить следующее.

Во-первых, регламентирующий потенциал норм права не ограничивается лишь установлением методов, способов и средств правового воздействия на общественные отношения, в которых воз-

можно проявление невинного поведения. Как справедливо отмечает В.Н. Кудрявцев, норма права «наряду с другими факторами воздействует на содержание и направленность поступка, способствует выбору правомерных средств достижения целей, предотвращает противоправное поведение»¹. В этой связи необходимо говорить о комплексности правового воздействия правовых норм на поведение людей в единстве с другими элементами механизма правового регулирования.

Во-вторых, необходимо учитывать не только форму выражения предписания, содержащегося в норме права, но и саму структуру этой нормы. Различное сочетание элементов структуры правовой нормы (гипотезы, диспозиции и санкции), их характер, расположение и способ связи способны создавать необходимые стандарты правового поведения в тех или иных условиях.

В-третьих, необходимо иметь в виду, что сфера правового регулирования не является неизменной и постоянной. Она может как расширяться за счет появления новых отношений (например, необходимости регулирования отношений в сфере Интернет-пространства, развития нанотехнологий, а вместе с этим роста кибер-преступлений, хакерских атак и т. п.), так и сужаться за счет отказа от использования права в тех или иных областях (отмена ограничений и запретов в частном праве, декриминализация преступлений и проступков в публичном праве). Все эти обстоятельства сказываются и на технике современного правотворчества, включающего процесс правообразования и нормосозидания. Только взвешенный, обоснованный подход к необходимости формирования либо отказа от нормативного регулирования тех или иных сфер общественных отношений, а также совершенствование техники правотворчества являются залогом эффективного развития права в современных условиях.

¹ Кудрявцев В.Н. Право и поведение. — М., 1978. — С. 38.

Е.В. Царев

Царев Евгений Вячеславович — кандидат юридических наук, заведующий кафедрой уголовно-правовых и специальных дисциплин Нижегородского филиала Московского института экономики, менеджмента и права

**Перспективы развития нормы,
предусматривающей ответственность за халатность
(ст. 293 УК РФ)**

Законодательство должно шагать в ногу со временем (с общественными переменами), поэтому внесение в него изменений является неизбежным¹. «...Любые законы, в том числе и уголовные, со временем отстают от темпов общественных преобразований, — отмечает профессор Н.Ф. Кузнецова, — и в них необходимо вносить определенные поправки, адекватно отражающие потребности уголовно-правового регулирования качественно новых общественных отношений и соответствующие мировым стандартам. Кроме того, изменение динамики общественно-экономических процессов в России, качественное и количественное изменение преступности в стране и изменение позитивного смежного законодательства также настоятельно требуют реконструкции действующего уголовного законодательства»².

Полагаем, что не следует опасаться и избегать изменений и дополнений действующего УК, если его отдельные положения сформулированы ненадлежащим образом. Подобные изменения нежелательны только в том случае, если производятся часто и сами должным образом не обоснованы³.

Рассмотрение вопросов регламентации уголовной ответственности за халатность (состав преступления и меры наказания) позволило обнаружить основные проблемы, возникающие в связи с реализацией на практике нормативных установлений, закрепленных в статье 293 УК РФ.

При исследовании объективных признаков халатности мы пришли к выводу, что халатность выражается в форме действия — ненадлежащего исполнения специальных обязанностей, или бездействия — их неисполнения. Эти деяния могут быть связаны с небрежным или недобросовестным отношением лица как к службе (профессиональной деятельности) вообще, так и к специальным обязанностям в частности. Они должны повлечь по неосторожности указанные в законе последствия, которые связаны с ними необходимой причинной связью.

Последствия в части 1 статьи 293 УК РФ сформулированы в виде оценочных понятий. В уголовно-правовой доктрине практически не оспаривается мнение о том, что употребление таких понятий в уголовном законодательстве неминуемо. В полной мере это относится и к халатности, в основном составе которой они сформулированы как существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства.

Необходимо отметить, что в данном составе преступления в качестве самостоятельного признака выделен еще и крупный ущерб, который выражается в причинении имущественного вреда или упущенной выгоде на сумму более ста тысяч рублей. На наш взгляд, он является составной частью ранее указанного оценочного признака, поэтому считаем, что их одновременное употребление в диспозиции статьи 293 УК нецелесообразно. Так как может возникнуть ситуация, когда ущерб, не являющийся крупным, будет признан существенным нарушением прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, что является недопустимым.

Последствия в части 2 статьи 293 УК сформулированы в виде формально определенных признаков — тяжкий вред здоровью и смерть человека. До изменений уголовного законодательства, произошедших в 2003 году, они были указаны в виде оценочной категории — тяжкие последствия, что, на наш взгляд, было правильным и не требовало изменений.

Данная позиция обусловлена тем, что к последствиям квалифицированного состава халатности, кроме тяжкого вреда здоровью и смерти человека, следует относить материальный ущерб и нематери-

¹ См., например: Аснис А.Я. Проблемы совершенствования действующего уголовного законодательства об ответственности за служебные преступления // Российский судья. — 2005. — № 5. — С. 44; Басова Т.Б. Уголовная ответственность за должностные преступления: проблемы правотворчества и правоприменения в условиях административной реформы Российской Федерации: Дис... д-ра юрид. наук. — Владивосток, 2005. — С. 299; и др.

² Кузнецова Н.Ф. Новый Уголовный кодекс России // Юридический мир. — 1997. — Март. — С. 25.

³ Характерным примером тому является исключение из статьи 293 УК РФ последствий в виде существенного нарушения прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства в 2003 году и внесение их вновь в указанный состав через пять лет в 2008 году.

альный вред. Сумма первого, как минимум, в десять раз должна превышать крупный ущерб, а последний характеризуется большей тяжестью по сравнению с последствиями, предусмотренными в части 1 статьи 293 УК. Тяжкие последствия в виде нематериального вреда могут выражаться в массовом заболевании людей или животных, крупной аварии на предприятии или остановке его деятельности на длительный период, совершении другими лицами особо тяжкого преступления, ответственность за которое предусмотрена в УК РФ в виде формального состава, и других общественно опасных последствиях.

Представляется, что законодатель в соответствующих нормах УК не должен полностью определять оценочные признаки, но о конкретных случаях, когда материальный вред, причиненный халатностью должностного лица, признается судом существенным или определяется как «тяжкие последствия», он может указать в законе в виде примечания к статье, предусматривающей ответственность за халатность¹. На наш взгляд, в таком примечании должны найти отражение ситуации, когда последствия рассматриваемого преступления выражаются в виде формально определенных признаков (ущерб, вред здоровью или смерть человека).

Нематериальные последствия, не указанные в уголовном законе, но в большинстве случаев совершения преступной халатности, являющиеся существенным нарушением прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, или тяжкими последствиями, должны быть указаны в постановлении Пленума Верховного Суда РФ. Это необходимо, для того чтобы, *во-первых*, сориентировать правоприменителя в определении последствий, предусмотренных в статье 293 УК РФ, *во-вторых*, указать на необходимость доказывания существенности или тяжести таких последствий, *в-третьих*, с появлением новых судебных precedентов дополнять список последствий новыми примерами в более простом порядке, а не путем внесения изменений в законодательство.

С субъективной стороны, халатность является исключительно неосторожным преступлением². Между тем, «аксиома» о «неосторожной природе» рассматриваемого преступления иногда подвергается сомнению³.

Для того, чтобы ответить на вопрос о том, возможна ли умышленная халатность, следует обратиться к характеристике субъективной стороны и проанализировать ее соотношение с признаками объективной стороны рассматриваемого нами состава преступления.

Основной состав халатности не содержит указания о форме вины, что диктует необходимость обращения к положениям части 2 статьи 24 УК РФ. Согласно действующей редакции этой нормы, деяние совершенное только по неосторожности, признается преступлением лишь в случае, когда это предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ. Иными словами, преступления, при описании которых законодатель прямо не указывает на неосторожную форму вины, могут совершаться как умышленно, так и неосторожно. Однако нормативные установления, закрепленные в части 2 статьи 24 УК РФ, на наш взгляд, не следует абсолютизировать.

Полагаем, что вопрос о том, с какой формой вины может совершаться рассматриваемое нами преступление, должен решаться с учетом описания в диспозиции признаков объективной стороны состава халатности. Представляется, что употребляемые законодателем термины «недобросовестность» и «небрежность» относятся к характеристике как объективной, так и субъективной стороны преступления.

Следует отметить, что те или иные служебные обязанности могут быть не выполнены и сознательно, и в результате оплошности (забывчивости, отвлечения на другие дела, необоснованного перепоручения своих обязанностей другому лицу и т. п.). Однако сознательное отношение к причинению общественно опасных последствий исключается.

¹ Данный подход наиболее удачно использован украинским законодателем при конструировании нормы, предусматривающей ответственность за халатность.

² См., например: Советское уголовное право. Часть Особенная. — М., 1962. — С. 298—299; Курс советского уголовного права. В шести томах. Часть Особенная. — М., 1971. — Т. VI: Преступления против государственного аппарата и общественного порядка. Воинские преступления. — С. 53; *Здравомыслов Б.В.* Должностные преступления. Понятие и квалификация. — М., 1975. — С. 122—123; Советское уголовное право: Часть Особенная: Учебник / Под ред. М.И. Ковалева. — М., 1983. — С. 291—292; Уголовное право. Особенная часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. — М., 1999. — С. 490; Курс уголовного права. Особенная часть: Учебник для вузов / Под ред. Г.Н. Борзенкова и В.С. Комиссарова. — М., 2002. — Т. 5. — С. 103; Курс российского уголовного права. Особенная часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. — М., 2002. — С. 871; Российское уголовное право: Курс лекций: В 2 т. — М., 2004. — Т. 2: Особенная часть. — С. 651; Уголовное право России. Практический курс: Учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Под общ. ред. А.И. Бастрыкина; Под науч. ред. А.В. Наумова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — С. 675; и др.

³ См., например: Советское уголовное право. Особенная часть. — М., 1969. — С. 310; Уголовное право России. Общая и Особенная части: Учебник для вузов / Под общ. ред. Н.Г. Кадникова. — М., 2006. — С. 712; *Волженкин Б.В.* Служебные преступления: Комментарий законодательства и судебной практики. — СПб., 2005. — С. 242; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.И. Радченко, А.С. Михлина. — СПб., 2007. — С. 629—630; и др.

Резюмируя изложенное выше, отметим, что сущностное содержание халатности исключает умышленную форму вины в указанном преступлении. Вместе с тем, в целях недопущения двоякого толкования нормативных установлений, закрепленных в основном составе преступления, предусмотренном статьей 293 УК РФ, полагаем необходимым законодательно закрепить в нем указание на неосторожную форму вины по отношению к последствиям, как это сделано во всех квалифицированных видах данного преступления.

Субъект рассматриваемого нами преступления специальный — должностное лицо.

Необходимо отметить, что в процессе рассмотрения состава преступления, предусмотренного статьей 293 УК РФ, нами был проведен анализ субъекта халатности — должностного лица, легальное определение которого дано в примечании к статье 285 УК. На основании этого мы пришли к следующим выводам.

Во-первых, законодатель в пункте 1 примечания к статье 285 УК РФ необоснованно ограничил сферу действия содержащегося в нем определения должностного лица рамками только одной главы (гл. 30 УК). Поэтому представляется необходимым внести изменения в примечание к статье о злоупотреблении должностными полномочиями, распространив его действие на все статьи УК, предусматривающие ответственность за преступления, субъектами которых могут быть указанные лица. Такой подход полностью бы соответствовал и положениям части 2 статьи 3 УК, где закреплено положение о недопустимости применения закона по аналогии с российским уголовным законодательством.

Во-вторых, наиболее правильным было бы исключение из определения должностного лица указания на осуществление им своих функций постоянно, временно или по специальному полномочию.

В-третьих, в легальном определении представителя власти следует указать на наличие у такого лица публичных властно-распорядительных функций, под которыми понимаются основные направления деятельности, связанные с осуществлением прав и обязанностей по принятию решений и предъявлению требований, обязательных для исполнения лицами, не подчиненными ему по службе. Примечание к статье 318 УК РФ, на наш взгляд, необходимо исключить, а указанное выше определение представителя власти закрепить в примечании к статье 285 УК РФ, дополнив его пунктом 1¹.

В-четвертых, поддерживаем предложение некоторых ученых¹ об исключении из определения понятия должностного лица указания на «Вооруженные силы РФ, другие войска и воинские формирования РФ» как на место осуществления должностным лицом своих функций.

В-пятых, считаем необходимым в качестве должностных лиц признать лиц, осуществляющих юридически значимые действия в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных корпорациях, государственных или муниципальных учреждениях.

Принимая во внимание изложенные выше обстоятельства, представляется целесообразным изложить пункт 1 примечания к статье 285 УК РФ в следующей редакции:

«1. Должностными лицами в статьях настоящего Кодекса признаются представители власти, а также лица, осуществляющие юридически значимые действия либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных корпорациях, государственных или муниципальных учреждениях».

На основании этого предлагается авторская редакция нормы об ответственности за ненадлежащее исполнение должностным лицом своих служебных обязанностей.

«Статья 293. Должностная халатность»

1. Неисполнение или ненадлежащее исполнение должностным лицом своих служебных обязанностей, если это повлекло по неосторожности существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, —

наказывается штрафом в размере до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет со штрафом в размере до двухсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет, либо обязательными работами на срок от ста двадцати до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок от шести месяцев до одного года, либо лишением свободы на срок до двух лет.

2. То же деяние, повлекшее по неосторожности причинение тяжких последствий, —

наказывается лишением свободы на срок от двух до пяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

¹ См., например: Ковалева Н.М. Должностное лицо и должностное преступление в уголовном праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ростов-на-Дону, 2004. — С. 17.

3. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, повлекшее по неосторожности смерть двух или более лиц, —

наказывается лишением свободы на срок от пяти до семи лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

Примечания:

1. В настоящей статье, а также в статьях 201¹, 215¹, 345¹ настоящего Кодекса существенным нарушением прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, если оно заключается в причинении материального вреда, признается:

а) ущерб, сумма которого превышает сто тысяч рублей;

б) вред здоровью человека, степень которого характеризуется легкой или средней тяжестью.

2. В настоящей статье, а также в статьях 201¹, 215¹, 345¹ настоящего Кодекса тяжкими последствиями, если они заключаются в причинении материального вреда, признается:

а) ущерб, сумма которого превышает один миллион рублей;

б) тяжкий вред здоровью или смерть человека».

Внося соответствующие предложения по изменению текста уголовного закона, мы учитываем также то, что не все вопросы нужно решать посредством реформирования положений уголовного кодекса. Существенная роль в повышении эффективности правоприменительной практики принадлежит судебному толкованию норм закона, направленному на их правильное и однообразное понимание и реализацию. Принимаем во внимание и то, что процесс внесения изменений и дополнений в уголовное законодательство РФ и формирования стройной системы норм, предусматривающих ответственность за халатность, достаточно сложный и продолжительный, а необходимость правильного и эффективного применения таких норм существует уже сейчас. Поэтому в настоящее время необходимо судебное толкование уголовного закона, предусматривающего ответственность за халатность.

О.И. Цыбулевская, Т.В. Касаева

Цыбулевская Ольга Ивановна — доктор юридических наук, профессор кафедры теории права Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина

Касаева Татьяна Викторовна — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Саратовского юридического института МВД России

Социальные факторы правообразования

Обращаясь к социальным факторам правообразования и не ставя целью провести их развернутый анализ (ибо формат работы не позволяет это сделать), кратко обозначим те из них, которые, на наш взгляд, наиболее рельефно проявляют себя. При этом имеем в виду, что, выделяя в каждом конкретном случае основной в данных условиях фактор, надо учитывать действие иных социальных факторов, по-своему значимых. Необходимо учитывать то обстоятельство, что они действуют не разрозненно, а в системе.

Изучение обусловленности законодательства сквозь призму механизма действия социальных факторов выдвигает на первый план проблему классификации этих факторов и выявления имеющихся между ними зависимостей. Социальные факторы правообразования в юридической литературе принято подразделять на *основные* (внешние), обуславливающие возникновение проблемной ситуации, требующей законодательного регулирования, и *обеспечивающие* (внутренние), содействующие надлежащему разрешению проблемной ситуации, возникшей под влиянием основных факторов, путем издания нормативного акта. К основным относятся экономический, демографический, национальный, политико-правовой, социокультурный, нравственный ценностно-психологический, географический факторы. К обеспечивающим — организационный, информационный, научный и программирующий¹.

Экономический фактор образует центральное и наиболее активное звено системы, что обусловлено его особой природой, выражающей условия требования развития общества. Как указывал К. Маркс, «во все времена государи вынуждены были подчиняться экономическим условиям и никогда не могли предписывать им законы. Как политическое, так и гражданское законодательство всего только выражает, протоколирует требования экономических отношений»².

В демократическом государстве действует, как правило, целый пакет экономических законов. Главной их целью является обеспечение экономического роста на основе сочетания целевого регулирования экономики органами власти с механизмами складывающегося рынка, привлечения инвестиций в производство и экономическую инфраструктуру, развитие малого предпринимательства, межрегиональной интеграции³.

Одним из социальных источников права является также *политика*. Субъектами его формирования выступают классы, нации, народности, общественные объединения, реализующие свои коренные интересы через деятельность политических партий и профессиональных политиков. Борьба за власть и сотрудничество в рамках парламентской практики приобретает правовые формы и порождает обусловленную расстановкой политических сил конкретную систему источников права. В этом смысле можно говорить о политико-правовом факторе правообразования.

Правовая политика российского государства в последние годы стала объектом пристального внимания со стороны ученых-правоведов. Особое внимание уделяется правотворческой политике⁴. Главное различие между социальными факторами правотворческой политики, с одной стороны, и законодательной (правотворческой) деятельности, с другой, — подчеркивает С.В. Поленина, — состоит

¹ См.: Поленина С.В. Правотворческая политика // Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2003. — С. 183.

² Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Т. 4. — С. 112.

³ См.: Ревина С.Н. Теория права и рынок. — Самара, 2008; Экономическая эффективность права: Материалы круглого стола V Международной школы-практикума молодых ученых-юристов (Москва, 26—28 мая 2010 г.) / Отв. ред. Н.Г. Доронина. — М., 2011.

⁴ См.: Правотворческая политика // Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2003; Правотворческая политика в современной России / Под общ. ред. А.В. Малько, Н.В. Исакова, А.П. Мазуренко. — Саратов; Миниральные Воды, 2009; Законотворческая политика субъектов Российской Федерации: проблемы теории и практики: Сборник научных статей по итогам работы круглого стола / Под ред. А.В. Малько. — Пенза, 2010; Правотворческая политика в современной России / Под общ. ред. А.В. Малько, Н.В. Исакова, А.П. Мазуренко. — Саратов; Миниральные Воды, 2009.

в том, что сама правотворческая политика выступает как один, а именно политико-правовой фактор законодательной (правотворческой) деятельности¹.

Данный фактор в идеале призван концентрировать наиболее существенные интересы социальных групп, слоев классов и общества в целом и наряду с другими подсистемами раскрывает роль юридической практики в развитии и совершенствовании законодательства. Нормативные акты и договоры должны точно и своевременно отражать реальные отношения, соответствовать широкому кругу интересов и потребностей общества.

Можно выделить следующие направления воздействия политико-правового фактора: установление стратегии развития законодательства, соответствие нормативных актов и договоров Конституции РФ, формирование единого правового пространства.

Для правового развития России на современном этапе характерны противоречивые тенденции. С одной стороны, политические и экономические преобразования привели к бурному разрастанию правового массива, с другой, накопление нормативно-правового материала сопровождается ухудшением его качества и ослаблением эффективности действия законов. Процессы правотворчества и правоприменения отличаются хаотичностью, действия законодательных и исполнительных органов власти — недостаточной согласованностью. По мнению С.В. Полениной, дефектами современного законодательства являются бессистемность, внутренняя противоречивость, излишняя многочисленность нормативных актов². Главная проблема заключается не в количестве нормативных актов и договоров, а в том, чтобы они были увязаны в единую систему.

В научной литературе справедливо отмечается, что в России пока нет полноценной правовой политики, ибо нет единого правового пространства; решения подчас принимаются скоропалительно, непоследовательно, спонтанно; отсутствует мониторинг всего позитивного и негативного в развитии регионального законодательства; власть «плетется» в хвосте событий, работает не с причинами, а со следствием, не успевает за ситуацией (хотя настоящая политика связана с опережением обстоятельств, с предвидением новых «ходов» реальности, предполагает научное прогнозирование)³.

Между тем создание правового государства и формирование гражданского общества невозможно без отлаженного механизма обеспечения должной эффективности правового регулирования. Политическая реформа и экономические преобразования выдвинули на первый план не только проблему формирования, но и исполнения законов и нормативных договоров.

Несмотря на многообразие подходов к данной проблеме, направленность и уровень научных дискуссий не до конца «высветили» спектр существующих вопросов. Необходим развернутый и глубокий анализ факторов, значимо влияющих на эффективность механизма правового регулирования, а также создание системы целенаправленных мер по ее повышению.

В правотворчестве должны найти отражение такие аспекты жизнедеятельности, как *национальная и местная бытовая специфика, обычаи и традиции населения, религиозные верования*. Данные обстоятельства также являются социальными факторами правообразования.

Учет национальной специфики, местных особенностей имеет принципиальное значение для развития права субъектов Российской Федерации. Игнорирование правового культурного наследия и ценностей традиционной правовой культуры недопустимо.

Правовая реформа, имея целью создание адекватной современному состоянию Российского государства правовой системы, должна способствовать целенаправленному формированию особенностей, придающих специфическую форму географическим территориальным частям России.

Первые шаги по применению элементов традиционного законодательства, в частности, на уровне местного самоуправления сделаны. Исследование показало, что национальный фактор правообразования в различных регионах страны проявляется неодинаково. Его воздействие на принятие и содержание нормативных актов и договоров Республики Мордовия не столь сильно, как, например, в республиках Адыгея, Алтай, Башкортостан, Коми, Саха (Якутия), Ханты-Мансийском автономном округе⁴.

Речь идет, прежде всего, о закреплении в законодательстве прав духовно-культурного профиля: право на свободное пользование родным языком, на получение образования на родном языке, на сохранение и преумножение культурных богатств соответствующего этноса, на сохранение и развитие духовных обычаев. Но, как справедливо отмечается в литературе, надлежит обратить внимание на то,

¹ См.: Поленина С.В. Правотворческая политика // Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2003. — С. 183.

² См.: Поленина С.В. Общая теория права об оптимизации количественных и качественных параметров законов // Правовая политика и правовая жизнь. — 2002. — № 1. — С. 30.

³ См.: Малько А.В. Современная российская правовая политика и правовая жизнь // Правовая политика и правовая жизнь. — 2000. — Ноябрь. — С. 17.

⁴ См. подробно: Буянкина С.В. Социальная обусловленность законодательной деятельности субъектов Российской Федерации (по материалам Респ. Мордовия) / Под ред. С.В. Полениной. — Саранск, 2003. — С. 102.

что все подобные возможности связываются с правами гражданина, но никак не превращаются в его обязанности¹.

Следует согласиться с С.В. Полениной, что преувеличение роли национального фактора в законодательстве, превращение его в некий безусловный приоритет при решении проблемных ситуаций, нуждающихся в законодательной регламентации, так же социально опасно, как и умаление его значения².

С.А. Авакьян также обращает внимание на данное обстоятельство. «Печальный опыт регионов России показывает, что чрезмерное увлечение национальным фактором, да еще в сочетании с религиозным, применительно к статусу личности ведет к отказу от ранее обретенных культурных достижений, а то и к возврату на позиции средневековой обрядности, к формированию неприятия, а то и ненависти в отношении той культуры, которая пришла от соседей»³. Насильственное насаждение национальной духовности и национальных обычаев недопустимо.

«Для того, чтобы обеспечить действительно устойчивое существование человеческого сообщества, необходимо опираться на новое многополярное и многоукладное устройство мира. При этом религиозные или иные традиционные модели должны быть учтены при формировании общей цивилизационной картины. Настало время вернуть обществу понимание религии, как глубочайшего пласта человеческой культуры»⁴.

Религиозный фактор всегда играл и играет по настоящее время в многоконфессиональной России не последнюю роль, его никогда нельзя полностью исключать ввиду полиэтничности нашего общества. Это видно при возникновении острых конфликтов, даже тогда, когда религиозный фактор не выступает на первый план. Сегодня опасности для России, связанные с изменением ее культурно-религиозного типа, более или менее очевидны. В условиях, когда конфессиональный состав некоторых российских регионов, в том числе Дальнего Востока, быстро меняется, проблема становится политической. Но если мы хотим их избежать или уменьшить их отрицательные последствия, необходимо найти «волшебную формулу», проясняющую смысл исторического, государственно-культурного синтеза. Такая формула, предполагающая, возможно, государственно-правовое оформление четко обозначенных *двусторонних* отношений между государством и организованными конфессиями, — «первый этаж», на котором должна выстраиваться конструкция федеративных и межэтнических отношений. Можно даже сказать, что права всех конфессий и всех этносов могут быть надежно защищены лишь при стабильном, исторически обоснованном государственно-церковном синтезе⁵.

С.Ю. Наумов верно отмечает, что православие искони играло и в известной мере продолжает сегодня играть роль системообразующей для государства и общества квазисоциальной доктрины. Для менталитета как российских атеистов, так и верующих большинства конфессий характерно традиционалистское отношение к православию. Его можно сравнить с отношением к родной природе, родному языку, поведенческим стереотипам граждан.

Российское православие и российский ислам и впредь будут рассматриваться государством как государственные институты, ответственные за политико-воспитательную работу с населением, за социализацию молодежи и профилактику правонарушений⁶. История укрепляющихся иноверных конфессий не связана органически с основным руслем истории национального русского государства, при этом, разумеется, что представители этих конфессий, да и соответствующие церкви и общины, в целом могут быть патриотами ничуть не меньше.

В подтверждение приведенному высказыванию С.В. Буйкина отмечает, что в Республике Мордовии действуют две традиционные конфессии: православие и ислам (фактически Республика воспринимается как христианский регион). Обе преобладающие мировые религии толерантны по отношению друг к другу, конфликтов на религиозной почве не наблюдается. Процесс христианизации складывался исторически. Православие распространялось взамен язычеству и стимулировалось социально-экономическими рычагами. В результате, в Мордовии существует своего рода сплав правосла-

¹ См.: *Гайдеров А.А.* Традиционные и религиозные факторы в формировании правовой системы России: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 18.

² См.: *Поленина С.В.* Социальные аспекты законодательной деятельности // Советское государство и право. — 1981. — № 11. — С. 8—9.

³ *Авакьян С.А.* Национальный вопрос и государственное строительство: проблемы России и опыт зарубежных стран // Материалы конференции. Москва, 27—28 апреля 2000 года. — М., 2000. — С. 10.

⁴ Кирилл, митрополит Смоленский и Калининградский. Либеральный стандарт: угроза миру и свободе // Церковный вестник. — 2004. — № 1—2. — С. 11.

⁵ См.: *Салмин А.М.* О некоторых проблемах самоопределения и взаимодействия исполнительной и законодательной властей в Российской Федерации // Полис. — 1996. — № 1. — С. 17.

⁶ См.: *Наумов С.Ю.* Православие и российская государственность: история и современность // Религиозный фактор в процессе становления гражданского общества в современной России: Сборник научных трудов. — Саратов, 2004. — С. 10.

вия (христианства) и язычества. Тем не менее доминирование православного христианства, положительный фактор для развития государства и в культурном, и в нравственных аспектах¹.

М.И. Одинцов по этому поводу пишет, что государство должно защищать не только свою территорию и границы, недра, воздушное и водное пространство, но и свое, веками складывающееся «духовное пространство». Для народов России в этом пространстве существенную роль играют национальные религии и церкви, зачастую являющиеся скрепой их прошлого, настоящего и будущего. И потому защита национальной религии, или Церкви, есть защита наций и народов, государства и общества. «В противном случае, — прогнозирует ученый-религиовед, — возрастает риск денационализации, превращение народов в «население», которое не ощущает связи с предшествующими поколениями, не считает себя частью национальной общности и не ставит перед собой задачи продолжения национальной истории в будущем. Удел такого населения один — вслед за распадом национального суверенного государства, колонизация территории и последующее (небытие, забвение) во вновь пришедших народах»².

Сохранение традиционных духовных основ российского общества в условиях глобализационного слома устоявшихся русел цивилизации — одна из наиболее актуальных стратегий правового развития. «В России право и мораль, политика и нравственность, традиционно признавались понятиями близкими и соотносимыми. Во всяком случае, их взаимосвязь была декларируемым идеалом и целью»³.

Между тем все чаще сегодня звучат предостережения о том, что отход от закрепленного в статье 14 Конституции РФ принципа светскости нашего государства может серьезно подорвать и без того весьма хрупкое единство российского общества. Поэтому трактовка национальной идентичности населения страны, прежде всего, через призму религиозной принадлежности чрезвычайно опасна.

Российское право имея свои собственные исторические, социально-политические, духовные, национальные основы всегда было и остается самобытным, уникальным, самостоятельным правом, тесно взаимодействующим с романо-германским, англо-саксонским и другими правовыми семьями. Российская правовая традиция и основанная на ней российская правовая система по своей природе — явления не этнографические, то есть они не определяются национальным законодательством. Они — явления российской культуры, имеющие самые различные духовные и материальные источники: западные, восточные, эллинские, римские, семитские, тюркские и т. д., которые, сплавляясь в этом огромном духовном потоке, сохраняют, однако, исходный духовный стержень, делающий ее неповторимой по сравнению с другими культурами (цивилизациями)⁴.

«Право есть результат народной жизни. Чем ближе правовед к юридическому быту своего народа... тем ближе и адекватнее реальной правовой жизни будут его правовые идеи, суждения, модели»⁵.

Вместе с другими социальными основаниями права (экономикой, политикой, религией, идеологией, культурой) мораль являет собой тот фон, среду, которая предопределяет появление, осуществление и изменение норм права. Рассмотренная под иным углом зрения мораль выступает как причина, условие, определяющее процесс формирования права. Нравственные и правовые ценности (жизнь человека, его права и свободы, достоинство, безопасность) выступающие механизмом согласования конкурирующих интересов, мощной интегрирующей силой, способной преодолеть возникающие противоречия и конфликты, являются правообразующими факторами и должны находить отражение в законодательстве⁶.

Субъект (любая развивающаяся личность) входит в сферу нравственного бытия. Гегель, определяя нравственное бытие, рассматривает его как «непосредственное, действительное бытие»⁷. При этом действительное нравственное бытие неоднородно. Но индивидуум, входя в него, можно сказать, впитывает это бытие, формулирует свои нравственные начала и отношение ко всему, что его окружает.

¹ См.: Буянкина С.В. Социальная обусловленность законодательной деятельности субъектов Российской Федерации: (по материалам Респ. Мордовия) / Под ред. С.В. Полениной. — Саранск, 2003. — С. 102.

² Одинцов М.И. Вероисповедные реформы в России; идеи, политика, итоги (1985—1997 г.) // Российское законодательство о свободе совести в 80-х — 90-х гг. XX в.: Теоретические споры, реформирование правовых основ, практическая реализация законодательных актов. — М., 1999. — С. 25—26.

³ Послание Федеральному Собранию Российской Федерации. Текст выступления Президента РФ Владимира Путина перед депутатами Федерального Собрания в Кремле 25 апреля 2005 года // Российская газета. — 2005. — 26 апреля.

⁴ См.: Синюков В.Н. К вопросу о российской правовой доктрине в XXI веке / В.Н. Синюков, Т.В. Синюкова // Вопросы теории государства и права: новые идеи и подходы: Межвузовский сборник научных трудов / Под. ред М.И. Байтина. — Саратов, 2000. — Вып. 2 (11). — С. 56.

⁵ Овчинников А.И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ. — Ростов-на-Дону, 2003. — С. 280.

⁶ См.: Цыбулевская О.И. Нравственные основания современного российского права: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2004. — С. 10.

⁷ См.: Гегель Г.В.Ф. Работы разных лет. — М., 1971. — Т. 2.

Моральный фактор оказывает воздействие на правообразовательный процесс на всех этапах его развития, подлежит учету при разработке научной концепции будущего правового акта, при подготовке законопроекта официальными структурами. Именно под влиянием морали складывается нравственная и правовая культура участников процесса законотворчества, в том числе депутатов, граждан и должностных лиц.

Источники права формируются и совершенствуются под исторически непрерывным «прессингом» со стороны морали. Именно она определяет нравственный потенциал и легитимность действующих правовых норм. Мораль выглядит достаточно мощным и социально чувствительным резервуаром, из которого черпаются возможности для совершенствования источников права. Дело в том, что так называемых нравственно безразличных правовых норм в источниках права гораздо меньше, чем норм, имеющих свои нравственные аналоги. И это позволяет данным системам социального регулирования параллельно развиваться на отношениях «ревнивой» конкуренции и поддержки друг друга¹.

Свое проявление моральный фактор находит в принципах и установках правовой политики относительно главных сторон развития федерального законодательства и законодательства субъектов Федерации, его отраслей, подотраслей и институтов. В числе других социальных факторов нравственность оказывает непосредственное воздействие на формирование комплексных образований в системе законодательства².

Нравственная природа права проявляется в его социальном назначении, функциях и принципах, выступает активным инструментом преобразования общества, достижения социальной солидарности на основе поддержания моральных приоритетов. Если общество признает и принимает эти ценности и нормы, тогда оно в наибольшей степени обеспечивает человеку раскрытие его потенции как существа разумного и морального и свободного³.

В общей классификации источников права *правосознание* — особая разновидность социальных факторов правообразования или источников права. Правосознание на уровне протоправа фокусирует в себе весь социально и государственно-значимый спектр человеческих потребностей, возведение в ранг интересов. В нем экономическое, политическое и нравственное содержание приобретает форму юридических идей и мотивов деятельности⁴. Отражение в сфере общественного и индивидуального сознания экономических, политических, нравственных проблем может со временем приобретать правовую направленность, выливаться в юридические понятия, идеи, требования. При этом, как справедливо подмечено, необходимо помнить, что идеологическим и психологическим фактором формирования права служит не только правосознание, но и другие формы общественного сознания, в особенности политические, моральные, экономические взгляды, предопределяющие содержание правовых требований.

Существует жесткая привязка механизма юридического регулирования к правосознанию. Правосознание являет себя как непосредственный идейный, идеологический источник позитивного права, играя огромную роль в правообразовании: так или иначе, следуя за потребностями общественной практики, наиболее значимыми социальными противоречиями, тенденциями; интерпретируя, преломляя их через свои культурные коды, субъекты правосознания и правотворчества выделяют, отбирают соответствующие отношения, выковывают естественно-правовые принципы и поведенческие модели, которые, с одной стороны, целесообразны, необходимы с точки зрения социума (группы, индивида), с другой — подлежат законодательной регламентации, обязательному юридическому оформлению и охране⁵.

В процессе взаимодействия индивидов, в результате диалектического сплетения, углубления взаимосвязи и взаимообогащения достигается органическое единство человеческих волей — основа права⁶. Именно система взаимодействия индивидов лежит в основе правового регулирования, а не наоборот. Алгоритм поиска баланса сталкивающихся или конкурирующих интересов определяется механизмом их согласования — системой логически сменяющих друг друга операционных действий, направленных на достижение соответствия признанным в данном сообществе принципам права и моральным ценностям компромиссного решения как основы признания истинности правовой новеллы.

¹ См.: *Вопленко Н.Н.* Источники и формы права: Учебное пособие. — Волгоград, 2004. — С. 33.

² Об этом см.: *Милушин М.И.* Формирование комплексных образований в системе законодательства Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2003.

³ См.: *Цыбулевская О.И.* Нравственные основания современного российского права: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2004. — С. 11.

⁴ См.: *Вопленко Н.Н.* Источники и формы права: Учебное пособие. — Волгоград, 2004. — С. 31.

⁵ См.: *Касаткин С.Н.* Общее понятие права в контексте правового сознания // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. — Серия: Юриспруденция. — Тольятти, 2001. — Вып. 16. — С. 25.

⁶ См.: *Гегель Г.В.Ф.* Работы разных лет. — М., 1971. — Т. 2. — С. 27—28. См. также: *Соколова А.А.* Социальные аспекты правообразования. — Минск, 2003; *Трофимов В.В.* Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект / Под ред. Н.А. Придворова. — Саратов, 2009.

Праву той или иной силы на власть должна корреспондировать ее обязанность быть надлежащим выразителем общей воли. Правовая сфера выступает полем согласования противоположных интересов, а не манипулирования социальной реальностью. Следует согласиться и с тем, что в рамках разделяемой философско-правовой парадигмы в качестве базы формирования общей воли можно предложить принцип справедливости. На основе этого принципа вполне реально определить цели переходного правового развития, отобрать варианты правотворческих решений, которые могут способствовать достижению целей, общих для максимального большинства заинтересованных субъектов, осуществлять поиск сближения общих и частных целей субъектов в процессе принятия правотворческих решений¹.

Некоторые ученые относят к социальным источникам и деятельность государства в качестве непосредственной силы, создающей право². «Можно рассматривать государство, — пишет И.А. Кузнецов, как некий *политический* источник права, поскольку именно этот институт политической власти непосредственно издает правовые нормы»³.

С данной позицией согласны не все ученые. По мнению Н.Н. Вопленко, причисление к системе социальных источников права правотворческой деятельности государства нарушает единство критерия выделения социальных источников. Дело в том, пишет ученый, и с этим следует согласиться, что такие факторы правообразования, как экономика, политика, социальная структура, идеология и психология, нравственность имеют *объективный* характер, складываются спонтанно, под воздействием всей совокупности условий общественной жизни. Работа государства и его органов по возведению государственной воли в закон, несмотря на общую обусловленность социальным бытием, имеет вполне конкретный *субъективный* характер. Она есть творческая, государственно-властная деятельность, характеризующаяся субъективными пристрастиями и возможными ведомственными интересами⁴.

В заключение необходимо подчеркнуть: проблема учета объективных факторов влияния окружающей социальной действительности на стадии правотворчества с учетом их аксиологической составляющей должна получить актуализацию. Характеристика условий, воздействующих на процесс правообразования, позволяет определить «слабые» звенья в механизме правового регулирования и наметить пути повышения эффективности российского законодательства.

Игнорирование социальной природы права непосредственным образом сказывается на качестве законов, приводит к неэффективности функционирования всех элементов правовой системы.

¹ См.: Сорокин В.В. Концепция эволюционного преобразования правовых систем в переходный период. — Барнаул, 2002. — С. 258—259.

² См.: Шебанов А.Ф. Форма советского права. — М., 1968; Мицкевич А.В. Формирование права и правотворчество // Правотворчество в СССР. — М., 1974.

³ Кузнецов И.А. Введение в теорию государства и права. — М., 2002. — С. 84.

⁴ См.: Вопленко Н.Н. Источники и формы права: Учебное пособие. — Волгоград, 2004. — С. 33—34.

В.И. Червонюк

Червонюк Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России

Правообразование, правообразующие интересы, законодательные технологии и техника: проблема взаимосвязей в контексте современной социогуманитарной концепции права

То обстоятельство, что действие права в значительной мере предопределено качеством закона, воспринимаемое в отечественной науке как аксиоматичное, на практике подвергается серьезному испытанию. С одной стороны, переоценка (фетишизация) закона (правового инструментария в целом) ведет к принятию законов применительно к тем сферам, где правовое регулирование либо нежелательно, либо же требует использования иных, более лабильных и менее «централизованных» средств правовой регуляции; с другой стороны, в тех сферах социального регулирования, где позитивное право (законодательство) рассматривается в качестве приоритетного инструмента, нередко принимаются юридически ущербные (дефектные) и, что в особенности нежелательно, социально неприемлемые (неадекватные) законы, действие которых приводит к прямо противоположным заявленным в их установлениях целям. Вопрос о правотворческой технике в этой связи представляется чрезвычайно актуальным и научный поиск решения проблем в рамках заявленной темы научно-практической конференции, несомненно, отвечает реальным потребностям современной юридической практики. Обслуживая процессы «управляемого» правообразования в правотворческой деятельности, юридическая техника действительно способствует созданию качественного нормотворческого «продукта».

Вместе с тем на вопрос о том, существует ли прямая зависимость между правотворческой техникой и качеством «производимого» закона, вряд ли справедливо давать однозначно позитивный ответ. Компетентные оценки качества законодательной деятельности радужными нельзя назвать. Складывается порой впечатление, что законодательная техника используется только в жестких параметрах: для обоснования воли законодательного органа (а эта воля не совпадает с общим интересом и обусловленным им общей волей, которая должна получить выражение в законе).

Так, социологические замеры показали, что около 95% граждан пострадали от проведенной в 1990-х годах приватизации, вследствие чего им нанесен непоправимый моральный и огромный материальный ущерб группой людей, подчинивших государственную власть своим интересам и в этих же интересах осуществивших перераспределение общенациональной собственности. С формально-юридической точки зрения, подобные акции квалифицируются как юридические сделки, которые в соответствии с действующим гражданским законодательством (ст. 181 ГК РФ) и действовавшим на момент заключения сделок Гражданским кодексом РСФСР можно признать ничтожными с возвращением всего полученного в доход государства. Тем самым деформированные законодательством о приватизации интересы подлежали бы коррекции, что в полной мере соответствовало бы природе права как инструмента выражения общего (согласованного) интереса. Однако Федеральным законом от 21 июля 2005 года № 109-ФЗ «О внесении изменений в статью 181 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» вместо 10-летнего введен общий 3-летний срок исковой давности по требованию о применении последствий недействительности ничтожной сделки. Таким образом исключается юридическая возможность оказать влияние на процедуру деприватизации. Очевидно, что данная норма социально имеет узко ориентированную направленность и не отвечает интересам большей части населения.

Еще одним примером социально ущербного закона является Федеральный закон от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», в отношении которого, как отмечалось в Послании Президента РФ 30 ноября 2010 года Федеральному Собранию РФ, «ситуация действительно уже вышла за грань разумного. Заложенные в нем цели, к сожалению, во многом остались декларациями. По самым скромным оценкам, нецелевые расходы, включая и прямое воровство, и «откаты», и просто нецелевые расходы, составляют не менее триллиона рублей». И хотя в Послании была поставлена задача «пора начинать работу над новой редакцией закона о госзакупках — более продуманной и более современной»¹, тем не менее и в Послании Президента РФ от 23 декабря 2011 года было подчеркнуто,

¹ См.: Российская газета. — 2010. — 1 декабря. — С. 5.

что «в первой половине следующего года взамен всеми любимого 94-го закона надо принять федеральный закон, предусматривающий создание федеральной контрактной системы»¹.

Уже давно перестали быть эпизодическими случаи, когда парламент принимает законы в противоречие с общими интересами, имеющими конституционное значение. Так, согласно части 1 статьи 132 Конституции РФ, органам местного самоуправления предоставлено право на установление местных сборов. Однако Федеральным законом от 29 июля 2004 года «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) о налогах и сборах» местные сборы не предусмотрены. Соответственно решения органов местного самоуправления о сборах, даже если они и вполне оправданы, признаются органами прокуратуры на основании приведенных положений налогового законодательства незаконными. Законодательный орган, таким образом, инициативно ввел в правовую систему правонарушающие нормы.

Множеством погрешностей, ущемляющих интересы граждан, избылует действующее избирательное законодательство и законодательство о политических партиях, вследствие чего конституционно гарантированное право граждан избирать и быть избранным подвергается неправовым ограничениям. Это и монопольное право органа законодательной власти на произвольное установление вида избирательной системы, пределов заградительного барьера, условий регистрации политических партий, запрет на создание избирательных блоков, входящее в явное противоречие с положениями статьи 3, составляющей основы конституционного строя России, и статьи 32 Основного закона страны. Чрезмерной властью избирательное законодательство наделяет Центральную избирательную комиссию РФ², что, видимо, дало основание компетентной юридической литературе для вывода о появлении наряду с существующими ветвями власти, обозначенными в статьях 10 и 11 Конституции РФ, и избирательной власти³. Однако при действительно весомых полномочиях Центризбиркома это не дает оснований для его отождествления с «избирательной» властью, которой не в переносном, а в прямом (истинном) смысле слова выступает исключительно собственник, носитель власти, представленный многонациональным народом России или всей совокупностью граждан ее территориальных образований (субъектами РФ и муниципальными образованиями) — народом России; Комиссия же по уполномочию закона призвана представлять и обеспечивать интересы народа.

Примечательно, что, наделяя Центральную избирательную комиссию РФ отдельными правами, законодатель не всегда принимает в расчет даже очевидные конституционно-юридические формальности. Так, статья 84 Конституции РФ устанавливает исключительное право Президента РФ назначать выборы Государственной Думы, а пункт 9 статьи 10 Федерального закона от 12 июня 2002 года № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и часть 3 статьи 6 Федерального закона от 18 мая 2005 года № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» устанавливают такое же право за Центральной избирательной комиссией РФ при условии, что глава государства их не назначает.

Некачественное законодательствование подтверждается явно доминирующим в структуре нового законодательства актов так называемого вторичного образования — законов о внесении изменений в уже ранее принятые законы. Даже самый поверхностный анализ указывает на «пакетные» изменения базовых федеральных законов и среди них — гражданского, налогового и бюджетного кодексов, Кодекса РФ об административных правонарушениях, уголовного и уголовно-процессуального законодательства. К примеру, контент-анализ показал, что в течение 17, 18, 21, 22 и 23 ноября 2011 года Государственная Дума Федерального Собрания РФ приняла 32 федеральных закона, 29 из которых связа-

¹ См.: Послание Президента Федеральному Собранию // Российская газета. — 2011. — 23 декабря. — С. 4.

² Статус ЦИК России таков, что она одновременно наделена и нормотворческими, и правоприменительными, и контрольно-надзорными полномочиями. Центризбирком наделен правом принятия конкретизирующих избирательное законодательство инструкций и иных актов, участия в законодательной деятельности посредством разработки проектов федеральных законов о выборах и референдуме, а равно проектов законов, вносящих изменения и дополнения в действующее законодательство о выборах и референдуме; законодательно Комиссия обладает конституционно-надзорными полномочиями в отношении избирательных законов субъектов РФ. Существенны правоприменительные полномочия ЦИК, которые применимы на разных стадиях избирательного и референдумного процессов. Так, именно ЦИК в соответствии с Федеральным конституционным законом о референдуме РФ определяет правомерность вопросов, вынесенных на референдум. От ЦИК зависит судьба внесенных на регистрацию избирательным объединением списков кандидатов, кандидатов на выборные должности. При этом дискреционный характер предоставляемых законом полномочий очевиден. Обширны контрольно-надзорные полномочия ЦИК, в том числе связанные с применением мер конституционного принуждения (отмена решений избирательных комиссий и их расформирование).

³ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. — М., 2010. — С. 325.

ны с внесением изменений в уже принятое ранее законодательство¹. О явных законодательных просчетах свидетельствует то обстоятельство, что изменяемые законы в момент своего принятия либо внесения в них последних изменений уже содержали так называемые первоначальные пробелы. Так, Федеральный закон от 30 ноября 2011 года № 116-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации», несмотря на то, что в 2011 году трижды подлежал изменениям и дополнениям², по существу, значительно переформатировал упомянутый Закон: включены существенно обновленные или новые статьи об основных понятиях (ст. 2), сформулированы иные цели Закона (ст. 3), законодательные новеллы представлены статьями 6¹, 8¹, 8², новой редакцией главы 5 (ст. 12—21, 32¹)³.

Точно так же на том же заседании претерпел существенные изменения Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов РФ и муниципальных образований»⁴. Характер внесенных изменений свидетельствует о наличии первоначальных пробелов в момент принятия Федерального закона № 6-ФЗ.

Федеральным законом от 14 июля 2011 года № 210-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и в статьи 17 и 223 Арбитражного процессуального кодекса в части установления обязательного банкротства привлекавших денежные средства»⁵ было включено 15 новых статей (ст. 201¹—201¹⁵)⁶, несмотря на то, что в течение 2011 года в АПК РФ дважды вносились изменения отнюдь не технического характера.

В Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции...»⁷ 19 раз вносились изменения (последние в 2011 г.)⁸. Федеральным законом от 18 июня 2011 года № 218-ФЗ в указанный Федеральный закон внесен целый ряд новаций, представленных статьями 1, 9, 14, 16, 23, 23¹ и 23².

О законодательных погрешностях свидетельствует и то обстоятельство, что довольно часто вносимые изменения как раз связаны с тем, что принимая тот или иной законодательный акт, законодательный орган страны не предусмотрел в нем наличие тех норм, которые закрепляют механизм действия данного закона, вдогонку затем достраивая де-юре вступивший в силу, но де-факто не действующий или плохо действующий закон. Так, Федеральным законом от 21 ноября 2011 года № 329-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции»⁹ в действующее банковское законодательство, определяющее статус государственных органов и их должностных лиц, внесен комплекс норм, по объему превышающий первоначальный текст Федерального закона от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции».

Этим же обстоятельством продиктовано внесение упомянутым Законом изменений в Федеральный закон от 17 июля 2009 года № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»¹⁰. Это, в частности, придание принимаемым заключениям обязательного характера в определенных Законом случаях, запрет регистрации актов федеральных органов исполнительной власти, нарушающих права и свободы человека и гражданина, и др.¹¹

Наиболее радикальным преобразованиям подвергается налоговое законодательство. Федеральным законом от 18 июля 2011 года № 227-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты в связи с совершенствованием принципов определения цен для целей налогообложения»¹² в Налоговый кодекс (в 2011 г. трижды подвергался изменениям) включены новые статья 1 и раздел V¹, объединивший главы 14¹ — 14⁶ (ст. 105¹—105²⁵ и ст. 129⁴).

Перечень законодательных погрешностей можно удлинять, но он подтверждает общую тенденцию: федеральная легислатура легко преодолевает конституционно-правовые барьеры и в противоречие с требованиями конституционности императивно устанавливает нормы, существенно ограни-

¹ В принципе, это закономерное поведение российского парламента, о чем свидетельствуют данные статистики. Так, в 2001 году было принято всего 182 федеральных закона, из них 97 актов (53%) — это изменения и дополнения, в 2003 году — 196 и 125 (64) соответственно. В 2004 году — 228 и 155 (68%), в 2005 году — 210 и 148 (71%), в 2006 году — 271 и 196 (72%), в 2007 году — 395 и 287 (73%), в 2008 году — 320 и 184 (58%), в 2009 году — 651 и 373 (58%) (см.: Модернизация правовой системы России: Сборник научных статей / Под общ. ред. Г.В. Мальцева. — М., 2011. — С. 125).

