

Нижегородская академия МВД России  
Нижегородское региональное отделение  
Общероссийской общественной организации  
«Ассоциация юристов России»  
Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр  
«Юридическая техника»

# **ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА**

## **Ежегодник**

**№ 7**

**Часть 1**

Третьи Бабаевские чтения

**«Юридическая аргументация:  
теория, практика, техника»**

Нижний Новгород  
2013

Выходит 1 раз в год

---

## Редакционная коллегия

### *Главный редактор:*

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

### *Члены редакционной коллегии:*

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

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

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

**Давыдова Марина Леонидовна** — доктор юридических наук, доцент

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

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

**Кашанина Татьяна Васильевна** — доктор юридических наук, профессор

**Колоколов Никита Александрович** — доктор юридических наук, профессор

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

**Панько Кирилл Константинович** — доктор юридических наук, профессор

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

**Пчелкин Александр Владимирович** — кандидат юридических наук, доцент

**Пшеничнов Михаил Александрович** — 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

---

Эссе главного редактора .....	6
-------------------------------	---

### Приветственные слова

Открытие конференции. Вступительное слово В.А. Толстика .....	7
Приветственное слово А.Н. Конева .....	8
Приветственное слово А.В. Бондара .....	9
Приветственное слово Т.П. Захаровой.....	10

### Доклады на пленарном заседании

<b>Колоколов Н.А.</b> Истина в состязательном процессе: проблемы аргументации (избранные тезисы выступления) .....	11
<b>Луць Л.А.</b> Аргументация и судебные правовые позиции .....	19
<b>Баранов В.М.</b> Специфика юридической аргументации в процессе критики законодательства.....	23
<b>Толстик В.А.</b> Специфика аргументации в юридической науке .....	28
<b>Панченко П.Н.</b> Аргументация принятия экстренных мер наступления на коррупцию .....	36
<b>Лубин А.Ф.</b> Тактические аспекты юридической аргументации в уголовном судопроизводстве .....	48
<b>Александров А.С.</b> Цель и средства аргументации в уголовном судопроизводстве.....	52
<b>Каргин К.В.</b> Понятие юридической аргументации.....	60

### Выступления на круглом столе

<b>Андриянова О.Ю.</b> Специфика юридической аргументации в процессе судопроизводства с участием присяжных заседателей .....	65
<b>Байрамов А.Г.</b> Правовые доказательства как средства юридической аргументации.....	68
<b>Баранова М.В.</b> Проблемы юридической аргументации при реализации рекламного законодательства в России .....	71
<b>Башарина Е.С.</b> К вопросу о легализации порнографии в России.....	75
<b>Белоконь Н.В.</b> Языковые особенности аргументации в решениях Конституционного Суда Российской Федерации .....	78
<b>Ванина И.А.</b> Аргументация в механизме реализации юридического указания .....	83
<b>Вершинина Е.С., Горюнов В.Ю.</b> Юридическая аргументация управленческих решений .....	85
<b>Ветютнев Ю.Ю.</b> Аксиологические основания аргументации в дискуссиях о правопонимании .....	88
<b>Власова С.В.</b> Влияние юридической конструкции состава преступления на предмет доказывания по уголовным делам .....	91
<b>Головкин Р.Б.</b> Легенды и мифы в юридической аргументации.....	96
<b>Гущева Ю.В.</b> Правовая аргументация в примирительных процедурах при преодолении кровной мести.....	102
<b>Демичев А.А.</b> Аргументация российских адвокатов второй половины XIX – начала XX века в уголовном процессе (по материалам анекдотов).....	105

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>Денисов С.А.</b> Аргументация правовых документов, оправдывающая власть и деятельность правителя и управленческих групп .....	110
<b>Ершов М.А.</b> Законы и иные нормативно-правовые акты как юридический аргумент применения бланкетных норм об уголовной ответственности за посягательства на экономическую конфиденциальную информацию .....	118
<b>Жижина И.В.</b> Юридическая регламентация образовательного процесса в местах лишения свободы.....	122
<b>Иванов Н.В.</b> К вопросу об аргументации использования бланкетных норм в российском законодательстве.....	125
<b>Изосимов С.В.</b> Аргументация принятого юридического решения и ее влияние на квалификацию деяния (анализ судебно-следственной практики по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 285, 286 УК РФ) .....	128
<b>Ирошников Д.В.</b> Определение понятий в правовой аргументации .....	133
<b>Карташов В.Н.</b> Технология юридической аргументации .....	137
<b>Колесник И.В.</b> Мониторинг как средство аргументации правоприменительной технологии .....	142
<b>Королев В.В.</b> Интересен ли России законодательный опыт регулирования банкротства физических лиц в США .....	144
<b>Кузьменко Е.С.</b> Фиксация юридических аргументов в процессуальных документах, составляемых на стадии предварительного расследования .....	148
<b>Лаврентьев А.Р.</b> Измеримые показатели качества норм права: юридические аргументы .....	151
<b>Лазарев В.В.</b> Особенности аргументации позиции постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде РФ .....	163
<b>Лапатников М.В.</b> Явка с повинной как аргумент виновности лица в уголовном судопроизводстве .....	170
<b>Леднева И.В.</b> Особенности аргументации административных правонарушений в сфере экономики.....	173
<b>Липень С.В.</b> Доводы «за» и «против» расширения свободы судебного усмотрения в юриспруденции дореволюционной России: две системы научной аргументации .....	177
<b>Лушин А.Н.</b> Провозглашение Российской республики 1 сентября 1917 года: правовые аргументы Временного правительства .....	181
<b>Лютова О.И.</b> Средства юридической аргументации в институте налогового правоотношения .....	184
<b>Мазаева Е.С.</b> Конституция – база для аргументации доктрины национальной безопасности США .....	188
<b>Макарейко Н.В.</b> Юридическая аргументация как фактор эффективности применения мер государственного принуждения.....	192
<b>Максуров А.А.</b> Аргументация как основа медиативной юридической техники .....	197
<b>Малышкин А.В.</b> Правовые аргументы в ненормативных судебных актах.....	202
<b>Маслов Д.Е.</b> Аргументационная роль юридических рекомендаций в правовой системе России.....	206
<b>Маштаков К.М.</b> Правовая аргументация необходимости обеспечения баланса публичных и частных интересов .....	209
<b>Михеева И.В.</b> Министерское правотворчество в Российской империи: роль юридической аргументации.....	213
<b>Назарова И.С.</b> Аргументация идеи представительной природы законодательной власти в «Духе законов» Ш.-Л. Монтескье.....	218
<b>Наметкин Д.В., Кострова О.В.</b> Формирование норм уголовно-процессуального права с учетом исторического типа уголовного судопроизводства .....	226
<b>Никитин А.В., Любимцев К.О.</b> Юридическая аргументация и лоббирование в праве .....	230
<b>Никонов М.А.</b> Роль аргументации судейского усмотрения в установлении конвенциональной истины по уголовному делу .....	235

## СОДЕРЖАНИЕ

---

<b>Павлов В.И.</b> Аргументация в вынесении правоприменительного решения в контексте антропологического подхода к праву .....	238
<b>Панько К.К.</b> Аргументация в уголовном правотворчестве .....	245
<b>Парфенов А.В.</b> К вопросу об основных тенденциях в области юридической аргументации .....	250
<b>Першина И.В.</b> Концептуальные основания аргументации в дискуссии по правовому интересу .....	255
<b>Першин В.Б., Федулов А.В.</b> О возрастании роли аргументационной деятельности в уголовно-процессуальной сфере .....	260
<b>Петелина И.В.</b> Специфика юридической аргументации в процессе преподавания теории государства и права .....	262
<b>Петрова И.Л., Сеидов М.Ш.</b> Лингвоюридическая аргументация в правотворческой технике (синтаксический аспект инструктивного дискурса) .....	267
<b>Петрянин А.В.</b> Аргументация ответственности за совершение преступлений экстремистской направленности .....	270
<b>Петрянина О.А.</b> Легализация проституции: за и против .....	275
<b>Полдников Д.Ю.</b> Научная доктрина и аргументация судебных решений в континентальной правовой традиции: эпоха формирования .....	279
<b>Поляков С.Б.</b> Функции юридической аргументации в юридической практике .....	287
<b>Пронина М.П.</b> Правовая аргументация и ее использование в процессе доказывания по гражданским делам .....	295
<b>Прудников А.С., Иванченко Ю.А.</b> Правовая аргументация и ее значение в легитимации государственной власти .....	299
<b>Пшеничных М.А.</b> К вопросу об аргументации гармонизации законодательства .....	303
<b>Сверчков В.В.</b> Факторы, влияющие на обоснованность применения принудительных мер медицинского характера .....	306
<b>Сорокин М.В., Сорокина О.Е.</b> Юридические аргументы при исполнении уголовных наказаний .....	312
<b>Сочнев Д.В.</b> Административно-правовая аргументация противодействия экстремизму .....	315
<b>Стукалова Т.В.</b> Виды подходов к юридическим аргументациям в уголовном процессе .....	319
<b>Тарайко В.И.</b> Аргументация теории предупреждения экологических преступлений .....	323
<b>Терновцов А.В.</b> К вопросу об аргументации юридической отсрочки по российскому законодательству .....	328
<b>Тихонова С.С.</b> Аргументация в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации: влияние на авторитет делегированного толкования уголовного закона .....	330
<b>Третьякова О.Д.</b> Некоторые аспекты аргументации юридической конвергенции отечественного и западноевропейского образования .....	338
<b>Трусов Н.А.</b> Роль аргументации в критике содержания права .....	342
<b>Хужин А.М.</b> Юридическая аргументация невиновного поведения в правоприменительной деятельности .....	348
<b>Червонюк В.И.</b> Категория структуры права в общей юриспруденции: аргументация инновационного подхода .....	354
<b>Чупрова А.Ю.</b> Совершенствование санкций норм об ответственности за коррупцию в уголовном праве: аргументы «против» .....	368
<b>Шалюгина Е.С.</b> Аргументация объективных признаков организованного разбоя в действующем российском законодательстве .....	372
<b>Шаповалов И.А.</b> Проблема рациональности в правовой аргументации судебных решений .....	377

---

## ЭССЕ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

---

### Уважаемые коллеги!

Седьмой ежегодник «Юридическая техника» *впервые* выходит в двух объемных частях. Этот факт радует в силу следующих обстоятельств.

Во-первых, продолжается традиция публикации в ежегоднике материалов Бабаевских чтений.

Во-вторых, значительно расширилось «юридическое ядро», если можно так выразиться, ученых, интересующихся технико-юридическими проблемами правовой деятельности. Речь идет о том, что увеличилось число представителей отраслевых юридических наук, которые приняли участие в разработке техники правовой аргументации и конструирования.

В-третьих, представители иных гуманитарных наук не оставили без исследовательского внимания круг вынесенных на обсуждение двух международных конференций проблемных вопросов.

Представляя первую часть, важно отметить, что проблема правовой аргументации относится к разряду малоисследованных и новаторских. Особая сложность этой высокозначимой для юриспруденции темы состоит в том, что отсутствует надлежащая методологическая база: нет глубинных исследований по логике и философии, на которые могли бы опереться правоведа.

До сих пор не вполне ясны пределы применения аргументации в юридической деятельности: где-то она играет доминирующую роль, а где-то занимает периферийное (что не означает малозначительное) место.

Хочется надеяться, что охарактеризованные в журнале проблемы и аспекты юридической аргументации помогут формированию складывающейся общей теории правовой аргументации.



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

---

## ОТКРЫТИЕ КОНФЕРЕНЦИИ

---

### Уважаемые коллеги!

Сегодня мы открываем работу не просто Международной научно-практической конференции, наш научный форум уже в третий раз посвящается светлой памяти Владимира Константиновича Бабаева. Его вклад в отечественную юридическую науку и образование трудно переоценить. Это был замечательный человек, авторитетный ученый, талантливый педагог и эффективный руководитель.

К сожалению, в 2008 году Владимир Константинович ушел из земной жизни. Однако, учитывая его беспрецедентные заслуги, ученым советом Нижегородской академии МВД России было принято постановление «Об увековечении памяти В.К. Бабаева», в соответствии с которым в числе иных памятных мероприятий на базе академии проводятся ежегодные Бабаевские чтения.

Выбор темы для Третьих Бабаевских чтений не случаен. Несмотря на то, что Владимир Константинович сам непосредственно не занимался теоретической разработкой проблем юридической аргументации, тем не менее, он, по сути, «благословил» выбор данной темы для написания докторского диссертационного исследования участником нашей конференции кандидатом юридических наук, доцентом К.В. Каргиным. Дело было так. Константин Васильевич под моим научным руководством подготовил и успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему «Юридические документы». Встал вопрос о выборе темы для докторской диссертации. Изначально рассматривались два альтернативных варианта: общая теория юридических доказательств и юридическая аргументация. Посоветовавшись с Владимиром Константиновичем, решили остановиться на последней теме.

Выбирая юридическую аргументацию в качестве темы для Третьих Бабаевских чтений, у организаторов конференции были некоторые сомнения относительно того, насколько охотно и активно она будет воспринята научной общественностью, найдут ли в ней свою нишу представители общетеоретического, отраслевого и прикладного юридического знания. Однако уже на этапе разработки примерной тематики (в кратчайшие сроки коллективными усилиями было генерировано более ста относительно самостоятельных направлений научного поиска) стало более чем очевидно – тема в высшей степени актуальна, многогранна, многоаспектна, отражает одно из фундаментальных явлений юридической науки и практики, и с этой точки зрения может быть интересна специалистам самых различных отраслей юриспруденции. Неслучайно в программу конференции подали заявки как представители в области историко-теоретической науки, так и представители конституционного, гражданского, гражданско-процессуального, административного, уголовного, уголовно-процессуального и иных отраслей российского права, а также прикладного юридического знания и практикующие юристы.

Третьи Бабаевские чтения по праву носят статус Международной научно-практической конференции. В числе ее участников ученые Украины, Белоруссии, Азербайджана. Широко представлены основные научные юридические центры Российской Федерации: Москва, Санкт-Петербург, Нижний Новгород, Екатеринбург, Саратов, Владимир, Волгоград, Воронеж и другие. Весьма авторитетен качественный состав участников нашего научного форума. Доклады и выступления представили более двадцати пяти докторов юридических наук.

Полагаю, у нас есть все основания для открытия конференции. Разрешите Третьи Бабаевские чтения считать открытыми и по складывающейся традиции предоставить слово заслуженному деятелю науки Российской Федерации, доктору юридических наук, профессору, генералу Владимиру Константиновичу Бабаеву.

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



*Толстик Владимир Алексеевич,*  
доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

---

## ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА

---

### Здравствуйте, уважаемые коллеги!

Вот уже третий год подряд в Нижегородской академии МВД России мы проводим Бабаевские чтения.

Мероприятия данного формата, научные форумы, посвященные памяти Владимира Константиновича Бабаева, становятся для нашего учебного заведения традиционными. Главная наша задача – чтобы жила память о прекрасном человеке, талантливом педагоге, умелом руководителе и великом ученом, чтобы множилось наследие Владимира Константиновича.

Владимир Константинович Бабаев сделал для нашей академии очень много. Он пришел на пост руководителя Горьковской высшей школы МВД СССР в очень тяжелое время, в конце 1980-х годов, и возглавлял ее на протяжении пятнадцати с половиной лет, с октября 1987 года по апрель 2003 года. За этот период, несмотря на череду реформ, в ходе которых многие другие учебные заведения системы Министерства внутренних дел потеряли самостоятельность, став филиалами, или вообще были ликвидированы, В.К. Бабаев смог не только укрепить авторитет нашего учебного заведения, но и развить его организационно-правовой статус. Как вы знаете, в 1995 году Нижегородская высшая школа МВД России была реорганизована в Нижегородский юридический институт МВД России, а в 2000 году – в Нижегородскую академию МВД России, в статусе которой мы сегодня и пребываем. Эта действительная заслуга Владимира Константиновича, и его пример для нас особенно актуален сейчас, когда перед академией открываются новые перспективы развития.

Следует также отметить и тот факт, что Владимиру Константиновичу Бабаеву своим появлением обязана целая плеяда замечательных ученых, деятелей науки, а также практиков, вышедших из этих стен. В данной аудитории на стендах представлены в лицах вехи истории нашей академии, написаны имена тех ученых и практиков, генералов, которые вышли из стен нашего учебного заведения и с успехом прошли свой жизненный путь благодаря своему руководителю, Владимиру Константиновичу Бабаеву.

Сегодня, с одной стороны, мы грустим, говоря, что его нет рядом. С другой стороны, мы радуемся, что так глубоко и так фундаментально его дело получило продолжение в наших стенах. И не только в наших стенах. Редко кто не знает этого замечательного человека. В Министерстве внутренних дел и среди российской политической элиты Владимира Константиновича Бабаева знают, как говорится, в лицо. Наверное, это самая главная цель его жизни, самый главный итог. Можно сказать каждому человеку: «Дай бог вам прожить так, чтобы о вас помнили, вас знали и ваше имя всегда звучало из уст учеников». Поэтому я, все-таки переходя от грустной к радостной теме, хочу сказать, что мы помним о Владимире Константиновиче, мы встречаемся в память о нем, мы радуемся, что этот человек работал рядом с нами.

Находясь здесь, в аудитории, названной его именем, я хочу поприветствовать участников конференции и выразить уверенность, что каждый из нас, участвуя в данном научном мероприятии, воздаст тем самым дань уважения великому человеку, незаурядному руководителю, талантливому педагогу и ученому.

Отмечу, что мы и дальше будем расширять тематику Бабаевских чтений и проводить их традиционно в одно и то же время. Мы всегда ждем вас в стенах нашей замечательной академии. И пока мы с вами будем вместе встречаться, имя Владимира Константиновича Бабаева, его дело будут жить и продолжаться.

Спасибо!



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



### Уважаемые коллеги!

Позвольте мне от имени судейского сообщества приветствовать вас по случаю открытия очередной Международной научно-практической конференции, Третьих Бабаевских чтений. Сегодняшняя конференция, без сомнения, является ключевой в складывающейся молодой традиции в стенах столь именитого вуза, Нижегородской академии МВД России, – проводить ежегодные Бабаевские чтения. Ключевой не столько потому, что Третьи – это уже система, что без третьего угла в геометрии нет стабильности фигуры, что третье доказательство в системе является зачастую решающим, и даже не по религиозным соображениям, а поскольку сегодняшняя конференция открывает очередную страницу научно-го знания теории юридической аргументации.

С каждым годом по мере развития отечественной правовой системы в современной России увеличивается роль юристов, а в их деятельности – значение правовой аргументации. Это касается всех сфер профессиональной занятости как ученых-правоведов, так и юристов-практиков. К примеру, концепции, выработанные правовой наукой, находят свое воплощение в законодательстве при условии их достаточной аргументированности с точки зрения социальной значимости, целесообразности, результативности, экономической обоснованности и т. д. В сфере деятельности органов исполнительной власти аргументация важна в не меньшей степени, поскольку от этого зависит как эффективность реализации нормативных правовых установлений, так и индивидуальная правоприменительная деятельность. Наконец, судебная система, функционирующая в условиях демократического общества и судопроизводства, основанного на принципах состязательности, не может жить без конкуренции правовых аргументаций, что позволяет достигать самих глубинных целей правосудия, взвешенности принимаемых решений и справедливости оценок. Таким образом, постоянное внимание к теме и проблематике юридической аргументации обусловлено практическими потребностями общества и государства.

Современные события в правовой сфере России являются мощным гносеологическим стимулом активизации отечественной правовой мысли по соответствующей проблематике. Существуют прямо противоположные взгляды на реформирование органов исполнительной власти России, российского правосудия, мер юридической ответственности, повышение их эффективности и многое другое. Перечисленные обстоятельства актуализируют необходимость переосмысления теоретико-методологических и научно-практических аспектов теории юридической аргументации. Основной задачей научной разработки данной теории на современном этапе является исследование моделей рациональной аргументации, в том числе рациональных критериев ее приемлемости, относящихся к различным прикладным областям жизнедеятельности. Несомненно, данная научно-практическая конференция войдет в историю науки как важное событие в формировании основ теории юридической аргументации.

Однако сегодняшнее событие важно не только в научном плане. Оно имеет высокую значимость как дань памяти тому человеку, который долгие годы возглавлял данное учебное заведение. Именем Владимира Константиновича Бабаева названы и чтения, формой проведения которых сегодня избрана научно-практическая конференция, и лекционный зал, где мы сейчас находимся. Совмещая высокую науку с воздаянием нашего уважения профессору Бабаеву, я думаю, каждый из участников конференции получит многое, в очередной раз осознав, что величие достижений отдельного человека оценивается через его профессиональное наследие.

Убежден в высокой значимости сегодняшнего мероприятия. Желаю всем участникам конференции успехов в творческих и других благих устремлениях.

Спасибо!



*Бондар Анатолий Владимирович,*  
кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации, председатель Нижегородского областного суда, председатель Нижегородского регионального отделения Общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России»

### Здравствуйте, уважаемые коллеги!

Мне очень приятно выступать на конференции, поскольку 22 года я отдала этому вузу, работая вместе с Владимиром Константиновичем в то время, когда он еще был начальником кафедры государственно-правовых дисциплин. Все преподаватели бегали к нему учиться, потому что лекции он читал лучше всех. Это был незаменимый оратор, которого могли понимать любые студенты. Он настолько просто излагал свои мысли, что теорию государства и права меньше, чем на четверку практически никто не сдавал.

Здесь уже много было сказано слов о том, какой он ученый, преподаватель, деятель науки. Но я хотела бы поговорить в большей степени о Владимире Константиновиче как о человеке, хорошем семьянине, о воспитателе своих учеников. Он был очень жизнерадостным, и это свое качество передавал всем. Этот человек всегда оставался самим собой, в нем не было ничего наносного, пафосного, искусственного. Ко всем людям в своей жизни, которые с ним работали, дружили, общались, он относился с душой, искренним участием и пониманием. Он был равнодушен к различным почестям, лести и помпезности, всегда оставался простым и добрым человеком, его очень любили, подражали ему. Владимир Константинович говорил тихо, но очень убедительно. Жизненная энергия этого ученого позволяла ему объять необъятное, ему хватало времени на всех, он умел найти подход к любому человеку и каждому подарить частичку своего тепла. Он был Человеком с большой буквы.



Владимир Константинович очень любил свою семью, она была самым главным в его жизни. Я хорошо знаю его жену – Тамару Геннадьевну, мы с ней продолжаем дружить до сих пор и поддерживать друг друга. Она была не просто женой, а верным другом, товарищем, помощником. В то время она работала судьей в Канавинском районном суде, помогала Владимиру Константиновичу вычитывать тексты. Супруги воспитали прекрасного сына, который пошел по стопам родителей, став юристом – он работает судьей в арбитражном суде. Растут прекрасные внучата. К воспитанию сына он относился очень серьезно, в чем-то помогал, но всегда стремился, чтобы тот самостоятельно определял свой путь в жизни. А что касается внуков – думаю, все хорошо знают, как он любил их и как гордился, что у него есть два таких веселых и интересных парня.

Владимир Константинович – это человек трепетной души, к нему можно было подходить не только начальникам кафедр, он был открыт для каждого. Людям во Владимире Константиновиче нравилось абсолютно все: не только его гибкость ума, четкость мысли, а также умение пошутить, рассказать смешной анекдот, умение выслушать и помочь человеку – не только делом или словом, но и искренним участием. Нет ничего удивительного в том, что он пользовался не только огромным авторитетом и уважением, но и искренней неподкупной любовью своих подопечных. Все думали, что он не любит женщин, но, оказывается, нет, он продвигал их по служебной лестнице и с превеликим удовольствием подписывал приказы на новые звания. Когда было последнее партсоборание в Высшей школе, как тогда называлась академия, вышел Владимир Константинович и говорит: «Что же вы, мужики, мужика не могли избрать секретарем парткома?». А потом подходит ко мне и говорит: «Может, мы с тобой партию-то развалим?». А через полгода партии не стало. Вот такой конец КПСС предвидел Владимир Константинович.

Он был ответственным человеком, но при этом очень любил юмор. Лучше него никто не умел рассказывать анекдоты, он являлся настоящим кладом этой народной мудрости. Его чувство юмора принимали все – и мужчины, и женщины, с радостью слушая что-нибудь новенькое.

Он был прекрасным человеком и ученым. Это действительно Человечище. Поэтому я хочу сказать ему спасибо, коленопреклоненное спасибо, Владимир Константинович, за все!

*Захарова Татьяна Петровна,*  
кандидат юридических наук, доцент, начальник Управления Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации в Нижегородской области

---

## ДОКЛАДЫ НА ПЛЕНАРНОМ ЗАСЕДАНИИ

---

**Н.А. Колоколов**

*Колоколов Никита Александрович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры судебной власти и организации правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», судья Верховного Суда РФ (в отставке)*

### **Истина в состязательном процессе: проблемы аргументации (избранные тезисы выступления)**

Начинающий судья спрашивает опытного судью: «Какое решение мне лучше всего принять по делу?» Опытный судья отвечает: «А то, которое легче отписать...»

Итак, какое решение принять? А как принятое решение аргументировать? Да так, «отписать» его, чтобы тебе поверили в высших инстанциях и в народе? Данные вопросы непрерывно волнуют любого практикующего юриста. Задача юридической науки – выработать устойчивый, универсальный алгоритм юридической аргументации.

Особый интерес представляет проблема аргументации в состязательном процессе. Решение данной проблемы многократно усложняется, если его участникам предстоит опровергнуть ложь и доказать истину. А как это сделать, если то, что для одной стороны – благо, для другой – смерть? А ведь благополучие общества как раз и основано на этом шатком балансе интересов сторон. Для него благо то, в чем его в текущий момент смогли убедить.

Несмотря на то, что вопросу обоснования законности и справедливости процессуальных решений посвящено великое множество научных исследований, ясности по нему как не было, так и нет. И это не удивительно, ибо и субъекты доказывания, и ученые имеют дело с такими социально-правовыми категориями, как «истина» и «ложь». Оба данных феномена сегодня до конца не познаны, имеют различные толкования.

Проблема юридической аргументации истины в состязательном процессе к тому же носит многоуровневый характер (напомним, у каждой из сторон своя истина). Сложность решения проблемы кроется еще в одном феномене – суде. О его сущности пусть и излишне эмоционально, но исключительно точно говорится в книге многоуважаемой Эльзы Мироновны Мурадян – в прошлом адвоката, ныне ведущего сотрудника Института государства и права РАН.

«Суд – это место, где человек расстаётся с иллюзиями, фантазиями, романтикой. Суд – реалистичный институт. Его реалистичность бывает удручающей для стороны, вполне добросовестной, но не убедившей суд в своей правоте. Судебные правила формалистичны и предписывают участникам: «Следуйте закону!» В судебном процессе недостаточно внутренней правоты – необходима безупречная доказанность определенной совокупности фактов. Кто и что должен доказывать, какие доказательства приемлемы или неприемлемы – все прописано в законе.

Но закон рассчитан на юриста или человека с хорошим юридическим чутьем. Весьма желательно, чтобы рядом со стороной в суде был адвокат-представитель. Защита в суде – своего рода спектакль без репетиций. Это не урок, где каждая ошибка терпеливо разъясняется, кто, что и как должен доказывать, – позиции сторон для суда не очевидны»<sup>1</sup>.

Суммируя сказанное Э.М. Мурадян, позволим себе обосновать весьма жесткую, однако жизненную позицию: «В суде прав не тот, кто считает, что он прав. В суде прав не тот, кто действительно прав. В суде прав тот, чью правду (истину) суд смог (а то и захотел) услышать». Поиск истины – это решение уравнения с множеством неизвестных, причем о существовании значительной части этих неизвестных субъекты доказывания, как правило, и не догадываются.

Справедливости ради заметим, что на момент выхода процесса на классический, состязательный уровень далеко не все можно сразу понять из материалов уголовного дела, ведь, если суть проблемы уловил следователь, это автоматически не означает, что он сумел все свои мысли доходчиво выразить.

Пример. *Дело Гонтмахера – оправдание с реабилитацией организатора преступного сообщества – «кравового короля»:*

---

<sup>1</sup> Мурадян Э.М. Суд. Источники. Принципы. Решения / Э.М. Мурадян, Б.А. Тулинова. – М., 2011. – С. 292.

– следователь в обвинительном заключении не смог создать цельной картины имевших место событий, разбросанных как в пространстве (Москва, Камчатка, Южная Корея, Аляска), так и по времени (несколько лет);  
– прокуроры его не поняли, да и в силу своей квалификации были не в состоянии его понять;  
– результат – оправдательный вердикт!

Для сравнения соучастники преступления – жители Аляски (как и Гонтмахер, граждане США) практически за те же действия осуждены в течение нескольких месяцев, ибо незаконно добытые крабы – весомый аргумент для американского суда. Как видим, в России это не так<sup>1</sup>.

Положение с поддержанием обвинения настолько катастрофично, что приходится слышать: «Мы, следствие, накануне судебного заседания идем к прокурору, разъясняем: как и в каком объеме поддерживать обвинение; если суд с нашей позицией не соглашается, то мы прокурору пишем апелляционное, кассационное, надзорное представление».

Таким образом, качество аргументации – проблема не только юридическая, но и кадровая, впрочем последняя находится за рамками темы нашего выступления.

К этому будет совсем не лишним добавить, что услышанная судом правда (истина) существует ровно до тех пор, пока его решение не будет отменено вышестоящей инстанцией, у которой своя, не более чем очередная правда.

Не претендуя на полноту освещения вопроса, позволим себе ряд рассуждений, суть которых уяснили еще древние, ибо не случайно они изображали истину в виде прекрасной девушки, которую похищает безобразный старик – время. Предлагаемые вниманию читателя тезисы – анализ примеров аргументации «истинного» и «ложного» в состязательном судопроизводстве.

### Что такое истина?

Истина (правда) – адекватное отражение действительности. Ложь, неправда (кривда) – ее противоположность. Истина и ложь – парная категория. Истина – гносеологическая характеристика мышления, отношение человека к предмету познания, применительно к избранной теме – событию «преступление». Наиболее известно определение истины, высказанное Аристотелем и сформулированное Исааком Израильянином. Оно же было воспринято и Фомой Аквинским. Истина – *conformitas seu adaequatio intentionalis intellectus cum re* (интенциональное согласие интеллекта с реальной вещью или соответствие ей).

В современной науке истина – соответствие знаний некоторому критерию «проверяемости»: теоретической, эмпирической. В формальной логике (в процессуалистике иные формы рассуждений крайне редки) критерий истинности – логическая «правильность»: «относительная полнота» аксиоматических систем, «абсолютное» отсутствие в них противоречий.

*Абсолютная истина* – источник всего, она не есть процесс, абсолютная истина статична, неизменна. Если истина динамична, то она уже абсолютна более или менее, следовательно, становится относительной истиной. *Относительная истина* – утверждение, что абсолютная истина труднодостижима. *Объективная истина* – содержание наших знаний, по своему содержанию теоретически не зависящее от субъекта познания. С одной стороны, признания объективности истины и познаваемости мира равнозначны. С другой стороны, истинно и то, что все познать невозможно.

*Необходимая истина* – знание, достигнутое в результате совокупности связанных внутренней последовательностью действий. Это тот объем информации, который позволяет субъекту принять оптимальное решение. Уголовному судопроизводству свойственно такое явление, как необходимая истина, ибо это тот объем информации, который некоторыми субъектами процесса признается достаточным для принятия процессуально значимого решения.

*Подтвержденная истина* – «ясное и отчетливое представление», обладающее качеством «опытной подтверждаемости». Срок жизни такой истины – до момента опровержения еще более подтвержденными фактами.

*Конвенциональная истина* – это результат соглашения. Данный вид истины – база медиации, досудебных соглашений о сотрудничестве. Конвенциональная истина ничего не имеет общего с объективной истиной, однако она удобна.

Государь наш Александр II в середине века позапрошлого якобы начертал: «Пусть правда да милость царствуют в судах». Попробуем разобраться, что россияне имеют спустя сто пятьдесят лет после этого оптимистического пророчества.

### «Правда» и «ложь» в российских судах

В российском суде много лгут, ибо общеизвестно, что «чистосердечное признание – прямая дорога в тюрьму», а вот за ложь не наказывают ни подсудимых, ни с некоторых пор свидетелей. При этом от суда требуют установления истины. Насколько это возможно и, главное, всегда ли нужно?

В соответствии с ч. 3 ст. 123 Конституции РФ судопроизводство в России осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. Данная конституционная норма получила свое «слегка расширенное» закрепление в ст. 15 УПК РФ.

<sup>1</sup> О сути обвинения подробнее см.: Колоколов Н.А. Арест по громкому делу // Уголовный процесс. – 2011. – № 2. – С. 44–49.

Общеизвестно также то, что не бывает состязательности абстрактной, она всегда конкретна. Если воспользоваться современной риторикой, то в России она еще и «суверенная», ибо правила официально декларируемой состязательности в каждом отдельном случае интерпретируются реально существующими правоприменителями. Иными словами, «качество» состязательности по конкретному делу заранее предопределено не столько нормами «печатными», сколько правосознанием участников спора.

Ведущий участник процесса, более того, его инициатор – сторона обвинения. Именно она принимает решение о возбуждении уголовного дела, формировании объема обвинения, стратегии и тактики его поддержания. По воле законодателя сторона обвинения (потерпевший, следователь, прокурор) интегрирована лишь номинально. На практике действия данных субъектов обвинения напоминают героев известной басни Крылова, ибо они всегда – лебедь, рак, да щука.

Потерпевший в порывах праведного гнева «рвется» к высотам «наивысшей справедливости» и «наиполнейшей компенсации» всех видов вреда и ущерба. Следователь – его антипод, он озабочен лишь «проходимостью» дела через прокурора и суд. Минимум дел на доследование – вот его главный козырь!

Интересы первых двух субъектов обвинения совершенно не интересуют прокурора, поскольку как «плюс» ему зачтутся и «возврат дела на доследование», и формальное «обозначение обвинения» в суде.

Защита обычно более консолидирована, так как адвокату хорошо платят лишь за «выигрыш» дела. Если объем работы сторона обвинения «программирует» себе сама, то объем деятельности стороны противной предопределен позицией обвинения.

Формально для организации состязательного процесса в России препятствий нет. Однако чтобы запустить данную специфическую форму социально-правовых отношений, необходимо наличие соответствующего комплекса алгоритмов поведения.

Например, осознание того, что состязательность – это не война, а обоюдывыгодная форма сотрудничества. Не может быть состязательности без добросовестности сторон. Кто будет соблюдать демократические правила игры, если у соперника камень за пазухой?

Общепризнанные принципы и правила состязательного судопроизводства известны давно, однако в Отечестве нашем они признаются далеко не всеми и не всегда. Скажем прямо: современному поколению российских юристов правила состязательного судопроизводства неведомы, да и овладеть оно ими не торопится. Понятно, почему это так: классическая состязательность непредсказуема, а к такому развитию событий наше общество совершенно не готово.

Более всех опечалены перспективами непредсказуемого исхода дел органы предварительного расследования, поскольку, напоминаем, главный официальный показатель их эффективности – «проходимость» дел через прокурора и суд.

Чтобы улучшить параметры этой самой «проходимости» органы предварительного расследования время от времени пытаются заручиться поддержкой лица, призванного осуществлять функцию разрешения дела, то есть суда.

Прямо записать суд в когорту обвинителей они, конечно, не смеют. Это только при социализме у следователя, прокурора и суда могла быть единая цель – построение коммунизма любым путем. Однако данное, на первый взгляд, совершенно непреодолимое препятствие их не смущает. Решить проблему интеграции представителей судейского корпуса в свое сообщество органы предварительного расследования регулярно пытаются путем унификации целей доказывания.

**«Пойди туда, не знаю – куда, принеси то, не знаю – что»**

Главный следователь страны А.И. Бастрыкин выступил с идейкой – нацелить и следователя, и прокурора, и суд на поиск некой «объективной истины». Что такое «истина объективная», чем она отличается от таких давно изученных категорий, как «истина абсолютная» и «истина относительная», как далеко от «истины объективной» до «лжи обыкновенной», будем надеяться, со временем разъяснит автор идеи, пока она же усиленно популяризируется как самим профессором А.И. Бастрыкиным<sup>1</sup>, так и некоторыми его подчиненными<sup>2</sup>.

Вступать в спор с авторами уровня Г.К. Смирнова – напрасно тратить время, тем более что желающих обрушиться на «слабого» предостаточно.

Среди традиционно мыслящих процессуалистов, уже выступивших с критикой возможной новеллы УПК РФ – «института установления объективной истины»<sup>3</sup>, особо следует отметить выступление Г.М. Резника. На заседании НКС Российской палаты адвокатов 25 апреля 2012 года он пытался доказать представителям ведущего следственного ведомства (Г.К. Смирнову и А.В. Тимофееву), что они – не правы.

<sup>1</sup> См.: Интервью А.И. Бастрыкина. СК РФ разработал законопроект, который вносит принципиальные изменения в Уголовно-процессуальный кодекс. Предлагается ввести в УПК понятие «институт установления объективной истины» и наделить участников уголовных судов новыми правами // Российская газета. – 2012. – 16 марта.

<sup>2</sup> См., например: Смирнов Г.К. Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. – 2012. – № 4. – С. 10–17.

<sup>3</sup> В числе критиков законопроекта Ю. Костанов, Т. Морщакова, С. Насовнов, И. Пастухов, С. Пашин. Об этом подробнее см.: Горбунова Е. Объективная истина по-бастрыкински // Новая адвокатская газета. – 2012. – № 7 (120). – С. 2.

Автор этих строк считал нужным специально поинтересоваться у «следователей» о предполагаемых «плюсах» обсуждаемой идеи. В ответ популистское: «защитим потерпевшего», «обеспечим справедливость правосудия», «вернем комфортность судьям», которые сейчас вынуждены «имитировать состязательность процесса», «обязаны закрывать глаза на факты «заниженного» обвинения».

Что на это можно возразить... Нам предлагают очередную утопию. Безусловно, состязательный процесс – несовершенен, как сам человек, так и все им созданное. Однако европейская цивилизация, к детям которой россияне себя упорно причисляют, пока остановилась на процессе состязательном...

Что касается «истины объективной», то она – всегда субъективна, ибо такое ее качество, как «объективность», определяют субъекты. Бесспорно и то, что лгут все субъекты: одни – во благо, другие – в иных, в том числе преступных, целях.

Русскому эпосу известно выражение «пойди туда, не знаю – куда, принеси то, не знаю – что». В интерпретации современного следователя это звучит так: судья, делай, что хочешь, но «спаси дело» от оправдательного приговора...

Никто не спорит, что суд должен стремиться к установлению истины, поскольку адекватность его решений реальности – база авторитета судебной власти. Однако установление истины – лишь один элемент в иерархии целей, стоящих как перед системой охраны, так и перед государством в целом.

До появления обсуждаемого законопроекта россияне «наивно» рассчитывали, что следователи СК РФ сплошь и рядом озабочены поиском объективной истины. Оказывается, пока нет, они ждут на то соответствующее указание в законе. Интересно, зачем закон? Такая очевидная цель, как объективная истина, может быть обозначена и в приказе А.И. Бастрыкина.