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 27. — Ст. 3880; № 30. — Ст. 4563, 4590.

³ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 44. — Ст. 6543.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 49. — Ст. 7039.

⁵ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 29. — Ст. 4301.

⁶ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 1. — Ст. 4; № 7. — Ст. 905.

⁷ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 30. — Ст. 4566.

⁸ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 29. — Ст. 4301.

⁹ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 48. — Ст. 6730.

¹⁰ См.: Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3609.

¹¹ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 48. — Ст. 6730.

¹² См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 30. — Ст. 4575.

чивающие возможности граждан удовлетворять свои правовые интересы. Сформулированные наукой и апробированные многолетней практикой принципы правотворчества оказываются далеко не востребованными законотворческой практикой, а порой и игнорируются. По-видимому, не единичные случаи, но установившаяся практика федерального органа законодательной власти водить в правовую систему некачественное законодательство указывает на невозможность средствами законодательной техники, пусть даже и отработанными, препятствовать этим действиям. В этой связи все увеличивающееся количество принимаемых законов, ориентация законодательного органа исключительно (или преимущественно) на количественные характеристики законодательства, умножает риск правотворческих просчетов. Тем самым активность законодателя, зачастую расходуя государственную-правовую энергию «вхолостую», лишь усиливает негэнтропийность социально-правовой среды и не способствует позитивному восприятию массовым правосознанием де-юре вводимых в действие законов. Юридически продекларированные, такие законы фактически либо бездействуют, либо, что еще хуже, вызывают «возмущения» правовой среды. Ожидать, что в этих условиях правоприменительная практика приобретет определенную стабильность, крайне сложно. При таких революционных атаках на законодательство невосприятие закона массовым правосознанием, что называется, запрограммировано. Призванная служить активной преобразующей силой, идейной основой законотворческой политики и практики, теоретическая юриспруденция в этой непростой социально-правовой ситуации оказалась в позиции стороннего наблюдателя, чаще всего сокрушаясь своеобразной интерпретацией законодателем принципа научности правотворчества.

Очевидно, что сформулированные в официальных документах задачи модернизации государственного управления¹ непосредственно связаны в том числе с необходимостью рационализации организации и деятельности законодательной власти. Это системная задача, научное сопровождение которой призвана решать юридическая наука в целом. Общетеоретическое решение отмеченной проблемы, как представляется, видится в том, чтобы предложить практике такую модель правообразования (действия позитивного права) в существующих социально-правовых условиях, которая связала бы законодательные органы необходимостью всякий раз при проявлении правотворческой энергии действовать в строгих, заданных наукой и апробированных практикой методологических ориентирах, выход за пределы которых либо их игнорирование со всей очевидностью свидетельствовали бы о неконституционном поведении законодателя, влекущем вполне конкретные конституционно-правовые последствия. При этом прагматизм и ценность предложенной модели действия позитивного права в сложившихся социально-правовых условиях, думается, должны быть подчинены главной идее: функционирование органов законодательной власти федерального и регионального уровней приобретает действительный конституционный смысл при условии, если их деятельность и принимаемые законы соответствуют природе права, принципам конституционного строя, правам, свободам и приоритетам человеческой личности, связаны волей носителя и первоисточника власти, персонифицируемого Основным законом страны с многонациональным народом России.

Безусловно, что основу предлагаемого проекта должна составить отвечающая определенным критериям концепция современного правопонимания. Не углубляясь в проблему специального анализа сложившихся в современном отечественном правоведении теоретических подходов в вопросе общего понятия права, подчеркнем главное: предлагаемая концепция правопонимания призвана отвечать по меньшей мере двум базовым требованиям, позволяющим однозначно давать оценку принимаемым законам на предмет соответствия их природе права, связанности принципами конституционного строя, правами и интересами человека и гражданина. Она, как представляется, должна иметь, во-первых, гуманистическое содержание, означающее, что эталоном права учреждаемых законом норм (равно как и выносимых правоприменительными органами индивидуально-правовых решений) являются права и свободы, приоритеты и ценности человеческой личности; во-вторых, социальное основание, предполагающее, что вводимый в правовую систему закон как особая юридическая форма выражения права должен адекватно отображать многообразные социальные интересы, закрепляя в своих установлениях их действительную структуру и конституционный баланс. Таким образом, социогуманитарный подход должен составить основу предлагаемого правопонимания.

Таким образом, науке важно предложить такую модель правопонимания, которая бы связала законодательный орган необходимостью всякий раз при проявлении правотворческой энергии действовать в строгих методологических параметрах. Эта связанность законодателя отмеченными методологическими установками в свою очередь подчинена более общему требованию, имеющему в современных условиях конституционное значение: связанности публичной власти правом, правами и свободами, в конечном счете волей носителя и первоисточника власти.

С учетом отмеченного, представляется, что в проектируемой модели правообразования должны получить отражение группы вопросов следующего характера: (1) обоснование первоосновы права,

¹ См.: *Медведев Д.А.* Правовое государство: становление правового государства: выступления, статьи, документы: В 3 т. — М., 2010. — Т. 1.

его сущностной доминанты; (2) теоретическая конструкция правопонимания, его формула и очевидные преимущества, прежде всего соответствие концептуальных установок предлагаемого правопонимания гуманистическим предположениям о месте человека в системе общественных отношений и его социальным ожиданиям (производным, но важным в рассматриваемом контексте является вопрос о возможности операционализации основных концептов и главной идеи правопонимания в предметной законодательной деятельности); (3) технологии нормативного выражения права в законе, которые должны быть представлены в законодательной деятельности, исходя из предложенной концепции правопонимания; (4) способность концептуальных установок предлагаемого правопонимания и основанных на них технологий конструирования права в законе выступать методологическим ориентиром организации законодательной власти. Принципиально важен в этой связи вопрос о конструировании законодательной деятельности таким образом, чтобы формулируемая в принимаемых законах воля законодательного органа власти (законодательная воля) была производной от главных постулатов правопонимания и тем самым совпадала с так называемой общей волей.

Таким образом, с теоретико-методологических позиций выстраиваемая конструкция правообразования (действующего права) структурно охватывает несколько аспектов, каждый из которых можно квалифицировать как: 1) метаюридический; 2) философско-юридический; 3) специально-юридический (преимущественно технолого-юридический); 4) организационно-юридический (конституционно-правовой). Соответственно, первые два аспекта отображают сущностно-понятийный характер рассматриваемой модели, а последние два — прикладной.

Предваряя рассмотрение отмеченных аспектов, подчеркнем несколько сущностных характеристик, касающихся феномена правообразования.

В широком, философско-социологическом значении понятия «правообразование» и «правотворчество» являются идентичными. В специально-юридическом, или собственном смысле слова, каждое из этих понятий имеет отличное от другого содержание, специфические признаки и назначение. Правообразование в указанном смысле есть социально обусловленный процесс формирования (фактического образования) права, складывающийся под влиянием комплекса разнородных причин объективного и субъективного характера. Это «процесс фактического складывания и признания тех или иных общественных отношений и взаимосвязей людей и их объединений в качестве «нормальных» и «правильных» (с точки зрения господствующих в данном обществе материальных жизненных отношений и соответствующих им идей, ценностей и т. п.), процесс социально-исторического формирования общих критериев, правил, масштабов, образцов и стандартов этой «нормальности» и «правильности» и в конечном счете их кристаллизация в соответствующие нормы поведения, действия и взаимоотношения людей. Правообразование с указанной точки зрения «есть процесс становления права как формы» (В.С. Нерсисянц). Это объективная сторона правообразования. Правообразование, можно сказать, в этом смысле есть создание правовых норм помимо участия законодателя; это стихийная деятельность социального субъекта, в процессе которой формирующийся правообразующий интерес находит выражение в фактических правовых нормах (то есть нормах, которые по своим объективным характеристикам уже приобрели правовую окраску, нормативность, но еще не получили государственно-правового признания и в силу этого не обладают свойством формально-юридической определенности).

В отечественной юридической литературе длительное время правотворчество рассматривалось основным правообразующим институтом, хотя влияние различных объективных факторов на формирование права не отрицалось. Такой подход не позволяет выяснить истинную роль государства в формировании права, в значительной мере если не игнорирует, то, как представляется, недооценивает объективную природу этого процесса. С точки зрения данного подхода, объективная природа формирования права (правогенеза) не отрицается, но определяющее значение отводится субъективному фактору — деятельности специализированных органов государства по созданию норм права, то есть правотворчеству; создание права поэтому носит сознательно-волевой, управляемый со стороны государства характер. Государство признается главным производителем права, оно в буквальном смысле «творит право», выступает источником права; при таком подходе за ним (государством) признается монополия на производство права, определение его содержания, структуры. Однако формирование права специализированной деятельностью государства лишь видимая («надводная») часть айсберга. Глубинная же сущность формирования права скрыта. В действительности единственным и главным производителем права является общество. Общество, образно говоря, является матерью права (В.В. Лазарев). Категория «правообразование» («правотворчество» в его широком понимании) как раз и позволяет охватить и целенаправленный процесс создания права, и эту «невидимую» часть формирования права. В историко-генетическом плане право возникает как следствие коренных изменений, происшедших в обществе, в его экономическом и политическом строе, в культуре, традициях, ментальности, поведении и деятельности людей.

Таким образом, в формировании права выделяются два относительно автономных, специфических процесса: во-первых, объективный процесс формирования права и, во-вторых, формальный

процесс создания права, связанный с правотворческой (нормотворческой или нормоустановительской) деятельностью государства. Можно сказать, что в первом случае речь идет о спонтанном, стихийном правотворчестве, а во втором — о «сознательном, планомерном» или «управляемом» правообразовании. В представленном материале речь идет преимущественно о модели «управляемого» правообразования.

1. *Метаюридический аспект рассматриваемой конструкции обусловлен взаимосвязью интересов и права и правообразующей ролью интересов*¹. Такая исходная посылка обусловлена тем, что право и интересы имеют генетические корни, одинаково нуждаясь друг в друге. При этом методологическое значение интереса для сущностного понимания права, равно как и объяснения природы правообразования и действия права заключены собственно в свойствах самих интересов, к которым, как показывает исследование проблемы, могут быть отнесены:

во-первых, *объективно-субъективная природа интереса*, указывающая на наличие в его структуре таких элементов, как: социальное положение субъекта интереса или совокупность его фактических связей с обществом; степень осознания субъектом своего положения в обществе: идеальные побудительные силы или мотив деятельности, направленные на вполне определенные объекты интереса; само действие субъекта в социальной среде обитания². Соответственно выявление, учет и адекватное отображение специфических интересов в законе ставит правотворческий орган перед необходимостью решения по меньшей мере следующих задач: (1) определение фактического и юридического статуса носителя интереса, его места и роли в системе общественных отношений и места в социальной иерархии общества; (2) уяснение характера осознания субъектом этого места в социальной иерархии, а также причин, мотивации, направленности действий носителя интересов на определенные объекты; (3) фиксирование характера деятельности, поведения носителя интересов, изучение его связей, отношений, складывающихся в результате такой деятельности и поведения. Решение этих задач позволяет законодателю выявить те объективно сложившиеся нормы (как результат возникшего стремления субъектов удовлетворить, реализовать свои интересы), которые требуют юридического признания;

во-вторых, *динамизм интересов, их подвижность и изменчивость*, предопределяющих динамизм и изменчивость (эволюцию) права. Законодатель поэтому вынужден выстраивать систему законодательства с учетом этого свойства интересов;

в-третьих, *противоречивость интереса*, выражающаяся в единстве противоположных сторон: необходимости удовлетворения потребностей субъекта и возможностей их удовлетворения, лежащих за пределами простой деятельности, вынуждающих субъекта своей активностью разрешать сложившееся противоречие³. Противоречивость указывает на то, что отдельно взятый интерес относительно автономен, противостоит другим интересам и находится с ними в противоборстве. Для законодателя важно знать о сторонах этого противоречия, чтобы дать возможность социально значимому интересу развиваться и соответственно ограничивать действие неправового интереса, а равно неправовых форм его реализации;

в-четвертых, *сочетаемость интереса*, несмотря на его противоречивость, стремление к обособлению и даже «враждебность» по отношению к другим одинаковым интересам (конкуренция). Наличие у интереса свойства сочетаемости с другими интересами объясняется тем, что предмет удовлетворения потребности субъекта лежит за пределами его непосредственной импульсивной досягаемости. Вступая в противоречие, интерес «вынужден» одновременно искать пути к сочетанию с другими инте-

¹ В вопросе о том, что является основной движущей силой, причиной правообразования нет единого мнения. Р. Иеринг таковой считал цель, которая «есть основное начало права». По Иерингу, «одно из двух: мировым движением должна являться либо причина, либо цель. ...Из цели может исходить закон причинной связи, но не наоборот» (*Иеринг Р. Цель в праве.* — Ярославль, 1888. — С. 2). Н.М. Коркунов исходил из того, что движущую роль в механизме правообразования выполняет сознание (*Коркунов В.Н. Лекции по общей теории права.* — 8-е изд. — СПб., 1912).

В современной западной юриспруденции распространенным является взгляд, согласно которому правообразование начинается с правовой идеи. В новейшей отечественной литературе такой подход не является исключением. Однако и цель, и сознание, равно как и правовая идея, — явления субъективного порядка, и об их правообразующей роли можно говорить лишь применительно к формированию позитивного права, то есть сфере нормотворчества государства. С этой точки зрения правообразование предстает перед нами исключительно как целенаправленный процесс. С позиции такого понимания основного движущего механизма правообразования различие между правообразованием и правотворчеством утрачивает свое значение. Подобная критика относится и к так называемой феноменологической школе права и ее разновидности — «коммуникативной теории», развиваемой в отечественной литературе. Различие состоит лишь в том, что в данном случае в качестве основного правообразовательного фактора сторонники этих взглядов выдвигают общение, коммуникацию, также имеющих преимущественно субъективное происхождение (хотя и не лишены полностью объективного основания).

² См.: *Здравомыслов А.Г.* Проблема интереса в социологической теории. — Л., 1974. — С. 29; *Здравомыслов А.Г.* Социология конфликта. — СПб., 1996. — С. 123.

³ См.: *Сиренко В.Ф.* Интересы — власть — управление. — Киев, 1991. — С. 9, 25.

ресами и таким образом, уступая, достигать цели¹. Вследствие совпадения (сочетаемости) интересов становится возможной «социальная кооперация»²;

в-пятых, *взаимосвязь, взаимопроникновение с другими интересами*. Данное свойство порождает взаимосвязь, разнообразные коммуникативные связи между носителями интересов. Для законодателя это свойство интереса позволяет соответственно к объективно существующим связям интересов применять технологии согласования и таким образом закреплять в едином законодательном акте, казалось бы, разнонаправленные интересы, тем самым исключая или сводя к минимуму возможность противопоставления различных интересов, законодательного ущемления одних и неоправданного поощрения иных специфических интересов. Кроме того, как справедливо замечено (В.В. Степанян), отмеченное свойство интереса имеет и собственно специально юридическое правотворческое значение: позволяет принимать широкомасштабные законодательные акты (к примеру, консолидированные, кодифицированные, комплексные и т. д.);

в-шестых, *способность интереса к формированию, выражению и реализации*. Формирование интереса есть реакция его субъекта на возникшую потребность и связанную с этим необходимость ее удовлетворения. Интерес, после того как он сформирован, «заявляет» о себе тем, что он проявляется в правосознании (правовой идеологии и правовой психологии), в политике, праве, деятельности людей. Способность интереса к реализации означает, что интерес объединяется с волей социального субъекта, выступает в качестве мотива и детерминанты его поведения и деятельности. Применительно к правотворческой сфере это означает, что законодатель должен использовать такие формы и механизмы опосредствования (законодательного закрепления) интереса, которые бы в максимальной степени содействовали реализации правообразующих интересов;

в-седьмых, *органичная связь интереса с правом*. Это свойство является своего рода интегративным, оно вытекает из противоречивости интересов, его способности к отображению и выражению и др. Данное свойство означает, что, с одной стороны, интересы зависят от права, власти (управления), постоянно испытывают управляющее, регулирующее воздействие³. Конечно, границы управляющего воздействия права вполне обозримы, и они определяются свойствами самих же интересов. С другой стороны, связь права и интересов проявляется в том, что право оказывается зависимым от системы господствующих интересов и в этом смысле, испытывая воздействие интересов, формируется и изменяется под их влиянием. При этом сила и характер влияния интересов на действующую систему права напрямую связаны с состоянием развитости институтов гражданского общества, с возможностью через разнообразные институты непосредственной и представительной демократии влиять на волю законодателя, признание им специфических интересов в качестве всеобщих, то есть юридически признанных и защищенных государственной системой.

Интересы порождают, формируют право и отражаются в нем. При этом право всегда и во всем следует за интересом, но оно не является, как считал И. Кант, продуктом существующей среды «постоянных антагонизмов»⁴. Основываясь на ранее сформулированном подходе⁵, полагаю, что появление права, вслед за возникающими интересами, необходимо не только для того, чтобы обеспечить их бесконфликтное развитие, но прежде всего для того, чтобы они могли быть реализованными. Интерес главным образом и возникает для того, чтобы быть удовлетворенным. Право, можно сказать, создает ему такое пространство, при котором его реализация оказывается объективно возможной. Интересам, которые входят в конфликт с правовой природой вещей (не обладают свойствами общего или согласованного интереса), право ставит юридические барьеры. Соответственно, с момента своего возникновения право обусловлено необходимостью осуществления особого рода функции — упорядочения несовпадающих социальных интересов, создания благоприятных условий для их реализации. Отсюда представляется научно состоятельным выведение Л. Дюги формулы генезиса права из необходимости обеспечения общих (солидарных) интересов⁶. Интерес в этом смысле есть тот эмбрион, из которого, собственно, и вырастает право.

¹ См.: *Сиренко В.Ф.* Интересы — власть — управление. — Киев, 1991. — С. 9.

² См.: *Роулз Дж.* Теория справедливости. — Новосибирск, 1995. — С. 20.

³ *Сиренко В.Ф.* Интересы — власть — управление. — Киев, 1991. — С. 24.

⁴ См.: *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. — М., 1994. — Т. 1. — С. 86. Как в историко-правовой мысли, так и в современной обществоведческой литературе господствующее мнение исходит из того, что воспроизводство интересов порождено исключительно противодействующими силами, в буквальном смысле вырастает исключительно из «конфликтной среды». Эта посылка в одинаковой мере характерна как для представителей юридической антропологии (*Рулан Н.* Юридическая антропология: Учебник для вузов / Пер. с фр.; Отв. ред. В.С. Нерсисянц. — М., 2000. — С. 63—66, 144 и след.), так и для сторонников аналитической юриспруденции (см., например: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — С. 157—158).

⁵ См.: *Гойман (Червонюк) В.И.* Действие права. Методологический анализ. — М., 1992. — С. 76 и след. Сформулированный подход к пониманию генезиса права получил развитие в интересной монографии В.В. Трофимова (см.: *Трофимов В.В.* Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект / Под ред. Н.А. Придворова. — Саратов, 2009).

⁶ См.: *Дюги Л.* Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. — М., 1909. — С. 24 и др.

Основу права, доминанту его формирования и развития при этом составляют не все, а только те из них, которые обладают особыми свойствами, совокупность которых позволяет квалифицировать такие интересы как правообразующие¹. Признание интереса основным правообразующим фактором базируется и на той методологической посылке, что самым активным фактором правообразования выступает человек — носитель интереса. «Человек, — как утверждает американский теоретик права Дж. Холл в работе «Живое право демократического общества», — это нормосозидающее, нормоисполняющее существо»². «Интересы (материальные и духовные), а не идеи непосредственно господствуют над деятельностью людей...»³. Формирование и развитие социально значимых правообразующих интересов совпадает с процессами формирования и развития права. Право с этой точки зрения возникает постольку, поскольку оно способно согласовать возникшие интересы, выступить выразителем конкурирующих, противоборствующих интересов, формой их признания, разграничения и защиты⁴. Как абстрактно-правовая конструкция выражения общего интереса всех субъектов в регулируемой сфере общественной жизни правообразующий интерес — это такой общий интерес, в рамках которого различные (личные, групповые, коллективные и другие специфические) интересы субъектов социальной жизни могут быть учтены и согласованы в аспекте одинаково справедливой для всех общеправовой позиции. В формально-правовом смысле согласованный интерес — это обобщенно типовая конструкция интереса, в которой уравновешены противоборствующие интересы, а равновеликие (совпадающие) получили в формально-юридическом смысле эквивалентно равное (с точки зрения формального равенства), одинаковое выражение (юридическую силу, механизмы реализации и правовой охраны) и пр.⁵

Следовательно, то пространство, в рамках которого различные социальные интересы могут быть согласованы и реализованы по общей для них правовой норме, и есть пространство правообразующего интереса. Задача законодателя — выявить это пространство правообразующего интереса и очертить его с помощью общезначимой и общеобязательной правовой нормы.

Роль интересов в механизме правообразования не ограничивается тем, что они выполняют функцию «пускового механизма» правового регулирования. Интересы определяют содержание права, его структуру, характер формирующихся правовых режимов в тех или иных сферах общественной жизни.

Если интересы лежат в основе правового регулирования⁶ или шире — формирования правовых общностей, то можно предположить, что структура правового регулирования подчинена этим интересам: интересы порождают нормы, группе однородных интересов соответствуют институты, подотрасли, отрасли права и более крупные нормативно-правовые образования: очевидно, что публично-правовой и частноправовой характер интереса является основанием деления права на публичное и частное. Характер взаимосвязи интересов и права таков, что именно интересы определяют вы-

¹ Это такие интересы, которые: во-первых, по своим свойствам объективно должны находить отражение в праве — интересы социально типичные, массовидные, проявляющиеся или имеющие устойчивую тенденцию к проявлению (формированию и реализации) и получающие вследствие этого выражение в деятельности, общественных отношениях (правоотношениях). Их носителями выступают не отдельные индивиды, а множество социальных субъектов; во-вторых, не могут быть реализованы без привлечения правовых средств. Правовой инструментарий необходим для того, чтобы цивилизованным путем обеспечить взаимодействие, а равно разрешить противоречия конкурирующих интересов, разграничив их в нормах права и тем самым ограничить распространение одних и стимулировать реализацию, обеспечить охрану и защиту других интересов; в-третьих, для законодателя правообразующим (нормообразующим) является интерес, «представляющий собой результат согласования интересов различных участников общественных отношений» (В.В. Лапаева).

² Hall. G. Living Law of Democratic Society. — N. Y., 1947. — P. 48, 97—98.

³ Вебер М. Хозяйственная этика мировых религий // Макс Вебер. Избранное. Образ общества. — М., 1994. — С. 55.

⁴ Немецкий правовед Филипп Гек вслед за Иерингом признает интересы как основу законодательства (*Heck Ph. The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests // The Jurisprudence of Interests Cambridge-Massachusetts, 1948. — P. 131*).

⁵ См.: Лапаева В.В. Социология права / Под ред. В.С. Нерсисянца. — М., 2004. — С. 173—174.

⁶ Интересы легко укладываются в схему известных методов правового регулирования. В сравнении с отношениями интерес более конкретный, а значит, и более точный объект правотворчества; отношения же — это форма, через которую реализуется свойство зависимости интереса.

Признание интереса предметом регулирования принципиально важно для учета субъективного, личностного фактора в механизме воздействия права на поведение человека. При этом объектом регулирования в этом случае становятся недоступные при традиционном подходе мыслительная деятельность и другие психические процессы, которые присутствуя в целях, мотивах и воле субъекта (субъективных характеристиках интереса) не являются индифферентными праву, выполняя своего рода функции предрегуляции в механизме правового воздействия.

Интересы хорошо уживаются с нормами права, которые по отношению к интересам одновременно выступают формой государственного познания, источником их выражения, закрепления и формой существования, специфическим средством охраны и развития (В.В. Степанян). Обоснование интересов в качестве предмета правового регулирования см.: Червонюк В.И. Теория государства и права: Учебник. — М., 2009; Червонюк В.И. Конституционное право зарубежных стран: Курс лекций: В 10 вып. — М., 2008. — Вып. I: Введение в конституционное право. — Ч. I.

бор средств (методов и правовых режимов) правовой регуляции; необходимость выражения в праве равной меры, баланса интересов вызвала к жизни появление такого инновационного метода правового регулирования, как метод согласования интересов.

Таким образом, если право стремится к тому, чтобы его регулятивный потенциал не сводился исключительно к формам принудительного обеспечения тех или иных поведенческих актов людей, оно должно быть воплощением жизненно важных интересов, реализация которых имеет объективную основу. В ином случае, как верно замечено, право рискует превратиться в абстрактно умозрительный регулятор, никак не связанный с реальной жизнью. Принимая законы (иные правотворческие решения), правотворческий орган должен сознавать, что он тем самым и главным образом узаконивает (легализует) фактически существующий интерес, предоставляя ему статус всеобщего, официально признанного и обеспеченного государственной защитой, выражая его в собственно юридической форме — субъективном праве одних носителей интересов и юридических обязанностях других. Соответственно, и правоприменительный орган, применяя норму закона, должен сознавать, что он таким образом создает юридическую возможность для реализации фактического интереса носителя субъективного права. Преследование правоприменителем иной цели входит в противоречие с природой права, выступающего юридической формой, содержанием которого выступает конкретный интерес. Современный тип (теоретическая конструкция) правопонимания и соответствующая ему модель организации законодательной деятельности не могут отвлекаться от этих закономерностей взаимосвязи права и интересов.

2. Философско-юридический аспект представлен конструируемым типом правопонимания, выраженным социогуманитарной концепцией права.

В основу социогуманитарного контекста права положена идея о неразрывной связи интересов и права. Интерес есть субстанция права; право призвано оформлять его в своих установлениях, закреплять механизмы защиты и реализации. При этом не всякий, а только согласованный интерес может быть принят за первооснову права. С позиции предельного уровня обобщения (философско-правового подхода), отстаиваемая концепция может быть выражена формулой: право есть согласованный интерес; право — это нормативно признанный согласованный интерес. Операционализация этой формулы на специально-юридическом уровне предполагает ее уточнение. С этой точки зрения, согласованные интересы — это интересы, которые: а) как правило, требуют государственного признания (обеспечения, степень которого может быть различной); б) обязательного придания им юридической формы (причем не только субъективного права и «законного интереса»)¹; в) отвечают «правовой природе вещей», воплощают в себе приоритеты и ценности человеческой личности, ее социальные ожидания и гуманистический потенциал (идеи свободы, правового равенства, и др.); г) отражают баланс публично-правового и частноправового, пределы государственных притязаний и вместе с тем их соразмерность гарантируемым правам и свободам человека и гражданина. Право, с точки зрения отстаиваемого подхода, есть закрепленное в законе, признанное в ином его источнике согласие социальных сил по поводу отстаиваемых ими социальных ценностей, приоритетов, требований, благ. В этом смысле закон, как основной «продукт» законотворческой деятельности, действительно способен выступать на стороне всеобщих (общих для всех) интересов, инструментом согласования правовых позиций самых разных социальных сил, солидаризуя тем самым общество и обеспечивая в нем социальный мир и порядок.

Преимущества отстаиваемого типа правопонимания видятся в следующем.

В современном стратифицированном обществе право, претендуя на роль общесоциального регулятора, что называется «по определению» объективно призвано отображать согласованный интерес,

¹ Как показывает изучение проблемы, диапазон юридических форм выражения интересов достаточно широк. Кроме отмеченных форм, это может быть: а) наделение лица общей или специальной правоспособностью; б) закрепление в законодательстве терминологии, указывающей на соответствующий вид интереса: «национальные интересы», «публичные интересы» и т. д., что само по себе создает благоприятные юридические возможности для удовлетворения таких интересов. Легализуя соответствующий вид интереса, законодатель тем самым персонализирует их с соответствующим субъектом, статус которого уже сам по себе выступает формой (способом) реализации интереса; г) выражение интереса в законе посредством использования конструкции законной презумпции; д) в форме специфического правового состояния носителя интереса — некоей середины между правомочием и простым дозволением. Когда норма устанавливает обязанность для осуществления интереса одного, это всегда более или менее отражается на интересах других. Это фактическая возможность пользоваться случайными последствиями осуществления установленного права в истории правовой мысли обозначалась как рефлексивное действие права (Р. Иеринг).

Это также так называемый затрагиваемый интерес, на который прямо указывается в законодательстве, который не вполне точно обозначают отраслевым вариантом общетеоретической категории законного интереса. Юридически значимая форма признания интереса — судебная практика, включая деятельность специализированных органов конституционного контроля; сюда же следует отнести акты судебного толкования, обобщения судебной практики, вырабатываемые высшими судебными инстанциями страны правоположения, в которых в той или иной форме выражено отношение (сформулирована правовая позиция) относительно тех или иных интересов.

баланс социальных интересов. Игнорирование этого важнейшего требования в законодательной деятельности приводит на практике к тому, что право не только не достигает желаемого результата, но превращается в свою противоположность, не снимает социальную напряженность, а способствует ее усилению, порождая социальные конфликты (ситуация с законодательством «о монетизации льгот» лишним раз подтвердила это). Законодательство в этом случае вступает в противоречие с «правовой природой вещей», действует со знаком минус.

Следовательно, в условиях заметно выраженной конфронтации в обществе, сильной социальной поляризации социогуманитарный контекст правопонимания может оказывать определенное мотивационное воздействие на законодателя, побуждая его решать задачу адекватного выражения в законе разнообразных интересов. Законодательство, юридические средства в целом, адекватные многообразию господствующих в обществе интересов, несомненно, повышают ценность и социальную значимость правовых регуляторов, их потенциал в урегулировании общественных связей, в наиболее полном удовлетворении интересов и потребностей как отдельной личности, так и общностей людей.

Симптоматична в этой связи эволюция сторонников так называемой либертарной концепции права. Если ранее они однозначно отстаивали понимание права исключительно с позиции либерализма, то работы последних лет наиболее авторитетного их представителя свидетельствуют о попытке симбиоза в праве либерального подхода с идеей справедливости. Рационализм такого подхода в свете событий последних лет, происходящих в отдельных странах Европы, Средней и Западной Азии, становится все более очевидным.

Отстаиваемый тип правопонимания содержит в себе значительный гуманитарный потенциал. Позитивное право, выражающее согласованные интересы, позволяет наполнить реальным содержанием провозглашенные Конституцией страны права человека и гражданина, соотнести право с приоритетами и ценностями отдельной личности, общества в целом и воплотить в своих установлениях идеи добра, справедливости, выступить мощным средством социальной адаптации в изменившихся условиях. Признание правопонимания в социогуманитарном контексте позволяет использовать то ценное, что было накоплено отечественной правовой мыслью в этой области, придать современному правопониманию диктуемый временем необходимый прагматизм, социальную направленность, увязать в праве либеральные ценности с результативностью, действительной социальной востребованностью. С рассматриваемых позиций отстаиваемая концепция является предметным выражением интегративного правопонимания; без придания такой предметности интегративный подход, как представляется, утрачивает свое значение¹.

Гуманизация и социализация правопонимания (социогуманитарная идея права) в полной мере согласуется с концепцией и практикой истинно демократического государства: общесоциальные институты призваны выявлять, отображать в законе общие (согласованные) интересы и через государственные институты обеспечивать условия для их удовлетворения. Способность государства выступать инструментом защиты общих (согласованных) интересов является показателем его демократизма, эффективности и социальной полезности. Государство, в контексте данной парадигмы, призвано всеми своими средствами и механизмами служить целям солидаризации общества, противостоять его конфликтности и через механизмы законодательной власти выражать достигнутое согласие в законодательстве. Государство, таким образом, служит общему (согласованному) интересу, а право выступает формой его общесоциальной (всеобщей) формой и способом выражения. Таким образом предполагается концептуальное единство государства и права как взаимодействующих феноменов: право — аккумулирует, представляет общий, всеобщий согласованный интерес; государство — публичная организация власти — обеспечивает реализацию, правовую охрану и защиту таких интересов. Этой концептуальной схеме в принципе должна соответствовать структура государства, стиль поведения и содержание деятельности персонала. В контексте данного правопонимания очевидна квалификация не только коррупционного, неконституционного поведения публичных властей и публичных должностных лиц, но и их действия в конфликте интересов, принявшие в сфере публичной власти массовый характер.

Идея права — не пожелание, но методологический ориентир, который не может быть проигнорирован законодательной властью. Теоретические концепции должны одновременно проходить апробацию в практике и выступать ее научной основой, оценочным критерием качества принятого закона даже в том случае, когда законодательный орган по каким-то причинам не считается с доктриной права, принимая такой закон. Отсюда ценность социогуманитарной теории в ее верифицируемости, соизмеримости с практикой. Идея согласования интересов, таким образом, выступает своеобразным превентивно-защитным механизмом против применения в законодательной деятельности технологий, направленных на умаление интересов (прав) граждан. Соотнесение такого закона с критерием

¹ Обоснование интегративной методологии правопонимания подробнее см. *Гойман (Червонюк) В.И.* Действие права. Методологический анализ. — М., 1992. — С. 30 и след.

его адекватности согласованному интересу указывает на его (закона) дефектность, а следовательно, и несостоятельность.

Социогуманитарная идея, несомненно, оказывает влияние на стратегию законотворчества, законодательную политику. В аспекте концепции права как нормативно согласованного интереса должна формироваться современная парадигма законотворчества. Ее основа, исходный и основополагающий пункт — положение о том, что признанными правом (всеобщими) становятся лишь те интересы, которые объективно, обладая свойствами общего (правообразующего) интереса, посредством политико-правовых механизмов, технико-юридических средств и законодательных технологий согласования получают выражение в праве. Из этого вытекает второе не менее важное требование: формирование законодательной конструкции общего или согласованного интереса возможно при условии прямого или опосредованного соучастия в законодательной деятельности носителей согласуемых интересов (через институты референдума, общественного мнения, всенародных обсуждений законопроектов, независимой социальной экспертизы, разнообразные формы гражданских инициатив, а равно формирования политических партий, способных реально выступать ретрансляторами социальных ожиданий разных групп людей в отвечающие этим ожиданиям законодательные решения).

Общее понятие права, чтобы не выступать лишь предметом спора для узкого круга специалистов, должно иметь прямые и непосредственные выходы на юридическую практику, в буквальном смысле быть «встроенным» в реальную правовую жизнь и в этой связи способным выступать критерием соотносительности действующего законодательства (позитивного права) с общественными ожиданиями, приоритетами, ценностями и интересами людей — отдельной личности, социальной общности, общества в целом. Отражая существующую реальность через отражение в своей нормативной структуре реально существующих интересов, право в этом качестве из документально зафиксированного нормативного текста становится «достоянием» индивидуальной и общественной психики, воспринимается индивидуальным и массовым правосознанием как то, без чего невозможна организация собственного поведения в жизненно важных ситуациях. Трансформируясь из «духа» (смысла) и «буквы» закона в действующий участник регулируемых отношений, право становится «живым», совместимым с реальной жизнью. Очевидно, что в этом случае замечание Канта о том, что юридические науки не отвечают на вопрос «quid ius»? (что должно пониматься ... под правом), а лишь дают ответ на вопрос «quid juris»? (что было установлено в виде права определенной системой), получает выход из логически замкнутого круга. С указанных позиций то, «что было установлено в виде права», как раз и «должно пониматься под правом».

Очевиден прагматизм данной теории. И естественно-правовая концепция, отвечающая гуманистической природе, и нормативный подход, отвечающий критериям специально-юридической теории, выражаясь языком формально-логических понятий, являются абстракциями высокого (философско-юридического) уровня обобщения. Руководствоваться такой идеологемой законодателю в законотворческой деятельности крайне сложно. Вместе с тем, каждый раз, принимая закон, законодатель дискреционно решает, что является правом, а что не подлежит возведению в закон. При этом вопрос о том, каковы критерии такого решения, остается открытым. Социогуманитарная концепция в этом смысле оказывается в известной степени и абстрактной, и в то же время конкретной формулой права. Очевидно, что всякий раз правотворческий орган, прежде чем сформулировать законодательную норму, обязан найти и выразить в ней модель согласованных интересов взаимодействующих (конкурирующих) субъектов.

Конечно, добиться ситуации, при которой каждый из принимаемых законов соответствовал бы идее права, понимаемой как нормативно признанный согласованный интерес, непросто, но это тот правовой идеал, который является в то же время его (законодателя) и конкретной задачей, достижимой в осуществляемой им законодательной деятельности¹. Понятно, чтобы данная идея воплотилась в конституционную реальность, нужны юридические механизмы и специальные институты, посредством которых конструкция «законодательная воля» («государственная воля») была воплощением общего (согласованного) интереса.

¹ Очевидно, что социогуманитарная идея права длительное время оставалась, а для целой группы стран и в современных условиях остается не конституционной реальностью, а теоретической конструкцией. Для ее воплощения в правовую действительность требуется ряд взаимосвязанных условий: особый, основанный на общественном согласии, тип конституционного устройства; формирование так называемой консенсуальной демократии (предполагающей в том числе эффективно работающие механизмы реализации интересов меньшинства); совместимость социальной и политической структур общества и как следствие этого формирование высшего представительного органа страны с высоко репрезентативной представительностью; настрой правовой системы и государственного механизма работать в режиме согласования интересов; высокая правовая культура законодательного (представительного) органа государственной власти, его оснащенность современными технологиями согласования интересов; формирование государства как публично-правовой организации общества, представляющей общие интересы и реализующей их в практической государственной политике.

3. Сами по себе идеи, какими бы привлекательными они не выглядели, истинную ценность приобретают в том случае, если они реализованы. Идея права, его социогуманитарный контекст, оказываются работающими лишь при условии оснащенности современными и эффективными правотворческими технологиями. Соответственно, *специально-юридический контекст анализируемой модели представлен такой разновидностью современных законодательных технологий, как технологии согласования интересов*¹.

Потребность в применении технологий согласования в правовом регулировании объективно предопределена: интересы зависимы, и это обстоятельство надлежит учитывать законодателю, конструируя в нормах права модели взаимодействий социальных субъектов; несовпадение (расхождение) интересов — это императив для законодателя относительно того, что правовое урегулирование возможно только на основе технологий согласования. При неадекватной конструкции норм права конфликт (столкновение) интересов в них, что называется, запрограммирован. Кроме того, что очень важно, необходимость введения в механизм правового регулирования технологий согласования в том числе объясняется высокой конфликтностью регулируемых правом отношений, принимающих часто характер противоречия.

Применение в законодательной деятельности технологий согласования имеет существенные особенности, в том числе связанные с привлечением, наряду с традиционными, принципиально новых, инновационных средств правовой регуляции. К их числу относится метод согласования интересов².

Составной частью технологий согласования интересов в законодательной деятельности является вопрос о «балансе интересов» как результате применения данных технологий, принципах их конструирования, структуре представляемых в законе интересов и пр.³ Практически не изученное в специальной литературе и не сводимое исключительно к предмету общей юриспруденции понятие баланса интересов требует привлечения внимания научной общественности к этой, безусловно, важнейшей в социально-правовом отношении проблеме⁴.

4. *Организационно-правовой аспект (или конституционно-правовая составляющая)* предлагаемой модели связан с необходимостью модернизации законодательной деятельности в контексте ба-

¹ Специальный анализ данной проблемы представлен в ряде работ, что освобождает от его детального анализа в данной статье (см., в частности: *Червонюк В.И.* Согласование интересов как вид современных законодательных технологий / В.И. Червонюк, И.В. Гойман-Калинский // Государство и право. — 2004. — № 8. — С. 30—38).

² Как и всякий метод правового регулирования, имеющий собственные приемы и способы воздействия, метод согласования располагает специфическим инструментарием: если императивному методу свойственны преимущественно запрет и обязывание, диспозитивному — дозволение, то основу согласования составляет такой способ правового воздействия, как соглашение, или согласие. Именно согласие лежит в основании организации поведения участников регулируемых отношений. Такой способ регулирования широко применяется как в частном, так и в публичном праве. В сфере международно-правового общения применение согласительных процедур является не просто приоритетным регулятивным средством, но в подавляющем числе случаев и единственно возможным. На этом, собственно, и основан метод международно-правового регулирования.

Конечно, в сфере внутригосударственных отношений, в условиях высокой степени их конфликтности, возможности для применения данного метода не столь благоприятны. Однако по мере осознания социумом значения внедрения социального партнерства возможности для данного метода расширяются. Это прежде всего характерно для конституционного права, в которое все более принаикают методы «мягкого» правового регулирования. Это также финансовое право, в особенности бюджетный процесс. Безусловно, сферой распространения данного метода являются все отрасли частного права: трудовое, семейное, гражданское, международное частное право. Даже такие традиционно «закрытые» для неимперативного регулирования сферы, которые связаны с применением уголовного и уголовно-процессуального права, становятся предрасположенными для согласительных процедур (к примеру, дела, связанные с применением механизмов примирения в уголовном процессе).

Особенность метода согласования — в его внеотраслевой принадлежности: он в одинаковой мере может применяться и в сфере действия публичного права, и в сфере действия частного права. В этом смысле согласование — это надотраслевой интерпубличный и интерчастноправовой метод регуляции, в отличие от первых двух, которые все же являются интраотраслевыми методами регулирования.

³ Если бы утверждение о том, что «...устанавливая в нормах права систему прав и обязанностей, он (законодатель) тем самым задает определенный баланс интересов (см.: *Першина И.В.* Техничко-юридические аспекты отражения интересов в российском законодательстве // Проблемы юридической техники: Сборник статей. — Н. Новгород, 2000. — С. 222), приближало нас к истине, то задача установления баланса в законе значительно упрощалась. В действительности дело обстоит гораздо сложнее, уву, но, «устанавливая в нормах права систему прав и обязанностей, он (законодатель)», мягко сказать, не всегда «задает определенный баланс интересов».

⁴ Небесспорные, хотя и заслуживающие определенного внимания соображения по данному вопросу, высказаны в специальной литературе (см.: *Мальцев В.А.* Понятие и сущность баланса интересов в сфере обеспечения безопасности и защиты государственной тайны // Юридические записки. — Воронеж, 2008. — Вып. 21: Государственные гарантии: правовые декларации или реальность. — С. 132—139; *Халиулин В.Е.* Согласование интересов субъектов права как предпосылка формирования гражданского общества в Российской Федерации: Монография. — Саратов, 2010. — С. 118—122; *Купряшин Г.* Управляемость и баланс интересов в контексте политической модернизации // Власть. — 2011. — № 8. — С. 13—17).

зовых положений социогуманитарной концепции права: адекватное отображение в законодательстве интересов находится в прямой связи с природой общенационального парламента, его способностью отображать в правовых нормах (законодательстве) весь спектр социальных интересов. Таким образом, технологии согласования интересов как специфическое и необходимое условие, этап законодательной деятельности объективно требуют особой организации этой деятельности (законодательства), соответствующих ей организационных форм и правовых средств.

При этом о модернизации организации законодательной деятельности, как представляется, можно вести речь в двух аспектах: во-первых, в широком смысле, с точки зрения эффективного внешнего воздействия на законотворческую деятельность; в этом случае речь идет о научно обоснованной законодательной политике, то есть выработке стратегии и тактики законодательной деятельности в отношении адекватного отображения многообразных интересов в законодательстве. Этим аспектом охватывается также действенное информационное, научное, кадровое, ресурсное и иное обеспечение законодательной деятельности. Частью этой проблемы является определение законодательных предпочтений относительно отображаемых в законодательстве видов интересов, налаживание взаимодействия, координации и партнерства всех ветвей власти в сфере законотворчества и др.

Во втором аспекте речь идет о реорганизации собственно законодательной деятельности, или об усовершенствовании законодательного производства в его организационно-правовом контексте.

Занимаясь в течение долгого времени проблемами действия права, теорией и методологией законодательства, качества закона, а в последние годы — законодательными технологиями, неизменно приходишь к убеждению, что законодательные просчеты и удачи так или иначе связаны с качеством законодательной деятельности, технической и технологической оснащенностью законодателя, но в особенности с его социально-правовыми позициями и социальными предпочтениями. В этой связи задачей особой общественной значимости является учреждение в конституционной системе страны таких парламентских институтов и учреждений, функционирование которых обеспечивало бы выявление и адекватное закрепление в законодательстве согласованных интересов.

Специальный анализ убедительно доказывает: общенациональный законодательный орган власти отвечает требованиям истинно представительного органа государственной власти, если он способен по своей природе (способам формирования, формам и методам организации и деятельности, по характеру взаимоотношений с иными ветвями власти и с населением) наиболее точно выражать суверенитет (полновластие) народа, права и свободы человека и гражданина. Качество общенационального представительного органа власти является в данном случае определяющим фактором адекватного выражения интересов в законе¹.

Очевидно, что представительным является парламент, применяющий законодательную власть во благо обществу, социально ответственный за качество и последствия принимаемых им законов; деятельность представительного по своей природе законодательного органа стимулирует развитие позитивных начал общества, солидаризует его, способствует достижению в нем гражданского мира и согласия.

Представительная природа парламента требует специальной организации законодательной власти. В современных условиях российской действительности, видимо, трудно и практически крайне сложно представить себе парламент, который, как предлагал в свое время французский публицист и государствовед Бенуа, зеркально соответствовал социальной структуре общества². Из этого, однако, не следует, что асимметрия парламента — его нормальное состояние. Понятно, что государственная власть, институты гражданского общества должны осуществить комплекс мер, призванных усилить представительность парламента.

В этой связи слабыми оказались попытки модифицировать парламент (увеличением числа фракций за счет предоставления права набравшим от 5 до 7% быть представленными в Государственной Думе, равно как и, еще ранее, учреждение Общественной палаты, задачей которой должно было стать согласование интересов, экспертиза законопроектов и др.

Вполне возможно, что со снижением заградительного барьера уже на выборах депутатов Государственной Думы седьмого созыва, формирования Совета Федерации на действительно выборной основе отказ от одиозно-ортодоксальной пропорциональной системы, неизменно приводившей к непропорциональному представительству в федеральном парламенте и региональных легислатурах, и прочие новации позволят реорганизовать парламент, тем самым в значительной мере устраняя социальную асимметрию интересов в принимаемых им законах.

¹ Профессор А.В. Мицкевич, несомненно, прав, отмечая, что сущность права заключена не в том, кто выразил интерес в нормах права, а в том, какие интересы в них выражены (*Мицкевич А.В.* Социальные факторы формирования права // Правотворчество в СССР. — М., 1974. — С. 14). Но ведь то, какие интересы находят выражение в праве, в значительной мере зависит от того, кто их представляет в законе. А значит, фактор законодателя принципиально важен для адекватного отображения интересов.

² См.: *Назарова И.С.* Формирование народного представительства в России. — СПб., 2011.

Ряд действенных мер в решении обозначенной проблемы представлен в Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 22 декабря 2011 года. Это, в частности, введение упрощенного порядка регистрации партий; отмена необходимости сбора подписей для участия в выборах в Государственную Думу и региональные законодательные органы; изменения системы выборов в Государственную Думу по симметричной смешанной избирательной системе; изменение порядка формирования Центральной избирательной комиссии и региональных избирательных комиссий, расширение представительства партий в избирательных комиссиях всех уровней. Как утверждает в Послании, «предложенные меры должны сделать политическую систему страны более эффективной, лучше представляющей интересы граждан нашего государства»¹.

И все же, несмотря на действенность подобного рода мер, асимметрия российского парламента и наличие в нем меньшинства очевидно, что методологически обусловлено феноменом более высокого порядка — особенностями социальной структуры российского общества: так называемый средний класс, обеспечивающий устойчивость и стабильность развития, в конечном счете определяющий конституционный баланс социальных интересов, в нынешнем состоянии по самим оптимистическим оценкам составляет 20% в общей структуре населения; увеличение его численности до 60—70% представляет лишь проект в Стратегии развития России до 2020 года².

В сложившейся ситуации требуются конституционно признанные меры, призванные создать парламентскому меньшинству режим наибольшего благоприятствования, в том числе в сфере законодательной деятельности. В конце XIX — начале XX века к проблеме асимметрии парламента³ обратился крупнейший государствовед Германии Георг Еллинек. Написанная более 100 лет работа, сделанные в ней выводы и обобщения не потеряли своей актуальности и в наши дни. Автор поставил перед собой задачу исследовать права меньшинства⁴ в законодательных коллегиях и при народных голосованиях⁵. Основываясь на исследованиях американского ученого Кальгуна и английского историка права Мэна, Еллинек указывает на ряд инструментов защиты прав меньшинства, обоснованных его предшественниками⁶. Среди них Еллинек указывает на *метод обструкции*⁷, обоснованное в работах Кальгуна *право кассации* (Nullificacion), «которое должно принадлежать побежденному при голосовании меньшинству штатов в отношении федеративных законов»; исследованное Мэном такое средство, как *воздержание от посещения парламента — сецессия* (в противоположность обструкции является формой пассивно-

¹ См.: Послание Президента Федеральному Собранию // Российская газета. — 2011. — 23 декабря. — № 299 (5666). — С. 4.

Отмеченные предложения воплотились в проектах федеральных законов, внесенных Президентом РФ в порядке реализации законодательной инициативы в Государственную Думу Федерального Собрания РФ.

² См.: pmp.avo.ru/content/news/federal/general/m,17,7626

³ Появление асимметричных парламентов — явление, отнюдь не характерное только для коммунистических режимов, как это не устают заученно повторять авторы, относящие себя к либеральному «лагерю». Партийные системы взяты на вооружение практически подавляющим большинством стран (в том числе и мусульманских). Вместе с тем во многих из таких стран партии — скорее иллюзорные образования, чем действительные институты народного представительства. Десятками исчисляются страны, где при формальном провозглашении многопартийности, монопольно и безраздельно господствует одна партия. Современные политтехнологи позволяют в буквальном смысле «из ничего» создавать искусственные образования — парапартии, которые ничьи, кроме собственных и их патронов интересов не выражают. Финансовое сопровождение (источники которого коренятся в сплетении парапартий, бизнеса, а нередко и криминала, с властными институтами) позволяет такой структуре «завоевать» абсолютное (и даже квалифицированное) большинство в парламенте. Понятно, что агрессивное большинство, используя легальные конституционные механизмы, способно подчинить своей воле волю меньшинства и таким образом «продавливать» через принимаемые законы свои корыстные интересы, которые, будучи признаны законом, становятся «всеобщими». Между тем даже в этих условиях у меньшинства есть конституционные возможности активно противодействовать мнимому большинству, используя для этой цели выкристаллизованные и апробированные многовековой парламентской практикой «орудия», эволюционировавшие в современный инструментарий парламентской деятельности.

⁴ Если в конституционном праве понятие «меньшинство» презюмируется, то в международном праве оно имеет официальную трактовку: «меньшинство — это «группа граждан данного государства, представляющих собой численное меньшинство и не занимающих господствующее положение в этом государстве, обладающих этническими, религиозными или языковыми характеристиками, отличающимися от характеристик большинства населения, солидарных друг с другом, подвижных, пусть даже косвенно, коллективным стремлением к выживанию и стремящихся к достижению фактического и юридического равенства с большинством» в официозных документах Комиссии по правам человека» (см.: UN Dos E|CN.4|1984|42. P. 2. Цит. по: *Абашидзе А.Х.* Защита прав меньшинства по международному и внутригосударственному праву. — М., 1994. — С. 173).

⁵ См.: *Еллинек Г.* Право меньшинства. — М., 1906. — С. 7, 38, 43, 45.

⁶ См. там же. — С. 49 и след.

⁷ В современной парламентской практике Конгресса США сходный с данным методом применяется прием, именуемый флибустьерством. В японском парламенте, если шансы оппозиции повлиять на судьбу законопроекта при его обсуждении в парламенте и в парламентских комиссиях равны нулю, оппозиция стала использовать прием, получивший название «*бычьи шаги*», сводимый к затягиванию обсуждения законопроекта до конца сессии. Применяемый в парламенте принцип дисконтинуитета предрасполагает «живучесть» такого средства.

го сопротивления). Еще одним достаточно сильным юридическим средством меньшинства является *veto*, которое, по мнению Еллинека, «является единственным сильным оружием, которое может быть дано в руки меньшинству»¹.

В современной западной литературе в качестве механизма защиты прав меньшинства в парламенте предлагают существенно изменить основные принципы парламентаризма, обращая внимание на то, что более верна модель «консенсуальной модели парламентаризма»².

Не только теория, но и практика конституционного права предоставляет примеры защиты прав меньшинства в законодательной деятельности. В частности, значение института прав меньшинства предусмотрено конституциями Дании и Швеции после ликвидации их двухпалатных структур. Согласно § 41 Конституции Дании, 2/5 депутатов фолькетинга могут потребовать отсрочки 3-го чтения законопроекта на 12 будних дней. Это не касается законопроектов об отчуждении собственности, предоставлении гражданства и законопроектов, признанных срочными, а также финансовых и налоговых³. Параграф 12 главы 2 «Формы правления» Конституции Швеции допускает по требованию не менее 10 депутатов отсрочки на 12 месяцев обсуждения законопроекта с того момента, когда он с заключением постоянной комиссии поступил на второе чтение в риксдаг. Такое требование может быть преодолено только большинством не менее 5/6 участвующих в голосовании депутатов.

Институт защиты прав меньшинства может использоваться в Дании и после принятия решения по законопроекту: по требованию 1/3 депутатов фолькетинга в течение трех будних дней после окончательного принятия проекта председатель парламента обязан вынести проект на референдум, если только в течение 5 будних дней фолькетинг не отклонит это требование. При этом референдум проводится в срок от 12 до 18 дней со дня опубликования законопроекта. Он считается отклоненным, если против него проголосует большинство участвующих, но не менее 30% всех избирателей⁴.

Наделение меньшинства дополнительными правами по сравнению с большинством существенно усиливает его (меньшинства) возможности в законодательном процессе. Однако и в этих, юридически благоприятных для меньшинства условиях, меньшинство не приобретает качества большинства и не может быть равноправным с ним партнером в законодательной деятельности. Ни юридически, ни фактически это не только невозможно, но в этом нет никакой необходимости. Однако же наделение меньшинства средствами (правами), позволяющими ему быть полноправным участником законодательства, считается необходимым условием функционирования парламентской системы. С этой точки зрения представляет интерес опыт Швеции, в которой референдумы могут быть инициированы по требованию меньшинства депутатов (хотя они и допускаются только по конституционным вопросам).

Конечно, для применения оговоренных механизмов в законодательной деятельности нужны четко оговоренные в нормах парламентского права процедуры, которые бы исключали превращение данного механизма в средство политических разбирательств и приводящим к конституционным «тупикам» как предтечи конституционных кризисов.

На качество принимаемых парламентом законодательных решений, несомненно, оказывает влияние конституционно гарантированная конкуренция политических сил в парламенте. В этой связи, очевидно, назрела конституционная необходимость легализации реально существующих в конституционной практике феноменов «правящая партия» и «оппозиционная партия».

С вопросом организации федеральной законодательной власти напрямую связан вопрос рационализации организации и деятельности палат Федерального Собрания РФ. Очевидно, что принцип разделения полномочий не должен вести к разделению власти в той сфере, где особенно требуется кооперация усилий парламентских структур, их партнерство и эффективное взаимодействие, подчиненное общей цели — принятию качественных законов. В нынешней же ситуации этого не наблюдается.

¹ См.: Еллинек Г. Право меньшинства. — М., 1906. — С. 50 и след.

² Эта модель, по версии авторов, предполагает разделение власти (между партиями), ее рассредоточение, распределение и формальное ограничение, что приводит к ограничению власти. При этом ограничение власти принимает следующие формы: а) правительство формирует партия меньшинства, зависящая от парламентской поддержки других партий. Ведущая партия коалиции вынуждена учитывать мнение своих партнеров по коалиции; б) решения подготавливаются на корпоративной основе — путем консультаций с различными заинтересованными группами; в) права парламентского большинства могут быть ограничены процессуально, в том числе с помощью института прав меньшинства. Что касается распределения власти, то она усиливается пропорциональной системой выборов (Finhorn E. The Scandinavian democratic model / E. Finhorn, J.A. Logue // Scandinavian polit. studies. — Oslo, 1986. — Vol. 9. — № 3. — P. 200—206).

«Солидарный характер» принятия политических решений на основе партийных соглашений отмечается в Дании (Pederson V.N. The Danish «working multiparty system»: Breakdown or adaption? // Party system in Denmark, Austria, Switzerland, the Netherland and Belgium // Ed. by Daalder H.-L. P., 1987. — P. 1—60.

³ См.: Конституция Королевства Швеции [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

⁴ См.: Конституция Королевства Дания [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

ся. Так, при том, что работа нижней палаты относительно принимаемых законов не отличается надлежащим качеством, Совет Федерации подвергает внутреннему вотированию незначительное количество законов. По-видимому, верхняя палата все же исходит из того, что бремя ответственности за качество принимаемых законов в основном должна брать на себя Государственная Дума. Во всяком случае очевидно некоторое дистанцирование верхней палаты от означенной проблемы.

С рассматриваемых позиций представляется нежелательным резкое размежевание палат Федерального Собрания при отпращивании ими конституционно предписанных функций парламента, в том числе в законотворческой сфере. Правы те авторы, которые обращают внимание на целесообразность размещения палат Федерального Собрания РФ в едином комплексе зданий.

В этой же связи требуется рационализация работы аппаратов палат. Представляется оправданным создание объединенного Аппарата Федерального Собрания, внутренне структурированного соответственно особенностям конституционных полномочий Государственной Думы и Совета Федерации. Решение данной проблемы позволит создать структуру, подчиненную целям парламентской законодательной деятельности и в то же время в значительной мере независимую от влияния отдельных парламентариев и руководства палат. Принципиально важно сформировать особое отношение к специалистам, работающим в таком аппарате, которое должно быть подчеркнуто в том числе и в их денежном вознаграждении. Следует иметь в виду, что в большинстве развитых стран специалисты такого рода получают вознаграждение, значительно превышающее денежное вознаграждение парламентариев¹.

В этой же связи требует публичного обсуждения вопрос о сохранении аппаратов комитетов и комиссий палат Федерального Собрания, равно как и их фракций. Все эти меры полностью соответствуют сформулированным официальной доктриной мерам административной реформы и в целом укладываются в контекст формирования эффективного (а следовательно, сильного, дееспособного) государства. Высвободившиеся ресурсы позволили бы создать в структуре Федерального Собрания один или несколько специализирующихся на законодательной деятельности исследовательских центров, включая создание полноценной парламентской библиотеки².

Принципиально важен вопрос относительно устройства палат Федерального Собрания, прежде всего касающийся его постоянных органов — комитетов и комиссий. Как показывает специальный анализ, активный законотворческой работой, к примеру, в Государственной Думе, занимаются всего 5—6 парламентских комитетов, в то время как остальные комитеты в течение парламентской сессии рассматривают по 1 — 2 законопроекта. Очевидно, что задача укрупнения постоянных и основных органов палаты давно назрела. С этой точки зрения комитет по конституционному и государственному строительству и комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству могли бы входить на правах подкомитетов в общий комитет по законодательству. Таким образом, создание вместо 32 десяти — двенадцати мобильных парламентских структур лучше всего отвечало бы целям осуществления конституционных полномочий палаты Федерального Собрания. Одновременно требует решения вопрос о создании объединенных парламентских комитетов (комиссий). В качестве таковых могли бы быть созданы, в частности, комитет по осуществлению парламентского контроля за реализацией законов, комитет по контролю за исполнением федерального бюджета, комитет по безопасности.

Специально-юридические меры должны быть направлены на то, чтобы законодательный орган был связан правом, причем не «собственным, то есть регламентными нормами, которые создаются им самим и не подвергаются конституционному досмотру» (нелишней была бы и такая мера, когда регламенты палат подлежали бы предварительному конституционному контролю по примеру Франции).

¹ Вместе с тем усовершенствование организации и деятельности вспомогательных органов парламента не отменяет требования к профессионализму парламента и его членов в осуществлении законодательной деятельности как имманентного свойства парламентаризма. С этой точки зрения утверждение о том, что «законодатель в процессе законотворчества выступает высшим «судьей»» (Проблемы юридической техники: Сборник статей. — Н. Новгород. — 2000. — С. 222), формально-логически не корректно, поскольку «*nemo iudex in causa sua*» («никто не может быть судьей в собственном деле»). По сути же, действительная роль законодателя состоит в том, что, будучи уполномоченным выражать право в законе, обязан при этом уподобляться роли «естествоиспытателя», «он выражает в сознательных положительных законах внутренние законы духовных отношений» (К. Маркс).

² Следует обратить внимание на то, что созданная в 1948 году в японском парламенте Парламентская библиотека имеет в своей структуре департамент исследований и законодательных предположений, на который возлагаются функции: по запросу любой комиссии оказывать ей помощь и давать рекомендации при анализе, оценке или определении представленного на ее рассмотрение законопроекта; по запросу или по собственной инициативе обобщать, классифицировать, анализировать, переводить иностранное законодательство и выпускать указатели, справочники, обзоры, бюллетени и другие издания по текущему законодательству и представлять их в палаты; оказывать помощь Парламенту, его комиссиям и членам в подготовке законопроектов; составлять информационные обзоры, которые могут быть полезными для других ветвей государственной власти или публики; и др. (см.: Стрельцов Д.В. Современный японский парламента. — М., 1994).

Принятие затерявшихся в недрах Государственной Думы законопроектов о Федеральном Собрании РФ, о принятии федеральных и федеральных конституционных законов, о нормативных правовых актах — мера, способная создать гораздо более действенные и материально-правовые и процессуально-правовые основы законодательной деятельности Федерального Собрания РФ. И хотя бытует мнение, что с их принятием проблема организации законодательства радикальным образом не решится, думается все же, что такие законы будут иметь резонансное значение и привлекут к себе внимание общественных институтов, научного сообщества. Пока складывается впечатление, что общество «дремлет» и не желает вглядываться во внутриорганизационные дела палат федерального парламента.

Рассматриваемый аспект организации законодательной деятельности, как представляется, охватывает как собственно реструктуризацию (рационализацию парламентских структур), так и вопросы рационализации законодательных производств.

В этой связи важно решение вопросов модернизации законодательного процесса, в частности, применение процедуры всенародного обсуждения законопроектов, с одновременным созданием общенационального центра, регистра высказанных мнений, разработкой технологии учета мнения граждан о принимаемых законах и т. п.

Очевидно, что наука должна дать не только объяснение, но и выбрать точное название тому виду законодательной деятельности, который связан с внесением изменений и дополнений в действующее законодательство в связи с наличествующими в нем того, что в теории права обозначается первоначальными пробелами. Подобная практика указывает на явный брак законодательного органа власти, одновременно отражающий и его заблуждения (правотворческие ошибки), граничащие порой с правовым невежеством, и намеренные просчеты.

В начале 1990-х годов, анализируя в докторской диссертации проблему качества закона, автор исследовал вопрос о его стоимости¹. Сейчас это стало обычной практикой в сфере законотворчества. Одновременно, как представляется, следует представлять и стоимость законодательных погрешностей или трат федерального бюджета, покрывающих брак законодательного органа власти. Уже обращало внимание на то обстоятельство, что в результате некачественного Федерального закона № 94-ФЗ государству и обществу причинен ущерб, исчисляемый примерно в 1 триллион рублей.

По-прежнему актуальной остается задача парламентского сопровождения принятых законодательством законов. При этом это не ограничивается мониторингом законодательства («правовым мониторингом»). Значение мониторинга, действительно, неоспоримо. Отдавая должное мониторингу как действенному механизму системного информационного слежения за качеством осуществления законодательной (главным образом) деятельности, не следует переоценивать его возможности, приписывая ему те характеристики, которыми он не наделен².

В этой связи следует привлечь внимание к проблеме парламентского контроля за реализацией законов как специфического вида парламентской деятельности и одного из важнейших его контрольно-надзорных механизмов³. Не следует забывать принципиально важную мысль Ш.-Л. Монтескье о том, что «предназначение выборного представительного собрания состоит в том, чтобы создавать законы и наблюдать за тем, хорошо ли соблюдаются те законы, которые им созданы»⁴.

При этом речь идет о комплексных и системных мерах, в организации осуществления парламентского контроля, которые охватывали бы деятельность всех парламентских структур и отдельных парламентариев. В этой связи целесообразно установление в законодательстве о правовом статусе парламентариев обязанности осуществления предоставленных Конституцией и принятыми на ее основе законами и регламентами палат контроля за реализацией тех федеральных законов, в отношении которых парламентарием осуществлено право законодательной инициативы, в том числе в форме внесения поправок, участия парламентария в составе ответственного комитета по данному закону, а равно его участия в согласительной комиссии, если такая создавалась для устранения разногласий между палатами, а равно между парламентом и главой государства. Принятие указанных мер не отменяет актуальности принятия долгожданного Федерального закона «О парламентском контроле в Российской Федерации».

¹ См.: Гойман (Червонюк) В.И. Действие права. Методологический анализ. — М., 1992. — С. 138—139.

² Так, в полезной коллективной монографии Института законодательства и сравнительного правоведения подчеркивается, что «конечной целью правового мониторинга является создание эффективного механизма правотворчества... корректирующее воздействие на систему законодательства Российской Федерации... упорядочение законотворчества на федеральном и региональном уровнях... и др.». В противоречие с природой парламента России, имманентно присущими ему функциями утверждается, что парламентский контроль «является одним из инструментов правового мониторинга» (Правовой мониторинг: Научно-практическое пособие. — М., 2009. — С. 20, 113).

³ О постановке данной проблемы и ее обосновании см.: Гойман (Червонюк) В.И. Парламентский контроль за реализацией законов // Советская юстиция. — 1991. — № 9. — С. 17—19; Гойман (Червонюк) В.И. Действие права. Методологический анализ. — М., 1992. — С. 161—162.

⁴ Монтескье Ш.-Л. О духе законов // Избранные произведения. — М., 1995. — С. 298.

В свете отмеченного злободневным представляется вопрос о конституционной ответственности законодателя, которая в современном состоянии имеет место только теоретически, никак не влияя на правовое положение органа законодательной власти, его структурные части, статус парламентариев. Очевидно, что систематическое принятие законов «вдогонку» должно иметь системные последствия для всех сопричастных к тому субъектов и участников законотворческого процесса. Так, регламентными нормами Государственной Думы должно быть предусмотрено, что подобная ситуация должна стать предметом обсуждения в палате, а следствием такого обсуждения — расформирование парламентского комитета, который выполнял в этой связи функции ответственного (а в ряде случаев и профильного) комитета за данный законопроект, породивший негативные последствия и послуживший в последующем радикальным изменениям. Очевидно, что целесообразным в данном случае оказалось бы и применение такой меры конституционно-правового воздействия к членам парламентского комитета, как конституционный штраф (Н.М. Колосова), необходимость применения которого остается до настоящего времени лишь предметом научных дискуссий, равно как и к персональным субъектам, инициирующим данный законопроект и предлагавшим в него поправки, вошедшие в данный закон.

Принятие системных мер воздействия предполагает также привлечение к ответственности иных лиц и организаций, участвовавших в разработке, даче заключений и отзывов на данный закон на стадии его проектирования. В этой связи комитет Государственной Думы и Совета Федерации по вопросам парламентского контроля обязан провести слушания с приглашением руководителей ведомств, разрабатывавших закон (проводивших по нему экспертизы), по результатам которого Правительству РФ могла бы быть дана рекомендация о персональной ответственности должностных лиц.

С учетом поправки, представленной пунктом «в» части 1 статьи 103 Конституции РФ, целесообразно ввести в конституционную практику заслушивания Государственной Думой ежегодных отчетов Правительства в том числе вопрос об организации исполнения федеральной исполнительной властью федеральных законов.

В.И. Червонюк, А.Г. Варнавский

Червонюк Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России;

Варнавский Антон Геннадьевич — соискатель кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России

Форма государственного правления как объект конституционного регулирования (техничко-юридический аспект)

Форма государственного правления затрагивает основы отношений между высшими органами государства и уже по этой причине выступает объектом конституционного регулирования. При этом, являясь объектом конституционного регулирования, форма государственного правления применительно к отдельным странам, группам государств отличается существенной спецификой нормативного опосредствования: способами оформления в основном законе страны, технико-юридическими способами закрепления, и др. Изучение всего комплекса этих вопросов составляет предмет данной части работы.

Как показывает анализ конституционных текстов, закрепление организации государственной власти в основных законах осуществляется посредством различных юридических форм; с технико-юридической стороны закрепление в основных законах формы правления в определенной мере стандартизировано, в той или иной мере имея универсальный характер.

По общему правилу, конституционные положения о форме правления размещаются в начальных статьях вводных разделов (частей, глав) национальных основных законов. При этом в ряде государств национальные конституции посвящают форме правления специальные разделы (части).

В разделе 2 Конституции Республики Никарагуа «Формы правления» содержится статья 10, согласно которой «государственный строй является республиканским, демократически-представительным». Статья 11 данного раздела закрепляет положение о разделении государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, а согласно статье 12 «при формировании органов государственной власти устанавливается принцип представительства меньшинства». Статья 13 закрепляет положение о том, что «государственные власти гармонично сотрудничают в достижении целей Государства. При осуществлении своих собственных функций они ограничены и независимы».

Принципиально важно содержание конституционной презумпции, помещенной в статье 14: «Государственные власти и должностные лица не пользуются, даже в случае чрезвычайных обстоятельств, большей властью или большими полномочиями, чем те, которые прямо им предоставлены законом. Всякий акт, противоречащий этому положению, — ничтожен».

Конституция Иорданского Хашимитского Королевства от 1 января 1952 года в указанном аспекте включает главу первую «Государство и форма правления»¹.

В Конституции Республики Гренада (принята 28 марта 1936 г.) кроме статьи 1, содержащей положение о том, что «Гренада является свободным, суверенным и независимым государством», содержится часть IV «Форма правления», состоящая из «главы единственной», включающей статьи 86 и 87: «форма правления в Гренаде — республиканская, демократическая и представительная. Она осуществляется тремя независимыми властями: законодательной, исполнительной и судебной» (ст. 86); «ни одна из установленных властей не может совершать действия, изменяющие установленную форму правления, нарушающие территориальную целостность или национальный суверенитет» (ст. 87).

Конституционные установления, касающиеся закрепления механизмов формы правления, размещены и в других структурных частях основных законов.

В технико-юридическом аспекте специальный интерес представляет используемая в конституционном законодательстве терминология для отображения формы правления. Иногда для характеристики формы правления конституции зарубежных стран используют «атипичную» терминологию: «политическая система» (Андорра), «система правления» (Иран), «политическая форма» (Испания), «принцип правления» (Монако) и т.д.

При, несомненно, важном значении формы правления в системе конституционно-правовых институтов, она далеко не во всех национальных конституциях получила закрепление. Соответственно, в

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Средняя Азия. — С. 154.

ряде стран национальные конституции не содержат норм, касающихся определения формы государственного правления. Это, в частности, Конституция Бельгии от 17 февраля 1994 года¹, Конституция Венгерской Республики от 18 августа 1949 года², Конституция Республики Исландии от 17 июня 1944 года, Конституция Королевства Нидерландов от 17 февраля 1983 года, Акт о Риксдаге от 22 июня 1866 года с позднейшими изменениями по 1953 год³ и др. Не содержит какого-либо упоминания о форме правления и Союзная конституция Швейцарской Конфедерации. Детально урегулированный статус высших органов государства и механизм взаимоотношений между ними позволяет сделать вывод о так называемой директориальной республике.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что применительно к данной группе стран *какие-либо сведения относительно формы правления отсутствуют даже в тех положениях основного закона, в которых такого рода указания были бы вполне логичными*. Так, Конституция государства Судан (введена в действие 1 июля 1998 г.) в части I «Руководящие принципы государства» (ст. 1 «Особенность государства») закрепляет положение о том, что «Государство Судан — это страна, в которой царит расовая и культурная гармония, а также религиозная терпимость. Ислам является религией большинства населения, христианство и традиционные религии также имеют большое количество приверженцев». Как видно, к числу руководящих принципов организация государственной власти не отнесена.

Иногда конституционный текст содержит норму, закрепляющую право граждан выбора формы правления, хотя о самой форме правления и ее характеристике применительно к данному государству речь не идет. Так, по Конституции Ирландии (ст. 1) «ирландский народ настоящим утверждает неотъемлемое, неотчуждаемое и суверенное право избирать собственную форму правления, определять свои отношения с другими народами и развивать свою политическую, экономическую и культурную жизнь в соответствии с его собственными склонностями и традициями»⁴.

В редких случаях конституция закрепляет форму правления по умолчанию, что в особенности характерно для конституций первого поколения. Определение ее вида возможно исключительно путем формально-логического истолкования конституционного текста. Так, в Конституции США прямого указания относительно формы правления нет. Вместе с тем, очевидно, что положение раздела 4 статьи IX о том, что «Конституция гарантирует республиканскую форму правления штатам», указывает на то, что и государственный строй США является республиканским⁵.

Нередко на форму правления указывает исключительно юридическое наименование государства, определенное в основном законе государства. Например, Габонская Республика (Republique Gabonaise), Кооперативная Республика Гайана, Народная Республика Мозамбик⁶, Республика Буркина-Фасо⁷, Республика Камерун, Ливанская Республика, Республика Монголия и др.

Иногда национальные конституции отдельных стран содержат специальные статьи, касающиеся официального названия страны и определения ее формы правления. Например, статья 1 Конституции Намибии «Учреждение Республики Намибия и определение ее территории»: «1. Этим учреждается Республика Намибия как суверенное, светское, демократическое и унитарное государство, базирующееся на принципах демократии, верховенства законов и правосудия для всех. 2. Вся власть принадлежит народу Намибии и должна осуществляться демократическими институциями государства. 3. Основными властными институциями государства являются исполнительные, законодательные и судебные учреждения»⁸.

При этом основные законы используют самые различные наименования: «исламская республика» (Иран), «кооперативная социальная республика» или «корпоративистская республика» (Гаити), «индуистское конституционное монархическое королевство» (Непал до 15 января 2007 г.), «конституционная демократическая социальная монархия» (Марокко), «суверенное демократическое королевство» (Лесото), «боливарианская республика» (Венесуэла), «народная республика» (Бангладеш, КНР, Сирия), «народная демократическая (народно-демократическая) республика» (Алжир, КНДР, Лаос), «восточная республика» (Уругвай), «Хашимитское королевство» (Иордания) и др.

¹ См.: Консолидированный текст с изменениями от 25 марта 1996 года, 28 февраля 1997 года, 11 марта 1997 года, 20 мая 1997 года, 12 июня 1998 года, 17 июня 1998 года, 20 ноября 1998 года, 11 декабря 1998 года, 12 марта 1999 года, 7 мая 1999 года, 23 марта 2000 года и 16 мая 2000 года // Конституция Бельгии [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

² Конституция Венгерской Республики [Текст] // Там же.

³ Конституция Королевства Нидерландов [Текст] // Там же. — Т. 2.

⁴ Конституция Ирландии [Текст] // Там же. — Т. 1.

⁵ Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты [Текст] / Пер. с англ.; Сост. В.И. Лафитский; Под ред. и со вступ. ст. О.А. Жидкова. — М., 1993.

⁶ Конституция Народной Республики Мозамбик. — М., 1997. — С. 11.

⁷ Конституция принята на Референдуме 2 июня 1991 года; пересмотрена законами: 002/97/ADP от 27 января 1997 года, 003-2000/AN от 11 апреля 2000 года, 001-2002/AN от 22 января 2002 года; преамбула (Закон № 002/97/ADP) от 27 января 1997 года.

⁸ Конституция Республики Намибия. — М., 2001. — С. 1.

В то же время в некоторых случаях только содержащееся в конституции юридическое название государства не всегда позволяет составить точное представление о форме правления. К примеру, предусмотренное в Конституции Швейцарии от 18 апреля 1999 года название государства «Швейцарская Конфедерация» не раскрывает юридического содержания формы правления швейцарского государства (равно как и формы территориального устройства).

На выборе модели формы правления сказывается влияние географического фактора. Так, конституции стран Латинской Америки отличаются определенным сходством в определении формы правления. Согласно статье 1 Конституции Аргентинской Республики, «Республика Аргентина избирает представительную республиканскую форму правления и федеративное устройство, в соответствии с тем, как это установлено настоящей Конституцией»¹. Так же как и в Аргентине, Политическая Конституция Боливии (промульгирована 17 ноября 1947 г.) в разделе первом «Государство» подчеркивает: «Свободная, независимая и суверенная Боливия является унитарной республикой, избравшей представительную демократическую форму правления» (ст. 1)². Конституция Соединенных Штатов Бразилии (промульгирована 18 сентября 1946 г.) в статье 1 закрепила положение о том, что «Соединенные Штаты Бразилии представляют собой Федерацию и Республику, основанную на представительной форме правления. Вся власть исходит от народа и осуществляется от его имени»³.

В этой же связи необходимо обратить внимание на *устойчивую зависимость формы правления конкретного государства от государственно-правовых условий ее становления*. Так, фактор вестернизации оказал доминирующее влияние на страны Британского Содружества, в особенности те из них, которые являются доминионами Соединенного Королевства (Индонезия, Канада, Австралийский Союз и др.).

Нередко основные законы закрепляют весьма общую конституционную формулу относительно организации государственной власти, что дает основание для ее «коррекции» в ходе проводимых в стране конституционных реформ. Таким образом учредитель конституции как бы изначально создает условия для эволюционирования формы правления, не препятствуя этому жестко установленными конституционными правилами. Так, согласно Конституции Боснии и Герцеговины от 14 декабря 1995 года (ст. 12 «Демократические принципы»), «Босния и Герцеговина является демократическим государством, функционирующим на основе верховенства закона и свободных и демократических выборов».

Действующая Конституция Колумбии (принята 5 августа 1886 г. с позднейшими изменениями (Декрет № 247 от 4 октября 1957 г. и Декрет № 251 от 9 октября 1957 г.)) устанавливает: «Колумбийская Нация преобразуется в унитарную республику» (ст. 1); «суверенитет принадлежит только и исключительно Нации, и из этого источника берут начало все государственные власти, которые осуществляют свои полномочия в рамках, предусмотренных настоящей Конституцией» (ст. 2). По Конституции Республики Венесуэла (утв. 11 апреля 1953 г.) «Венесуэльская Нация является объединением венесуэльцев в политическую организацию, именуемую Республика Венесуэла...» (ст. 1). Точно так же Конституция Турции (Турецкой Республики) от 7 ноября 1982 года в разделе первом (ст. 1) устанавливает, что «Турецкое государство — республика»⁴. Таким образом, весьма неопределенная конституционная формула для отдельной группы стран, прежде всего, с высокой политической и правовой культурой, устоявшимися политическими традициями не имеет особого значения, и такой способ определения означает лишь, что ее конкретизация получает свое развитие в самой же конституции. Примером этой группы стран может служить ФРГ. Определенное соотношение полномочий между исполнительной и законодательной властями, компетенция главы государства и его конституционный статус более чем за 50 лет действия Основного закона ФРГ не претерпели хоть сколько-нибудь значительных изменений.

Иная ситуация возможна для стран с неустоявшимися конституционными режимами и конституционными традициями. Восприятие этими странами подобной формы — своего рода сигнал для конституционного (и неконституционного) нормотворчества. Нередко сами конституционные нормы не изменяются, но фактическая ситуация во взаимоотношениях высших органов государства свидетельствует о значительных изменениях в их статусе.

При определенных условиях отмеченная конструкция формы правления в основном законе оставляет возможность ее трансформации и даже преобразования вне соответствующего преобразования самой конституции.

Конституции некоторых стран о форме правления содержат лишь самые общие положения, сформулированные в виде конституционных принципов. Так, согласно Политической Конституции Республики Коста-Рика (7 ноября 1949 г.), «правительство Республики является народным, предста-

¹ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 1. — С. 12.

² См. там же.

³ Там же. — С. 111.

⁴ См.: Конституция Республики Турция [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

вительным, сменяемым и ответственным. Правление осуществляют три отдельные и друг от друга независимые власти: законодательная, исполнительная и судебная» (ст. 29).

Согласно статье 5 Конституции Республики Македония от 17 ноября 1991 года, Республика Македония — суверенное, независимое, демократическое и социальное государство¹.

В Конституции Чешской Республики от 16 декабря 1992 года (ст. 1) установлено, что «Чешская Республика является суверенным, единым демократическим правовым государством, основанным на уважении прав и свобод человека и гражданина»; в частях 2 и 3 статьи 2 Конституции закреплены положения о суверенитете народа и посредством бланкетной нормы о формах народовластия.

Аналогичны положения Конституции Республики Хорватия от 22 декабря 1990 года (ст. 1, 2 и 3), а статья 3 Конституции, кроме того, определяет, что «государственная власть организована на принципе разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную»². По Основному закону Финляндии от 11 июня 1999 года «Финляндия является суверенной республикой»; закрепляются основные начала осуществления народовластия (§ 2 Основного закона «Демократические и правовые принципы»); в § 3 определены высшие органы государства, осуществляющие соответственно принципу разделения властей государственную власть³.

Согласно Конституции Гватемалы 1956 года, «Гватемала является суверенным, свободным и независимым Государством...». «Форма правления является республиканской, демократической и представительной. Суверенитет исходит от народа и власть осуществляется законодательными, исполнительными и судебными органами, независимыми друг от друга» (ст. 2)⁴.

В Конституции Йемена 1991 года (с конституционными поправками 1994 и 1999 гг.) содержится статья 1 главы 1 «Политические основы» раздела 3 «Основы государства», согласно которой «Йеменская Республика — независимое, суверенное, унитарное и неделимое государство». Впрочем, как представляется, для характеристики формы правления Йемена важное значение имеет статья 6 Конституции: «Политическая система Йеменской республики основана на политическом и партийном плюрализме с целью достижения мирного перехода власти. Законом устанавливаются правила и процедуры, необходимые для формирования политических организации и партии и для осуществления политической деятельности. Запрещено использовать правительственные должности и общественные фонды в интересах каких-либо партий или организаций»⁵.

Конституция Южно-Африканской Республики (принята 8 мая 1996 г. с поправками, внесенными Конституционным Собранием 11 октября 1996 г.) в статье 1 устанавливает, что «Южно-Африканская Республика является суверенным, демократическим государством, которое базируется на принципах: (а) человеческого достоинства, достижения равенства и продвижения прав человека и свобод; (б) отсутствия расизма и дискриминации по половому признаку; (с) верховенства Конституции и права; (d) общего права голоса взрослых, национальных общих избирательных списков, регулярных выборов и многопартийной системы, демократического правительства для обеспечения ответственности, оперативности и открытости»⁶.

Таким образом, отмеченные положения конституционного характера позволяют составить более или менее точное представление о разновидностях формы правления той или иной страны.

В ряде случаев юридическое название государства и вытекающая из этого модель формы правления прямо определяется в самой конституции. Юридической формой обозначения формы правления в этом случае выступают конституционные дефинитивные нормы. К примеру, по Конституции Танзании «Танзания является Объединенной Республикой»⁷; согласно Конституции Народной Республики Бангладеш от 4 ноября 1972 года (с изм. от 17 мая 2004 г.), «Республика Бангладеш является унитарной, независимой, суверенной республикой, полное название которой — Народная Республика Бангладеш» (ст. 1)⁸; «Пакистан учреждается как Федеративная республика под названием Исламская Республика Пакистан, далее именуемая как Пакистан»⁹. Точно так же сконструированы конституции целого ряда других зарубежных стран: «Португалия — суверенная Республика...»¹⁰; «Конго, суверенное и независимое государство, является неделимой светской Народной Республикой, в которой вся власть исходит от народа и принадлежит народу»¹¹.

¹ См.: Конституция Республики Македония [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

² Конституция Республики Хорватия [Текст] // Там же. — Т. 3.

³ См.: Конституция Республики Финляндии. — М., 1999.

⁴ См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 1.

⁵ Там же. — С. 282.

⁶ Конституция ЮАР. — М., 2003. — С. 38.

⁷ Конституция Объединенной Республики Танзания. — М., 1980. — С. 29.

⁸ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2 : Средняя Азия и Индостан. — С. 54.

⁹ Там же. — С. 654.

¹⁰ Португалия. Конституция и законодательные акты. — М., 1979. — С. 73.

¹¹ Конституция Народной Республики Конго. — М., 1983. — С. 15.

В дополнение к характеристике формы правления как республиканской национальные конституции ряда стран содержат указание на демократический характер республики. В частности, согласно Конституции Республики Гаити от 25 ноября 1950 года (ст. 1), «Гаити — единая, неделимая, суверенная, независимая, демократическая и социальная Республика». Конституция Коста-Рики от 7 ноября 1949 года в статье 1 устанавливает, что «Коста-Рика — демократическая, свободная и независимая Республика». Постоянная Конституция Катара в статье 1 части I «Государство и основы правления» устанавливает «Форма правления — демократическая». В соответствии со статьей 1 «Государственные принципы» Конституции Мальтийской Республики 1964 года, «Мальта является демократической республикой, основанной на труде и на уважении к основным правам и свободам личности». По Конституции Боснии и Герцеговины от 14 декабря 1995 года Босния и Герцеговина является демократическим государством, функционирующим на основе верховенства закона и свободных и демократических выборов¹. По Конституции Сенегала (ст. 1) «Республика Сенегал является нерелигиозной, демократической и социальной республикой»². Конституция Республики Корея (принята 17 июля 1948 г.) устанавливает, что «Республика Корея является демократической республикой (ст. 1)³.

В некоторых случаях создатели конституций, кроме указания на демократический характер республики, помещают указания и на другие ее характеристики. По Конституции Доминиканской Республики (провозглашена 10 января 1947 г.) «ее система правления по существу своему является гражданской, республиканской, демократической и представительной. Она основана на разделении законодательной, исполнительной и судебной властей. Эти три власти независимы в осуществлении соответствующих функций. Лица, осуществляющие законодательную, исполнительную или судебную власть, несут ответственность за свои действия и не могут передавать свои полномочия, которые точно определены настоящей Конституцией и законами» (ст. 2). А согласно статье 12, «только народ является сувереном».

В конституционных текстах помещаются нормы, характеризующие форму правления посредством применения формулы «республиканская форма правления».

Например, часть 1 статьи 1 раздела I «Суверенитет и форма правления» Конституции Индонезии гласит: «Индонезия является унитарным государством с республиканской формой правления (ч. 1). Суверенитет принадлежит народу и полностью осуществляется Народным консультативным собранием» (ч. 2).

Определение в основном законе конкретного вида формы правления — важнейшей конституционной характеристики государства — встречается не часто. Так, Конституция Республики Исландии от 17 июня 1944 года устанавливает, что «Исландия — республика с парламентарной формой правления» (ст. 2)⁴.

Согласно Конституции Республики Кипр от 16 августа 1960 года (ст. 1), Кипрское государство является независимой и суверенной республикой президентского типа; Президентом ее является грек, а вице-президентом — турок, избираемые, соответственно, греческой и турецкой Общинами Кипра в порядке, устанавливаемом настоящей Конституцией. Согласно статье 1 Конституции Греции от 11 июня 1975 года, «государственный строй Греции — парламентская республика»⁵.

По Конституции Королевства Бутан от 18 июля 2008 года Бутан является суверенным Королевством, и суверенная власть в нем принадлежит народу Бутана (ч. 1 ст. 1). Форма его правления — демократическая конституционная монархия (ч. 2 ст. 1)⁶.

Аналогичные нормы встречаются и в конституциях некоторых других стран (Люксембург, Лихтенштейн, Саудовская Аравия, Дания и др.).

С точки зрения теории и практики современного конституционализма, наиболее приемлемым является способ оформления организации государственной власти в основном законе, при котором в конституционном тексте содержится прямое указание на вид (модель) формы государственного правления. Анализ конституций зарубежных стран показывает, что чаще всего такой прием конструирования формы правления используют демократические страны с монархической формой правления, а в некоторых случаях и другие государства. Чаще всего конкретный вид формы правления формулируется в конституциях монархических государств. К примеру, согласно части 3 статьи 1 Конституции Королевства Испании от 27 декабря 1978 года, «политической формой испанского го-

¹ См.: Конституция Боснии и Герцеговины [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1.

² См.: Конституционное право зарубежных стран: Америка и Азия: Учебное пособие. — М., 2005. — Ч. 2.

³ См.: Конституция Республики Корея. — М., 2002. — С. 2.

⁴ См.: Конституция Исландии [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

⁵ См.: Конституция Греции [Текст] // Там же. — Т. 1.

⁶ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 93.

сударства является парламентарная монархия»¹. По Конституции Норвежского Королевства от 17 мая 1814 года (§ 1) «Норвежское Королевство является свободным, независимым, неделимым и неотчуждаемым государством. Его форма правления — ограниченная и наследственная монархия (в ред. Закона от 18 ноября 1905 г.)»². Данный подход характерен и для других монархических государств. Исключение составляет Швеция, где о монархии «Форма правления» 1974 года не упоминает, что, как отмечают специалисты, связано с возможностью в обозримой перспективе вообще отказать от монархии.

Анализ конституционного законодательства зарубежных стран, в которых отсутствуют консолидированные (кодифицированные) конституции, позволяет сделать вывод и о таком способе определения модели организации власти, как определение данной модели на основе взаимосвязанных положений нескольких актов конституционного значения. В частности, именно таким образом можно определить форму правления Государства Израиль, а именно путем истолкования положений нескольких законов, прежде всего, путем истолкования статьи 105 Основного Закона о Кнессете от 12 февраля 1958 года и статей 7 и 28 Основного закона о Правительстве от 7 марта 2001 года.

Монархические государства в установлении формы правления составляют особый ряд государств. Конституции большинства европейских монархий достаточно подробно закрепляют институт короны (Испания, Дания, Лихтенштейн, Люксембург и др.).

Так, Конституция Королевства Дания от 5 июня 1953 года в части 2 статьи 1 части I устанавливает, что «формой правления государства является конституционная монархия. Королевская власть наследуется представителями королевской династии мужского и женского пола в соответствии с положениями Закона о престолонаследии от 27 марта 1953 года». Согласно части 3 цитируемой статьи, «законодательная власть осуществляется совместно Королем и Фолькетингом. Исполнительная власть осуществляется Королем через министров»; в § 13 закреплена механизм контрасигнации в отношении решений Короля. Несомненно, для понимания конституционной природы формы правления датского государства важное значение имеет статья 4 Конституции, согласно которой «высшим выражением воли народа является закон»³. На форму правления Норвежского Королевства, кроме § 1, указывает и § 3 данной статьи, согласно которому «исполнительная власть принадлежит Королю или Королеве в том случае, если она получила в наследстве корону в соответствии с постановлениями § 6, 7 или 48 данного Основного закона. Когда исполнительная власть переходит к Королеве, тогда на нее возлагаются все права и обязанности, которые в соответствии с данным Основным законом и законами страны принадлежат Королю (в ред. Закона от 13 июня 1990 г.)»⁴.

В соответствии с Конституцией Княжества Лихтенштейн от 5 октября 1921 года «Княжество является конституционной наследственной монархией на демократической и парламентской основе (ст. 2); государственная власть воплощена и закреплена в Князе и в народе, исходит от них и осуществляется ими обоими в соответствии с положениями настоящей Конституции»⁵.

По Конституции Великого герцогства Люксембург от 17 октября 1868 года «Корона Великого герцогства Люксембург является наследственной в семье Нассау в соответствии с Договором от 30 июня 1783 года, со статьей 71 Венского трактата от 9 июня 1815 года и статьей 1 Лондонского трактата от 11 мая 1867 года» (ст. 3). «Если в случае смерти Великого Герцога его наследник является несовершеннолетним, в соответствии с фамильным пактом вводится регентство» (ст. 6)⁶.

Достаточно своеобразны нормы национальных конституций, относящиеся к характеристике формы правления, в тех случаях, когда учредитель конституции помещает в текст основного закона установления, указывающие как на определенную форму правления, так и свидетельствующие о возможности ее трансформации в иную разновидность.

В частности, в Конституции Королевства Швеции от 27 февраля 1974 года нет специальных норм обозначением формы правления, хотя использование терминов «король», «королева» явно указывают на монархическую форму правления. Параграф 1 главы 1 «Формы правления» устанавливает, что «вся государственная власть в Швеции исходит от народа. Правление шведского народа основывается на свободном формировании мнений и на всеобщем и равном избирательном праве. Правление осуществляется посредством государственного строя, основанного на представительной и парламентской системе, и посредством коммунального самоуправления. Государственная власть осуществляется в соответствии с законом». Глава V «Формы правления» называется не «Король» или «Монарх», а «Глава государства». Колебания по вопросу об упразднении или сохранении монархии сказались, в осталь-

¹ См.: Конституция Испании [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

² См.: Конституция Норвежского Королевства [Текст] // Там же.

³ См.: Конституция Королевства Дания [Текст] // Там же. — Т. 1.

⁴ Конституция Королевства Норвегии [Текст] // Там же. — Т. 2.

⁵ Конституция Княжества Лихтенштейн [Текст] // Там же.

⁶ См.: Конституция Княжества Люксембург [Текст] // Там же.

ных параграфах главы, где также говорится о главе государства, что свидетельствует о возможности перехода к республиканской форме правления¹.

Анализ конституционных текстов позволяет сделать вывод и о такой юридической форме отображения формы правления, как *перечисление в определенной последовательности высших органов государства и закрепление их полномочий*. Таким образом, только путем систематического толкования данной нормы (норм) становится возможным определить конкретный вид формы правления данного государства. Например, в главе второй Конституции Мали («Государство и суверенитет»), кроме общей формулировки о том, «Мали является независимой, суверенной, неделимой, демократической, светской, социальной Республикой», закреплено положение о том, что к институтам власти в республике относятся:

- Президент Республики;
- Кабинет министров;
- Национальное собрание;
- Верховный суд;
- Конституционный суд;
- Высокий суд правосудия;
- Высокий совет регионов;
- Экономический, социальный и культурный совет.

Расположенные таким образом в Основном законе страны высшие органы государства позволяют рассмотреть очертания полупрезидентской республики.

Кроме указаний на конкретные характеристики формы правления в основных законах ряда государств содержатся положения, закрепляющие юридические механизмы ее обеспечения.

В конституциях ряда стран форма правления относится к числу константных установлений, то есть устанавливается конституционный запрет на ее изменение. Такие положения национальных конституций относятся к числу *неизменяемых*.

Так, часть 5 статьи 89 Конституции Франции 1958 года (в ред. конституционного закона № 95-880 от 4 августа 1995 г.) устанавливает, что «республиканская форма правления не может быть предметом пересмотра». Политическая Конституция Мексиканских Соединенных Штатов 31 января 1917 года содержит специальный раздел девятый «О нерушимости Конституции»². В Основном Законе ФРГ от 23 мая 1949 года (ст. 79.3) указано: «Изменения настоящего Основного Закона, затрагивающее разделение Федерации на земли, принципы сотрудничества земель в законодательстве или принципы установленные статьями 1 и 20, не допускаются»³. Данный принцип сформулирован в конституциях Итальянской Республики 27 декабря 1947 года (ст. 139).

Согласно статье 4 Конституции Турции (Турецкой Республики) от 7 ноября 1982 года, «положение статьи 1 Конституции, устанавливающей форму государства как Республику, положения статьи 2 о характеристиках Республики и положения статьи 3 не могут быть исправлены, и при этом не могут вноситься предложения об их изменении»⁴. Анализ проблемы позволяет сделать вывод о том, что неизменяемые положения о форме правления содержат те национальные конституции, которые отличаются стабильностью и не подлежат трансформации с течением определенного времени. Так, более чем за 50 лет с момента принятия Основного закона ФРГ ни одна из поправок не коснулась перераспределения полномочий между исполнительной и законодательной властями, равно как и не изменился за это же время статус президента Республики. Аналогична ситуация в иных европейских странах с парламентским правлением, прежде всего, в конституционных монархиях.

Конституционно закрепляется такая модель организации государственной власти, когда в условиях президентской республики учреждается правительство, наделенное самостоятельной компетенцией и возглавляемое премьер-министром, при том что ключевая роль в сфере исполнительной власти сохраняется за президентом. Так, по Конституции Арабской Республики Египет от 11 сентября 1971 года (в ред. 1980 и 2007 гг.) такое правительство несет ответственность перед парламентом, но окончательное решение об отставке правомочен принимать Президент страны. Аналогичная ситуация предусмотрена Конституцией Колумбии⁵. Отмеченная модель государственного устройства харак-

¹ См.: Могунова М.А. Государственное право Швеции. — М., 2009. — С. 76.

² См.: Мексиканские Соединенные Штаты: Конституция и законодательные акты / Пер. с исп.; Сост., ред. и авт. вст. ст. О.А. Жидков. — М., 1986; Орлов А.Г. Высшие органы государственной власти стран Латинской Америки. — М., 2001. — С. 97.

³ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, США, Япония, Бразилия: Учебное пособие / Сост. сб. пер. авт. введ. и вступ. ст. В.В. Маклаков. — 6 изд., перераб. и доп.. — М., 2009. — С. 184.

⁴ Конституция Республики Турция [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2.

⁵ См.: Чиркин В.Е. Глава государства. Сравнительно-правовое исследование. — М., 2010. — С. 90—93.

терна для Сирии, Перу, а также, очевидно, для ряда государств СНГ (Азербайджан, Беларусь, Казахстан и др.).

В конституционной практике федеративных государств общепринятым становится закрепление в основных законах механизмов обеспечения конституционно установленной формы правления в субъектах федерации. Согласно статье 6 национальной Конституции Аргентинской Республики, «Федеральное Правительство совершает интервенцию на территорию провинций, чтобы поддержать республиканскую форму правления или отразить внешнее нападение, либо по просьбе конституционных органов власти провинций, чтобы поддержать или восстановить, если они свергнуты в результате мятежа или вторжения из других провинций»¹.

В конституциях ряда стран в особенности оттеняется народный характер государства, соответственно, форма правления характеризуется как «народная», «народно-демократическая» и т. п. Причем подобная формула не остается «вброшенной» в конституционный текст без последующей ее конкретизации, она получает развитие и «наполнение» в целом ряде конституционных установлений. Тем самым абстрактное конституционное понятие отличается большей или меньшей степенью юридической определенности.

Так, Конституционный закон Республики Ангола в статье 1 раздела «Основные принципы» устанавливает, что «Народная Республика Ангола — суверенное, независимое и демократическое государство...». Согласно статье 2 Конституционного закона, суверенитет полностью принадлежит ангольскому народу, МПЛА (коммунистическое Национальное движение за независимость Анголы — прим. авт.), его законному представителю, образующему широкий фронт, который объединяет все патриотические силы, участвующие в антиимпериалистической борьбе, принадлежит политическое, экономическое и социальное руководство нацией. В статье 3 констатируется, что «народным массам гарантируется широкое и эффективное участие в осуществлении политической власти путем укрепления, расширения и развития организационных форм народной власти»².

В Конституции Мозамбика (раздел 1 «Основные положения») в статье 1 говорится, что «Народная Республика Мозамбик представляет собой суверенное, независимое и демократическое государство». Уточняющие положения относительно формы правления помещены в последующих статьях: «Народная Республика Мозамбик есть государство народной демократии, в котором все патриотические слои населения объединяются в целях строительства нового общества, свободного от эксплуатации человека человеком. В Народной Республике Мозамбик власть принадлежит рабочим и крестьянам, объединенным и руководимым ФРЕЛИМО, и осуществляется органами народной власти» (ст. 2)³.

«Народное» государство, «государство масс», или джамахирию, закрепляла действовавшая Конституция Ливии, которая квалифицировалась как Великая Социалистическая Народная Ливийская Арабская Джамахирия. По данной версии, Нация («массы») правит в стране непосредственно, при этом народное представительство, равно как и парламентаризм, разделение властей, отвергается. Все взрослое население страны участвует в местных собраниях (народных конгрессах). Они выбирают свои исполнительные органы (народные комитеты). Руководители местных собраний и их исполнительных органов автоматически становятся членами провинциальных собраний. Властная система замыкается национальным собранием (Всеобщим народным конгрессом), образуемым из руководителей местных и провинциальных собраний и их исполнительных органов, и исполнительным органом самого национального собрания (Всеобщим народным комитетом), выступающим своеобразным аналогом правительства. У национального собрания и его исполнительного органа есть руководители, но они не возглавляют государство. Отказываясь от народного представительства, «народность» дополнительно поддерживается регулярными ротациями. Функции главы государства и исполнительной власти по факту выполнял «лидер Ливийской революции» (теоретик и основатель джамахирии Муаммар Каддафи), его директивы были обязательны для исполнения, ему подчинялась система специальных контрольных органов (революционных комитетов)⁴.

В особую группу государств с самобытной формой правления, безусловно, следует выделить социалистические страны (Куба, Китай, Северная Корея и Северный Вьетнам).

Существенной спецификой отличается регулирование организации государственной власти тех стран, где сохраняется военная диктатура. Так, из названия Конституции Республики «Союз Мьянма» следует, что формально-юридически Основной закон декларирует республиканский строй. Этот вывод следует из главы 1 «Основные принципы Республики «Союз Мьянма», установленной системы органов. Однако более детальное изучение конституционных установлений указывает на значительные отступления от республиканской модели организации власти. В частности, статья 14 Конституции

¹ См.: Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы / Пер. с исп.; Ред.-сост. Н.М. Миронов. — М., 2007. — С. 24.