Анализ законопроекта, особенно пояснительной записки к нему, позволяет сделать вывод: обозначенная СК РФ идея об «истине объективной» на самом деле – «конь троянский», ибо под видом чего-то интересного, позитивного вносится лишь негатив.

### **Что же предлагает нам СК РФ?**

Согласно проекту Федерального закона «О внесении изменений в УПК РФ в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу» авторы предлагают дополнить ст. 5 п. 22.1 следующего содержания: «объективная истина – соответствие действительности установленных по уголовному делу обстоятельств, имеющих значение для его разрешения».

Модернизация ч. 3 ст. 15 УПК РФ «Состязательность сторон» скорее косметическая, чем коренная: «Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты, он создает условия для всестороннего, полного и объективного исследования всех обстоятельств уголовного дела, исполнения сторонами их процессуальных обязанностей, а также осуществления предоставленных им прав». Однако добавление к ней ст. 16.1 «Установление объективной истины по уголовному делу» – довесок весьма ощутимый: «Суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь, а также орган дознания, начальник подразделения дознания и дознаватель обязаны принять все предусмотренные настоящим Кодексом меры к всестороннему, полному и объективному выяснению обстоятельств, подлежащих доказыванию для установления объективной истины по уголовному делу».

Сразу возникает ряд вопросов. Суд занимается поиском объективной истины даже тогда, когда от ее установления уклонились (активно уклоняются) органы предварительного расследования и прокурор? Суд ищет пути к объективной истине сам или прислушивается к мнению сторон? Как суду отыскать то, что он обнаружить не в состоянии, поручить искать «это» сторонам, руководить ими?

При этом авторами как бы небрежно замечается, что «суд не связан мнением сторон. При наличии сомнений в истинности мнения сторон суд принимает все необходимые меры к установлению действительных фактических обстоятельств уголовного дела в целях обеспечения отправления справедливого правосудия».

Дальше – больше, к когорте лиц, озабоченных поиском «объективной истины», авторы законопроекта присовокупляют присяжных заседателей: «судья, присяжные заседатели, а также прокурор, руководитель следственного органа, следователь и дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном исследовании всех обстоятельств уголовного дела в их совокупности, руководствуясь при этом законом и совестью».

Совершенно очевидно, что совесть – понятие не совсем правовое, да и у каждого свое понимание совести, ранжировать же совесть правовыми мерами – занятие совершенно бессмысленное. Зная эту прописную истину, А. Гитлер, например, от совести просто освобождал...

«При осуществлении уголовного преследования прокурор, руководитель следственного органа, следователь, а также начальник подразделения дознания и дознаватель обязаны сохранять объективность и беспристрастность, не допуская обвинительного уклона в доказывании. Обстоятельства, оправдывающие обвиняемого (подозреваемого) или смягчающие его наказание, подлежат тщательному и всестороннему исследованию и оцениваются наравне с обстоятельствами, избличающими обвиняемого (подозреваемого) или отягчающими его наказание» (ч. 1.1 ст. 21 УПК РФ).

Как стороне обвинения не допустить обвинительного уклона, пожалуй, не знает никто, ибо на то она и сторона обвинения, чтобы обвинять. Недопущение обвинительного уклона, объективность, беспристрастность – не что иное, как совмещение процессуальных функций. Данное изобретение не ново, в рамках инквизиционного процесса оно известно давно, развито Наполеоном в УПК Франции 1809 года. Тогда же изобретена такая самостоятельная процессуальная фигура, как судебный следователь, которому процессуальный закон вменял в обязанность совмещение сразу трех функций – обвинения, защиты и разрешения дела.

Как видим, данный институт существует уже больше двух веков, в некоторых правовых системах доказал свою эффективность, однако в России был отвергнут, ибо организовать сбалансированную работу органов предварительного расследования пока не удалось. Основная причина данной неудачи, думается, заключается в подчинении подавляющего большинства органов предварительного расследования должностным лицам, главная цель которых – искать и обвинять.

В ст. 119 УПК РФ слова «обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство» предлагается заменить словами «обеспечения всесторонности, полноты и объективности предварительного расследования или судебного разбирательства, прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство».

На этом рекомендации авторов законопроекта по организации объективного предварительного расследования завершаются, поскольку следующие их предложения касаются исключительно организации судебной деятельности.

В частности, судье уже на этапе назначения уголовного дела к слушанию предлагается, выполнив фактически обязанности прокурора на этапе утверждения обвинительного заключения, без участия сторон единолично переоценить все материалы дела, чтобы всего лишь выяснить, не были ли «в ходе досудебного производства... допущены существенные нарушения закона, повлекшие нарушение прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, которые не могут быть устранены в ходе судебного заседания, если такие нарушения не связаны с восполнением неполноты проведенного дознания или предварительного следствия» (ч. 5.1 ст. 237 УПК РФ).

Как быть судье, если его «невооруженному созыательным процессом глазу» сразу видно, что предварительное расследование проведено неполно, необъективно, но формально правильно? Авторы законопроекта от ответа на данный вопрос уклонились...

Когда же все-таки уголовное дело возвращается прокурору, если называть вещи своими именами, для проведения дополнительного расследования? Складывается мнение, что предложенная ниже авторами законопроекта формулировка явно противоречит сказанному ими же выше. Читаем проект ч. 1.1 ст. 237 УПК РФ:

«Уголовное дело возвращается прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению судом только по ходатайству стороны в случаях:

1) неполноты предварительного следствия или дознания, которая не может быть восполнена в судебном заседании, в том числе если такая неполнота возникла в результате признания доказательства недопустимым и исключения его из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве;

2) наличия оснований для предъявления обвиняемому нового обвинения, связанного с ранее предъявленным, либо для изменения обвинения на более тяжкое или существенно отличающееся по фактическим обстоятельствам от обвинения, содержащегося в обвинительном заключении или обвинительном акте».

Статья 238 УПК РФ тоже должна быть дополнена ч. 1.1:

«В случаях, предусмотренных пп. 1, 2 и 4 ч. 1 настоящей статьи, судья приостанавливает производство по уголовному делу в отношении обвиняемого, участие которого в судебном разбирательстве невозможно, если раздельное судебное разбирательство не воспрепятствует установлению объективной истины по уголовному делу. В случаях, когда раздельное судебное разбирательство воспрепятствует установлению объективной истины по уголовному делу, приостанавливается все производство по уголовному делу».

Как видим, уже на этапе назначения уголовного дела к слушанию без участия сторон судья должен определиться, когда и кем незаконно исключены те или иные доказательства, когда и кем необдуманно разделены уголовные дела.

В ч. 1 ст. 243 УПК РФ авторы законопроекта пишут: «Председательствующий руководит судебным заседанием, принимая необходимые меры к всестороннему, полному и объективному выяснению всех обстоятельств уголовного дела, а также обеспечивая созыательность и равноправие сторон». Итак, истина первична, созыательность вторична, точнее сказать, для проформы.

Согласно ч. 5.1 ст. 247 УПК РФ: «В случаях, предусмотренных частями четвертой и пятой настоящей статьи, судебное разбирательство в отсутствие подсудимого может быть проведено, если это не воспрепятствует установлению объективной истины по уголовному делу».

Статью 252 УПК РФ предлагается дополнить ч. 3: «Суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе восполняет неполноту доказательств в той мере, в какой это возможно в ходе судебного



разбирательства, сохраняя при этом объективность и беспристрастность и не выступая на стороне обвинения или стороне защиты. При отсутствии возможности устранить неполноту доказательств в судебном разбирательстве суд в порядке, установленном п. 1 ч. 1.1 настоящего Кодекса возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению».

Вот он – момент объективной истины, точнее субъективной истины –насколько это возможно.

В ст. 380.1 УПК РФ авторы законопроекта предлагают учредить институт «односторонность или неполнота судебного следствия». Для этого ими используются следующие формулировки.

1. Проведенным односторонне или неполно признается судебное следствие, в ходе которого остались невыясненными обстоятельства, которые могли существенно повлиять на выводы суда и установление объективной истины по уголовному делу.

2. Судебное следствие во всяком случае признается односторонним или неполным, когда по уголовному делу:

1) не была проведена судебная экспертиза, производство которой в соответствии с настоящим Кодексом является обязательным;

2) не были допрошены лица, показания которых могут иметь значение для установления объективной истины по уголовному делу;

3) не были изъяты документы или вещественные доказательства, имеющие значение для установления объективной истины по уголовному делу.

Статья 389.16 УПК РФ дополняется ст. 389.16.1 «Односторонность или неполнота судебного следствия» следующего содержания:

1. Проведенным односторонне или неполно признается судебное следствие, в ходе которого остались невыясненными обстоятельства, которые могли существенно повлиять на выводы суда и установление объективной истины по уголовному делу.

2. Судебное следствие во всяком случае признается односторонним или неполным, когда по уголовному делу:

1) не была проведена судебная экспертиза, производство которой в соответствии с настоящим Кодексом является обязательным;

2) не были допрошены лица, чьи показания могли быть использованы для установления объективной истины по уголовному делу;

3) не были изъяты документы или вещественные доказательства, имеющие значение для установления объективной истины по уголовному делу.

По мнению авторов, проект закона направлен на усиление гарантий, обеспечивающих справедливость правосудия, отправляемого в форме уголовного судопроизводства. В ст. 6 УПК РФ уголовное преследование и справедливое наказание виновных, а также ограждение от этих неблагоприятных правовых последствий невиновных определяются в качестве назначения уголовного судопроизводства. Реализация этого назначения невозможна без выяснения обстоятельств уголовного дела такими, какими они были в действительности, то есть установления по делу объективной истины. Принятие итогового решения на основании недостоверных данных может привести к неправильной уголовно-правовой оценке деяния, осуждению невиновного или оправданию виновного.

Таким образом, ориентированность процесса доказывания по уголовному делу на достижение объективной истины является необходимым условием правильного разрешения уголовного дела и отправления справедливого правосудия. Однако УПК РФ не содержит требования о принятии всех возможных мер, направленных на ее отыскание. Также не способствует установлению истины и реализованная в законе модель состязательности. Она тяготеет к чуждой традиционному российскому уголовному процессу англо-американской доктрине так называемой чистой состязательности.

В ней суду отводится роль пассивного наблюдателя за процессуальным противоборством сторон, который не должен проявлять какую-либо активность в собирании доказательств, так как это якобы может лишить его беспристрастности и нейтралитета в споре, невольно поставив на сторону защиты либо обвинения. Основное назначение суда сведено к созданию условий для реализации сторонами их прав и законных интересов, а также к оценке представленных ими в судебном заседании позиций. Из них суд выбирает наиболее аргументированную и на основе ее правовой оценки выносит по делу итоговое решение. Авторы законопроекта считают, что судья не должен принимать меры к выяснению действительных обстоятельств уголовного дела. Поэтому в таком процессе приоритетной является не объективная, а формально-юридическая истина, определяемая позицией стороны, победившей в споре, даже если она не соответствует действительности.

В отличие от этого романо-германская модель уголовно-процессуального доказывания, к которой традиционно тяготеет и российское уголовное судопроизводство, основывается на приоритете достоверного (объективно истинного) знания о событии преступления при принятии итогового процессуального решения по делу.

В качестве цели доказывания истина определена, например, в УПК ФРГ (абз. 2 § 244), а также в УПК Франции (ст. 310).



Требования принять все меры к отысканию истины традиционно содержались и в российском уголовно-процессуальном законодательстве, в частности в УСС 1864 года, УПК РСФСР 1922 года, а также УПК РСФСР 1960 года.

Такой подход в наибольшей степени обеспечивает конституционные права граждан и гарантирует справедливость правосудия.

Закрепленная в ст. 14 УПК РФ юридическая фикция презумпции невиновности, предполагающая толкование неустранимых сомнений в пользу обвиняемого, может быть применена лишь в случае невозможности достижения по делу объективной истины и только после принятия исчерпывающих мер к ее отысканию.

В обоснование своей правовой позиции авторы законопроекта ссылаются на п. 2.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 года № 18-П, в котором указывается, что «предшествующее рассмотрению дела в суде досудебное производство призвано служить целям полного и объективного судебного разбирательства по делу. Поэтому в случае выявления допущенных органами дознания или предварительного следствия процессуальных нарушений суд вправе, самостоятельно и независимо осуществляя правосудие, принимать в соответствии с уголовно-процессуальным законом меры по их устранению с целью восстановления нарушенных прав участников уголовного судопроизводства и создания условий для всестороннего и объективного рассмотрения дела по существу»<sup>1</sup>.

В п. 6 данного Постановления определено, что «интересы потерпевшего в уголовном судопроизводстве не могут быть сведены исключительно к возмещению причиненного ему вреда. Они в значительной степени связаны также с разрешением вопросов о доказанности обвинения, его объеме, применении уголовного закона и назначении наказания, тем более что во многих случаях от решения по этим вопросам зависят реальность и конкретные размеры возмещения вреда».

С учетом этого проектом закона предусматривается открытый перечень оснований для возвращения судом уголовного дела прокурору в случае, когда в ходе досудебного производства были допущены существенные нарушения закона, повлекшие нарушение прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, которые не могут быть устранены в ходе судебного заседания, если такие нарушения не связаны с восполнением неполноты проведенного дознания или предварительного следствия.

Кроме того, дополнительно вводятся два новых основания возвращения уголовного дела:

1) неполнота доказательств, которая не может быть восполнена в судебном заседании, в том числе если она возникла в результате признания доказательства недопустимым и исключения из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве;

2) необходимость предъявления обвиняемому нового обвинения, связанного с ранее предъявленным, либо изменения обвинения на более тяжкое или существенно отличающееся по фактическим обстоятельствам от обвинения, содержащегося в обвинительном заключении или обвинительном акте.

С учетом позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в Постановлении от 20 апреля 1999 года № 7-П, возвращение судом уголовного дела прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению в двух указанных случаях возможно только по ходатайству стороны, но не по собственной инициативе суда<sup>2</sup>.

Проектом закона уточняется, что уголовное дело может быть направлено прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению как на стадии предварительного слушания, так и на этапе судебного разбирательства, что соответствует п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 года № 1<sup>3</sup>.

Какой ответ мы найдем на практике, поясним на примере.

### **Четыре истины прапорщика Иневаткина**

*Спецслужбы располагали информацией о том, что один из сотрудников ФГУ ИК-29 ГУФСИН по Самарской области сбывает наркотические средства осужденным. Подозрения пали на прапорщика Иневаткина.*

*5 мая 2010 года последний был задержан у КПП-2 ИК-29, при этом у него изъяли 41,841 г героина.*

*Органами предварительного расследования Иневаткину было предъявлено обвинение в покушении на незаконный сбыт наркотических средств в особо крупном размере с использованием служебного положения (ч. 3 ст. 30, пп. «б», «г» ч. 3 ст. 228<sup>1</sup> УК РФ).*

На первый взгляд, вот она – истина: сотрудник ИК – член преступной группы, специализирующейся на сбыте героина не кому-нибудь, а осужденным.

На самом деле это не более чем очень смелая версия, чтобы она стала обвинением необходимо достоверно знать всю цепочку событий: откуда, когда, в каких количествах и за какие деньги поступал

<sup>1</sup> Российская газета. – 2003. – 23 декабря.

<sup>2</sup> <http://zakon.kuban.ru>

<sup>3</sup> Российская газета. – 2004. – 25 марта.

героин, кто его непосредственные потребители, почему факт многократного употребления наркотических средств осужденными не заметила администрация ИК.

Объем предъявленного Иневаткину обвинения свидетельствует: следствие ограничилось извлечением лишь одного звена цепи – задержанием Иневаткина с поличным.

Почему стороной обвинения был избран именно данный вариант, можно только гадать. Скорее всего, ее «оперативная информация» – не более чем слухи.

Как их «объективировать»? Передать через своего человека героин Иневаткину, что и было сделано. Возникает вопрос: чей героин? Кто определил его количество?

Задержанный признал, что рассчитывал получить героин в размере только одной дозы для личного потребления, намекая тем самым, что наркотическое средство в крупном размере ему подбросили оперативники.

Суд первой инстанции принял версию следствия<sup>1</sup>.

Затем версия обвинения вдруг изменилась, прокурор попросил переqualифицировать содеянное Иневаткиным на ч. 2 ст. 228 УК РФ – приобретение наркотического средства в крупном размере.

Кассационная инстанция согласилась уже с новой позицией прокурора, поскольку умысел осужденного на сбыт героина осужденным – предположение<sup>2</sup>.

Итак, первая, «оперативно-розыскная истина»: Иневаткин – член преступного сообщества, снабжающего героином осужденных. Вторая – «следственная истина» – Иневаткин получил героин из неизвестного источника и неизвестно кому планировал его сбыть. Третья, «прокурорско-судебная истина» – при невыясненных до конца обстоятельствах Иневаткин приобрел героин для себя.

Есть еще и четвертая истина, «защиты». Иневаткин приобретал дозу, а ему подкинули крупный размер. В пользу данной версии «туман» с приобретением наркотического средства, ибо чей героин, мы так и не знаем. Поскольку все противоречия толкуются в пользу осужденного, то его действия давно пора переqualифицировать на ч. 1 ст. 228 УК РФ.

Которая из приведенных истин – объективная, судить читателю. Очевидно одно: абсолютно полных и достоверных сведений об имевших место событиях мы не получим никогда.

Вопрос: а нужны ли они нам? Мы располагали информацией, что существует канал сбыта героина в ИК, «слабое звено» – прапорщик Иневаткин. Звено это уголовно-правовыми методами удалено: сбытчики остались без потребителей, последние – без героина. Общеизвестно и то, что исключительно уголовно-правовыми методами противостоять наркомании невозможно. Пока будет потребность в наркотиках, будет и предложение, а «курьеры» в виде прапорщика Иневаткина – частности.

### **Научно-практические выводы**

Один из помощников прокурора г. Калгари (Канада, провинция Альберта), говоря об уровне состязательности, высказал, с точки зрения россиянина, крамольные мысли. Прокурор в Канаде – фактический организатор стороны обвинения. Чтобы его знания о преступлении были максимально адекватны истине, информацию о преступлении он зачастую получает от защитника обвиняемого. Адвокаты данный факт подтвердили.

Впрочем, в жизни все гораздо проще: поощрен будет не тот следователь, который разберется во всех нюансах преступления, а тот, кто вовремя, отбросив все лишнее, направит прокурору для утверждения обвинительного заключения уголовное дело, имеющее хорошую судебную перспективу.

Лучший судья – не тот, кто установил истину, а тот – чей приговор обжалован не был. Хороший судья – тот, чей приговор устоял во всех контрольных инстанциях.

В уголовном процессе определяющий фактор в поиске истины судебной – качество предварительного следствия. Оно либо есть, либо нет. Если нет органов, именующих себя следственными, то не ждите чудес от органов, называющихся судебными.

---

<sup>1</sup> Приговор Центрального районного суда г. Тольятти от 7 февраля 2011 года. Архив Центрального районного суда г. Тольятти.

<sup>2</sup> Кассационное определение судебной коллегии Самарского областного суда от 29 апреля 2011 года № 22-1660. Архив Самарского областного суда.

*Л.А. Луць*

*Луць Людмила Андреевна – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой теории и философии права Львовского национального университета имени Ивана Франко*

## **Аргументация и судебные правовые позиции**

Процессы глобализации существенно изменили современную мировую инфраструктуру с определяющей в ней ролью межгосударственных объединений. В пределах таких объединений создаются условия для интеграции и сближения национальных правовых систем, их унификации и трансформации. Наиболее отчетливо изменения наблюдаются в системе источников права: увеличивается количество законодательных актов в англо-американских правовых системах, сужаются сферы прецедентного регулирования; усиливается значение судебных прецедентных решений для обеспечения гибкости правового регулирования в правовых системах континентального права, в том числе и постсоветских. Все это требует научного анализа и обоснования происходящих изменений, в частности, и в системе источников права, и в правоприменении. Важным на данном этапе правового развития представляется изучение природы судебных решений, поскольку прежде всего они обеспечивают целостность правового регулирования.

В постсоветской юридической литературе издавна предпринимается попытка охарактеризовать такое правовое явление, как судебные решения, объективирующие нормативно-правовые, интерпретационные предписания, а также предписания, фиксирующие критерии единообразного правоприменения.

Еще в работе «Судебная практика в советской правовой системе», изданной под редакцией С.Н. Братуся в 1975 году, отмечалось, что закон не может охватить все многообразные жизненные явления, нуждающиеся в правовом регулировании, и что поэтому, как бы ни было совершенно законодательство, жизнь создает новые спорные ситуации, разрешить которые, дополняя закон, должен суд. При этом судебная практика определялась и как вид судебной деятельности по применению правовых норм, который связан с выработкой правоположений на основе раскрытия смысла и содержания применяемых норм, а в необходимых случаях их конкретизации и детализации; и как специфический результат, итог этой деятельности – сами правоположения<sup>1</sup>. По мнению авторов работы, такие правоположения создаются в процессе толкования и правоприменения. Они имеют своеобразный нормативный характер (определенную степень обобщенности и обязательности), но в то же время они отличаются от норм права, нормативно-правовых (в частности подзаконных) актов<sup>2</sup>.

И хотя судебный прецедент, объективирующий нормативно-правовое предписание в советской правовой системе исключался (как явление ей несвойственное), но признавалась возможность создания прецедента судебного толкования<sup>3</sup>. Понятие правоположение охватывало не только прецеденты толкования, но и руководящие разъяснения.

В правовых исследованиях этого периода считалось, что категория «правоположение» – теоретическая находка, научная конструкция, используемая в юридической литературе С.С. Алексеевым, А.К. Безиной, С.Н. Братусем, А.Б. Венгеровым, В.П. Реутовым, В.В. Лазаревым и др.

В частности В.В. Лазарев определил правоположения как поднормативные средства юридическое воздействия на общественные отношения и предложил их классифицировать на праворазъяснительные, правоконкретизирующие положения и правоположения по преодолению пробелов в праве<sup>4</sup>.

Высказывается также мнение, что правоположение это предписание общего характера, сформулированные в процессе применения судами предельно абстрактных норм права или в связи с преодолением пробелов в праве. Поэтому и фиксироваться они должны в мотивировочной части судебного решения<sup>5</sup>.

Со временем понятие «правоположение» заменяется новой «теоретической находкой» – понятием «правовая позиция». Более того, в российском законодательстве официально используется термин «правовая позиция» (Закон РФ «О Конституционном Суде Российской Федерации» и др.).

---

<sup>1</sup> Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. – М., 1975. – С. 15–17.

<sup>2</sup> Там же. – С. 20.

<sup>3</sup> Там же. – С. 58.

<sup>4</sup> Лазарев В.В. Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение. – 1976. – № 6. – С. 3–15.

<sup>5</sup> Малишев Б.В. Судовая практика: понятия, ознаки, структура // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 2. – С. 22–26.

В украинской юридической науке исследования понятия «правовая позиция» в основном ведутся в контексте анализа судебной практики. Термин «судебная практика» официально используется и в законодательстве Украины (Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей»; Гражданский процессуальный кодекс Украины; Кодекс административного судопроизводства и др.).

В философии слово «позиция» (лат. *positio* – положение) имеет несколько значений: 1) положение необходимое для дальнейшего развития какого-либо действия; 2) точка зрения, принципиальное отношение к чему-либо, определяющее характер действий; 3) поведение обусловленное этим отношением и др.<sup>1</sup> Слово «позиция» в словарях синонимов соответствуют слова: положение, взгляды, точка зрения, убеждение, принципы, мнение, соображение и др.<sup>2</sup>

Гринева А.В. считает, что понятие «позиция» имеет философские основания и означает построение чего-либо, соотношение предметов и вещей в природе, а в мыслительной деятельности позиция представляет собой систему суждений по поводу отношения к чему-либо<sup>3</sup>. Степанков В.Г. правовую позицию относит к понятийным рядам теории правосознания<sup>4</sup>.

И хотя в постсоветской юридической литературе до настоящего времени не сложилось единого подхода к пониманию феномена «правовая позиция» правоприменительная практика настоятельно требует изучения этого явления.

С позиции общей теории права результаты изучения феномена «правовая позиция» представлены в работах Баранова В.М., Власенка Н.А., Гринева А.В., Карташова В.Н., Лазарева В.В., Степанкова В.Г., Щавинского Б.В. и др.

Различные аспекты правовых позиций изучались прежде всего в конституционном и международном праве. Результаты этих исследований представлены прежде всего в работах: Витрука Н.В., Власова Д.С., Гаджиева Г., Кажлаева С.А., Саликова М.С., Страшуна Б.А., Туманова В.А., Эбзеева Б.С. и др.

Диапазон мнений по поводу понимания «правовой позиции» довольно широк. По мнению Ю.А. Тихомирова, правовая позиция – это оценка актов и действий в одной коллизийной ситуации, устойчиво повторяемая в аналогичных ситуациях, действиях и актах<sup>5</sup>.

Степанков В.Г. предлагает следующее определение: правовая позиция – осознанная, мотивированная и публично выраженная (продемонстрированная) убежденность субъекта (субъектов) в истинности своего понимания проблем правовой действительности, их отдельных форм и проявлений, путей эффективного разрешения<sup>6</sup>.

Гринева А.В. под правовой позицией понимает оценку правовой реальности, систему правовых аргументов, лежащих в основе законотворческой, судебной и иной правоприменительной деятельности. Это логико-языковая конструкция, выражающая отношение субъекта к правовым явлениям и процессам<sup>7</sup>.

Карташов В.Н. отмечает, что под правовой позицией следует понимать соответствующим образом осознанное, мотивированное и внешне выраженное положение по поводу разрешения того или иного юридического вопроса, ситуации и т. д.<sup>8</sup>

Власенко Н.А. считает, что многие конституционалисты склоняются к пониманию данного явления как системы правовых аргументов, положенных в основу решений Конституционного Суда Российской Федерации, такое же мнение высказывает и Л.В. Лазарев. Идентичная точка зрения изложена и в Комментариях к Закону о Конституционном Суде РФ<sup>9</sup>.

В юридической литературе высказываются и другие позиции. В частности Н.В. Витрук считает, что правовые позиции Конституционного Суда РФ – это правовые выводы и представления Суда как результат интерпретации (толкования) Судом духа и буквы Конституции РФ и истолкования им конституционного смысла (аспектов) положений отраслевых (действующих) законов и других нормативных актов в пределах его компетенции, которые снимают неопределенность в конкретных конституционно-правовых ситуациях и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Толковый словарь Ожегова // <http://slovarozhegova.ru/>

<sup>2</sup> Словарь русских синонимов // <http://jeck.ru/tools/SynonymsDictionary/>

<sup>3</sup> Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 7.

<sup>4</sup> Степанков В.Г. Правовая позиция: общетеоретические и прикладные: Автореф. дис... канд. юрид. – Н. Новгород, 2003. – С. 10.

<sup>5</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Коллизийное право. – М., 2000. – С. 73.

<sup>6</sup> Степанков В.Г. Правовая позиция: общетеоретические и прикладные: Автореф. дис... канд. юрид. – Н. Новгород, 2003. – С. 14.

<sup>7</sup> Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 7.

<sup>8</sup> Карташов В.Н. Правовые позиции Верховного Суда РФ по поводу применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики: Сборник статей / Под ред. В.М. Сырых. – М., 2007. – С. 234.

<sup>9</sup> Власенко Н.А. Правовые позиции: понятие и виды // Журнал российского права. – 2008. – № 12. – С. 78.

<sup>10</sup> Витрук Н.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3 (28). – С. 95.

Д.С. Власов под правовой позицией международного суда в широком смысле понимает отдельные выводы и положения, отражающие представления суда по определенному вопросу, к которым суд приходит самостоятельно в процессе аргументации или заимствует из других актов; в узком смысле – выводы и положения, которых последовательно придерживается международный суд в своих решениях по сходным вопросам. Он также отмечает, что на правовые позиции Международного Суда ООН часто ссылаются другие международные суды<sup>1</sup>. В то же время он указывает на то, что термин «правовая позиция» в международных учредительных документах Международного Суда ООН и Европейского Суда по правам человека отсутствует<sup>2</sup>.

Отсутствует термин «правовая позиция» и в западной международно-правовой или национальной юридической литературе. И это неслучайно, в контексте использования термина «судебный прецедент» (или «судебная практика»). При этом в странах общего права судебный прецедент имеет обязательный характер; континентального – обязательная сила прецедента не признается сама по себе, она должна прямо или косвенно подтверждаться (для Франции характерно более ограничительное понимание прецедента, чем для Германии)<sup>3</sup>.

В постсоветской литературе также высказываются мнения о возможности признания судебных прецедентов источниками права и формального закрепления их статуса в национальной системе источников права. Но в таком случае представляется необходимым определить природу нормативно-правовых судебных прецедентов (источников права), а также правоинтерпретационных и правоприменительных судебных прецедентов (не являющихся источниками права), их роль, значимость для обеспечения целостности правового регулирования.

Признавая судебное решение нормативно-правовым прецедентом – источником права, необходимо определить соответствует ли оно основным признакам источника права.

Прежде всего, необходимо заметить, что нормативно-правовой прецедент создается субъектом правоприменения, уполномоченным на правообразование.

Он создается при отсутствии нормативно-правовой регламентации и должен объективировать при отсутствии нормативно-правовой регламентации через нормативно-правовое предписание норму или принцип права. Формой внешнего выражения (объективирования) нормы или принципа права является акт применения права – судебное решение (в широком понимании). Он распространяет действие и имеет обязательный характер для субъектов и отношений только по аналогичному делу.

В постсоветском пространстве такие прецеденты практически не создаются, однако их появление представляется возможным и желательным с целью обеспечения гибкости правового регулирования в целом.

В то же время в постсоветском пространстве создаются праворазъяснительные и правоприменительные судебные прецеденты, обеспечивающие единообразие правосудия.

Праворазъяснительные прецеденты объективируют интерпретационные предписания, обеспечивающие единообразное истолкование нормы права; правоприменительные – критерии единообразного правоприменения как необходимое условие устранения неопределенности, разнобоя решений при наличии большого количества дел; вынесение решений по принципиальным для судебной системы вопросам.

Исходя из вышеизложенного, судебная правовая позиция – это часть судебного решения, содержащая систему аргументов, которые позволяют обосновать нормативно-правовое, праворазъяснительное предписание или предписание, устанавливающее критерии единообразного правоприменения.

И если аргументация это обоснование какого-либо знания посредством других знаний или фактических данных и логики<sup>4</sup>, то ее логическая структура состоит из трех частей: тезиса, аргументов и отношений между ними (форма аргументации). При этом тезис – это положение, которое необходимо обосновать, а аргументы (основание, доводы) – знания, логические приемы и фактические данные, которые используются для обоснования тезиса.

Ивин А.А. все способы аргументации разделяет на универсальные и неуниверсальные или контекстуальные. А многообразные способы универсальной аргументации он разделяет на эмпирические и теоретические<sup>5</sup>.

В соответствии с уровнями научного исследования аргументация, по мнению Герасимовой И.А. также подразделяется на теоретическую и эмпирическую<sup>6</sup>. При этом, если в теоретической аргументации выделяется три вида аргументов: аргументы от методологии, от теории, от гипотезы; то эмпирическая аргу-

<sup>1</sup> Власов Д.С. Правовая позиция Международного Суда ООН: понятие, природа и варианты проявления: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Казань, 2006.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Эвелин Серверэн. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // Судебная практика как источник права. – М., 2000. – С. 51.

<sup>4</sup> Ивлев Ю.В. Теория и практика аргументации: Учебник. – М., 2012. – С. 25.

<sup>5</sup> Ивин А.А. Теория аргументации: Учебное пособие. – М., 2007. – С. 22–23.

<sup>6</sup> Герасимова И.А. Введение в теорию и практику аргументации: Учебное пособие. – 2-е изд. – М., 2012. – С. 156.

ментация опирается преимущественно на наблюдение и эксперимент. В зависимости от взаимоотношения идей и реальности выделяют: пропозициональную (смыслообразующую), оценочную, нормативную, аксиологическую, целевую, предписывающую аргументацию<sup>1</sup>.

В юридической литературе появляются исследования правовой (юридической) аргументации, связанной прежде всего с выработкой и обоснованием правовых правил, регулирующих социальные отношения. При этом под правовыми аргументами понимаются объективированные в источниках права нормы, нормативно-правовые предписания, принципы права, правовые дефиниции, аксиомы, а также наиболее признанные научные положения (правовая доктрина, теории, концепции) и устоявшиеся правила, созданные юридической практикой. В англоязычном обозначении этот вид именуется *legal opinion* или *legal argument*.

Как правило, в судебных правовых позициях это наиболее распространенный вид аргументации. Анализ национальных и международных судебных решений, в которых сформулированы правовые позиции, позволяет сделать выводы об использовании в основном правовых (юридических) аргументов, в большинстве случаев норм права или нормативно-правовых предписаний, содержащихся в источниках права. Такие аргументы используются при формировании нормативно-правовых, праворазъяснительных предписаний или предписаний, устанавливающих критерии единообразного правоприменения.

Например, в решении Конституционного Суда Украины № 20-рп/2010 от 30 сентября 2010 года о неконституционности Закона Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины» от 8 декабря 2004 года № 2222-IV (по делу о соблюдении процедуры внесения изменений в Конституцию Украины). Использование Конституционным Судом Украины только юридических аргументов не позволило избежать технико-технологических ошибок, в частности в таком предписании: «возобновление действия предыдущей редакции Конституции Украины». Такое предписание положения Конституционного Суда Украины свидетельствует о «реанимировании» действия уже отмененных положений Конституции Украины.

В теории права понятие правотворчества как деятельность правотворческих субъектов по созданию, изменению и дополнению нормативно-правовых предписаний не вызывает дискуссий. В то же время содержание такого понятия не включает действий субъекта правотворчества по «реанимации» нормативно-правовых предписаний. Более того, в законодательстве Украины предусмотрена процедура внесения изменений в Конституцию Украины Верховным Советом Украины. А обращение Конституционного Суда Украины к понятиям «правотворческая деятельность» и «правотворческая техника», использование ее приемов и средств позволила бы правильно аргументировать правовую позицию.

Среди правовых аргументов, используемых в некоторых решениях Конституционного Суда Украины при формировании правовых позиций, можно выделить и положения, сформулированные в предыдущих решениях Конституционного Суда Украины.

В решениях Европейского суда по правам человека на данном этапе в большинстве случаев также используется правовая аргументация. И только в первичных решениях были использованы не только правовые, но и иные социальные и логико-рациональные аргументы (например, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* от 11 июля 2002 года, *H v. Norway* от 19 мая 1992 года, *Paton v. the United Kingdom* от 13 мая 1980 года, *Pretty v. United Kingdom* от 29 апреля 2002 года). В национальных правовых системах, например, в Германии при создании нормативно-правовых или праворазъяснительных прецедентов также часто используют не только правовые, но и иные аргументы.

В постсоветском пространстве при формировании правовых позиций используют, как правило, правовые аргументы (точнее сказать, юридические: нормативно-правовые предписания конституций, законов, иногда международных договоров).

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод, что судебные правовые позиции – это часть судебных решений, состоящая из системы аргументов. При этом следует заметить, что правовые позиции сами по себе не являются источником права, а судебные решения, в которых они зафиксированы, объективируют нормативно-правовые или праворазъяснительные предписания или же предписания, устанавливающие критерии единообразного правоприменения. С целью обоснования таких предписаний используются в основном правовые аргументы, что существенно сужает круг приемов, устанавливающих истинность тезисных положений и обоснованность целесообразности таких предписаний, доказательство их важности в соответствующих жизненных ситуациях, предпочтительности по сравнению с другими положениями.

Эти вопросы требуют специального исследования в контексте обеспечения единообразия правоприменительной практики (в частности, судебной), гибкости и эффективности правового регулирования в целом.

<sup>1</sup> Герасимова И.А. Введение в теорию и практику аргументации: Учебное пособие. – 2-е изд. – М., 2012. – С. 152–155.

**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, заместитель декана факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника»*

## **Специфика юридической аргументации в процессе критики законодательства**

Наследие профессора Владимира Константиновича Бабаева современной правовой наукой, к сожалению, не оценено, но, к счастью, неопенимо.

Освоение этого наследия только начинается. Все более крепнет надежда, что с годами при неспешном «прочтении» его трудов с позиций новейших правовых достижений и глубинных закономерностей демократического законодательного развития многие выдвинутые им идеи обретут второе дыхание, заиграют новыми гранями и неожиданными поворотами.

Юридическая аргументация – одна из научных областей, где логико-правовые наработки В.К. Бабаева ждут своих исследователей.

Критика законодательства – особая, относительно самостоятельная, редко выделяемая и пока почти не исследованная *разновидность* юридической аргументации. Именно разновидность, а не элемент и не сторона этого цельного феномена. При этом под критикой законодательства в данной статье понимается «отрицательное суждение индивида, государственной или общественной организации относительно отдельных юридических нормативных правовых актов либо их комплексов, являющееся результатом законной творчески поисковой познавательной-оценочной аналитической преобразующей мыслительной деятельности, осуществляемой на основе самобытных принципов, выполняющей специфические функции для повышения качества правовых актов в целях обеспечения достойной жизни человека»<sup>1</sup>.

В самом общем виде, вполне достаточном для целей настоящей статьи, аргументацию можно определить как «искусство подведения оснований под какую-либо мысль или действие (обоснование их), способ убеждения кого-либо посредством значимых аргументов с целью их публичной защиты, побуждения к определенному мнению о них, признания или разъяснения»<sup>2</sup>.

Существование значительной специфики юридической аргументации при критике законодательства сомнению не подлежит, но в чем именно она состоит, не ясно. Перед нами сразу несколько «пробельных пространств». В частности, не может не иметь своеобразия *техника* юридической аргументации при критике законодательства. Особенности юридической аргументации в значительной мере обуславливаются тем, что ныне в современной правовой науке постоянно увеличивается число противостоящих друг другу, опровергающих друг друга учений, школ, направлений, теорий.

Юридическая аргументация – не только и не просто процесс логического обоснования той или иной правовой идеи, законодательного предписания, правоприменительного решения. Логическое обоснование при юридической аргументации всегда «отягощено» иными элементами.

Система юридической аргументации – одна из сложнейших категорий (именно категорий, а не понятий) теории государства и права. При этом вряд ли есть юридическая практика, которая могла бы вообще обходиться без какой-либо аргументации. Аргументация в большей или меньшей степени в развернутой либо схематической форме «сопровождает» любой юридический процесс.

Об элементах системы юридической аргументации можно дискутировать бесконечно долго, но до тех пор, пока под углом зрения теории аргументации не будут проанализированы наиболее значимые виды юридической практики, о цельной непротиворечивой совокупности их вести речь нельзя.

Критика законов, имеющих «обостренную», если можно так выразиться, социально-политическую и морально-культурную значимость, обычно обладает разноплановой многополюсной аргументацией. И важно, чтобы критикующие стороны знали и оценивали аргументы друг друга при обосновании своей

---

<sup>1</sup> Ремизов П.В. Критика законодательства: теория, практика, техника: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2012. – С. 12.

<sup>2</sup> Герасимова И.А. Искусство убеждения в традициях логической науки / И.А. Герасимова, М.М. Новоселов // Мысль и искусство аргументации. – М., 2003. – С. 27.