² Конституция Народной республики Ангола. — М., 1999. — С. 2.

³ Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. — М., 2001. — С. 247.

⁴ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Средняя Азия. — С. 411.

предусматривает, что в состав Национального законодательного собрания, законодательных собраний регионов и законодательных собраний штатов входят в качестве депутатов законодательных собраний служащие вооруженных сил, назначенные Главнокомандующим Силами обороны в количестве, определенных Конституцией. Из статьи 109 следует что из 440 членов нижней палаты военнослужащим предоставлено 110 мандатов. Аналогичен порядок формирования и верхней палаты¹.

Значительным своеобразием отличается закрепление формы правления в государствах, исповедующих религию ислама. Очень часто конституции мусульманских государств положения о форме правления размещают в главах под титулом «государство». При этом, конечно, сохраняется различие в юридическом оформлении организации государственной власти как между монархиями и республиками, так и внутри каждой из этих групп.

Основной низам о власти Короля Саудовской Аравии от 1 марта 1992 года в первой главе «Общие принципы» (ст. 1) устанавливает, что «Королевство Саудовская Аравия — суверенное арабское исламское государство. Его религия — ислам, Конституция — Книга Всевышнего Аллаха и сунна Его Пророка, да благословит его Аллах, язык — арабский, столица — г. Эр-Рияд». Глава вторая Низама «Система власти» непосредственно связана с закреплением модели организации верховной государственной власти. Согласно статье 5.1, «система власти Королевства Саудовская Аравия — монархия. 2. Власть принадлежит сыновьям короля — основателя государства Абдель Азиза Абдель Рахмана аль-Фейсала Аль Сауда и сыновьям их сыновей. И присягает наиболее благочестивый из них, вступая на престол, на Книге Всевышнего Аллаха и сунне Его Пророка, да благословит его Аллах»².

По Конституции Королевства Бахрейн от 14 февраля 2002 года Королевство Бахрейн — суверенное, независимое арабское государство, чье население является частью арабской нации и чья территория — часть большой арабской родины. Его суверенитет не может быть передан кому-либо. Также невозможен отказ от какой-либо части государственной территории (ч. 1 ст. 1). Конкретное указание на форму правления содержит пункт «b» статьи 1: «Политический режим Королевства Бахрейн — наследственная конституционная монархия, которая была передана Шейхом Иса бин Салман аль-Халифа его старшему сыну Шейху Хамаду бин Иса аль Халифа — Королю. Затем она будет передана его старшему сыну, от одного поколения другому, если только Король при жизни не назначит наследником сына, который не будет старшим сыном, в соответствии с Декретом о наследовании»³.

В соответствии с Конституцией Кувейта от 11 ноября 1962 года «Кувейт — наследственный Эмират, наследование принадлежит потомкам покойного Мубарака аль-Субаха» (ст. 4)⁴.

Аналогичные нормы содержат конституции Республики Мавритания (принята 12 июля 1991 г.), согласно которой «Мавритания является неделимой, демократической и социальной Исламской Республикой (ч. 1 ст. 1); в Конституции Туниса от 1 июня 1959 года (с поправками, внесенными конституционными законами⁵), определяется, что «Тунисская Республика составляет часть Великого Арабского Магриба, единству которого она содействует в рамках общих интересов»; и др.

Конституция Государства Катар от 29 апреля 2003 года в статье 1 части I «Государство и основы правления» устанавливает: «Форма правления — демократическая». Конкретная ее разновидность вытекает из взаимосвязанных положений, определяющих статус высших органов государства. В частности, согласно статье 61, Законодательная власть осуществляется Советом Шуры; статья 62 устанавливает, что исполнительная власть осуществляется Эмиром при содействии Совета министров⁶.

Характерная особенность форм правления исламских государств — их значительное внутривидовое разнообразие. Это своеобразие проявляется не только в принадлежности отдельных из этих стран к монархическим или к республиканским, но и значительным, как отмечалось, внутривидовым различиям. Такие различия касаются способов замещения поста главы государства, его статуса, наличия или отсутствия специфических только для отдельных стран в системе верховной власти институтов и пр. Так, согласно части первой «Государство и форма правления» Конституции Султаната Оман (Принята 6 ноября 1996 года), «Султанат Оман — арабское, исламское, независимое, суверенное государство со столицей в г. Маскат» (ст. 1); «форма правления — монархия в форме султаната, передаваемого по наследству потомкам Сейида Турки бен Сайда бен Султана Аль Сайда по мужской

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 555—556, 574.

² Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. — М., 2001. — С. 278.

³ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Средняя Азия. — С. 42—32.

⁴ Там же. — С. 356.

⁵ Поправки в Конституцию Туниса от 1 июня 1959 года внесены конституционными законами № 65-23 от 1 июля 1965 года в статью 29 Конституции, № 67-23 от 1 июня 1967 года в статью 29, № 69-63 от 31 декабря 1969 года в статью 51; № 75-13 от 19 марта 1975 года в статьи 40 и 51; № 76-37 от 8 апреля 1976 года, № 81-47 от 9 июня 1981 года, заменившим название «Национальная Ассамблея» на «Палата депутатов»; № 88-88 от 25 июля 1988 года.

⁶ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Средняя Азия. — С. 329—331.

линии. Избранный для наследования власти должен быть совершеннолетним, дееспособным мусульманином, законнорожденным сыном подданных Омана, исповедующих ислам (ст. 5)». Статья 6 Конституции устанавливает, что «в течение 3 дней с момента освобождения султанского трона Совет правящей семьи утверждает наследника власти».

Конституция Федерации Малайзии от 27 августа 1957 года в статье 1 «Название, Государства и территории Федерации» устанавливает, что «Федерация именуется Малайской Федерацией», а в статье 32 «Верховный глава Федерации и его Супруга» части IV главы первой «Верховный глава») закрепляет статус монарха и его Супруги. Согласно части 1 статьи 1, «Учреждается должность Верховного главы Федерации, именуемого Янг ди-Пертуан Агонгом, который по рангу стоит выше всех других лиц в Федерации и не несет ответственности перед каким-либо судом. 2) Супруга Янг ди-Пертуан Агонга по рангу следует непосредственно за Янг ди-Пертуан Агонгом и стоит выше всех других лиц в Федерации. 3) Янг ди-Пертуан Агонг избирается Советом Правителей на пятилетний срок, но может в любое время отказаться от своей должности, представив собственноручно написанное заявление в Совет Правителей, или может быть отстранен от должности Советом Правителей и освобождает эту должность, перестав быть Правителем»¹.

Для понимания своеобразия формы правления Малайзии интерес представляют Положения частей I и III Приложения третьего, которые «применяются к выборам и отстранению от должности Янг ди-Пертуан Агонга».

Конституция устанавливает также, что Заместитель верховного главы избирается Советом Правителей на пятилетний срок, а если он избран в период действия срока полномочий, на который был избран Янг ди-Пертуан Агонг, то на оставшуюся часть этого срока, «но может в любое время отказаться от своей должности, представив собственноручно написанное заявление в Совет Правителей, и освобождает эту должность, перестав быть Правителем».

Закрепление формы правления в исламских республиках сходно с конституционной практикой в других государствах с республиканским строем. При этом специфика исламского фактора сохраняется. Так, в статье 1 Конституции Исламской Республики Афганистан, принятой на Лоя Джирге, проходившей с 12 декабря 2003 года по 4 января 2004 года установлено, что «Исламская республика» Афганистан квалифицируется как «Исламская республика, независимое, унитарное и неделимое государство»².

Среди исламских государств-республик выделяются страны, конституции которых закрепляют «народно-демократический» или «демократический социалистический» строй. Так, по Конституции Алжира «Алжир является Народной Демократической Республикой, единой и неделимой» (ст. 2)³. Глава 2 Конституции «О народе» закрепляет положения о народном суверенитете: «источником всей власти является народ. Только народу принадлежит национальный суверенитет» (ст. 5); согласно статье 7, «учредительная власть принадлежит народу. ...Президент Республики может непосредственно осуществлять волю народа»⁴.

Конституция Арабской Республики Египет от 11 сентября 1971 года в редакции 1980 и 2007 годов в части 1 «Государство» (ст. 1) содержит положение о том, что «Арабская Республика Египет — государство с демократическим социалистическим строем, основанным на союзе трудовых сил народа. Египетский народ является частью арабской нации, который стремится к достижению ее полного единства». В статье 3 говорится о том, что «суверенитет принадлежит только народу, который является источником власти и на практике осуществляет и защищает принципы суверенитета, укрепляет национальное единство в соответствии с установлениями настоящей конституции»⁵.

Вне зависимости от того, республика или монархия учреждена в том или ином государстве, форма правления характеризуется жесткостью и чрезвычайно обширными полномочиями главы государства (монарха или президента). Исключение составляют Марокко и, с формально-юридической стороны, Ирак.

По Конституции Марокко (принята 13 сентября 1996 г.) «Марокко — демократическая, социальная и конституционная монархия» (ст. 1); «верховная власть принадлежит народу, который может реализовать ее непосредственно путем референдума или косвенным путем через конституционные институты»⁶.

Несколько нетрадиционной для исламских государств является конструкция формы правления, закрепленная в Конституции Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка от 7 сентября 1978 года. Согласно статье 30 Конституции, Президент страны одновременно и глава государства, и глава исполнительной власти, и правительства. Он избирается гражданами на 6 лет, несет от-

¹ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Средняя Азия. — С. 350.

² См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 16.

³ См.: Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. — М., 2001. — С. 297.

⁴ См. там же. — С. 249.

⁵ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Средняя Азия. — С. 63.

⁶ Там же. — С. 410.

ветственность перед парламентом за надлежащее осуществление прав, несение обязанностей и выполнение функций на основе конституции и любого писаного закона (ст. 42). Кроме того, Конституцией предусмотрен роспуск Кабинета министров (ст. 49)¹.

Необычная форма правления, которая также является объектом конституционного регулирования — директориальная республика, получившая распространение в некоторых странах (Сан-Марино, Швейцария, Науру). На необычность государственного устройства страны указывает преамбула Декларации прав граждан и основных принципов государственного устройства Сан-Марино (Конституция) от 8 июля 1974 года: «Мы, Капитаны-регенты Светлейшей Республики Сан-Марино промульгируем и направляем для опубликования настоящий Закон, принятый Большим Генеральным советом на заседании 8 июля 1974 года».

Согласно статье 2 Конституции, «суверенитет Республики принадлежит народу, который осуществляет его в государственных формах представительной демократии». Закон устанавливает Аренго и другие институты прямой демократии.

Статья 3 Конституции непосредственно определяет структуру верховной власти Сан-Марино: «Капитаны-регенты осуществляют функции главы государства в соответствии с принципом коллегиальности. Большому Генеральному совету принадлежит функция политического курса и осуществление законодательной власти. Исполнительная власть принадлежит Государственному конгрессу, политически ответственному перед Советом. В случае срочности Капитаны-регенты, заслушав мнение Государственного конгресса, могут принимать декреты, имеющие силу закона, которые подлежат утверждению Большим Генеральным советом в течение трех месяцев. Органам судебной власти, утвержденным законом, гарантируется полная независимость в осуществлении их функций. Власти государства действуют на основе уважения взаимной автономии и компетенции»². Совершенно по-иному сконструирована директориальная республика по конституции Швейцарии. В тексте Основного закона отсутствуют положения, прямо или косвенно упоминающие форму правления. Для вывода о директориальной республике дает основание анализ взаимосвязанных положений конституционного текста. Союзная конституция Швейцарской Конфедерации от 18 апреля 1999 года содержит часть 5 «Союзные власти», в которую включены главы: 2 — «Союзное Собрание», 3 — «Союзный Совет и Союзная администрация», 4 — «Союзный суд». Содержание этих глав, в особенности второй и третьей, не оставляет сомнения относительно формы правления. Согласно положениям глав 3—4, верховная власть в Швейцарии осуществляется преимущественно парламентом (Союзным собранием). Он избирает из числа швейцарских граждан директорию (Союзный совет), выступающую одновременно «коллективным главой государства», «коллективным президентом» и правительством, функционирующую на основе коллегиального принципа (президент и вице-президент избираются Союзным собранием из числа членов Союзного совета сроком всего на один год, при этом переизбрание на следующий срок запрещено)³. На практике места в директории распределяются между парламентскими партиями пропорционально количеству имеющихся у них депутатских мандатов. Также соблюдается конституционное требование равного представительства в директории языковых регионов. Директория несет ответственность перед парламентом, хотя в швейцарской Конституции прямо не предусмотрено право парламента распускать директорию или отрешать ее членов. Роспуск парламента или его палат Союзной конституцией также не предусмотрен.

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 634.

² Конституция Республики Сан-Марино [Текст] // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

³ Основной закон Швейцарской Конфедерации [Текст] // Там же.

В.И. Червонюк, С.В. Кабышев

Червонюк Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России;

Кабышев Сергей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, председатель Российского правотворческого общества

**Техника и технологии использования
в современной конституционной практике
упрощенных законодательных производств:
страноведческий и сравнительно-правовой подходы**

Широкое применение в юридической практике современных государств упрощенных законодательных производств и отсутствие теоретического осмысления данного феномена обуславливают научный интерес к заявленной теме. Объективно признанная необходимость использования в конституционной практике упрощенных законодательных производств предопределяет решение одновременно и научной, и практической проблемы, связанной с поиском методологического, технического и технолого-юридического инструментария внедрения их в эту практику. Анализ новейшей литературы указывает на то, что данная проблема пока не стала объектом специального научного анализа. Законотворческая практика, таким образом, развивается, не имея прочного научного основания.

***Упрощенные законодательные производства
как разновидность юридических производств***

Дифференциация юридического процесса, в том числе проблема разделения процесса на виды производств, неизменно привлекает к себе внимание ученых и практиков на протяжении всей истории его существования, поскольку она связана с необходимостью усовершенствования процессуально-правовой формы, с рациональностью и экономичностью использования сил и средств судопроизводства, с сокращением сроков и (что особенно важно) с повышением качества рассмотрения юридических дел, повышением мотивационного воздействия процесса, обеспечением скорейшей защиты прав граждан и удовлетворением их интересов¹. С рассматриваемой точки зрения дифференциация юридических производств есть не что иное, как такое построение юридического процесса, при котором в его рамках существует целый ряд отличающихся по своей направленности производств, а равно приспособленных для разрешения различных категорий или различной степени сложности юридических дел.

С учетом характера сложности дел, а следовательно, в зависимости от сложности процессуально-правовой формы, в тех или иных сферах юридической практики правомерно выделять две группы процессуальных производств: 1) *ординарные (обычные)*; 2) *неординарные, или нетипичные*. Ординарные (обычные), или типичные, юридические производства в зависимости от направленности можно подразделить на: 1) *основные*, 2) *дополнительные (субсидиарные)* и 3) *особые*. Неординарные, или нетипичные, в свою очередь, могут быть дифференцированы на: а) *упрощенные* и б) *сложноструктурированные (сложносоставные)*, или *усложненные*, процессуальные производства. Очевидно, что применительно к различным отраслям права в число неординарных производств могут быть включены и иные разновидности.

В основе приведенной процессуальной дифференциации находятся определенные детерминанты: это значит, что применение упрощенных юридических производств обусловлено действием таких факторов, которые применяющий право не вправе игнорировать, не рискуя вступить в конфликт с процессуальным законом.

¹ В отраслевых юридических дисциплинах существуют разные оценки феномена дифференциации в праве. В частности, в уголовно-процессуальном праве существует два подхода к содержанию и объему понятия дифференциации процесса. Согласно первому, классическому подходу, в основе понятия дифференциации уголовного процесса лежит такая правовая категория, как уголовно-процессуальная форма. Именно о дифференцированной уголовно-процессуальной форме говорят ученые, когда хотят подчеркнуть существующие различия в производстве по тем или иным уголовным делам. Другой подход к идее дифференциации уголовного процесса построен на необходимости существования в уголовном процессе дифференцированных процессуальных производств (Кищенко А.В. К вопросу о понятии упрощенного производства // Право и политика. — 2009. — № 5. — С. 116—119).

Не следует думать так, что упрощенные процессуальные производства учреждаются в интересах структур, применяющих право. Рационализация поведения правоприменительных органов имеет прямое отношение к проблеме эффективности обеспечения прав и свобод человека и гражданина. Именно в этой связи в Рекомендациях Комитета министров Совета Европы от 14 мая 1981 года № R(81)7 «Комитет министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию» и от 28 февраля 1984 года № R (84) 5 «Комитет министров государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы» содержится ряд принципиально важных предложений об упрощении процедуры судебного разбирательства гражданских дел¹.

И хотя эти рекомендации адресованы прежде всего правоприменительной практике (в основном судебной), их общее (нормативное) значение неоспоримо. С этой точки зрения следует думать так, что и иные сферы юридической практики, включая все области нормотворческой деятельности, законодательства в особенности, оказываются не свободными от такого рода предложений. Следовательно, необходимость радикального усиления деятельности по обеспечению прав и свобод граждан является тем фундаментальным обстоятельством, с которым в современных условиях связано использование упрощенных процессуальных производств.

Еще одно фундаментальное обстоятельство, обуславливающее процессы дифференциации в процессуальном праве, связано с действием принципа процессуальной экономии² — противоположным началом принципу процессуального формализма³.

Принцип процессуальной экономии в законе прямо не указан, его юридическое содержание выявляется при систематическом толковании содержащихся в процессуальном законодательстве норм и институтов. Эффект процессуальной экономии следует усматривать в: (1) рационализации, или допустимом разумном смягчении процессуальных формальностей, оптимизации процессуальных правил, применении в процессе норм, без которых действительно невозможно обойтись и (2) в интенсификации (ускорении, быстроте) процесса. Понятно, что чем быстрее осуществляется защита права, тем она ценнее.

Сферы применения упрощенных юридических производств достаточно обширны. В частности, в гражданском и уголовном судопроизводстве примером упрощенных производств является так называемое заочное производство. Правовой режим заочного производства в гражданском процессе⁴ определяется частью 2 статьи 233 ГПК. Соответственно, в порядке заочного производства дела рассматриваются в случае: неявки в судебное заседание ответчика, извещенного о его времени и месте, не сообщившего об уважительных причинах неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие; неявки в судебное заседание всех ответчиков при участии в деле нескольких ответчиков⁵. В уголовном судопроизводстве заочное разбирательство проводится в порядке, предусмотренном частью 5 статьи 247 УПК РФ (заочное судебное разбирательство)⁶, и предполагает рассмотрение дела в отсутствие подсудимого. Подобная процедура проводится в случаях, когда подсудимый находит-

¹ См.: *Ярков В.В.* Будущее системы гражданской юрисдикции: попытка прогноза // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития: Межвузовский сборник научных трудов. — Екатеринбург, 2000. — С. 42—43; *Гомьен Д.* Комментарий к «Европейской конвенции о защите прав человека». — Страсбург, 1995. — С. 5; *Решетникова И.В.* Судебная реформа в сфере гражданской юрисдикции в России / И.В. Решетникова, В.В. Ярков // Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. — Екатеринбург, 1996. — С. 28; *Гомьен Д.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Д. Гомьен, Л. Зваак, Д. Харрис. — М., 1998. — С. 204.

² См. об этом: *Тихонович В.В.* Принцип процессуальной экономии в советском гражданском процессуальном праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Минск, 1975.

³ Суть принципа формализма в праве в том, что (1) процессуальное право устанавливает определенные правовые формальности — обязательные формы, сроки и способы совершения процессуальных действий; (2) процессуально-правовые формальности должны соблюдаться в обязательном порядке. Неисполнение процессуальных формальностей в ряде случаев ведет в гражданском процессе к ничтожности самого действия, в уголовном — к квалификации данного действия незаконным.

⁴ *Пахман С.В.* Обычное гражданское право в России / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. — М., 2003.

⁵ По действующему законодательству правила о заочном производстве не применяются при рассмотрении и разрешении дел, возникающих из публично-правовых отношений, а также по делам особого производства, поскольку там отсутствует спор о праве и заявителю не противостоит ответная сторона.

⁶ При этом до принятия изменений 2006 года заочное рассмотрение уголовного дела было возможно в порядке части 4 статьи 247 УПК РФ при соблюдении двух условий: а) судебное разбирательство при отсутствии подсудимого допускалось по делам небольшой или средней тяжести; б) подсудимый сам должен был представить ходатайство о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие. Внесенные Федеральным законом от 27 июня 2006 года № 153-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и Федерального закона «О противодействии терроризму»» изменения в Уголовный кодекс РФ, предусматривают возможность проведения заочного производства в исключительных случаях по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях без ходатайства подсудимого.

ся за пределами территории нашей страны и (или) он уклоняется от явки в суд при условии, что он не был привлечен к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу. Внесенные Федеральным законом от 27 июня 2006 года № 153-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и Федерального закона «О противодействии терроризму»» изменения в Уголовный кодекс РФ предусматривают возможность проведения заочного производства в исключительных случаях по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях без ходатайства подсудимого¹. Правовым основанием для этого являются Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма» и ратифицировавший ее Федеральный закон, Закон «О противодействии терроризму», изменения, внесенные в Уголовный кодекс РФ и предусматривающие возможность проведения заочного производства в исключительных случаях по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях без ходатайства подсудимого².

Упрощенные производства находят применение в арбитражном судопроизводстве в связи с ликвидацией определенной категории юридических лиц. Федеральный закон от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (с изм. от 22 августа, 29, 31 декабря 2004 г., 24 октября 2005 г., 18 июля, 18 декабря 2006 г., 5 февраля, 26 апреля, 19 июля, 2 октября, 1 декабря 2007 г., 23 июля, 3, 30 декабря 2008 г.) в главе XI (ст. 224—230) предусматривает применение упрощенного производства в отношении ликвидируемого и отсутствующего должника.

Специальные упрощенные производства применяются в административно-правовой практике, в частности, в сфере действия таможенного права, устанавливающего льготный правовой режим таможенного оформления товаров, перемещаемых на территорию Российской Федерации. Согласно пунктам 3 и 4 статьи 68 («Специальные упрощенные процедуры таможенного оформления для отдельных лиц») Таможенного кодекса РФ, специальные упрощенные процедуры устанавливаются для лиц, осуществляющих ввоз (но не вывоз) на таможенную территорию товаров и предусматривают для них возможность:

а) подавать так называемую периодическую таможенную декларацию вместо общего порядка декларирования;

б) требовать выпуска товара на основании лишь представления сведений, необходимых для идентификации товаров, вместо представления всех документов и сведений, обычно требуемых для выпуска;

в) проведения таможенного оформления не по месту нахождения таможенного органа, а на своих объектах (например, в своем складском помещении);

г) хранить товары на своих (а не на таможенных) складах.

Симптоматично, что перечень «упрощенных процедур» оставлен законодателем открытым: могут иметь место и иные процедуры, предоставляемые указанным выше лицам.

В последние годы упрощенные производства получают распространение в конституционном судопроизводстве³. В частности, это сложившееся в практике Конституционного Суда РФ применение письменного (усеченного) производства в ситуациях, когда Конституционный Суд распространяет свои правовые позиции на аналогичные, тождественные конституционно-правовые ситуации без последующего публичного рассмотрения обращений⁴. В специальной литературе в порядке *de lege ferenda* письменное производство предлагается распространить на такие виды производств, как толкование Конституции РФ, проверка конституционности соблюдения процедуры при отрешении Президента РФ от должности, а также инициативы проведения общероссийского референдума по предложенному вопросу (предложенным вопросам) референдума (Н.В. Витрук, В.Д. Зорькин, М.А. Митюков, Т.Г. Морщакова и др.).

Понятие упрощенного законодательного производства и его особенности

Упрощенные юридические производства в значительной мере предопределены феноменом дифференциации в современном праве, хотя полностью к этому не сводятся. В свою очередь дифферен-

¹ См.: Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 35. — Ст. 4244.

² См. там же.

³ См. об этом: Дагуев А.В. Виды производств и их особенности в конституционном судопроизводстве: Автореф... дис. канд. юрид. наук. — М., 2009.

⁴ В специальной литературе подчеркивается необходимость законодательного оформления усеченного (письменного) производства по распространению правовых позиций Конституционного Суда РФ на тождественные (аналогичные, сходные) дела с тем, чтобы обеспечить безусловное исполнение всеми судебными инстанциями такого рода решений Конституционного Суда РФ. В усеченном (письменном) производстве следует предусмотреть гарантии реализации таких принципов судопроизводства, как равноправие и состязательность сторон, открытость, гласность в конституционном судопроизводстве (см.: Дагуев А.В. Виды производств и их особенности в конституционном судопроизводстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2009).

циация¹ законодательного производства² есть не что иное, как такое построение законодательного процесса, при котором в его рамках существует целый ряд отличающихся производств, приспособленных для различных видов законодательной деятельности. Как и в юридических производствах, в законодательном процессе в зависимости от особенностей процессуально-правовой формы правомерно выделять ординарные, или обычные, и неординарные, или нетипичные, производства. Последние, в свою очередь, могут быть дифференцированы на: упрощенные и сложноструктурированные (сложносоставные), или усложненные, производства³.

Усложненные законодательные производства связаны преимущественно с разработкой, обсуждением и принятием особой группы законодательных актов. Это финансовые, органические и конституционные законы, законы о ратификации международных договоров и некоторые другие. Законодательное производство таких актов отличает максимально полный набор всех выше описанных элементов, стадий законодательной деятельности⁴.

Нетипичные производства, как правило, рассматриваются фрагментарно, причем в основном в работах учебного характера⁵.

Выявление сущности упрощенных законодательных производств несколько осложняется тем, что правовые системы разных стран содержат обширные перечни упрощенных производств, которые нередко, имея одинаковые названия, значительно отличаются друг от друга по содержанию. Поэтому сущность упрощенных производств целесообразнее всего определять через их характерные признаки.

Проведенный анализ позволяет обобщенно отнести к упрощенным законодательным производствам следующие признаки: а) сокращенные сроки обсуждения и принятия закона; б) упрощенная процессуальная форма законодательной процедуры; в) возможность применения таких производств при принятии «нерезонансных» законов; г) большая эффективность по сравнению с обычным порядком законодательного производства. Это также: упрощенные методы парламентского обсуждения законопроекта; упрощенные процедуры ведения заседания и формы вынесения постановления; проведение обсуждения законопроекта либо в парламентских структурах (постоянных комитетах, комиссиях), либо по правилам одного «чтения». В случаях, требующих первоочередного принятия закона, процедурные нормы предполагают принятие закона по ускоренной или срочной процедуре. Применение такой процедуры предполагает внеочередное рассмотрение, сокращение количества чтений или их совмещение в рамках одного пленарного заседания, сокращения времени для выступлений и др.

Применение упрощенных законодательных производств не устраняет подчинения их общим закономерностям законодательных производств. С этой точки зрения ни один из принципов правотворчества при применении упрощенных производств не подлежит каким-либо изъятиям. Принципиально важно и то, что применение такого рода производств не должно вступать в противоречие с положением части 2 статьи 55 Конституции РФ, адресующей запрет законодателю издавать законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина.

¹ В общеупотребительном значении термин «дифференциация» означает «разделение, расчленение целого на различные части, формы и ступени» (см.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. — М., 2008. — С. 567; *Русский семантический словарь.* Толковый словарь, систематизированный по классам слов и значений / Под общ. ред. Н.Ю. Шведовой. — М., 1998. — С. 345; *Розенталь Д.Э.* Справочник по русскому языку. Словарь лингвистических терминов / Д.Э. Розенталь, М.А. Теленкова. — М., 2009. — С. 454).

² Законодательное производство — сложносоставное образование, включающее несколько классов разнородных, но взаимосвязанных между собой правовых явлений. Это: субъекты законодательной деятельности, наделенные конституционной правосубъектностью в данной сфере; лица и организации, оказывающие то или иное влияние на действующих субъектов законодательной деятельности; законодательные действия; законодательные процедуры; процессуальные правоотношения, имеющие правотворческий характер. В своем единстве они образуют юридически определенную конструкцию законодательного производства. С технологико-юридической точки зрения законодательное производство может быть представлено комплексом однородных законодательных действий и соответствующих им законодательных процедур, образующих в своем единстве относительно замкнутый цикл, стадию законодательного производства. Очевидно, что с учетом ранее отмеченного, такие циклы (стадии) совпадают со стадиями законодательного процесса.

Понятно, что это общая модель (конструкция) законодательного производства, которая в зависимости от характера законодательной деятельности, ее конечного «продукта» — принимаемых законов, отличающихся между собой юридической силой, юридической формой, назначением, предметной областью регулирования и т. д., приобретает те или иные особенности.

³ Подробнее об этом см.: *Червонюк В.И.* Упрощенные юридические производства как феномен дифференциации процессуального права в современных правовых системах // *Экономика. Право. Лингвистика.* — 2010. — № 1 (18). — С. 17—25.

⁴ Подробнее см.: *Червонюк В.И.* Законодательная власть в зарубежных странах: Учебное пособие: В 2 ч. — М., 2012. — Ч. II: Законодательные производства.

⁵ См., например: Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Общая часть: Учебник для вузов / Рук. авт. колл. и отв. ред. Б.А. Страшун. — 4-е изд., обновл. и дораб. — М., 2007; *Шаповал В.Н.* Сравнительное конституционное право зарубежных стран. — Киев, 2007.

Технико-юридические особенности законодательного оформления упрощенных законодательных производств

Самый общий взгляд на рассматриваемую проблему может составить представление, что используемые в законодательной деятельности упрощенные производства применяются исключительно на основе целесообразности и усмотрения законодательного органа, не требуя для этого специальных юридических оснований. Между тем, как показывает анализ проблемы, технико-юридические формы закрепления данного вида законодательных производств национальными конституциями зарубежных стран достаточно разнообразны. Обобщенно к таковым действующее иностранное конституционное законодательство относит следующие.

Во-первых, наиболее распространенной технико-юридической формой упрощенных производств является закрепление в конституционном законодательстве зарубежных стран специального порядка в отношении так называемых срочных законопроектов. Применение упрощенных производств в отношении срочных законопроектов имеет ряд особенностей, направленных на более быстрое обсуждение, принятие и введение в действие необходимого закона. Соответственно, такое производство предполагает внеочередное рассмотрение законопроекта, сокращение количества чтений или их совмещение в рамках одного пленарного заседания, сокращения времени для выступлений и др.

К примеру, часть 3 статьи 74 «Принятие законов и решений» Конституции Румынии корреспондирует возможность применения упрощенных законодательных производств в соответствии с регламентом каждой палаты. А в соответствии с частью 3 статьи 75, парламент по просьбе правительства или по собственной инициативе может принять законопроект или законопредложение в срочном порядке, установленном регламентом палат. Часть 2 статьи 72 Конституции Италии предусматривает, что «Регламент устанавливает сокращенные процедуры для законопроектов, объявленных срочными». Он может устанавливать, в каких случаях и формах изучение и одобрение законопроектов передается комиссиям, также постоянным, составленным таким образом, чтобы пропорционально отразить соотношение парламентских групп (ч. 3 ст. 72)¹.

Согласно Конституции Польши, Совет Министров может признать постановленный им законопроект срочным, за исключением проектов налоговых законов, законов, касающихся выборов Президента Республики, Сейма, Сената и органов территориального самоуправления, законов, регулирующих устройство и компетенцию публичных властей, а также кодексов (ч. 1 ст. 123). В производстве по делу о законе, проект которого признан срочным, срок его рассмотрения Сенатом составляет 14 дней, а срок подписания закона Президентом Республики составляет 7 дней. Порядок рассмотрения срочных законопроектов имеет особенности по сравнению с обычной законодательной процедурой. Сейм может принять решение о незамедлительном переходе от первого чтения ко второму, минуя этап рассмотрения законопроекта в комиссиях.

В Мексике для ускорения прохождения законопроекта президент может объявить его срочным, что обязывает палату принять по нему решение в срок до 30 дней².

Статья 91 Конституции Колумбии устанавливает, что Президент Республики может потребовать срочного рассмотрения того или иного законопроекта. В этом случае соответствующая Палата должна высказаться по законопроекту в течение тридцати дней. Заявление о срочности может быть повторено на всех конституционных этапах рассмотрения проекта, но если Президент настаивает на срочности, то законопроект имеет преимущество перед всеми другими делами до тех пор, пока соответствующая Палата не примет по нему решения³.

Во Франции законопроекты могут приниматься без прений. Правительство заранее договаривается с большинством фракций или депутатов, и под видом неотложности и важности правительственный законопроект вносится и сразу же голосуется.

Статья 170 Конституции Португальской Республики («Срочное рассмотрение вопроса») устанавливает, что легислатура Республики может по инициативе любого депутата или парламентской группы, или Правительства объявить о срочном прохождении какого-либо проекта или предложения закона или постановления (ч. 1). Согласно части 2 статьи 170, Ассамблея может по инициативе областных законодательных ассамблей Азорских островов или Мадейры объявить о срочном прохождении какого-либо законопредложения, внесенного по их инициативе⁴.

Принятие парламентом срочных законопроектов влияет на процессуальные сроки конституционных действий участников законодательного процесса. Так, Конституция Ливанской Республики от

¹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 77—78.

² См.: Мексиканские Соединенные Штаты: Конституция и законодательные акты / Пер. с исп.; сост., ред. и авт. вступ. ст. О.А. Жидков. — М., 1986.

³ См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 3: Южная Америка.

⁴ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2. — С. 801.

23 мая 1926 года (последняя редакция 21 сентября 1990 г.) предусматривает, что президент промульгирует законы в течение месяца после передачи их правительству (ст. 56). Однако, что касается законов, обнаруженных которых специальным решением Палаты депутатов (законодательный орган страны) объявлено срочным, то президент должен их промульгировать в течение 5 дней и обеспечить их опубликование.

В соответствии со статьей 75 Конституции Латвийской Республики, Сейм большинством 2/3 голосов принимает спешность закона. При этом Президент не может требовать вторичного пересмотра такого закона; такой закон не может быть передан на народное голосование и должен быть провозглашен не позднее как на третий день со дня получения принятого закона Президентом¹.

Конституция Греции в статье 76 устанавливает несколько правил относительно упрощенных производств в законодательной деятельности. Так, законопроект или законодательное предложение, квалифицируемое правительством как очень срочное, может быть подвергнуто голосованию после ограниченного обсуждения, в котором участвуют, кроме докладчиков, премьер министр или соответствующий министр, руководители политических партий, представленных в палате, и по одному представителю от каждой из этих партий. При этом Регламент палаты может ограничить продолжительность выступлений и время обсуждения (ч. 4 ст. 76). Согласно части 5 этой же статьи, правительство может потребовать, чтобы законопроект или законодательное предложение особой важности или имеющее срочный характер обсуждалось на определенном числе заседаний, но не более чем на трех. Палата депутатов может по предложению десятой части общего числа депутатов продолжить обсуждение на двух и не более дополнительных заседаниях. Продолжительность каждого выступления устанавливается регламентом Палаты.

Во-вторых, закрепление в основных законах права парламента принимать закон, минуя определенные стадии.

Согласно части 1 статьи 83 Конституции Албании, голосование по законопроекту производится три раза: в принципе, постатейно и в целом. Часть 2 данной статьи устанавливает, что Кувенд (однопалатный парламент) по просьбе Совета Министров или одной пятой всех депутатов может обсудить и принять законопроект в ускоренном режиме, но не раньше, чем через неделю с начала процедуры обсуждения. При этом, как следует из части 3 статьи 83, ускоренная процедура не используется при обсуждении законопроектов, предусмотренных § 2 статьи 81, за исключением подпараграфа «f».

Конституция Венесуэлы 1953 года в статье 90 устанавливает: «Президент Республики промульгирует законодательные акты в течение десяти дней, считая со дня получения им этих актов; однако в тот же срок он может просить путем обращения к Председателю Национального Конгресса об их изменении или отклонении. Если речь идет об изменениях, то они и связанные с ними статьи проходят два чтения в каждой из Палат. Если предложение Президента Республики состоит в отклонении законодательных актов, то Палаты, объединившись в Конгресс, решают этот вопрос в одном чтении. Для сохранения первоначального текста законодательного акта требуется в каждой Палате большинство по крайней мере в две трети присутствующих членов».

В соответствии с Конституцией Греции, законопроект или законодательное предложение, квалифицируемое правительством как очень срочное, может быть подвергнуто голосованию после ограниченного обсуждения, в котором участвуют, кроме докладчиков, премьер-министр или соответствующий министр, руководители политических партий, представленных в палате, и по одному представителю от каждой из этих партий; Регламент палаты может ограничить продолжительность выступлений и время обсуждения (п. 4 ст. 76). Упрощенные схемы в законодательном процессе допускаются и в том случае, когда, согласно пункту 5 статьи 76 Конституции правительство может потребовать, чтобы законопроект или законодательное предложение особой важности или имеющее срочный характер, обсуждалось на определенном числе заседаний, но не более чем на трех. Палата депутатов может по предложению десятой части общего числа депутатов продолжить обсуждение на двух и не более дополнительных заседаниях. В этом случае продолжительность каждого выступления устанавливается регламентом палаты.

Часть 2 статьи 45.3 Конституции Франции предусматривает, что если вследствие разногласия между двумя палатами принятие проекта или предложения закона оказалось невозможным после двух чтений в каждой палате или если Правительство решило ввести ускоренную процедуру, не встретив совместного выступления конференций председателей против этого, то после одного чтения в каждой из них Премьер-министр или, если речь идет о законопредложении, председатели обеих палат, действуя совместно, имеют возможность созвать заседание смешанной паритетной комиссии, обязанной предложить текст положений, остающихся предметом дискуссии².

¹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1. — С. 313.

² См.: Избранные конституции зарубежных стран: Учебное пособие / Отв. ред. Б.А. Страшун. — М., 2011. — С. 176.

В-третьих, конституционное закрепление права принятия закона за отдельными постоянными парламентскими органами — парламентскими комитетами или комиссиями.

Такое право зарезервировано за постоянными комиссиями национальных парламентов целой группы стран (Испания, Италия, Греция, Бразилия). Конституция Италии по такой процедуре предусматривает принятие парламентом страны «срочных» законов. В том случае, «если палаты, каждая абсолютным большинством голосов своих членов, объявляют закон срочным, то он промульгируется в срок, указанный в этом законе» (ч. 2 ст. 73)¹. По Конституции Испании применение упрощенных производств связывается с тем обстоятельством, что «палаты могут уполномочивать постоянные законодательные комиссии принимать законопроекты и законодательные предложения» (ч. 2 ст. 75)².

По аналогичной схеме, согласно части 1 статьи 76 Конституции Греции, причем «в одном чтении в принципе, постатейно и в целом», принимают законы секции национального Парламента страны.

В-четвертых, предусмотренные национальной конституцией особые правовые институты (механизмы), предполагающие применение упрощенных производств.

К примеру, Основным законом ФРГ предусмотрен институт срочного удовлетворения потребностей в законодательстве. Согласно абзацу 1 статьи 81 Основного закона ФРГ, если Бундестаг, отклонивший внесенный Федеральным правительством законопроект, который оно объявило «как неотложный», не распущен, то Федеральный президент по предложению Федерального правительства и с согласия Бундесрата может объявить *состояние законодательной необходимости* в отношении данного законопроекта (это применимо и в отношении ситуации, когда законопроект отклонен, несмотря на то, что именно в связи с ним Федеральный канцлер поставил вопрос о доверии). Если Бундестаг после объявления состояния законодательной необходимости снова отклонит законопроект или примет его в неприемлемой для Федерального правительства редакции, то закон считается вступившим в силу при условии, что Бундесрат его одобрит. То же относится к случаю, если проект не будет принят Бундестагом в течение четырех недель после его повторного внесения (абз. 2 ст. 81).

Основной закон (абз. 3 ст. 81), кроме того, предусматривает, что в течение шести месяцев после первого объявления состояния законодательной необходимости и в период нахождения того же Федерального канцлера в должности по той же самой процедуре может быть принят любой другой отклоненный Бундестагом законопроект. Однако по истечении шести месяцев дальнейшего объявления тем же Федеральным канцлером состояния законодательной необходимости не допускается.

В-пятых, закрепление в конституции страны оговорок относительно особого порядка вступления в силу принимаемых парламентом законов.

Согласно части 4 статьи 84 Конституции Албании, в случаях чрезвычайных мер, а также в случае необходимых и непредвиденных обстоятельств, когда Кувенд (однопалатный парламент, состоящий из 140 депутатов) решает большинством голосов всех его членов, что закон должен вступить в силу немедленно, Президент Республики утверждает, последний вступает в силу сразу же после обнародования.

В-шестых, сформировавшийся в конституционной практике обычай (парламентское обыкновение) относительно упрощения отдельных стадий законодательного процесса. Усеченные производства имеют место не только в отношении конкретных видов законов, но и применительно к отдельным стадиям законодательного процесса.

Так, в странах англо-американского права процедура первого чтения реализуется в упрощенной форме, как это, к примеру, имеет место в Конгрессе США: в палате представителей текст законопроекта опускается в специальный ящик — «хоппер», который стоит на столе у клерка палаты. В сенате, с разрешения председателя палаты, эта процедура во время «утреннего заседания» сопровождается краткой речью сенатора. Не предлагая проекта закона по существу, сенаторы и конгрессмены могут ограничиться внесением в палату петиции о рассмотрении соответствующего законодательства. В этом случае разработка законопроекта поручается постоянному комитету либо свои услуги предоставляют всевозможные лоббистские организации, заинтересованные в том или ином решении вопроса.

После официального внесения проекта он распечатывается на специальном типографском бланке, в котором указываются порядковый номер и краткое наименование законопроекта, а также члены палаты, которые представили и поддержали проект (в палате представителей их должно быть не более 25 человек). Текст печатается на листах, каждая строчка которых имеет порядковый номер. Сделано это для того, чтобы облегчить процесс обсуждения и внесения в проект поправок. Тексты законопроектов хранятся в комнатах хранения документации. Информация о них публикуется в официальном вестнике конгресса «Конгрешнл рекорд».

Таким образом, конституционно-правовое оформление возможности применения упрощенных законодательных производств широко представлено в различных конституционных системах зару-

¹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 463.

² См.: Конституции зарубежных государств / Под ред. В.В. Маклакова. — М., 2007. — С. 242.

бежных стран, отличающихся достаточно высоким уровнем правового развития. Весьма распространены оказываются и технико-юридические способы конституционного признания таких производств. Все это, как представляется, свидетельствует в пользу широкого, хотя и весьма выверенного, внедрения упрощенных законодательных производств в современную конституционную практику современной России.

Упрощенные законодательные производства в практике Федерального Собрания Российской Федерации: состояние проблемы и перспективы решения

Действующее российское конституционное законодательство, в отличие от зарубежного, не содержит прямых указаний относительно возможности использования данных производств в законодательной деятельности как федерального парламента, так и региональных легислатур. Причем, даже в тех субъектах Российской Федерации, где приняты специальные законодательные акты относительно правотворчества органов государства, — законы о нормативных правовых актах — подобные установления отсутствуют. Хотя, следует отметить, что ни прямых, ни косвенных запретов относительно возможности внедрения таких производств в законодательной деятельности нет. Соответственно, возможность применения упрощенных производств, хотя и по весьма ограниченному кругу вопросов, на федеральном уровне допускает парламентское право.

Во-первых, согласно части 1 статьи 116 Регламента Государственной Думы Федерального Собрания РФ, рассмотрение законопроектов Государственной Думой осуществляется в трех чтениях, если иное не предусмотрено действующим законодательством или настоящим Регламентом. А согласно части 1 статьи 119 Регламента палаты, по результатам обсуждения законопроекта в первом чтении Государственная Дума может принять законопроект в первом чтении, за исключением законопроекта по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. В соответствии с частью 8 анализируемой статьи Регламента, принятый в первом чтении законопроект, за исключением законопроекта по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации или одобрения законопроекта в первом чтении, председательствующий может поставить на голосование предложение ответственного комитета о принятии или об одобрении закона, исключая процедуры второго и третьего чтений, при наличии заключения Правового управления Аппарата Государственной Думы, отражающего результаты правовой, юридико-технической и лингвистической экспертиз. Ответственный комитет может в целях уточнения отдельных положений законопроекта внести в него правку юридико-технического и лингвистического характера, при этом повторные правовая, юридико-техническая и лингвистическая экспертизы законопроекта Правовым управлением Аппарата Государственной Думы не проводятся. Если имеются возражающие против этого предложения, председательствующий предоставляет каждому из них до трех минут для обоснования своей позиции. Представитель ответственного комитета вправе высказать мнение ответственного комитета по каждому возражению либо снять предложение о принятии или об одобрении закона. По окончании обсуждения, если ответственным комитетом не снято предложение о принятии или об одобрении закона, председательствующий ставит на голосование предложение ответственного комитета о принятии или об одобрении закона, исключая процедуры второго и третьего чтений. Решение о принятии федерального закона или об одобрении федерального конституционного закона оформляется соответствующим постановлением Государственной Думы. Если решение о принятии федерального закона или об одобрении федерального конституционного закона не принято, то работа над законопроектом продолжается в установленном настоящим Регламентом порядке.

Во-вторых, согласно статье 134 Регламента Государственной Думы, допускается преодоление вето Президента РФ нижней палатой по процедуре упрощенного производства, минуя процедуры согласительных процедур. Для этой цели палата может, согласно пункту «г» части 2 статьи 134, «одобрить федеральный закон в ранее принятой редакции».

В-третьих, упрощенное производство применяется в законодательной деятельности Совета Федерации. Согласно части 1 статьи 105 Регламента Совета Федерации Федерального Собрания¹, Комитет (комиссия) Совета Федерации, ответственный за рассмотрение федерального закона, предварительно рассматривает принятый Государственной Думой федеральный закон и принимает по нему заключение. В соответствии со статьей 106 Регламента, в заключении комитета (комиссии) Совета Федерации, ответственного за рассмотрение принятого Государственной Думой федерального закона, дается оценка рассматриваемого федерального закона и формулируется одно из следующих решений:

¹ Регламент Совета Федерации Федерального Собрания (с изм. от 29 марта, 29 мая, 11 декабря 2002 г., 12 февраля, 26 марта 2003 г., 26 мая, 24 декабря 2004 г., 9 февраля 2005 г., 24 марта, 6 октября 2006 г., 2 марта, 6 июля, 16 ноября 2007 г., 30 января, 20 февраля, 16 апреля, 18 июня, 19 сентября, 12 ноября, 29 декабря 2008 г., 29 апреля, 7 июля, 7 октября, 25 ноября, 16, 25 декабря 2009 г.).

а) рекомендовать Совету Федерации одобрить федеральный закон, принятый Государственной Думой;

б) рекомендовать Совету Федерации отклонить федеральный закон, принятый Государственной Думой. При этом в заключении излагаются мотивы, по которым комитет (комиссия) считает необходимым его отклонить.

Комитет (комиссия) Совета Федерации, ответственный за рассмотрение федерального закона, принятого Государственной Думой, может представить проект необходимых, по его мнению, изменений и дополнений к тексту федерального закона.

Заключение комитета (комиссии) Совета Федерации, ответственного за рассмотрение принятого Государственной Думой федерального закона, представляется Председателю Совета Федерации.

И хотя такой закон выносится на пленарное заседание, где и происходит формально-юридическое одобрение закона, фактически закон санкционируется отдельным парламентским комитетом (комиссией), ответственным за рассмотрение принятого нижней палатой федерального закона. И лишь в случае, если обсуждение федерального закона предусмотрено статьей 106 Конституции РФ, применение упрощенных процедур исключается.

В-четвертых, в определенной мере упрощенные производства применимы в связи с принятием технических регламентов. В частности, Федеральный закон от 27 декабря 2002 года № 184-ФЗ «О техническом регулировании» (с изм. от 9 мая 2005 г., 1 мая, 1 декабря 2007 г., 23 июля 2008 г., 18 июля, 23 ноября, 30 декабря 2009) в статье 10 «Особый порядок разработки и принятия технических регламентов» устанавливает, что в исключительных случаях при возникновении обстоятельств, приводящих к непосредственной угрозе жизни или здоровью граждан, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений, и в случаях, если для обеспечения безопасности продукции или связанных с требованиями к ней процессов проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации необходимо незамедлительное принятие соответствующего нормативного правового акта о техническом регламенте, Президент РФ вправе издать технический регламент без его публичного обсуждения.

Очевидно, что в порядке упрощенного законодательного производства можно было бы принимать федеральные законы «индивидуально-правового характера» — законы об образовании федеральных судов, о внесении изменений в ранее принятые законы в связи с устранением редакционных, технических погрешностей. Упрощенные производства могут применяться и в связи со структурными изменениями в устройстве парламента. Так, для более оперативного обсуждения поправок, внесенных в момент обсуждения законопроекта во втором чтении, применяется такая конституционная фикция, как комитет всей палаты. Вследствие этого в день пленарного заседания палаты одновременно применяется и комитетская стадия обсуждения законопроекта. Вполне возможно применение данного механизма и в парламентской практике нижней палаты Федерального Собрания РФ.

От упрощенных процедур, применяемых палатами Федерального Собрания в процессе осуществления законодательной деятельности, следует отличать вошедшие в практику и, по сути, ставшие обычными, «парламентским обыкновением», случаи принятия Государственной Думой в течение одного пленарного заседания нескольких законов, достаточно объемных по своему содержанию. Контент-анализ законодательной деятельности Государственной Думы свидетельствует, что такое «ускоренное» законодательство в особенности характерно для периодов окончания очередного «парламентского года», то есть по окончании весенней парламентской сессии. Соответственно и в течение нескольких заседаний принимается от 20 до 45 федеральных законов. Особенно бурным является период, предшествующий очередным парламентским выборам, совпадающий с окончанием осенней сессии Государственной Думы. Столь же высокоактивной в указанные периоды времени является и деятельность Совета Федерации, который, будучи связанный конституционными процессуальными сроками, обязан в течение 14 дней санкционировать или принять отказ в одобрении принятых нижней палатой федеральных законов.

Обозначенное еще в конце 1990-х годов данное обстоятельство в законодательной деятельности российского парламента «штурмовщиной» (В.Б. Исаков), оказалось достаточно «живучим», приобретает устойчивый характер, можно сказать, характер явления.

Очевидно, что такая практика федерального законодательного органа власти не вполне отвечает требованию создания высококачественных законов. Не случайно, что подавляющее большинство принимаемых Федеральным Собранием законов является законами, которые вносят изменения в уже ранее принятое законодательство. Контент-анализ показывает, что из десяти принимаемых законов 7-8 относятся к отмеченной категории. «Производное» законодательство парламента, конечно, имеет под собой и некоторые объективные основания. Однако главной причиной все же остаются профессиональные издержки законодательного органа власти, часть из которых невозможно квалифицировать, как это считает господствующее мнение, правотворческими ошибками.

В.И. Червонюк, А.В. Семенов

Червонюк Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России;

Семенов Алексей Валерьевич — аспирант кафедры государственно-правовых дисциплин Московского института права

Ответственность публичных властей как объект законодательного регулирования (техничко-юридический контекст)

подавляющее большинство действующих в мире конституций не содержит ни развернутых положений, ни даже сколько-нибудь упоминания об ответственности публичных властей. Ответственность, по версии учредителей таких конституций, не возводится в ранг конституционного принципа (Боливия, Босния и Герцеговина, Бразилия, Венесуэла, Гаити, Гондурас, Дания, Ирландия, Кипр, Колумбия, Коста-Рика, Мексика и др.). Как видно, в эту группу входят страны, относящиеся к различным правовым семьям, с разными формами государственного правления и государственным (конституционным) режимом, страны разных континентов, культур, занимающие различное положение в мире.

Объяснить это можно тем, что ответственность государства перед личностью сравнительно недавно стали признавать одним из принципов правового государства. Понятно, что он не нашел своего отражения в старых конституциях и не содержится в ряде новейших конституций.

Вместе с тем конституции всех или большинства этих стран закрепляют конструкцию правового государства, принципом организации и деятельности которого является доктринально сформулированное и признаваемое всеми современными государственно-правовыми системами императивное положение о связанности государства правом, господстве права.

Еще одна группа стран характеризуется тем, что в их национальных конституциях проблема ответственности публичных властей (ответственного поведения перед гражданами) тем или иным образом находит отражение. К числу таких стран можно отнести Республику Албания, Конституция которой содержит положение о том, что органы государственной власти по долгу службы обязаны уважать основные права и свободы человека, равно как и содействовать их реализации (ст. 15.2).

Конституция Княжества Андорра (ст. 62) содержит указание о том, что публичные власти должны создавать реальные и эффективные условия для равенства и свободы индивидов; публичная администрация является общественно полезной службой и действует в соответствии с принципами иерархии, эффективности, транспарентности и в полном подчинении Конституции, законам и общим принципам юридическоего порядка, определенным Титулом I. Ее решения подчинены судебному контролю (ст. 72.3)¹.

Часть 2 статьи 5 Конституции Швейцарской Конфедерации содержит императивную норму о том, что «государственные действия должны совершаться в публичных интересах и быть соразмерными». В части 3 этой же статьи закреплена законодательная презумпция: «государственные органы и частные лица действуют добросовестно».

Косвенное упоминание относительно ответственности публичных властей можно найти путем истолкования статьи 41 Конституции Венесуэлы: «Государственная власть осуществляется в соответствии с настоящей Конституцией и законами, определяющими ее полномочия и права. Любой акт, выходящий за рамки указанного определения, означает узурпацию полномочий»².

Таким же образом можно подойти к анализу статьи 19 Конституции Украины, в которой делается акцент на том, что «органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать только на основании, в пределах полномочий и способом, которые предусмотрены Конституцией и законами Украины»³.

Иногда национальные конституции закрепляют принцип взаимной ответственности государства и личности: К примеру, согласно части 2 статьи 2 Конституции Республики Беларусь, «государство ответственно перед гражданином за создание условий для свободного и достойного развития личности. Гражданин ответственен перед государством за неукоснительное исполнение обязанностей, возложенных на него Конституцией»⁴.

¹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 1. — С. 238—239.

² Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2006. — Т. 1.

³ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3.

⁴ См. там же. — Т. 1. — С. 249.

Думается, что для конституционных систем отмеченной группы стран, равно как и для других государств, основные законы которых прямо не указывают на ответственность публичных властей, она (ответственность публичных властей) признается ими в качестве не получившей законодательного признания фактической конституционной презумпции права. На это обстоятельство указывает ряд обстоятельств, среди которых наиболее значимым фактором методологического порядка является закрепление в национальных конституциях анализируемой группы стран конструкции правового государства.

В Основном законе группы зарубежных стран в качестве конституционного принципа организации и функционирования системы публичной власти закрепляется принцип ответственности государства перед гражданами за неправильные действия должностных лиц, чиновников аппарата управления.

Так, согласно статье 34 Основного закона Федеративной Республики Германии, «если кто-либо при исполнении вверенной ему публичной должности нарушит свои служебные обязанности по отношению к третьему лицу, то в принципе ответственность несет государство или корпорация, на службе у которой он состоит». Конституция ФРГ предоставляет потерпевшему собственнику имущества право предъявления иска об убытках, если последние понесены в результате умышленных действий или грубой небрежности чиновника. Абзац 4 статьи 19 Основного закона предусматривает возможность обращения в судебные органы каждого, «чьи права нарушены государственной властью». В этих случаях потерпевшие для защиты субъективных прав вправе подать исковое заявление в обычные суды¹.

Конституция Италии, устанавливая в статье 28 ответственность должностных лиц и служащих государственных и общественных учреждений за действия, совершенные в нарушение чьих-либо прав, распространяет эту ответственность на государство и общественные учреждения.

Гарантируя принцип законности, иерархию нормативных актов, опубликование правовых норм, запрещение обратной силы у норм, содержащих санкции, не способствующих осуществлению личных прав или ограничивающие их, право на юридическую защиту, Конституция Испании (ч. 3 ст. 9) прямо закрепляет «принцип ответственности публичных властей за произвол». Статья 106 Конституции в частях 1 и 2 формулирует гарантии данного принципа: «Суды осуществляют контроль за реализацией регламентарной власти, за законностью действий администрации, а также за подчинением ее деятельности оправдывающим ее целям (ч. 1)»; «частные лица во всех случаях имеют право в рамках закона на возмещение ущерба, причиненного их имуществу или правам, когда этот ущерб является следствием деятельности публичных служб, за исключением форс-мажорных обстоятельств» (ч. 2)².

Учреждение конституционных установлений, императивно предписывающих органам публичной власти и их должностным лицам осуществлять профессиональную деятельность исключительно в общих интересах и в интересах государственной службы.

Так, согласно пункту «а» статьи 16 главы 11 «Основные элементы общества» Конституции Королевства Бахрейн от 14 февраля 2002 года, «государственные служащие должны учитывать публичные интересы при исполнении своих обязанностей»³.

Конституция Арабской Республики Египет от 11 сентября 1971 года (в ред. 1980 и 2007 гг.) в статье 14 устанавливает, что «граждане, занимающие публичные должности, находятся на службе народа. Государство гарантирует для должностных лиц защиту и выполнение их обязанностей в интересах народа»⁴.

В статье 115 Конституции Государства Катар от 29 апреля 2003 года устанавливается, что действия членов Шуры⁵ должны быть направлены на защиту интересов страны. Запрещено использовать свое должностное положение в личных интересах или в интересах своих родственников.

Конституция Государства Кувейт от 11 ноября 1962 года устанавливает, что «государственные служащие при осуществлении своих обязанностей должны руководствоваться общественными интересами» (ч. 1 ст. 26)⁶.

По статье 21 Конституции Народной Республики Бангладеш от 4 ноября 1972 года к «обязанности граждан и государственных служащих отнесено соблюдение Конституции и законов, поддержание дисциплины, исполнение публичных интересов...»⁷.

В соответствии со статьей 46 Конституции Монгольской Народной Республики от 13 января 1992 года (с изм. от 24 декабря 1999 г. и 14 декабря 2000 г.), «государственные служащие должны неукос-

¹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 3. — С. 67.

² См.: Конституции зарубежных государств / Под ред. В.В. Маклакова. — М., 2007. — С. 246.

³ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Западная Азия. — С. 28.

⁴ Там же. — С. 65.

⁵ В соответствии со статьей 76 Конституции страны «осуществляет законодательную власть, одобряет общую политику правительства, бюджет страны и контролирует исполнительную власть в соответствии с Конституцией».

⁶ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Западная Азия. — С. 359.

⁷ Там же. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 58.

нительно соблюдать Конституцию и другие законы и работать на благо народа и в интересах государства...»¹.

Юридическое закрепление фундаментальных основ прохождения государственной службы в национальных конституциях.

В частности, Конституция Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка от 7 сентября 1978 года включает главу IX «Исполнительная власть. Государственная служба»². Наряду с иными положениями, Конституция в том числе специально оговаривает основания ограничения прав государственных служащих, сотрудников полиции³. Кроме того, в Конституции Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка содержится нетипичная для основных законов глава XXII «Толкование терминов», в которой содержится дефинитивная норма, определяющая понятие публичного служащего⁴.

Аналогичные компоненты в композиции основных законов присутствуют в Конституции Государства Бруней Даруссалам от 29 сентября 1959 года («Часть IX Государственная служба»)⁵, Конституции Федерации Малайзии от 27 августа 1957 года («Часть X. Государственная служба»)⁶, в Конституции Республики Сингапур от 3 июня 1959 года («Часть IX. Государственная служба»)⁷, в Конституции Народной Республики Бангладеш от 4 ноября 1972 года («Часть IX. Государственная служба в Бангладеш»)⁸ и в др.

Конституция Республики Мальдивы от 7 августа 2008 года в статье 130 закрепляет квалификационные требования, предъявляемые к министрам (среди которых и такое требование, как необходимость «находиться в здравом уме»)⁹.

Закрепление в основных законах страны специальных охранительно-превентивных конституционных механизмов, препятствующих коррупционному поведению публичных должностных лиц, нарушению ими правил о конфликте интересов и правил этических кодексов.

Это, в частности, предусматривает статья 132 Конституции Государства Кувейт от 11 ноября 1962 года, согласно которой специальный закон устанавливает наказания, которые могут быть наложены на министров в период осуществления ими своих полномочий, и определяет процедуру применения этих наказаний, формирования учреждаемого для этого суда и его полномочия¹⁰.

Наиболее детальный перечень анализируемых механизмов закрепляет Конституция Королевства Таиланд от 24 августа 2007 года. В структуре Конституции содержится специальная глава XII «Контроль над осуществлением государственной власти», включающая четыре части — «Часть 1. Контроль над активами» (ст. 259—264), «Часть 2. Конфликт интересов» (ст. 265—269), «Часть 3. Отстранение от должности» (ст. 270—274) и «Часть 4. Уголовное преследование в отношении лиц, занимающих политические посты» (ст. 275—278)¹¹. Кроме того, этим же вопросам посвящена глава XIII «Этика лиц, занимающих политические посты, и государственных служащих» (ст. 279)¹². Согласно части 3 «Отстранение от должности» вышеуказанной главы, лицо, занимающее должность премьер-министра, министра, Председателя Конституционного суда, Высшего административного суда или Генерального прокурора, которое находится в обстоятельствах необычного обогащения, свидетельствующего о совершении коррупции, должностного преступления, должностного преступления в судебном органе или преднамеренном осуществлении полномочий вопреки положениям Конституции или закона, или существенно нарушает или не соответствует этическому стандарту, может быть отстранено от должности Сенатом (§ 1 ст. 270). При этом положения данного параграфа применимы также к лицам, занимающим должности судьи Конституционного суда, члена Избирательной комиссии, Омбудсмана, члена государственной Контрольной комиссии, а также судьи, прокурора или высокопоставленного чиновника в соответствии с органическим законом о противодействии коррупции¹³.

Конституция Таиланда в части 4 «Уголовное преследование в отношении лиц, занимающих политические посты» главы 3 устанавливает, что дела по обвинению премьер-министра, министра, парламентария или иного политического чиновника в необычном обогащении или совершении иного пре-

¹ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 518.

² См. там же. — С. 900.

³ См. там же. — С. 870—871.

⁴ См. там же. — С. 995.

⁵ См. там же. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 32.

⁶ См. там же. — С. 399.

⁷ См. там же.

⁸ См. там же. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 100.

⁹ См. там же. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 733.

¹⁰ См. там же. — С. 376.

¹¹ См. там же. — С. 888—897.

¹² См. там же. — С. 897—899.

¹³ См. там же. — С. 888.

ступления, предусмотренного Уголовным кодексом, или в совершении бесчестных действий в рамках исполнения своих обязанностей или коррупции, предусмотренных иными законами, рассматривает Уголовная палата Верховного суда страны по обвинению, выдвинутому Национальной комиссией по противодействию коррупции (§ 1 и 3 ст. 275). По Конституции данная норма действует и в тех случаях, когда указанные лица являются организаторами, подстрекателями или пособниками, а также предоставляют, просят предоставить или обещают предоставить собственность или другие льготы в целях побуждения к совершению действия, бездействия или отсрочки действия, приводящих к совершению бесчестного действия при осуществлении полномочий (§ 2 ст. 275)¹.

В отношении указанных лиц, уличенных в коррупции, подтвержденной судом, применяются серьезные санкции. Согласно § 2 статьи 263, такое лицо освобождается от должности «в день, когда такое решение было принято», и «в этом случае такому лицу запрещается занимать любой политический пост или любой пост в политической партии в течение пяти лет с даты принятия решения Уголовной палатой Верховного суда по делам лиц, занимающим политические посты»².

В ряде стран борьбе с конфликтом интересов в системе государственной службы придается такое значение, что для его преодоления привлекаются средства конституционного права.

В частности, Конституция Сирийской Арабской Республики от 13 марта 1973 года устанавливает, что, занимая должность, министры не могут быть членами правления частной компании, ее агентами, участвовать в какой-либо промышленной или торговой деятельности или заниматься какой-либо свободной профессией (ч. 1 ст. 130). Согласно части 2 данной статьи, занимая должность, министры не могут прямо или косвенно вступать в сделки, торги или аукционы, проводимые государственными министерствами, департаментами или учреждениями и компаниями государственного сектора³.

Наиболее детальный перечень анализируемых механизмов закрепляет Конституция Королевства Таиланд от 24 августа 2007 года. В статье 259 части 1 «Контроль над активами» главы XII «Контроль над осуществлением государственной власти» Конституции содержится положение о том, что перечисленные в конституционной норме лица, занимающие политические посты, должны представлять в Национальную комиссию по противодействию коррупции отчет с указанием подробных сведений о своих активах и обязательствах, а также их супругов и детей, которые еще не достигли совершеннолетия. Такие отчеты представляются в каждом случае: а) вступления в должность и б) освобождения от должности. Согласно Конституции, к указанным лицам отнесены: 1) премьер-министр; 2) министры; 3) депутаты Палаты представителей; 4) сенаторы; 5) другие политические чиновники; 6) должностные лица местного уровня и членов местного законодательного собрания в соответствии с законом⁴.

В случае освобождения такого лица от должности либо его смерти Национальная комиссия по противодействию коррупции обязана в каждом случае проинспектировать изменение активов и обязательств данного лица и подготовить отчет для его опубликования в «Правительственном бюллетене» (§ 1 ст. 262).

Конституционно определены меры реагирования и санкции. Согласно § 2 статьи 269 Конституции, в случае, если создается впечатление, что активы лица необычно увеличились, то действует конституционно установленное требование презумпции виновности. Кроме того, согласно § 1 статьи 263 Конституции, «если любое лицо, занимающее политический пост, преднамеренно не представляет отчет, отражающий активы и обязательства, а также сопутствующие документы, как это предусмотрено в этой Конституции», или представляет отчет, содержащий ложную информацию, то Национальная комиссия по противодействию коррупции обязана передать этот вопрос в Уголовную палату Верховного суда по делам лиц, занимающих политические посты, для дальнейшего вынесения решения⁵.

Часть 2 анализируемой главы «Конфликт интересов» устанавливает правила разрешения конфликта интересов в системе государственной власти. Статья 265 Конституции устанавливает обращенные к депутатам Палаты представителей и сенаторов запреты: 1) получать какую-либо должность или выполнять какие-либо функции в правительственном учреждении, государственном органе или государственном предприятии, или занимать пост члена местного законодательного собрания, должностного лица местного органа власти; 2) получать или выступать посредниками, или вмешиваться прямо или косвенно в какие-либо концессии от государства, правительственного учреждения, государственного органа или государственного предприятия, или выступать стороной по имеющему приросту экономической монополии договору с государством, правительственным учреждением, государственным органом или государственным предприятием, или становиться партнером или акционером в товариществе или компании, получающей такую концессию или становящейся стороной по до-

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 895.

² См. там же. — С. 890.

³ См. там же. — Т. 1: Западная Азия. — С. 536.

⁴ См. там же. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 888.

⁵ См. там же. — С. 890.

говору такого рода; 3) получать какие-либо специальные денежные средства или льготы от государственного учреждения, государственного органа или государственного предприятия, за исключением уже представленных государственным учреждением, государственным органом или государственным предприятием другими лицам в обычном ходе бизнеса; 4) действовать в нарушение установленных Конституцией запретов (таковые закреплены в ст. 48).

Конституция устанавливает, что положения статьи 265 полностью применимы к премьер-министру и министрам, а также за отдельными изъятиями к супругам и детям парламентариев¹.

Кроме того, в соответствии с § 1 статьи 269 Конституции премьер-министр и министр не должны быть партнером или акционером товарищества или компании или сохранять статус или акционера товарищества или компании до предела, установленного законом. Если же они намереваются продолжать получать выгоды, то Конституция обязывает их сообщить об этом Председателю национальной комиссии по противодействию коррупции в течение 30 дней с даты их назначения и передать свои доли юридическому лицу, которое управляет активами в интересах других лиц.

Премьер-министру и министрам конституционно запрещается совершать какие-либо действия, которые по своей природе являются менеджментом или управлением акциями или делами товарищества или компании.

Отмеченные запреты в равной мере распространяются на супругу и не достигших совершеннолетия детей².

Юридической формой признания принципа ответственности публичных властей является его законодательная конкретизация в специальных законах ряда зарубежных стран. Особого внимания заслуживает то обстоятельство, что в целом ряде стран принято и действует специальное законодательство, конкретизирующее конституционный принцип ответственности публичных властей. В частности, при обосновании ответственности государства за действия должностных лиц во Франции принято ссылаться на положения Гражданского кодекса, а также на судебные решения. Пункт 1 статьи 1384 ГК Франции предусматривает, в частности, ответственность субъектов права не только за собственные действия, но и за действия лиц, находящихся под их надзором. На основании указанной нормы французская судебная практика рядом решений установила ответственность учреждений «публичной службы» (имеется в виду деятельность всего государственного аппарата) за акты чиновников, причинивших ущерб третьим лицам. При этом, принимая такие дела к производству, суды обычно рассматривают их как дела об «ошибках управления», а не как споры о нарушениях, допущенных отдельными чиновниками³.

В Испании упомянутые положения статей 9 и 106 Конституции страны, закрепившие принцип имущественной ответственности публичной администрации, конкретизированы в специальных законодательных актах, среди которых важнейшим является Закон 30/1992 от 26 ноября «О правовом режиме государственной администрации и общих принципах административного судопроизводства»⁴. Руководствуясь отмеченными конституционными нормами и положениями этого Закона, судебная практика основывается на том, что данные правовые акты «определяют ответственность административных субъектов и их обязанность компенсировать частным лицам любой ущерб, причиненный их имуществу или правам вследствие нормальных или ненадлежащих действий или бездействий общественных учреждений, кроме случаев чрезвычайных обстоятельств». По мнению испанского правоведа, профессора университета Ла-Коронья Доминго Бэлло Жанейро, «в данном случае «речь идет об объективной ответственности, которая не требует больших условий, чем случайное отношение между действием и вредом». Судебная практика страны исходит из того, что «данное законодательство применимо ко всем государственным органам, будучи в исключительной компетенции государства, по содержанию статьи 149.1.18». На этой основе делается вывод о том, что «эта статья сама по себе вводит принцип объективной ответственности Администрации, вне зависимости от того, существует или нет вина действующих должностных лиц или властей»⁵. В понимании испанских правоведов, на

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 890—891.

² См. там же. — С. 892.

³ См. об этом: *Жданов А.А.* Об ответственности буржуазного государства за действия должностных лиц // Правоведение. — 1973. — № 6. — С. 79—84.

⁴ Еще ранее, в 1957 году принят был Закон о принудительном взыскании (*Ley de Expropiación Forzosa*), который в целом определил имущественную ответственность Администрации. Согласно статье 121.1 указанного закона, «также в соответствии с данной процедурой предусматривается компенсация любого вреда, причиненного частным лицам в отношении их собственности и прав вследствие нормального или аномального функционирования общественных учреждений, или принятия мер произвольного характера при отсутствии спорного обвинения, независимо от ответственности, которой в связи с этим может потребовать от своих служащих Администрация» // www.epam.ru/index.php?id=22&id2=580&l=rus

⁵ См.: *Доминго Б.Ж.* Имущественная ответственность публичных органов в Испании / Пер. И. Серебряковой // www.epam.ru/index.php?id=22&id2=580&l=rus

данном заключении базируется и более общий вывод о том, что «сегодня имущественная ответственность провозглашена одним из столпов, на которых основывается правовое государство», и тем самым оно перешло от презумпции законности государственных актов по той лишь причине, что они исходят от государственных институтов к признанию того, что, как установлено в сфере частных правовых отношений, тот, кто причиняет вред другому, обязан возместить убытки¹.

По законодательству Соединенного Королевства Великобритании не может быть предпринято никаких процессуальных мер против Короны вследствие правонарушения. Равным образом публичные должностные лица, будучи слугами Короны, не могут привлекаться за правонарушения, совершенные ими или их подчиненными при исполнении служебных обязанностей². В то же время иск об убытках может быть предъявлен в случае, когда лицо имеет право в силу закона или норм общего права требовать выполнения публичного долга от должностного лица и последнее отказывается или упускает возможность исполнить свои публичные обязанности³.

В Венгрии ответственность за причинение вреда предусмотрена главой XXX Гражданского кодекса.

В Германии по Германскому гражданскому уложению отдельно регулируется ответственность органов правосудия, иных государственных органов, в котором специальный параграф посвящен регулированию ответственности в случае нарушения служебных обязанностей. Предписано: если служащий умышленно или по неосторожности нарушил свои служебные обязанности в отношении третьего лица, то он должен возместить третьему лицу причиненный ему вред. Если служащий совершил правонарушение по неосторожности, то он может быть привлечен к уплате возмещения только в случае, если потерпевший не может получить возмещение иным способом⁴.

Согласно статье 417 ГК Польши, причинителем вреда может быть служащий, а ответственным за вред перед потерпевшим при наличии определенных предпосылок оказывается юридическое лицо — государственная казна⁵.

В США к специальному субъекту в деликтном обязательстве относятся органы государственной власти, хотя в отличие от граждан они не выступают единым субъектом. Согласно Федеральному закону об исках из деликтов 1996 года, федеральное правительство и его агентства и департаменты отвечают по деликтным обязательствам, как и физические лица, за исключениями, установленными этим законом. Закон установил полный иммунитет всех органов судебной системы Федерации и штатов от каких-либо гражданско-правовых требований. Органы правосудия, их служащие, выполняющие правовую работу, все судьи всех судов, кроме мировых, обладают иммунитетом от деликтной ответственности. Но этот иммунитет распространяется на служащих только как на служащих органов правосудия, но не как на физических лиц. Статус всех остальных органов характеризуется большим разнообразием. Все федеральные органы власти, различные агентства и департаменты, комитеты в той или иной мере обладают иммунитетом от деликтной ответственности, если она появилась в результате небрежности служащих этих органов. Действия служащих этих органов, совершенные умышленно, влекут деликтную ответственность конкретного должностного лица, а иногда и самого органа, что зависит от вида деликта и той области деятельности, в которой было допущено неправомерное действие.

Строго говоря, федеральные органы власти обладают специальным иммунитетом, то есть все случаи освобождения от деликтной ответственности этих органов прямо установлены федеральным законодательством и законодательством штатов. Примерно так же дело обстоит с деликтной ответственностью органов государственной власти штатов. Законы штатов устанавливают случаи освобождения органа государственной власти штата от деликтной ответственности. Муниципальные органы власти не обладают никаким иммунитетом от деликтной ответственности, для них законы штатов исключили только строгую ответственность по одноименному деликту и заменили ее ответственностью в результате небрежных действий в деликте строгой ответственности⁶.

В соответствии с Законом Чехии № 82/1998 об ответственности за вред, причиненный незаконными решениями органов публичной власти и должностных лиц, государство отвечает за вред, причиненный: государственными органами; юридическими и физическими лицами, на которые возложено осуществление государственных функций (должностные лица), функции органов местного самоуправления.

В делах о возмещении вреда от имени государства выступают министерства и другие центральные органы управления (Министерство юстиции, Министерство финансов, Чешский национальный банк, Высшее контрольное управление).

¹ См.: *Доминго Б.Ж.* Имущественная ответственность публичных органов в Испании / Пер. И. Серебряковой // www.epram.ru/index.php?id=22&id2=580&l=rus

² См.: *Дженикс. Э.* Свод английского права. — § 765, 766.

³ См. там же. — § 1030.

⁴ См.: *Основные институты гражданского права зарубежных стран* / Отв. ред. В.В. Залесский. — М., 2009. — С. 913.

⁵ См. там же. — С. 914.

⁶ См. там же. — С. 922—923.

Право на возмещение вреда, причиненного незаконным решением, можно реализовать только после отмены или изменения компетентным органом вступившего в законную силу решения на основании его незаконности.

При незаконном взятии под стражу пострадавший имеет право на возмещение причиненного вреда при условии прекращения дела за отсутствием состава преступления или недоказанности участия, а также в случае вынесения оправдательного приговора.

Незаконным действием должностного лица, за которое несет ответственность государство, считается нарушение обязанности учинить сделку или выдать решение в установленный законом срок. Правом на возмещение вреда обладает тот, кому вред причинен вследствие незаконного действия должностного лица.

Претензии о возмещении вреда предъявляются в зависимости от обстоятельств дела Министерством юстиции, Министерством финансов и др. В случае признания претензии возмещение производится в течение 6 месяцев с момента его предъявления. Требовать возмещение вреда через суд потерпевший может в случае, если по истечении указанного срока претензия осталась неудовлетворительной¹.

Действующее законодательство зарубежных стран основывается на том, что органы местного самоуправления самостоятельно несут ответственность за вред, причиненный действиями их работников, совершенными при выполнении служебных обязанностей².

Создание организационно-правовой инфраструктуры, гарантирующей ответственное поведение публичных властей.

О реальном движении западных стран к усилению ответственности публичных властей свидетельствует и быстрое увеличение числа специальных судов, бюро, советов, комиссий, комитетов, трибуналов, рассматривающих жалобы на действия органов управления или должностных лиц какого-либо одного ведомства. Исследователи данной проблемы обоснованно обращают внимание на то обстоятельство, что в некоторых современных зарубежных государствах, например в ФРГ, дисциплинарная ответственность чиновников перед специальной коллегией установлена законом³. И хотя, конечно, судебный порядок предпочтительнее в сравнении с административным, тем не менее существующие механизмы оказывают сильное превентивное воздействие в отношении произвола властных структур. Если учесть то обстоятельство, что в большинстве зарубежных стран действует эффективная административная юстиция, то, очевидно, что можно говорить о сформировавшейся системе гарантий конституционного принципа ответственности публичных властей.

В механизме контроля и применения санкций за нарушение правил о конфликте интересов особая роль отводится специализированным органам: в США и Канаде — это независимые управления по вопросам этики, которые обеспечивают контроль за соблюдением и поддержанием норм поведения в государственном секторе. Законом США 1978 года «О нормах поведения сотрудников государственных органов» в структуре правительства создано небольшое (примерно около 80 сотрудников) специальное ведомство — Офис по правительственной этике (Office of Government Ethics), главная задача которого — предотвращение конфликтов интересов в системе исполнительной власти и разрешение конфликтов интересов при их возникновении, в этой связи исключение влияния личных или корпоративных интересов на выполнение государственными служащими их обязанностей и принятие решений от имени государства, что поможет формированию уверенности (веры) общества в том, что персонал государственных структур осуществляет свои полномочия на принципах честности и непредвзятости. Офис отвечает за единую интерпретацию и последовательное применение этических норм в различных структурах исполнительной власти; оперирует системой публичного финансового декларирования для примерно 1000 служащих наивысшего уровня; ведет просветительскую работу среди служащих, готовит методические материалы, образовательные курсы и пособия по служебной этике, проводит семинары и тренинги. Руководитель данного органа назначается Президентом США на пятилетний срок (то есть этот срок равен конституционному сроку полномочий самого Президента). Следует отметить, что законодательная и судебная власть в США имеют собственные системы по обеспечению служебной этики. К примеру, в каждой из палат Конгресса образованы соответствующие комитеты, юрисдикция которых в равной мере распространяется и на парламентариев, и на работников аппарата. В системе представительных органов штатов действуют аналогичные структуры. Кроме того, в обеспечении соблюдения служебной этики государственными служащими всех ветвей власти участвуют структуры Министерства юстиции, ФБР, ведомства атторнея, налоговых органов⁴.

¹ См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В.В. Залесский. — М., 2009. — С. 925.

² См. там же. — С. 934.

³ См. об этом: Жданов А.А. Об ответственности буржуазного государства за действия должностных лиц // Правоведение. — 1973. — № 6. — С. 79—84.

⁴ См.: Николайчик В. Соблюдение правил этики должностными лицами в США контролируют агенты ФБР // Чистые руки. — 1999. — № 1. — С. 72; Охотский Е.В. Государственная служба в парламентах зарубежных стран: Общее и особенное / Е.В. Охотский, Н.Р. Баранова // Право и политика. — 2001. — № 5. — С. 30; 144—145.

В 1994 году в провинциях Канады созданы отдельные управления по вопросам этики, которые призваны осуществлять две главные задачи: а) регулирование конфликта интересов; б) лоббистская деятельность (консультации лоббистов, после того, как они войдут в контакт с федеральным правительством). Руководство данными структурами возложено на первого канадского советника по вопросам этики, назначаемого на должность премьер-министром страны.

В Соединенном Королевстве Великобритании аппаратом Кабинета (правительства) учрежден специальный комитет по вопросам этики — консультативный орган, именуемый Комитетом по нормам поведения в общественной жизни (или Комитетом Нолана)¹.

Учреждение специализированных конституционных органов контроля за поведением органов публичной власти и их должностных лиц.

Анализ показывает, что такие органы конституционно обозначаются комиссиями, имеющими разное функциональное назначение. Как правило, к числу таких комиссий отнесены комиссии по гражданской службе и по борьбе с коррупцией. В ряде стран (например, в Непале) конституционно предусмотрено создание и иных комиссий: по юридической службе, судебных комиссий, полицейских, по расследованию злоупотреблений в системе государственной власти. Национальные конституции определяют виды, порядок формирования таких комиссий, их состав, сроки пребывания в должности, порядок освобождения от должности, функции комиссии, конституционные средства деятельности, порядок предоставления отчета, квалификации для занятия должности председателя и члена комиссии, санкции, применяемые комиссией, и др. Во многом конституционный режим организации и деятельности отмеченных комиссий одинаковый, вне зависимости от конституционной системы страны, их учредившей. Комиссии действуют на основе конституционных предписаний и в соответствии с законами, соответственно, о гражданской службе, о противодействии коррупции, о полиции и т. д.

В частности, Конституция Народной Республики Бангладеш от 4 ноября 1972 года в части IX «Государственная служба в Бангладеш» содержит главу 2 «Комиссии по вопросам государственной службы». Согласно статье 137 Конституции, «может быть издан закон об учреждении одной или нескольких Комиссий по вопросам государственной службы»².

Согласно статье 138 Конституции, Председатель и иные члены комиссии назначаются Президентом. При этом, как устанавливает конституционная норма, не менее половины членов комиссии должны составлять лица, достигшие не менее 20 лет на службе любому правительству; срок пребывания в должности истекает спустя 5 лет после вступления в должность или по достижении 65 лет (в зависимости от того, какое событие наступит раньше). По Конституции Председатель и иные члены комиссии освобождаются от должности в порядке, применимом для членов Верховного суда страны, по окончании полномочий они не вправе занимать какой-либо пост на службе Республики (ст. 139).

К функциям комиссии отнесено: а) проведение тестовых проверок в целях отбора лиц, подходящих для назначения на должности на службе Республики, б) консультирование президента и с) иные (ст. 140).

В Конституции определяется, что ежегодно, не позднее первого марта каждая из комиссий должна подготовить и направить Президенту отчет о выполнении своих функций. При этом к докладу комиссии должен прилагаться меморандум с изложением следующих ставших известными комиссии обстоятельств: а) ситуации, если таковые имели место, когда совет комиссии не был учтен, и причины, с этим связанные; б) ситуации, в которых консультация комиссии была необходима, но за ней не обратились, с указанием причин, с этим связанных.

Президент предоставляет отчет и меморандум Парламенту на первом заседании, проводимом им после 31 марта того года, в котором доклад был направлен Президенту³.

Среди должностных лиц, учрежденных Конституцией Королевства Бутан от 18 июля 2008 года, в статье 31 значатся: «е) Председатель Комиссии королевской гражданской службы; ф) по борьбе с коррупцией»⁴.

В Конституции (ч. 4 ст. 26) определяется, что «Комиссия должна стремиться к тому, чтобы гражданские служащие действовали профессионально, руководствуясь высшими этическими стандартами, действуя честно в целях содействия доброму правлению, социальной справедливости при осуществлении политики и программ правительства».

На Комиссию в том числе возложена обязанность «разработать единообразные правила и нормы отбора, назначения, комплектования, подготовки перевода и продвижения по службе в рамках гражданской службы»⁵.

Переходная Конституция Непала от 15 января 2007 года предусматривает учреждение Комиссии по расследованию злоупотреблений в сфере государственной власти, в связи с чем в части 11 уста-

¹ См.: Кадровое обеспечение местного самоуправления // Там же. — С. 399—400.

² Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 100.

³ См. там же. — С. 102.

⁴ См. там же. — С. 161.

⁵ Там же. — С. 164.

навликает ее конституционный статус. По Конституции (ст. 119) Комиссия учреждается в составе Главного уполномоченного и иных членов, назначаемых премьер-министром страны по рекомендации Конституционного совета¹.

Конституция предусматривает, что лицо может быть назначено Главным уполномоченным или членом Комиссии: не является членом какой-либо политической партии на момент назначения на должность; имеет опыт работы в течение 20 лет в области бухгалтерии, налогов, инженерии, права, строительства или исследовательской работы, а также является выдающимся членом общества; достигло возраста 45 лет и обладает высокими моральными принципами².

В статье 120 Конституция устанавливает, что Комиссия по расследованию злоупотреблений в сфере государственной власти может проводить или возбуждать в соответствии с законом расследование случаев ненадлежащего поведения или коррупции, совершенной лицом, занимающим любую государственную должность³. При этом расследование может быть проведено или возбуждено в отношении любых должностных лиц органов конституционного уровня, отставка которых с их должностей осуществляется путем принятия резолюции по импичменту в связи с ненадлежащим поведением, любого судьи, уволенного Судебным советом по аналогичному обвинению, и лица, преследуемого по Закону о вооруженных силах, после их увольнения с должности.

По Конституции Комиссия вправе сделать замечание лицу или направить письменные рекомендации в соответствующий орган о необходимости принятия к нему мер, предписанных по закону⁴.

Кроме указанной, Конституцией предусмотрено также учреждение Комиссии по вопросам гражданской государственной службы (ст. 125).

Состав обеих комиссий назначает Президент по рекомендации Конституционного совета⁵.

Создание Комиссии по вопросам государственной службы предусматривает Конституция Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка от 7 сентября 1978 года. При этом, согласно Конституции, кандидат должен иметь стаж работы в должности государственного служащего не менее 15 лет. Назначенный на должность член комиссии вправе пребывать в ней в течение трех лет с даты его назначения, но с последующим правом повторного назначения. Ни один член Комиссии не имеет права занимать должность члена Комиссии более двух сроков подряд (ст. 54)⁶.

В соответствии с главой XVIIIА Конституции предусматривается создание Национальной полицейской комиссии из 7 членов, назначаемых Президентом по рекомендации Конституционного совета⁷.

Конституция Федерации Малайзии от 27 августа 1957 года в статье 138 предусматривает учреждение Комиссии по делам суда и юридической службы, полномочия которой распространяются на всех членов судейского и юридического сообщества, Комиссии по делам государственной службы (ст. 139), Комиссии по делам полицейской службы (ст. 140). Компетенция последней распространяется на всех лиц, являющихся работниками полицейской службы⁸.

Учреждение комиссий по делам государственной службы предусматривают Конституция Государства Бруней Даруссалам от 29 сентября 1959 года⁹.

Конституция Республики Мальдивы от 7 августа 2008 года предусматривает создание Комиссии по борьбе с коррупцией (ст. 199)¹⁰.

Глава 7 Конституции «Независимые комиссии и службы», кроме того, предписывает учреждение Комиссии по делам судейской службы в составе которой: Спикер Народного собрания, судьи Верховного суда, избранного судьями Верховного суда и не являющегося председателем, судьи суда первой инстанции, депутата Народного собрания и представителя широкой общественности, назначаемого Народным собранием (ст. 157)¹¹.

По Конституции Республики Сингапур от 3 июня 1959 года учреждается Комиссия юридической службы (ст. 111), состав которой сходен. При этом некоторые ранее существовавшие комиссии упразднены. В частности, Комиссия по делам полиции и гражданской обороны отменена Законом 11/98¹².

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 576.

² См. там же. — С. 577.

³ См. там же. — С. 577.

⁴ См. там же. — С. 578.

⁵ См. там же. — С. 581.

⁶ См. там же. — С. 901.

⁷ См. там же. — С. 974.

⁸ См. там же. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 404—405.

⁹ См. там же.

¹⁰ См. там же. — С. 490.

¹¹ См. там же. — С. 508.

¹² См. там же. — С. 738—739.

Конституция Королевства Таиланд от 24 августа 2007 года в статье 246 предусматривает создание Национальной комиссии по противодействию коррупции в составе председателя и 8 членов, назначаемых королем¹.

Конституция Республики Филиппины от 2 февраля 1987 года содержит статью IX «Конституционные комиссии». В разделе 1 данной статьи отмечается, что «конституционными независимыми комиссиями являются Комиссия гражданской службы, Избирательная комиссия и Комиссия по аудиту». В состав Комиссии гражданской службы входят Председатель, два члена не моложе 35 лет, «с доказанной способностью к административной службе, не являющиеся кандидатами на любую избираемую должность на выборах, непосредственно предшествующих их назначению». Назначаются Президентом страны без права повторного назначения: Председатель — на 7 лет, один из членов — на 5 лет, второй — на три года².

Думается, что в свете вытекающих из Послания Президента России Федеральному Собранию задач по модернизации России³ изучение государственно-правового опыта зарубежных стран применительно к рассматриваемой проблеме и его внедрение в отечественную практику представляет значительный интерес для юридической теории и практики.

Таким образом, проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что ответственность публичных властей и публичных должностных лиц правомерно признать в качестве конституционной презумпции, способы объективации которой в конституционном законодательстве современных государств имеют различное проявление.

¹ См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 3: Дальний Восток. — С. 881.

² См. там же. — С. 944—945.

³ Послание Президента РФ Федеральному Собранию // Российская газета. — 2011. — 23 декабря.

А.В. Червяковский

Червяковский Александр Владимирович — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Омской академии МВД России

Актуальные проблемы официального опубликования нормативных правовых актов

В соответствии с «Основами государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан», утвержденными Президентом РФ 4 мая 2011 года¹, государство создает условия, обеспечивающие развитие правовой грамотности и правосознания граждан, их осведомленность о характере, способах и пределах осуществления и защиты их прав, охраняемых законом интересов в административном и судебном порядке, а также доступ граждан к квалифицированной юридической помощи. В данном документе в качестве мер государственной политики в области совершенствования законодательства России и правоприменения называется обеспечение доступности правовой информации, развитие системы правового просвещения и информирования граждан, включая развитие информационно-правовых ресурсов и обеспечение эффективного функционирования соответствующих информационно-справочных систем.

Одним из средств, позволяющим населению страны ознакомиться с имеющейся в государственных органах информацией, является официальное опубликование нормативных правовых актов. Конституция России, провозгласившая право граждан на доступ к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, закрепила и требование официального опубликования законов и иных нормативных правовых актов, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина (ч. 3 ст. 15 Конституции России). В то же время в Конституции не указывается, в каких источниках официального опубликования должны публиковаться законы и иные правовые акты. Официальное опубликование федеральных конституционных законов, федеральных законов и актов Федерального Собрания регламентирует Федеральный закон от 14 июня 1994 года № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» (в ред. Федерального закона от 22 октября 1999 года № 185-ФЗ)². Данный закон устанавливает три источника официального опубликования: «Собрание законодательства Российской Федерации», «Российская газета» и «Парламентская газета». В «Собрании законодательства Российской Федерации» и «Российской газете» также публикуются акты Президента РФ и Правительства РФ.

В соответствии с Правилами подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации утверждены постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 года № 1009³ зарегистрированные в Министерстве юстиции РФ нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливающие правовой статус организаций или имеющие межведомственный характер, которые подлежат официальному опубликованию в «Российской газете», а также в «Бюллетене нормативных актов федеральных органов исполнительной власти».

Важно отметить, что далеко не все нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти публикуются в указанных выше источниках официального опубликования. Имеются свои источники у Центрального банка России, Пенсионного фонда России, Федерального фонда обязательного медицинского страхования, Фонда социального страхования России, субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления. Так, в соответствии со статьей 7 Федерального закона от 10 июля 2002 года № 86-ФЗ «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)»⁴, нормативные акты Банка России вступают в силу по истечении 10 дней после дня их официального опубликования в официальном издании Банка России — «Вестнике Банка России». Однако Банк России может официально публиковать свои нормативные правовые акты и в других изданиях.

Чтобы гражданин или организация могли ознакомиться с текстами правовых актов всех органов государственной власти и местного самоуправления, действующих на конкретной территории, он должен иметь доступ к нескольким источникам официального опубликования.

¹ Российская газета. — 2011. — 14 июля.

² Собрание законодательства РФ. — 1994. — № 8. — Ст. 801.

³ Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 33. — Ст. 3895.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 28. — Ст. 2790.

Не публикуются акты или отдельные их положения, содержащие сведения конфиденциального характера. Таких актов имеется достаточно много.

Большой массив правовых документов составляют акты, признанные Министерством юстиции РФ не нуждающимися в государственной регистрации. Последние подлежат опубликованию в порядке, определяемом федеральным органом исполнительной власти, утвердившим эти акты. Они, как правило, публикуются в ведомственных изданиях и размещаются на официальных сайтах данных органов власти.

Можно столкнуться и со случаями, когда в источнике официального опубликования публикуется лишь часть нормативного правового акта. Так в пункте 25 части 4 «Разъяснений о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации», утвержденных приказом Министерства юстиции РФ от 4 мая 2007 года № 88¹, указывается, что в исключительных случаях приложения к нормативным правовым актам, содержащие таблицы, графики, карты, схемы (носящие вспомогательный или дополнительный характер), по согласованию федерального органа исполнительной власти, иного органа (организации) с Министерством юстиции РФ могут не публиковаться, но с обязательным указанием в печати, какое приложение не приводится.

Следует признать, что действующая система официального опубликования нормативных актов имеет ряд существенных недостатков². Сложившаяся система официального опубликования не позволяет осуществить поиск необходимой правовой информации. Нормативные правовые акты публикуются в разных источниках официального опубликования. Чтобы гражданин или организация могли познакомиться с текстами правовых актов всех органов государственной власти и местного самоуправления, действующих на конкретной территории, он должен иметь доступ к нескольким источникам официального опубликования.

Официальное опубликование в бумажном виде не позволяет пользователю с актуальной редакцией нормативного правового акта, когда нет единого официального текста нормативного правового акта, в случае внесения в базовый текст каких-либо изменений или дополнений. В настоящее время для российского законодательного процесса характерно принятие законов, вносящих поправки в уже действующие законы. «Объем принятых законов (федеральных и субъектов Российской Федерации) о внесении изменений в действующие законодательные акты многократно превышает объем самостоятельных (первичных) законов — проектов федеральных законов, подготовленных в виде их полнотекстовых редакций»³. В источниках официального опубликования публикуются лишь законы о внесении изменений и дополнений, измененный и дополненный закон в актуальной редакции не публикуется.

Решить проблему могло быть создание Свода законов Российской Федерации. Как известно, имеется положительный опыт СССР и входивших в него союзных республик, которые создавали такие своды. В ряде государств, обретших независимость после распада СССР, своды законов существуют. Так в соответствии с Указом Президента Республики Беларусь от 19 января 1999 года «О формировании и издании Свода законов Республики Беларусь», в Беларуси формируется электронный Свод законов данного государства. Имеется определенный опыт субъектов Российской Федерации по созданию сводов законов. В ряде республик, входящих в состав России, приняты соответствующие законы. В соответствии с Указом Президента РФ от 6 февраля 1995 года «О подготовке к изданию Свода законов Российской Федерации», в 90-е годы была начата работа по созданию Свода законов России. Свод законов должен был стать официальным, систематизированным и полным, постоянно пополняющимся собранием действующего законодательства России. Важнейшей целью его создания, как отмечал А.С. Пиголкин, является обеспечение доступности законодательства для всех граждан, получение реальных возможностей практического использования Свода во всех сферах общественной жизни⁴. Однако достаточно большой объем действующего российского законодательства, постоянные изменения и дополнения, вносимые в него, делают практически невозможным осуществление доступной для граждан систематизации действующих нормативных правовых актов в печатном виде. В тоже время следует отметить, что Указ Президента РФ от 6 февраля 1995 года отменен, хотя задачи, поставленные в данном Указе, являются актуальными и на сегодняшний день требуют своего решения.

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2007. — № 23.

² См.: *Исаков В.Б.* Официальное электронное опубликование как необходимая предпосылка для перехода к системе непрерывной кодификации // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25—26 сентября 2008 года) / Под ред. В.М. Баранова и Д.Г. Краснова. — Н. Новгород, 2009. — С. 254—259; *Хургин В.М.* Официальное опубликование правовых актов в электронном виде // ellib.gpntb.ru/subscribe/index.php?journal=ntb&year=2005&num=5&art=2

³ Доклад Совета Федерации Федерального Собрания РФ 2006 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» / Под общ. ред. С.М. Миронова, Г.Э. Бурбулиса. — М., 2007. — С. 339.

⁴ См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. — СПб., 2003. — С. 66.

В настоящее время также действуют правовые акты, принятые еще до установленного порядка официального опубликования нормативных правовых актов. Отдельные акты министерств и ведомств не были официально опубликованы, в то же время они продолжают действовать. Многие действующие акты, принятые в советский период, также продолжают действовать, при этом, даже если они и официально опубликовывались, найти источник официального опубликования затруднительно. Они никогда не перепечатывались, и найти текст данных актов можно только в правовых информационных системах. В частности, Верховный Суд РФ в своем Решении от 11 апреля 2006 года № ГКПИ06-124 и Кассационная коллегия данного суда в Определении от 22 июня 2006 года № КАС06-194 признали действующим в полном объеме Постановление Совета Министров РСФСР от 4 декабря 1974 года № 624 «О дополнении и частичном изменении Постановления Совета Министров РСФСР от 30 августа 1960 года № 1327 “О дальнейшем улучшении дела охраны памятников культуры в РСФСР”», которое не было никогда опубликовано и на момент принятия решений было размещено только в правовых информационных системах «Гарант», «Кодекс» и «КонсультантПлюс».

Президент РФ подписал Распоряжение от 18 марта 2011 года № 158-рп, в соответствии с которым Министерству юстиции Министерством юстиции РФ и федеральным органам исполнительной власти и органам государственной власти субъектов Министерством юстиции России даны поручения, касающиеся осуществления мер по инкорпорации правовых актов СССР и РСФСР или их отдельных положений в законодательство Российской Федерации, а также признанию указанных актов недействующими на территории России. Министерству юстиции Министерством юстиции РФ предписано осуществлять координацию деятельности государственных органов власти по инкорпорации правовых актов, ежегодно утверждать соответствующий план мероприятий на основе предложений органов государственной власти России, а также докладывать Президенту РФ о результатах проведенной работы.

Следует согласиться с предложением Д.Н. Бахраха о возобновлении практики официального переиздания текстов федеральных законов с учетом изменений, внесенных в них на дату переиздания. «И прежде всего следует решить вопрос об официальных текстах кодексов»¹.

Появление новых информационных технологий, активное использование Интернета поставили перед учеными и практиками вопрос о возможности официального опубликования правовых актов не только в бумажном (печатном), но и электронном виде. По мнению ряда ученых, решить проблемы недостатков бумажного (печатного) опубликования может придание статуса официального опубликования электронным изданиям и постепенный переход к только электронному официальному опубликованию².

Такая точка зрения находит поддержку в органах государственной власти. Переходят на официальное опубликование нормативных актов в электронном виде органы государственной власти Санкт-Петербурга. В соответствии с Законом Санкт-Петербурга от 16 июля 2010 года № 445-112 «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов Санкт-Петербурга»³ официальным опубликованием закона Санкт-Петербурга является первое размещение его полного текста на официальном сайте Администрации Санкт-Петербурга в Интернете либо первая публикация его полного текста в одном из печатных средств массовой информации, указанных в Законе. Исключение из правил публикации принимаемых законов сделано только для закона о бюджете города (предусмотрена публикация полного текста в журнале «Вестник Комитета финансов Санкт-Петербурга»). Официальным опубликованием правовых актов Законодательного собрания Санкт-Петербурга, губернатора Санкт-Петербурга, Правительства Санкт-Петербурга, иного исполнительного органа государственной власти Санкт-Петербурга является их первое размещение полного текста на официальных сайтах в Интернете.

Проблема электронного опубликования становится тем более актуальной, что в настоящее время от государственных органов требуется размещать тексты нормативных актов, регулирующих их деятельность, на своих официальных сайтах. Об этом же говорит Федеральный закон от 9 февраля 2009 года № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»⁴. 24 ноября 2009 года принято постановление Правительства № 953 «Об обеспечении доступа к информации о деятельности Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти»⁵. Этим постановлением утверждены перечень информа-

¹ Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика. — М., 2004. — С. 70.

² См.: Исаков В.Б. Официальное электронное опубликование как необходимая предпосылка для перехода к системе непрерывной кодификации // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25—26 сентября 2008 года) / Под ред. В.М. Баранова и Д.Г. Краснова. — Н. Новгород, 2009. — С. 262; Хургин В.М. Официальное опубликование правовых актов в электронном виде // ellib.gpntb.ru/subscribe/index.php?journal=ntb&year=2005&num=5&art=2

³ Петербургский Дневник. — 2010. — № 29.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 7. — Ст. 776.