правовой позиции. Это происходит далеко не всегда. Чаще, отстаивая свою правовую позицию при критике конкретного закона, определенной юридической нормы, юридические аргументы, «не вписывающиеся» в собственное представление, просто-напросто «не замечаются», «отбрасываются». Это значительно снижает эффективность критики, сводит на нет объективность критического анализа. Например, при критической оценке Федерального закона от 2 апреля 2012 года № 28 «О внесении изменений в Федеральный закон “О политических партиях”»<sup>1</sup> Лилия Шевцова в оппозиционной «Новой газете» не отметила ни одного позитивного момента этого законодательного акта, а сугубо юридические аргументы его защитников просто отвергла. Ее правовая позиция такова: «Обновленный закон о партиях действительно поощряет борьбу новичков друг с другом. Но отнюдь не с властью, монополия которой по-прежнему защищена железобетонными блоками в виде разрешительного способа регистрации партий и возможности Минюста под любым предлогом умертвить любую из партий, сохранения контроля власти за избиркоммами и отказом в формировании избирательных блоков»<sup>2</sup>.

Роль критики законодательства в юридической аргументации многопланова.

*Во-первых*, критика законодательства представляет собой один из важных *способов познания* правовой действительности.

Критика законодательства является неотъемлемым структурным компонентом юридической аргументации, реализующим целый ряд функций правового обоснования. Выдвижение доводов в пользу истинности доказываемого тезиса, рассмотрение возможных противоположных доводов невозможно без предварительного *познания* предмета оценки.

Юридическая аргументация нередко включает в себя элементы критики законодательства, но не может сводиться к ней. Основным назначением критики законодательства является опровержение позиции законодателя в конкретной ситуации, тогда как юридическая аргументация в целом преследует позитивную задачу обоснования истинности той или иной концепции, учения и т. п.

В качестве познавательного средства юридической аргументации критика законодательства служит внедрению знаний в структуру мотиваций участников законодательного процесса, а тем самым утверждению действенной связи между теоретическим правовым знанием и юридической практикой.

*Во-вторых*, критика законодательства есть способ отрицания, а значит, опровержения неприемлемых правовых идей, юридических конструкций, дефиниций. Опровергать без аргументации невозможно.

*В-третьих*, отрицая какой-то вариант или элемент законодательной аргументации, критикующая инстанция нередко предлагает свой новый подход, «обрисовывает» собственную правовую позицию. Для *обоснования* этой позиции, естественно, требуется аргументация. Зачастую критикующий для создания убеждения в истинности своей позиции и ложности альтернативных позиций предлагает определенные *программы деятельности*, вытекающие из аргументированных положений. Они (программы) требуют особого обоснования.

Критика законодательства – всегда не просто диалог (очный либо заочный). Это одновременно в большей или меньшей степени *спор, борьба мнений*, и возникает непростой вопрос о *нормальности и достаточности аргументации* в этом специфическом по многим параметрам споре, в этой своеобразной интеллектуальной борьбе. Кстати, «борьба противоположностей» есть не что иное, как взаимная критика.

*Нормальность юридической аргументации* при критике законодательства означает недопустимость использования неадекватных, непринятых, неприемлемых в цивилизованном государстве средств – психологических угроз, демагогических выпадов, манипулятивных искажений. По общему признанию, «аргументирует тот, кто делает высказывания с претензией на истинность, а целью аргументации является достижение дискурсивного согласия в форме консенсуса или компромисса»<sup>3</sup>. «Принуждать» согласиться с критикой закона могут и должны убедительные, непроверяемые аргументы, а не вышеперечисленные заведомо недобросовестные либо сомнительные приемы, выдаваемые за правовую аргументацию.

Критика законодательства – не абстрактный научный спор, а борьба, где согласие может быть достигнуто строгими экспериментальными фактами, математическими выкладками, статистическими данными. Речь идет об использовании при критике законодательства не только и не столько эмоциональных суждений, сколько *разумных рассуждений, разумных аргументов*. И здесь хочу отфиксировать один нюанс – в философии и логике при формулировании правил аргументации принято утверждать: разумно, когда говорящий излагает только то, во что он сам верит. Полагаю, что применительно

<sup>1</sup> Российская газета. – 2012. – 4 апреля.

<sup>2</sup> Шевцова Л. Победа или поражение? Как и за счет чего власть приобретает новое дыхание // Новая газета. – 2012. – 4 апреля. Автор констатирует: «Можно поздравить кремлевских технологов, которые предложили изящную комбинацию – разрешать всех (и чем сильнее партийная толчея, тем лучше) и одновременно всех держать под прицелом миновостовского пистолета».

<sup>3</sup> Поцелуев С.П. Политическая аргументация в пределах только и не только разума (к «дискурсивной этике» Ю. Хабермаса) // Философия права. – 2008. – № 6 (31). – С. 27.



к критике законодательства аргументировать можно фактами, отношение к которым еще не определено, и критик желает услышать мнение оппонентов по этому поводу. Но не только в этом дело. Приведенный тезис, пожалуй, идеализирует существующую практику юридической аргументации. Не исключены ситуации, когда закон критикуется лоббистами за определенное вознаграждение и о вере их в какую-либо ценность законодательного акта вести речь не приходится. К тому же есть немало людей, которые критикуют и аргументируют ради самого спора, ради приобретения опыта полемики, ради личного самоутверждения.

Речь идет не о каких-то мелких критиканах и несерьезных злопыхателях. Тридцать второй президент США – Франклин Делано Рузвельт – единственный американский политик, избранный на этот пост четыре раза подряд, был из породы таких людей. Вот как специалисты характеризуют эту черту его характера: «Франк обычно высказывал мнение, противоположное мнению большинства. Скорее всего это были просто состязания в умении аргументировать, защищать определенную точку зрения независимо от того, насколько спорщик ее разделял»<sup>1</sup> (курсив мой. – В.Б.).

Достаточность юридической аргументации при критике законодательства означает, что приведенные аргументы оказались столь успешными, что законодатель или контролирующая его инстанция изменили свою правовую позицию и согласились на корректировку законодательного акта, продолжение работы над ним. Здесь нужна мера – приведение чрезмерного количества аргументов может вызвать у оппонировавшей стороны сомнение в объективности некоторых юридических аргументов, стремлении «побить» числом, а не качеством информации.

Определенной спецификой юридической аргументации при критике законодательства является слишком частое обращение к такому типу обоснования, как апелляция к *возможно-лучшему* (*возможно-иному*). Как известно, в законопроектной деятельности всегда при оценке одной модели юридической нормы, правового института, законодательного акта в целом можно предложить альтернативный вариант, заявив, что он значительно лучше, более приемлем и потенциально более эффективен в ближайшей либо среднесрочной перспективе. Реальных доказательств этих характеристик обычно нет, критерии логической и иной оправданности именно такого подхода отсутствуют, отличить реальность этой позиции от иллюзии невозможно. Но при всем этом такого рода критика кардинально «подрывает» существо преддвинутого законопроекта.

Одной из особенностей юридической аргументации при критике законодательства (обычно скрываемой и «затушеваемой») является обоснование с использованием феномена *политической вероятности*. Здесь я имею в виду те факты юридической аргументации, когда не только приводятся аргументы сугубо политического плана с содержательной стороны, но и эти доводы с позиции самих критиков сейчас доказать нельзя, а в исторической перспективе и при стечении определенных условий они возможны. Такого рода юридическую аргументацию при критике законодательства «развешивать» весьма сложно, ибо фактор социально-правовой неопределенности достоверно «устранить» в дискуссии невозможно.

После опубликования, казалось бы, сугубо «технического» Указа Президента РФ от 19 мая 2012 года № 635 «Об упорядочении использования устройств для подачи специальных световых и звуковых сигналов, устанавливаемых на транспортные средства»<sup>2</sup> не только в Интернете, но и в некоторых оппозиционно настроенных газетах появился любопытный «критический аргумент». ФСБ России имеет значительно меньшую штатную численность, чем МВД России, но ей выделено 197 автотранспортных средств, на которые устанавливаются устройства для подачи специальных световых и звуковых сигналов. МВД России имеет такое разрешение лишь на 100 транспортных средств. Без каких-либо доказательств и только на этом основании делается «политический вывод»: значимость ФСБ России резко возрастает и, значит, следует ожидать ужесточения политического климата.

При рассматриваемом типе аргументации нередко используются два известных спекулятивных метода – метод аспектов и метод акцентирования.

Метод аспектов предполагает демонстрацию тех сторон проблемы, которые не были рассмотрены законодателем. Например, при критике законопроекта о введении в Кодекс РФ об административных правонарушениях штрафов за парковку в неустановленном месте разработчики упрекают в отсутствии данных об имеющемся числе парковок, градостроительном плане города, справки из ГИБДД о уже наложенных штрафах.

Метод акцентирования используется при смещении акцентов в проблеме и выдвижении на первый план того, что устраивает критика.

Спецификой юридической аргументации при критике законодательства является и то, что критики, к сожалению, имеют возможность не учитывать разницу между мнением и знанием при выдвижении своих отрицательных оценок и негативных суждений.

<sup>1</sup> Чернявский Г.И. Франклин Рузвельт. – М., 2012. – С. 33. Биограф на той же странице отмечает, что Рузвельт чаще проигрывал дебаты, не принимая близко к сердцу поражение, ибо его целью было отточить умение спорить.

<sup>2</sup> Российская газета. – 2012. – 22 мая.

Конечно, никто не может запретить критику отвергнуть юридическую норму или закон без какого-либо обоснования и как результат его «субъективного мнения», сформировавшегося «на опыте всей предшествующей жизни». Но это малопродуктивная позиция. Эффективнее показать – какой именно информации не хватило законодателю, где и как он применил неверные знания, в чем проявилась нелогичность использования тех или иных знаний. При таком критическом подходе может быть оспорена аргументация законодателя, показана ложность законодательных суждений, вызванных недостатком либо искажением имеющихся знаний.

Специфичной, часто используемой и одной из самых опасных форм недобросовестной аргументации при критике законодательства выступает выдвижение как абсолютно истинного некоего постулата (тезиса), и на его основе далее строится развернутая критика действующих юридических норм, включая конституционные установления.

Всего одна иллюстрация. Доктор юридических наук Зигмунд Станкевич в мае 2012 года опубликовал в «Литературной газете» статью «Пора и разморозить! Созыв Конституционного собрания как ключевая проблема современной России»<sup>1</sup>. Как главную доказательную базу он представляет следующую констатацию: «В последнее время страна переживает вовсе не «болезнь роста», а самый настоящий всеобъемлющий кризис созданной еще Ельциным политической системы, основные параметры которой закреплены в Конституции РФ 1993 года».

В чем именно состоит кризис всей политической системы России – не указывается. А предложения автор выдвигает самые радикальные – серьезно изменить Основной закон страны, срочно принять федеральный закон о Конституционном собрании, максимально быстро создать его. Доводы сторонников конституционной стабильности не только не рассматриваются, но и не упоминаются.

Другой исследователь – научный руководитель «Школы экономики земельных рынков» Академии народного хозяйства при Правительстве РФ Иван Стариков – приписав «глубокую психологическую травму властной вертикали», объявляет «новую повестку страны». Эта повестка предполагает: принятие новой Конституции России на референдуме в октябре 2013 года; досрочные выборы в Государственную Думу; принятие не позднее 1 декабря 2012 года закона «О Конституционном собрании»; проведение общероссийской акции «Контрольное письмо»<sup>2</sup>.

Не только в разного уровня и плана научных исследованиях, но и практически во всех областях правовой практики при критике документов фиксируются пробелы законодательства. Как правило, вся аргументация ограничивается общей констатацией – регламентируемая деятельность входит в сферу правового регулирования, но те или иные ее (деятельности) элементы не получили своего закрепления. В зарубежной правовой культуре (как в континентальной, так и в общем праве) принято в таких случаях доказывать, что законодатель не намеревался использовать квалифицированное молчание<sup>3</sup>. Нам тоже требуется учиться доказательно аргументировать, что закон в этой области не содержит квалифицированного молчания. Для этого надо разработать критерии квалифицированного молчания и пробельности закона. Еще лучше, если законодатель возьмет за правило самому исчерпывающе перечислять те фрагменты юридически значимой деятельности, которые он намеренно не регулирует. Иногда законодатель это делает, но, как правило, при этом перечисляются те сферы, на которые тот или иной акт не распространяется. Мы же имеем в виду «внутренние», если можно так выразиться, элементы подвергнутой регламентации деятельности.

Рассмотрим весьма показательный, на мой взгляд, пример. В Государственную Думу Федерального Собрания РФ в марте 2012 года внесен и ныне активно обсуждается законопроект об изменении ст. 17.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях. Предлагается увеличить штрафы за невыполнение должностными лицами законных требований членов Совета Федерации или депутатов Государственной Думы либо за создание препятствий в осуществлении их деятельности, а также за несоблюдение установленных сроков предоставления им информации.

Авторы законопроекта полагают, что это положительно повлияет на реализацию ст. 17.1 КоАП РФ.

Есть, однако, и противники такого подхода<sup>4</sup>. Любопытна их юридическая аргументация. Первый аргумент сводится к тому, что в течение многих лет отсутствует практика применения этой статьи. Хотя, в действующем российском законодательстве таких статей немало и само по себе это обстоятельство не означает ненужности содержащихся в них юридических норм. В советских конституциях

<sup>1</sup> Литературная газета. – 2012. – № 21. – С. 3.

<sup>2</sup> Стариков И. Гигиена легитимности. Страна нуждается в новой повестке, новой Конституции, новой Думе // Новая газета. – 2012. – 21 мая.

<sup>3</sup> Подробнее см.: *Langenbucher Katja*. Argument by analogy in European law // *Cambridge Law Journal*. – 1998. – № 57 (3). – Р. 481–521; *Баранов В. М.* «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. – 2008. – № 1. – С. 75–78; *Демин А. В.* Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования // Закон. – 2012. – № 2. – С. 129–138.

<sup>4</sup> См.: *Гасанов М.* Штрафом дело не поправишь. О проблемах депутатского и общественного контроля // Парламентская газета. – 2012. – 18 мая.

десятилетиями «жила» правовая норма о праве выхода из СССР союзных республик, но она ни разу не реализовывалась, и никто не подвергал сомнению (в том числе и по идеологическим соображениям) целесообразности ее существования для обеспечения единства государства.

Второй юридический аргумент – камнем преткновения является отсутствие в КоАП РФ четкого указания на то, кто обязан составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 17.1. Утверждается, что возник законодательный пробел, когда никому не вменено в обязанность составлять протоколы о правонарушениях, обусловленных ст. 17.1 КоАП РФ.

Думаю, и этот правовой аргумент не может быть отнесен к числу убедительных и состоятельных. Если в порядке надзора за соблюдением действующего законодательства возбудить дело о рассматриваемом административном правонарушении отказывается и прокурор, то нет никаких организационно-правовых препятствий для обращения в суд самого сенатора либо депутата. Поэтому в данном случае, пожалуй, нет пробела, а есть «квалифицированное молчание законодателя». Только суд по заявлению-жалобе депутата либо члена Совета Федерации в состоянии определить подлинного правонарушителя (ответы часто подписывают подчиненные руководителя), установить игнорирование поставленных в запросе или обращении вопросов, зафиксировать несоблюдение установленных для ответа сроков.

При необходимости этот механизм применения ст. 17.1 КоАП РФ, если он оправдает себя, может быть помещен в кодекс.

И последнее. Нередко критика законопроекта либо действующего закона ведется с применением «тяжелого оружия» – обвинения в неконституционности. Ясно, что несоответствие Основному закону государства выступает сущностным правовым дефектом и доказывать это обстоятельство требуется прежде всего юридическими аргументами. При их нехватке недобросовестные критики прибегают к аргументам иного рода – моральным, психологическим, культурологическим, экономическим, политическим.

Для доказательства этого тезиса уместно привести развернутый фрагмент Постановления Конституционного Суда РФ от 9 июля 2012 года № 17-П «По делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации – Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации»<sup>1</sup>. Конституционный Суд РФ, неоднократно оперируя терминами «аргументация» и «аргумент», отметил: «Заявители по настоящему делу, формулируя в запросе и дополнениях к нему обращенные к Конституционному Суду Российской Федерации требования, настаивают на проверке конституционности Протокола и приложений к нему в их неразрывной связи с Марракешским соглашением и всеми приложениями к нему по содержанию норм в полном объеме. При этом, однако, помимо аргументов, связанных с экономической и политической целесообразностью присоединения России к ВТО, оценка которых не входит в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, они приводят в обоснование неконституционности правового регулирования в целом доводы, касающиеся лишь некоторых его аспектов.

Между тем – в силу предписаний статей 37 и 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» относительно предмета проверки и требований к обращению – Конституционный Суд Российской Федерации не вправе принять к рассмотрению нормативные положения, если они прямо не указаны в запросе как противоречащие, по мнению заявителей, Конституции Российской Федерации, и, соответственно, в запросе отсутствует необходимая аргументация. Иное, вопреки данным предписаниям, означало бы неправомерное расширение объема проверки и – учитывая, что сторона, подписавшая и одобрявшая Протокол, была бы вынуждена отстаивать свою позицию, не имея возможности ознакомиться с аргументацией противоположной стороны – нарушение таких конституционных принципов судопроизводства, как состязательность и равноправие сторон».

Не приходится сомневаться в том, что вышеприведенное Постановление Конституционного Суда РФ после глубинного общетеоретического осмысления может существенно повлиять на доктрину и практику юридической аргументации.

---

<sup>1</sup> Российская газета. – 2012. – 20 июля. Федеральный закон № 126 «О ратификации Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года» подписан Президентом России 21 июля 2012 года. См.: Российская газета. – 2012. – 23 июля.

**В.А. Толстик**

*Толстик Владимир Алексеевич – доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России*

## **Специфика аргументации в юридической науке**

Потребность в аргументации возникает одновременно с появлением человека. На любом этапе развития человеческой цивилизации, в любой сфере общественной жизни конструктивное общение немислимо без убедительного обоснования своей точки зрения. Мы спорим или просто общаемся в быту, пишем научную статью, обосновываем необходимость принятия, изменения, дополнения или отмены какого-либо закона, осуществляем правовую квалификацию, разрешаем юридический спор, выносим правоприменительное решение, во всех этих и многих иных случаях нужна аргументация.

Что же понимается под аргументацией?

В толковых словарях слово *аргумент* определяется как основание, довод, доказательство, приводимые в подтверждение или опровержение чего-либо. *Аргументация* – действие по глаголу аргументировать. *Аргументировать* – приводить аргументы, доводы в доказательство чего-нибудь<sup>1</sup>.

В Большой советской энциклопедии аргумент (лат. *argumentum*) определяется как суждение (или совокупность взаимосвязанных суждений), приводимое в подтверждение истинности какого-либо другого суждения (или системы суждений, точки зрения, теории и т. п.)<sup>2</sup>.

Таким образом, под аргументацией мы будем понимать операцию обоснования каких-либо суждений, в которой наряду с логическими применяются также речевые, эмоционально-психологические и другие внелогические методы и приемы убеждающего воздействия<sup>3</sup>.

Методы убеждающего воздействия являются предметом анализа в различных науках: логике, риторике, психологии, лингвистике и др. Совместное их изучение является предметом особой отрасли знания – теории аргументации, представляющей собою комплексное учение о наиболее эффективных в коммуникативном процессе логических и внелогических методах и приемах убеждающего воздействия<sup>4</sup>.

В числе актуальных задач теории аргументации ученые выделяют такие, как: природа аргументации и ее границы; способы аргументации, своеобразие аргументации в разных областях познания и деятельности, начиная с естественных и гуманитарных наук и кончая философией, идеологией и пропагандой; изменение стиля аргументации и др.

Особый научный и практический интерес представляет исследование особенностей аргументации в юридической науке и практике. Однако прежде чем перейти к непосредственному анализу предмета настоящей статьи, необходимо затронуть два вопроса, ответы на которые имеют принципиальное методологическое значение.

Во-первых, следует определиться с целью познания в науке и практике вообще и юридической в частности.

Во-вторых, существенное значение имеет вопрос о специфике использования аргументационного инструментария в науке и других сферах человеческой коммуникации.

Цель познания в науке и практике обычно постулируется как достижение достоверного, объективно истинного знания для активного воздействия на окружающий мир.

Однако истина в науке понимается весьма неоднозначно. На сегодняшний день наиболее распространенными теориями (концепциями) понимания истины являются следующие: 1) корреспондентская концепция: истина – это соответствие мысли (высказывания) и действительности (вещи) (Аристотель, средневековая философия, философия Нового времени, Гегель); 2) авторитарная концепция: истина – это убеждение и/или доверие авторитету (средневековая философия, богословие); 3) теория истины как очевидности: истина – это «ясное и отчетливое представление» (Р. Декарт, Ф. Brentano, Э. Гуссерль); 4) теория истины как опытной подтверждаемости (Дж. Локк, М. Шлик); 5) натуралистическая теория истины: в натуралистической философии истина – это идея, соответствующая законам Природы (А.Н. Костенко); 6) конвенциональная теория: истина – это результат соглашения (А. Пуанкаре, Т. Кун); 7) когерентная теория: истина – это характеристика непротиворечивого

---

<sup>1</sup> См.: Аргументация // <http://slovari.yandex.ru/>

<sup>2</sup> См.: Аргумент // <http://bse.sci-lib.com/article068823.html>

<sup>3</sup> См.: Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 2001. – С. 195–196.

<sup>4</sup> См. там же. – С. 196.

сообщения, свойство согласованности знаний (Р. Авенариус, Э. Мах); 8) прагматическая теория: истина – это полезность знания, его эффективность, то есть истинным является сообщение, позволяющее достичь успеха (Ч.С. Пирс) и др.<sup>1</sup>

Нетрудно заметить, что слово «истина» различными учеными используется для отражения крайне широкого круга разнородных явлений. Вполне очевидно, что «эксплуатация» данного термина в науке и практике в столь различных смыслах нежелательна, поскольку нарушает требование единства терминологии и, как следствие, порождает необходимость всякий раз делать оговорки относительно того смысла, в котором данное понятие употребляется в каждом конкретном случае.

Требование единства научной терминологии предполагает использование одного термина для наименования одного явления, равно как и одно явление не должно номинироваться различными терминами.

Полагаем, что отправным пунктом для обоснованного выбора явления, подлежащего номинированию словом «истина», должно стать его словарное значение. Истина – это то, что соответствует реальному положению вещей<sup>2</sup>.

В философии под истиной понимается верное отражение объективной действительности в сознании человека, воспроизведение ее такой, какой она существует сама по себе, вне и независимо от человека и его сознания. Понимание истины как соответствия знания вещам восходит к мыслителям древности. Так, Аристотель писал: «...прав тот, кто считает разделенное (в действительности. – **Ред.**) – разделенным и соединенное – соединенным...» (Метафизика, IX, 10, 1051 b. 9; рус. пер., М.-Л., 1934). Эта традиция в понимании истины продолжена в философии Нового времени (Ф. Бэкон, Б. Спиноза, К. Гельвеций, Д. Дидро, П. Гольбах, М.В. Ломоносов, А.И. Герцен, Н.Г. Чернышевский, Л. Фейербах и др.)<sup>3</sup>.

При таком понимании истину нельзя определять через полезность, прагматичность и т. п. Например, полезным может быть как то, что истинно, так и то, что ложно. Ложь во спасение может быть весьма полезной, но, увы, никогда не является истинной.

Еще менее приемлемым видится понятие «конвенциональная истина». Речь идет о возможности признания истинным знания, в отношении которого будет достигнуто согласие между субъектами научной или практической коммуникации. Не отрицая ценность самой идеи научной конвенциональности (к этому аспекту мы еще обратимся), заметим, что допущение в науку договорного понимания истины противоречит самой сути этого явления.

Возникает вопрос, зачем для отражения понятия конвенциональности вводить неадекватный термин «конвенциональная истина»? Понятно, что убедительного ответа на него нет и быть не может. При этом соответствующую номинативную функцию вполне могут выполнять словосочетания «научная конвенция» и «практическая конвенция».

Классическое, традиционное представление об истине позволяет довольно четко определить пределы использования данной категории. Понятие «истина» применимо лишь в тех случаях, когда знание может быть соотнесено с тем, что было, есть или будет в объективной действительности. Во всех иных случаях ученые и практики должны оперировать другими адекватными понятиями.

Правильному пониманию соотношения истинности (в строгом, традиционном смысле этого слова) и научности способствует верное представление о структуре науки. Дело в том, что научное знание не однородно. Так, В.В. Ильин, описывая «онтологию» науки, включил в нее три элемента: «наука переднего края», «твердое ядро науки» и «историю науки». Наука переднего края наряду с истинными результатами включает и неистинные, но полученные научными средствами. Ее предназначение – варьировать альтернативы, проигрывать возможности, расширять семантический горизонт, продуцировать новое, поэтому она соткана из перипетий искания истины – предчувствий, блужданий, отдельных прорывов к ясности и, следовательно, располагает минимально достоверным знанием. Твердое ядро науки – непроблематизируемый, достоверный пласт, основу которого составляет истинное знание. Твердое ядро науки играет роль базисного знания. Оно состоит из доказательств и обоснований, олицетворяет наиболее устоявшуюся, объективную часть науки. История науки представляет собой массив морально устаревшего знания, вытесненного за пределы науки. История науки стимулирует изыскания, аккумулирует информацию о путях достижения знания, выполняет охранительные функции – предостерегает, препятствует обращению к тупиковым ходам мысли и идеям<sup>4</sup>.

П.А. Рачков в качестве системообразующих элементов науки называет теории, законы, принципы и постулаты, гипотезы, частные методы, специфические категории, факты<sup>5</sup>. В.П. Копнин выделяет

<sup>1</sup> Истина // <http://ru.wikipedia.org/wiki/%C8%F1%F2%E8%ED%E0>

<sup>2</sup> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – 4-е изд., доп. – М., 1999. – С. 576.

<sup>3</sup> <http://slovari.yandex.ru/>

<sup>4</sup> См.: Ильин В.В. Теория познания. Эпистемология. – М., 1974. – С. 95.

<sup>5</sup> См.: Рачков П.А. Науковедение. – М., 1974. – С. 44.

следующие элементы: основания науки, законы, основные понятия, теории, идеи<sup>1</sup>. С.С. Алексеев в составе юридической науки выделяет общеметодологическую основу, фактический материал и теоретические построения<sup>2</sup>.

Наряду со сказанным, следует иметь в виду, что критерий истины научного и практического знания не является универсальным. Не случайно в науке совершенно справедливо обращено внимание на то, что многие наши утверждения не являются ни истинными, ни ложными, лежат вне «категории истины»: предписания, требования, предостережения и т. п. Они указывают, какой данная ситуация должна стать, в каком направлении ее нужно преобразовать. Если от описаний мы вправе требовать, чтобы они были истинными, то удачный приказ, совет и тому подобное мы характеризуем как эффективный или целесообразный, но не как истинный<sup>3</sup>.

Таким образом, цель познания в науке и практике состоит не только в достижении достоверного истинного знания. В аргументации также нуждаются выдвигаемые научные и практические гипотезы, критика устаревшего знания, обоснование ценности, справедливости, эффективности, целесообразности, законности тех или иных суждений.

Переходя к ответу на второй вопрос, следует еще раз акцентировать внимание на существующем многообразии методов и приемов убеждающего воздействия.

В Новой философской энциклопедии в числе основных аспектов аргументации называют: «фактуальный» (информация о фактах, используемых в качестве аргументов), «риторический» (формы и стили речевого и эмоционального воздействия), «аксиологический» (ценностный подбор аргументов), «этический» (нравственная приемлемость и дозволенность аргументов) и «логический» (последовательность и взаимная непротиворечивость аргументов, их организация в дедуктивный вывод)<sup>4</sup>. Дополнительно можно выделить лингвистический, психологический и другие аспекты.

Однако уже Платон отмечал разницу между понятием «убеждать» с помощью разумного (логически верного) довода, обращенного к рассудку, и понятием «внушать» с помощью доводов, обращенных к сердцу, чувству, интуиции<sup>5</sup>. Поэтому всю совокупность методов и приемов убеждающего воздействия обоснованно разделит на две большие и относительно самостоятельные группы: логические и внелогические.

Логические предполагают соответствие аргументации законам логики, логическим правилам и приемам. Допустимой будет лишь такая аргументация, которая основывается на логически правильных формах<sup>6</sup>. К внелогическим относят все остальные – лингвистические, риторические, эмоционально-психологические и иные.

В сфере юридической практики, особенно в юридических процессах (уголовном, гражданском, арбитражном), весьма активно используются как логические, так и внелогические методы и приемы убеждающего воздействия. История юриспруденции предъявляет немало фактов, когда исход того или иного юридического дела в значительной степени предопределялся не только собранными по делу доказательствами, но и особым даром красноречия участника процесса (прокурора, адвоката, истца или ответчика).

Возможность, а в отдельных случаях и необходимость, использования в сфере юридической практики как логических, так и внелогических методов и приемов аргументации не вызывает сомнения.

Иное дело – наука. Здесь новые идеи не могут и не должны приниматься ни большинством гологов, ни на веру, какой бы авторитетной ни была личность ученого и его уверенность в правильности своих идей. Убеждение других в правильности новой идеи должно осуществляться не силой авторитета, психологическим влиянием или красноречием, а прежде всего силой логики – последовательным и строгим доказательством исходной идеи<sup>7</sup>.

Игнорирование этого требования неизбежно приводит либо к догматизированию научного знания, либо к его искажению, либо к отрицанию истинного и подмене его ложным. Так, в советский период наиболее убедительным аргументом выступала удачно подобранная цитата из произведений классиков марксизма-ленинизма. Подвергать сомнению такие аргументы было нельзя. Они принимались за истину в последней инстанции. Вместе с тем, сегодня вполне очевидно, что целый ряд таких положений являлся весьма далеким от реальности.

Особо следует обратить внимание на недопустимость ограничения истинности (обоснованности) научного знания рамками той или иной идеологии. Известно, что в советский период развития отечественной юридической науки к числу буржуазных, а следовательно, заведомо ненаучных безапелляционно

<sup>1</sup> См.: Копнин В.П. Логические основы науки. – Киев, 1968. – С. 210.

<sup>2</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. – Свердловск, 1964. – Вып. IV. – С. 32.

<sup>3</sup> См.: Ивин А.А. Теория аргументации // <http://www.spishy.ru/referats/27/15155>

<sup>4</sup> Новая философская энциклопедия: В 4 т. / Под ред. В.С. Степина. – М., 2001 // [http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc\\_philosophy](http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy)

<sup>5</sup> См. там же.

<sup>6</sup> См.: Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации: Монография. – Н. Новгород, 2011. – С. 7.

<sup>7</sup> См.: Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 1999. – С. 196.

относили теории естественного права, правового государства, конвергенции, биологические теории причин преступности и многие другие. Определяющим аргументом подобной квалификации выступал факт их несоответствия марксистско-ленинской идеологии.

Возьмем еще один аргумент – признание большинством. Данный аргумент имеет достаточно широкое распространение в сфере юридической практики. Демократия как власть народа в основе своей имеет не что иное, как идею большинства. Победителем на выборах объявляется тот, кто набрал больше голосов. Закон считается принятым, если за него проголосовало большинство депутатов представительного органа. В соответствии с доминирующей на сегодняшний день в науке международного права точкой зрения общепризнанными принципами и нормами международного права «*jus cogens*» являются те, которые признаются таковыми «достаточно представительным большинством» или «подавляющим большинством»<sup>1</sup>.

Аргумент большинства, хотя и не столь широко, используется и в правоприменительной деятельности. Так, вердикт присяжных заседателей выносится простым большинством голосов. В соответствии с ч. 2 ст. 343 УПК РФ «обвинительный вердикт считается принятым, если за утвердительные ответы на каждый из трех вопросов, указанных в части первой статьи 339 настоящего Кодекса, проголосовало большинство присяжных заседателей».

В науке иначе. Здесь проблемы обоснованности (истинности) не должны решаться большинством голосов. Достаточно вспомнить, как в 1948 году Лысенко и его соратники забаллотировали на сессии ВАСХНИЛ генетику, объявив ее лженаукой. Генетиков обвиняли в шарлатанстве, хотя на деле шарлатанами оказались Т.Д. Лысенко, его ближайший соратник Презент и компания<sup>2</sup>.

Сказанное позволяет сделать очередной промежуточный вывод: в науке в отличие от иных сфер человеческой коммуникации должны применяться прежде всего логические методы и приемы убеждающего воздействия.

Результаты научного познания признаются истинными (обоснованными), если они прошли тщательную и всестороннюю проверку. На ступени чувственного познания проверка суждений осуществляется непосредственным обращением к фактическому положению дел. На ступени абстрактного мышления результаты процесса познания проверяют главным образом сопоставлением полученных результатов с другими, ранее установленными суждениями<sup>3</sup>.

Это означает, что в юридической науке должны использоваться прежде всего два основных вида научной аргументации: эмпирическая и теоретическая. При этом следует иметь в виду, что различие между указанными видами аргументации является относительным в той же мере, в какой относительно различие между эмпирическим и теоретическим знанием. Нередки случаи, когда в одном и том же процессе аргументации соединяются вместе и ссылки на опыт, и теоретические рассуждения<sup>4</sup>.

Основу эмпирической аргументации составляет ссылка на опыт, на эмпирические данные. В науке такое обоснование знания называют эмпирическим подтверждением или верификацией (от лат. *verificatio* – доказательство, подтверждение), под которой понимают процесс установления истинности (аргументированности) научных утверждений посредством их эмпирической (фактической) проверки.

Верифицируемость (эмпирическая проверяемость) научных утверждений и теорий считается одним из важных признаков научности. Утверждения и теории, которые в принципе не могут быть верифицированы, как правило, не считаются научными<sup>5</sup>.

Ключевой категорией эмпирической методологии является понятие «факт». В соответствии со стандартной концепцией науки мир изучаемых наукой явлений рассматривается как существующий реально и в своих характеристиках не зависящий от познающего его человека. В познании человек начинает с того, что открывает – на основе наблюдений и экспериментов – факты<sup>6</sup>. Выдающийся отечественный ученый В.И. Вернадский в своей работе «Научная мысль как планетарное явление» дал следующую оценку роли фактов в научном познании: «Научные, логически правильно сделанные действия имеют такую силу только потому, что наука имеет свое определенное строение и что в ней существует область фактов и обобщений, научных, эмпирически установленных фактов и эмпирически полученных обобщений, которые по своей сути не могут быть реально оспариваемы»<sup>7</sup>.

Логично предположить, что в роли аргументов в рамках эмпирической аргументации могут выступать факты и эмпирические обобщения.

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: Толстик В.А. Иерархия российского и международного права. – М., 2001. – С. 13.

<sup>2</sup> См.: Критерий истины // <http://studyspace.ru/spravochnik-po-istorii-i-filosofii-nauki/kriteriy-istiny-3.html>

<sup>3</sup> См.: Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 1999. – С. 195.

<sup>4</sup> См.: Ивин А.А. Теория аргументации // <http://www.spishy.ru/referats/27/15155>

<sup>5</sup> См.: Словарь терминов логики // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/logic/43>

<sup>6</sup> Филатов В.П. Философия науки // Философия: Учебник / Под ред. В.Д. Губина, Т.Ю. Сидориной, В.П. Филатова. – М., 1998. – С. 273.

<sup>7</sup> Вернадский В.И. Философские мысли натуралиста. – М., 1988. – С. 99.

Слово «факт» имеет латинское происхождение (лат. *factum* – сделанное, свершившееся) – действительное событие, явление, то, что произошло в действительности<sup>1</sup>. В Большой советской энциклопедии приводятся три значения факта: 1) в обычном словоупотреблении синоним понятий истина, событие, результат; 2) знание, достоверность которого доказана; 3) в логике и методологии науки факты – особого рода предложения, фиксирующие эмпирическое знание<sup>2</sup>.

Важнейшие требования научного познания заключаются в том, чтобы исходить из фактов, опираться на факты, сверяться с фактами<sup>3</sup>. Однако прежде чем факт сможет выступать в роли аргумента, он должен быть выявлен, зафиксирован и проверен на истинность. Выявление фактов осуществляется с помощью таких методов, как наблюдение, измерение и эксперимент. Для различных видов фактов существует соответствующий инструментарий их фиксации и проверки на истинность. При этом в роли аргументов могут выступать только удостоверенные факты. Русский историк В.О. Ключевский писал: «Факт, не приведенный в схему, есть смутное представление, из которого нельзя сделать научного употребления»<sup>4</sup>.

Понятно, что факты свой аргументационный потенциал реализуют прежде всего в области естественно-научного знания. Так, для физика фактами будут результаты непосредственных наблюдений над физическими явлениями – показания приборов о температуре, давлении и другие; для врача – результаты анализов и описание симптомов заболевания. Однако и в гуманитарной сфере, в том числе в сфере юриспруденции, без фактического материала обойтись нельзя. В последней к такого рода аргументам относятся, например, различные статистические данные. Так, с помощью данных правовой статистики обосновываются соответствующие статьи расходов как федерального, так и местного бюджетов на правоохранительную деятельность и обеспечение безопасности граждан, общества и государства. В этом случае статистика становится аргументом, позволяющим правоохранительным органам обосновать свою роль и место в обществе<sup>5</sup>.

Особое место в системе правовой статистики занимает уголовно-правовая статистика, которая обеспечивает необходимыми сведениями эмпирического характера (об уровне, состоянии, структуре и динамике преступности, причинах и условиях, способствующих совершению преступлений, личности преступника, социальных последствиях совершенного преступления, ее виктимологических аспектах и др.) все основные направления оперативно-служебной деятельности соответствующих правоохранительных органов<sup>6</sup>.

В сфере юриспруденции в роли аргументов могут выступать не только и не столько единичные факты, сколько результаты их эмпирического обобщения.

Обобщение – это форма приращения знания путем мысленного перехода от частного к общему. Являясь одним из важнейших средств научного познания, оно позволяет извлекать общие принципы (законы) из хаоса затемняющих их явлений, унифицировать и в «единой формуле» отождествлять множества различных вещей и событий<sup>7</sup>.

Эмпирические обобщения могут быть как элементарными (простейшими), так и в той или иной мере сложными. Первую разновидность можно проиллюстрировать следующим примером. Имея заключение экспертизы о совпадении пальцевых отпечатков обвиняемого с отпечатками пальцев, обнаруженными на месте совершения преступления, следователь приходит к выводу, что обвиняемый был на месте совершения преступления<sup>8</sup>.

Еще один пример простейшего эмпирического обобщения. Так, очевидное положение о невозможности одновременного пребывания одного и того же лица в различных местах нередко служит доводом в пользу утверждения о том, что данное лицо не принимало непосредственного участия в совершении преступления, так как в это время находилось в другом месте (алиби)<sup>9</sup>.

Сложные эмпирические обобщения предполагают приращение знаний посредством мысленного перехода от большого количества единичных фактов к общему выводу. К такого рода обобщениям можно отнести результаты конкретно-социологических исследований. В правовой литературе справедливо отмечается, что овладение юристами методологией и методикой эмпирического социологического анализа существенно обогатило юриспруденцию эмпирическими сведениями о состоянии и тенденциях развития правовой практики, факторах совершенствования правотворческой и правоприменительной деятельности. Отечественным правоведением был собран и обобщен в

<sup>1</sup> См.: Большой словарь иностранных слов / Сост. А.Ю. Москвин. – М., 2006. – С. 686.