⁵ Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 48. — Ст. 5832.

ции о деятельности Правительства РФ, размещаемой на официальных сайтах государственных органов в Интернете, перечень информации о деятельности федеральных органов исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Правительство РФ и подведомственных им федеральных органов исполнительной власти, размещаемой в Интернете.

К настоящему времени многие государственные органы, как федеральные, так и субъектов Федерации, имеют свои сайты в Интернете. На сайтах федеральных органов исполнительной власти размещаются нормативные правовые акты данных органов, в том числе признанные Министерством юстиции РФ не нуждающимися в государственной регистрации, публикуемые в ведомственных периодических изданиях. В настоящее время для большинства федеральных органов исполнительной власти источниками официального опубликования выступают различные периодические издания. Также предусматривается размещение нормативных правовых актов на сайтах соответствующих органов. Ряд государственных органов размещает нормативные правовые акты только на своих официальных сайтах. Так, в соответствии с «Порядком опубликования и вступления в силу актов Федерального дорожного агентства, признанных Министерством юстиции Российской Федерации не нуждающимися в государственной регистрации», утвержденным приказом Федерального дорожного агентства РФ от 27 июня 2011 года № 157, акты данного федерального агентства, признанные Министерством юстиции РФ не нуждающимися в государственной регистрации, подлежат «опубликованию на официальном сайте Федерального дорожного агентства в сети Интернет (www.rosavtodor.ru)»¹.

10 августа 2011 года Президент РФ в соответствии с частью 1 статьи 14 Федерального закона от 9 февраля 2009 года № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» подписал ряд указов, направленных на размещение в Интернете информации о деятельности федеральных государственных органов, руководство деятельностью которых осуществляет Президент РФ, и подведомственных им федеральных государственных органов. Так, на основании Указа Президента РФ от 10 августа 2011 года № 1060 «Об утверждении перечня информации о деятельности Министерства внутренних дел Российской Федерации, размещаемой в сети Интернет»² подлежат размещению акты МВД России (приказы, распоряжения и другие акты) в течение пяти рабочих дней со дня государственной регистрации или их издания (если эти акты не подлежат государственной регистрации).

Размещение нормативных правовых актов в электронном виде в информационных системах и в Интернете — перспективное направление деятельности государства и гражданского общества. Считаю вполне возможным введение официального электронного опубликования нормативных актов на сайтах органов государственной власти³. Однако для этого необходимо, чтобы органы государства помещали информацию о нормативных правовых актах, регламентирующих их деятельность, отвечали на вопросы, задаваемые посетителями сайтов.

Представляется, что необходим единый электронный орган официального опубликования федерального законодательства. Такой же орган, полагаю, должен быть создан и в субъектах федерации. Единый электронный орган официального опубликования нормативных правовых актов функционирует в целом ряде зарубежных государств⁴.

В настоящее время наибольшей популярностью у государственных органов и граждан пользуются справочные правовые системы, созданные негосударственными организациями. К сожалению, следует констатировать, что в настоящее время сложилась такая ситуация, что человек имеет возможность ознакомиться с законом с учетом внесенных в него очередных изменений и дополнений лишь на экране компьютера в неофициальной редакции СПС «КонсультантПлюс» или «Гарант». Такая законодательная техника, как отмечают известные ученые, не ориентирована на человека⁵.

В решении Дзержинского районного суда г. Санкт-Петербурга от 21 октября 2005 года, принятого по жалобе, подготовленной юристами ИРСИ, зафиксировано, что размещение федеральными органами исполнительной власти некоторых сведений в информационно-правовых системах «КонсультантПлюс» и «Гарант» не является надлежащим исполнением постановления Правительства РФ от 12 февраля 2003 года № 98, нарушает или препятствует осуществлению гражданами своих прав. Ком-

¹ Российская газета. — 2011. — 29 июля.

² Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 33. — Ст. 4903.

³ См.: *Исаков В.Б.* Официальное электронное опубликование как необходимая предпосылка для перехода к системе непрерывной кодификации // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25—26 сентября 2008 года) / Под ред. В.М. Баранова и Д.Г. Краснова. — Н. Новгород, 2009. — С. 260.

⁴ См.: *Талапина Э.В.* Электронное опубликование нормативных актов: зарубежный опыт // Государство и право. — 2009. — № 7. — С. 59.

⁵ См.: *Поленина С.В.* Формирование правового пространства России в условиях глобализации: состояние и технико-юридические проблемы совершенствования законодательства (вместо предисловия) / С.В. Поленина, В.М. Баранов // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации: Сборник статей. — М.; Н. Новгород, 2007. — С. 11.

пани, распространяющие правовую информацию, предоставляют ее пользователям на коммерческой основе, информация носит платный характер и не может считаться общедоступной. Полагаем, такая позиция суда является справедливой. В то же время, нами были проанализированы решения судебных органов, в том числе Верховного Суда РФ, в которых затрагиваются вопросы официального опубликования нормативных правовых актов. Нередко судьи отмечают, что размещение нормативных правовых актов в системах «Гарант» и «КонсультантПлюс» позволяет населению и иным лицам обеспечить возможность ознакомиться с содержанием нормативного правового акта¹.

Указанные выше и иные негосударственные справочные правовые системы, на наш взгляд, не должны относиться и, справедливо, не относятся к источникам официального опубликования нормативных правовых актов. В то же время следует признать, что коммерческие справочные правовые системы являются одним из самых надежных источников получения правовой информации. Полагаем, что разработчики и владельцы негосударственных правовых систем, понимая, что их правовые системы не являются источником официального опубликования, даже при наличии конкуренции со стороны государственных систем, смогут предложить такой набор услуг, который по достоинству оценят их клиенты.

В настоящее время в Федеральном Собрании РФ находится на рассмотрении законопроект № 568029-5 «О внесении изменений в Федеральный закон “О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания”»². Данный законопроект внесен в порядке законодательной инициативы Президентом РФ и направлен на расширение источников официального опубликования федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания РФ. Новизна законопроекта, вносимого Президентом страны, заключается в том, что официальным опубликованием будет выступать размещение закона и подзаконного нормативного правового акта на официальном интернет-портале правовой информации. В соответствии с проектом закона, официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) — официальное электронное периодическое издание и входит в государственную систему правовой информации, функционирование которой обеспечивает федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по выработке государственной политики, нормативно-правовому регулированию, контролю и надзору в сфере государственной охраны, президентской, правительственной и иных видов специальной связи и информации.

Придание электронному ресурсу статуса источника официального опубликования, на наш взгляд, является правильным решением. Следует отметить, что данный интернет-портал действует и в настоящее время. Официальный Интернет-портал правовой информации разработан по заказу ФСО России в рамках работ по развитию Государственной системы правовой информации, проводимых в соответствии с утвержденными Президентом РФ Концепцией правовой информатизации Российской Федерации и Положением о Федеральной службе охраны Российской Федерации, а также утвержденной Правительством РФ Государственной программой «Информационное общество (2011—2020 годы)»³. Если законопроект будет принят, он позволит официально закрепить, как отмечалось ранее, статус портала как источника официального опубликования. Вполне возможно в дальнейшем создание электронного Свода законов, доступного для всего населения России. Однако полагаем, что в настоящее время нельзя полностью отказываться от сложившейся системы официально опубликования. Источников официального опубликования уже сейчас достаточно много. Для исчисления сроков официального опубликования вполне достаточно может оказаться публикация аутентичного текста правового акта в одном источнике официального опубликования, при этом издаваемая небольшим тиражом. И поэтому могут возникнуть разночтения, касающиеся определения даты вступления в силу нормативного правового акта.

По нашему мнению, государству следует принимать меры по разработке информационно-поисковых экспертных систем, позволяющих пользователю в диалоговой форме получать необходимую ему правовую информацию. Государству необходимо расширять сеть центров и пунктов доступа граждан к официальной информации. Их следует организовывать на базе общедоступных библиотек (не только областных, но и, прежде всего, городских, районных, поселковых), в отделениях почтовой связи ФГУП «Почта России», государственных и муниципальных учреждениях по оказанию бесплатной юридической помощи, учебных заведениях, учреждениях здравоохранения.

¹ См., к примеру: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 30 марта 2010 года по делу № 50-Г10-7.

² Государственная Дума Федерального Собрания РФ. Официальный сайт. Электронный ресурс // asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=568029-5&02

³ О портале // www.pravo.gov.ru/pages/about.html

А.Ю. Чупрова

Чупрова Антонина Юрьевна — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и криминологии Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации

Понятие имущества как предмета конфискации

Необходимость существования института конфискации имущества в системе уголовно-правовых мер обусловлена ратификацией Российской Федерацией ряда международных документов, таких как Конвенция о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (1988 г.), Конвенция об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (1990 г.), Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (1993 г.), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (1999 г.), Конвенция СЕ об уголовной ответственности за коррупцию (1999 г.), Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности (2000 г.), Конвенция ООН против коррупции (2003 г.)¹.

В июле 2006 года после продолжительных дебатов в уголовное законодательство были возвращены нормы о конфискации имущества.

В теории справедливо отмечается, что конфискации сводит на нет, делает бессмысленной преступную деятельность, связанную, прежде всего, с совершением корыстных и иных экономических преступлений, поскольку плоды такой деятельности изымаются у виновного, привлеченного к ответственности; при этом конфискуются и «плоды плодов» — доходы от преступно полученного имущества².

Однако это очевидное обстоятельство не нашло отражения в законе: содержание пункта «а» части 1 статьи 104¹ вызывает недоумение³: конфискации не предписана в случаях совершения наиболее распространенных преступлений, причиняющих имущественный ущерб или влекущих получение криминального дохода, совершенных из корыстных побуждений, но ее применение возможно в случае совершения подмены ребенка, незаконного усыновления (удочерения), разглашения тайны усыновления (удочерения). Похищение человека может повлечь конфискации имущества при его совершении группой лиц по предварительному сговору, но для организованной группы похитителей эта мера не предусмотрена. Экономические преступления конфискации, как правило, не влекут. Однако есть исключения из правил: статья 183, части 3 и 4 статьи 184, статьи 186, 187, 189 УК РФ. Из указанных норм наиболее часто применяется статья 187 УК РФ. За 2008—2010 годы по ней были осуждены 260 человек, за этот же период по статье 183 УК — 107 человек, по статье 184 УК — 0, по статье 189 УК — 3. Так что актуальность конфискации для вышеозначенных преступлений не очевидна.

Преступления, совершаемые в сфере электронной коммерции, повлекут конфискации имущества, если нарушаются авторские и смежные права (ст. 146 УК), изобретательские и патентные права (ст. 147 УК), осуществляется торговля людьми (ст. 127¹ УК), незаконно распространяются порнографические материалы (ст. 242 УК), изготавливаются материалы с порнографическим изображением несовершеннолетних (ст. 242¹ УК). К остальным случаям нарушения уголовного закона в сфере электронной коммерции эта мера не применима.

Другие юрисдикции связывают конфискации имущества именно с корыстными преступлениями, сопряженными с получением дохода, и четко отражают этот факт в законе. Так, в США конфискации применяется за организованную преступную деятельность, мошенничество разного рода, подлоги, торговлю людьми, распространение детской порнографии, торговлю наркотиками, отмывание преступных доходов, коррупцию и другие преступления. УК Республики Беларусь (ст. 61), УК Украины (ст. 59), УК Республики Казахстан (ст. 51), УК Болгарии (ст. 44), УК Китая (ст. 59), УК Франции (ст. 131-21),

¹ См.: Сборник международных договоров СССР и РФ. — М., 1994. — Вып. XLVII. — С. 133; Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 3. — Ст. 203; Бюллетень международных договоров. — 1995. — № 2. — С. 3; Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 12. — Ст. 1059; Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 3. — Ст. 202; Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 40. — Ст. 3882; Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 26. — Ст. 2780.

² См.: Лопашенко Н.А. Уголовная политика. — М., 2009. — С. 180—181.

³ См.: Волженкин Б.В. Загадки конфискации // Уголовное право: стратегия развития в 21 веке: Материалы 4-й Международной научно-практической конференции. — М., 2007; Назаренко Г.В. Конфискации имущества как иная мера уголовно-правового характера // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты: Материалы III Российского конгресса уголовного права. — М., 2008. — С. 84; Яни П.С. Применение норм о конфискации // Уголовное право. — 2006. — № 12. — С. 32.

УК Дании (ст. 75—77), УК Швейцарии (ст. 58—59), УК Японии (ст. 19), УК Латвии (ст. 42), УК Австрии (ст. 20b) чаще всего указывают на возможность конфискации в санкции нормы, содержащей ответственность за конкретные преступления, и связывают ее назначение с опасной или особо опасной преступной деятельностью лица, имеющей корыстную направленность.

В соответствии со статьей 104¹ УК РФ могут быть конфискованы деньги, ценности и иное имущество, полученное в результате (предмет преступления) и доходы от него; деньги, ценности и иное имущество, в которые имущество, полученное в результате совершения хотя бы одного из преступлений, предусмотренных статьями, указанными в пункте «а» части 1 статьи 104¹ УК РФ, и доходы от этого имущества были частично или полностью превращены или преобразованы; деньги, ценности и иное имущество, используемые или предназначенные для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации); орудия, оборудование или иные средства совершения преступления, принадлежащие обвиняемому. Исходя из текста нормы, конфискуемое можно разделить на следующие группы: а) предмет преступления и доходы от них (п. «а» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ); орудия и средства совершения преступления (п. «г» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ); результаты экономической деятельности, связанной с оборотом предмета преступления и доходов от них (п. «б» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ).

Предмет преступления, определяемый в теории как элемент общественного отношения, воздействуя на который лицо нарушает (пытается нарушить) охраняемое законом общественное отношение¹, исходя из пункта «а» части 1 статьи 104¹ УК, выражается в деньгах, ценностях и ином имуществе, имеющем незаконное происхождение, находящемся в гражданском обороте, в том числе и ограниченном, или изъятом из оборота.

Применительно к положениям о конфискации деньги могут быть как наличными, так и безналичными, а также электронными (кибер-) деньгами, российскими или иностранными. Понятие «ценности» истолковывается также достаточно традиционно. Основное в данном случае — то, что предмет имеет свою стоимость и полезность, что потенциально позволит субъекту получить от него доход. К этой группе относятся драгоценные камни и драгоценные металлы, ценные бумаги в любой, документарной и бездокументарной, форме, культурные ценности.

Имущество как предмет конфискации законодательно не определено и его содержание относится в праве к числу наиболее дискуссионных.

В современной цивилистике достаточно распространенной является точка зрения, согласно которой категория «вещи» смешивается с таким более широким понятием, как имущество,² а под вещами понимается «материально-телесная субстанция, находящаяся в твердом, жидком и газообразном состоянии, выступающая как товар в гражданском обороте»³. Сходной позиции придерживается и судебная практика, не относящая к имуществу, например, результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 1 июля 1996 года «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечается, что в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества могут вноситься имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку. Однако таким вкладом не может быть объект интеллектуальной собственности (патент, объект авторского права, включая программу для ЭВМ, и т. п.) или «ноу-хау». В качестве вклада может быть признано право пользования таким объектом, передаваемое обществу или товариществу в соответствии с лицензионным договором, который должен быть зарегистрирован в порядке, предусмотренном законодательством. Такой подход не учитывает современные реалии. Например, средства индивидуализации обращаются самостоятельно, независимо от имущественного комплекса и во многих случаях именно они являются основной целью приобретения какой-либо компании. В частности, уже объявленная сделка о приобретении аптечной сети «З6,6» не состоялась только из-за того, что ее владельцы продавали недвижимость, но оставляли себе торговую марку, стоимость которой превышала остальные активы.

Представляется, что имущество как предмет конфискации включает не только вещи — предметы материального мира, но и неосязаемое имущество, имеющее само по себе значительную ценность и

¹ См. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. — М., 1960. — С. 130. См. также: Коржанский Н.И. Объект посягательства и квалификация преступлений. — Волгоград, 1976; Глистин В.К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. — Л., 1979; Фролов Е.А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1971.

² См.: Ахметьянова З.А. Правовой статус имущества юридических лиц. — М., 1998. — С. 10; Богатырев Ф.О. О сущности залога имущественных прав // Журнал российского права. — 2001. — № 4. — С. 89; Богатырев Ф.О. Залог прав // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей / Под ред. М.И. Брагинского. — М., 2002. — Вып. 4. — С. 177; Ястребов С.В. Право как предмет залога: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 16; и др.

³ Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. Комментарий / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. — М., 2010. — С. 4.

способное приносить экономическую выгоду. Такой подход является основным в законодательстве о конфискации в большинстве стран. Так, в США в соответствии со статьей 21 USC 853 (b), 18 USC 1963 (b) могут быть конфискованы недвижимое имущество, в том числе вещи, растущие на, прикрепленные к, и найденные в земле; материальные и нематериальные предметы, находящиеся в личной собственности, включая права, привилегии; интересы, требования и ценные бумаги (*United States v. Dicter*, 198 F.3d 1284, 1290). Под конфискуемым имуществом в английском праве понимают любое имущество, независимо от места его нахождения, включающее в себя (а) деньги, (b) все виды недвижимости и движимого имущества, (c) права требования и иное неосязаемое имущество или имущественные права (ст. 80 Акта 2002 г.).

Доходы как результат преступной деятельности применительно к конфискации имущества (п. «а» ст. 104¹ УК РФ) можно рассматривать в нескольких плоскостях: а) доходы от совершения преступления, в котором предмет не является обязательным признаком состава (например, доходы от заказных вариантов криминального поведения, представляющие собой вознаграждение в денежной и иной формах); б) доходы от имущества, являющегося предметом преступления и полученного непосредственно в результате его совершения, если предмет преступления был ограничен или изъят из оборота.

При совершении сделки с имуществом, являющимся предметом преступления, указанного в пункте «а» статьи 104¹ УК РФ и находящимся в свободном гражданском обороте, возникают основания для применения пункта «б» статьи 104¹ УК РФ, причем полученный от этого доход представляет собой всю вырученную сумму, без учета понесенных лицом расходов и затрат. Именно такая сумма, а не сумма, равная чистой прибыли, должна приниматься во внимание при установлении объема конфискации, исходя из криминального происхождения предмета сделки. Законодатель не дает определения дохода и это усложняет применение данного пункта на практике. Применяя положения о конфискации, суд ссылается на статью 104¹ УК РФ «в целом», не указывая, на основании какой именно части принято решение. В зарубежном законодательстве присутствуют определения термина «доход». Так, в статье 18 USC 981(2)(a)(b), содержащей положения о гражданской конфискации, термин «доходы» означает имущество любого рода, полученное непосредственно или косвенно в результате совершения преступления, предусматривающего конфискацию; а также, полученное в результате эксплуатации такого имущества, не ограничиваясь чистой прибылью или прибылью от его реализации; а также любое имущество, смешанное с имуществом, подлежащим конфискации, или имущество, в которое оно было обращено. В случаях, связанных с предоставлением легальных услуг или продажей товаров, находящихся в свободном обороте на незаконной основе, «доходы» означают сумму денег, полученную в результате незаконных сделок без учета не прямых затрат, а также иные косвенные доходы, связанные с предоставлением товаров или услуг. Для уменьшения размера конфискуемого дохода, истец может потребовать вычета прямых расходов, однако бремя их доказывания возложено на истца.

В российском праве, как и в американском, присутствует принцип замещения имущества денежной суммой. В соответствии с Титулом 18 Свода законов США (ст. 1963(m)2) и Титулом 21 Свода законов США (ст. 853(p)3) суд вправе назначить конфискацию любого имущества обвиняемого эквивалентной стоимости, если к моменту вынесения приговора подлежащая конфискации собственность:

- 1) не может быть обнаружена, или
- 2) была переведена или продана третьему лицу, или
- 3) выведена за территорию юрисдикции суда, или
- 4) была существенно уменьшена в размере, или
- 5) смешана с другой собственностью, которая не может быть легко разделена.

В статье 104² УК РФ указаны условия ее применения — использование, продажа или иные причины невозможности конфискации имущества. Возможность распространительного толкования данной нормы позволяет применять ее положения в тех же ситуациях, что традиционно определены в зарубежном законодательстве, а также когда предметом конфискации выступает неосязаемое имущество или произошла смена юрисдикции. В преступлениях, охватываемых понятием электронной коммерции, смена юрисдикции — не редкость. Домен или сайт может быть перемещен, например, из зоны «.ru», однако при этом не утрачивает своих функциональных или экономических свойств. Кроме того, конфисковать такой вид имущества достаточно сложно, поэтому его денежный эквивалент позволяет преодолеть проблемы применения конфискации. Однако, в отличие от американского законодательства, российское не предусмотрело замещение подлежащего конфискации имущества иным имуществом, эквивалентным ему по стоимости, хотя эта возможность, предоставленная правоприменителю, существенно упростит конфискацию, особенно в случаях отсутствия у осужденного денежных средств.

Определенные затруднения составляет изъятие имущества, находящегося за рубежом. Нормативная база для таких целей — международные договоры или ратифицированные конвенции — проблем не решают. Российское законодательство в данном случае лишено конкретики. Статья 11 «Признание приговора (решения), вынесенного судом иностранного государства» Федерального закона от

7 августа 2001 года № 115-ФЗ (в ред. от 27 июля 2010 г.) «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» отмечает, что в Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федерации признаются и исполняются вынесенные судами иностранных государств и вступившие в законную силу приговоры (решения) о конфискации находящихся на территории Российской Федерации доходов, полученных преступным путем, или эквивалентного им имущества. Конфискованные доходы, полученные преступным путем, или эквивалентное им имущество могут быть переданы полностью или частично иностранному государству, судом которого вынесено решение о конфискации на основании соответствующего международного договора Российской Федерации. Для решения таких вопросов необходим комплекс законодательных и организационных мер, отдельные положения которого могут быть заимствованы в правовой системе США (с учетом адаптации к российским реалиям)¹.

В соответствии с частью 3 статьи 104¹ УК РФ подлежащее конфискации имущество, переданное другому лицу, может быть изъято при определенных условиях. Закон относит к таким лицам юридических и физических лиц.

Передача, как признак рассматриваемой нормы, может выступать в форме купли-продажи во всех ее видах, мены, дарения. Результатом надлежащего исполнения возникающих в силу этих договоров обязательств является возникновение права собственности на вещь у ее приобретателя (третьего лица) и утрата указанного права у лица, совершившего преступление.

С учетом того, что понятие имущества охватывает не только вещи, но и неосязаемые ценности, включая результаты интеллектуальной деятельности человека, передача имущества может произойти и в результате договора коммерческой концессии (ст. 1027 ГК РФ). Одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав.

Безналичное имущество также может быть передано посредством заключения договора на организацию расчетов. В отдельных случаях наличное имущество может присутствовать на начальной стадии расчетов (передача покрытия по расчетным операциям) или на конечной стадии (совершение платежа). Однако перемещение этого имущества между местом нахождения инициатора платежа и непосредственно местом платежа всегда осуществляется исключительно путем совершения записей по счетам. Сторонами договора на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества являются профессиональный финансовый посредник, в том числе банк, и его клиент. Клиентами могут быть юридическое лицо — некредитная организация, физическое лицо или другой профессиональный финансовый посредник².

Передача имущества может осуществляться и при доверительном управлении. По договору доверительного управления имуществом одна сторона передает другой стороне на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя). Объектами доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы, отдельные объекты, относящиеся к недвижимому имуществу, ценные бумаги, права, удостоверенные бездокументарными ценными бумагами, исключительные права и другое имущество (ст. 1012, 1013 ГК РФ).

Передача имущества в доверительное управление, по договору концессии, договору на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества не влечет перехода права собственности на него к доверительному управляющему.

Таким образом, передача имущества осужденным третьим лицам может быть как связана, так и не связана с переходом на него права собственности.

С точки зрения конфискации имущества у третьих лиц, наименьшее число проблем создает доверительное управление, поскольку виновный в преступлении остается его собственником. Однако проблемы могут возникнуть, если бенефициаром выступает не сам осужденный, а иное лицо.

Доходы от имущества, имеющего криминальное происхождение, подлежат конфискации. Все вышеназванные виды договоров, в которых присутствует имущество, деньги и иные ценности, полученные в результате совершения преступления, касаются интересов лиц, в преступной деятельности не участвующих. Договоры на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества также затрагивают третьих лиц — профессионального финансового посредника, а при договоре концессии могут быть нарушены интересы пользователя.

Для решения вопроса о конфискации имущества необходимо установить, знало ли лицо о его преступном происхождении. В гражданском праве широко используется институт добросовестного

¹ См.: US Code T.18 s. 981

² См.: Ефимова Л.Г. Понятие и виды договоров на организацию безналичных расчетов // Цивилист. — 2011. — № 1, 2.

приобретателя. Этот институт можно использовать и в уголовном праве. Лицо признается добросовестным, если оно не знало и не могло знать, что приобретает (получает в дар, путем мены) имущество у лица, которое не имеет права его отчуждать в силу совершенного этим лицом преступления.

О добросовестности лица свидетельствуют следующие обстоятельства: у него отсутствует информация о том, что отчуждатель не вправе распоряжаться имуществом; он разумно оценил обстоятельства, сопутствующие приобретению имущества (место, время, стоимость, характер и качество имущества, иные условия приобретения); он совершил разумные и необходимые действия, направленные на получение информации о правомочиях отчуждателя в отношении имущества, не осознавал и по обстоятельствам дела не мог осознавать криминальное происхождение¹. Аналогичные признаки должны иметь место и в случае, когда речь идет о лицах, которым имущество или доходы от него были переданы в соответствии с иными договорами. В то же время понятие добросовестности является оценочной категорией и ее использование оставлено на усмотрение правоприменителя. Определение признаков добросовестности более правильно было бы формализовать либо в законе, либо в постановлении пленума Верховного Суда.

В ряде стран эти характеристики включены в закон. Так, в нормах, содержащих положения о конфискации в гражданском и уголовном праве в США, добросовестность (невиновность) владельца связывается с его неосведомленностью о преступном происхождении имущества, законностью продажи или приобретения имущества по соответствующей его стоимости цене или разумностью его поведения, которую от него можно было ожидать после получения информации о криминальности актива — лицо, сделало все, чтобы прекратить использование такой собственности, или сообщило правоохранительным органам информацию об обстоятельствах, которые привели или могут привести к конфискации имущества, или согласовало с правоохранительными органами свои действия, направленные на то, чтобы избежать незаконного использования имущества, отозвало лицензию на использование имущества или имущественных прав у лиц, совершивших преступление, получило интерес к имуществу в результате брака, развода, раздела имущества, завещания или наследования.

Следует отметить, что установить реальный объем знания получателя имущества, подлежащего конфискации, о его происхождении достаточно сложно, особенно если между осужденным и новым владельцем отсутствуют доверительные отношения. При решении вопроса об этом необходимо обратиться к имеющимся в деле доказательствам, свидетельствующим, что лицу было достоверно известно криминальное происхождение денежных средств или иного имущества.

Как уже отмечалось, обязанность доказать преступное происхождение имущества возлагается в российском праве на сторону обвинения. Аналогичный подход присущ большинству стран, применяющих конфискацию. Однако в тех случаях, когда конфискуемое имущество передано третьим лицам, доказательство его добросовестности возложено на это лицо, в частности, в США.

Таким образом, проведенный анализ позволяет сделать следующие выводы. Хотя содержание конфискации, предусмотренной в УК РФ, во многом совпадает с ее аналогами в зарубежном законодательстве, отдельные аспекты, касающиеся применения этой уголовно-правовой меры, могли бы быть менее дискуссионными, если бы законодатель использовал опыт других государств и непосредственно в уголовном законе разъяснил спорные моменты, относящиеся к понятию имущества, методике определения доходов, условиям допустимости изъятия предмета конфискации из владения третьих лиц.

¹ См.: Белова Д.А. Особенности правового статуса добросовестного приобретателя // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2010. — № 9; Рахмилович В.А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (К вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) // Проблемы современного гражданского права: Сборник статей. — М., 2000. — С. 126—144.

Е.С. Шалюгина

Шалюгина Екатерина Сергеевна — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

**Влияние технико-юридической конструкции нормы
об ответственности за разбой
на эффективность ее правоприменения**

В Уголовном кодексе Российской Федерации разбой определяется как нападение в целях хищения чужого имущества, совершенное с применением насилия, опасного для жизни или здоровья, либо с угрозой применения такого насилия (ч. 1 ст. 162 УК РФ). По конструкции объективной стороны законодатель подразумевает, что состав преступления является усеченным. То есть разбой считается оконченным с момента нападения, соединенного с насилием, опасным для жизни или здоровья лица, подвергнувшегося нападению, либо с угрозой применения такого насилия, независимо от того, удалось или не удалось завладеть имуществом.

Если оглянуться в прошлое, то мы увидим, что в середине XIX века российский законодатель рассматривал разбой как посягательство не на личность, а на имущество. В Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, а также Уголовном уложении 1903 года разбой признавали оконченным преступлением с момента утраты владения потерпевшим и переходом имущества во владение виновного¹. Если лицо намеревалось завладеть имуществом и прибегало или пыталось прибегнуть к насилию (физическому или психическому), то такого рода деяния рассматривались как наказуемое покушение. Таким образом, в дореволюционном уголовном праве в данном деянии законодатель усматривал материальный состав.

Говоря о том, что законодательное описание состава разбоя не должно иметь принципиальных отличий от характеристики других форм хищения, и момент окончания разбоя должен быть связан с реальной возможностью пользоваться и распоряжаться похищенным имуществом виновным лицом, мы не должны забывать, что вопрос не только в форме, но и в содержании рассматриваемого явления.

Нередко на современном этапе в уголовно-правовой литературе характеристика разбоя как усеченного состава преступления обосновывается желанием законодателя усилить уголовно-правовую охрану отношений собственности и личности, то есть защиты потерпевшего. Безусловно, вред, причиненный жизни и здоровью потерпевшего, должен служить критерием усиления уголовно-правовой защиты². Как полагают в этой связи некоторые ученые и практики, повышенная общественная опасность разбоя связана не только со способом его совершения, но и с тем, что рассматриваемое деяние посягает одновременно на несколько непосредственных объектов, а это уже повод, чтобы перенести момент окончания разбоя на раннюю стадию, независимо от того, завладело ли виновное лицо имуществом потерпевшего. *Признание разбоя оконченным преступлением с момента нападения отвечает приоритетной задаче — защите жизни и здоровья.* Однако сегодняшнее использование в этом качестве момента окончания состава разбоя не столько защищает потерпевшего, сколько порождает проблемы, как в теории, так и на практике. Признать разбой оконченным, когда, по сути, корыстное посягательство еще не завершено, значит игнорировать социальную и психологическую сущность этого преступления, где насилие является элементом мотивации, а не просто средством достижения криминальной цели.

Еще одним проблемным вопросом является возможность квалифицировать деяния с усеченным составом как приготовление и покушение. Исследователи и судебная практика единодушны в том, что приготовление применительно к усеченным составам преступлений возможно.

Так, Ярославским областным судом К. осужден по части 1 статьи 30, пунктам «а», «в», «г» части 2 статьи 162 УК РФ. Он признан виновным в том, что совершил приготовление к разбою на Ш. Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда РФ в кассационном порядке приговор в части квалификации содеянного К. оставлен без изменения.

Относительно возможности совершения покушения на преступление, по конструкции относящегося к усеченному составу, мнения исследователей разделились: одни считают возможным покуше-

¹ См.: *Елисеев С.А.* Преступления против собственности по Уголовному уложению 1903 года // Сибирский юридический вестник. — 2001. — № 4. — С. 39—43.

² См.: *Успенский А.* О недостатках определений некоторых форм хищения в новом УК // Законность. — 1997. — № 2. — С. 35.

ние, в частности, на разбой¹, другие, напротив, полагают невозможным оконченное покушение на разбой, поскольку момент нападения на человека с целью завладения имуществом путем применения насилия или угрозы насилия уже образует состав оконченного преступления.

А.И. Рарог отмечает: «Покушение на разбой, как правило, невозможно: до начала нападения речь может идти только о приготовлении, а с первого акта нападения разбой является оконченным преступлением (усеченный состав преступления)²».

А.В. Корнеева поддерживает А.И. Рарога и верно утверждает, что при совершении такого преступления с усеченным составом, как разбой, когда само действие составляет оконченный состав преступления, покушение невозможно³.

А.И. Ситникова высказала мнение, что возможно выделение покушения на разбой, поскольку нападение и насилие (правильно — нападение и насилие, применение насилия) — не тождественные понятия, а следовательно, при разбое вероятно нападение без насилия (при разбое нападение соединено с насилием, но совершается без применения насилия), что и следует считать покушением на разбой⁴.

Так, по приговору Брянского областного суда П. осужден, в частности, по части 3 статьи 30, пунктам «а», «в», «г» части 2 статьи 162 УК РФ. По этому же делу осуждены М., Д., З. и др. П. признан виновным в покушении на разбой, совершенном группой лиц по предварительному сговору, с незаконным проникновением в жилище с применением оружия и предметов, используемых в качестве оружия.

М., осужденный по этому же делу за разбойное нападение, совершенное в составе организованной и руководимой им банды, а также за другие преступления, подыскивая очередной объект для нападения, узнал от знакомого П. об С., который, занимаясь продажей валюты, постоянно имел дома крупные суммы денег. М. предложил П., а также Д. и З., присутствовавшим при разговоре, один из которых являлся участником банды, совершить нападение на квартиру С., на что те, в том числе П., согласились.

По разработанному плану преступления П. указал квартиру С. и остался внизу у подъезда для наблюдения за обстановкой. Д. позвонил в квартиру и с целью проникновения в нее попросил С. обменять доллары США. Последний, открывая замки, в дверной глазок увидел, что один из преступников надевает маску, и не открыл дверь, стал кричать, что вызовет милицию. Испугавшись, соучастники убежали.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ приговор оставила без изменения. По протесту первого заместителя Председателя Верховного Суда РФ Президиум Верховного Суда РФ приговор и определение в отношении П. изменил: его действия переклассифицированы с части 3 статьи 30, пунктов «а», «в», «г» части 2 статьи 162 УК РФ на часть 5 статьи 33, часть 3 статьи 30, пункты «а», «в», «г» части 2 статьи 162. При этом Президиум в Постановлении указал следующее. Суд, установив в приговоре факт соучастия П. в покушении на разбой, вместе с тем не конкретизировал вид соучастия. Между тем из дела видно, что П. не участвовал в совершении действий, составляющих объективную сторону преступления, а лишь указал объект нападения и исполнял роль наблюдателя за окружающей обстановкой во время совершения преступления непосредственными исполнителями.

Однако Е.В. Благов не соглашается с квалификацией этих действий как покушение на разбой. Он отмечает: «Попытка совершить разбойное нападение (попытка ли?), закончившаяся всего лишь звонком в дверь квартиры потерпевшего, который, заметив в глазок, заметив из преступников надевает маску, дверь не открыл и стал кричать о вызове милиции, а соучастники, испугавшись, убежали, квалифицирована со ссылкой на часть 3 статьи 30 УК РФ... При приведенных обстоятельствах содеянное за пределы приготовления к разбою не выходит, так как... прибытие на место совершения преступления означает не более чем создание одного из условий для совершения преступления»⁵.

В российском уголовном законе при описании состава разбоя использовались термины «нападение» и «насилие». Возможно, это связано с их общеупотребительным значением в русском языке. Слово «нападение» является отглагольным существительным, производным от глагола «нападать», образованного, в свою очередь, от глагола «напасть». Напасть — значит, выступить против кого-нибудь, чего-нибудь с целью разгрома, уничтожения, нанесения ущерба. Следовательно, термин

¹ См., например: Гугучия М.Б. Ответственность за разбой по советскому уголовному законодательству. — Сухуми, 1958. — С. 47; Тишкевич И.С. Приготовление и покушение по советскому уголовному праву (понятие и наказуемость). — М., 1958. — С. 207—208; Панько К.А. Добровольный отказ от преступления по советскому уголовному праву. — Воронеж, 1975. — С. 93—94.

² Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постатейными материалами и судебной практикой / Под ред. С.И. Никулина. — М., 2000. — С. 482.

³ См.: Корнеева А.В. Теоретические вопросы квалификации преступлений: Учебное пособие / Под ред. А.И. Рарога. — М., 2006. — С. 103.

⁴ См.: Ситникова А.И. Оконченное и неоконченное хищение при трансформации умысла и видоизменении способа // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. — М., 2005. — С. 194—197.

⁵ Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). — СПб., 2004. — С. 189.

«нападение» означает выступление против кого-нибудь, чего-нибудь с целью разгрома, уничтожения, нанесения ущерба. Термин «насилие» означает принудительное воздействие на кого-нибудь, что-нибудь, а признак «соединение нападения с указанным насилием либо угрозой его применения» — скрепить, связать одно с другим¹.

Выражение «нападение с целью завладения имуществом, соединенное с насилием, опасным для жизни и здоровья лица, подвергшегося нападению, или с угрозой применения такого насилия» означает выступление с целью завладения имуществом, связанное с принудительным воздействием, опасным для жизни или здоровья лица, подвергшегося нападению, либо с угрозой применения такого принудительного воздействия.

Нападение не может быть совершено с применением насилия, поскольку последнее является непосредственным приведением преднамеренного в исполнение (наряду с изъятием и обращением чужого имущества в пользу виновного или других лиц). Применению насилия предшествует посягательство, а не нападение, то есть посягательство в целях хищения чужого имущества может быть сопряжено с применением насилия. Применение насилия, а тем более причинение ущерба личности, лежит за пределами юридического момента окончания разбоя².

Резюмируя вышеизложенное, мы говорим, что, во-первых, при решении вопроса о моменте окончания разбоя первостепенное значение должно придаваться не факту применения физического или психического вреда личности, а факту завладения имуществом и появлением в этой связи реальной возможности пользоваться и распоряжаться похищенным имуществом. Во-вторых, законодательное описание состава разбоя не должно иметь принципиальных отличий от характеристики других форм хищения. А раз так, то и момент окончания разбоя должен быть связан с реальной возможностью пользоваться и распоряжаться похищенным имуществом виновным лицом. В-третьих, законодательная конструкция разбоя как усеченного состава практически исключает ответственность за покушение на это преступление, что делает невозможным и обоснование добровольного отказа от совершения данного противоправного деяния.

¹ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — 18-е изд., стереотип. — М., 1986. — С. 329—330, 334, 646.

² См.: Редин М.П. Рецензия на книгу В.А. Владимирова, Ю.И. Ляпунова «Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность» // Правоведение. — 1987. — № 5. — С. 111.

Е.Л. Шапошников

Шапошников Евгений Львович — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры криминологии Нижегородской академии МВД России

Принципы совершенствования российского законодательства о свободе совести и вероисповедания

В ходе развития общества складывались различные модели взаимоотношений между православной церковью и государством. В восточно-христианской традиции идеальной формой таких отношений стала симфония. Ее суть заключается в обоюдном сотрудничестве церкви и государства, в их «взаимной поддержке и взаимной ответственности, без вторжения одной стороны в сферу исключительной компетенции другой». Классическая византийская модель взаимоотношения церкви и государства была выражена следующей формулой: «Мирская власть и священство соотносятся между собою как тело и душа... В связи и согласии их состоит благоденствие государства». При анализе современных видов взаимоотношений церкви и государства, которые сложились в Западной Европе и США, отмечается три их главные формы. Радикальное отделение церкви от государства, как это произошло в США, которое предполагает принцип равноудаленности или нейтральности по отношению ко всем конфессиям, действующим на территории страны. Другая форма — это сохранение государственной церковности, как это происходит в Великобритании, Норвегии, Дании, Греции и других странах. Государственная церковь обладает рядом преференций: так, на ее содержание взимаются налоги, государство помогает ей финансировать систему образования, она пользуется налоговыми льготами и т. д. Наконец, существует «промежуточная форма» между радикальным отделением церкви от государства и государственной церковностью. В документах собора такой статус церкви назван «корпорацией публичного права». При таком положении церковь «может иметь ряд привилегий и обязанностей, делегированных ей государством, не являясь государственной церковью в собственном смысле слова». Например, в Германии католическая и евангелическая церкви имеют «статус корпораций публичного права», а другие религиозные направления полностью отделены от государства и имеют статус «частной корпорации».

Анализ современных церковно-государственных отношений в России показывает, что они далеки от идеала и отражают происшедшую секуляризацию власти, которая уже «не ищет божественной санкции». В то же время церковь подчеркивает, что она вправе ожидать от российских властей, что те «при построении своих отношений с религиозными объединениями будут учитывать количество их последователей, их место в формировании исторического, культурного и духовного облика народа, их гражданскую позицию». Следовательно, православие не приемлет принцип нейтрализма и равноудаленности государства от конфессий, а, напротив, предлагает в той или иной мере обозначить особый статус Русской православной церкви и других традиционных религий России. В этом плане необходимо совершенствование российского законодательства в сфере регулирования государственно-церковных отношений.

При взаимодействии с федеральными и региональными законодательными властями необходимо обращать внимание на необходимость «совершенствования общегосударственного и местного права, имеющего отношение к жизни церкви». Речь идет и об усилении борьбы с тоталитарными сектами, создании законодательных механизмов пресечения их деятельности. Одна из важных проблем для церкви — это государственная аккредитация образования, полученного в духовных учебных заведениях, а для этого необходима корректировка законов об образовании и т. д.

При сотрудничестве с исполнительной властью на первый план выходит «церковно-государственное соработничество» в тех сферах, которые вызывают обеспокоенность церкви. Это и демографические проблемы, и духовно-нравственное воспитание, и борьба с преступностью, и помощь «бедным и обездоленным», и многое другое. К этой же сфере относится взаимодействие с властью по «решению практических вопросов жизни и деятельности религиозных объединений».

Взаимоотношения церкви и судебной власти «должны ограничиваться представлением в случае необходимости интересов церкви в суде». При этом интересы еkkлeсии в судебных органах защищаются специально подготовленные миряне, которым священноначалие дало соответствующую полномочия. В этом разделе есть два принципиальных тезиса, важных для нашей темы исследования. Во-первых, церковь признает независимость суда и поэтому «не вмешивается в непосредственное осуществление судебной властью ее функций и полномочий». Во-вторых, провозглашается приоритет церковного права перед светским при решении внутрицерковных дел, так как последние «не должны выносятся на светский суд».

Несмотря на критичное отношение к современной правовой системе, православные иерархи последовательно выступают против правового нигилизма. Даже тогда, когда законы являются несовершенными, православный христианин обязан им повиноваться «во всем, что касается исключительно земного порядка». В том же случае, когда исполнение требований закона «угрожает вечному спасению, то тогда верующий переходит границу законопослушания». Неисполнение закона возможно при «принуждении к вероотступничеству» или к совершению иного «несомненного греха в отношении бога и ближнего». При этом православный христианин должен «открыто выступать законным образом против безусловного нарушения обществом или государством установлений и заповедей Божиих».

Важное значение для понимания современного уровня государственно-церковных отношений имеет «Устав Русской православной церкви», принятый на Юбилейном Архиерейском соборе 2000 года¹.

В новом Уставе появился раздел, специально посвященный церковному суду. Он действует «в трех инстанциях», а именно: епархиальный суд, общецерковный суд и суд Архиерейского собора.

Провозгласив тезис о том, что никакие другие церковные органы и лица «не вправе принимать на себя осуществление функций церковного суда», юбилейный Архиерейский собор в то же время постановил разработать «Положение о церковном суде», определив в нем его «компетенцию и процедуру судопроизводства». Следовательно, налицо явное противоречие: с одной стороны, констатируется необходимость церковного суда и даже запрещается верующим по внутрицерковным вопросам обращаться в другие инстанции, но, с другой стороны, сам механизм церковного судопроизводства еще не создан. Только на заседании Священного синода 1 октября 2004 года был заслушан доклад председателя историко-правовой комиссии, профессора протоиерея В. Цыпина об итогах подготовки «Положения о церковном суде»².

В. Цыпин отметил большую сложность в организации церковного судопроизводства, посетовал на отсутствие подготовленных кадров и поэтому предложил «вводить церковный суд поэтапно». На первом этапе предусматривается ввести епархиальные суды, а уже затем, обобщив опыт их работы, принять «Положение о церковном суде» и «организовать систему церковного судопроизводства» в целом.

Особую тревогу церкви вызывает тот факт, что законодательная деятельность современных государств, в том числе и российского, приводит к «распространению секуляризма в современном обществе, желаям строить жизнь без бога». В области церковно-государственных отношений секуляризация проявляется в «попытках вытеснить церковь из различных сфер общественной и государственной жизни». Государственная политика в сфере религии строится таким образом, что последняя «остается лишь частным делом». Религиозные традиции и ценности игнорируются светским законодательством и фактически «под предлогом защиты прав человека защищается грех». Религиозные убеждения граждан «должны учитываться в повседневной практике и охраняться законом», когда они исполняют свой долг по защите Родины, служа в армии и других силовых структурах.

Анализ существующего законодательства о свободе совести также показывает, что «некоторые важные области данной сферы общественных отношений оказались за пределами внимания законодательства»³. Для примера наши известные исследователи данной темы А.В. Пчелинцев и В.В. Ряховский приводят ситуацию, обусловленную отсутствием правового регулирования «публичного освещения в средствах массовой информации поведения высших должностных лиц государства, связанного с их участием в религиозных обрядах и церемониях»⁴. В этой связи возникают вопросы о светскости государства, о равенстве конфессий и т. д.

Следовательно, процесс совершенствования государственно-церковных отношений будет продолжаться. Сам опыт реальной реализации принципов свободы совести в России еще невелик, отсюда и нерешенные проблемы. Важно, чтобы изменения в такой сложной сфере, как взаимоотношения церкви и государства, не нарушали межконфессиональный мир, не давали повода для обвинения государства в дискриминации граждан по религиозному принципу.

¹ См.: Устав Русской православной церкви // Сборник документов и материалов Юбилейного Архиерейского собора Русской православной церкви. — Н. Новгород, 2000. — С. 251—285.

² См.: Определения Священного синода // Журнал Московской патриархии. — 2004. — № 10. — С. 7.

³ Пчелинцев А.В. Правозащитные организации и права верующих / А.В. Пчелинцев, В.В. Ряховский // Преодолевая государственно-конфессиональные отношения: Сборник статей. — Н. Новгород, 2003. — С. 46.

⁴ Там же. — С. 46.

А.В. Шашкова

Шашкова Анна Владиславовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права Московского государственного института международных отношений (университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации, адвокат Адвокатской палаты Московской области

Российское правотворчество и законодательство в регулировании борьбы с незаконной легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем. Проблемы техники антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов

На сегодняшний день наиболее актуальной и одновременно экономической, юридической и политической проблемой в России, также как и во всем мире, является проблема борьбы с незаконной легализацией (отмыванием) доходов. Словосочетание «отмывание денег» стало настолько популярным, что фигурировало даже в шпионском скандале, в котором были задействованы власти США и России, произошедшем в июне 2010 года¹. Каким образом может происходить отмывание, если предполагается, что в данном скандале задействованы российские разведчики — государственные служащие Российской Федерации? Эти и многие другие вопросы возникают при изучении как законодательных, так и практических проблем борьбы с легализацией незаконных доходов.

Российское законодательство в отношении борьбы с незаконной легализацией преступных доходов пошло по пути не только усиления мер реагирования на уже состоявшиеся акты незаконной легализации, но и на превентивные действия. Важное место в предупреждении незаконной легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, занимают организации, контролирующие сделки. Перечень организаций, которые обязаны контролировать сделки, достаточно обширен. Это и профессиональные участники рынка ценных бумаг, и страховые и лизинговые компании, ломбарды и другие организации, осуществляющие покупку и продажу драгоценностей и драгметаллов, тотализаторы и букмекерские конторы, инвестиционные фонды или негосударственные пенсионные фонды, организации, оказывающие посреднические услуги при сделках купли-продажи недвижимого имущества. Помимо указанных организаций проверять сделки обязаны адвокаты, нотариусы и лица, которые ведут предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг².

Федеральный закон от 7 августа 2001 года № 115 «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»³ (далее — Закон) в статье 7.2 предусмотрел разработку правил внутреннего контроля для организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом. Правительство РФ в свою очередь утвердило Рекомендации по разработке правил внутреннего контроля для некредитных организаций⁴, а Банк России — для кредитных организаций⁵. Данные акты, однако, не имеют нормативного характера и не являются обязательными для организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом.

Одним из элементов программы осуществления внутреннего контроля является программа по выявлению операций, подлежащих обязательному контролю, и иных операций, связанных с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем⁶. Эффективность осуществления данной программы основана на немедленном выявлении подозрительных операций⁷. В статье 7.2 Закон устанавливает следующие критерии выявления и признаки необычных сделок:

— запутанный или необычный характер сделки, не имеющей очевидного экономического смысла или очевидной законной цели;

¹ См.: Grigoryeva Y. Catching Spies, Hunting Obama / Y. Grigoryeva, Y. Zabrodina, V. Voropayev // Izvestia. — 2010. — 30 June.

² Тишина Е. Сага о бухгалтерском учете // Бухгалтерское приложение. — 2009. — № 35 (9301).

³ Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 33. — Ч. 1. — Ст. 3418.

⁴ См.: Распоряжение Правительства РФ от 17 июля 2002 года № 983-р.

⁵ См.: Указание Банка России от 13 июля 2005 года № 99-Т.

⁶ См.: Шашкова А.В. Russian Corporate Law. — Moscow, 2009. — P. 317.

⁷ В то время как в России законодательство определило данный вид сделок как необычные, в международной практике они носят название подозрительных.

— несоответствие сделки целям деятельности организации, установленным учредительными документами этой организации;

— выявление неоднократного совершения операций или сделок, характер которых дает основание полагать, что целью их осуществления является уклонение от процедур обязательного контроля;

— иные обстоятельства, дающие основания полагать, что сделки осуществляются в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма.

Предполагается, что каждая организация разработает более четкие критерии самостоятельно.

Что касается России, то Центробанк с марта 2008 года фиксирует увеличение объемов странных финансовых операций, связанных с договорами о поставках импортных товаров. Особо крупные денежные переводы уходят в пользу нерезидентов, зарегистрированных в Великобритании, на Кипре, в Новой Зеландии, на Британских Виргинских островах, Белизе. Эти нерезиденты имеют расчетные счета в банках Латвии, Литвы, Эстонии¹.

Около 40% преступлений в области легализации преступных доходов в Российской Федерации совершается в кредитно-финансовой сфере². В I квартале 2010 года из более чем 4000 преступлений, выявленных по статье 174¹ УК РФ (так называемое самоотмывание), более 1600 совершено в кредитно-финансовой сфере. Типичная схема по отмыванию средств выглядит так. Предприятие, нуждающееся в деньгах, договаривается с конкретной компанией о кредите на определенных условиях. А возвращается этот кредит на счет другой организации уже «отмытыми» средствами. Задачей кредитных организаций в данном случае является идентификация указанных сделок как подозрительных.

В настоящее время ситуация на рынке нестабильная. А когда ситуация на рынке нестабильная, регуляторам технически очень сложно отслеживать потоки капитала. Кризис крайне благоприятствует всякого рода мошенничествам: создается ажиотаж, что препятствует выявлению преступных схем.

На сегодняшний день преступные капиталы все чаще используются для кредитования частного бизнеса, тем самым подменяя собой легальный банковский сектор. В связи с финансовым кризисом в России происходит активизация криминальных финансовых потоков. А основными каналами вывода денег из России в офшоры становятся банки стран Балтии.

Недостаток ликвидности в банковском секторе способствует появлению повышенных рисков, связанных с выводом значительных объемов денежных средств из системы безналичных расчетов в менее контролируемый оборот³.

Таким образом, создается парадоксальная ситуация. С одной стороны, в результате многократного увеличения кассовых операций по снятию наличных денежных средств «фирмами-однодневками», индивидуальными предпринимателями и физическим лицами, нанятыми для целей «обналички», риск потери банком своей деловой репутации возрастает до критических величин. С другой стороны, управлять этим риском банки могут исключительно за счет принятия возникающего правового риска, поскольку правовых инструментов (например, права отказа от совершения сомнительных операций или права отказа от открытия счетов сомнительным клиентам) ни законодательство, ни акты Банка России не предусматривают⁴.

В этих условиях возникает тревожная перспектива для банка: либо быть незаслуженно наказанным надзорными органами за соучастие в выводе денежных средств из легального денежного оборота, который совершается в преступных целях, но на совершенно законных основаниях, либо идти на нарушения гражданского законодательства и нормативных актов Банка России в отношении обслуживания клиентов и совершаемых ими операций.

В целях совершенствования организациями, осуществляющими операции с денежными средствами или иным имуществом, а также иными лицами процедур внутреннего контроля с учетом риск-ориентированных подходов, приказом Росфинмониторинга № 103 от 8 мая 2009 года утверждены «Рекомендации по разработке критериев выявления и определению признаков необычных сделок». Перечень критериев выявления необычных сделок значительно расширился. Необычные сделки выявляются, в частности, если совершаются операции с ценными бумагами, необеспеченными активами своих эмитентов; осуществляется денежный перевод на анонимный счет за границу; выставляется немотивированное требование клиента о расторжении договора и (или) возврате уплаченных средств до фактического осуществления операции; получателем денежных средств (товаров, работ, услуг) является нерезидент, не являющийся стороной по договору (контракту) об экспорте (импорте).

Если участник операции с денежными средствами или иным имуществом зарегистрирован в государстве или на территории, предоставляющей льготный режим налогообложения и (или) не преду-

¹ См.: Летняя Т. «Темные» кредиты // Российская газета. — 2009. — 21 июля.

² ПРАЙМ-ТАСС от 21 июля 2009 года.

³ 9-ое Пленарное заседание Евразийской группы по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма (ЕАГ) от 16 декабря 2008 года.

⁴ Приложение 2 к Протоколу № 4 от 16 мая 2006 года «Меморандум Ассоциации российских банков «О мерах по противодействию использованию кредитных организаций в целях вывода крупных сумм денежных средств из легального денежного оборота в «теневую» экономику»».

смаатривающей раскрытие и предоставление информации при проведении этих операций, это тоже может послужить критерием выявления необычной сделки¹.

Обновлен перечень рекомендуемых признаков необычных сделок. Сделка будет являться необычной, если: клиент заключает договоры страхования с организациями, находящимися за пределами региона его места жительства (регистрации); лизинговые платежи вносятся по поручению лизингодателя третьим лицом; операции с одним объектом недвижимого имущества совершаются неоднократно; **физическое лицо несколько раз сдает на комиссию, под залог или в скупку ювелирные изделия, в том числе имеющие товарные биржи и др. Необычной также признается сделка, по которой драгоценные металлы продаются по цене, отклоняющейся от рыночной более чем на 20%.**

Таким образом, под необычными сделками понимаются, зачастую, вполне обычные сделки. Оценочный характер носят такие понятия, как «необоснованная поспешность», «необоснованные задержки» или «излишняя озабоченность клиента». И в настоящее время главное, чтобы указанные подзаконные акты не подменяли собой пробелы в законодательстве и вместо рекомендаций и повода для детальной оценки каждого конкретного случая мы не получили бесспорное основание для привлечения к ответственности. Ведь если вчитаться в каждый критерий, который Росфинмониторинг считает признаком необычной сделки, то конкуренцию и инициативу в бизнесе надо отменить, больше нельзя предлагать услуги с дисконтом или, наоборот, за высококлассные услуги получать высокую комиссию, нельзя часто менять поставщиков, настаивать на использовании удаленного терминала, чтобы экономить на бумаге и курьерах². Вызывает также споры классификация убыточных сделок с ценными бумагами: их предлагается считать подозрительными. При этом в приказе Росфинмониторинга нет ни слова о дефолтах и банкротствах эмитентов, повлекших эти самые убытки. Также никто не задается вопросом, каким образом были потрачены привлеченные денежные средства. Это и является примером легализации, которую необходимо контролировать в законодательном порядке. Вот одна из проблем, на борьбу с которой следует направить российское законодательство. Это точечная проблема, которая требует точечного законодательного решения.

Другая грань борьбы с легализацией незаконных доходов, которую многие исследователи рассматривают обособленно, но которая напрямую связана с легализацией, является составной частью последней и одной из решающих ее частей, — это борьба с коррупцией.

Еще 15 сентября 2006 года Всемирный банк опубликовал отчет по борьбе с коррупцией в Российской Федерации. Оценивалось текущее законодательство и способность контроля над коррупцией. Россия получила 151 место из 208 наряду с Никарагуа и Западным Тимуром, на одно место обогнав Нигерию и уступив Свазиленду 150 место³.

Уровень коррупции в России остается крайне высоким. В 2007 году, по официальной статистике, расследовано более 10,5 тысяч дел в этой сфере. С этого времени, конечно, законодательство Российской Федерации, касающееся вопроса коррупции, значительно изменилось. Был принят пакет законодательных и подзаконных актов, направленных на борьбу с коррупцией⁴, создается национальная антикоррупционная стратегия, программы, в Министерстве юстиции РФ проводится экспертиза актов на антикоррупционную.

Между тем МВД России отмечает рост в России преступлений коррупционной направленности в 2009 году. «Только за первый квартал 2009 года подразделениями экономического блока органов внутренних дел выявлено более 14 тысяч преступлений (на 30% больше по сравнению с аналогичным периодом прошлого года), совершенных против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления»⁵.

Основные законодательные и подзаконные акты Российской Федерации, направленные на борьбу с коррупцией, следующие: Федеральный закон от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»; Федеральный закон от 17 июля 2009 года № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»; Федеральный закон от 17 декабря 1992 года № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»; постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов».

Как не столкнуться лбами при проведении антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов органами прокуратуры, федеральными органами исполнительной власти, органами, организациями и их должностными лицами, Министерством юстиции РФ, и независимой антикоррупционной

¹ Сайт компании «Развитие бизнес систем», раздел «Власть» от 26 августа 2009 года.

² www.bcs-express.ru

³ См.: *Blagov S. Russia's money laundering fight questioned // ISN Security Watch. — 2006. — September 20.*

⁴ Федеральный закон от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 6235.

⁵ www.interfax.ru/politics/txt.asp?id=80689

экспертизы? Постановление Правительства РФ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», по мнению автора, только запутывает данный вопрос. Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов применяется для обеспечения проведения прокуратурой РФ, федеральными органами исполнительной власти, органами, организациями и их должностными лицами антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов¹, а вот Правила проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов определяют порядок проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, осуществляемой Министерством юстиции РФ, и независимой антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов в целях выявления в них коррупциогенных факторов и их последующего устранения².

Федеральный закон «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» указывает, что прокуроры в ходе осуществления своих полномочий проводят антикоррупционную экспертизу нормативных правовых актов органов, организаций, их должностных лиц по вопросам, касающимся:

— прав, свобод и обязанностей человека и гражданина;

— государственной и муниципальной собственности, государственной и муниципальной службы, бюджетного, налогового, таможенного, лесного, водного, земельного, градостроительного, природоохранного законодательства, законодательства о лицензировании, а также законодательства, регулирующего деятельность государственных корпораций, фондов и иных организаций, создаваемых Российской Федерацией на основании федерального закона;

— социальных гарантий лицам, замещающим (замещавшим) государственные или муниципальные должности, должности государственной или муниципальной службы³.

Следовательно, предметом антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов, проводимой органами прокуратуры, и является выявление в правовых актах и проектах правовых актов положений, способствующих возникновению коррупционных отношений в деятельности органов государственной власти Российской Федерации, государственных органов Российской Федерации и иных организаций и их должностных лиц, связанной с реализацией указанных правовых актов, а также направленной на устранение из правовых актов и проектов правовых актов факторов, повышающих вероятность коррупционных действий. Есть ли необходимость расширения данного круга вопросов?

Постановление Правительства РФ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» свело основные коррупциогенные факторы к одиннадцати:

- 1) широта дискреционных полномочий;
- 2) определение компетенции по формуле «вправе»;
- 3) выборочное изменение объема прав;
- 4) чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества;
- 5) принятие нормативного правового акта за пределами компетенции;
- 6) заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий;
- 7) отсутствие или неполнота административных процедур;
- 8) отказ от конкурсных (аукционных) процедур;
- 9) наличие завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права;
- 10) злоупотребление правом заявителя органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами);
- 11) отказ от конкурсных (аукционных) процедур — закрепление административного порядка предоставления права (блага).

Кажется, немного. Кроме того, можно вспомнить, что при разработке данного постановления рассматривалось гораздо большее число коррупциогенных факторов. И все же это всеобъемлющие факторы.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» (вместе с «Правилами проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», «Методикой проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов // Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 10. — Ст. 1084. См. пункт 1 Методики.

² См. пункт 1 Правил проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов.

³ См. пункт 2 статьи 3 Федерального закона от 17 июля 2009 года № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов».

Здесь сразу же напрашиваются две цитаты из русской литературы девятнадцатого века: «В России суровость законов умеряется их неисполнением» (П.А. Вяземский)¹ и «Строгость российских законов смягчается необязательностью их исполнения» (М.Е. Салтыков-Щедрин)².

Анализ указанных актов показывает, что предметом антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов органами прокуратуры является вопрос жизнедеятельности как органов государственной власти, так и физических лиц. И все же должно быть понятно, что невозможно все урегулировать законодательным образом: необходимо искать эффективные рычаги исполнения нормативно-правовых актов. Очередные сочинские антикоррупционные скандалы произошли уже после принятия столь «эффективных мер» по антикоррупционной экспертизе нормативно-правовых актов³. И то, что пока нет механизма антикоррупционной экспертизы уже действующих нормативно-правовых актов, не является оправданием.

Становится очевидным, что мы боремся с последствиями проблемы, делая упор на детализацию антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов. По мнению автора, однако, более действенным является воспитание чувства патриотизма у государственных служащих и повышение правовой грамотности населения России. Вот что является основным элементом и действенным механизмом борьбы с коррупцией в Российской Федерации как одного из важнейших элементов противодействия незаконной легализации (отмывания) преступных доходов.

Следовательно, необходимо сделать вывод о том, что для эффективной борьбы с незаконным отмыванием денежных средств необходимо фокусно совершенствовать российское законодательство, проводить регулярное повышение квалификации как работников правоохранительных органов, так и работников иных структур, например банковских, что требует определенного инвестирования в таких работников. Это может себе позволить только сильная экономика. Слабая экономика вынуждена отрывать ресурсы от борьбы с незаконной легализацией, направляя их на борьбу с безработицей, социальной нестабильностью и т. д. Это еще раз говорит о необходимости использования инновационного подхода как для установления разумного критерия опасности масштабов указанной легализации в России, так и для модернизации законодательства Российской Федерации.

¹ См.: ru.wikipedia.org/

² См.: ru.wikipedia.org/

³ См.: Newsweek. — 2010. — 7—13 June. — P. 12—14.

А.И. Шестопалов

Шестопалов Александр Иванович — адъюнкт кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России

Пределы осуществления муниципального контроля в сфере предпринимательства (техничко-юридические аспекты)

Принципиальные новеллы Закона относительно пределов, правовых оснований, форм и методов публичного осуществлении органами местного самоуправления муниципального контроля в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей заключены в содержании и смысле Федерального закона от 26 декабря 2008 года № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», вступившего в силу с 1 июля 2009 года и заменившего Федеральный закон от 8 августа 2001 года № 134-ФЗ¹, который утратил юридическую ценность еще до введения анализируемого Закона в действие.

Принятие Федерального закона № 294-ФЗ имело целью устранение основных недостатков, выявленных в ходе практики применения Федерального закона № 134-ФЗ от 8 августа 2001 года. Согласно пояснительной записке, это отсутствие существенных изменений в количестве мероприятий по контролю со стороны большинства государственных органов и временных издержках хозяйствующих субъектов при их проведении, что, в свою очередь, стало следствием недостаточной эффективности сложившейся системы контроля (надзора), несоответствия методов государственного контроля его задачам и отсутствия единой идеологии².

Из самого названия Федерального закона от 26 декабря 2008 года вытекает, что сфера применения контроля в отношении предпринимательского сектора экономики впервые распространена не только на государственный контроль (надзор), но и на контроль муниципальный, который, как следует из компетентных источников, зачастую является наиболее обременительным для предпринимателя. Считается, что данная новелла позволит, во-первых, исключить дублирование государственного и муниципального контроля, а во-вторых, урегулировать и унифицировать процесс осуществления муниципального контроля, ввести его в четкие правовые рамки и резко ограничить возможность муниципальных служащих в оказании давления на бизнес с использованием механизма проверок.

Как отмечается в Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011—2013 годы, **утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 10 июня 2011 года № 1021-р**, в ближайшее время должна быть полностью завершена работа по приведению отраслевых законов в соответствие с требованиями указанного Федерального закона. Для этого необходимо внести изменения в более чем 75 федеральных законов, регулирующих порядок осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля в отдельных сферах общественной жизни³.

Пункт 4 статьи 2 Федерального закона от 26 декабря 2008 года определяет муниципальный контроль как деятельность органов местного самоуправления, уполномоченных на организацию и проведение на территории муниципального образования проверок соблюдения при осуществлении деятельности юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями требований, установленных муниципальными правовыми актами. Согласно данному Закону, порядок организации и осуществления муниципального контроля в соответствующей сфере деятельности устанавливается муниципальными правовыми актами в случае, если указанный порядок не предусмотрен законом субъекта Российской Федерации⁴.

Едва ли не самой сложной задачей законодательного регулирования муниципального контроля является определение пределов его осуществления, которые определяются Законом с использованием различных технико-юридических конструкций.

Во-первых, закреплением принципов осуществления муниципального контроля. Наряду с презумпцией добросовестности Закон закрепляет и иные фундаментальные положения (основные принципы), касающиеся защиты прав юридических лиц, индивидуальных предпринимателей при

¹ См.: Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 33. — Ст. 3436.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ст. 6249.

³ См.: Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 23. — Ст. 2244.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ст. 6249; 2009. — № 29. — Ст. 3601; № 52. — Ст. 6441; 2010. — № 4. — Ст. 234.

осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля. Это: (1) преимущественно уведомительный порядок начала осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности¹; (2) презумпция добросовестности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей²; (3) открытость и доступность для юридических лиц, индивидуальных предпринимателей нормативных правовых актов Российской Федерации, муниципальных правовых актов, соблюдение которых проверяется при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля, а также информации об организации и осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля, о правах и об обязанностях органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, их должностных лиц, за исключением информации, свободное распространение которой запрещено или ограничено в соответствии с законодательством Российской Федерации; (4) проведение проверок в соответствии с полномочиями органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностных лиц; (5) недопустимость проводимых в отношении одного юридического лица или одного индивидуального предпринимателя несколькими органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок исполнения одних и тех же обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами; (6) недопустимость требования о получении юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями разрешений, заключений и иных документов, выдаваемых органами государственной власти, органами местного самоуправления, для начала осуществления установленных настоящим Федеральным законом отдельных видов работ, услуг в случае представления указанными лицами уведомлений о начале осуществления предпринимательской деятельности²; (7) ответственность органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, их должностных лиц за нарушение законодательства Российской Федерации при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля; (8) недопустимость взимания органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля с юридических лиц, индивидуальных предпринимателей платы за проведение мероприятий по контролю; (9) финансирование за счет средств соответствующих бюджетов, проводимых органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок, в том числе мероприятий по контролю; (10) разграничение полномочий федеральных органов исполнительной власти в соответствующих сферах деятельности, уполномоченных на осуществление федерального государственного контроля (надзора), органов государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствующих сферах деятельности, уполномоченных на осуществление регионального государственного контроля (надзора), на основании федеральных законов и законов субъектов Российской Федерации (ст. 3)³.

Во-вторых, закреплением в дефинитивных нормах понятия муниципального контроля и мер (юридических средств) его осуществления. Согласно пункту 5 статьи 2 Закона, мероприятие по контролю характеризуется как действия должностного лица или должностных лиц органа государственного контроля (надзора) либо органа муниципального контроля, привлекаемых в случае необходимости в установленном Федеральным законом порядке к проведению проверок экспертов, экспертных органи-

¹ См. об этом: Червонюк В.И. Конституционно-правовое содержание презумпции добросовестности субъектов предпринимательства / В.И. Червонюк, А.И. Шестопалов // Вестник Московского университета МВД России. — 2011. — № 6. — С. 136—144.

² Другой принцип касается недопустимости требования разрешений, заключений и иных документов для начала осуществления отдельных видов работ, в отношении которых предусмотрен уведомительный порядок начала осуществления предпринимательской деятельности. В проекте речь шла о любых предварительных разрешениях и согласованиях, в принятом тексте Закона — лишь о документах, выдаваемых органами государственной власти и местного самоуправления. Но ведь не секрет, что значительное число экспертных заключений, справок и прочих документов предпринимателю приходится получать не в органах власти непосредственно, а в подведомственных или аффилированных организациях, и такое получение согласований не регламентировано никакими документами. Изначальный же смысл обсуждаемой нормы заключался в установлении прямого запрета на истребование каких бы то ни было документов, в том числе подтверждающих компетентность и соответствие установленным требованиям, со стороны любых третьих лиц.

В итоге возникает риск не только сохранения статус-кво, которое оборачивается воспроизводством административных барьеров для развития предпринимательства, но и создаются стимулы для внедрения новых схем и модификаций по факту разрешительного порядка, позволяющих уйти от прямого запрета, законодательно установленного в отношении органов власти.

³ С другой стороны, перечень принципов сократился как по сравнению с Законом № 134-ФЗ, так и с первоначальной редакцией проекта нового закона о контроле (надзоре). Например, исчезли положения об установлении обязательных требований законами и принятыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами, недопустимости непосредственного получения контрольно-надзорными органами отчислений от сумм, взысканных с предпринимателей в результате проведения мероприятий по контролю. Но и это еще не все: два принципа были и вовсе «испорчены». Описанное ниже кардинальное изменение их смысла может оказаться еще более опасным, чем простое исключение таких положений из текста закона.

заций по рассмотрению документов юридического лица, индивидуального предпринимателя, по обследованию используемых указанными лицами при осуществлении деятельности территорий, зданий, строений, сооружений, помещений, оборудования, подобных объектов, транспортных средств и перевозимых указанными лицами грузов, по отбору образцов продукции, объектов окружающей среды, объектов производственной среды, по проведению их исследований, испытаний, а также по проведению экспертиз и расследований, направленных на установление причинно-следственной связи выявленного нарушения обязательных требований и (или) требований, установленных муниципальными правовыми актами, с фактами причинения вреда¹. Соответственно, всякие иные действия и намерения должностных лиц и органов должны расцениваться как неправовые и влечь для их субъектов отрицательные юридические последствия.

В-третьих, исчерпывающим определением форм осуществления муниципального контроля, установлением проверки как единственно возможной юридической формы муниципального контроля, закреплении видов проверок, порядка их проведения и пр. В соответствии с Законом № 294-ФЗ, проверка — это совокупность мероприятий по контролю для оценки соответствия деятельности, товаров организации (индивидуального предпринимателя) обязательным требованиям и требованиям, установленным местными властями. Глава 2 Закона № 294-ФЗ устанавливает виды, регламентирует порядок и организацию проверок и главное, на что здесь следует обратить внимание — законодательством сокращено количество проверок и их продолжительность. Основное изменение в системе проверок заключается в том, что проводятся они будут один раз в три года, а не в два года, как раньше. Как следует из пункта 8 статьи 9 Закона № 294-ФЗ, организация попадет в ежегодный список проверок, если истек трехлетний срок с тех пор, как она зарегистрирована, начала деятельность в соответствии с уведомлением либо была окончена последняя плановая проверка. В зависимости от сроков проведения проверки делятся на плановые и внеплановые, в зависимости от места проведения — на документарные и выездные.

Принципиально важное значение в этой связи имеют положения Закона, определяющие:

а) виды проверок. Законодательно установлены формы проверок. Так, плановая проверка проводится в форме документарной проверки и (или) выездной проверки в порядке, установленном соответственно статьями 11 и 12 настоящего Федерального закона². Причем о проведении плановой проверки юридическое лицо, индивидуальный предприниматель уведомляются органом государственного контроля (надзора), органом муниципального контроля не позднее чем в течение трех рабочих дней до начала ее проведения посредством направления копии распоряжения или приказа руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля о начале проведения плановой проверки заказным почтовым отправлением с уведомлением о вручении или иным доступным способом³;

б) предмет проверок. Согласно Закону, предметом плановой проверки является соблюдение юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем в процессе осуществления деятельности обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, а также соответствие сведений, содержащихся в уведомлении о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности, обязательным требованиям.

Что касается внеплановых проверок, то ее предметом является соблюдение юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем в процессе осуществления деятельности обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, выполнение предписаний органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, проведение мероприятий по предотвращению причинения вреда жизни, здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде, по обеспечению безопасности государства, по предупреждению возникнове-

¹ Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 52. — Ст. 6249; 2009. — № 29. — Ст. 3601; № 52. — Ст. 6441; 2010. — № 4. — Ст. 234.

² Законом № 294-ФЗ впервые вводится разделение проверок на документарные и выездные. При всей оправданности этой новеллы с точки зрения ограничения количества сравнительно более затратных выездных проверок, критерии принятия решения о необходимости выезда на предприятие вряд ли окажутся непреодолимым препятствием для контролеров. Проверить предпринимателя по месту осуществления деятельности можно, если документарная проверка не позволяет оценить соответствие обязательным требованиям. Очевидно, что при желании не составит особого труда обосновать решение о проведении выездной проверки в отношении любого субъекта предпринимательской деятельности.

³ К числу однозначных достижений Закона № 294-ФЗ следует отнести модернизацию системы планового контроля и, прежде всего, запрет на проведение плановых проверок чаще одного раза в три года с введением прозрачного основания для включения проверки в ежегодный план — истечение трех лет со дня регистрации, подачи уведомления либо окончания проведения предыдущей плановой проверки. При этом предусмотрено изъятие для деятельности в социально значимых сферах, где плановые проверки могут проводиться «два и более раза в три года» согласно установленной Правительством РФ периодичности (непонятно, правда, почему не была использована более логичная формулировка «с иной периодичностью, установленной Правительством РФ»).

ния чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, по ликвидации последствий причинения такого вреда;

в) определенный порядок (процедуры) организации проверок органами местного самоуправления. Плановые проверки проводятся на основании разрабатываемых органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля ежегодных планов в соответствии с их полномочиями. Утвержденный руководителем органа государственного контроля (надзора) или органа муниципального контроля ежегодный план проведения плановых проверок доводится до сведения заинтересованных лиц посредством его размещения на официальном сайте органа государственного контроля (надзора) или органа муниципального контроля в Интернете либо иным доступным способом. В срок до 1 сентября года, предшествующего году проведения плановых проверок, органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля направляют проекты ежегодных планов проведения плановых проверок в органы прокуратуры. На органы прокуратуры Законом возложена обязанность рассмотрения проектов ежегодных планов проведения плановых проверок на предмет законности включения в них объектов государственного контроля (надзора), объектов муниципального контроля в соответствии с частью 4 настоящей статьи и в срок до 1 октября года, предшествующего году проведения плановых проверок, вносят предложения руководителям органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля о проведении совместных плановых проверок. На основе этого органы прокуратуры обобщают поступившие от органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля ежегодные планы проведения плановых проверок, Генеральная прокуратура РФ формирует ежегодный сводный план проведения плановых проверок и размещает его на официальном сайте Генеральной прокуратуры РФ в Интернете в срок до 31 декабря текущего календарного года¹.

При этом, как следует из Закона, основанием для включения плановой проверки в ежегодный план проведения плановых проверок является истечение трех лет со дня: 1) государственной регистрации юридического лица, индивидуального предпринимателя; 2) окончания проведения последней плановой проверки юридического лица, индивидуального предпринимателя; 3) начала осуществления юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем предпринимательской деятельности в соответствии с представленным в уполномоченный Правительством РФ в соответствующей сфере федеральный орган исполнительной власти уведомлением о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности в случае выполнения работ или предоставления услуг, требующих представления указанного уведомления. Эти основания являются исчерпывающими и расширительному толкованию не подлежат;

г) предусмотренный Законом порядок оформления результатов проверки (ст. 16 Закона);

д) законодательную фиксацию исчерпывающего перечня мер, которые могут быть приняты в результате проверки. Согласно части 1 статьи 17 Закона, в случае выявления при проведении проверки нарушений юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем обязательных требований или требований, установленных муниципальными правовыми актами, должностные лица органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, проводившие проверку, в пределах полномочий, предусмотренных законодательством Российской Федерации, обязаны: 1) выдать предписание юридическому лицу, индивидуальному предпринимателю об устранении выявленных нарушений с указанием сроков их устранения; 2) принять меры по контролю за устранением выявленных нарушений, их предупреждению, предотвращению возможного причинения вреда жизни, здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде, обеспечению безопасности государства, предупреждению возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также меры по привлечению лиц, допустивших выявленные нарушения, к ответственности. Если же при проведении проверки установлено, что деятельность юридического лица, его филиала, представительства, структурного подразделения, индивидуального предпринимателя, эксплуатация ими зданий, строений, сооружений, помещений, оборудования, подобных объектов, транспортных средств, производимые и реализуемые ими товары (выполняемые работы, предоставляемые услуги) представляют непосредственную угрозу причинения вреда жизни, здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде, безопасности государства, возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера или такой вред причинен, орган государственного контроля (надзора), орган муниципального контроля обязаны незамедлительно принять меры по недопущению причинения вреда или прекращению его причинения вплоть до временного запрета деятельности юридического лица, его филиала, представительства, структурного подразделения, индивидуального предпринимателя в порядке, установленном Кодексом РФ об административных правонарушениях, отзыва продукции, представляющей опасность для жизни, здоровья граждан и для окружающей сре-

¹ См.: Приказ Генерального Прокурора РФ от 31 марта 2008 года № 53 «Об организации прокурорского надзора за соблюдением прав субъектов предпринимательской деятельности» (в ред. приказа Генерального Прокурора РФ от 27 марта и 30 апреля 2009 г. № 93).

ды, из оборота и довести до сведения граждан, а также других юридических лиц, индивидуальных предпринимателей любым доступным способом информацию о наличии угрозы причинения вреда и способах его предотвращения (ч. 2 ст. 17);

е) *ограничения при проведении проверок.* Как следует из Закона, при проведении проверки должностные лица органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля не вправе: 1) проверять выполнение обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, если такие требования не относятся к полномочиям органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, от имени которых действуют эти должностные лица; 2) осуществлять плановую или внеплановую выездную проверку в случае отсутствия при ее проведении руководителя, иного должностного лица или уполномоченного представителя юридического лица, индивидуального предпринимателя, его уполномоченного представителя, за исключением случая проведения такой проверки по основанию, предусмотренному подпунктом «б» пункта 2 части 2 статьи 10 настоящего Федерального закона; 3) требовать представления документов, информации, образцов продукции, проб обследования объектов окружающей среды и объектов производственной среды, если они не являются объектами проверки или не относятся к предмету проверки, а также изымать оригиналы таких документов; 4) отбирать образцы продукции, пробы обследования объектов окружающей среды и объектов производственной среды для проведения их исследований, испытаний, измерений без оформления протоколов об отборе указанных образцов, проб по установленной форме и в количестве, превышающем нормы, установленные национальными стандартами, правилами отбора образцов, проб и методами их исследований, испытаний, измерений, техническими регламентами или действующими до дня их вступления в силу иными нормативными техническими документами и правилами и методами исследований, испытаний, измерений; 5) распространять информацию, полученную в результате проведения проверки и составляющую государственную, коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации; 6) превышать установленные сроки проведения проверки; 7) осуществлять выдачу юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям предписаний или предложений о проведении за их счет мероприятий по контролю (ст. 17);

ж) *сроки проведения проверки.* Срок проведения каждой из проверок¹, предусмотренных статьями 11 и 12 настоящего Федерального закона, не может превышать двадцать рабочих дней. В отношении одного субъекта малого предпринимательства общий срок проведения плановых выездных проверок не может превышать пятьдесят часов для малого предприятия и пятнадцать часов для микропредприятия в год². В исключительных случаях, связанных с необходимостью проведения сложных и (или) длительных исследований, испытаний, специальных экспертиз и расследований на основании мотивированных предложений должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, проводящих выездную плановую проверку, срок проведения выездной плановой проверки может быть продлен руководителем такого органа, но не более чем на двадцать рабочих дней, в отношении малых предприятий, микропредприятий не более чем на пятнадцать часов;

з) *закрытый перечень оснований для проведения внеплановых проверок и формы их осуществления.* К таковым статья 10 Закона относит: 1) истечение срока исполнения юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем ранее выданного предписания об устранении выявленного нарушения обязательных требований и (или) требований, установленных муниципальными правовыми актами; 2) поступление в органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля обращений и заявлений граждан, юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, информации от органов государственной власти, органов местного самоуправления, из средств массовой информации о следующих фактах: а) возникновение угрозы причинения вреда жизни, здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, а также угрозы

¹ Сроки проведения проверок в Законе № 294-ФЗ практически не изменились — вместо действовавшего ранее ограничения продолжительности мероприятия по контролю, которое составляло один месяц (с правом в исключительных случаях продлить этот срок еще на месяц), появилась норма, устанавливающая предельный срок в 20 дней (с правом продлить еще на столько же в случае необходимости осуществления сложных или длительных экспертиз и расследований). Также предусмотрена квота на общий срок проведения контрольных мероприятий для малых предприятий — 50 часов в год, — и микропредприятий — 15 часов в год. Правда, это относится только к плановым проверкам, хотя было бы правильным распространить эту норму на все мероприятия по контролю.

² В отношении юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих виды деятельности в сфере здравоохранения, сфере образования, в социальной сфере, плановые проверки могут проводиться два и более раз в три года. Перечень таких видов деятельности и периодичность их плановых проверок устанавливаются Правительством РФ. Плановые проверки соблюдения требований энергосбережения и повышения энергетической эффективности могут проводиться два и более раз в три года. Периодичность проведения плановых проверок в части соблюдения требований энергосбережения и повышения энергетической эффективности устанавливается Правительством РФ.

чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; б) причинение вреда жизни, здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, а также возникновение чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; в) нарушение прав потребителей (в случае обращения граждан, права которых нарушены); 3) приказ (распоряжение) руководителя органа государственного контроля (надзора), изданный в соответствии с поручениями Президента РФ, Правительства РФ.

В-пятых, закреплением в законе механизмов, определяющих недействительность результатов проверки, проведенной с грубым нарушением требований настоящего Федерального закона. Согласно части 1 статьи 20 Закона, результаты проверки, проведенной органом государственного Контроля (надзора), органом муниципального контроля с грубым нарушением установленных настоящим Федеральным законом требований к организации и проведению проверок, не могут являться доказательствами нарушения юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, и подлежат отмене вышестоящим органом государственного контроля (надзора) или судом на основании заявления юридического лица, индивидуального предпринимателя.

В-шестых, закреплением круга полномочий, в соответствии с которыми органы местного самоуправления вправе (и должны) осуществлять муниципальный контроль.

Исчерпывающе Законом определены: права органов государственной власти по осуществлению государственного контроля (надзора) и муниципального контроля (ст. 4—6); формы и процедуры взаимодействия органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля при организации и проведении проверок (ст. 7).

В частности, Закон устанавливает, что органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля при организации и проведении проверок осуществляют взаимодействие по таким вопросам, как: 1) информирование о нормативных правовых актах и методических документах по вопросам организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля; 2) определение целей, объема, сроков проведения плановых проверок; 3) информирование о результатах проводимых проверок, состоянии соблюдения законодательства Российской Федерации в соответствующей сфере деятельности и об эффективности государственного контроля (надзора), муниципального контроля; 4) подготовка в установленном порядке предложений о совершенствовании законодательства Российской Федерации в части организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля; 5) принятие административных регламентов взаимодействия органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля; 6) повышение квалификации специалистов, осуществляющих государственный контроль (надзор), муниципальный контроль (ч. 1 ст. 7).

Предусматривается, что органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля при организации и осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля привлекают экспертов, экспертные организации к проведению мероприятий по контролю для оценки соответствия осуществляемых юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями деятельности или действий (бездействия), производимых и реализуемых ими товаров (выполняемых работ, предоставляемых услуг) обязательным требованиям и требованиям, установленным муниципальными правовыми актами, и анализа соблюдения указанных требований по проведению мониторинга эффективности государственного контроля (надзора), муниципального контроля в соответствующих сферах деятельности, учета результатов проводимых проверок и необходимой отчетности о них (ч. 2 ст. 7).

При этом плата с юридических лиц, индивидуальных предпринимателей за проведение мероприятий по контролю не взимается (ч. 3 ст. 7).

В соответствии с Законом органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля взаимодействуют с саморегулируемыми организациями по вопросам защиты прав их членов при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля (ч. 4 ст. 7).

Установлено, что ежегодно органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля в порядке, установленном Правительством РФ, осуществляют подготовку докладов об осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля в соответствующих сферах деятельности, об эффективности такого контроля и представляют указанные доклады в уполномоченный Правительством РФ федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий подготовку ежегодного сводного доклада о состоянии государственного контроля (надзора), муниципального контроля и его представление в Правительство РФ (ч. 5 ст. 7).

Наконец, *в-седьмых, определением специальных средств (механизмов) защиты прав предпринимателей. Специальные механизмы защиты прав предпринимателей в процессе осуществления муниципального контроля как гарантии обеспечения экономической свободы предпринимателей.*

Специальная глава Закона посвящена закреплению прав предпринимателей при осуществлении проверки органами публичной власти (ст. 21—25). Тем самым органам и должностным лицам местного самоуправления Законом корреспондированы соответствующие этим правам обязанности, исполнение которых гарантировано установлением ответственности. Согласно Закону, при проведении проверок юридические лица обязаны обеспечить присутствие руководителей, иных должностных лиц или уполномоченных представителей юридических лиц; индивидуальные предприниматели обязаны присутствовать или обеспечить присутствие уполномоченных представителей, ответственных за организацию и проведение мероприятий по выполнению обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами (ч. 1 ст. 25).

Этому вопросу посвящена глава третья Закона. Согласно статье 21 Закона, руководитель, иное должностное лицо или уполномоченный представитель юридического лица, индивидуальный предприниматель, его уполномоченный представитель при проведении проверки имеют право: 1) непосредственно присутствовать при проведении проверки, давать объяснения по вопросам, относящимся к предмету проверки; 2) получать от органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностных лиц информацию, которая относится к предмету проверки и предоставление которой предусмотрено настоящей Федеральным законом; 3) ознакомиться с результатами проверки и указывать в акте проверки о своем ознакомлении с результатами проверки, согласии или несогласии с ними, а также с отдельными действиями должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля; 4) обжаловать действия (бездействие) должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, повлекшие за собой нарушение прав юридического лица, индивидуального предпринимателя при проведении проверки, в административном и (или) судебном порядке в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Закон закрепляет право юридических лиц, индивидуальных предпринимателей на возмещение вреда, причиненного при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля. В соответствии с частью 1 статьи 22 Закона вред, причиненный юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям вследствие действий (бездействия) должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, признанных в установленном законодательством Российской Федерации порядке неправомерными, подлежит возмещению, включая упущенную выгоду (неполученный доход), за счет средств соответствующих бюджетов в соответствии с гражданским законодательством.

При этом, при определении размера вреда, причиненного юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям неправомерными действиями (бездействием) органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностными лицами, также учитываются расходы юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, относимые на себестоимость продукции (работ, услуг) или на финансовые результаты их деятельности, и затраты, которые юридические лица, индивидуальные предприниматели, права и (или) законные интересы которых нарушены, осуществили или должны осуществить для получения юридической или иной профессиональной помощи.

Закон (ст. 23) устанавливает, что защита прав юридических лиц, индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля осуществляется в административном и (или) судебном порядке в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В порядке, установленном законодательством Российской Федерации, нормативные правовые акты органов государственного контроля (надзора) или муниципальные правовые акты органов муниципального контроля, нарушающие права и (или) законные интересы юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и не соответствующие законодательству Российской Федерации, могут быть признаны недействительными полностью или частично.

Закон (ст. 24) гарантирует общественную защиту прав юридических лиц, индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля: юридические лица независимо от организационно-правовой формы в соответствии с уставными документами, индивидуальные предприниматели имеют право осуществлять защиту своих прав и (или) законных интересов в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Согласно Закону (ч. 2 ст. 24), объединения юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, саморегулируемые организации вправе:

1) обращаться в органы прокуратуры с просьбой принести протест на противоречащие Закону нормативные правовые акты, на основании которых проводятся проверки юридических лиц, индивидуальных предпринимателей;

2) обращаться в суд в защиту нарушенных при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля прав и (или) законных интересов юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, являющихся членами указанных объединений, саморегулируемых организаций.

Н.Б. Шитова

Шитова Наталья Борисовна — преподаватель кафедры конституционного и административного права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Законодательство в сфере трудовой миграции: специфика правотворчества

В Российской Федерации вопрос незаконной трудовой миграции уже давно перестал быть вопросом «местного» значения и перешел в разряд транснациональных проблем¹. При этом важно, что хаотичное, бесконтрольное развитие трудовой миграции наносит существенный ущерб не только международному имиджу России, но и содержит в себе угрозу национальной безопасности, в том числе и экономической.

Правовое регулирование миграционных процессов, управление ими должно осуществляться исходя из интересов защиты безопасности государства, его граждан, развития регионов. Поэтому главной задачей государства является создание на основе существующего законодательства стройной системы комплексного правового обеспечения трудовой миграции, которая бы воплотила в себе принципы, правила и стандарты в области иммиграционного контроля, паспортно-визового, таможенного режимов, ничем не уступала передовым зарубежным образцам и была способна противостоять незаконной трудовой миграции. Такой подход позволит корректировать нагрузку на социальную инфраструктуру, влиять на демографическую ситуацию и состояние рынка труда. Все это определяет важность и актуальность всестороннего анализа миграционного законодательства как системы нормативно-правовых актов, гарантирующих легальность и эффективность миграционных процессов².

Проблема совершенствования нормативно-правового обеспечения иммиграционного процесса и, соответственно, проблема незаконной трудовой миграции коррелирует с механизмом реализации той или иной **модели использования** миграции в интересах социально-экономического развития государства. Как справедливо отмечает Хабриева Т.Я., именно «с учетом интересов того или иного государства формируется его миграционная политика, а как следствие этого — правовая политика»³.

Несмотря на значительный объем нормативных правовых актов, законодательная основа не обеспечивает в полном объеме регулирования порядка привлечения и использования иностранной рабочей силы в Российской Федерации. Во многом такое положение обусловлено **отсутствием общей государственно-правовой стратегии** регулирования миграционных отношений, которая должна затрагивать в том числе и концепцию регулирования порядка привлечения и использования иностранной рабочей силы.

Попробуем определить *основные черты и особенности правовой миграционной стратегии для России*. Нужно подчеркнуть, что если для некоторых стран (например, Индии) наличие подобной стратегии не является обязательным, а для других (например, Швейцарии) достаточно отдельного правового акта, то для России необходима именно целостная единая правовая модель⁴. Причины этому следующие:

- масштабы страны при условии малой плотности населения (при том, что Россия занимает седьмую часть суши, но ее население лишь около 143 млн человек);
- процессы депопуляции страны (смертность превышает рождаемость);
- нерациональное размещение населения по территории;
- недостаток трудовых ресурсов в стране (кроме всего прочего, население в Российской Федерации стареет);
- массовый характер миграции в Россию (особенно значительна незаконная миграция из соседних с Россией государств, где уровень благосостояния населения ниже)⁵.

¹ См.: Шитова Н.Б. Информент миграционного законодательства в качестве трудовых правоотношений // Традиции и новации в системе современного российского права: Сборник тезисов VIII Международной межвузовской научно-практической конференции молодых ученых. — М., 2009. — С. 114.

² См.: Орешков С.В. Влияние глобальных миграционных потоков на экономическое развитие страны: проблемы деконструктивных воздействий: Автореф. дис... канд. экон. наук. — М., 2007.

³ Хабриева Т.Я. Миграция в России: о модели правового регулирования // Журнал российского права. — 2006. — № 7 (см. СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ См. там же.

⁵ См.: Витковская Г.С. Незаконная миграция в России: ситуация и политика противодействия // Нелегальная иммиграция. — М., 2005.

Правовая миграционная модель должна учитывать реальное положение дел. Она имеет две главные характеристики: внешнюю (формальную) и внутреннюю (содержательную). С формальной стороны модель выглядит как *система различных правовых актов* и, соответственно, норм, регулирующих миграционные отношения. Вторая, содержательная составляющая представляет саму *идею (стратегию) правового регулирования миграции*. Эта сторона, в свою очередь, определяет «нормативное, правоприменительное и психологическое наполнение модели»¹. Правоприменение играет важную роль в формировании психологического отношения иностранного работника, поскольку тот, въезжая в страну, в первую очередь, встречает сотрудника правоохранительных органов, работника таможни и т. п., действия и поведение которых влияют на образ страны, формирующийся у мигранта.

Говоря о различных характеристиках правовой миграционной модели, необходимо вспомнить и оценить те правовые акты, которые регулируют процессы миграции в настоящее время.

Миграционное законодательство в части регулирования трудовой миграции представляет собой систему нормативно-правовых актов, закрепляющих **регулятивные, статутные и охранительные нормы**².

К числу нормативно-правовых актов, содержащих регулятивные нормы в сфере трудовой миграции, относятся:

Акты, направленные на становление основ в сфере регулирования миграции:

- Конституция Российской Федерации³;
- Концепция регулирования миграционных процессов в РФ, одобренная Распоряжением Правительства РФ от 1 марта 2003 года⁴ (этот документ положил начало проведению единой миграционной политики в России).

Акты, непосредственно регулирующие отношения в сфере трудовой миграции:

- Трудовой кодекс Российской Федерации⁵ (согласно ч. 5 ст. 11, на территории России правила, установленные нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, распространяются на трудовые отношения с участием иностранного элемента, если иное не предусмотрено международными договорами РФ);

- Федеральные законы «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»⁶, «О гражданстве в Российской Федерации»⁷ и т. д.

Акты, регулирующие вопросы въезда в Российскую Федерацию и выезда из Российской Федерации, перемещения и проживания на ее территории граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства:

- Закон РФ от 25 июня 1993 года «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации»⁸;

- Федеральный закон «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»⁹;

- Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»;

- Законы «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации»¹⁰ и «О внесении изменений в Федеральный закон “О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации” и о признании утратившими силу отдельных положений Федерального закона “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Феде-

¹ См.: Хабриева Т.Я. Миграция в России: о модели правового регулирования // Журнал российского права. — 2006. — № 7 (см. СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Кондрашина К.П. Некоторые проблемы административно-правового регулирования в сфере миграционной политики России // Право и политика. — 2007. — № 6 (см. СПС «КонсультантПлюс»).

³ Конституция Российской Федерации (с изм. и доп.) // Российская газета. — 1993. — 25 декабря.

⁴ Распоряжение Правительства РФ от 1 марта 2003 года № 256-р «О Концепции регулирования миграционных процессов в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 10. — Ст. 923.

⁵ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 года № 197-ФЗ с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ч. 1. — Ст. 3.

⁶ Федеральный закон от 25 июля 2002 года № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 30. — Ст. 3032.

⁷ Федеральный закон от 31 мая 2002 года № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 22. — Ст. 2031.

⁸ Закон РФ от 25 июня 1993 года «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 34. — Ст. 4029; 2003. — № 2. — Ст. 159.

⁹ Федеральный закон от 15 августа 1996 года № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 34. — Ст. 4029; Российская газета. 1996. — 22 августа.

¹⁰ Федеральный закон от 18 июля 2006 года № 109-ФЗ «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 30. — Ст. 3285.

рации»¹ (создание упрощенной системы регистрации и учета иностранных граждан и лиц без гражданства по месту жительства и месту пребывания в Российской Федерации).

Кроме законодательных актов в регулировании миграционных отношений в сфере труда участвуют **акты подзаконного уровня**, например:

— Постановление Правительства РФ от 16 января 2003 года № 21 «Об утверждении Положения о порядке выдачи разрешений на привлечение и использование иностранных работников в составе экипажей российских морских судов»²;

— Постановление Правительства РФ от 11 октября 2002 года № 755 «Об утверждении Перечня объектов и организаций, в которые иностранные граждане не имеют права быть принятыми на работу»³;

— Приказ Федеральной миграционной службы, Министерства здравоохранения и социального развития РФ, Минтранса РФ, Госкомрыболовства РФ от 11 января 2008 года № 1/4/1/2 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной миграционной службой, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, осуществляющими переданные полномочия Российской Федерации в области содействия занятости населения, Федеральным агентством морского и речного транспорта и Федеральным агентством по рыболовству государственной услуги по выдаче заключений о привлечении и об использовании иностранных работников, разрешений на привлечение и использование иностранных работников, а также разрешений на работу иностранным гражданам и лицам без гражданства»⁴; и др.

На уровне **субъектов РФ** вопросы трудовой миграции регулируются, как правило, в актах *подзаконного* уровня. Например, готовятся ежегодные постановления органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации об определении региональных квот на выдачу приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности; о выдаче заключений на привлечение работника-иностранца.

Неэффективность нормативно-правового обеспечения процессов миграции является первоочередным фактором, детерминирующим незаконную трудовую миграцию. В большей степени данную ситуацию часто связывают с наличием множества недочетов в законодательной базе.

Так, для законодательства в анализируемой сфере характерен достаточно высокий удельный вес подзаконных актов, что свидетельствует иногда об **излишней детализации правового регулирования вопросов, относящихся к миграции**⁵.

К несовершенствам правового регулирования можно отнести **изменчивость миграционного законодательства**. Упомянутые в данном исследовании нормативные акты действуют со многими поправками (типичный пример — Закон о гражданстве). Это создает угрозу нестабильности законодательства, снижает интерес к миграции в Российскую Федерацию и перемещению жителей внутри России в другие местности. Сомнения в прочности законодательной базы уменьшает количество потенциальных мигрантов, желающих включиться в миграционный процесс.

В регулировании миграции слишком **много бланкетных, отсылочных норм**. Чтобы в этом убедиться, достаточно обратиться в качестве примера к Федеральному закону о правовом положении иностранцев, где практически каждая статья содержит ссылку к другой норме закона или иному нормативному акту.

Следует констатировать **коллизийность** существующей правовой базы, неясность некоторых положений, причем противоречия наблюдаются и в системе правовых актов федерального и регионального уровня, и между различными правовыми актами одного уровня публичной власти, а подчас и в рамках одного законодательного акта⁶. При этом подзаконные акты могут содержать несколько иные нормы, нежели закон.

Кроме того, для современной ситуации характерно **несоответствие уровня развития законодательства характеру миграционных процессов**, что приводит к пробелам в правовом регулировании миграционных отношений и делает возможной незаконную трудовую миграцию.

¹ Федеральный закон от 18 июля 2006 года № 110-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и о признании утратившими силу отдельных положений Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 30. — Ст. 3286.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 4. — Ст. 324.

³ См.: Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 41. — Ст. 3996.

⁴ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2008. — № 28.

⁵ См.: *Шитова Н.Б.* Информент миграционного законодательства в качестве трудовых правоотношений // Традиции и новации в системе современного российского права: Сборник тезисов VIII Международной межвузовской научно-практической конференции молодых ученых. — М., 2009. — С. 115.

⁶ *Шитова Н.Б.* К вопросу о коллизийности норм законодательства о правовом положении иностранцев / Н.Б. Шитова, И.В. Михеева // Современные проблемы в области экономики, менеджмента, бизнес-информатики, юриспруденции и социально-гуманитарных наук: Материалы VI научно-практической конференции студентов и преподавателей НФ ГУ-ВШЭ. — Н. Новгород, 2008. — С. 169.

К числу отрицательных черт также можно отнести и **хаотичность развития законодательства** в сфере миграции (возможной предпосылкой данного свойства законодательства является отсутствие четкой концепции миграционной политики государства). Необходимо подчеркнуть, что **программно-целевой метод** практически «забыт» в управлении миграцией¹. Так, в сфере управления трудовой миграцией принята только одна федеральная программа — Государственная программа по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом². Данная Программа напрямую не регулирует миграционные отношения в сфере трудовой миграции, но, несомненно, оказывает значительное влияние на рынок труда в Российской Федерации и пополнение ее трудовых ресурсов.

На сегодняшний день комплексных федеральных целевых программ в интересующей нас сфере, можно сказать, нет. В существующих социально-экономических программах практически не затрагиваются вопросы привлечения и использования иностранной рабочей силы.