<sup>2</sup> См.: Большая советская энциклопедия // <http://bse.sci-lib.com/article115219.html>

<sup>3</sup> Баранов В.М. Актуальные проблемы в области гуманитарных наук / В.М. Баранов, В.Б. Першин. – Н. Новгород, 2012.

<sup>4</sup> Цит. по: Валентинов А. Помечтаем сладко о свободе // Российская газета. – 1997. – 20 февраля.

<sup>5</sup> См.: Савюк Л.К. Правовая статистика: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2006. – С. 125.

<sup>6</sup> См. там же. – С. 125–126.

<sup>7</sup> См.: Обобщение // <http://slovari.yandex.ru/>

<sup>8</sup> См.: Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 1999. – С. 199.

<sup>9</sup> См. там же. – С. 201.



ходе конкретно-социологических исследований значительный эмпирический материал, отражающий различные аспекты состояния и динамики социально-правовых явлений<sup>1</sup>. Вместе с тем, конкретно-социологические исследования, которые должны быть средством эмпирической верификации наиболее значимых теоретических конструкций и положений, еще не ориентированы на решение многих актуальных проблем теории права и отраслевого правоведения<sup>2</sup>.

Полагаем, что проведение любого правового исследования, ориентированного на анализ социально-правовой действительности, только в том случае должно признаваться завершенным, когда его научные положения и практические рекомендации аргументированы результатами соответствующих конкретно-социологических исследований. Для кандидатских и докторских изысканий это требование должно быть безусловным.

Наиболее сложными эмпирическими обобщениями являются различного рода социальные закономерности. Их выявление осуществляется посредством метода неполной индукции. Ю.Ю. Ветютнев, посвятивший свое диссертационное исследование государственно-правовым закономерностям, проводит достаточно четкое разграничение закономерности со статистическими данными и иным эмпирическим материалом, в том числе результатами социологических опросов. Последние, по его мнению, выступают лишь «сырьем» для научного исследования, которое и призвано определить реальное содержание закономерности, проявившейся в данных фактах<sup>3</sup>. Приведенный вывод видится верным для тех случаев, когда целью научного исследования является определение реального содержания закономерности. В иных ситуациях статистические данные и результаты различных конкретно-социологических исследований могут использоваться не в качестве «сырья», а для непосредственного обоснования тех или иных научных и практических положений, то есть, как было показано, выступать в качестве аргументов.

Между тем в юридической науке и практике наиболее весомыми аргументами являются государственно-правовые закономерности, под которыми следует понимать объективную, необходимую, существенную, повторяющуюся и устойчивую для определенных условий взаимосвязь государственно-правовых явлений (как между собой, так и с другими общественными явлениями), обуславливающую их качественную определенность в социальной системе и проявляющуюся через правовое поведение.

Аргументационный потенциал одной из правовых закономерностей покажем на следующем примере. В программе Владимира Соловьева «Поединок» дебатировали Михаил Барщевский и Роман Толкунов<sup>4</sup>. Тема программы: антитабачный закон. Тезис М. Барщевского – закон принимать не надо. Аргумент – не будет исполняться, подобно тому, как сегодня не исполняется закон, устанавливающий запрет на употребление пива в общественных местах. Тезис Р. Толкунова – закон принимать надо. Аргумент – принятие данного документа спасет тысячи человеческих жизней.

Не трудно заметить, что Михаил Барщевский как высокопрофессиональный адвокат использует типичную уловку. Если следовать его логике, законы вообще не следует принимать, поскольку они никем не исполняются. Но ведь эффективность государственной власти прежде всего определяется способностью обеспечивать реализацию принимаемых ею решений и в первую очередь нормативных.

Почему европейцы не пьют в общественных местах, не нарушают правила дорожного движения, не плюют и не мусорят на улицах? Разве потому, что они такие воспитанные, а россияне нет? Отнюдь. Причина в том, что в Европе и других странах с высоким уровнем общественного порядка за совершение указанных поступков предусмотрены высокие штрафы и безотказно действует принцип неотвратимости ответственности. Отмените штрафы или перестаньте наказывать, и в Европе люди будут вести себя также, как и в России.

Все дело в том, что человеческое поведение подчиняется вполне определенным закономерностям. Их учет повышает эффективность правового регулирования, игнорирование – приводит к его снижению. Заметим, что, опираясь на указанную закономерность, начальнику Нижегородской академии А.Н. Коневу удалось в кратчайшие сроки полностью искоренить курение сотрудников и работников академии в помещениях и иных неположенных местах на территории данного вуза. Сегодня курят либо в специально отведенном для этого месте, либо за пределами академии.

Именно поэтому государственно-правовые закономерности могут и должны выступать в качестве весомых аргументов как в юридической науке, так и в юридической практике.

В отличие от эмпирической аргументации, теоретическая опирается на рассуждение и не пользуется непосредственно ссылками на опыт. Здесь еще раз уместно сделать оговорку относительно невозможности полного разграничения эмпирической и теоретической аргументации.

<sup>1</sup> См.: Лапаева В.В. Конкретно-социологические исследования в праве. – М., 1987. – С. 3.

<sup>2</sup> См. там же.

<sup>3</sup> См.: Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности. (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста, 2006. – С. 35.

<sup>4</sup> Вышла в эфир 31 мая 2012 года на телеканале «Россия 1».

Способы теоретической аргументации весьма многообразны. При этом в числе основных способов называют дедуктивное обоснование, системную аргументацию, методологическую аргументацию. Дедуктивная (логическая) аргументация представляет собой выведение обосновываемого положения из иных, ранее принятых положений. Системная аргументация представляет собой обоснование утверждения путем включения его в качестве составного элемента в хорошо обоснованную систему утверждений или теорию. Методологическая аргументация – это обоснование отдельного утверждения или целостной концепции путем ссылки на надежный метод, с помощью которого получено обосновываемое утверждение или отстаиваемая концепция<sup>1</sup>.

Основными видами аргументов в рамках теоретической юридической аргументации являются понятия, теории и правовые предписания.

Понятие – это форма мышления, отражающая существенные свойства, связи и отношения предметов и явлений в их противоречии и развитии. Любая наука имеет свой понятийно-категориальный аппарат. «Именно в понятиях, то есть способах отражения государственно-правовых реалий, в обобщениях практики, теория государства и права концентрирует накопленные знания»<sup>2</sup>.

Применение понятий в мышлении необходимо всегда, когда к мышлению предъявляются требования определенности, точности и особенно доказательности. Если в понятии верно отражена социальная и юридическая природа государственно-правового явления, то оно в свою очередь способно не только фиксировать достоверные знания, но и выступать в качестве аргумента для подтверждения или опровержения нового научного или практического предположения.

Заметим, что аргументационный потенциал научных понятий существенным образом снижается вследствие непрекращающихся «научных» споров относительно объема и содержания тех или иных понятий.

Вне всякого сомнения, любая наука нуждается в выработке внутренне согласованного и непротиворечивого понятийно-категориального аппарата. Однако в современной юридической науке нередко основной исследовательский акцент делается не на анализе реальных научных и практических проблем, а на терминологических спорах, в результате которых автором, как правило, искусственно инициируется «новая» дефиниция, подаваемая как центральный компонент научной новизны.

Конечно, в понятиях надо определиться. В противном случае о конструктивной дискуссии не может быть и речи. Но бесконечные и, главное, беспредметные споры о понятиях – тупиковый путь развития науки.

Полагаем, что конструктивным выходом в сложившейся ситуации может быть использование метода конвенционализма<sup>3</sup>. Иначе говоря, ученым в целях понятийной определенности, удобства следует договориться о соответствующих понятиях и использовать их в процессе адекватного отражения объективной и субъективной (в нашем случае правовой) действительности. Только в этом случае их можно будет использовать в качестве надежных аргументов.

Теория – это совокупность обобщенных положений, образующих науку или ее раздел. Теория выступает как форма синтетического знания, в границах которой отдельные понятия, гипотезы и законы теряют прежнюю автономность и становятся элементами целостной системы<sup>4</sup>. Важно обратить внимание на то, что любая научная теория представляет собой целостную и логически согласованную систему, дающую всеобъемлющее представление о существенных свойствах, закономерностях и связях определенного явления или области действительности<sup>5</sup>.

Именно целостность, согласованность и внутренняя непротиворечивость теории делают возможным ее использование в качестве научного аргумента. Любые новые понятия, гипотезы, частные теории должны органично «вписываться» в сложившуюся систему научных представлений. Если это происходит, то на них распространяется эмпирическая и теоретическая поддержка, какой обладает теория в целом. Если нет – наблюдается обратный эффект.

Возьмем для примера общетеоретическую проблему правопонимания, которая многими учеными до настоящего времени называется основным вопросом юриспруденции.

Кому-то, может, нравится, кому-то – нет, но целостная общая теория права и тем более отраслевые юридические науки в существующем на сегодняшний день виде сложились (и полагаем, в принципе возможны) исключительно на основе юридического позитивизма.

<sup>1</sup> См.: Ивин А.А. Теория аргументации // <http://www.spishy.ru/referats/27/15155>

<sup>2</sup> Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. – М., 1998. – С. 17.

<sup>3</sup> Конвенционализм (лат. *conventio* – соглашение) – философская концепция, согласно которой в основе науки лежат произвольные соглашения (условности, определения, конвенции между учеными), выбор которых регулируется лишь соображениями удобства, целесообразности и т. п. См.: Словарь иностранных слов // [http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic\\_fwords/](http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/)

<sup>4</sup> См.: Основные понятия научно-исследовательской работы (словарь полезных терминов) // <http://diplomant.com/useful/slovar>

<sup>5</sup> См.: Масленников А.В. Правовые аксиомы: Дис... канд. юрид. наук. – Владимир, 2006. – С. 98.

С точки зрения системной аргументации любой иной подход к правопониманию (естественно-правовой, социологической, психологической и т. п.) не вписывается в целостную правовую теорию. А для действующего правопорядка – это просто инородное тело.

Если в рамках какой-либо концепции правопонимания формулируется определение понятия права, то совершенно очевидно, что данное понимание должно красной нитью проходить сквозь все ключевые правовые институты. Отвечает ли этому требованию, например, естественно-правовая концепция правопонимания, в силу которой под правом понимается система естественных, неотъемлемых, от природы данных прав каждому человеку? Если мы попытаемся соотнести представленный подход к пониманию права с основными структурными компонентами общей теории права (формами, системой, правоотношениями, правонарушениями, юридической ответственностью и иными), то мы без особого труда увидим, что естественно-правовая концепция терпит полное фиаско. Не случайно представители данного подхода такую задачу (полагаем, совершенно осознано) перед собой не ставят.

Вместе с тем, отказ от претензий на самостоятельное правопонимание, точное и корректное определение понятийного места и роли такого явления, как естественные, неотъемлемые, от природы данные права каждому человеку в общей теории права, позволит не только органично в нее «вписаться», но и даст возможность использовать позитивный потенциал данного учения. С нашей точки зрения, адекватным является подход, когда естественное право рассматривается не как наличное право, а как его критерий. При таком подходе все встает на свои места<sup>1</sup>.

В юридической науке и практике особое место занимают такие аргументы, как нормативные и индивидуальные правовые предписания. Причем, если в сфере юридической практики законные правовые предписания, по общему правилу, выступают в качестве истины в последней инстанции (правоприменительное решение должно быть вынесено на основании и в строгом соответствии с законом), в юридической науке даже законное нормативное или индивидуальное правовое предписание должно быть подвергнуто проверке на предмет его социальной и юридической эффективности. Игнорирование этого требования приводит к тому, что представители юридической науки превращаются в бездумных и безвольных комментаторов действующего законодательства вне зависимости от степени его социальной и юридической адекватности. Между тем «высший долг ученого, – как справедливо заметил А.Ф. Черданцев, – заключается в том, чтобы в любой ситуации сохранять объективность – изображать действительность такой, какова она есть, не замалчивая «неприятные» ее стороны и не приписывая ей качества, которыми она не обладает»<sup>2</sup>.

Правовые предписания чрезвычайно многообразны. Каждая их разновидность обладает присущей ей спецификой, отражающейся в том числе на своеобразии их аргументационного потенциала. Самостоятельного анализа требуют такие нетипичные правовые предписания, как правовые принципы, правовые аксиомы, правовые презумпции, правовые преюдиции, правовые фикции и др.

Заканчивая общий анализ своеобразия аргументации в юридической науке, следует еще раз обратить внимание на два ключевых аспекта. Во-первых, в науке в отличие от иных сфер человеческой коммуникации должны применяться прежде всего логические методы и приемы убеждающего воздействия. Во-вторых, в юридической науке необходимо пользоваться двумя основными видами научной аргументации: эмпирической и теоретической с присущим каждой из них набором аргументов. Это позволит, с одной стороны, противодействовать различного рода уловкам, а с другой – сделать научное знание адекватным, достоверным и убедительным.

---

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: Толстик В.А. Борьба за содержание права / В.А. Толстик, Н.А. Трусов. – Н. Новгород, 2008.

<sup>2</sup> Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. – М., 1999. – С. 30.

**П.Н. Панченко**

*Панченко Павел Николаевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»*

### **Аргументация принятия экстренных мер наступления на коррупцию**

Убедительная юридическая аргументация – наиболее сильный «конек» методологии произведения профессора В.К. Бабаева, как, впрочем, и всей профессиональной деятельности этого крупнейшего специалиста в области логики права. Главный урок, который преподносит ученый нам, представителям отраслевых правовых наук вообще и специалистам в области уголовного права в частности, состоит, на наш взгляд, в том, чтобы, используя его методологию юридической аргументации, формулировать и обосновывать необходимость принятия мер преодоления любых правонарушений.

В настоящее время много говорится и пишется о необходимости принятия экстренных мер наступления на коррупцию. Суть юридической аргументации состоит в данном случае в обосновании не только самой такой необходимости, но и соответствующих конкретных мер. Естественно, речь должна идти о таких мерах, которые действительно смогли бы ограничить, свести к минимуму, а там, где это возможно, и вообще устранить явления. Главный смысл нашей аргументации заключается здесь в том, чтобы доказать, что коррупция – это *особое зло*, требующее соответственно *особых мер* ее преодоления.

#### ***Коррупция – особое зло, требующее особых мер ее преодоления***

Конечно же, в первую очередь для наступления на коррупцию важно последовательно и настойчиво осуществлять те антикоррупционные меры, которые уже намечены и реализуются. Это – и достаточно жесткий контроль за доходами и расходами чиновников, и назначение судами более строгих наказаний за взяточничество и коммерческий подкуп, в том числе с учетом введения штрафов, исчисляемых в кратном размере по отношению к сумме взятки, и более широкое привлечение к ответственности, наряду с главными участниками взяточничества, также посредников во взяточничестве, в том числе на основе включенной в УК РФ ст. 291<sup>1</sup> «Посредничество во взяточничестве», и многое другое.

Но надо основательно поразмышлять и над тем, что *еще* можно и нужно сделать в рассматриваемом направлении. В частности, сам собою напрашивается вывод о необходимости учесть соответствующий положительный зарубежный опыт – прежде всего, разумеется, опыт развитых стран. Например, важно посмотреть на то, что делается там в плане использования методов общественного контроля за институтами власти и управления, средств стимулирования (в том числе материального) антикоррупционной активности населения, заботы государства о надлежащих условиях работы чиновников.

Правда, механическое копирование зарубежного антикоррупционного опыта может натолкнуться у нас на определенные препятствия. Проблема коррупции у нас настолько остра и сложна, что взятый сам по себе соответствующий зарубежный опыт едва ли «ляжет» (во всяком случае, «один к одному») на нашу во многом необычную для всего иностранного российскую почву.

Например, у нас нет такой традиции, чтобы коллеги, соседи, знакомые, а тем более приятели доносили («стучали») друг на друга при каждом удобном случае, притом за соответствующее материальное вознаграждение. По крайней мере, предпринимаемые в последние годы попытки ввести во властно-управленческих структурах подобные меры взаимоконтроля ничего пока не дают. Коррупция настолько глубоко «засела» в этих структурах, что чиновники часто идут на любые ухищрения для того, чтобы «отмазать» любого «засветившегося» на взятке коллегу.

Что касается «телефонов доверия», то они у нас в основном или «молчат», или сообщают неправдивую информацию. Посредством последней люди обычно стремятся как-то «насолить начальнику» или свести счеты за различные обиды.

Не можем мы и установить чиновникам столь же высокие оклады, какие им обычно выплачиваются за рубежом – и достаточных денег у нас для этого нет, и это может вызвать осуждение у нашего населения, которое в значительной своей части пребывает еще в бедности, и, как показывает жизнь, само по себе увеличение окладов, например, полицейским приводит у нас лишь к увеличению размеров взятки, а заодно и к росту других, помимо коррупционных, злоупотреблений.

Те же полицейские, как показали последние события в Казани и ряде других городов страны (где с задержанными, в том числе незаконно, допускались такие методы обращения, которые не практиковались даже в застенках НКВД), нередко воспринимают проявленную о них заботу государства как поощрение к дальнейшим злоупотреблениям. Некоторые рассуждают даже так: раз я теперь *полицейский*, то и вести себя должен как «истинный полицейский». И тут появляются в качестве «подручных средств воспитания российского народа», в частности, бутылки из-под шампанского, которые подчас заталкиваются человеку в задний проход, и тот от этого, случается, умирает.

Но все это отнюдь не означает, что мы не можем искать необходимый нам позитив за рубежом. И можем, и должны, но делать это надо, как говорится, не «с бухты-барахты», а на строго научной основе, путем тщательного проведения соответствующих аналитических исследований, постоянного мониторинга общественного мнения. Здесь следует основательно «поломать голову».

Понятно, что при разработке мер преодоления коррупции надо отталкиваться и от уже имеющегося у нас отечественного опыта в этом деле. Но, как показывает жизнь, одного этого тоже может оказаться недостаточно. Во всяком случае, то, что делалось у нас до последнего времени в рассматриваемом направлении, пока не дало ощутимых результатов. «Берут», как и «дают», буквально «по-черному». Кроме того, точно так же («по-черному») воруют, присваивают, растрачивают, мошенничают и т. д.

Уровень коррупции у нас пока не только не снижается, но и продолжает расти, демонстрируя к тому же нам все новые свои grimасы. Например, сегодня взятка довольно часто маскируется не только под «подарки», «спонсорскую помощь» и «выполнение работ», но и под премию за «хорошую работу», «оказание услуг особой важности», «консультацию», «лекцию», «советы», «маркетинговое обслуживание» и т. д.

Поэтому в наступлении на коррупцию должны быть намечены и осуществлены принципиально новые в качественном отношении шаги, то есть такие, которые ранее никогда и нигде не осуществлялись. Здесь нужны свои стратегия и тактика, силы и средства, методы и приемы.

При разработке необходимых для преодоления коррупции мер важно все же разобраться в том, какими конкретно особенностями характеризуется данное явление на нынешнем этапе развития страны. Ответ на данный вопрос может дать нам общее представление и о *причинах* коррупции, что, в свою очередь, может позволить установить и достаточно эффективные меры ее преодоления.

Обращают на себя внимание, прежде всего, семь таких особенностей, позволяющих делать выводы и о том, почему коррупция пустила столь глубокие корни на нашей российской земле и что надо делать для того, чтобы уровень ее существенно сократить, а в отдельных сферах жизнедеятельности, может быть, и вовсе покончить с ней.

### **Особенности нынешней коррупции**

*Первая особенность* коррупции в России состоит в том, что она приобрела у нас отчетливо выраженный *политический* характер. Главной движущей силой перехода страны к достаточно развитому и цивилизованному ее состоянию должны стать, как известно, государственные органы, органы местного самоуправления, а также управленческие органы коммерческих и общественных организаций, но в настоящее время все они, включая их высшие эшелоны, настолько поражены коррупцией, что практически не способны играть предназначенную им роль. Поражены коррупцией, к сожалению, даже депутаты, сотрудники министерств и ведомств, генералы и высшее офицерство полиции и военных подразделений, судьи. Государство так и не станет у нас правовым, а общество – гражданским, если коррупция будет продолжаться и дальше галопировать подобно необъезженному скаковому коню.

Важно также не забывать о том, что переходный период развития нашего государства растянулся на десятилетия в значительной мере потому, что коррупция у нас приобрела невиданный размах. Достаточно сказать, что по ее уровню наша страна соседствует в соответствующих рейтингах с Зимбабве и Гвинеей. Примерно там же Россия – и по материальному уровню жизни людей, реальному пользованию правами, по социальному обеспечению. Хотя по основным экономическим показателям, как утверждает Д.А. Медведев, наша страна – шестая в мире. Получается, что вывозимые за рубеж ресурсы (а именно они определяют столь высокий экономический показатель нашей страны) работают не столько на рядовых людей, сколько на олигархов, чиновников, высших должностных лиц армии, флота, полиции, прокуратуры, ФСБ, судей и т. д.

Коррупция сводит по существу на нет все усилия по модернизации страны, а следовательно, представляет собой прямую угрозу ее национальной безопасности. Дело приобретает такой оборот, что ситуация в стране может вообще пойти вспять, если уже сегодня не предпринять какие-то экстренные антикоррупционные меры. Могут оказаться окончательно опрокинутыми все демократические достижения первого и начала второго десятилетий нового века. Кроме того, может произойти демонтаж тех ценностей, которыми мы пока еще располагаем – может быть, в силу соответствующих «недоработок» определенных враждебных нам кругов Запада, Востока и Юга, делающих все для того, чтобы Россия как страна, претендующая на восстановление своего бывшего статуса мировой державы, вообще прекратила свое существование.

И действительно – без широкомасштабного наступления на коррупцию наша страна и дальше будет терять одну позицию за другой, в результате чего могут все больше активизироваться сепаратистские и прочие деструктивные настроения, и новый этап развала страны может на самом деле стать лишь вопросом времени.

*Вторая особенность* коррупции в нашей стране состоит в том, что она имеет ярко выраженный *экономический* характер, так как совершается в основном в сфере отношений бизнеса и власти. Данная коррупция, рассматриваемая со стороны власти, имеет отчетливо выраженное политическое лицо. Если же на коррупцию посмотреть со стороны бизнеса, то весьма выразительно «высвечивается» ее экономическое содержание. Как только предприниматель пошел на сговор с властью, сразу же начинают подтачиваться, с одной стороны, конкурентные основы рыночной экономики, а с другой – демократические основы нашей государственности. Бизнес теряет всякую способность к сопротивлению коррупционному прессу со стороны власти, а поэтому соответствующие аппетиты власти непомерно растут, размах коррупции все больше, сферы ее распространения – все более обширны.

Однако рано или поздно наступает такой момент, когда размеры коррупционных поборов возрастают настолько, что значительно превышают соответствующие возможности бизнеса, и последний в таких условиях все больше осваивает теневые формы своей деятельности, но и они имеют свои пределы. В результате экономика дает сбой, топчется на месте, а в целом постепенно вообще разрушается. При этом, естественно, утрачиваются и позиции власти, чем, конечно же, могут воспользоваться сепаратисты, заявив о выходе своих регионов из состава России. И тогда уже *она*, вслед за бывшим СССР, прекратит свое существование. Останется, может быть, лишь какой-то анклав вокруг Москвы с названием типа «Московия», «Русь», «Русь Московская» или что-либо в этом роде. И, наверное, найдется немало «политиков», которые скажут, что так оно, собственно, и лучше – давно, мол, уже Москва существует сама по себе, «как государство в государстве», как мегаполис какого-то «особого назначения».

Таким образом, сегодня становится совершенно очевидным, что если бизнес и власть и дальше будут вести между собой диалог не на языке общей заинтересованности в делах страны, а на языке коррупции, то разрушительные процессы будут развиваться настолько стремительно, что на каком-то этапе остановить их станет практически невозможным. Власть просто окажется неспособной влиять на события.

Весьма досадным является то обстоятельство, что коррупция не только не позволяет значительной части нашей экономики выйти из «тени», в том числе отказаться от так называемых серых зарплат, от других способов укрытия от уплаты налогов, от ухода от добросовестной конкуренции, но и, напротив, все больше загоняет ее в «тень». В результате рыночные механизмы у нас по существу не «работают», настоящей конкуренции нет или почти нет, техника и технологии безнадежно устаревают – причем как физически, так и морально, а новые их виды – не внедряются, в результате чего страна по-прежнему вынуждена опираться на вывоз ресурсов, что, в свою очередь, ведет к обворовыванию будущих поколений, поскольку пока нет никаких предпосылок к тому, чтобы целиком и полностью перейти на принципиально новые или возобновляемые источники энергии.

Лицензионное, банковское, таможенное дело, госзакупки, оборот земельных участков, иной недвижимости – все это сегодня загнано в весьма жесткое коррупционное поле, в котором, как и в известном нам лабиринте, «нет выхода, есть только вход, и тот – не тот». В результате в стране основательно дестабилизируется правопорядок, усиливается стремление власти к тому, чтобы в наведении порядка все больше опираться на излюбленные методы «тащить и не пущать», к рычагам власти и управления, к политическим высотам, к ключевым отраслям экономики все больше подбираются преступные сообщества, а простые люди продолжают между тем «нищать и пиццать».

Чем все это может кончиться? Естественно, все тем же полным социальным, экономическим и политическим параличом, коллапсом, стагнацией, а попросту говоря – «армагеддоном», давно предсказываемым древними, средневековыми и нынешними «прорицателями».

Разомкнуть коррупционную смычку бизнеса и власти – это означало бы не только предотвратить «вселенский армагедон», но и спасти сами бизнес и власть, которые еще долго и по-настоящему могут послужить стране, народу, гражданам.

*Третья особенность* российской коррупции состоит в том, что она носит у нас ярко выраженный *социальный* характер. Страну захлестнула не только так называемая верхушечная, но и низовая (так называемая бытовая) коррупция. Буквально все сферы жизнедеятельности охвачены ею, в том числе сервисные службы, здравоохранение, образование, ЖКХ. В результате этого богатые становятся еще более богатыми, а бедные – соответственно еще более бедными. Контрасты в обществе становятся настолько разительными, что достаточно одной «искры» и из нее может «возгореться пламя». Толпы нищих духом и материально не обеспеченных людей, в том числе людей малокультурных и малообразованных, деклассированных и просто криминальных, подстрекаемых различными экстремистами, могут пойти на захваты предприятий и учреждений, органов власти и управления, на разрушение зданий и сооружений, на опрокидывание, взрывы и поджоги машин, на бесцельное времяпрепровождение и даже на *полный отказ* от всякой трудовой или иной общественно полезной деятельности.

Может произойти также фетишизация разного рода демагогов и экстремистов, которые способны направить стихию в нужное им русло окончательного уничтожения еще существующих, но уже начавших расшатываться у нас демократических институтов. Процедура оболванивания народа в духе возможности быстрого обретения западных стандартов жизни путем «изменения существующего строя» по существу уже начата и она может прийти к своему логическому завершению, если, конечно, в нашем отношении к коррупции все будет оставаться, как и раньше.

*Четвертая особенность* коррупции «российского разлива» состоит в том, что она с течением времени приобретает все более выраженный отрицательный *морально-нравственный* характер. «Брать» и «давать» сегодня считается «нормальным», а «не брать» и «не давать» – соответственно «ненормальным».

С одной стороны, коррупция вошла, образно говоря, в наши плоть и кровь, стала своеобразной традицией, данью тому времени, когда у нас без коррупции вообще и шагу нельзя было ступить, а с другой – люди, достаточно наглядно видя это явление, воочию убеждаются в том, мы в основном ругаем коррупцию, да при этом еще и говорим, что вопрос борьбы с ней – это еще и вопрос культуры. Поэтому пока у нас не будет должной культуры – ничего, мол, не будет, в том числе и порядка «в танковых войсках», то есть в работе механизмов власти и управления.

Распространенность и допустимость коррупции довольно часто признаются в настоящее время едва ли не неизбежными. С коррупцией, мол, сегодня ничего поделать нельзя, ее лишь можно как-то взять «под контроль», «стреножить», «обуздать», «уменьшить», «снизить» и т. д. Таким образом, у людей складывается такое впечатление, что в стране лишь создается видимость борьбы с коррупцией, а на самом деле государство ее «лелеет и холит», пытается с ней как-то все же «ужиться», «сработаться», «смириться». Наблюдается определенный момент лицемерия: коррупция – это плохо, но если уберем ее, то все в стране рассыплется как карточный домик. Поэтому тут якобы надо действовать без спешки, постепенно, не «пороть горячку», не «рубить с плеча». Время «махать шашками», мол, прошло и надо остановиться, осмотреться, подумать, поразмышлять. И только потом можно будет начинать что-то делать серьезное.

Между тем возрастает накал так называемой агрессивной коррупции, причем с обеих сторон коррупционных отношений – как со стороны подкупаемости, так и со стороны подкупа. Не желаешь «давать» или «брать» – будет «хуже». И действительно – отказ как «давать», так и «брать» довольно часто у нас оказывается «наказуемым», поскольку рассматривается как определенный отход от «нормы», как какое-то совершенно недопустимое «чистоплюйство» и даже как некий «протест против устоев», как некая угроза самому заведенному исстари порядку вещей. И, как показывает жизнь, всегда находится достаточное число «свидетелей» для того, чтобы посадить «строптивца» (то есть человека, не желающего «брать» или «давать») в тюрьму или напугать его подобной перспективой – если не «до смерти», то, по крайней мере, так, что потом он десять раз подумает, прежде чем отказаться «брать» или «давать». В этом видится еще один симптом, связанный с коррупцией: определенная часть общества разлагается в морально-нравственном отношении быстрее, чем создаются предпосылки ее морально-нравственного оздоровления и возвышения.

*Пятая особенность* коррупции, с которой столкнулась наша страна в переходный период своего развития, – это особенность, которую можно было бы назвать организационной. Она состоит в том, что рассматриваемое зло приобрело у нас *системный* характер, а следовательно, требует ответных *системных* антикоррупционных мер. И не только ответных, но и наступательных, предупредительных мер, мер решительно вытесняющего характера.

Системный характер коррупции проявляется не только в том, что она – *везде*, но и в том, что в обществе и государстве есть система факторов, которые *закономерно и неизбежно* ее производят. Устранять эти факторы надо в их совокупности, а не по одному. Устранение лишь каких-то одних из них не даст результата, так как система их быстро восстанавливает, причем во все более умножающемся и опасном виде. Это все равно что сказочному многоголовому чудовищу отрубаят одну голову, а вместо нее тут же вырастают две или три новых.

Сегодня весьма трудно найти у нас такого управленца, к рукам которого не «прилипали» бы ценности, с которыми он прямо или косвенно работает либо которые ему предлагают в качестве мзды за оказанную в связи с занимаемой должностью «услугу». Это – как оказаться в воде и выйти из нее сухим. К великому сожалению, в коррупции погрязли не только, так сказать, *обычные* чиновники, но, как отмечалось выше, также депутаты, судьи, сотрудники правоохранительных органов, военизированных структур, работники коммерческих, политических и других общественных организаций, средств массовой информации. Шансов на спасение ситуации остается все меньше, хотя они, конечно же, еще есть и ими надо, безусловно, воспользоваться.

Организационная особенность нынешней нашей коррупции проявляется еще и в том, что главная ее часть и все ее истоки – именно в ее «голове», то есть именно в верхних эшелонах власти и управления. Вот эта самая так называемая верхушечная коррупция, подобно мощному насосу, высасывает из общества буквально всю его кровь. Устремляясь снизу вверх, коррупционные потоки обескровливают

низы и переполняют «кровью» верхи, у которых от этого кружатся головы, и они с усердием, достойным лучшего применения, неустанно «сосут», «сосут» и «сосут». Если голова коррупционного «чудища» в политической, экономической, правоохранительной и военной коррупции, то его хвост – в коррупции бытовой, которая, конечно же, тоже нуждается в «отсечении».

*Шестая* особенность нынешней нашей коррупции состоит в том, что далеко не вся она «улавливается» *правом*. Несмотря на большие и малые «ремонты» правовой основы наступления на коррупцию последних лет, она все еще остается пока рыхлой, невыразительной, слабо «заточенной» на прицельное преодоление данного явления. Сама коррупция, как отмечалось выше, имеет системный характер, а правовая система наступления на нее все еще бессистемна, полна пробелов и дублирований, терминология закона часто неоднозначна и буквально «хромает» и «гуляет», в силу чего она далеко неполно и неточно обозначает то многоликое явление, которое с использованием силы закона должно вытесняться из нашей жизни.

Наконец, *седьмая* особенность нашей нынешней коррупции состоит в том, что любой чиновник в *организационно-техническом* отношении располагает едва ли не тысячью способами как «брать», так и «давать». Для этого у него есть персональный кабинет, в котором «глухо как в танке», бронированный сейф, персональная машина с тонированными стеклами и многое другое. Ниже мы внесем свои предложения по тому, как, на наш взгляд, надо «обустроить» рабочее место чиновника с тем, чтобы он даже физически не мог бы ничего вымогать у посетителя. И не то чтобы вымогать, но даже намекнуть на «цену вопроса».

Итак, не повторяя того, что у нас уже делается в направлении преодоления коррупции, и не копируя (механически или каким-либо иным образом) соответствующий положительный зарубежный опыт, а именно с учетом отмеченных выше особенностей коррупции попытаемся предметно и последовательно ответить на вопрос о том, что же *дополнительно* (кроме того, что уже делается у нас и за рубежом) надо сделать для преодоления (ограничения, блокирования, искоренения, устранения, вытеснения...) коррупции – то есть чтобы ее у нас стало значительно меньше, а по возможности из каких-то сфер жизнедеятельности она и вовсе ушла.

Мы предлагаем, говоря военным языком, нанести по коррупции семь достаточно сильных ударов, в результате чего о коррупции если мы и будем когда-либо вспоминать, то разве что, может быть, только в учебниках по истории – для младших классов. Кому-то это заявление может показаться уж слишком залихватским, но без определенных амбиций в антикоррупционном деле тоже не обойтись. Главное, чтобы внесенные предложения все же *осуществлялись*, а не оставались, как это часто еще у нас бывает, в плоскости «протокола о намерениях».

Основной акцент в своих предложениях мы делаем на формировании эффективной антикоррупционной правовой политики и, соответственно, эффективного антикоррупционного законодательства и эффективной практики его реализации, включая достаточно эффективное его применение. Без использования пусть, может быть, в чем-то неуклюжей и даже несколько грубоватой, но крайне необходимой в соответствующих случаях силы уголовного закона «гордиев узел» коррупции не разрубить – настолько силен союз «партнеров» по коррупции, соединившихся в пылком экстазе удовлетворения взаимных корыстных интересов по известной формуле: ты – мне, я – тебе. Другое дело, что уголовно-правовая сила должна здесь (как, впрочем, и везде) использоваться максимально точно, рационально, прицельно, с учетом всех звеньев такого многоликого явления, каким является на сегодняшний день наша российская коррупция.

Но, конечно же, сами по себе уголовно-правовые меры здесь ничего не дадут, если одновременно не будут предприниматься и иные правовые меры, и меры организационно-технические, а также соответствующие меры политического, экономического, социального, морально-нравственного и собственно организационного характера.

Начнем с последних, а затем уделим внимание правовому блоку антикоррупционных мер, а в завершение данного материала – блоку мер организационно-технического характера.

Итак, что надо делать для преодоления коррупции?

### **Меры преодоления коррупции**

*Первое.* Надо, грубо говоря, отсечь власть от партий, а партии – от власти. Если политик стал государственным деятелем, то вся его дальнейшая деятельность должна сводиться не только и не столько к удержанию власти (как это часто у нас еще бывает), сколько к ее осуществлению на благо страны. Департизация чиновничества, полиции, прокуратуры, ФСБ, разведки, контрразведки, таможенных и налоговых органов, армии и флота (как водного, так и воздушного) – один из актуальнейших вопросов нашего времени.

В свое время Б.Н. Ельциным была упразднена такая «партия власти», как бывшая КПСС. В настоящее время та же участь может постигнуть и такую «партию власти», как «Единая Россия». Другое дело, что столь же решительного лидера для подобных дел у нас пока нет и вряд ли он в ближайшее время появится. Ни в одной стране нет такой «партии власти», которая формировалась бы по принципу принадлежности ее членов к когорте чиновников, полицейских, прокуроров, сотрудников ФСБ,



уголовно-исполнительной системы, налоговой службы, таможенных органов, органов наркоконтроля, следственных органов, армии, флота, военной авиации, ВДВ, разведки, контрразведки, космических войск, членов их семей, а тем более играла бы роль руководящей и направляющей силы общества.

Напомним в данной связи содержание ст. 6 Конституции СССР 1977 года. «Руководящей и направляющей силой советского общества, – говорится в ней, – ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза...

Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяет генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР, руководит созидательной деятельностью советского народа, придает планомерный, научно обоснованный характер его борьбе за победу коммунизма»<sup>1</sup>.

Именно наличие у «партии власти» такой возможности (быть руководящей и направляющей силой общества) придает ей, с одной стороны, по существу беспредельную взяточность, а с другой – практически полнейшую безнаказанность за всякие коррупционные действия. Поэтому все партии должны быть выведены за рамки власти, а власть – за рамки партий. То есть в данном случае речь должна идти о департизации силовых и прочих властно-управленческих структур. Лозунг «лишить КПСС всевластия» был в свое время знаменем всех демократических сил, но, как говорится, за что боролись, на то и напоролись. Сегодня олицетворением всевластия является «Единая Россия», и похоже, что с этим все смирились. А правильно ли это? Нет, неправильно. Наступать дважды на одни и те же грабли не положено. Результат этого известен.

*Второе.* Надо отделить бизнес от власти, а власть от бизнеса. Негоже, если один и тот же человек одной рукой управляет государственными делами, а другой – бизнесом. Или, напротив, одной рукой «крутит» бизнес, а другой – тянется к рычагам государственного управления. На определенном этапе, когда у нас практически некому было заниматься бизнесом, так, может быть, было и необходимо. Но сейчас, когда у нас значительно вырос класс предпринимателей, сидеть чиновникам на двух стульях уже нельзя – и бизнес страдает, и система управления рушится. Мавр сделал свое дело – мавр должен уйти. Надо человеку определяться в том, где его истинное место – в бизнесе или во власти. И если человек избрал какую-то одну стезю из этих двух, то другая должна быть для него заказана – если это, конечно же, не спорт, не искусство, не наука, не преподавание и не какие-то другие сферы творческой или иной, не связанной с предпринимательством деятельности.

В системе мер вытесняющего «нажима» на коррупцию важное место должны занимать меры по контролю за доходами и расходами чиновников. Но здесь тоже должны быть определенные пределы для вмешательства государства в частную жизнь людей, состоящих на государственной или муниципальной службе. Заявление Д.А. Медведева о том, что «люди, которые подают декларацию, должны понимать, что они не обязательно окажутся в тюрьме»<sup>2</sup>, мало успокаивает. Ведь в этих словах содержится и прямое признание того, что каждая такая декларация может все же стать для чиновника фактически (и юридически тоже) приговором самому себе. Тут надо подумать о соответствии подобных деклараций ч. 1 ст. 51 Конституции РФ, гласящей, что «никто не обязан свидетельствовать против самого себя».

Гораздо более эффективным выходом из положения могли бы здесь стать цивилизованные средства контроля, позволяющие отслеживать сделки на суммы в десять и более миллионов рублей.

*Третье.* Надо сделать права человека реальными – тогда человек не будет обращаться к кошельку в каждом случае, когда чиновник, образно говоря, прижмет его к стенке. Не человек должен идти к чиновнику за своими правами, а чиновник должен по своей инициативе сам ему их предлагать – безусловно, при наличии к тому оснований и, разумеется, более или менее «любезно». Если у нас действительно, как считает Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации В. Лукин, «закон сильнее власти»<sup>3</sup>, то ему (закону) в равной мере должны подчиняться как рядовые граждане, так и чиновники, в том числе самого высокого ранга и звания и с полным пониманием того, что если принадлежащее гражданину по закону право не будет ему своевременно и без всякой волокиты предложено, то он, как минимум, лишится своей должности.

И, конечно же, надо формировать средства общественного контроля. Не только государство должно контролировать общество, но и общество должно контролировать государство. Следует повышать в этом деле роль институтов гражданского общества, постепенно разворачивая его лицом от интересов коррупционеров к интересам тех, кто страдает от коррупции. Сейчас же, например, правозащитные организации в значительной мере заняты в основном тем, что обслуживают интересы коррупционеров, наркоманов, педофилов, гомосексуалистов и других такого рода лиц.

<sup>1</sup> Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик. – М., 1988. – С. 8.

<sup>2</sup> Кузьмин В. Не питая иллюзий. Дмитрию Медведеву предложили доказать гражданам серьезность намерений власти в борьбе с коррупцией // Российская газета. – 2012. – 23 марта. – С. 2.

<sup>3</sup> См.: Лукин В. Закон сильнее власти: Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2011 год // Российская газета. – 2012. – 6 марта.

Сегодня гражданское общество как совокупность структур его самоорганизации все еще, как это ни странно, больше «работает» против общества, а не на него. Здесь сказывается то, что его структуры функционируют главным образом на основе не собственных источников финансирования, а за счет средств государства. Кроме того, что довольно часто – и за счет различных зарубежных организаций, в том числе и тех, которые нередко преследуют недружественные (а порой и просто враждебные) нашей стране цели. Важно, чтобы здоровая часть нашего гражданского общества как можно скорее повернулась лицом именно к законопослушному человеку. Для защиты интересов тех, кто посягает на права человека, есть адвокаты и другие профессиональные юристы.

Но и профессиональные юристы (прежде всего, разумеется, те же адвокаты) должны осваивать данное направление деятельности. Для этого должны создаваться соответствующие общественные фонды, которые могли бы сполна оплачивать соответствующие правовые услуги.

*Четвертое.* Необходимо развеять «миф о непобедимости» коррупции. Сегодня люди не верят в действительность намерений власти преодолеть коррупцию. Они в этом не верят ни судам, ни прокурорам, ни полицейским, ни кому бы то ни было вообще из разряда подобных «служителей закона», поскольку именно в правовых учреждениях коррупция больше всего разрослась и цветет пышным цветом. Так называемая бытовая коррупция буквально наступает на пятки так называемым «серединой», «верхушечной» коррупции, то есть той, которая господствует на региональном уровне и в верхних эшелонах власти и управления. Уже сейчас учителя, преподаватели специальных средних и высших учебных заведений, врачи, работники сферы ЖКХ и других низовых звеньев системы управления снимают совокупно с населения не меньшую «дань», чем та, которая уплачивается представителям власти предпринимателями.

Как преодолеть это? Полагаем, что в каждом конкретном случае выявления коррупции надо устраивать коррупционеру буквально такую «обструкцию» в средствах массовой информации, чтобы он потом даже сам не стремился вернуться к манипулированию рычагами власти и управления. Благо журналистов необходимого для этого дела профиля у нас более чем достаточно. Они уже давно оттачивают и без того достаточно острые свои перья для такого важного дела. Просто их следует нацелить на соответствующую работу по очищению общества и государства от коррупции.

Необходимо возродить жанр газетного фельетона, привлечь для его освоения наших выдающихся сатириков и юмористов, в том числе М. Жванецкого, М. Задорнова, Л. Измайлова и многих других мастеров острого критического слова, а также художников карикатурного жанра. В газетах и общественно-политических журналах нужны литературные рубрики, в которых печатались бы очерки, рассказы, стихи, размышления и т. д. В таких произведениях, так или иначе, будут затрагиваться вопросы преодоления коррупции.

В настоящее время у нас несколько «горячих» тем. Это коррупция, алкоголизм, наркомания, педофилия, проституция, разврат, проблемы семьи, школы, олигархи, нищенство, воровство, сырьевая зависимость, вступление в ВТО, ДТП, отсутствие новой техники и новых технологий, добросовестной конкуренции, налоги, таможенные дела, гастарбайтеры, дороги и, скажем так, наша интеллектуальная немощь. Все эти беды (двадцать одна беда) тесно взаимосвязаны. Решать какие-то из них и не обращаться (или мало обращаться) к другим – напрасный труд. Только хорошая литература даст нам комплексное представление о самих себе, а следовательно, и то, чего нам сегодня так не хватает для действительного продвижения вперед по пути цивилизованного и прогрессивного развития.

Настала пора приступить к возрождению ранее имевшихся у нас сатирических журналов – например, типа небезызвестного «Крокодила». Не все еще художники, поэты и писатели, работавшие когда-то в соответствующем жанре, сошли, так сказать, с дистанции, декомпьютировались, ударились в порнографию, детективы или «чтение лекций» за рубежом. Надо только начать, и дело пойдет.

В данной связи вспоминается ироничный рисунок 20-х годов прошлого века известного нашего поэта В.В. Маяковского (сделанный, правда, по другому поводу, но, как представляется, не без намека на коррупцию, которая давала о себе знать и во времена поэта) с запоминающейся подписью: «Все люди братья – люблю с них братья я». Хорошо сказано. Разве, например, такой наш полный энергии выдающийся поэт современности, как Е.А. Евтушенко, ничего столь же достойного не мог бы сочинить. Конечно же, мог бы, но надо, чтобы подобное творчество (наверное, труднейшее из всех творчеств) было востребовано нашими печатными изданиями.

Антикоррупционная тематика должна широко присутствовать в системе правового просвещения школьников и учащихся специальных средних и высших учебных заведений.

*Пятое.* Начинать разрушение системы коррупции следует с ее головной («верхушечной») части, то есть на федеральном уровне, а затем уже постепенно подходить к региональному и муниципальному уровням. Если верно то, что, как говорят в народе, «рыба гниет с головы», то именно с головы ее и надо «чистить» (а не «с хвоста»). Иначе «хвостом» только и будем заниматься, а «голова» будет здравствовать и смеяться над нами. К тому же «хвосты» тоже, бывает, отрастают у животных, с которыми мы порой метафорически сравниваем коррупцию. Как верно полагает директор по макроэкономическим исследованиям Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

С. Алексашенко, «борьба с большой коррупцией в высших эшелонах власти – залог успеха всего...»<sup>1</sup>. Но не потому ли нет успеха, что «бьем» коррупцию в основном по тем же «хвостам». Если «крупняк» и попадает, то, как правило, отделяется «легким испугом», а «мелкую рыбешку» тащим в «казематы» и при этом довольно неплохо отчитываемся о «проделанной работе по борьбе с коррупцией». Так долго продолжаться не может.

С учетом же, так сказать, «ведомственного» характера коррупции важно взяться, прежде всего, за коррупцию в сфере государственных и муниципальных аппаратов, правоохранительной и военной службы. Именно здесь коррупция укоренилась настолько глубоко, что «завалить» ее, как говорится, «одним махом» не представляется возможным.

Понятно, что здесь, как нигде, нужен научный подход, так как системный характер коррупции обуславливает необходимость формирования именно системного наступления на нее. Разработать систему необходимых для преодоления коррупции мер возможно только в рамках науки. И здесь важно формировать госзаказ на выполнение соответствующих исследований – помимо того, что такими исследованиями должны быть охвачены все государственные научно-исследовательские институты юридического, экономического, политического и других направлений, не говоря уже о вузовских творческих коллективах соответствующего профиля.

*Шестое.* Правовой уровень преодоления коррупции имеет несколько основных подуровней, а именно: общеправовой, гражданско-правовой, административно-правовой и уголовно-правовой. Реально в наступлении на коррупцию задействованы главным образом общеправовой и уголовно-правовой подуровни. Задача же заключается в том, чтобы активно использовать в этом деле также гражданско-правовой и административно-правовой подуровни. Но в принципе все отрасли нашего законодательства должны иметь отчетливо выраженную антикоррупционную направленность, включая законодательство трудовое, жилищное, экологическое, финансовое, таможенное, налоговое и т. д.

В реформируемое антикоррупционное законодательство целесообразно, по нашему мнению, внести ряд изменений, в том числе следующих:

1) термин «противодействие» в словосочетании «противодействие коррупции» предлагается в наших законах заменить на термины (в соответствующих контекстах) «преодоление», «устранение», «искоренение», «ограничение», «блокирование», «вытеснение» и т. д. – с тем, чтобы уже в самой законодательной терминологии достаточно четко проявлялась соответствующая наступательная сила.

Когда мы говорим о *противодействии* чему-то или о *борьбе* с чем-то, то в таком случае, скорее, лишь заявляем о своей негативной *позиции* по отношению к чему-то, о своем несогласии с чем-то, желании с чем-то поспорить. Что же касается решимости раз и навсегда покончить с этим самым «чем-то», то здесь нужна иная терминология. В «противодействии», которое, как известно нам еще из школьной физики, *равно* действию, как и в «борьбе», в которой еще не известно «кто – кого», нет даже предвосхищения того результата, к которому мы стремимся, наступая на то или иное зло. Ну а потом – ведь не *мы противодействуем* кому бы то ни было и в чем бы то ни было – в нашем стремлении достичь тех или иных поставленных перед собой целей. Мы – *действуем*, а *они* (коррупционеры), следовательно, нам *противодействуют*. Поэтому в нашем антикоррупционном законодательстве речь должна идти именно о *преодолении* (ограничении и т. д.) коррупции, а не о нашей с ней, так сказать, состязательности, которая безуспешно может продолжаться по существу вечно. Если мы действительно хотим превозмочь коррупцию, то с ней надо не бороться (по мере сил и возможностей противодействуя ей), а ее надо последовательно, настойчиво и, естественно, достаточно успешно преодолевать (устранять и т. д.);

2) предлагается уточнить в антикоррупционном законодательстве общее понятие коррупции, включив него любое корыстное или совершенное на почве иной личной заинтересованности деяние должностного или иного выполняющего управленческие функции лица, сопряженное с использованием должностных или иных служебных полномочий (в личных интересах);

3) следует четко определить (и достаточно точно «развести») в антикоррупционном законодательстве, в частности, следующие понятия:

– *коррупционное преступление* – преступление, состоящее в подкупности или подкупе должностного либо иного выполняющего управленческие функции лица, а равно не обусловленное подкупом злоупотребление такого лица, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекшее причинение *существенного ущерба* охраняемым законом объектам, в том числе злоупотребление, выразившееся в хищении, вымогательстве, причинении имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием либо ином подобном деянии, влекущем уголовную ответственность;

<sup>1</sup> Кузьмин В. Не питая иллюзий. Дмитрию Медведеву предложили доказать гражданам серьезность намерений власти в борьбе с коррупцией // Российская газета. – 2012. – 23 марта.

– *коррупционное административное правонарушение* – правонарушение, предусмотренное Кодексом РФ об административных правонарушениях и состоящее в подкупности или подкупе должностного либо иного выполняющего управленческие функции лица, а равно не обусловленное подкупом злоупотребление такого лица, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекшее причинение *ущерба* охраняемым законом объектам – без признаков коррупционного преступления;

– *коррупционное гражданское правонарушение* – правонарушение, предусмотренное Гражданским кодексом РФ и состоящее в подкупности или подкупе должностного либо иного выполняющего управленческие функции лица, а равно не обусловленное подкупом злоупотребление такого лица, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекшее причинение *вреда* охраняемым законом объектам – без признаков коррупционного административного правонарушения или коррупционного преступления;

– *иное коррупционное правонарушение* – правонарушение, влекущее в соответствии с действующим законодательством РФ дисциплинарную ответственность и состоящее в подкупности или подкупе должностного либо иного выполняющего управленческие функции лица, а равно не обусловленное подкупом злоупотребление такого лица, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности – без признаков коррупционного гражданского правонарушения, коррупционного административного правонарушения или коррупционного преступления;

4) предлагается исключить из правовой лексики понятие «*коррупционный проступок*», поскольку оно переводит коррупцию в плоскость как бы аморального поведения либо поведения, нарушающего лишь нормы профессиональной этики. С одной стороны, должностное или иное выполняющее управленческие функции лицо, совершившее коррупционный проступок, отделяется, образно говоря, «легким испугом», а с другой – любой коллега (а тем более журналист) получает все основания называть это лицо «коррупционером». Возникает в данной связи вполне закономерный вопрос о том, как же в этом случае сохранять служащего на работе? Если он – коррупционер, то, как и любой другой «вор», «должен сидеть в тюрьме».

Наряду со всем этим, предлагается произвести ряд преобразований непосредственно в самом уголовном законодательстве, в том числе следующих:

1) расширить перечень оснований освобождения от уголовной ответственности за дачу предмета подкупа – как при взятничестве, так и при коммерческом подкупе. Более того, следует, на наш взгляд, установить в законе такое правило: если кто-то кому-то передал предмет подкупа, но сообщил об этом, скажем, в прокуратуру, то предмет подкупа возвращается взяткодателю, но... в двойном размере – и, естественно, за счет того, кто данный предмет принял. И при этом в обязательном порядке должен удовлетворяться тот интерес, ради которого пришлось дать предмет подкупа (разумеется, если этот интерес законный). Понятно, что могут быть случаи, когда «предметодателя» все же следует привлекать к ответственности, но это не должна быть ответственность уголовная. Достаточной здесь может быть ответственность гражданско-правовая или административно-правовая – в особенности, если инициатором коррупционного взаимоотношения «предметодатель» не являлся;

2) уточнить в законодательстве понятие предмета подкупа (в отношении как взятничества, так и коммерческого подкупа), включив в него дополнительно *любые взаимно выгодные той и/или другой стороне коррупционного взаимоотношения деяния*, начиная от обычных, так сказать, житейских услуг (естественно, не только имущественного характера) и кончая услугами сексуального и иного подобного характера.

При этом следует учитывать, что как взятничество, так и коммерческий подкуп характеризуются *двумя* предметами, а именно *предметом подкупа* (предметом, который дается «предметодателем» и который получен «предметополучателем») и *предметом подкупности* (предметом, который взаимнообразно оказывается «предметобрателем» в интересах «предметодателя»). И тот, и другой предмет – не обязательно имущественного и иного материального характера. Это могут быть и «вещи» совершенно другого рода – например, секс, положительный отзыв в прессе, лестное выступление на публике и т. д. Это могут быть и одни лишь какие-то обещания друг другу – например, о каких-то, скажем так, взаимных знаках внимания в отношении друг друга.

То есть коррупция, в основе которой – подкуп и подкупность, должна «улавливаться» уголовным законом уже на стадии, так сказать, заключения самой коррупционной сделки, причем даже без взаимного (двустороннего) или одностороннего (но ранее согласованного) выполнения «обязательств по ней»;

3) по типу применяемой к педофилам химической кастрации к должностным и иным выполняющим управленческие функции лицам за совершение ими наиболее опасных коррупционных преступлений применять еще имущественную и должностную (служебную) «кастрацию» (позволим себе и здесь воспользоваться этим звучным термином), то есть соответственно конфискацию имущества (без права располагать в течение всей жизни имуществом сверх определенного приговором лимита) и пожизненное лишение права занимать руководящие, контролирующие, материально ответственные или иные должности в государственных органах либо органах местного самоуправления;

4) если коррупция должностного или иного выполняющего управленческие функции лица выразилась не соответственно в получении или даче предмета подкупа, а в совершении иного коррупционного преступления (злоупотреблении должностными полномочиями, присвоении, растрате, вымогательстве, причинении имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием и т. д.), то имущественная и должностная (служебная) «кастрации» тоже должны применяться к виновным. Решающим при выборе данной меры должно быть как то, сколько «нахапал» коррупционер, так и то, какой ущерб он причинил своим преступлением правоохраняемым интересам. Определенным ориентиром для решения такого рода вопросов может служить размер принадлежащего виновному или его близким родственникам имущества, законность происхождения которого владелец не может должным образом подтвердить;

5) если наш законодатель действительно пойдет на введение конфискации в отношении имущества тех чиновников, которые не смогут достаточно внятно и убедительно объяснить законность его происхождения, то такую конфискацию следует распространять только на такое имущество сомнительного происхождения, которое по сумме намного (как минимум, в два раза) будет превышать то имущество, которое получено лицом законным путем. В случае же превышения названного критерия (как минимум, в два раза) не только конфискация имущества должна быть возможной, но и соответствующему новому закону (устанавливающему конфискацию имущества) должна придаваться обратная сила. Правда, реализация данного предложения не согласовывалась бы с ч. 1 ст. 54 Конституции РФ, прямо запрещающей придание закону, устанавливающему или отягчающему ответственность, обратной силы, но одновременно с возвращением в систему наказаний конфискации имущества можно было бы сопроводить приведенное конституционное положение соответствующей оговоркой – относительно отдельных особо опасных преступлений и особого порядка придания более строгому закону обратной силы (например, посредством принятия по данному поводу *исключительного закона*). Если же государство будет, образно говоря, закрывать глаза на имущество сомнительного происхождения, то это имущество будет «светиться» словно бельмо на глазу у общества;

б) установить более строгую уголовную ответственность за коррупцию в особо важных сферах деятельности – высокочинной, правоохранительной и военной. «Торговать» высшей властью, правосудием, оборонными делами должно быть чревато для коррупционера более строгой ответственностью, чем, скажем, «торговать» койкоместом в больнице, местом в детском садике, тюремной камере с солнечной стороны или... на кладбище.

Здесь следует подумать и об *обязательности* лишения свободы, запрете на условное осуждение, разного рода отсрочки, условно-досрочное освобождение, замену наказания более мягким, чем предусмотрено законом, амнистию, помилование и т. д., а также об обязательности пожизненной судимости (не сгораемой, то есть не снимаемой и не погашаемой).

Сегодня мы не можем возвращаться к «гражданской казни» (когда признанный виновным в совершении преступления человек ставился на площади на колени, на грудь ему вешалась табличка «Государственный преступник», а над его головой офицер ломал шашку), а тем более к «торговой казни» (когда людей на торговых площадях каждый желающий мог бить сколько ему заблагорассудится – это обычно заканчивалось смертью приговоренного), но какие-то достаточно цивилизованные альтернативы всему этому, думается, все же надо искать. Конечно, не следует коррупционерам вешать таблички на грудь с надписью «Я – коррупционер!», ломать шашку над их головами, а тем более заковывать в кандалы или забрасывать камнями, но восстановить в системе наказания, например, такую меру, как *общественное порицание* (в варианте – «государственное порицание»), которое исполнялось бы с обязательным объявлением о приговоре в прессе, было бы, думается, полезным. Возможно проставление в каких-то наиболее опасных случаях и соответствующего штампа в паспорте (с указанием: лишен пожизненно права на имущество, на занятие каких-то должностей, на погашение и снятие судимости и т. д.).

В целях преодоления коррупции предлагаются также следующие (более конкретные) изменения в уголовном законодательстве:

1) дополнить прим. 1 к ст. 285 УК РФ указанием на то, что в смысле субъектов уголовной ответственности по статьям гл. 30 Уголовного кодекса РФ к должностным лицам приравниваются лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих или иных организациях. Целесообразно раскрыть здесь понятие лица, выполняющего управленческие функции в коммерческих или иных организациях (прим. 1 к ст. 201 УК РФ). То есть в УК РФ следует внедрить ту правовую конструкцию, которая содержится в ст. 2.4 Кодекса РФ об административных правонарушениях – Кодекса, принятого в 2001 году, спустя 5 лет после принятия ныне действующего Уголовного кодекса РФ (1996 года). Если законодатель сказал «А» в Кодексе РФ об административных правонарушениях в 2001 году, то он должен сказать и «Б» – в Уголовном кодексе РФ, который у нас действует в настоящее время;

2) гл. 23 УК РФ признать утратившей силу. При этом прим. 2 и 3 к ст. 201 УК РФ необходимо адаптированно включить в состав примечаний к ст. 285 УК РФ;

3) ст. 290 УК РФ «Получение взятки» назвать так: «Продажность должностного лица», а ст. 291 «Дача взятки» – «Подкуп должностного лица». В той и другой статье целесообразно отразить обеща-

ния и/или согласия (как с той, так и с другой стороны) в качестве одного из возможных двух «предметов» заключения коррупционной сделки. Следует ввести в законодательство понятие заключения коррупционной сделки, специально криминализовав соответствующие деяния, а также детально описать содержание, с одной стороны, предмета подкупа (что дается и что соответственно принимается), а с другой – предмета подкупности (что оказывается «предметополучателем» «предметодателю»). Здесь, как отмечалось выше, надо допустить возможность любых выгод (а не только имущественных), услуг, удовлетворений интересов (как «здоровых», так и «нездоровых»), причем как с той, так и с другой стороны;

4) ст. 290 УК РФ дополнить примечанием следующего содержания: «Должностное лицо, действовавшее в условиях подкупа, может быть освобождено от уголовной ответственности, если до возбуждения уголовного дела оно добровольно сообщит органам власти о случившемся»;

5) квалифицированные (особо квалифицированные) составы коррупционных преступлений (ст. 145<sup>1</sup>, 160, 285, 290, 291 УК РФ и другие) дополнить признаком совершения соответствующих деяний в *особо опасных коррупционных формах*, а именно: систематически, в виде промысла, по совокупности с другим коррупционным либо иным преступлением. Понятие особо опасных коррупционных форм целесообразно дать в примечании к ст. 145<sup>1</sup> УК РФ, в которой данный квалифицирующий (особо квалифицирующий) признак мог бы встречаться впервые;

6) дополнить УК РФ ст. 204<sup>1</sup>, в которой было бы криминализовано посредничество в коммерческом подкупе;

7) ч. 3 ст. 17 УК РФ дополнить словами: «за исключением случаев, когда специальная норма предусматривает более мягкое наказание (в сравнении с наказанием, устанавливаемым общей нормой), явно недостаточное для реализации установленных уголовным законом принципов»;

8) ч. 1 ст. 63 УК РФ дополнить указанием на такое отягчающее обстоятельство, как совершение преступления руководителем в отношении подчиненного или подчиненным – в отношении руководителя.

Наряду с этими предложениями следует также издать постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении законодательства об ответственности за коррупционные преступления», в котором содержались бы, в частности, следующие разъяснения:

1) должностное или иное выполняющее управленческие функции лицо, действовавшее в условиях подкупа, *может быть освобождено от уголовной ответственности*, если условия подкупа создавали для должностного или иного выполняющего управленческие функции лица состояние крайней необходимости;

2) если инициатива в коррупционной сделке принадлежит «предметополучателю», то его надо привлекать к ответственности, наряду с получением предмета подкупа, еще и за *подстрекательство к даче предмета подкупа*. Если подстрекательство к даче предмета подкупа носит характер вымогательства, то «предметодателя» следует привлекать к ответственности еще и за *вымогательство* (по ст. 163 УК РФ) – кроме того, что он привлекается к ответственности за получение предмета подкупа, сопряженной с его вымогательством, за подстрекательство к даче предмета подкупа и *то злоупотребление, которое совершается им в связи с получением предмета подкупа*;

3) должностные или иные выполняющие управленческие функции лица, совершающие коррупционные действия в отношении подчиненных или вышестоящих лиц, *подлежат уголовной ответственности с учетом данного обстоятельства как отягчающего наказание*;

4) предмет подкупа *подлежит конфискации* в установленном законом порядке;

5) совершенные должностным или иным выполняющим управленческие функции лицом в интересах лица, передавшего предмет подкупа, действия *признаются в юридическом смысле недействительными, и нарушенная ими ситуация приводится в исходное состояние*.

Наконец, *седьмое*. В организационно-техническом плане предлагается «расприватизировать» кабинеты чиновников и иных управленцев, разместив в них также других сотрудников. Замечено, что если кабинет у руководителя «персональный», то буквально все его шкафы забиты снизу доверху подношениями. Если же руководитель работает в одном с другими сотрудниками помещении, то на полках его шкафов – одни деловые бумаги, книги, папки и т. д. Сразу видно, что человек здесь занимается делом, а не решением своекорыстных вопросов.

Кроме того, в каждом кабинете чиновника любого ранга и звания предлагается установить видеокамеру – как это сейчас делается в лифтах, у подъездов жилых домов, на избирательных участках и, в общем-то, везде. Мониторы с изображениями происходящего в кабинетах надо вывести в вестибюли учреждений, чтобы каждый желающий видел, чем занимается в рабочее время тот или иной управленец. Неплохо было бы, как мы полагаем, все это выводить и в Интернет.

Тогда чиновник уже не скажет посетителю, выразительно покручивая при этом указательным пальцем снизу вверх, о том, что, прежде чем идти к нему с тем или иным вопросом, «надо (фраза взята из реального разговора автора с одним из чиновников – проректором одного из крупнейших нижегородских государственных вузов. – П.П.) знать технологию его решения». А вопрос ставился всего

## **ДОКЛАДЫ НА ПЛЕНАРНОМ ЗАСЕДАНИИ**

---

лишь о разрешении студентке-заочнице (лаборанту кафедры – другого вуза) сдать экзамен, на который она в сессию не могла явиться по объективной причине – выполняла указание руководства об оформлении стендов своего вуза на Нижегородской ярмарке, о чем нам как заведующему кафедрой как раз и пришлось свидетельствовать перед проректором. Проректор «замкнул» на себя такого рода мелкие вопросы исключительно для того, чтобы как-то по-своему реализовывать придуманную им «технология» их решения.

Небезынтересно и то, что этот же проректор установил еще и такое весьма любопытное правило: если он по «своей» дисциплине не мог по какой-то причине лично сам принять экзамен у кого-либо из студентов, то другому преподавателю (ведущему ту же дисциплину) запрещалось ставить студенту оценку выше «удовлетворительно». Претендуешь на большее – иди все же к нему. А у него... – «технологии».

Рабочий (как и домашний) телефон (в том числе личный мобильный) чиновника должен быть снабжен записывающим устройством. Когда на карту поставлены авторитет и судьба государства, то тут не до церемоний.

Намеченные здесь семь ударов по коррупции, наряду с другими антикоррупционными мерами, способны, по нашему мнению, существенно снизить остроту данной проблемы. Слишком долго коррупция «топтала» нашу страну своими смертоносными «копытами», чтобы в преодолении ее можно было и дальше ограничиваться полумерами.

**А.Ф. Лубин**

*Лубин Александр Федорович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры криминалистики Нижегородской академии МВД России*

## **Тактические аспекты юридической аргументации в уголовном судопроизводстве**

Имеется несколько положений, которые в совокупности характеризуют актуальность проблематики данной статьи.

Во-первых, бесспорно, что дальнейшее развитие теории и практики уголовного судопроизводства требует новых идей методологического уровня, реализация которых существенным образом изменяет ключевые категории и понятия (например, представление о цели уголовного процесса и цели доказывания, принципе бифункциональности и др.)<sup>1</sup>.

Во-вторых, изменения концептуального характера более всего необходимы в досудебном производстве, поскольку требуется выбирать: либо сложившаяся национальная система уголовного процесса должна укрепляться, либо англо-саксонская модель будет и дальше расширять свое влияние<sup>2</sup>.

В-третьих, досудебное производство российского уголовного процесса нуждается в определенной «модернизации», когда становится ясной избыточность многих теоретических построений, когда виден дефицит того, что можно называть здравым смыслом и прагматизмом<sup>3</sup>.

С точки зрения насущных потребностей теоретического порядка и прикладного значения тема настоящей статьи сформулирована вполне компромиссно: с одной стороны, охватывается проблематика, входящая в одно из основных научных течений парадигмального характера (meinstrim), а с другой – тесно связана с практическими процедурами функций уголовно-процессуального доказывания и принятия решений<sup>4</sup>.

В российском уголовном судопроизводстве сложилась парадоксальная ситуация. Те авторы, которые исследовали вопросы теории доказательств и доказывания в уголовном процессе, рассматривали его функциональную характеристику, напрямую не связывали их сущность с целью уголовного процесса, а если и связывали, то не с целью, а с задачами, тогда функции «били» мимо цели, а само доказывание по уголовному делу становилось самоцелью<sup>5</sup>. Указанные – и близкие к ним по сути – методологические подходы не работают на внешний результат юридического процесса – законное, обоснованное и справедливое решение по уголовному делу. Сложившаяся ситуация автоматически вытесняет на дальнюю периферию научного познания и правоприменения проблему тактики юридической аргументации доказательственных систем.

На наш взгляд, исходным пунктом новых положений тактики юридической аргументации должно являться конструктивное представление о цели уголовного судопроизводства.

Многих процессуалистов, мягко говоря, удивило законодательное решение приведения понятия цели уголовного процесса в соответствие с коррелирующим ему понятием задач уголовного производства. Отсюда – всплеск активности публикаций на эту тему<sup>6</sup>.

«Вопрос о цели и назначении уголовного процесса, безусловно, представляется одним из стержневых, центральных вопросов данной отрасли права, поскольку непосредственно определяет приоритетные

<sup>1</sup> Лубин А.Ф. Функции и принципы уголовного судопроизводства: Монография / Ю.А. Гончан, А.Ф. Лубин, А.Р. Усиевич. – М., 2005. – С. 9.

<sup>2</sup> Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание по уголовным делам: Лекции / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – Н. Новгород, 2002.

<sup>3</sup> См. об этом: Лубин А.Ф. О цели и функциях уголовного процесса / Ю.А. Гончан, А.Ф. Лубин // Проблемы формирования правового, социального государства в современной России: Материалы V Всероссийской научно-практической конференции (Новосибирск, 28 октября 2009 года): В 2 ч. – Новосибирск, 2010. – Ч. 1. – С. 254–265.

<sup>4</sup> Гончан Ю.А. Уголовно-процессуальное исследование функций доказывания и принятия решений в досудебном производстве: Монография. – Ханты-Мансийск, 2009.

<sup>5</sup> Абашева Ф.А. Функциональная характеристика современного российского уголовного процесса / Ф.А. Абашева, Т.З. Зинатуллин. – М., 2008; Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: Монография. – М., 2004; Азаров В.А. Функция предварительного расследования в истории, теории и практике уголовного процесса России: Монография / В.А. Азаров, Н.И. Ревенко, М.М. Кузембаева. – Омск, 2006; и др.

<sup>6</sup> См.: Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. – СПб., 2005; Попов А.П. Уголовно-процессуальное целеполагание и достижение целей уголовного наказания / А.П. Попов, В.В. Сверчков, В.Т. Томин // Правоведение. – 2006. – № 2. – С. 93–95; и др.



направления и путь ее развития»<sup>1</sup>. С нашей точки зрения, цель, в которую верит правоприменитель, всегда относится к будущему. Однако она сильнее всего образом влияет на его действия в настоящем. Цель предопределяет всю технологию уголовного процесса. Потому она должна быть сформулирована просто и понятно.

Нам представляется до сих пор актуальной так называемая немецкая теория процесса как юридического отношения<sup>2</sup>. Эта теория в свое время нашла многих своих сторонников в России. Например, Н.Н. Розин часто подчеркивал огромное значение этой прогрессивной теории в деле разрушения остатков старого розыскного процесса. И далее утверждал: «Под процессом или судопроизводством в его широкой теоретической обрисовке разумеется взаимоотношение прав и обязанностей определенных субъектов, именно сторон и суда, имеющее своей задачей разрешение правового спора»<sup>3</sup>.

В уголовно-процессуальной литературе ФРГ цели уголовного процесса определяются по господствующей доктрине. Она гласит: «Целью уголовного процесса является достижение решения относительно уголовной ответственности (наказуемости) обвиняемого, соответствующего уголовному закону, обеспечиваемого процессуально правомерным путем, восстанавливающего правовой мир (правопорядок)». При этом подчеркивается, что «в уголовном процессе существует конфликт целей»<sup>4</sup>.

Совсем коротко сформулировал цель уголовного процесса судья Федерального Верховного суда ФРГ Лютц Мейер-Госнер: «Цель уголовного процесса – восстановление правового мира на пути добросовестного стремления к справедливости»<sup>5</sup>.

Примерно в этом же ключе обозначил цель уголовного процесса профессор Клаус Фольк: «Дефицит истины; дефицит справедливости; дефицит правового мира. Идея: преодолеть этот дефицит»<sup>6</sup>. На пути и в результате достижения указанной цели (в духе единого юридического процесса) могут быть решены многие «попутные» задачи<sup>7</sup>.

Все функции уголовного процесса, сколько бы их ни было, должны быть настроены на достижение единой и общей цели, получение определенного результата – законно, обоснованно и справедливо разрешить уголовно-правовой конфликт или уголовно-правовой спор.

После определения цели судопроизводства логично конкретизировать цель доказывания. Эта цель, на наш взгляд, состоит в формировании системы доказательств по уголовному делу, которая позволяет принять законное, обоснованное и справедливое уголовно-процессуальное решение. Само же доказывание складывается не только из традиционных элементов (собираания, проверки и оценки доказательств), в него, полагаем, входит и такой существенный элемент, как представление доказательств<sup>8</sup>.

Таким образом, тактика юридической аргументации относится ко всем четырем элементам доказывания по уголовному делу: 1) собиранию; 2) проверке; 3) оценке; 4) представлению доказательств. Иначе говоря, правомерно говорить: «аргументируй то, что собрал», «аргументируй то, что проверил», «аргументируй то, что оценил» и «аргументируй то, что представил».

Еще одно положение теории доказательств и доказывания нуждается в корректировке. Речь идет о так называемых уровнях доказывания<sup>9</sup>. В целом разделяя позицию В.Я. Колдина, полагаем, что существуют доказательства-аргументы (средства доказывания), а также доказательственные факты (предмет доказывания). Именно в таком контексте можно говорить о тактике юридической аргументации, тактике работы с доказательствами.

Информация о прошлом базируется на более длинной и более труднодоступной цепочке выводов, чем информация о настоящем<sup>10</sup>. Аргументацию познанной сущности, заключенной в следах преступлений,

<sup>1</sup> Белкин А.Р. Цель уголовного процесса и принцип справедливости // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. – Серия: Право. – 2006. – Вып. 2 (10): Материалы межрегиональной научно-практической конференции «Уголовное судопроизводство в теории, законодательстве и конкретных жизненных ситуациях». – С. 43.

<sup>2</sup> Rosshirt. Geschichte und System des deuchen Strafrechts. – Stuttgart, 1838. – S. 5.

<sup>3</sup> Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. – СПб., 1916. – С. 18.

<sup>4</sup> Roxin C. Strafverfahrensrecht. 24 Aufl. – Munchen, 1995. – S. 4.

<sup>5</sup> Цит. по: Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. – М., 2001. – С. 710.

<sup>6</sup> Volk K. Strafprozessrecht. – Munchen, 1999. – S. 4.

<sup>7</sup> К таким задачам относятся: 1) защита конституционных прав и свобод человека и гражданина; 2) защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, и одновременно личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод; 3) уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания; 4) отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию (ст. 6 УПК РФ).

<sup>8</sup> Гончан Ю.А. Функция доказывания по уголовным делам о преступлениях в сфере экономики / Ю.А. Гончан, А.Ф. Лубин // Экономическая безопасность России: политические ориентиры, законодательные приоритеты, практика обеспечения: Вестник Нижегородской академии МВД России. – Н. Новгород, 2006. – № 6. – С. 103–108.

<sup>9</sup> Насколько известно, эту методологическую модель предложил В.Я. Колдин. Однако ни процессуалисты, ни криминалисты, на наш взгляд, по достоинству не оценили ее потенциал. См.: Колдин В.Я. Уровни уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. – 1974. – № 11. – С. 86–102.

<sup>10</sup> «Разница между информацией о прошлом и настоящем состоит не столько в различии между прямым и косвенным наблюдением, сколько в разной длине цепочки умозаключений и силе сцепления составляющих ее звеньев». См.: Фоули Р. Еще один неповторимый вид. Экологический аспект эволюции человека. – М., 1990. – С. 108.

при одних условиях (объективных и субъективных) сделать относительно просто, а при других иногда не представляется возможным. Потому и всякий след события преступления только в принципе может стать доказательством-аргументом. Но может и не стать таковым. Правильно говорить о мере и степени сложности такого доказывания по следам<sup>1</sup>.

Можно сказать, что состязательное судопроизводство – тактическая игра сторон процесса с доказательствами по завоеванию определенного уголовно-процессуального решения. И в то же время тактика аргументации – противоположность «капризной игре». При этом тактику такой правомерной игры можно назвать искусством маневра информационными, организационными и техническими ресурсами каждой стороны. Особо важными представляются информационные ресурсы для выбора правильной тактики аргументации:

- 1) данные об участниках уголовного процесса, непосредственно вовлеченных в доказывание по уголовному делу со стороны обвинения и со стороны защиты;
- 2) сведения об уязвимых (слабых) местах доказательственной базы сторон уголовного процесса;
- 3) сведения, относительно возможностей и вероятного поведения стороны защиты в стадии судебного разбирательства;
- 4) сведения о частоте вероятности прохождения в суде аналогичных доказательственных баз обвинения (по аналогичным уголовным делам).

При этом вообще не должен стоять вопрос о «тактике для всех». Правомерно говорить – тактика аргументации для стороны обвинения, тактика аргументации для стороны защиты, тактика аргументации для суда.

Используемые при доказывании аргументы-доказательства должны отвечать следующим условиям:

- 1) в роли аргумента может выступать только то доказательство, достоверность которого может быть установлена любой из сторон процесса или судом;
- 2) аргументы-доказательства должны быть достаточными для выведения умозаключения;
- 3) между аргументами-доказательствами не должно быть противоречий;
- 4) достоверность аргумента-доказательства должна быть установлена независимо от доказательственного факта.

Можно выделить различные виды аргументов-доказательств:

- а) исчерпывающие («сильные» аргументы-доказательства, например, категорическое заключение эксперта-бухгалтера);
- б) главные аргументы-доказательства (предъявляются постоянно, при любом случае, например, видеозапись, из которой видно, что подсудимый полностью признает свою вину);
- в) спорные аргументы-доказательства (те, которые можно истолковать двояко: и «за», и «против» обвинения, например, документы, по которым видно, что подсудимый имел умысел на обман, но эти же документы показывают обратное);
- г) запасные аргументы-доказательства (доказательства, оставленные на «крайний случай», например, протокол очной ставки).

Р. Гаррис, оберегая субъекта доказывания от тактического риска в аргументации, отмечал, что «только в безнадежном положении можно рискнуть вообще»<sup>2</sup>. Однако при ближайшем знакомстве с книгой Р. Гарриса становится ясно, что автор в принципе не против тактического риска вообще. Он против необоснованного риска, который, как правило, связан с грубыми тактическими ошибками в доказывании. При этом он указывал: «Для того, кто учится только на практике, ошибки будут общим правилом, а избежание ошибок – счастливой случайностью». Иначе говоря, одна практика (без научных знаний) может только «развить и укрепить небрежность и неискусные приемы». Практика без теории «больше приучает к ошибкам, чем отучает от них»<sup>3</sup>.