Несмотря на то, что эффективное управление потоками трудовых мигрантов является одним из приоритетных направлений развития государства, в ТК РФ, основном акте по регулированию трудовых отношений в Российской Федерации, не содержится специальной главы, посвященной особенностям регулирования труда иностранных работников. ТК РФ в статье 11 содержит указание только на то, что на территории Российской Федерации правила, установленные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, распространяются на трудовые отношения с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных иностранными гражданами, лицами без гражданства либо с их участием, международных организаций и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации. Однако далее в ТК нет указаний на специфичность трудовых отношений с иностранным элементом. Особенности свойства трудовой деятельности мигранта устанавливаются в других актах. В данном случае определяющими являются нормы Закона о правовом положении иностранных граждан. Именно там регламентируется большинство вопросов, связанных с правовым статусом иностранного работника, порядком получения разрешений на осуществление трудовой деятельности. Также в этом законе содержатся понятия «иностранец», «иностранец, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя».

Российское миграционное законодательство отличается **неполнотой, наличием пробелов, бессистемностью**, поскольку регулированию подвергаются не все вопросы, которые этого требуют, а иногда даже очень важные из них остаются без внимания законодателя.

Так, **понятийный аппарат законодательства** о миграции также нуждается в унификации³. При этом необходимо указать на тот факт, что международное трудовое право использует понятие «трудящийся-мигрант», которое в российском законодательстве отсутствует. Поэтому появляется проблема соотношения понятия «трудящегося-мигранта», закрепленного в международных договорах, с понятиями, используемыми российским законодателем во внутреннем праве страны. Конечно, «отсутствие понятия «мигрант» не является основанием для неосуществления правового регулирования положения иностранца, но все-таки включение данного понятия в законодательную базу способствовало бы ликвидации коллизий в правоприменении (это касается как международных, так и внутригосударственных актов)⁴.

Среди понятий, употребляемых в законодательстве о трудовой миграции, довольно часто встречаются **понятия, носящие оценочный характер**. В качестве примера можно привести категорию «целесообразность». Так, для получения разрешения на привлечение и использование иностранных работников, которое выдается ФМС России, необходимо представить заключение территориального подразделения Федеральной службы занятости населения субъекта Федерации. Указанное заключение подтверждает целесообразность привлечения и использования иностранных работников. Не забывая о возможности недобросовестного исполнения своих полномочий государственными служащими, «такой оценочный критерий, как «целесообразность», не может быть взят за основу при вынесении решения о привлечении иностранной рабочей силы⁵.

¹ См.: Андриченко Л.В. Правовое регулирование привлечения и использования иностранной рабочей силы в Российской Федерации / Л.В. Андриченко, Л.Н. Васильева // Журнал российского права. — 2007. — № 2 (см. СПС «Гарант»).

² См.: Указ Президента РФ от 22 июня 2006 года № 637 «О мерах по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 26. — Ст. 2820.

³ См.: Шитова Н.Б. К вопросу о правовом положении иностранцев в РФ: правовые коллизии // Правовые и экономические аспекты реализации приоритетных национальных проектов в России: Материалы Межрегиональной межвузовской научно-практической конференции 29 марта 2007 года / Под общ. ред. Т.И. Козловой. — СПб., 2008. — Ч. 2. — С. 317.

⁴ www.lawmix.ru/comm.php?id=675

⁵ См.: Андриченко Л.В. Правовое регулирование привлечения и использования иностранной рабочей силы в Российской Федерации / Л.В. Андриченко, Л.Н. Васильева // Журнал российского права. — 2007. — № 2 (см. СПС «Гарант»).

В настоящее время активно применяемым правовым инструментом миграционной политики в соответствии со статьей 18 и статьей 18.1 Федерального закона от 25 июля 2002 года № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» является установленная Правительством РФ **иммиграционная квота**. Иммиграционная квота подразумевает под собой предельное количество иммигрантов, которые могут въехать в государство. Это элемент политики государственного протекционизма, направленной на защиту рынка труда в Российской Федерации. Но в настоящий момент квотирование существенно не влияет на обеспечение миграционных отношений, поскольку законодательством четко не установлены цели для определения таких квот. В Законе указан критерий для определения размеров квот — «с учетом демографической ситуации в соответствующем субъекте Российской Федерации и возможностей данного субъекта по обустройству иностранных граждан» — такая формулировка не позволяет определить квоты адекватно потребностям региона. Только систематический мониторинг рынка труда, а также анализ возможностей собственных трудовых ресурсов, объема необходимых трудовых ресурсов на предстоящий период даст четкую картину и поэтому предоставит возможность грамотно в соответствии с действительностью определить квоты.

В области квотирования существует еще один существенный недочет. В действующем законодательстве *количество квот на выдачу приглашений на въезд для иностранных граждан в целях осуществления трудовой деятельности не соотносится с количеством квот*, которые могут быть установлены Правительством РФ для выдачи разрешений на работу иностранным гражданам, прибывшим в Российскую Федерацию в порядке, не требующем получения визы. В связи с этим обстоятельством роль квотирования приглашений на въезд вообще оказывается не ясна¹.

Как уже было указано выше, законодательство в сфере трудовой миграции составляют также акты, содержащие **статутные** нормы, которые не менее важны, чем регулятивные, поскольку без установления правового статуса субъектов правоотношений (в первую очередь, речь идет о властных субъектах) невозможно применить регулятивные нормы.

Прежде всего к актам, направленным на формирование и функционирование органов исполнительной власти в сфере миграции, можно отнести те, которые регулируют деятельность МВД России и ФМС России. В частности: Положение о Федеральной миграционной службе, утвержденное Указом Президента РФ от 19 июля 2004 года № 928 «Вопросы федеральной миграционной службы»²; Административный регламент Федеральной миграционной службы по предоставлению государственной услуги по оформлению и выдаче приглашений на въезд в Российскую Федерацию иностранных граждан и лиц без гражданства, утвержденный Приказом Федеральной миграционной службы от 6 июня 2008 года № 142³; и т. д.

В настоящий момент система органов исполнительной власти в сфере трудовой миграции довольно объемна и выглядит следующим образом:

Федеральная миграционная служба (ФМС России) — это федеральный орган исполнительной власти, реализующий государственную политику в сфере миграции и осуществляющий правоприменительные функции, функции по контролю, надзору и оказанию государственных услуг в сфере миграции⁴. Основными задачами ФМС являются, например, совершенствование нормативно-правового регулирования; миграционный учет; разработка и реализация мер по предупреждению и пресечению незаконной миграции; осуществление контроля и надзора в сфере внешней трудовой миграции, привлечения иностранных работников в Российской Федерации и т. д.

К органам исполнительной власти, осуществляющим функции в сфере внешней трудовой миграции, относятся также ведомства: **ФСБ России, МИД России, Федеральная служба по труду и занятости (Роструд)**.

Сегодня особо важным является эффективный надзор и контроль в миграционной сфере на пунктах пропуска непосредственно на линии Государственной границы РФ. Фактически **пограничные органы ФСБ России** выполняют не только функции по охране Государственной границы РФ, правоприменительные функции в данной области, но и осуществляют надзорные полномочия в миграционной сфере, а если быть точнее — иммиграционный контроль⁵.

Другим органом федеральной исполнительной власти, участвующим в реализации миграционной политики, является **Министерство иностранных дел РФ**. На МИД России возложены задачи по участию в решении вопросов, связанных с внешней трудовой миграцией граждан Российской Федерации и использованием иностранной рабочей силы в Российской Федерации; по визовому обеспечению

¹ См.: Андриченко Л.В. Правовое регулирование привлечения и использования иностранной рабочей силы в Российской Федерации // Л.В. Андриченко, Л.Н. Васильева // Журнал российского права. — 2007. — № 2 (см. СПС «Гарант»).

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 30. — Ст. 3150.

³ См.: Российская газета. — 2008. — 4 июля.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 30. — Ст. 3150.

⁵ См.: Приказ Федеральной миграционной службы от 24 декабря 2010 года № 481 «Об организации в системе Федеральной миграционной службы оборота миграционных карт (бланков миграционной карты)».

нию въезда в Российскую Федерацию и выезда из Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства¹.

В соответствии с Положением о **Федеральной службе по труду и занятости (Роструд)** она оказывает государственные услуги в сфере содействия трудовой миграции, а также информирует население о возможностях трудоустройства; проводит межтерриториальное перераспределение трудовых ресурсов, а также участвует в организации международного сотрудничества по решению проблем занятости, включая вопросы трудовой деятельности граждан Российской Федерации за рубежом и иностранных граждан в Российской Федерации в соответствии с международными соглашениями в рамках международных программ².

Необходимо отметить, что **Министерство здравоохранения и социального развития РФ** разрабатывает проекты федеральных конституционных законов, федеральных законов и актов Президента РФ и Правительства РФ по вопросам трудовой миграции³. Следует отметить, что в настоящее время Роструд совместно с ФМС участвует в контрольно-надзорной деятельности за трудовой деятельностью иностранных работников на территории Российской Федерации⁴.

ФМС России осуществляет свою деятельность во взаимодействии с другими органами исполнительной власти. К числу указанных могут быть отнесены, например, **Министерство обороны РФ**⁵, **Федеральная служба судебных приставов**⁶, **Федеральная налоговая служба**⁷.

На уровне **субъектов Российской Федерации** регламентируются вопросы организации и деятельности органов, обеспечивающих совместную деятельность федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органов местного самоуправления, предприятий и организаций по вопросам подготовки и рассмотрения предложений, связанных с определением квот на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности на территории соответствующего субъекта.

Кроме несовершенства регулятивных норм, о которых говорилось выше, необходимо уделить внимание проблемам статутных норм. Так, одной из черт миграционных отношений является постоянно **меняющийся субъектный состав** регулирования миграционных процессов. Кроме того, при формировании миграционной политики государства происходит переход функций от одного органа другому, что также не способствует планомерному решению проблем управления миграционными процессами в общем и проблемы незаконной трудовой миграции в частности. Закрепление вопросов по определению общей стратегии государственной политики в сфере внешней трудовой миграции за МВД России предопределило преобладание правоохранительной направленности, что, безусловно, важно и полезно, но полностью не раскрывает своеобразие указанных отношений. Наряду с вопросом субъектного состава миграционных отношений, необходимо рассмотреть также проблему **недостаточного развития межведомственных связей** между органами исполнительной власти в сфере реализации миграционной политики, поскольку каждый из специализированных органов находится во «власти» своего федерального Министерства. К примеру, ФМС России находится в ведении МВД

¹ См.: Указ Президента РФ от 11 июля 2004 года № 865 «Вопросы Министерства иностранных дел Российской Федерации» с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 28. — Ст. 2880.

² См.: Постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 года № 324 «Об утверждении Положения о Федеральной службе по труду и занятости» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 28. — Ст. 2901.

³ См.: Постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 года № 321 «Об утверждении Положения о Министерстве здравоохранения и социального развития Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 28. — Ст. 2898.

⁴ См.: Приказ Федеральной службы по труду и занятости и Федеральной миграционной службы РФ от 3 апреля 2007 года № 40/66 «Об утверждении Регламента взаимодействия Федеральной службы по труду и занятости и Федеральной миграционной службы и их территориальных органов по осуществлению мероприятий по контролю (надзору) за трудовой деятельностью иностранных работников на территории Российской Федерации» // Российская газета. — 2007. — 15 июня.

⁵ См.: Приказ Федеральной миграционной службы и Минобороны РФ от 15 апреля 2011 года № 100/507 «Об утверждении Инструкции о порядке взаимодействия ФМС России, территориальных органов ФМС России и их структурных подразделений с Минобороны России, военными комиссариатами и отделами военных комиссариатов при оформлении гражданам Российской Федерации, подлежащим призыву на военную службу либо направлению на альтернативную гражданскую службу, паспорта гражданина Российской Федерации, удостоверяющего личность гражданина Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации» // Российская газета. — 2011. — 8 июля.

⁶ См.: Соглашение от 4 марта 2010 года № 12/01-2/КР-1/4-3155 «О взаимодействии Федеральной службы судебных приставов и Федеральной миграционной службы при исполнении постановлений по делам об административных правонарушениях, постановлений судов об административном приостановлении деятельности и иных исполнительных документов» // Бюллетень ФССП Министерства юстиции РФ. — 2010. — № 9.

⁷ Например, приказ Федеральной миграционной службы от 27 сентября 2010 года № 290 «Об утверждении Порядка взаимодействия ФМС России и ФНС России при предоставлении налоговыми органами информации по запросам ФМС России» // Российская газета. — 2010. — 12 ноября.

России и поэтому не имеет возможности осуществлять должного воздействие на деятельность Федеральной службы по труду и занятости, которая находится в ведении Минздравсоцразвития России. Функции этих органов не находятся в одной системе, они являются разобщенными¹.

Кроме регулятивных и статутных норм, велика роль и **охранительных** норм. Так, нормы, содержание которых направлено на обеспечение правопорядка и безопасности государства в сфере трудовой миграции, содержатся в Уголовном кодексе РФ² (например, ст. 127², 145¹, 322, 322¹, 341) и Кодексе об административных правонарушениях РФ³ (например, ст. 5.27, 18.15, 18.17). Суть проблем в этом секторе составляют такие недостатки законодательства, как разграничение сфер применения норм КоАП РФ и УК РФ, несогласованность содержания охранительных норм национального и международного законодательства, несоответствие общественной опасности содеянного правонарушения размеру наказания, недостаточно жесткое воздействие на лиц, содействующих незаконному проникновению трудовых мигрантов на территорию Российской Федерации, и т. д.

Подводя предварительные итоги анализа законодательства в сфере миграции, можно утверждать, что главной задачей в данной ситуации является поиск правильного решения насущной проблемы. А для этого законодательство, существующее ныне, нужно подвергнуть модификации.

Учитывая многоликость и сложность миграционной ситуации в России, не представляется возможным создать единый закон о миграции, который бы содержал нормы, полностью обеспечивающие процессы внешней и внутренней миграции (хотя такие идеи выдвигаются наукой). Но возможен Закон, который бы содержал общие положения о миграции и определял границы компетенции Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований. Кроме того, можно включить в Конституцию РФ положение о том, что реализация политики в сфере миграции должна происходить посредством совместных действий Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Более подробное регулирование отдельных миграционных институтов должно найти свое отражение в иных федеральных законах, указах Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, в инструкциях и приказах соответствующих министерств и ведомств. Целью региональных нормативных актов, издаваемых по вопросам миграции, должна являться реализация норм актов федерального уровня применительно к конкретному субъекту Федерации, а целью муниципальных нормативных актов — решение вопросов местного значения с участием мигрантов (например, вопросы размещения).

В ныне действующее законодательство можно внести ряд поправок, к примеру, в **раздел XII ТК РФ** внести **главу**, посвященную регулированию труда иностранцев, нормативно закрепить **дефиниции** таких понятий, как «миграция», «мигрант», «трудовой мигрант», «незаконная миграция». На этом, конечно, не должна заканчиваться законотворческая деятельность. Устранению подлежат и другие правовые коллизии и пробелы посредством проведения систематизации законодательства и внесения необходимых поправок в нормативные акты.

Все сказанное выше преимущественно касается **внешней структуры** правовой миграционной модели. Описать ее **внутреннее строение** труднее, поскольку миграционная модель — это комплексная субстанция, составными элементами которой являются правовые институты, принадлежащие к различным отраслям российского права.

Что может в эту модель входить? Вот некоторые ориентиры:

— правовое закрепление принципов миграции (например, благоприятное отношение к законной миграции, отношения партнерства мигранта и государства, содействие в трудоустройстве мигранта, способного работать);

— установление инструментов селективной политики в миграционной сфере, в частности, с целью закрепления критериев желательных и нежелательных мигрантов;

— введение норм об имуществе и денежных средствах мигрантов;

— создание норм, которые можно посвятить свободе передвижения и выбора места проживания мигранта. Поэтому лучше сразу установить какие места и районы (их признак, характеристика и т. п.) не могут быть заселены иностранными работниками и на какие объекты вход иностранцу закрыт;

— правовая модель должна психологически благоприятно настраивать по отношению к мигрантам.

Таким образом, формирование *современной правовой миграционной модели*, основанной на отечественной и зарубежной практике эффективного управления реальной и ожидаемой в перспективе трудовой миграцией, должно быть признано одним из ведущих направлений работы законодателя,

¹ См.: Андриченко Л.В. Правовое регулирование привлечения и использования иностранной рабочей силы в Российской Федерации / Л.В. Андриченко, Л.Н. Васильева // Журнал российского права. — 2007. — № 2 (см. СПС «Гарант»).

² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ с изм. и доп. // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 2954.

³ Кодекс об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ с изм. и доп. // Российская газета. — 2001. — 31 декабря.

которое будет успешно реализовано только при совместной выработке практиками и теоретиками права параметров этой модели.

Налицо явная необходимость продолжения поиска баланса экономических интересов субъектов миграционных процессов и интересов государства.

В условиях доминирования трудовой миграции только комплексно можно обеспечить и функционирование рынка иностранной рабочей силы, и реализацию законных прав трудового мигранта. При этом в ходе законопроектной деятельности необходимо обеспечить строгие внутрисистемные связи отраслей законодательства (трудовое, административное, законодательство в сфере образования, здравоохранения, социальной защиты и др.).

Высказанные **предложения по совершенствованию** практики привлечения трудовых мигрантов в экономику страны логично и рационально совместить с одновременной **разработкой научно обоснованной и учитывающей реальные потребности программы подготовки специалистов для экономики.**

Кроме совершенствования законодательных механизмов правового обеспечения трудовой миграции, внимание необходимо обратить и на обновление институциональных механизмов¹. Так, нужно улучшать качество взаимодействия органов государственной власти в области управления миграционными процессами. При этом важно, чтобы «заинтересованные органы совместно принимали решения в соответствующих сферах и происходил обмен полученной информацией»².

По мнению Е.В. Тюрюкановой, в систему институциональных механизмов может также входить осуществление адекватной статистической оценки миграционной ситуации и учета мигрантов, научное исследование интересующей сферы, разработка и институционализация политики интеграции мигрантов, а также борьба с коррупцией³.

Не стоит забывать о пользе применения проверенных за рубежом методов управления трудовой миграцией. Выбирая только подходящие для российской действительности идеи, государство выиграет: оно усилит свои позиции в области управления трудовой миграцией.

В заключение необходимо еще раз подчеркнуть факт существенного увеличения количества иностранных работников в Российской Федерации в последнее время, что актуализировало вопросы нормативного обеспечения процесса легитимной трудовой миграции.

Крупнейшей проблемой на данный момент остается **незаконная трудовая миграция**. Основной причиной данного явления можно с уверенностью признать несовершенство законодательной базы. При том наибольшее внимание обращают на себя такие недостатки, как излишняя детализация, изменчивость законодательства, его бланкетность, коллизионность и другие проблемы регулятивных правовых норм. Кроме того, надлежит пересмотреть содержание некоторых статутных и охранительных норм. Важно отметить наличие недостаточно налаженного механизма межведомственного взаимодействия по вопросам миграции.

В результате проведенного исследования проблем нормативно-правового обеспечения внешней трудовой миграции можно утверждать, что основные пути и способы решения вопроса незаконной трудовой миграции кроются в структуризации имеющегося законодательства на основе выделения новой адекватной сегодняшним внутрисистемным и внешнеполитическим условиям правовой миграционной модели и, соответственно, модели стратегического развития современной России, которая охватит не только нормативную основу, но обоснует саму идею правового регулирования миграционных процессов, а также принципы и методы управления, что поможет российскому обществу изменить свой взгляд на трудовых мигрантов.

¹ См.: Шитова Н.Б. Институциональные механизмы реализации трудовых прав мигрантов (отечественный и зарубежный опыт) / Н.Б. Шитова, И.В. Михеева // Современные проблемы в области экономики, менеджмента, бизнес-информатики, юриспруденции и социально-гуманитарных наук: Материалы научно-практической конференции студентов и преподавателей НФ ГУ-ВШЭ. — Н. Новгород, 2009. — С. 247.

² Андриченко Л.В. Правовое регулирование привлечения и использования иностранной рабочей силы в Российской Федерации / Л.В. Андриченко, Л.Н. Васильева // Журнал российского права. — 2007. — № 2 (см. СПС «Гарант»).

³ См.: Тюрюканова Е.В. Трудовая миграция в России // www.strana-oz.ru/?numid=19&article=901

А.В. Шухарева

Шухарева Анна Васильевна — адъюнкт кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Технико-юридические аспекты признания нормативных правовых актов утратившими силу

Большой интерес к вопросам юридической техники объясняется во многом активизацией нормотворческого процесса на федеральном и региональном уровнях. Этому вопросу посвящены научные работы, диссертационные исследования, учебные и справочные пособия. Такой интерес ученых-правоведов к данной теме и актуальность знаний о юридической технике для практиков обусловили становление учебной дисциплины во многих юридических вузах.

Юридино-технический уровень нормативного правового акта является, по общему признанию, одним из важнейших показателей его качества. Юридическая техника — один из важнейших инструментов предупреждения и исправления юридических ошибок.

Федеральное законодательство и законодательство субъектов Российской Федерации содержат многочисленные нормативные правовые установления, посвященные подготовке и оформлению отдельных видов правовых актов. Частью требований, установленных этими документами, являются положения, посвященные утрате юридической силы правовыми актами.

По общему правилу, акт признается утратившим юридическую силу правовым актом того же вида, каким принят (утвержден) утративший силу документ. Это правило могут сопровождать оговорки, уточняющие, каким органом акт или его структурная единица признается утратившими силу, а также то, что законодательством может быть предусмотрен иной порядок. Например, в Законе г. Москвы от 8 июля 2009 года № 25 (в ред. от 1 июня 2011 г.) «О правовых актах города Москвы»¹ содержится следующее положение: «Признание правовых актов или их отдельных положений утратившими силу осуществляется правовыми актами того же вида и того же органа государственной власти (должностного лица), принявшего (издавшего) исходные правовые акты».

Следует отметить, что не всегда утрата силы осуществляется с помощью правовых актов того же вида. Например, Инструкция по делопроизводству в аппарате Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации (утверждена приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 15 июня 2007 г. № 76) предусматривает: «Распоряжения Генерального директора Судебного департамента признаются утратившими силу либо подлежат изменению как приказами, так и распоряжениями Генерального директора Судебного департамента».

Так и сам закон «О правовых актах города Москвы» допускает исключение: «Распоряжения Правительства Москвы, распоряжения заместителей Мэра Москвы в Правительстве Москвы, приказы и распоряжения руководителя Аппарата Мэра и Правительства Москвы, приказы и распоряжения органов исполнительной власти города Москвы отменяются распоряжением Мэра Москвы, если указанные правовые акты не соответствуют Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным законам, федеральным законам, Уставу города Москвы, законам города Москвы, иным правовым актам города Москвы более высокой юридической силы либо их выполнение не обеспечено финансовыми или материальными ресурсами. Распоряжения заместителей Мэра Москвы в Правительстве Москвы, приказы и распоряжения руководителя Аппарата Мэра и Правительства Москвы могут быть отменены распоряжениями Правительства Москвы»².

В данном случае решающее значение имеет юридическая сила документа, которым вносятся изменения. Поэтому более точными представляются формулировки, отражающие это обстоятельство. Например, в Законе Челябинской области от 30 мая 2002 года № 87-ЗО «О нормативных правовых актах Челябинской области» (в ред. от 29 ноября 2007 г.) указано: «Внесение изменений в нормативный правовой акт области, признание его утратившим силу производится нормативным правовым актом области аналогичной юридической силы».

Положение о том, что признание правового акта утратившим силу осуществляет орган, принявший правовой акт, также является слишком общим и нуждается в уточнении. Это связано с тем, что орган, принявший правовой акт, может быть ликвидирован или реорганизован. В качестве примера можно привести положение Закона Кабардино-Балкарской Республики от 3 августа 2002 года

¹ См.: Ведомости Московской городской Думы. — 2009. — 4 сентября.

² См. там же.

№ 52-РЗ «О правовых актах в Кабардино-Балкарской Республике» (в ред. от 19 марта 2009 г.), отражающее это обстоятельство: «В случае ликвидации или реорганизации правотворческого органа вопросы об изменении, в том числе дополнении, приостановлении и прекращении действия правовых актов, принятых (изданных) данным органом, решаются правопреемником органа или вышестоящим органом либо органом, принявшим решение о ликвидации или реорганизации правотворческого органа».

В Нижегородской области также действует Закон «О нормативных правовых актах Нижегородской области» от 10 февраля 2005 года № 8-З. Анализ его положений, посвященных технике утраты юридической силы, позволяет выявить как существенные дефекты нормативного регулирования данного института на региональном уровне, так и недостатки при реализации его норм, в части признания утратившими силу правовых актов области или их структурных единиц.

Во-первых, согласно статье 51 Закона «О нормативных правовых актах Нижегородской области» от 10 февраля 2005 года № 8-З, внесением изменений в закон области считается:

- 1) замена либо исключение слов, цифр, предложений;
- 2) новая редакция структурной единицы закона;
- 3) дополнение структурными единицами закона;
- 4) дополнение структурной единицы закона новыми словами, цифрами или предложениями;
- 5) приостановление действия закона или его структурных единиц;
- 6) продление действия закона или его структурных единиц;
- 7) исключение структурных единиц не вступившего в силу закона;
- 8) признание утратившими силу отдельных структурных единиц закона.

Закон «О внесении изменений в закон Нижегородской области “О муниципальной службе в Нижегородской области”» предполагает признание утратившей силу *строки*. Строка не является структурным элементом нормативного акта и она не может быть признана утратившей силу, поэтому в подобных случаях вносить изменения необходимо следующим образом:

Пример:

«2) в приложении 1:

а) в разделе «Ведущие должности муниципальной службы (группа 3)» части I:
строку

«Помощник (советник) главы муниципального образования города Нижний Новгород»
исключить».

Во-вторых, согласно части 3 статьи 51 Закона «О нормативных правовых актах Нижегородской области», «если в закон области вносится значительное число изменений, то он может быть принят в новой редакции». Иными словами — речь идет о так называемой замене или косвенной отмене нормативного акта. Обосновывая точку зрения о том, принятие нового акта, с началом действия которого старый теряет юридическую силу, то есть косвенная отмена — это не лучший способ утраты силы актом и в какой-то степени является свидетельством неотработанной юридической техники, предлагаем дополнить редакцию части 3 статьи 51 Закона следующими словами: «Если в закон области вносится значительное число изменений, то он может быть принят в новой редакции с **обязательным признанием предыдущего акта утратившим силу**».

В-третьих, Закон «О нормативных правовых актах Нижегородской области» содержит статьи, предусматривающие прекращение действия закона и утрату им силы.

В части 3 статьи 41 говорится: «Закон области прекращает свое действие в случаях: 1) истечения срока, на который было рассчитано действие закона; 2) признания закона утратившим силу другим законом области; 3) признания решением суда закона противоречащим Конституции Российской Федерации, федеральным законам, Уставу области, недействующим и не подлежащим применению со дня вступления решения в законную силу или в иной срок в соответствии с решением суда».

Часть 1 статьи 48 гласит:

«Нормативный правовой акт или его отдельные положения утрачивают юридическую силу в случаях:

- 1) истечения срока действия нормативного правового акта или наступления события, при котором акт считается утратившим силу;
- 2) признания акта или его отдельных положений утратившими юридическую силу принявшим его органом (должностным лицом);
- 3) признания нормативного правового акта утратившим юридическую силу по решению суда в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации;
- 4) в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации и законодательством области».

В такой ситуации законодатель должен в тексте акта разграничить понятия «прекращение действия» и «утрата юридической силы». В научном мире уже длительное время ведутся дискуссии по вопросу соотношения этих двух феноменов, ученые не приходят к единому мнению, поэтому вряд ли целесообразно в законе субъекта выделять оба эти понятия. Не вносят ясности и позиции законода-

телей других субъектов Российской Федерации, где приняты законы «О правовых актах», «О правотворчестве».

Так как в Российской Федерации не принят закон о нормативных правовых актах, сделать вывод о законодательной регламентации употребления соответствующих понятий не представляется возможным. На основе анализа определенной категории нормативных актов можно заключить следующее: на уровне Федерации нормативные акты утрачивают силу путем издания соответствующего документа о признании их таковыми. Термин «прекращение действия» используется только в отношении соглашений и международных договоров. Считаем достаточным содержания в Законе «О нормативных правовых актах Нижегородской области» статьи об утрате актами юридической силы, с указанием полного перечня оснований для этого.

В связи с этим предлагаем признать утратившей силу часть 3 статьи 41 Закона «О нормативных правовых актах Нижегородской области» от 10 февраля 2005 года № 8-З.

В-четвертых, не совсем понятным является разделение на протяжении всего текста Закона «О нормативных правовых актах Нижегородской области» понятий «закон» и «нормативный правовой акт»: в главе 6, судя по названию, речь должна идти о всех нормативных правовых актах, но статья 51 этой главы регламентирует порядок внесения изменений в закон области. Также и статья 41 называется «Вступление в силу закона области». Таким образом, можно сделать вывод о существовании пробела в правовом регулировании порядка вступления в силу подзаконных актов области и внесения в них изменений.

В-пятых, Закон от 11 марта 2004 года № 20-З «О порядке подписания, обнародования и вступления в силу законов Нижегородской области» состоит из 5 статей, статьи 2, 3, 4 полностью дублируют статьи 39, 40, 41 Закона от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» соответственно.

Дублирование образует множественность правил по одному вопросу. Строго говоря, дублирование не рассогласовывает систему права и потому не ставит правоприменителя в ситуацию выбора норм, как при коллизии. Дублирование может оказать позитивное действие в случаях, когда положения, имеющие принципиальное политическое и юридическое значение, повторяются на разных иерархических уровнях права с целью придания системе права свойств единства и стабильности. В данном случае повторение норм в актах равной юридической силы является неоправданным и превращается в дефект, который не исчерпывается только лишь «засорением» правовой материи. Он порождает трудности у самих законодателей при дальнейшей работе с актами, в частности, вслед за изменением основного нормативного правового акта должны изменяться и дублирующие акты, а для этого требуется весьма значительное время.

Например, Закон Нижегородской области от 11 мая 2010 года № 80-З признал утратившими силу часть 3 статьи 3 Закона «О порядке подписания, обнародования и вступления в силу законов Нижегородской области» и часть 3 статьи 40 Закона «О нормативных правовых актах Нижегородской области», содержащие одинаковые предписания, то есть законодателю приходится выполнять двойную работу.

Так как Закон от 10 февраля 2005 года № 8-З «О нормативных правовых актах Нижегородской области» содержит более полное правовое регулирование отношений, связанных с разработкой, принятием, вступлением в силу и утратой силы нормативных актов Нижегородской области, предлагаем признать утратившим силу закон от 11 марта 2004 года № 20-З «О порядке подписания, обнародования и вступления в силу законов Нижегородской области».

К настоящему времени в Нижегородской области действует более 1600 законов, в их числе — более 1000 законов о внесении изменений, и более 100 законов о признании утратившими силу. Нужно отметить, что техника признания законов Нижегородской области утратившими юридическую силу также не свободна от дефектов. Проанализируем некоторые из них.

Во-первых, отсутствие единообразия в оформлении названий законов об утрате юридической силы.

Так, в практике Законодательного собрания Нижегородской области — принятие законов со следующими наименованиями:

— Закон Нижегородской области от 9 сентября 2005 года № 125-З «О признании утратившими силу отдельных законов Нижегородской области»;

— Закон Нижегородской области от 1 июня 2005 года № 65-З «О признании утратившими силу отдельных законодательных актов Нижегородской области»;

— Закон Нижегородской области от 10 июля 2003 года № 55-Зэ «О признании утратившими силу отдельных актов законодательства Нижегородской области».

Не считаем, что данный недостаток приводит к трудностям в правоприменении, однако свидетельствует о достаточно «легкомысленном» отношении законодателей области к технике признания юридических актов утратившими силу, что может сказываться на других важных аспектах деятельности по приведению законодательства области в соответствие с изменяющимися реалиями общественной жизни.

В Нижегородской области было принято два закона, содержащих положения об отмене нормативных предписаний.

Закон Нижегородской области от 21 июня 2001 года № 194-З «Об отмене частично или полностью некоторых законов Нижегородской области» был издан до появления Методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов (2003 г.) и, несмотря на название, содержит предписание об утрате силы актом, а не о его отмене, в связи с этим нашей критике подвергнется другой законодательный акт, изданный в 2009 году, подразумевающий отмену нормативного акта.

Закон Нижегородской области от 1 декабря 2009 года № 218-З «О внесении изменений в статьи 2 и 3 Закона Нижегородской области “О мерах социальной поддержки педагогических работников образовательных учреждений, работающих и проживающих в сельской местности и рабочих поселках Нижегородской области”» и об отмене Закона Нижегородской области «О внесении изменений в статьи 2 и 3 Закона Нижегородской области “О мерах социальной поддержки педагогических работников образовательных учреждений, работающих и проживающих в сельской местности и рабочих поселках Нижегородской области”».

Пункт 79 Методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов предполагает: «**Для приведения законодательных актов в соответствие с вновь принятым федеральным конституционным законом или федеральным законом, устранения множественности норм по одним и тем же вопросам готовятся предложения о приведении законодательства в соответствие с вновь принимаемым законодательным актом путем признания законодательных актов (их структурных единиц) утратившими силу**»¹.

Пункт 102 Методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов содержит следующее положение: «**Если законодательный акт еще не вступил в силу, а необходимость в нем отпала, применяется термин “отменить”**»².

Законодатель использовал термин «отменить» по отношению к вступившему в силу и действующему (в течение 4 месяцев) нормативному акту, как видится, с целью фиксации особого случая лишения акта юридической силы — отмены со дня его принятия.

На наш взгляд, перед нами факт превышения полномочий субъектов, принявших данный нормативный правовой акт. Лишение юридического акта силы с момента его принятия означает его недействительность, основаниями признания его таковым являются: несоответствие Конституции РФ, Уставу Нижегородской области, федеральным законам, принятым по предметам ведения Российской Федерации и по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Единственным субъектом, который вправе признать акт недействительным с момента принятия, является Конституционный Суд РФ.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 16 июня 1998 года № 19-П пришел к выводу о том, что статья 125 Конституции содержит специальные предписания, которые возлагают на особый орган правосудия — Конституционный Суд РФ полномочия по осуществлению проверки конституционности перечисленных в ней нормативных актов, которая может повлечь утрату ими юридической силы. Другие судебные органы Конституция РФ такими полномочиями не наделяет. Даже решение суда общей юрисдикции, которым закон субъекта Российской Федерации признан противоречащим федеральному закону, по своей природе не является подтверждением недействительности закона, его отмены самим судом, тем более лишения его юридической силы с момента издания, а означает лишь признание его недействующим и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению.

Во-вторых, более значительным недостатком является неуказание источников официального опубликования законодательных актов, их структурных единиц при признании их утратившими юридическую силу.

Пункт 32 Методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов содержит следующее положение: «Если в законодательный акт вносятся изменения или законодательный акт признается утратившим силу, то обязательно указывается источник его официального опубликования».

Там же пункт 47 предусматривает: «При признании законодательного акта утратившим силу указываются следующие источники официального опубликования:

1) при признании утратившим силу законодательного акта или его структурных единиц указывается источник их официального опубликования;

2) при признании утратившим силу законодательного акта в неотделимой части (не выделенной в самостоятельную структурную единицу) указываются:

— источник официального опубликования законодательного акта;

¹ Методические рекомендации по юридико-техническому оформлению законопроектов. Направлены письмом Аппарата ГД ФС РФ от 18 ноября 2003 года № вн2-18/490.

² Там же.

— источник официального опубликования законодательного акта в новой редакции (если она была);
— источники официального опубликования всех последующих изменений, внесенных в законодательный акт;

3) при признании утратившим силу не всего законодательного акта, а его структурной единицы в неотделимой части (не выделенной в самостоятельную меньшую структурную единицу) указываются:

— источник официального опубликования законодательного акта;
— источник официального опубликования законодательного акта в новой редакции (если она была);
— источник официального опубликования признаваемой утратившей силу в неотделимой части структурной единицы законодательного акта в новой редакции (если она была);
— источники официального опубликования всех последующих изменений, внесенных в данную структурную единицу»¹.

Таким образом, независимо от того, утрачивает ли акт свою силу полностью либо частично, обязательным является указание в перечне источника официального опубликования акта (газета «Нижегородские новости»).

В заключение систематизируем ряд правил юридической техники признания нормативных правовых актов утратившими силу:

1. В связи с принятием акта подлежат признанию утратившими силу все ранее принятые нормативные правовые акты или их структурные части, если они противоречат включенным в новый акт нормам права или поглощаются ими.

2. При признании утратившим силу акта вышестоящего уровня подлежат признанию утратившими силу акты нижестоящего уровня, принятые в его реализацию. Данное требование также распространяется на случаи, когда из акта вышестоящего уровня исключаются отдельные нормы, в реализацию которых приняты акты нижестоящего уровня.

3. Перечень актов и их частей, подлежащих признанию утратившими силу в связи с принятием акта, должен содержаться либо в самом акте, либо в акте о порядке введения его в действие.

4. При признании структурных единиц действующего акта утратившими силу такие части из действующего акта исключаются, но их номера сохраняются. К сохранившемуся номеру добавляется ссылка на акт о признании акта (или его части) утратившим силу. Нумерация сохранившихся структурных частей не изменяется.

5. При значительном числе актов (три или более) или их частей (глав, статей, пунктов и подпунктов), подлежащих признанию утратившими силу, в связи с принятием нового акта и имеющих более низкий уровень, чем новый акт, уполномоченный орган поручает соответствующим государственным органам принять (издать) акты о признании утратившими силу их актов с указанием срока принятия (издания). Проект такого поручения подготавливается органом, вносящим в уполномоченный орган проект нового акта.

6. Если акт утратил юридическую силу не полностью, он включается в перечень для признаний утратившим силу только в части, противоречащей вновь принятому акту или поглощенной последним.

7. Если признанию утратившими силу подлежат отдельные пункты полностью, а другие только в определенной части, то сначала указываются пункты, подлежащие признанию утратившими силу полностью.

8. Подлежат признанию утратившими силу также акты, дублирующие нормы других актов и не содержащие новизны.

9. Подлежат признанию утратившими силу, как основной акт, так и акты (или их части), которыми в его текст были внесены изменения и дополнения. В случаях неоднократного изменения редакции какого-либо акта (статьи, пункта, подпункта, абзаца), подлежащего признанию утратившим силу полностью, в перечень включаются в виде самостоятельных пунктов все акты об этом, в том числе промежуточные акты, изменявшие редакцию.

10. В случае, если актом признаются утратившими силу другой акт или его часть, в которых предусматривалось признать утратившими силу ранее принятые акты, последние не возобновляют свое действие.

11. Не вступившие в силу акты не могут быть признаны утратившими силу. При необходимости такие акты должны быть отменены.

12. В перечень законов, подлежащих признанию утратившими силу, не включаются законы (структурные элементы законов) временного характера, срок действия которых истек. Законы (структурные элементы законов) временного характера подлежат включению в перечень законов, подлежащих признанию утратившими силу, в случае, если срок их действия не истек. Если действие закона временного характера или его структурного элемента было продлено на неопределенный срок, то в перечень включается как основной закон, так и закон, продляющий действие основного закона.

¹ Методические рекомендации по юридико-техническому оформлению законопроектов. Направлены письмом Аппарата ГД ФС РФ от 18 ноября 2003 года № вн2-18/490.

13. В случаях, когда в актах, наряду с нормами временного характера, срок действия которых истек, содержатся нормы постоянного действия и все эти нормы подлежат признанию утратившими силу, в перечень включается весь акт в целом.

14. В случае если статья (пункт) акта содержит указание на приложение, которое подлежит признанию утратившим силу, то в перечень включается только данная статья (пункт), а приложение отдельно не оговаривается.

15. В случае если в статье (пункте) акта наряду с утверждением приложения содержится норма, касающаяся других вопросов, сохраняющих значение, а приложение подлежит признанию утратившим силу полностью, то в перечень включается данный пункт в части, относящейся к приложению, а приложение отдельно не оговаривается.

16. Если приложение подлежит признанию утратившим силу частично, то в перечень законов, подлежащих признанию утратившими силу, включаются только структурные элементы приложения.

Дефекты нормативного регулирования института утраты силы правовых актов в Нижегородской области присущи также и законодательству других регионов. Описанные выше технико-юридические правила оформления признания законов утратившими силу позволят усовершенствовать эту процедуру, поскольку она является эффективным инструментом улучшения качества правового регулирования общественных отношений. В настоящее время принимается множество новых правовых актов всех уровней, что неизбежно влечет необходимость утраты силы или внесения изменений во все другие акты, которые противоречат их содержанию. В этой связи федеральный закон «О нормативных правовых актах Российской Федерации», необходимость принятия которого поддерживается многими учеными и юристами-практиками, станет главным источником основных правил юридической техники вообще и техники утраты силы — в частности, что несомненно позитивно скажется не только на качестве подготовки и оформления правовых актов как документов, так и на их содержании.

Интервью с директором Европейской академии права и законодательства магистром права Кристианом Питером Моллом

Приветствуем Вас, Крис, на Нижегородской земле! Международная конференция, проводимая в Нижегородской академии МВД России 29 и 30 сентября 2011 года, вызвала большой интерес ученых, российских юристов и обучающихся в академии курсантов, слушателей — будущих юристов. Интерес, несомненно, вызван и присутствием на конференции гостей из других стран. Хотелось бы больше узнать о Вашем опыте. Позвольте задать Вам несколько вопросов.

— Были ли Вы до этого в России или это Ваш первый визит в нашу страну? Какое впечатление произвела на Вас Россия?

— Это был мой первый визит в Россию. Я, родившись в такой небольшой стране, как Нидерланды, был просто поражен большими просторами Вашей страны. Как я смог заметить за несколько дней пребывания в Москве и Нижнем Новгороде, Россия очень быстро развивается, и в экономическом плане, и в плане культуры (это магазины, автомобили, мода...). Что мне еще очень понравилось, так это монументальные здания в двух Ваших городах, которые мне довелось посетить. Позвольте также еще раз отметить и поблагодарить за щедрый и теплый прием, который мне оказали в России.

— Вы руководите всемирно известным учебным заведением с богатой историей и громким именем. А каково это — быть директором Европейской академии права и законодательства? Остается ли время на какие-то другие увлечения, хобби? Какие?

— Откровенно говоря, это самая лучшая работа из всех, какая у меня когда-либо была. Я могу определять направление работы и развития такой большой организации, как Европейская академия. В ней ведется самая разноплановая работа. В двух словах, моя работа заключается в представлении нашего образовательного учреждения и накоплении зарубежного опыта, что также позволяет мне побывать в разных уголках мира — в Северной Африке, на Ближнем Востоке, в Индии, Канаде и России.

Я люблю путешествовать, люблю бывать в новых странах, знакомиться с их культурой, их народами и черпать какие-то идеи для своей профессии. По моему мнению, нет ничего интереснее встреч со своими коллегами из разных уголков планеты. Все мои поездки дали мне возможность научиться чему-то новому, расширить мой кругозор и мои познания. И, нужно отметить, что не так много времени остается у меня на мои увлечения — водные виды спорта, фотографию и мой мотоцикл (для знатоков — это Suzuki Hayabusa 1300 GSR).

— На определенном этапе у каждого человека возникает необходимость подвести промежуточные итоги, наметить новые цели или скорректировать старые. Сегодня Вы успешный человек, директор всемирно известной Академии, не только крупный теоретик права, но признанный практик. Оценивая себя с этих позиций, можно ли сказать, что главная цель в жизни достигнута или есть еще более крупные и значимые цели?

— Если бы я ответил утвердительно, то почувствовал бы, что мне пора выходить на пенсию! Нет, мои цели еще не достигнуты — сейчас я работаю над проектом, находящимся на начальном своем этапе. Пока практически не существует системы для слаженной совместной работы профессионалов в сфере права и правотворчества, поэтому что-то должно быть сделано для обмена опытом и знаниями в этой области. У меня есть планы на этот счет, которые я надеюсь воплотить в жизнь в 2012 году. К сожалению, пока что это все, что я могу рассказать об этом начинании. Но как только появится возможность, я с радостью расскажу об этом проекте моим русским друзьям.

— Расскажите, пожалуйста, о своей Академии, в чем ее уникальность? Какие приоритетные направления разрабатываются в Вашем вузе? Какие программы/специальности являются, так сказать, визитной карточкой Вашего вуза?

— Вкратце, Европейская академия — одно из немногих учебных заведений, о которых я знаю, которое обеспечивает целостную подготовку профессионалов в сфере права и правотворчества. Наши учебные программы и проекты по консультациям охватывают все области права. В обучении применяется целостный подход, а не просто проведение отдельных, несвязанных занятий. Мы выяснили, что

успешнее всего обучение идет при совмещении консультаций по вопросам права, оценке правового материала, а также разборе применения права и соответствия тех или иных актов правовым нормам.

— **Результаты, которых Вы добились в своей профессиональной деятельности, это итог большой работы, в том числе, наверное, и над собой. А что помогло Вам достичь таких результатов: какие-то личные качества, интерес к работе?**

— Насколько я могу сам судить о себе, оба фактора сыграли свою роль. Меня всегда привлекала разносторонность моей профессии, особенности права и правотворчества в разных странах, а также международное право. Возможно, помогли мне какие-то качества и опыт, полученные во время моей прежней службы офицером в Королевском флоте Нидерландов. Кроме этого, в работе мне помогает моя настойчивость; я стараюсь никогда не пасовать перед трудностями, потому что иногда выполнить тот или иной проект — это словно пробежать марафон!

— **Вы несколько лет работали адвокатом, так сказать, изучали то, как законы работают на практике, сейчас занимаетесь вопросами правотворчества. Что сложнее с Вашей точки зрения: умение грамотно разрабатывать законопроекты или умение правильно применять их на практике?**

— Я изучал теорию Гюнтера Тейбнера о праве как о самосоздающейся системе. Самосоздание, или автопоэз, — это термин из неврологии. Тейбнер, немецкий правовед, ввел это понятие в юриспруденцию. Он рассматривает, до какой степени возможно (целесообразное) вмешательство права в жизнь общества. Этот вопрос меня до сих пор интересует. Он рассматривает, насколько сложно применять закон и сделать его инструментом для преобразования общества. Он заставляет задуматься (и меня в том числе), что успешные вмешательства такого рода редко возможны. Что касается наиболее трудного аспекта права, то я бы ответил, что это — применение теории на практике.

— **Крис, расскажите, пожалуйста, чем вызван Ваш интерес к нашей конференции? Это актуальность рассматриваемых проблем или, может быть, перспектива дальнейшего сотрудничества с Россией по вопросам правотворчества. В частности, как Вы считаете, было бы плодотворным и интересным для Европейской академии права и законодательства сотрудничество с нашим вузом?**

— Причина моего интереса и в том, и в другом. Инновации и реформы в области законодательства меня весьма интересуют. Использование Интернета в законотворческом процессе — непростая инициатива, так как «гильдии» юристов-профессионалов нелегко адаптируются к изменениям. В качестве примера в моем докладе на конференции я привел опыт Интернет-консультаций в Нидерландах.

Да, я был бы рад способствовать связям, культурному обмену и сотрудничеству между нашими институтами. Я уверен, что мы могли бы многому друг у друга научиться. Хотя я много работал в этой области и имею большое количество культурных и профессиональных связей, я все же не могу сказать, что знаю достаточно. Точно так же я не могу сказать, что полностью ознакомился с научной деятельностью Нижегородской академии МВД России, однако, отмечу, что первые мои впечатления самые благоприятные.

— **Тема нашей конференции — «Техника современного правотворчества: состояние, проблемы, модернизация». Вопросы, которые здесь обсуждаются, связаны с проблемными моментами в правотворчестве. На Ваш взгляд, эти проблемы универсальны для любой страны или есть ряд вопросов, решение которых зависит от конкретных политических, социальных или даже культурных условий?**

— Безусловно, политические, социальные и культурные условия страны влияют на ее законодательную систему. Однако я считаю, что ученые и практики в области права сталкиваются во многом со схожими проблемами. Например, для каждой страны является непростой задачей правоприменение и проверка законов на соответствие нормам права. Много стран также испытывают трудности при создании свода законов. Стратегии решения этих проблем разные, так как единого решения для всех стран быть не может. Очень часто помогают обсуждения профессионалами разных стран этих проблем, во время которых находят даже несколько решений для одной задачи. Осознать это — уже важный шаг вперед. В добавление хочу сказать, что одно решение не обязательно лучше или хуже другого, а зависит от контекста, в каком это решение применяется.

— **Как Вы считаете, является ли проблема качества правотворчества проблемой современной Европы?**

— Сейчас во всей Европе идут реформы. Во многом экономический кризис в Европе указывает нам, какие изменения необходимы. Законодательные системы не смогли правильно регулировать финансовый сектор. Механизмы безопасности не сработали. Все больше звучит слов о том, что наша

ИНТЕРВЬЮ

законодательная система, по крайней мере, часть ее, не отражают всю суть финансового сектора. Таким образом, все более важным становится качество законов. Законодатели понимают, что качественные правовые механизмы принесут свои плоды: будет соблюдаться закон, граждане станут более сознательными, и клиентов у юристов станет меньше.

— Всех очень интересует экономический кризис в Европе, каково Ваше отношение к нему?

— Частично я уже ответил на этот вопрос. Я считаю, что нынешний кризис — это одна из форм регулирования. Требуется переосмысление и реформы существующей системы. Я верю в то, что этот кризис был неизбежен.

— Что бы Вы пожелали нашим молодым ученым, адъюнктам, курсантам, слушателям, обучающимся в нашей Академии, чтобы добиться высоких профессиональных результатов?

— Кроме пожелания быть усердными (что естественно), я бы пожелал юристам быть открытыми. Развитию этого качества может способствовать сравнительный взгляд на право и правотворчество. Сравнение и сопоставление важны для любой дисциплины, не только права. Я считаю, что умению сравнивать будущих правоведов нужно учить как можно раньше, поэтому я бы рекомендовал (и я верю в то, что профессор Владимир Баранов меня поддержит) ввести такой обязательный предмет в программу Нижегородской академии МВД России, как сравнительное право.

Крис, большое спасибо Вам за интервью!

ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

Ежегодник

№ 6

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*
Корректоры *Г.В. Сухова, В.Н. Николаева, Н.А. Далёкина*
Компьютерная верстка *Г.А. Федуловой*
Дизайн обложки *К.А. Быкова*
Фотографии *Н.М. Пурэ*

Подписано в печать 18.04.2012. Формат 60x84/8. Усл. печ. л. 82.
Гарнитура Прагматика. Печать офсетная. Тираж 1000 экз.

Оригинал-макет подготовлен в редакционно-издательском отделе
Нижегородской академии МВД России

Отпечатано в типографии