Первая тактическая ошибка заключается в том, что доказательство предъявляется недостаточно убедительно. Аргумент-доказательство может быть весьма сильным по содержанию, но невыразительным по его представлению. Например, категорическое заключение эксперта-бухгалтера имеет неудачную редакцию, сформулировано в сложных и специфических терминах, а потому не производит должного впечатления на участников процесса.

Вторая тактическая ошибка выражается в том, что доказательство «смазывается», а потому не срабатывает в свою полную аргументационную силу. Так, одна лишь ссылка на протокол очной ставки в уголовном деле выглядит бледным аргументом по сравнению с хорошей цитатой из этого протокола.

<sup>1</sup> По аналогии: вряд ли корректно задавать вопрос о том, возможно ли отпереть конкретный замок посторонним предметом? Скорее всего, нужно ставить вопрос о степени сложности такого отпирания.

<sup>2</sup> Гаррис Р. Школа адвокатуры. – Тула, 2001. – С. 10. Р. Гаррис – английский юрист XIX века. Его уникальная монография служит и сегодня блестящим руководством к ведению уголовных дел. Правоведы девятнадцатого столетия считали это сочинение «украшением судебной литературы». В Англии книга выдержала 13 изданий. После 1911 года не издавалась в России.

<sup>3</sup> Гаррис Р. Школа адвокатуры. – Тула, 2001. – С. 11–12.

Третья тактическая ошибка состоит в «размазывании» аргумента-доказательства. Довод уже «отработан», надо продвигаться в аргументации дальше, но, например, прокурор-обвинитель излишне долго задерживается на одном и том же аргументе-доказательстве. Многословие, витиеватость, излишняя детализация лишают доказательства силы аргумента.

Четвертая ошибка – представление большего числа свидетелей, чем это необходимо для аргументации доказательственного факта. В этом случае сторона защиты может «придраться» даже к мелким и несущественным несоответствиям в их показаниях. Кроме того, есть вероятность, что кто-то из них в суде не выдержит перекрестного допроса. Тактически верный ход в том, что следует отобрать ключевых свидетелей, чьи показания удостоверяют важные доказательственные факты, свидетелей «представительных» (устойчивых под давлением защитника и оказывающих благоприятное впечатление на суд). «Во всяком случае, прежде чем требовать допроса свидетеля, сравните возможную пользу его показаний с возможным вредом»<sup>1</sup>. По-видимому, необходимо отвергнуть ненадежного (переменчивого) и подверженного влиянию свидетеля, если его показания не имеют решающего значения, дублируются показаниями других свидетелей.

Класс «позволительных» тактических приемов словесного состязания более обширный: уклонение от ответа, «уловка» витиеватости, «уловка» проволочек, отвлечение внимания и др. Все эти уловки этически нейтральные. Все зависит от цели их использования. Они могут превратиться в изощренный довод. Однако что касается суда, то, безусловно, они не допустимы. Например, судья, решая вопрос об удовлетворении ходатайства защиты или обвинения, отвечает так: «ход дальнейшего судебного следствия покажет, как следует поступить».

Целесообразность применения сторонами уголовного процесса того или иного тактического приема зависит от ситуации, складывающейся по делу. В этом плане широкие возможности аргументации предоставляет, например, компьютерное моделирование события преступления. По силе убеждающего воздействия его можно приравнять к реальному восприятию события. Применение наглядности включает в себя использование наглядных пособий (макетов, моделей, иллюстраций, планов, схем и пр.) для оказания воздействия на допрашиваемого и судей. Потому нужно всемерно использовать помощь специалиста в изготовлении наглядных пособий в целях использования тактических приемов аргументации при допросе. Можно настаивать на изготовлении иллюстративного материала по результатам экспертного исследования. Наконец, целесообразно – с учетом обвинительного заключения – подготовить тактические варианты представления доказательственной базы прокурором-обвинителем в ходе судебного разбирательства.

---

<sup>1</sup> Сергеев П. Уголовная защита. Практические заметки. – СПб., 1913. – С. 93.

**А.С. Александров**

*Александров Александр Сергеевич – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России*

## **Цель и средства аргументации в уголовном судопроизводстве**

Заговори, чтоб я тебя увидел.

*Сократ*

Пока я говорю, я прав.

*Мирабо, Оноре Габриель Рикети*

Первоначально я хотел выступить строго в рамках заявленной мной «процессуалистской» проблематики, но ряд причин объективного и субъективного свойства побудил меня отойти от первоначального замысла и сделать несколько общих заявлений по поводу юридической аргументации (в этой сфере все оказалось слишком запущено).

В первую очередь важно пояснить следующее. Аргументация начинается там, где заканчивается насилие. Аргументация – это соблазнение ума. Ведь, как известно, убеждение заменяет силу. Аргументировать – значит обращаться в свою веру. Потому лучше всего аргументирует убежденный человек, который заражает своей верой.

Аргументировать – значит коммуникативировать. Аргументирование возможно главным образом посредством речи. Различия в устной и письменной речи обуславливают и различия в способах аргументирования. Публичная речь – среда «настоящей» юридической аргументации, в частной речи возможно лишь «соблазнение».

Диалог, а не монолог – вот способ организации аргументации. Манипуляции с правом голоса и различные техники «зажимания рта» ведут к срыву коммуникации и, соответственно, делают невозможным аргументирование (с чем мы имеем дело во время некоторых научных мероприятий и вообще в стране, победившей имитационную демократию).

Самовластителю аргументировать свои действия и решения не нужно. Демократическая форма общественно-государственного устройства – необходимое условие для аргументации, а судебная аргументация невозможна без состязательности. В противном случае аргументация превращается в пошлую болтовню (симулякр). Слово-действие подменяется болтовней. Именно это имеет место в условиях так называемой имитационной демократии. Наиболее яркий пример имитационной аргументации: предвыборные дебаты в период последней избирательной кампании.

Власть, которая не основывает свой авторитет на грубой силе, а стремится утвердиться в качестве справедливой в глазах общественного мнения, неминуемо прибегает к средствам речевого убеждения (аргументации). Посредством риторической аргументации «законодатель» убеждает общество в «правости» закона. «Когда законодательная власть исходит из того, что справедливость законов, которые она дает, не является самоочевидной, и не желает основывать их авторитет единственно на силе, тогда она прибегает к аргументированию, которое призвано обеспечить их приятие обществом. Обмен мнениями в ходе парламентских дебатов, вокруг которых вскипают комментарии в средствах массовой информации, выявляет публике те аргументы, которые выдвигаются в пользу или против законопроекта, указывают на его достоинства и недостатки. При этом роль аргументации и риторики возрастает с каждым противоречием, при котором взаимообмен и взаимодействие мыслей помогает достигнуть разумного решения»<sup>1</sup>.

Никакой закон не является правом, если он не применяется к частным индивидуумам. Закон не есть спекулятивная абстракция, его реальность в правоприменении. Только возвращая закон к практике, можно проверить его справедливость, так же как и *justesse* всякого высказывания можно проверить только референциальной проверяемостью (*verifiability*) или отклонением от этой верификации. Частная референция определяет справедливость закона и правосудия<sup>2</sup>.

Фундаментальный зазор между юридическим дискурсом и реальной практикой по установлению «правопорядка» заполняется фигурами языка. Подстановка своего смысла под видом «всеобщего» текста закона осуществляется риторической техникой. Риторика актуализирует языковые структуры общественного бессознательного – общие места – здравый смысл – чтобы убедить, что судебное решение

---

<sup>1</sup> *Perelman Ch. Justice, Law and Argument / Essays on Moral and Legal Reasoning. Dordrecht: Holland / Boston: USA / London: England, 1978. – P. 120.*

<sup>2</sup> См. там же.

справедливо. Если судебная истина кажется таковой обывателям, значит право выполняет свою функцию нормирования, упорядочивания в обществе. «Обманка», которая составляет неотъемлемый момент действия права, связана с природой языка и имеет крайне важное значение для понимания правового механизма. Закон всегда промахивается. Но право всегда право. Право делает правом речь, дискурс правоприменителя. Если это побудительный, убеждающий дискурс, значит он воздействует на публику риторическими средствами. Это и есть риторическая рукоять в механизме права.

Принципиальной для меня является следующая иерархия: **риторика-диалектика-логика**. Диалектика – это, конечно, лучший способ рассуждения. Но риторика – основа судебной аргументации, так как в основе ее – устная речь. Состязательное, гласное, непосредственное судопроизводство есть оптимальное поле для развития юридической и судебной аргументации. Суд присяжных – идеальная ситуация для развития искусства аргументации. Только в уголовном судопроизводстве есть суд присяжных, где риторическая аргументация включает в себя все элементы аргументационной ситуации, доказывание (в том числе пресловутая юридическая аргументация) получает достаточную полноту: пафос, этос и логос.

Поэтому, к стати говоря, теория уголовного процесса является наиболее развитой формой знания о юридической аргументации. Так называемая юридическая аргументация – составная часть теории доказательств, культивируемой в науке уголовного процесса. Теория судебных доказательств и доказывания богаче, чем «чистая теория», потому что адаптирована как к устной, так и к письменной речи. Она призвана быть как профанной (рассчитанной на обывателя), так и профессиональной (обращенной к судье, юристу) и потому более гибкой, сочетая как низкий, так и высокий стили обращения. Рахитичность «юридической аргументации» как маргинальной части «теории права» объясняется отсутствием настоящей конкурентной среды (игнорирование фактора демократии) и непониманием нескольких фундаментальных вещей: специфики гуманитарного познания, устной речи, природы убеждения в суде (присяжных), аргументационности следственных действий и т. п.

Логика, диалектика не принимают во внимание психические факторы, риторика делает это в наиболее развернутом виде. Вся суть риторики – в идее разделения аудитории с оратором какого-либо мнения и смысла передаваемого им суждения (это не исключает и эффекта психического заражения). Риторика, как подчеркивал Платон, «может более всего» в тех случаях, когда между нами нет согласия, то есть когда мы высказываем ценностные суждения<sup>1</sup>. По мнению Аристотеля, риторика – это искусство в каждом конкретном случае наблюдать возможные (средства) убеждения<sup>2</sup>. Аристотель признает существование трех видов доказательств, являющихся в речи. Таковые коренятся или в «нраве» говорящего, или в «расположении слушателей», или в «самой речи»<sup>3</sup>. Все они, как видно, более совместимы с убедительностью, коренящейся в самом ораторе, чем с убедительностью, проистекающей из существа защищаемого им дела.

Ключевой фактор в понимании природы риторической аргументации – это фактор аудитории. Х. Перельман и Л. Олбрехт-Тутека писали: «Мы целенаправленно связывали теорию доказательств с Риторикой, чтобы показать, что любое аргументированное доказательство нуждается в слушателях»<sup>4</sup>. Аудитория с ее готовностью воспринимать сообщения как довод в пользу определенной позиции есть необходимое составляющее условие судебной аргументации.

Аргументы, используемые в суде, могут быть диалектическими, и очень редко – формально-логическими, научными. Структура логического, диалектического и риторического силлогизма одинаковая. Но если логические доказательства основаны на аксиомах и, следовательно, истинны в формально-логическом значении, то доказательства диалектические, а тем более риторические исходят из общих допущений и, таким образом, не более чем правдоподобны.

«Диалектическое... умозаключение – это то, которое строится из правдоподобных (положений)»<sup>5</sup>. Диалектика состоит в умении из противоречий извлекать убедительные аргументы; она коренится в логике и психологии. «Риторический силлогизм», которым является чаще всего судебный довод, – это также вероятностная версия логического силлогизма. Он содержит обобщающее предположение, которое является основанием всего логически выведенного рассуждения от косвенных улик до версии. Как указывает П. Мерфи, сущность обобщения, заключенного в риторическом аргументе, состоит в факторе частоты  $[f] = \text{всегда/обычно/часто/иногда/время от времени/редко/никогда}$ , который указывает возможные степени вероятия, с которым общество (универсальная аудитория) могло бы принять как правильное данное суждение. Это обобщение является

<sup>1</sup> См.: Платон. Горгии // Диалоги: В 2 т. – М., 2006. – С. 146.

<sup>2</sup> См.: Аристотель. Риторика. Поэтика / Пер. с древнегреч. – М., 2000. – С. 8, 9.

<sup>3</sup> См. там же. – С. 9.

<sup>4</sup> Perelman Ch. Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique / Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca. – 2-e ed. – Bruxelles, 1976. – P. 6.

<sup>5</sup> Аристотель. Сочинения: В 4 т. – М., 1978. – Т. 2. – С. 100.

вероятностным, а никак не абсолютным, и не может выступать как главная предпосылка логического силлогизма (все мужчины смертны; Сократ – человек; поэтому Сократ смертен)<sup>1</sup>.

Обобщение может использоваться как главная посылка риторического силлогизма для выведения вероятного вывода: люди {f} выполняют свои угрозы; X угрожал убить Y; поэтому Y убит X. Но ведь нельзя с абсолютной уверенностью распространять этот вывод на всех людей. Не все люди выполняют свои угрозы. Большая посылка, так же как малая, должна быть доказана, и сила обобщающего суждения будет зависеть от ценности, которую судьи (присяжные заседатели) готовы придать {f}.

Надо четко понимать, что не логическая демонстрация, а судебный довод используется в аргументации на суде, а довод может привести только к вероятному знанию, поскольку сам факт, который выступает его малой посылкой, в свою очередь не может быть верифицируемым до абсолютной степени точности. «Судебным доказательством» сведение становится в дискурсе юриста-аргументатора, приобретая законченный вид средства речевого воздействия на судью – довода, общей посылкой которого являются «общие места», то есть прежде всего суждения здравого смысла<sup>2</sup>, а также другие стереотипы познания, принимаемые без специальных доказательств. Любое «полное судебное доказательство» включает в себя суждение здравого смысла (презумпцию). В суде аргументирование опирается на фигуративность языка. Фигуры судебной речи «цепляют» фактические данные и встраивают их в систему аргументации. Только будучи встроенным в схему довода данное становится фактом. Но и наоборот, только на фактах могут строиться доводы<sup>3</sup>.

Много говорят о значении логики в аргументации, не могу не сказать по этому поводу следующее. Разумеется, если бы логикой все и ограничивалось, то объективная истина была бы достижима. Но в том-то и дело, что уголовно-процессуальное доказывание, а тем более расследование нельзя уподоблять логической демонстрации, математическому доказыванию. Логика оперирует готовым знанием, а его еще надо получить; без эмпирических данных логика бесплодна<sup>4</sup>: чтобы сделать яичницу, надо иметь хотя бы одно яйцо.

Далее, по поводу логики. В целом я отрицательно отношусь к принципу восхождения от абстрактного к конкретному в уголовно-процессуальном праве как способу аргументирования в уголовном деле. Форма вывода из уголовно-процессуальных доказательств является преимущественно индуктивной, то есть на отдельном факте основывается вывод относительно рассматриваемого суждения. Хотя каждый индуктивный вывод, тем не менее, способен к тому, чтобы быть преобразованным в дедуктивную форму – путем восхождения к подразумеваемому закону или обобщению, на которое он опирается более или менее ясно. Ценность доказательственного факта велика настолько, насколько требуемое заключение, основанное на этом факте, является более вероятным выводом, по сравнению с другими выводами, или объяснениями этого факта, а если таковые имеются, то они являются менее вероятными или естественными. Степень требуемой силы будет меняться в зависимости от различных видов доказательственных фактов, завися в чем-то от различающихся представлений человеческого опыта об этих фактах, практической пригодности более сильных фактов. Уязвимость индуктивного выведения состоит в том, что из него могут быть выведены другие выводы иные чем предполагаемый *Probandum*. Этим обуславливается важность состязательной процедуры, в которой сравниваются все возможные объяснения (интерпретации) с точки зрения соревнующихся сторон. Пропонент предлагает свое доказательство, оппонент его критикует, объясняет по-своему. Пропонент и оппонент переключают свои толкования факта перед лицом суда. И юрист, и суд должны исследовать каждую часть доказательства сначала с точки зрения пропонента, затем с точки зрения оппонента и, наконец, с точки зрения судьи. Наличие сильно развитого «субъективного начала» в интерпретации фактов, происходящей при приведении и построении доводов, а также при оценке и принятии судьями (присяжными), обусловлено в первую очередь самой природой индуктивного доказательства. Вторая причина – фактор судебной аудитории, которая является адресатом приводимых доводов.

<sup>1</sup> См.: *Murphy P. An Introductory Essay / Evidence, Proof, and Facts: A Book of Sources.* – Oxford, 2003. – P. 8.

<sup>2</sup> Категория «*commun sence*» является базовой для объяснения механизма речевого убеждения. Любые данные проходят верификацию в первую очередь на предмет соответствия их здравому смыслу, который объединяет аудиторию, состоящую из людей, способных здраво размышлять и принимать решения по совести и внутреннему убеждению.

<sup>3</sup> Судьи, как и прочие люди – члены языкового сообщества, во время правовой дискуссии оперируют чаще всего риторическими аргументами. Логика помогает установить формальную истину. Но о справедливости нельзя спорить иначе, как приводя риторические доводы.

Аксиологические суждения невозможно обосновать только логически. Они характеризуют определенное психическое состояние судей (а в широком смысле – у аудитории) – убежденности. Вне человека нет оценки. Убежденность основывается не только на рациональных доводах, но и на вере. Судебная истина – это нравственная истина, то есть основанная на вере, поскольку выявляется по совести судьи (присяжного заседателя), делающего нравственный выбор. Судить по совести – значит судить на основании правдоподобия, вероятного.

<sup>4</sup> См.: *Хинтика Я. Действительно ли логика – ключ ко всякому хорошему рассуждению? // Вопросы философии.* – 2000. – № 11. – С. 109.

Судебная аргументация происходит непосредственно перед людьми, наделенными властью разрешить спор по существу, – судьями (присяжными). Система аргументации строится на признании судей (обычных людей, не машин и сверхестественных существ) способными установить факты и принять правильное решение, руководствуясь разумом и чувством справедливости.

На мой взгляд, гораздо более продуктивно говорить о *когнитивной программе* применительно к теории судебной аргументации (чем о логической, аксиологической и пр.). Когнитивные структуры (символическое, знаковое) делают эмпирический опыт знанием (смыслом). То, что реальность существует на самом деле, – не отрицается: субъект познания имеет дело с реальностью. Вместе с тем, познающий субъект «вырезает» из реальности по определенной модели только то, что соотносимо с его деятельностью, направленной на приспособление к этой реальности. Знание приобретает не пассивно через органы чувств или средства коммуникации, оно активно строится субъектом, взаимодействующим с объективностью, путем совершенствования когнитивных структур. Субъект познания и объект его познания составляют единую систему, взаимно детерминируют друг друга. Не существуют предметов знания, которые были бы независимы от субъекта. Классическая схема «субъект – объект» приобретает вид «субъект – структура – объект».

Знание есть порождение понятийных структур и схем восприятия и действия. Все наши знания об окружающем мире носят приблизительный характер, и их достоинство определяется их способностью дать нам лучше приспособиться к условиям существования. Искажение информации в ходе взаимодействия субъекта с реальностью носит объективный характер. Уже в процессе предшествующая осознанию часть информации *неизбежно теряется*, она отсеивается нашим когнитивным аппаратом как излишняя. Это происходит благодаря фильтрам восприятия: нейрофизиологическим, социальным, индивидуальным. Функционирование фильтров восприятия, генерализация, опущение, искажение информации в ходе формирования когнитивных структур приводят к неустранимому расхождению между «сырой» реальностью и реальностью-для-субъекта, которая только и имеет смысл для каждого из нас, поскольку именно в ней проходит жизнь человека во всех ее проявлениях. Знание о явлениях реальности – это не их отражение в сознании, а скорее, реконструкция, «понимание» ее адекватно выживанию. Все это справедливо и применительно к уголовному процессу как одному из сегментов когнитивной деятельности людей.

Я не принимаю распрощанную метафору «отражения», служащую методологическим базисом для теории объективной истины<sup>1</sup>. Познание – это приобретение и осваивание (переработка) человеком по определенным схемам, моделям информации как из внешней, так и из внутренней среды с целью адаптации к реальности<sup>2</sup>.

Человек мыслящий есть система контуров обратной связи, которая включена в качестве элемента в большие внешние системы. Выживание и адекватное поведение человека обеспечивается его постоянной «настройкой» своей системы в ответ на изменение параметров среды (как внешней, так и внутренней). Для адекватного взаимодействия с реальностью человеку важно извлекать из среды не столько исчерпывающе полную информацию, сколько значимую в соответствующем контексте. Познание реальности осуществляется не путем отражения значимых объектов, связей и отношений между ними, а посредством конструирования полезных моделей реальности, фиксирующих ее контекстуально значимые элементы и структуры.

Знание надо рассматривать не с точки зрения дихотомии «правильное-неправильное», а как полезное или вредное для социально-биологического организма, включенного в систему контуров обратной связи с окружающей его средой. Поскольку ценность знания определяется его способностью дать адаптироваться к окружающей среде, постольку и уголовно-процессуальное ценно своей способностью наилучшим образом позволить обществу адаптироваться к реальности.

Замена понятия «истинность» понятием «жизнеспособность» является принципиальной. Цель познания – не объективность, а приспособление. «Полезным» является то знание, которое поддерживает жизнеспособность системы. Такова и «судебная истина» – она инструмент адаптации индивида и общества к окружающей среде. Следует говорить не об истинности судебного решения, а о его способности выполнять функцию урегулирования правового конфликта, стабилизации системы. И если

<sup>1</sup> Понятие объективной истины значимо лишь в классической философии познания; неклассическая эпистемология использует вместо него «солидарность», «общепринятость» и т. п. Познание не отражает мир, а конструирует. Конструирование есть процесс, который придает действительности вид неразрывного и когерентного целого. Конструирование порождает когерентный, относительный мир. Сконструированная действительность когерентна, поскольку она конструируется как внутренне сопряженная, связанная, в которой изолированное не существует и не может существовать. Конструирование есть процесс, порождающий континуальность и циклическую причинность. Знание и познание являются в высшей степени самоотносимыми, самореферентными событиями. Мы трактуем истину как внутреннюю согласованность, непротиворечивость знаний.

<sup>2</sup> Адаптация – способность живых организмов активно искать (или создавать) благоприятные для жизни условия, используя информацию о состоянии окружающей реальности и собственного организма. Когнитивные механизмы можно рассматривать как один из значимых факторов адаптации организмов к их среде обитания.

судебный приговор разрушает солидарность общества, раскалывает его, противопоставляет власть народу, то содержащееся в нем знание является неверным. Суду надо стремиться не познать «объективную истину», а найти оптимальное решение в заданных обстоятельствах, такое решение, которое объединяет нацию на чувстве общности, солидарности и укрепляет социальную структуру<sup>1</sup>.

Для дальнейшего понимания природы аргументации в уголовном судопроизводстве надо еще заметить, что правосудие – это *игра*. Жанр «судебная драма» заведует набором сюжетов судебных дел, персонажами. Все ходы прописаны в языковой памяти людей. Судебная речь – «расковычивание» того, что было сказано прежде и что будет сказано и принято за истину о преступлении и воздаянии за него. Повторяемость одних и тех же вербальных форм лежит в основе жанровой закономерности. Эта повторяемость, типичность способствует унификации и интеграции нашего правового опыта. Очевидно, сама возможность понимания судебной драмы заложена в предзнании ее, существующем на имплицитном уровне у любого, кто сопричастен к национальной культурной, повествовательной традиции. Именно потребность в согласии, существующая у каждого вступающего в речевой обмен, структурирует ожидания судебной аудитории относительно допустимого смысла текста, создаваемого судебным дискурсом<sup>2</sup>. Судебным деятелям надо разыграть спектакль, чтобы актуализировать в сознании аудитории те представления о справедливости, правде, добре, которые усвоены на бессознательном уровне каждым сопричастным с повествовательной культурой. Поэтому любое уголовное дело – это рассказ о борьбе зла с добром и утверждении этического выбора в пользу добра.

В ходе судебной драмы по уголовному делу происходит *очищение (катарсис)* аудитории через страдание, негодование и страх. Интрига, разыгрываемые в суде драмы, ее сюжетные ходы, роли участников и прочее узнаются аудиторией как действительные и вызывают реакции, подобные жизненным. В то же время судебная драма корректирует эмоции пониманием происходящего с точки зрения того целого, в котором находится аудитория, то есть универсума идеологии, этики.

Мы приходим к выводу, что судоговорение актуализирует значимость текста уголовного закона (его действительность в контексте данного дела), то есть создает лингво-психическую реальность уголовного права. Посредством уголовного судопроизводства происходит проговаривание, внедрение в коллективное бессознательное значимости уголовно-правовых запретов. В процессе судопроизводства создается текстовая (знаковая) реальность, выполняющая **реальную нехватку**, которую испытывает индивид в обществе себе подобных. Поэтому, чтобы выиграть дело, судебному аргументатору необходимо рассказать присяжным «хорошую историю», а главное – связать свою позицию с силами добра, являющимися таковыми в представлении аудитории: чтобы убедить аудиторию – присяжных, оратору нужно разделить с нею ее представления.

Итак, уголовный процесс – один из жанров публичной судебной речи. Главное в нем – установление основания для применения наказания к преступнику. Выявление истины преступления/наказания, то есть доказывание (аргументирование) есть ядро уголовного судопроизводства. Потому проблематика доказывания/аргументирования составляет суть проблематики науки уголовного процесса. В уголовном суде присутствует игровой, драматический момент, необходимый для убеждения в справедливости, достоверности сказанного о преступлении и наказании. Уголовный закон *обещает справедливое воздаяние за нарушение запрета*. Как семиотическая модель, уголовное правосудие значимо тогда, когда разыгрывается драма. Судебное шоу должно продолжаться, чтобы общество могло существовать.

Реальность дана человеку в языковой картине. Знаки отсылают к знакам, а уже потом – к реальным вещам. В уголовном процессе не существует иной реальности, кроме той, которая дана в материалах дела. Я разделяю лингвистический подход к анализу юридических, процессуальных явлений (судебная лингвистика). Юридическое – значит языковое. Язык берется мной как *бытийственный* образ «права». Право – это текст, это смысл текста закона, помноженный на его интерпретацию в определенном контексте. Потому инстанция права – в означаемом, а способ бытия права есть постоянное восполнение нехватки смысла закона (то что Иеринг называл «борьбой за право»). Право институализировано посредством символического (языкового) в психике человека, и (вместе с тем) в коллективном бессознательном.

Интерпретация закона и есть «юридическая аргументация», которая должна пониматься как органическая часть реальной права. Юридическая аргументация включает в себя борьбу интерпретаций за «правильный смысл» закона в данном контексте властотношений. Она не является нейтральной и направлена на обоснование риторическими средствами определенной идеологии. *Дурак нарушает закон, умный тупо исполняет, мудрый интерпретирует.*

<sup>1</sup> Подробнее эта тема была в свое время развита в следующих работах: Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства. – Н. Новгород, 2001; Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – Н. Новгород, 2006.

<sup>2</sup> Допустимого с точки зрения здравого смысла, убежденности в том, что «этого не может быть, потому что не может быть никогда».



Таким образом, в сфере юридического нет ничего, кроме текста. Деконструировать текст закона – значит творить право, открывать новые (адаптационные) возможности в нем. Но в конечном счете череда актов деконструкции – дистрофия смысла текста – отрицание закона. Потому отношу себя к сторонникам КПИ (школы критических правовых исследований), интеллектуального течения в философии права, главная черта которого – скептицизм к правовой реальности.

Что же является целью аргументации? Судебная истина есть результат судебного разбирательства (судебной аргументации). Она – в голове у судьи, это состояние его внутреннего убеждения. Судебная истина – это юридическая истина, ее действительность в законе, ее разумность – в отсутствии разумных сомнений. Судебная истина должна быть правдоподобной, а наиболее правдоподобно то, что ближе всего к знакомому, обычному, повседневному. Потому в области судебной аргументации в качестве индикатора истины выступают здравый смысл и общественное мнение (докса). «Объективность» судебной истины состоит в верифицируемости; вначале на уровне вышестоящей судебной инстанции, затем в универсальной аудитории (которая ассоциируется скорее с доксой (общественным мнением), а не с «абсолютным разумом»).

Остановлюсь на этом моменте подробнее. Риторическая аргументация определяет манеру ведения судебного доказывания. Так было, есть и будет, пока правосудие будет твориться людьми и предметом его будут вопросы о поведении человека. В этом основная причина моего неприятия советской доктрины теории доказательств, которая не делает различия между доказательством, фактом в естественно-научном их понимании и риторическим аргументом, который адресован судье, присяжному и имеет психолингвистическую, гуманитарную природу. По этой причине неприемлемой для независимого, состязательного правосудия является концепция «объективной истины», которая проникнута техницизмом, логизмом и не учитывает человеческой природы судебной истины. Судебная истина «объективна», но не по причине абсолютного соответствия объективной реальности знания, полученного в ходе судебного разбирательства, а по причине веры судей/присяжных в то, что их знание может с высокой степенью вероятности соответствовать действительности.

Судебная истина является знанием, полученным в результате судебного разбирательства. Убеждение судьи в правильности утверждений обвинителя или защитника основывается не на знании объективной реальности, а на правдоподобии. Правдоподобно – это просто то, что аудитория считает истинным<sup>1</sup>. Истина равнозначна знанию, принятому за истинное в судебном заседании, то есть в данное время в данном месте – в форме законного, обоснованного и справедливого приговора (ст. 297 УПК РФ). Судебная истина как продукт судебной (публичной) речи основана на общественном мнении, здравом смысле, объединяющих судей в единое сообщество пользователей языка, разделяющих имеющиеся в этом языковом сообществе представления о добре и зле, истине и лжи.

Юридический формализм, которым заведует юридическая топика, связан с идеологической стороной судебной истины. Судебная речь имеет дело с прошлым, но она показывает «еще» нечто о предмете, «сверх» него – то, что понимается под справедливостью. Через категорию справедливости происходит смычка формальной правильности и разумности судебного приговора с назначением наказания. Посредством справедливости приговора устанавливается соответствие между *юридической правильностью* и миром общезначимых представлений, объединяющих людей в единую нацию, общество, народ. Справедливость наказания воплощает идеологический, нравственный элементы.

Судебная аргументация является искусством, и это искусство в основном связано с организацией правосудия, а не с установлением «объективной истины»; скорее, сам поиск истины зависит от правил судопроизводства. Главные правила юридического доказывания есть разумные договоренности по поводу решения проблемы власти в обществе. Состязательность и равноправие сторон – единственный способ справедливого правосудия. Все равны перед законом и судом. Стороны должны быть равны в правах на доказывание, в том числе в ходе досудебного производства. Только в условиях конкуренции «истин сторон» возможно выявление относительно большей вероятности одной из них.

Человеческий фактор, который несет в себе противоречие, вносит элемент неопределенности в судебный спор, превращая доказывание из объективного познания в игру или войну, которая ведется на словах. Поскольку в суде мы аргументируем, имея в виду конкретного судью (присяжных), постольку психолингвистические техники воздействия на личность судящего входят в арсенал риторической судебной аргументации. Сама процедура формирования комплектного состава присяжных заседателей есть составная часть судебной аргументации.

Система судебной аргументации разворачивается на основе предположения о вероятном и имеет своим предметом вероятное знание. И диалектика, и риторика имеют фундаментальное значение для процесса убеждения в контексте судебного разбирательства. В процессе судебного рассуждения от доказательства к гипотезе есть по существу диалектический метод. Однако для монопольного применения диалектического метода с целью установления истины по уголовному делу не хватает одного

<sup>1</sup> См.: Делез Ж. Что такое философия? / Ж. Делез, Ф. Гваттари; Пер. с фр. – СПб., 1998. – С. 39.

маленького условия: согласия всех участников процесса на необходимость установления истины. Между тем этого чаще всего и не бывает в судебном процессе, где стороны ищут своего.

Суду надлежит сделать выбор между аргументами состязующихся сторон, вместо того, чтобы просто уступить объективной истине единственной демонстрации. Это качественный, иногда этический выбор между двумя конкурирующими версиями, каждая из которых подтверждается, по крайней мере, каким-то доказательством и потому предполагает преодоление «разумных сомнений». Различия между диалектическими и риторическими доказательствами значимы не только по отношению к существу способа доказывания, но и относительно вынесения этических суждений. В этом также состоит причина того, что они особо уместны для разрешения проблем, которые возникают в судебных спорах.

Правосудие – способ легитимизации власти (лучше, чтобы, конечно, оно осуществлялось народом: суд присяжных, народное обвинение, общественная защита и пр.). Это воспроизводство отношений власти-знания в обществе, оно творит право, в свою очередь обитает в сознании людей. Воля к власти и воля к истине имеют одну природу – стремление к тотальному господству вплоть до биологии. Власть способна временно сделать истину абсолютной, и не только ее одну (когда это надо). Отношения власти преломляются в суде как отношение к истине. Судебное доказывание фактов является искусством, и это искусство в основном связано с организацией правосудия, а не с установлением «объективной истины»; скорее, сам поиск истины зависим от правил судопроизводства. Главные правила юридического доказывания есть разумные договоренности по поводу решения проблемы власти в обществе.

Производство истины по уголовному делу – оплотнение, овеществление в силовом поле власти с помощью разнообразных речевых техник – техник доказывания (познания) юридического знания, в том числе «событие преступления», «вина», «преступник» (это знание называют еще «юридический состав преступления», «главный доказательственный факт»); прищипливание его к телу конкретного субъекта приговором суда – это, таким образом, есть конституирование преступления в дискурсе уголовного суда.

Проявление властных сил в уголовном судопроизводстве, следовательно, связано с установлением системы легитимного знания о преступлении и преступнике. Это можно назвать «диспозитивом доказывания», встроенным в уголовное судопроизводство, систему отношений власти-знания дискурсивной формации<sup>1</sup>.

Не только юридический символ, но и реальное тело человека и его душа непосредственно погружены в область юридического, текстового. Индивид, оказавшийся втянутым в сферу уголовного процесса, с одной стороны, приобретает знаковую, то есть юридическую (уголовно-процессуальную), ипостась, а с другой – его тело, следуя за его юридической личностью, оказывается в реальных отношениях власти. «Расщепление» индивида следует считать с формой вовлечения его в одну из речевых практик – судебную.

Уголовное судопроизводство должно рассматриваться как механизм, призванный дифференцированно управлять противозаконностями, а не уничтожать их. Ведь где есть власть, есть и сопротивление. Именно поэтому сопротивление никогда не находится во внешнем положении по отношению к власти. Властные отношения могут существовать лишь как функция множества точек сопротивления. Эти точки сопротивления присутствуют повсюду в сети власти<sup>2</sup>. Стало быть, уголовное судопроизводство – один из психолингвистических механизмов власти, ее либидиальный аппарат. Нельзя определенно сказать, что он используется кем-то против кого-то. Он просто действует, как действует Власть – анонимно и вездесуще, как защитная реакция социального организма на центробежные силы, разрывающие его.

Уголовное судопроизводство *означает* (выказывает) присутствие или деятельность власти в такой специфической форме, как образование особой категории людей, особой разновидности маргиналов – преступников. И оно всегда производит работу, даже когда «не-срабатывает» – это (то есть сбой) тоже входит в тактику власти. Уголовный процесс идет по всем уголовным делам, и эта деятельность как массовидное явление развивается по законам функционирования речи. Причем результат этой речевой деятельности по конкретному делу совсем не обязательно будет тот, который желателен для официально-властной элиты. Устройство уголовного судопроизводства в достаточной степени автономно, оно втягивает в себя все новые и новые тела, перерабатывает факты, наделяя их смыслом посредством юридического языка, производит знаки в конфигурациях определенной стратегии власти, то есть обеспечивает стратегический эффект – равновесие социальной системы. Стратегическая цель уголовного процесса не в раскрытии преступления, изобличении виновного, применении уголовного закона,

<sup>1</sup> См.: Александров А.С. Диспозитив доказывания и аргументация в уголовном судопроизводстве // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 473–497.

<sup>2</sup> См.: Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет. – М., 1996. – С. 196.

а в отправлении уголовного правосудия как такового, производстве судебного дискурса, непрестанной актуализации отношений власти-знания, в конечном счете – противодействию энтропии.

Назначением уголовного судопроизводства является принятие судом юридически значимого решения. Какого? А не все ли равно какого (с точки зрения соответствия «действительности»), важно поставить точку в деле, хотя для спектакля-правосудия это будет многоточие; игра должна продолжаться и давать энергию для подзарядки системы (уменьшения в ней энтропии).

Судебное решение всегда будет «неверным» в смысле достижения «референциальной» (корреспондентской) истины. И если для конкретного индивидуума, чьи интересы затронуты в деле, важен успех, выигрыш процессуальной борьбы, то для общества более важна формальная определенность – правопорядок. Судебное решение презюмируется истинным – именно потому, что в любом обществе в качестве первоочередной ценности рассматривается упорядоченность отношений и вера членов обществ в справедливость существующего порядка вещей.

Только при этих условия правовая система будет отвечать требованию эффективности, то есть способность системы хорошо приспосабливаться к условиям окружающей среды, извлекать из нее ресурсы, необходимые для существования развития<sup>1</sup>. В «правовом государстве» власть ограничена в наборе средств, которыми она может осуществлять меры социальной защиты. Она ограничена не только законом, но и теми ресурсами, которые общество отпускает ей для борьбы с преступностью. В этих условиях неминуемо возникает проблема выбора: как обеспечить защиту общества в условиях дефицита сил и средств правоохранительной система. Этот дефицит умышленно заложен в устройстве обвинительной власти: система сдержек, ограничений является гарантией не столько даже от произвола, сколько от неадекватного расхода государственных ресурсов там, где можно обойтись без этих расходов – за счет частных средств. Власть вынуждена просчитывать экономические, политические и, если угодно, психологические последствия своих решений в сфере уголовной политики<sup>2</sup>.

И последнее замечание. В сфере гуманитарного знания критерием истинности является человек, в точных науках – эксперимент, повторяемость, точное исчисление.

Юридическая наука (теория доказательств) является более искусством, а не «настоящей» наукой. Как и прочие гуманитарные науки (социология, политэкономия, история), юриспруденция не дает каких-либо рациональных оснований культуре, не открывает подлинных «закономерностей», но является субкультурой среди других субкультур; нет разницы между литературным вымыслом и научным знанием.

Интернет привнес новую реальность в аргументационную ситуацию; здесь «все сгодится» для аргументации. Здесь есть гипертекст и универсальная аудитория (толпа). Поэтому в интернете имеет место аргументирование непосредственно перед «народом», а не перед юристами, мыслителями или государем. «Новая софистика», эра которой наступила в связи с внедрением в судопроизводства интернеттехнологий, означает диалектический возврат к искусству: «как сильное доказательство сделать слабым, а слабое сильным».

Идеал науки не в истине, а в *Интересном*, *Значительном* или *Красивом*, которыми и определяется удача или неудача автора. Критика существующего составляет нравственный императив всякой свободной рефлексии. Апологетика действительности – рабская (свинская) идеология, в то время как пафос отрицания (критики) «позитивного права» – лучшая гарантия проявления разумного в праве.

---

<sup>1</sup> Петрухин И.Л. Теоретические основы эффективного правосудия / И.Л. Петрухин, Г.П. Батуров, Т.Г. Морщакова. – М., 1979. – С. 165.

<sup>2</sup> См.: Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства и наказания / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – Н. Новгород, 2006. – С. 112.

**К.В. Каргин**

*Каргин Константин Васильевич – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного и административного права Нижегородской правовой академии (института)*

## Понятие юридической аргументации

В современном мире умение отстаивать занимаемую позицию является одним из основных способов защиты прав и интересов их обладателя. При этом могут использоваться различные средства. Важным способом убеждения, на который опирается заинтересованный субъект при защите своих прав и интересов, является аргументация. Она может осуществляться в различных сферах человеческой жизни, в том числе и в правовой сфере. Такая аргументация носит название юридической или правовой.

В отечественной юридической науке проблематика юридической аргументации до сих пор остается мало изученной. По мнению Т.В. Авакян, для юриспруденции актуальной является задача построения **теории юридической аргументации** (выделено нами. – К.К.), отвечающей на такие вопросы, как: ее специфика и формы; способы и методы; своеобразие в разных сферах правовой жизни общества – науке, юридической практике, правовой идеологии и правовом воспитании; отраслевые особенности; правотворческая и законопроектная аргументация и др.<sup>1</sup>

Отдельные аспекты юридической аргументации поднимаются в российском правоведении в ракурсе специальных исследований таких правовых явлений, как юридическое мышление<sup>2</sup>, правоприменительная деятельность<sup>3</sup>. Рассмотрим вопрос о том, что же представляет собой юридическая аргументация?

В логике существует ряд способов, позволяющих получать строго научные определения понятий и избегать при этом допущения логических ошибок. Наиболее распространенным является определение через ближайший род и видовое отличие. Первоначально ведется поиск понятия, которое является родовым по отношению к определяемому понятию. Затем устанавливается та или иная совокупность специфических признаков, отличающих отражаемое понятие от других понятий, входящих в этот же род.

Ближайшее родовое понятие для *юридической аргументации* – понятие «*аргументация*». Соответственно, первый признак юридической аргументации – это то, что она представляет собой вид аргументации. Под аргументацией мы будем понимать интеллектуальную, вербальную, социальную деятельность, состоящую в приведении доводов рационального и (или) эмоционального характера в целях убеждения адресата аргументации в правильности занимаемой субъектом аргументации позиции и (или) неправильности позиции оппонента.

Правовая природа юридической аргументации мало изучена в правоведении. В смежных с юриспруденцией областях знания предпринят ряд попыток сформулировать определение понятия «юридическая аргументация». В работах М.М. Мушциной и Г.В. Томсона даются абсолютно идентичные дефиниции. Юридическая аргументация ими понимается как способы и возможности выражения юридических аргументов средствами естественного языка с учетом его многозначности, вариативности и неопределенности<sup>4</sup>. Трактуются она и как один из основных методов в юридической практике; система способов убеждения, которым присущи рациональный характер, социальная и диалогическая обусловленность, вербальная форма выражения<sup>5</sup>.

Е.А. Макеева, специально изучавшая правовую аргументацию с позиций философии, установила ее многозначный характер как научной категории, концептуальной области знания и методолого-методической процедуры. Как научная категория она, по мнению автора, представляет собой познавательную ценностный способ убеждения в истинности (ложности) того или иного рассуждения, справедливости

---

<sup>1</sup> Авакян Т.В. Юридическое мышление в правоприменительном процессе: Дис... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2006. – С. 98.

<sup>2</sup> Там же. – С. 95–122.

<sup>3</sup> Лановая Г.М. Техничко-юридические проблемы аргументации в правоприменении // Юридическая техника. – 2007. – № 1. – С. 73–77.

<sup>4</sup> Мушцинина М.М. О правовой лингвистике в Германии и Австрии // Юрлингвистика-5: Юридические аспекты языка и лингвистические аспекты права: Межвузовский сборник научных статей / Отв. ред. Н.Д. Голев. – Барнаул, 2004. – С. 19; Томсон Г.В. Курс юридического перевода (гражданское и торговое право). – М., 2004. – С. 32.

<sup>5</sup> <http://www.lexis-asu.narod.ru/termin/urargum.html>

(несправедливости) заключения суда, виновности (невиновности) обвиняемого, характеризующийся преимущественно вероятностным логическим выводом, диалоговостью и направленностью на правовую аудиторию<sup>1</sup>. В другом определении правовая аргументация понимается как способ убеждения в истинности (ложности), виновности (невиновности), справедливости (несправедливости) того или иного правового суждения, судебного решения<sup>2</sup>.

Анализ представленных выше определений понятия «юридическая аргументация» позволяет говорить о том, что их авторы придерживаются **статического подхода** к юридической аргументации, ибо видят ее как способ, метод или совокупность способов убеждения. Вместе с тем, Е.А. Макеева не отрицает и **динамическую сторону** правовой аргументации, так как трактует ее с точки зрения методолого-методической процедуры правового рассуждения<sup>3</sup>.

**Динамическому подходу** к юридической аргументации более соответствуют взгляды представителей юридической науки. Специалист по теории юридической аргументации Аулис Аарнье дает следующее определение: *юридическая аргументация* есть процесс, который использует некоторые основания (источники права) и который предписан убедить противоположную сторону (аудиторию) в обоснованности решения или интерпретации<sup>4</sup>.

По мнению Т.В. Авакян, *юридическая аргументация* – это логико-коммуникативный процесс, служащий обоснованию определенной точки зрения на происшедший жизненный случай с целью ее восприятия, понимания и (или) принятия индивидуальным либо коллективным субъектом правоприменительной деятельности<sup>5</sup>.

Имеющиеся представления о юридической аргументации можно отнести либо к узкому, либо к широкому подходу ее понимания. Представители **узкого подхода** акцентируют внимание на том, что она осуществляется в рамках определенного вида юридической деятельности, как например, у Т.В. Авакян – в рамках правоприменительной деятельности. Г.М. Лановая шире трактует юридическую аргументацию – как применяемую и в нормотворческой, и правореализационной деятельности<sup>6</sup>.

Представители **широкого подхода** не акцентируют внимание на виде (видах) юридической деятельности, в рамках которого (которых) юридическая аргументация имеет место.

Собственно правовую сторону юридической аргументации характеризуют следующие признаки:

1. **Осуществление в рамках правовых отношений.** Для конституционно-правовых отношений это аргументация при принятии нормативных правовых актов, проведении экспертизы их проектов, толковании Конституционным Судом РФ и т. д. В гражданско-правовых отношениях юридическая аргументация возможна при заключении договоров. Для уголовно-процессуальных, гражданских процессуальных, арбитражно-процессуальных, административных правовых отношений свойственна аргументация сторон по делу, рассматриваемому в суде.

Безусловно, юридическая аргументация осуществляется лишь там, где имеют место *отношения между людьми* и они *урегулированы нормами права*. Нередко нормативными правовыми актами напрямую предусмотрена возможность аргументации. Согласно ст. 62 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»<sup>7</sup> председательствующий в заседании предлагает сторонам дать пояснения по существу рассматриваемого вопроса и привести правовые аргументы в обоснование своей позиции. Вместе с тем, представление аргументов далеко не всегда востребовано нормами права. Оно может предполагаться. Так, ст. 21 Трудового кодекса РФ от 30 декабря 2001 года<sup>8</sup> закрепляет, что работник имеет право на заключение, изменение и расторжение трудового договора. В тексте не идет речь о праве трудоустраивающегося лица убедить работодателя принять его на работу, то есть привести доводы (аргументы). Но это не значит, что, во-первых, лицо не может осуществлять аргументацию и, во-вторых, аргументация является неюридической.

Другой пример. Доктор юридических наук, профессор подготовил монографию, в которой отстаивает свою научную точку зрения по поводу толкования нормы права, приводя определенные аргументы в ее поддержку и преследуя цель убедить аудиторию, включающую совокупность читателей, в правильности авторской позиции. Аргументы имеют юридический характер. Однако отношения

<sup>1</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 14.

<sup>2</sup> Там же. – С. 123.

<sup>3</sup> Там же. – С. 93.

<sup>4</sup> Аарнье А. Систематизация и интерпретация законов. Несколько мыслей о теоретической и практической юридической науке // Проблемы философии права. – 2006–2007. – Том. IV–V. – С. 145.

<sup>5</sup> Авакян Т.В. Юридическое мышление в правоприменительном процессе: Дис... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2006. – С. 10.

<sup>6</sup> Лановая Г.М. Техничко-юридические проблемы аргументации в правоприменении // Юридическая техника. – 2007. – № 1. – С. 73.

<sup>7</sup> Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 13. – Ст. 1447.

<sup>8</sup> Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1. – Ч. I. – Ст. 3.

между автором монографии и читательским сообществом напрямую не урегулированы нормами права. Положениями Гражданского кодекса РФ регламентированы отношения автора монографии с издателем, отношения покупателей монографии с продавцом, но не отношения автора и читателей непосредственно.

Таким образом, важным признаком является наличие *субъективно-правовой связи* между участниками отношения, должна иметь место взаимная соотнесенность их поведения. Она выражается в совокупности корреспондирующих субъективных прав и юридических обязанностей субъектов правоотношений. Применительно к юридической аргументации можно предложить следующую формулу субъективно-правовой связи ее участников: субъект аргументации имеет право или обязанность привести довод индивидуализированному адресату, который имеет право и (или) обязанность оценить его и принять на основе внутреннего убеждения определенное правовое решение.

Участники юридической аргументации всегда являются *субъектами правовых отношений*. Под последними, как правило, понимаются их участники, имеющие субъективные права и юридические обязанности<sup>1</sup>. Например, в рамках гражданско-процессуальных правоотношений истец и ответчик выступают перед судьей и приводят доводы в обоснование собственной позиции или в опровержение позиции оппонента. Юридическая аргументация фактически конкретизирует их ролевую принадлежность. Истец и ответчик являются субъектами аргументации, а судья – адресатом аргументации.

**2. Осуществление в связи с конкретной юридической ситуацией.** Под юридической ситуацией в контексте нашего исследования мы будем понимать совокупность конкретных обстоятельств, с которыми сталкивается субъект права (потенциальный аргументатор), предопределяющих необходимость использования определенных правовых средств – правовых аргументов.

*Обстоятельство* – факт, явление, сопутствующее чему-нибудь<sup>2</sup>. Например, депутат приводит доводы в обоснование необходимости внесения в статью нормативного правового акта изменений, усиливающих ответственность за проезд на запрещающий сигнал светофора или запрещающий жест регулировщика. Обстоятельствами, предопределившими юридическую аргументацию, могут быть: обращения граждан, статистические данные о дорожно-транспортных происшествиях, ставших следствием подобных правонарушений, и т. д.

Оказывается в юридической ситуации *субъект права*, то есть лицо, обладающее субъективными правами и юридическими обязанностями, но еще не являющееся субъектом правовых отношений, ибо они еще не возникли. Например, выпускник высшего учебного заведения, получив диплом о высшем образовании, решает трудоустроиться по специальности. Основания для этого у него есть, право на труд ему гарантировано Конституцией РФ, но в правовые отношения он еще не вступил.

Выпускник вуза осознает, что для приема на работу ему необходимо убедить потенциального работодателя в своей профессиональной пригодности. Следовательно, ему предстоит приводить правовые доводы, а это и есть *правовые средства*. Кроме того, юридическая ситуация также характеризуется конкретными субъектами и предметом.

**3. Приведение правовых доводов.** Осуществление юридической аргументации в рамках правовых отношений и в связи с конкретной юридической ситуацией, конечно же, характеризует правовую сторону анализируемого нами феномена, но не указывает на особенность юридической аргументации как специфического вида деятельности.

Специфика юридической аргументации – и на это обращают внимание ученые – состоит в приведении не просто доводов, а правовых доводов (аргументов). Что же понимается под правовым доводом?

Во-первых, *правовой довод востребован нормой права*. Это значит, что юридическая норма либо содержит специальное указание на возможность приведения довода (прямая востребованность), либо фиксирует предписание, из которого субъект права делает вывод о возможности использования довода при отстаивании своей позиции (косвенная востребованность).

Во-вторых, *правовой довод допустим нормой права*. Это значит, что норма права не должна фиксировать препятствий для приведения довода. Юридически порочными являются доказательства, полученные с нарушением требований закона (например, согласно ст. 75 УПК РФ). Соответственно, и аргументация, в основе которой лежат подобные доказательства, будет являться недопустимой.

В-третьих, *правовой довод является высказыванием*. А.А. Иванов пишет о суждении как о высказывании, в котором утверждается (или отрицается) нечто в предмете<sup>3</sup>. В высказывании действительно что-то может утверждаться или отрицаться, и при этом в нем же может быть заключено суждение. Высказывание является формой для суждения, но не наоборот.

В-четвертых, *правовой довод – это довод, сделанный субъектом правовых отношений*, то есть он имеет место в уже возникших правовых отношениях. Данный признак поможет нам отличать правовой

<sup>1</sup> Иванов А.А. Справочник по теории государства и права: основные категории и понятия. – М., 2006. – С. 331.

<sup>2</sup> Лопатин В.В. Русский толковый словарь / В.В. Лопатин, Л.Е. Лопатина. – М., 2005. – С. 417.

<sup>3</sup> Иванов А.А. Справочник по теории государства и права: основные категории и понятия. – М., 2006. – С. 335.

довод от довода, имеющего правовой (юридический) характер. Довод (аргумент) юридического характера – это *высказывание, вообще связанное с правом* (с правовой материей), в котором что-либо утверждается или отрицается относительно права, правовых явлений и процессов. Данное понятие является более широким, нежели понятие «правовой довод».

В-пятых, *правовой довод делается с намерением вызвать (породить) желаемые с точки зрения субъекта аргументации правовые последствия*. Например, защитник преследует своими доводами цель – добиться оправдания подсудимого или смягчения наказания; обвинитель своими доводами стремится подтвердить виновность лица в совершении преступления, добиться его осуждения и назначения определенного наказания. Эти правовые последствия являются лишь желаемыми и предполагаемыми. Они могут быть достигнуты, а могут и не быть достигнуты.

Вышеизложенное позволяет понимать под *правовым доводом* востребованное и допустимое нормой права высказывание субъекта правовых отношений, сделанное им в целях вызвать наступление определенных желаемых правовых последствий.

**4. Направленность на адресата – правовую аудиторию.** Адресат юридической аргументации характеризуется следующими признаками.

Во-первых, *адресатом юридической аргументации может быть как коллективный, так и индивидуальный (единоличный) субъект*. Юридическая норма может зафиксировать альтернативу адресата аргументации. Так, согласно ч. 1 ст. 30 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ<sup>1</sup> рассмотрение уголовных дел осуществляется судом коллегиально или судьей единолично. Если подсудимый не заявил ходатайство о рассмотрении его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, то данное уголовное дело рассматривается другим составом суда (ч. 3 ст. 325 УПК РФ).

Во-вторых, *адресат юридической аргументации (правовая аудитория) имеет право принять правовое решение*. Под правовым решением в теории права понимается облеченный в определенную форму и имеющий некоторую степень обязательности вывод о возможности применения правовых средств для решения возникающих проблемных ситуаций правового характера<sup>2</sup>. Так, согласно п. 5 ст. 5 УПК РФ *решение о виновности или невиновности подсудимого*, вынесенное коллегией присяжных заседателей, носит название «вердикт». В п. 11.1 ст. 5 заключение суда определено как *вывод о наличии или отсутствии в действиях лица признаков преступления*.

Правовое решение – это связующее звено между действительностью, состоящей в приведении правовых доводов, и правовым результатом. Правовым решением представительного (законодательного) органа субъекта РФ может стать итог голосования по вопросу о внесении изменений в статьи отдельного законопроекта, выраженный следующим образом: «за» внесение изменений проголосовало 38 депутатов, «против» – восемь депутатов, «воздержалось» – четыре депутата. Результатом станет принятие самого закона, который в дальнейшем должен быть подписан главой субъекта РФ и обнародован.

В-третьих, адресат аргументации (правовая аудитория) *руководствуется внутренним убеждением* при принятии правового решения. В социологии под убеждениями понимаются личностные образования, в основе которых лежат определенные представления, идеи, принципы, существенно определяющие отношение человека к действительности и его поступки<sup>3</sup>. С позиций риторики убеждение как сается высказывания (утверждения) и представляет собой веру в то, что данное высказывание должно быть принято в силу имеющихся оснований<sup>4</sup>. В логике убеждения – это общие высказывания о причинно-следственной связи, интерпретации (значении) и границах окружающего мира, поведении субъекта и его возможностях.

В юридической литературе неплохо разработан вопрос о внутреннем убеждении судьи. Б.А. Филимонов пишет: «Судейское убеждение – это основанная на жизненном опыте достоверность, которой не противоречит разумное сомнение»<sup>5</sup>. Некоторые исследователи полагают, что «судейское убеждение является субъективным выражением объективной истины»<sup>6</sup>. Позволим себе не согласиться с этой точкой зрения. Истина всегда одна. Судья же может допустить ошибку и принять за истину такое знание, которое истинным не является. В таком случае и внутреннее убеждение судьи не будет являться выражением объективной истины.

На наш взгляд, внутреннее убеждение – это и не сама достоверность, а только уверенность в достоверности определенного знания, которое получается в результате осмысления полученной субъектом познания информации, применительно к юридической аргументации – в результате оценки правовых аргументов.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 52. – Ч. I. – Ст. 4921.

<sup>2</sup> Иванов А.А. Справочник по теории государства и права: основные категории и понятия. – М., 2006. – С. 245.

<sup>3</sup> Социология: Словарь-справочник. – М., 1991. – Т. 3: Междисциплинарные исследования. – С. 217.

<sup>4</sup> Ивин А.А. Риторика: искусство убеждать. – М., 2002. – С. 8.

<sup>5</sup> Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. – М., 1994. – С. 76.

<sup>6</sup> Нодь Л. Приговор в уголовном процессе. – М., 1957. – С. 95.

Таким образом, правовая аудитория – это коллективный или единоличный субъект, который на основе внутреннего убеждения имеет право принять правовое решение.

**5. Осуществление в целях наступления ожидаемого со стороны аргументатора правового результата.** Через данный признак высвечивается ценность юридической аргументации.

Субъект аргументации выстраивает систему доводов обычно таким образом, чтобы не только добиться формирования убеждения у адресата аргументации, но и вызвать наступление положительных для себя последствий. То есть речь идет об ожидаемом результате. Но это не значит, что результат будет именно таким, как его прогнозирует субъект аргументации. Он может быть обратным. Например, защитник планировал добиться оправдания подзащитного, а результат – обвинительный приговор суда.

**Правовой результат** – это наступившие вследствие осуществления определенной деятельности правовые последствия, связанные с изменениями в правовом статусе субъекта права, являющегося одновременно (или не являющегося) субъектом правовых отношений.

Вышеизложенное позволяет понимать под **юридической аргументацией осуществляемую в рамках правовых отношений и в связи с конкретной юридической ситуацией деятельность, состоящую в приведении правовых доводов, которые, будучи оцененными их адресатом – правовой аудиторией, могут породить ожидаемый со стороны аргументатора правовой результат.**



---

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

---

*О.Ю. Андриянова*

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

### **Специфика юридической аргументации в процессе судопроизводства с участием присяжных заседателей**

Специфика юридической аргументации в процессе судопроизводства с участием присяжных заседателей зависит от модели судебного следствия.

Англосаксонская модель судебного следствия в суде присяжных, возникнув в XII веке в Англии, стала исторически первым процессуальным институтом исследования доказательств с участием присяжных заседателей<sup>1</sup>. На сегодняшний день данная модель, помимо Великобритании и США, действует в судах присяжных в Австралии, Ирландии, Канаде, Новой Зеландии.

Доказательствами в англосаксонской модели являются только те обстоятельства, которые имеют отношение к вопросу о виновности подсудимого, это обусловлено принципом разделения компетенции между профессиональным судьей и присяжными заседателями. В этой связи в судебном следствии с участием присяжных не исследуются вопросы допустимости доказательств, обстоятельства, смягчающие либо отягчающие наказание подсудимого, а также вопросы, связанные с разрешением гражданского иска.

Обеспечение познавательной доступности судебного следствия для присяжных заседателей гарантируется многовековыми традициями процесса. Во вступительной речи стороны четко обозначают свои цели и средства к их достижению. Прямой и перекрестный допросы с разных сторон детально освещают все факты и доказательства, а повторный допрос устраняет возникающие при этом противоречия<sup>2</sup>.

В англо-американской модели процессуальные условия обеспечивают разъяснение присяжным обстоятельств дела в необходимой мере, но важнейшим условием так или иначе остается активнейшая деятельность сторон. Возобновление судебного следствия с участием присяжных в этой модели невозможно, поскольку вернуться в зал судебного заседания из совещательной комнаты они могут только с вердиктом. Однако при этом в США предусмотрена возможность передачи в совещательную комнату некоторых доказательств, представленных сторонами.

В конце XVI века в Европе появилась своя особая модель суда присяжных. Ученые отмечают, что первая форма континентального суда присяжных возникла во Франции, где она впервые была закреплена в годы революции декретом 1790 года и в окончательном варианте – в УПК (Кодексе уголовного следствия) 1808 года.

Изучение и анализ некоторых признаков континентальной модели как альтернативы англо-американскому варианту позволяет разобраться и в некоторых особенностях института современного российского суда присяжных.

В континентальной модели все доказательства исследовались с участием присяжных, председательствующий мог только отстранить присяжных *de jure* (без удаления их из зала заседания).

Такой подход, с одной стороны, обеспечивает непрерывность судебного следствия и целостность восприятия присяжными всех доказательств, но, с другой стороны, создает серьезную угрозу возникновения предубеждения у присяжных и вынесения ими неправомерного вердикта.

При этом присяжные наделялись достаточно широкими правами. Так, в УПК Франции 1808 года были закреплены нормы, согласно которым присяжные наделялись правом непосредственно допрашивать свидетелей, участвующих в осмотрах. А в УПК Австрии закреплены нормы, которые регламентируют возможность требования присяжными проведения дополнения судебного следствия, очных ставок, повторного допроса свидетелей.

---

<sup>1</sup> *Ершов В.В.* Проблемы рассмотрения уголовных дел судом присяжных / В.В. Ершов, Л.С. Халдеев // Государство и право. – 1994. – № 2. – С. 29–38.

<sup>2</sup> *Михайловская И.Б.* Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. – М., 2006.

Российское судебное следствие по Уставу уголовного судопроизводства 1864 года вообрало в себя черты как англо-американской, так и континентальной модели судебного следствия в суде присяжных.

Интересной особенностью российской модели судебного следствия являлось исследование присяжными обстоятельств, характеризующих личность подсудимого. При этом возможность возникновения у них предубеждения исключалась посредством предоставления защитнику равной возможности изложения перед присяжными положительных сведений о подсудимом.

Особенности функционирования данной модели в целом определяют направления развития и современного российского судебного следствия в суде присяжных.

Закон РФ от 16 июля 1993 года о введении суда присяжных открывает новую страницу в истории судебной системы России. В настоящее время российский суд присяжных аккумулировал в себе и черты дореволюционной модели, и опыт социалистического уголовного процесса с обвинительным уклоном, и основные тенденции развития процессуального законодательства зарубежных стран.

Принцип разделения полномочий по принятию итогового решения между присяжными заседателями и председательствующим судьей подразумевает и разграничение между ними предмета доказывания. Это означает, что юридической силой выводы о доказанности или недоказанности одних элементов предмета доказывания обладают те, которые сделаны коллегией присяжных заседателей, а относительно других – председательствующим.

На сегодняшний день выделяют три формы проведения исследования обстоятельств дела в суде с участием присяжных заседателей. Две из них предполагают юридическое отстранение – присяжные не участвуют в обсуждении, не имеют права высказывать свое мнение по затрагиваемым вопросам.

Первая форма состоит в непосредственном удалении коллегии присяжных заседателей при обсуждении вопросов, которые не подлежат изучению в их присутствии. Негативная сторона данной формы заключается в том, что частое удаление присяжных в совещательную комнату может стать препятствием к целостному восприятию ими хода судебного следствия и в дальнейшем осложнить процесс вынесения вердикта.

Суть другой формы определяется тем, что присяжные не удаляются из зала судебного заседания на время обсуждения правовых вопросов, обсуждение происходит у судейского стола. УПК РФ не регламентирует такой порядок отстранения присяжных от обсуждения правовых вопросов, тем не менее на практике именно он и используется.

К позитивным моментам, безусловно, можно отнести непрерывность процесса. Вместе с тем, негативная сторона совещания у судейского стола проявляется в нарушении сразу нескольких принципов уголовного судопроизводства – законности (поскольку данная форма обсуждения вопросов не урегулирована законом), гласности (поскольку это совещание доступно лишь для председательствующего судьи, государственного обвинителя и защитника).

Суть третьей формы исследования правовых вопросов сводится к обсуждению без отстранения присяжных, то есть в их присутствии, однако при этом присяжные лишены права участвовать в дискуссии, им отводится роль пассивных наблюдателей за действиями председательствующего судьи и сторон.

К особенностям юридической аргументации в суде с участием присяжных заседателей можно отнести использование в выступлениях сторон специальных приемов и способов воздействия на председательствующего и присяжных заседателей в зависимости от обстоятельств конкретного уголовного дела.

Нельзя не согласиться с В.В. Мельником, который полагает, что процесс убеждения, направленный на склонение слушателей к мнению оратора, его позиции и принятию соответствующего решения, включает в себя два взаимосвязанных социально-психологических способа воздействия, которые в процессе убеждения протекают одновременно (параллельно):

1) прямой способ убеждения или собственно убеждение (его называют еще центральным или непосредственным способом убеждения);

2) косвенный способ убеждения (его называют еще опосредованным, периферийным или эвристическим способом убеждения).

Представляется, что прямой способ убеждения оказывает воздействие на сознание личности через ее собственное мышление.

Решающее значение имеет не запоминание самого сообщения как такового, а запоминание собственных мыслей, возникших в ответ на него<sup>1</sup>.

В чем состоит цель любой аргументации? Наверное, в склонении к своему мнению собеседника. Ведь грамотный подбор необходимых аргументов превращает оппонента в единомышленника.

Кроме этого, для формирования доверия председательствующего и присяжных заседателей важнейшее значение имеет не только правильная аргументация, но и эстетическое совершенство судебной речи.

<sup>1</sup> McGuire W.J. An information-processing model of advertising effectiveness // Behavioral and Management Sciences in Marketing /Ed.: H.L. Davis и A.J. Silk. – New-York, 1978.

В судебном заседании при нехватке или противоречивости доказательств особую роль играет правильное определение прокурором и адвокатом границ эмоциональности своего выступления. Вместе с этим нужно отметить, что излишняя настойчивость в доказывании своей позиции может привести и к отрицательному результату. В некоторых ситуациях присяжные могут поставить под сомнение даже самые весомые факты, усомнившись в беспристрастности выступающего.

Интересным представляется и тот факт, что присяжные невольно испытывают большее доверие к тому оратору, который им наиболее симпатичен и приятен внешне. И наоборот, человеку, обладающему непривлекательной внешностью, гораздо сложнее заставить аудиторию заинтересоваться своим выступлением.

Данные судебной практики подтверждают, что судебное заседание с участием присяжных заседателей требует от прокурора и адвоката специальных познаний, опыта ведения судебного следствия и представляет повышенную сложность.

Как показывают результаты проведенного научными сотрудниками НИИ при Генеральной прокуратуре РФ анкетирования присяжных заседателей (после вынесения ими обвинительного вердикта подсудимым, обвинявшимся в убийстве и других тяжких преступлениях), у большинства присяжных заседателей (60%) внутреннее убеждение о виновности подсудимого сформировалось еще в ходе судебного следствия. Абсолютное большинство присяжных заседателей (88%) указали, что формированию их внутреннего убеждения о виновности подсудимого способствовало активное участие прокурора в допросах подсудимого, потерпевшего, свидетелей и экспертов, выяснение им в ходе этих допросов обстоятельств дела, фактов, подтверждающих позицию обвинения<sup>1</sup>.

Подводя итоги сказанному, хотелось бы отметить, что аргументация в процессе рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей имеет очень важное значение. Обобщение судебной практики по этому вопросу показало, что в ходе судебного следствия и судебных прений стороны допускали и продолжают допускать в присутствии коллегии присяжных заседателей высказывания, не относящиеся к фактическим обстоятельствам уголовного дела, затрагивая юридические вопросы, а также вопросы относительно характеристики личности подсудимых. В большинстве случаев данные высказывания исходят от стороны защиты, которая в ходе судебного разбирательства, указывая на юридические моменты дела (производство предварительного следствия, допрос подсудимых в качестве подозреваемых (обвиняемых) и другие процессуальные действия), пытается таким способом оказать неправомерное воздействие на коллегию присяжных заседателей, преследуя цель вынесения впоследствии коллегией присяжных заседателей оправдательного вердикта.

---

<sup>1</sup> <http://genproc.gov.ru/>

**А.Г. Байрамов**

*Байрамов Асим Гамдийя оглы – кандидат юридических наук, преподаватель кафедры теории и истории государства и права Бакинского государственного университета Азербайджанской Республики*

## **Правовые доказательства как средства юридической аргументации**

Эффективность юридической аргументации как особой деятельности, состоящей в приведении доводов с целью убедить ее адресата в правильности занимаемой позиции, во многом зависит от выбора тех средств, благодаря которым это убеждение и достигается.

Термин «средство», как правило, имеет несколько значений: 1) прием, способ действия для достижения чего-нибудь; 2) орудие (предмет, совокупность приспособлений) для осуществления какой-либо деятельности. Что же касается средств юридической аргументации, то под ними в широком смысле понимается все то, что используется субъектом аргументации для достижения поставленной им цели<sup>1</sup>.

К.В. Чуешов трактует средства аргументации как то, чем реализуется действие. Он называет следующие средства аргументации: точку зрения аргументатора (исходный пункт аргументации); аргументы (слова, с помощью которых обосновывают исходную точку зрения); схему аргументации (способ связи между исходной точкой зрения и приводимыми в ее пользу аргументами)<sup>2</sup>.

По мнению К.В. Каргина, к средствам юридической аргументации следует относить: 1) аргументы; 2) доказательства; 3) план аргументации; 4) приемы и способы аргументации; 5) правила аргументации; 6) инструментальные средства аргументации<sup>3</sup>.

Одним из важнейших средств юридической аргументации, лежащим в том числе в основе выбора правовых аргументов, приемов и способов аргументации (в зависимости от конкретной ситуации), являются правовые доказательства. Они есть источник последовательных выводов, которые делает для себя адресат юридической аргументации.

В юридической науке, причём как в теории права, так и в отраслевых областях научных знаний, неизмеримо много сказано о доказательствах и доказывании, в том числе дается определение понятия «доказательства». Так, Е.П. Ендовицкая понимает под ними информационный фактический материал, которым уполномоченные органы и лица оперируют в процессе всей своей деятельности по установлению фактов и обстоятельств рассматриваемого юридического дела и на основе которого решают все вопросы по существу дела<sup>4</sup>.

Кроме научных, имеются и нормативные определения. В соответствии со ст. 124 Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики от 14 июля 2000 года доказательствами по уголовному преследованию признаются заслуживающие доверия улики (сведения, документы, вещи), полученные судом или сторонами уголовного процесса. В виде доказательств в уголовном процессе принимаются показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля; заключения эксперта; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; другие документы.

Стоит заметить, что во многих как действующих, так и утративших силу нормативных правовых актах перечень доказательств обозначается через систему данных о фактах, полученных при помощи средств доказывания. Например, согласно ст. 93 Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова от 14 марта 2003 года в качестве доказательств в уголовном судопроизводстве допускаются фактические данные, установленные при помощи следующих средств: 1) показания подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, свидетеля; 2) заключение эксперта; 3) вещественные доказательства; 4) протоколы действий по уголовному преследованию и судебных расследований; 5) документы, в том числе официальные; 6) аудио- и видеозаписи, фотографии; 7) научно-технические и судебно-медицинские заключения. Перечень средств доказывания фиксировал и ГПК РСФСР 1964 года.

На наш взгляд, средства доказывания должны пониматься по аналогии со средствами юридической аргументации, а именно как все то, что используется субъектами доказывания для достижения

<sup>1</sup> Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации: Монография. – Н. Новгород, 2011. – С. 53.

<sup>2</sup> Чуешов К.В. Аргументация как средство социальной востребованности юристов и ее логико-лингвистические аспекты // Проблемы управления. – 2008. – № 2 (27). – С. 174.

<sup>3</sup> Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации: Монография. – Н. Новгород, 2011. – С. 53.

<sup>4</sup> Ендовицкая Е.П. Доказательства в юридическом процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 1987. – С. 12–13.

целей доказывания. Поэтому перечень средств доказывания шире, нежели фиксирующийся в некоторых нормативных правовых актах. Так, в целях доказывания может использоваться полиграф – прибор, фиксирующий физиологические реакции человека на те или иные критические раздражители. Ученые признают, что он выступает вспомогательным средством для проверки причастности лица к преступлению, получения значимой для дела информации. Вывод или заключение специалиста имеет вероятностный, поисковый характер<sup>1</sup>. Так как целью доказывания является нахождение истины, использование полиграфа может способствовать ее достижению.

Некоторые правоведы отмечают наличие у доказательств содержания и формы. И в качестве формы называют *средства доказывания*, установленные законом<sup>2</sup>. Однако в настоящее время наметилась тенденция исключения из терминологии нормативных правовых актов словосочетания «средства доказывания». Например, согласно ст. 74 УПК РФ от 18 декабря 2001 года в качестве доказательств допускаются: показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; иные документы. То есть то, что в УПК Республики Молдова – средства доказывания, в УПК РФ – собственно доказательства. Исходя из широкого понимания средств доказывания, считаем правильным отход от нормативной фиксации системы средств доказывания.

Правовые доказательства – предтеча, первооснова юридической аргументации. Одни правовые доказательства собираются, фиксируются и оцениваются еще до аргументации, другие могут быть получены при аргументации в юридическом процессе. Аргументировать возможно, лишь имея доказательства. Почему же правовые доказательства лежат в основе юридической аргументации? Дело в том, что они представляют собой сведения (информацию) об элементе реальной действительности, отобразившемся в сознании человека, предметах. Перемещение доказательств в процедуру аргументации по конкретному делу осуществляется именно путем представления правовых доводов.

Субъект юридической аргументации, коим может являться истец или ответчик, государственный обвинитель или защитник, осуществляет специальную работу с имеющимися доказательствами. Он сортирует их на пригодные и непригодные; весомые и незначительные; приемлемые и неприемлемые и т. д. Исходя из имеющихся доказательств, выстраивается и линия аргументации, определяются необходимые приемы аргументирования, продумываются опровержения аргументов оппонента.

Доказательства всегда преломляются через призму той правовой позиции, которую занимает субъект аргументации. Например, если цель защитника по уголовному делу состоит в том, чтобы убедить суд в невиновности подзащитного, он будет представлять аргументы, основанные на оправдательных доказательствах. Скажем, в обоснование алиби подсудимого его адвокат сошлется на приобщенный к материалам дела документ, свидетельствующий о пребывании подзащитного в другом месте в момент совершения преступления. Противная сторона, то есть сторона обвинения, будет настаивать на наличии вины подсудимого и, соответственно, приводить доказательства, способные подтвердить ее. Так, алиби может быть разрушено путем представления опровергающих его доказательств, например, данных с камер видеонаблюдения, видеорегистратора, показаний свидетелей и т. д. Они создадут почву для аргументации относительно виновности лица.

Нередко для того чтобы опровергнуть позицию противника, вместо представления доказательств в поддержку своей позиции идут по пути признания доказательств, собранных оппонентом, недопустимыми. Так, по делу К., обвинявшегося в незаконном приобретении, хранении и перевозке наркотического средства в крупных размерах, суд вынес оправдательный приговор за недоказанностью вины, поскольку все собранные по делу доказательства были признаны полученными с нарушением процессуального закона, то есть недопустимыми. В частности, протоколы допросов трех сотрудников ОВД, приобщенные к материалам дела, были абсолютно идентичны друг другу, различаясь лишь данными о допрашиваемых и временем допроса<sup>3</sup>.

Правовой довод или аргумент выступает носителем того фактического материала, который принято именовать доказательством. Рассмотрим это на примере. Московский гарнизонный военный суд вынес решение от 24 апреля 2003 года № 715, которым признал приказы министра РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий об увольнении полковника Л. и исключении его из списков личного состава МЧС без обеспечения жильем помещением незаконными. Л. привел следующие доводы: имеет продолжительность военной службы свыше 30 лет; включен в список сотрудников центрального аппарата МЧС, нуждающихся в улучшении жилищных условий; согласия на увольнение без обеспечения жильем не давал. Таким

<sup>1</sup> Корчагин М.Н. Использование полиграфа (детектора лжи) в процессе раскрытия преступлений. – М., 1998. – С. 22.

<sup>2</sup> Аверина Ю.А. Юридические доказательства: общеправовое исследование: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 2006. – С. 26.

<sup>3</sup> См.: Архив Замоскворецкого межмуниципального районного суда ЦАО г. Москвы, д. № 1-495/98.

образом, его требования основаны на положениях абз. 2 п. 1, 2 ст. 23 Федерального закона «О статусе военнослужащих».

Что же касается самих правовых доказательств, то ими являются: трудовая книжка Л., личное дело, копия списка сотрудников центрального аппарата МЧС, нуждающихся в улучшении жилищных условий; приказ об увольнении Л. с военной службы, приказ об исключении Л. из списка сотрудников центрального аппарата МЧС, нуждающихся в улучшении жилищных условий; пояснения представителя министра МЧС о том, что он не имеет никаких доказательств согласия Л. на увольнение в отставку без обеспечения жильем.

Итак, анализируя вопрос о роли доказательств в процессе доказывания, следует отметить, что они являются важнейшим и базовым средством, положенным в основу юридической аргументации. Нередко сами субъекты аргументации не прибегают к иным средствам (правилам и приемам аргументации, плану аргументации), но построить аргументацию и контраргументацию без опоры на правовые доказательства вряд ли возможно.

**М.В. Баранова**

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

## **Проблемы юридической аргументации при реализации рекламного законодательства в России**

Каковы люди, таковы и аргументы!

Широкий спектр разноплановых государственных задач современной России в той или иной степени фокусируется в современной рекламной деятельности, проецируется на рекламное законодательство, сказывается на общей и юридической культуре рекламного бизнеса.

В силу разных причин реклама никогда не была в центре политико-юридического внимания и до сих пор зачастую воспринимается как второстепенный предмет правового регулирования. Принятие Федерального закона «О рекламе» в 1995 году ознаменовало начало законодательного регулирования рекламной деятельности в современной России. Со временем в стране произошли серьезные экономико-политические, идеологические и морально-психологические изменения, Федеральный закон о рекламе подвергся дополнениям и корректировке отдельных статей, а в 2006 году вступил в силу новый базовый нормативный правовой акт, регламентирующий отношения в сфере рекламного бизнеса. Несмотря на более совершенную юридическую технику, новый закон о рекламе, к сожалению, так же как и его предшествующая редакция 1995 года, недостаточно детально регламентирует различные институты рекламного права.

Сегодня нормы рекламного права образуют сложную комплексную иерархически соподчиненную систему, включающую в себя уже упомянутый базовый Закон «О рекламе»<sup>1</sup>, конституционные нормы, международно-правовые стандарты, предписания административного, уголовного, гражданского, налогового, финансового, процессуального права, президентские, правительственные, ведомственные и региональные установления, акты органов местного самоуправления<sup>2</sup>.

Реализация норм рекламного права сопряжена с необходимостью аргументировать позиции сторон рекламных правоотношений, особенно в спорных ситуациях. Высокая финансовая емкость сферы рекламной деятельности указывает на ее значительное место в экономике современной России. Следует отметить постоянный рост затрат на рекламу, вновь начавшийся в посткризисный период. Так, в прошедшем 2011 году затраты на рекламу, размещаемую в «традиционных медиа», составили 263 млрд рублей (без НДС), что на 21% выше, чем в 2010 году<sup>3</sup>. Впечатляющий рост отрасли, устойчивость к кризисным явлениям привлекают внимание как законопослушных игроков рынка, так и склонных к противоправным деяниям. Рассмотрение правонарушений в сфере рекламного бизнеса осложняется спецификой самой рекламы, рекламных правоотношений.

Реклама – феномен объемный и широкий не только за счет того, что он пронизывает в настоящее время практически все области человеческих отношений. По своей сути это не просто экономическое сообщение, рассчитанное на массовую аудиторию, а средство коммуникации, социокультурный феномен. В.В. Ученова и Н.В. Старых понимают рекламу как «ответвление массовой коммуникации, в русле которого создаются и распространяются информативно-образные, экспрессивно-суггестивные тексты, адресованные группам людей с целью побудить их к нужным рекламодателю выбору и поступку»<sup>4</sup>.

Впервые законодательная дефиниция понятия «реклама» появилась в 1995 году. Реклама в ст. 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 этим физическому, юридическому лицу, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 12. – Ст. 1232.

<sup>2</sup> Подробнее об этом см.: *Баранова М.В.* Право и реклама (общетеоретический аспект): Монография. – Н. Новгород, 2010.

<sup>3</sup> См.: <http://www.fas.gov.ru/>

<sup>4</sup> *Ученова В.В.* История рекламы, или Метаморфозы рекламного образа / В.В. Ученова, Н.В. Старых. – М., 1999. – С. 9.

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 30. – Ст. 2864.

Принятие в 2006 году нового Федерального закона «О рекламе»<sup>1</sup> не принесло существенных содержательных изменений в дефиницию понятия «реклама». Так, в п. 1 ст. 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».

Опираясь на признаки рекламы, нашедшие отражение в базовом отечественном законе, можно предложить следующую дефиницию: «Реклама – это особая форма юридически значимой коммуникации, оказывающая воздействие на неперсонифицированный круг лиц с целью законной популяризации и/или реализации объекта рекламирования». В этом определении предпринята попытка соединить воедино значимые признаки рекламы, учитывая мнения и юристов, и представителей рекламной индустрии.

Правовая регламентация рекламной деятельности порой вторгается в сложную этическую сферу, что осложняет аргументирование позиций сторон и вынесение решения.

Со времен Сократа, Платона, Аристотеля, внесших существенный вклад в изучение основ правовой аргументации<sup>2</sup>, пристальное внимание ученых-правоведов сосредоточено на отдельных аспектах и формах аргументации, применимых в основном в рамках судебного разбирательства. При этом крайне важным представляется подход исследователя к определению ключевого понятия «юридическая аргументация», трактуемого в целом либо как совокупность способов убеждения, либо как коммуникативный процесс, направленный на обоснование конкретной точки зрения.

Н.В. Михалкин под аргументацией в целом понимает целенаправленный логико-психологический процесс утверждения в сознании и деятельности субъекта воздействия образа (модели) или системы ценностей активной стороны<sup>3</sup>.

К.В. Каргин определяет юридическую аргументацию как деятельность, осуществляемую в рамках правовых отношений и в связи с конкретной юридической ситуацией, состоящую в приведении правовых доводов, которые, будучи оцененными их адресатом (правовой аудиторией), могут породить ожидаемый со стороны аргументатора правовой результат<sup>4</sup>.

Е.А. Макеева оперирует понятием «правовая аргументация», трактуя его как научную категорию, представляющую собой познавательно-ценностный способ убеждения в истинности (ложности) того или иного рассуждения, справедливости (несправедливости) заключения суда, виновности (невиновности) обвиняемого, характеризующийся преимущественно вероятностным логическим выводом, диалоговостью и направленностью на правовую аудиторию<sup>5</sup>.

Безусловно, взгляды исследователей на понятия «аргументация», «юридическая аргументация», «аргументация, имеющая правовой характер», «правовая аргументация» и прочие различны, что естественно для правовой науки. При этом можно выявить ряд значимых признаков аргументации, проявляющих ее деятельностное начало. Во-первых, это – интеллектуальная деятельность, основанная на разуме, мышлении человека, предполагающая использование умозаключений, суждений; во-вторых, социальная деятельность, связанная с воздействием на сознание других людей либо на свое собственное; в-третьих, это – вербальная деятельность, реализующаяся в устной или письменной форме<sup>6</sup>.

Эти признаки в полной мере находят отражение в юридической аргументации при осуществлении реализации рекламного законодательства.

Аргументация может осуществляться в различных сферах человеческой жизни. В сфере политики она может быть направлена на убеждение лица в правильности политической программы определенной партии и в итоге – на вступление в партию. В сфере экономики – преследовать цель убедить лицо приобрести или продать акции какого-либо предприятия. В сфере религии направлена на принятие идеалов и ценностей религиозного учения, вступление в религиозную конфессию<sup>7</sup>.

В сфере рекламного бизнеса нацелена на продажу или приобретение объекта рекламирования. Реклама стремится склонить предпочтения потребителей в сторону товара рекламодателя. Это, безусловно, актуально для обществ, где предложение превышает спрос и каждая группа товаров представлена множеством наименований. Производитель тратится на рекламу, надеясь получить прибыль или увеличить ее размеры. Рекламный посыл направлен на убеждение и в той или иной мере агрессивен.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 12. – Ст. 1232.

<sup>2</sup> См.: Аристотель. О стиле ораторской речи // Об ораторском искусстве. – М., 1959; Аристотель. Риторика. – СПб., 1894; Платон. Сочинения: В 3 т. – 1968. – Т. 1. – № 4.

<sup>3</sup> Михалкин Н.В. Логика и аргументация в судебной практике: Учебник для вузов. – СПб., 2004. – С. 177.

<sup>4</sup> См.: Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации. – Н. Новгород, 2011. – С. 59.

<sup>5</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Автореф. дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 5.

<sup>6</sup> Чуешов К.В. Аргументация как средство социальной востребованности юристов и ее логико-лингвистические аспекты // Проблемы управления. – 2008. – № 2 (27). – С. 174.

<sup>7</sup> См.: Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации. – Н. Новгород, 2011. – С. 3.



Аргументационное воздействие представляет собой направленное действие «аргументирующего лица» на «реципиента», результатом которого станет изменение позиции последнего. Таким образом, можно говорить об общих чертах аргументации и рекламы.

«Согласование» целей аргументации и рекламы можно представить следующим образом:

- аргументация стремится навязать мнение, манипулировать;
- реклама преследует цель продать то, что потребителю, возможно, и не нужно посредством навязывания мнения и манипуляции.

Правовая аргументация и реклама используют ряд общих приемов<sup>1</sup>:

- тенденциозный подбор аргументов для рекламируемого тезиса, образа;
- ограничение информации о мнениях;
- использование внушаемого образа, метафоры;
- обращение к опыту «цивилизованных стран», мнению «авторитетного лица», «очевидца».

Здесь важно указать на наличие так называемой рекламоподобной аргументации. Л.А. Боброва утверждает, что общественно-политическая аргументация, общественно-политическая пропаганда принимает сегодня черты коммерческой рекламы, что, по ее мнению, представляет опасность для демократии<sup>2</sup>. Возможно, некоторая тенденция на коммерциализацию, навязывание мнения существует, но, думается, явной опасностью на данном этапе она не несет.

Аргументация относится к гуманным средствам воздействия на человека, но нельзя забывать о существовании неаргументационных методов: насилия, пыток, гипноза, внушения, подсознательной стимуляции, психотропных средств, наркотиков, приказов, угроз, различных видов физического воздействия.

Нарушение требований рекламного законодательства влечет рассмотрение дела Федеральной антимонопольной службой РФ (ФАС), в ходе которого ФАС и ответчик выступают одновременно и как «аргументирующие лица», и как «реципиенты».

При этом в действующем Федеральном законе «О рекламе» под правонарушением понимается ведение (создание, размещение, распространение) *ненадлежащей рекламы*, выделяется четыре основных вида *ненадлежащей рекламы*: *недобросовестная* (ч. 2 ст. 5), *недостоверная* (ч. 3 ст. 5), *скрытая* (ч. 6 ст. 5) и *реклама с нарушением этических требований* (ч. 6 ст. 5).

Особый интерес здесь представляет ч. 6 ст. 5 «Общие требования к рекламе», посвященная рекламе с нарушением этических требований, вводящая запрет на «использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия». Вторжение законодателя в область морального регулирования создает трудности при реализации приведенных положений, так как аргументация позиции при доказывании осложняется высокой степенью субъективизма мнений обеих сторон процесса.

Например, 30 октября 2011 года в Нижнем Новгороде был открыт кафе-клуб «Пешков», ориентированный на специфические интим-развлечения. Это заведение расположено рядом с литературным памятником – Домиком Каширина, где провел свои детские годы А.М. Горький (Пешков). На логотипе клуба-кафе были изображены женские трусики-стринги и фамилия известного писателя. Реклама развлекательного заведения привела к возмущению граждан и возбуждению дела по факту нарушения рекламного законодательства нижегородским УФАС<sup>3</sup>. Шокировала горожан радиореклама следующего содержания: «Новый формат отдыха – мальчики сверху, девочки снизу! Получи удовольствие от двойного проникновения». Клуб, позиционирующий себя как «три этажа удовольствия», столкнулся с необходимостью аргументировать свою «рекламную позицию». Примечательно мнение о происходящем арт-директора клуба «Пешков»: «Если о нас говорят – значит, мы популярны. Я очень хорошо отношусь даже к такого рода рекламе, потому как никакого сексуального подтекста в нашем тексте не вижу». По его словам, в клубе «Пешков» специально к празднику 8 Марта были проведены несколько мероприятий: для женщин на первом этаже («девочки снизу»), для мужчин на втором («мальчики сверху»). «Все понятно и доступно. Что касается «проникновения», имелось в виду, что специально в этот день будут работать два входа – с улиц Ильинской и Сергиевской. Обычно вход со стороны Сергиевской предназначен только для тех, кто пришел отдохнуть в VIP-гоом и не хочет быть замеченным широкой аудиторией», – пояснил арт-директор<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Аналогичный подход см.: Боброва Л.А. Рекламоподобная аргументация // Мысль и искусство аргументации. – М., 2003. – С. 381–387.

<sup>2</sup> Подробнее см. там же. – С. 382.

<sup>3</sup> <http://www.nn.ru/>

<sup>4</sup> Смирнова М. Нижегородка написала заявление в УФАС. Но арт-директора заведения это только радует // Комсомольская правда (Нижний Новгород). – 2012. – 14 марта.

«Доступность» и «понятность» подобных аргументов вызывают большие сомнения и ярко иллюстрируют сложность юридической аргументации при реализации рекламного законодательства в случае с неэтичной рекламой.

Еще одним показательным примером может служить реклама ООО «Торговый дом «БФК-Енисей»». Жалоба на рекламу компании поступила в региональное УФАС в 2011 году. На рекламируемых энергосберегающих стеклопакетах баннерах был изображен солдат-фронтовик и сопроводительная надпись «Мы отобрали у немцев лучшее!». Красноярский городской совет ветеранов посчитал, что реклама нарушает Закон «О рекламе» и является оскорбительной. «Такое содержание наружной рекламы жители и ветераны Великой Отечественной войны расценили как оскорбление, в том числе и национальных чувств, – указали ветераны войны. – Ссылка на плакате на “немцев”, у которых якобы солдат-победитель “отобрал” окна БФК, относится к разряду разжигания межнациональной розни между солдатами-победителями и “немцами”». Суд постановил взыскать с компании штраф в размере 100 тысяч рублей. Но ответчик оспорил решение в Арбитражном суде Красноярского края. Однако апелляционный суд оставил определение о привлечении компании «БФК-Енисей» к административной ответственности без изменений<sup>1</sup>.

Российский Кодекс практики рекламы и маркетинговых коммуникаций, принятый рекламным сообществом в 2012 году, вслед за Федеральным законом «О рекламе» обращается к моральной стороне рекламы. Статья 4 Кодекса «Общепринятые принципы морали и нравственности» гласит: «маркетинговая коммуникация не должна содержать какой-либо информации (в текстовой, звуковой или визуальной форме), нарушающей общепринятые принципы морали и нравственности». Формулировка «общеправовые принципы морали и нравственности» перенесена в этот этико-деонтологический акт из Федерального закона «О рекламе» 1995 года, где вызывала массу нареканий и порождала проблемы при реализации соответствующих норм. Таким образом, Кодекс, являясь значимым шагом к созданию саморегулируемой организации в сфере рекламного бизнеса, повторяет технико-юридические ошибки рекламного законодательства, что перспективно приведет к трудностям в реализации этико-деонтологических норм.

Безусловно, проблемы реализации норм рекламного законодательства не исчерпываются сложностями, связанными с нормами этического характера. Здесь следует упомянуть и об оценочных понятиях, которыми изобилует базовый закон, и о дефектах ряда норм-дефиниций, также обуславливающих наличие проблем реализации.

Рекламные отношения, законодательство о рекламе, конкретные субъективные права и обязанности рекламодателей, рекламопроизводителей, рекламораспространителей, потребителей рекламы, рекламные правоотношения, юридическая ответственность за рекламные правонарушения – один из «каналов» формирования юридического мышления и особая разновидность правовой практики в развитии гражданского общества. Юридическая аргументация тесно связана с сущностью рекламы, также является особой разновидностью правовой практики в современном российском гражданском обществе.

Подводя итог сказанному, следует отметить некоторые значимые аспекты взаимоотношения юридической аргументации и рекламы, проявляющие в том числе специфику проблем при реализации рекламного законодательства. Юридическая аргументация, во-первых, проявляется в «рекламном» правотворчестве; во-вторых, воплощается в реализации норм рекламного законодательства; в-третьих, использует рекламу как действенное средство воздействия на «реципиента» для достижения политико-правовых целей; в-четвертых, тесно связана с правовой самоаргументацией, лежащей в основе восприятия «рекламного посыла».

---

<sup>1</sup> <http://sib1.3dn.ru/news/>

*Е.С. Башарина*

*Башарина Елена Сергеевна – адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

## **К вопросу о легализации порнографии в России**

На сегодняшний день проблемой противодействия порнографии озадачено все мировое сообщество. Российская Федерация присоединилась к ведущим странам мира, ратифицировав Конвенцию Совета Европы от 25 октября 2007 года о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия. Это событие породило принятие ряда поправок в Уголовный кодекс Российской Федерации. На обсуждение в Государственную Думу вынесен законопроект о создании единого реестра доменов и сайтов с противоправным контентом. Последний вызвал резонанс в обществе, особенно свое недовольство высказывают провайдеры Интернета, владельцы социальных сетей. Иного мнения придерживается полномочный представитель Правительства Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации Михаил Барщевский, поддерживающий закрытие сайтов, содержащих педофилию<sup>1</sup>.

Для детального рассмотрения вопроса о легализации порнографии в России обратимся к процессу криминализации этого явления в России и за рубежом.

Термином «порнография» (от греч. слова «*pornos*» – развратник и «*grapho*» – пишу) принято обозначать те из произведений сексуальной тематики, которые в соответствии с господствующими в данном обществе моральными стандартами не могут быть допущены к свободному обороту либо даже к ограниченно контролируемому обороту ввиду своей аморальности.

Для каждого исторического периода характерно собственное определение порнографии, отражающее присущие данному обществу взгляды на границы дозволенного и недозволенного в сфере свободы слова, свободы творчества, а также свободы сексуальной жизни. Чем более свободным и либеральным является общество, тем более узким и объективным (то есть менее оценочным) будет признаваемое в нем определение понятия «порнография».

Уголовное преследование лиц, распространявших порнографию в печати и изображениях, началось во Франции с революционного декрета от 19 июля 1791 года, запретившего опубликование непристойных произведений, широко процветавших в дореволюционную эпоху. В Англии первые законы подобного рода были претворены в жизнь с первой половины XIX века, в период, отмеченный ростом пуританских настроений в обществе. При этом термин «порнография» законодатель того времени не использовал. Французский уголовный кодекс 1810 года предусматривал ответственность за распространение произведений, «противных добрым нравам»<sup>2</sup>. В Германии Уголовное уложение 1871 года<sup>3</sup> и Закон от 25 июня 1900 года, а также английская судебная практика XIX – начала XX века оперировали понятием «бесстыдные произведения». В России Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, использовал понятие «явно соблазнительных изделий и изображений». В статье 1001 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных указывались такие признаки произведений и изображений, как «явно противные нравственности и благопристойности», так и «имеющие целью разрешение нравов» или «соблазнительные»<sup>4</sup>.

Обратная тенденция к частичной декриминализации порнографии наметилась в западноевропейских и некоторых других государствах в 60–70-е годы XX столетия. В 1965–1969 годах порнография была практически полностью декриминализована в Дании, в 1970 году – в Швеции, в 1972 году она частично легализована в Японии, в 1973 году – в ФРГ. В Великобритании текстуальная (литературная) порнография перестала уголовно преследоваться с 1976 года, а другие виды порноматериалов допущены к ограниченному обращению в 1989 году<sup>5</sup>.

Анализ уголовной политики современных государств в отношении порнографии позволяет выделить два основных, принципиальных подхода к ответственности за это социально-правовое явление.

<sup>1</sup> <http://ria.ru/spravka/20120711/697151590.html>

<sup>2</sup> Капинус О.С. Ответственность за порнографию в современном уголовном праве / О.С. Капинус, В.Н. Додонов // Право и политика. – 2006. – № 12.

<sup>3</sup> Гордеева Е.С. Категория «порнография» в зарубежном и российском уголовном праве // Юридическая техника. – 2012. – № 6. – С. 149.

<sup>4</sup> Гордеева Е.С. Историческая правопреемственность и эволюция уголовно-правового законодательства об ответственности за порнографию в Российской империи // Юридическая техника. – 2012. – № 5. – С. 137.

<sup>5</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Pornography>

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, Сальвадор, Словения, США, Таджикистан, Узбекистан, Франция, Чехия, Швейцария, Швеция, Эстония, Япония.

В США распространение порнографии легализовано и защищается I поправкой к Конституции (о свободе слова и печати). Единственная оговорка здесь делается в отношении несовершеннолетних, поскольку считается, что в целях их нормального психического и нравственного развития I поправка на них распространяться не может. Следовательно, оборот порнографической продукции в США может быть ограничен, но не запрещен.

В связи с этим сам термин «порнография» рассматривается в американском праве несколько в ином значении, чем его русский синоним. Думается, что американская «порнография» по характеру ее юридической оценки законодателем и обществом ближе всего к нашему определению «разрешенной эротики». В то же время то, что в России семантически именуется как «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).

Один из популярных американских учебников по сексологии определяет эротика как «сексуально ориентированный материал, приемлемый для зрителя», а порнографию – как «сексуально ориентированный материал, неприемлемый для зрителя».

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»<sup>1</sup>.

По Уголовному кодексу Австрии, Колумбии, Эстонии вообще наказуема только детская порнография, в Бельгии, Дании, Испании, Коста-Рике, Македонии, Мексике, Сальвадоре, Словении – только детская порнография и распространение порнографии среди несовершеннолетних, в Албании, Федерации Боснии и Герцеговины, Перу, Узбекистане – только распространение порнографии среди несовершеннолетних.

В некоторых странах (Германия, Латвия, Финляндия, Чехия, Швейцария) уголовный законодатель делит всю порнографическую продукцию на две категории: относительно допустимую («обычная» порнография) и абсолютно недопустимую («квалифицированная» порнография). К последней категории относятся детская порнография, а также изображение насильственных сексуальных действий и некоторых половых извращений<sup>2</sup>.

В ряде стран частичная легализация порнографии произошла путем введения в уголовное законодательство понятия «незаконная порнография». В их число входит и Российская Федерация. Уголовный кодекс (ст. 242)<sup>3</sup> устанавливает ответственность только за незаконный оборот порнографических предметов. Некоторые российские авторы выражают свое недоумение по поводу слова «незаконный» и полагают, что речь идет о простой «ошибке» законодателя, так как, по их мнению, оборот порнографии в принципе не может быть законным.

По утверждению одного из комментаторов Уголовного кодекса РФ, «употребление законодателем слова «незаконное» является уступкой тому факту, что при строго определенных официальных условиях допускается изготовление и продажа ряда изделий и предоставление услуг интимного характера. Однако собственно к порнографии это прямого отношения не имеет и самая запрещенность, противоправность порнографии (в смысле конвенции 1923 года) не колеблет».

По нашему мнению, данная норма уголовного законодательства является псевдо-бланкетной, поскольку, чтобы говорить о незаконном обороте, необходим закон, закрепляющий понятие порнографии, устанавливающий категории продукции эротического содержания, разрешенной к свободному обороту и запрещенной. Аналогичным образом поступили правоприменители Украины и Белоруссии.

Неоднородную позицию о пользе и вреде порнографии занимают сексологи и психологи. Некоторые авторы находят взаимосвязь между просмотром жесткой порнографии и развитием девиантных потребностей, в том числе склонности к сексуальному насилию, потребности копирования в реальной

<sup>1</sup> Гордеева Е.С. Категория «порнография» в зарубежном и российском уголовном праве // Юридическая техника. – 2012. – № 6. – С. 148.

<sup>2</sup> www.flm.ru

<sup>3</sup> www.consultant.ru

жизни увиденного на экране<sup>1</sup>. Особое внимание обращается на вредное влияние порнографии на формирование личности детей<sup>2</sup>. P. Dietz & B. Evans<sup>3</sup> отметили, что нельзя исключить влияние порнографии на возрастание числа развратных действий. С другой стороны, уже заложенные в биологическую природу и еще неосознанные индивидуумом социально стигматизируемые сексуальные потребности (например, гомосексуальные) могут стимулировать просмотр порнопродукции определенной направленности<sup>4</sup>. В Интернете существует множество файлообменных сайтов, используемых для широкого распространения детской порнографии, при этом файлы с запрещенной визуальной продукцией защищены весьма простыми паролями, обычно объясняемыми на форумах бойлайверов.

Возможна и положительная роль порнографии в некоторых вопросах сексуального просвещения, так как порнография заполняет нишу на этом поприще в результате замалчивания данной темы просветительными учреждениями, представителями школьного образования. Все дело лишь в том, на каком уровне подается информация, какими комментариями она сопровождается. Существует и неординарная, но все более распространяющаяся точка зрения, предлагающая использование порнографии для мастурбаторного выхода сексуальной энергии подростков и молодых людей с целью снижения уровня промискуитета и, следовательно, половых инфекций, в том числе HIV<sup>5</sup>.

Отрицательного влияния порнографии на зрелых людей, ведущих нормативную супружескую жизнь, как правило, не обнаруживается. Наоборот, супруги иногда прибегают к порнографии как стимулятору фантазий. С этой же целью женщины нередко предпочитают обращаться к эротическим романам, предоставляющим собой форму сексуального стимулирования, которую многие обычно находят социально приемлемой<sup>6</sup>.

Подводя итог, можно сделать вывод, что мировое сообщество, законодатели, сексологи и психологи однозначно высказываются отрицательно по поводу детской порнографии. Данный вид порнографической продукции запрещен к обороту в большинстве зарубежных стран. Сложнее обстоит вопрос с порнографией, где участвуют только совершеннолетние статисты – так называемой взрослой порнографией. Эта категория порнопродукции разрешена во многих зарубежных странах. По мнению врачей, она не представляет вреда при просмотре взрослыми людьми без каких-либо психических отклонений. Но при просмотре несовершеннолетним она причиняет вред их нормальному психическому, моральному и сексуальному развитию. Поэтому, по нашему мнению, легализация всей взрослой порнографии может крайне негативно сказаться на растущем поколении.

Возможно стоит несколько расширить рамки продукции, подходящей под понятие эротической и разрешенной к обороту, либо ввести определение продукции сексуального характера, которое будет пограничным между эротикой и порнографией и представлять произведения, находящиеся в ограниченном обороте, например, доступные только взрослым и продаваемые в определенных местах. Данный вид деятельности должен подвергаться лицензированию, дабы не спровоцировать появление полуправильных точек, производящих как разрешенную, так и запрещенную уголовным законодательством продукцию.

---

<sup>1</sup> Leach G. Serial murder of six victims by an African-American male / G. Leach, J.R. Meloy // J. Forensic Sci. – 1999. – Vol. 44. – № 5. – P. 1073–1078; Sommers E.K. An empirical investigation of the role of pornography in the verbal and physical abuse of women / E.K. Sommers, J.V. Check // Violence Vict. – 1987. – Vol. 2. – № 3. – P. 189–209; Wilson P.R. 'Stranger' child-murder: issues relating to causes and controls // Forensic Sci. Int. – 1988. – Feb. – Vol. 36. – № 3–4. – P. 267–277.

<sup>2</sup> Malamuth N.M. Pornography's Impact on Male Adolescents // Adolesc. Med. – 1993. – Vol. 4. – № 3. – P. 563–576.

<sup>3</sup> Dietz P. Pornographic imagery and prevalence of paraphilia / P. Dietz, B. Evans // Amer. J. Psychiatry. – 1982. – Vol. 139. – № 11. – P. 1493–1495.

<sup>4</sup> Lester D. Pornographic films and unconscious homosexual desires: an hypothesis // Psychol. Rep. – 1984. – Apr. – Vol. 54. – № 2. – P. 606.

<sup>5</sup> Money J. The ethics of pornography in the era of AIDS // J. Sex. Marital. Ther. – 1988. – Vol. 14. – № 3. – P. 177–183.

<sup>6</sup> Coles C.D. Some sexual, personality, and demographic characteristics of women readers of erotic romances / C.D. Coles, M.J. Shamp // Arch. Sex. Behav. – 1984. – Jun. – Vol. 13. – № 3. – P. 187–209.

**Н.В. Белоконь**

*Белоконь Наталья Викторовна – преподаватель кафедры конституционного права России и зарубежных стран юридического факультета Воронежского государственного университета*

## **Языковые особенности аргументации в решениях Конституционного Суда Российской Федерации**

Аргументация (или аргументационная конструкция) в теории речевой коммуникации – это законченный текст, используемый при аргументировании<sup>1</sup>. Объем такого текста – не менее одного сложно-подчиненного предложения с придаточным, имеющим общее синтаксическое значение *обусловленности* и объединяющим более частные значения *причины, предпосылки, обоснования, подтверждения, предопределенности, повода, стимула* и др.

Основное свойство семантики языковых единиц, применимое в аргументации, – неоднозначность их толкования. Именно с помощью дополнительных смыслов, которыми наделяются задействованные языковые понятия, частично или полностью изменяется первоначальный смысл выражения.

По мнению Л.А. Черняховской, моделирование смысла конкретной языковой единицы становится доступным, во-первых, путем использования ее собственной многозначности, во-вторых, путем влияния на него других языковых единиц, обладающих собственными семантическими полями. При этом контекст может вывести языковую единицу за пределы ее собственного словарного значения и наделять ее смыслом, не закрепленным в словаре<sup>2</sup>.

Иллюстрация подобного моделирования языковых единиц, несущих определенную информацию, дается в статье А.Н. Баранова, П.Б. Паршина: это может быть варьирование значения термина или варьирование только оценочного компонента<sup>3</sup>.

На этой тенденции основано действие такого словообразовательного ресурса в языке права, как переосмысление, то есть формирование нового предметного содержания уже известного слова. В качестве терминов в юридических документах используются слова и выражения, принадлежащие общепотребительному языку, но получившие специальное значение благодаря основному семантическому свойству слов – иметь помимо значения определенный смысл или набор смыслов, существующих в профессиональном правовом сознании как некие коннотации (оттенки значения).

Юриспруденция относится к числу аргументативно-активных сфер. Юридическое аргументирование представляет собой особую форму профессиональной деятельности, в которой человек реализует себя как языковая личность, владеющая профессиональным юридическим языком. Юридическая аргументация – это способы и возможности выражения юридических аргументов средствами естественного языка с учетом его многозначности, вариативности и неопределенности.

Исследованию использующихся правом лингвистических средств, несущих аргументативный компонент, уделяется внимание в работах Т.В. Губаевой, Н.Н. Ивакиной, Е.Н. Суздалева, Е.С. Шугриной и др.<sup>4</sup>

Цель данной работы сводится к выявлению конкретных лингвистических средств построения аргументационных конструкций, использующихся в решениях Конституционного Суда РФ (далее – Конституционный Суд). Теоретическая значимость исследования связана с выделением набора лингвистических средств, специфичных для решений Конституционного Суда, содержащих и характеризующихся признаками аргументации.

Один из видов аргументов, использующийся в решениях Конституционного Суда, – вывод о фактах. Рассмотрев фактические обстоятельства дела, оценив взаимосвязь оспариваемых законоположений с положениями Конституции РФ (далее – Конституции) и иных нормативных правовых актов, Конституционный Суд делает вывод, который формулируется следующим образом: «Конституционный Суд

<sup>1</sup> [http://dic.academic.ru/dic/enc/nsf/enc\\_philosophy/95](http://dic.academic.ru/dic/enc/nsf/enc_philosophy/95)

<sup>2</sup> Черняховская Л.А. Перевод и смысловая структура. – М., 1976. – С. 154.

<sup>3</sup> Баранов А.Н. Языковые механизмы вариативной интерпретации действительности как средство воздействия на сознание / А.Н. Баранов, П.Б. Паршин // Роль языка в средствах массовой коммуникации. – М., 1986.

<sup>4</sup> См.: Губаева Т.В. Словесность в юриспруденции: Учебник. – Казань, 1995; Ивакина Н.Н. Культура судебной речи: Учебное пособие. – М., 1999; Суздальев Е.Н. Теория аргументации: перспективы анализа правовых контекстов // Ученые записки юридического факультета. – СПб., 1996. – Вып. 1. – С. 44–46; Шевченко Н.В. Устная речь юристов в официальной обстановке: Автореф. дис... канд. филол. наук. – 1984.; Шугрина Е.С. Техника юридического письма: Учебно-практическое пособие. – М., 2000.

Российской Федерации пришел к выводу, что ст.... Закона... предусматривающая... (краткое содержание статьи), по своему буквальному смыслу представляет собой... (разъяснение смысла статьи); следовательно... (толкование Конституционного Суда содержания статьи исходя из: 1) ее буквального смысла; 2) смысла статьи во взаимосвязи с Конституцией, соответствующими положениями действующего законодательства, правовыми позициями Конституционного Суда по схожим вопросам)».

Резолютивная часть решений Конституционного Суда, обозначаемая словами «постановил», «определил» и демонстрирующая связь тезисов и аргументов, характеризуется использованием синтаксических конструкций, транслирующих распоряжение, требование, запрет. Осуществляется это за счет использования определенных глагольных форм (инфинитив) и лексики со значением **обязательности** и **необходимости**: *признать, подлежит, должно быть, постановление окончательно, не подлежит обжалованию, не требует подтверждения, подлежит незамедлительному опубликованию, должно быть опубликовано*. Данная лексика имеет сильный императивный компонент в своем значении, который указывает на то, что в этих актах содержится окончательный вывод, который не подлежит проверке и имеет обязательное значение для участников конституционных правоотношений.

Императив содержится и в формулировках, содержащих указание: «...федеральному законодателю **надлежит**... **внести** изменения...». В данном случае императив подкрепляется: 1) указанием на верховенство и высшую силу Конституции («...исходя из требований Конституции Российской Федерации...») и 2) указанием на юридическую силу решений Конституционного Суда («...с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, изложенных в настоящем постановлении...»). Кроме того, используются причинно-следственные конструкции для обязательного разъяснения причин такого императива («...**надлежит** внести изменения в законодательство, **с тем чтобы**...»).

В решениях Конституционного Суда часто используется такой вид аргумента, как аргументация от абстрактного к конкретному. Например, при характеристике муниципальной собственности для обоснования самостоятельности местного самоуправления по вопросам, относящимся к муниципальной собственности<sup>1</sup>, Конституционный Суд использует следующие абстрактные понятия и формулировки: «социальное предназначение», «юридическая природа (муниципальной собственности)», «универсальный характер», «единые правовые установления», «конституционно значимые ценности».

В той части решений Конституционного Суда, которая является обоснованием его позиции по делу, употребляются слова и выражения «исходя из этого», «следовательно», «поскольку», «соответственно», «как следует из...», «в развитие приведенной правовой позиции...». Это вводные конструкции, а именно такие их виды (по содержанию), как конструкции обобщенности и вывода, которые используются для обобщения имеющейся у суда информации по делу и формулирования на основе такого обобщения выводов.

Еще один из видов аргументирования – оценочное аргументирование, которое заключается в использовании оценочных понятий в решениях Конституционного Суда, например: «*постоянный риск*» для судьи подвергнуться дисциплинарной ответственности за факт принятия решения, не согласующегося с действующим законодательством; «*грубое нарушение*» прав участников процесса вследствие недобросовестного исполнения судьей функции по отправлению правосудия<sup>2</sup>; «*разумный срок*» в отношении срока разбирательства конкретного дела (ввиду невозможности использования конкретного временного критерия для определения разумности или неразумности срока судопроизводства законодатель вынужден был использовать значительное количество оценочных понятий)<sup>3</sup>.

Роль аргументов могут выполнять определения основных понятий конкретной области знаний. Российское законодательство и правовая теория установили содержание многих правовых понятий и зафиксировали достигнутые результаты в особых нормативных дефинициях. Ссылки на такие определения означают использование их в качестве доводов в правовом рассуждении.

Конституционный Суд в силу своих полномочий не формулирует определения понятий, использующихся правом, поскольку это предполагает создание правовой нормы. Однако он ссылается в своих решениях на определения понятий действующим законодательством, а также толкует понятия в соответствии с их конституционно-правовым смыслом. Например, на определение понятия «садовый земельный участок» (в решении приводится и сам текст определения, содержащийся в абз. 2 ч. 1

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 30 марта 2012 года № 9-П «По делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» в связи с жалобой администрации муниципального образования «Звениговский муниципальный район» Республики Марий Эл» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2011 года № 19-П «По делу о проверке конституционности положений пп. 1 и 2 ст. 3, п. 1 ст. 8 и п. 1 ст. 12.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и ст. 19, 21 и 22 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки А.В. Матюшенко» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 31. – Ст. 4809.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19 июля 2011 года № 17-П «По делу о проверке конституционности положения п. 5 ч. 1 ст. 244.6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С.Ю. Какуева» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 30 (2). – Ст. 4699.

Федерального закона от 15 апреля 1998 года № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан»<sup>1</sup>).

Кроме того, Конституционный Суд ссылается также на нормы законов, содержащие определения понятий, без цитирования их в своих решениях. Например, на положения ст. 2 Федерального закона «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации», которые раскрывают содержание понятий, используемых в целях данного Федерального закона, устанавливающего в соответствии с Конституцией РФ основания возникновения права на пенсию по государственному пенсионному обеспечению и порядок ее назначения<sup>2</sup>. Или на определения понятий *жилых помещений*, а также *жилищного фонда* как совокупности всех жилых помещений, находящихся на территории Российской Федерации, которые содержатся в Жилищном кодексе РФ.

Помимо ссылок на определения понятий Конституционный Суд также разъясняет смысл понятий и терминов с учетом их конституционно-правового смысла, а также того значения, которое вкладывает в них конкретный законодательный акт. Например, понятие «выход из фракции», которое, по мнению Конституционного Суда и исходя из норм избирательного законодательства, не поддается двойному толкованию и не может приравниваться к понятию «исключение из фракции»<sup>3</sup>; понятие «лишение свободы» (в его конституционно-правовом смысле)<sup>4</sup>; понятие «незаконные производство, сбыт или приобретение специальных технических средств»<sup>5</sup>, оценка степени определенности которого, по мнению Конституционного Суда, должна осуществляться исходя не только из самого текста закона, используемых в нем формулировок, но и из их места в системе нормативных предписаний.

Использование этого вида аргументов можно увидеть и в особых мнениях судей Конституционного Суда по различным категориям дел. Например, понятие «дисциплинарный поступок судьи». По мнению М.И. Клеандрова, это понятие, закрепленное в действующем законодательстве, является «неясным, нечетким, неопределенным и многосмысленным. При этом его неопределенность столь высока, что делает законоположения, которыми оно провозглашено, не соответствующими Конституции Российской Федерации, поскольку может... привести к... произвольному и дискриминационному его толкованию и применению государственными... органами и должностными лицами, к нарушению общеправовых принципов юридической ответственности и конституционного принципа равенства перед законом и судом»<sup>6</sup>. При этом автор ссылается на определение понятия в ч. 1 ст. 12.1 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации», его трактовку в Постановлении Пленума от 31 мая 2007 года № 27 «О практике рассмотрения дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей о привлечении судей судов общей юрисдикции к дисциплинарной ответственности». Или, например, понятие «свободные выборы», конституционно-правовой смысл которого, по мнению судьи Конституционного Суда Г.А. Гаджиева, изменен ст. 35 Федерального закона от 6 октября 2003 года «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в противоречии с Федеральным законом

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 14 апреля 2008 года № 7-П «По делу о проверке конституционности абз. 2 ст. 1 Федерального закона “О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан” в связи с жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. – 2008. – № 18. – Ст. 2089.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17 мая 2011 года № 8-П «По делу о проверке конституционности ряда положений ст. 18 Федерального закона “О статусе военнослужащих”, ст. 5 Федерального закона “Об обязательном государственном страховании жизни и здоровья военнослужащих, граждан, призванных на военные сборы, лиц рядового и начальствующего состава органов внутренних дел Российской Федерации, Государственной противопожарной службы, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, сотрудников учреждений и органов уголовно-исполнительной системы” и ст. 1084 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.П. Кузьменко и А.В. Орлова и запросом Избербашского городского суда Республики Дагестан» // Вестник Конституционного Суда РФ. – № 4. – 2011.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2012 года № 4-П «По делу о проверке конституционности п. 1.1 ст. 12 Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” в связи с жалобой гражданки Т.И. Романовой» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 11. – Ст. 1365.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 2009 года № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда положений ст. 24.5, 27.1, 27.3, 27.5 и 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, п. 1 ст. 1070 и абз. 3 ст. 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и ст. 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан М.Ю. Карелина, В.К. Рогожкина и М.В. Филандрова» // Собрание законодательства РФ. – № 27. – 2009. – Ст. 3382.

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31 марта 2011 года № 3-П «По делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 138 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.В. Капорина, И.В. Коршуна и других» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2011. – № 3.

<sup>6</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации М.И. Клеандрова относительно Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июля 2011 года № 19-П «По делу о проверке конституционности положений пп. 1 и 2 ст. 3, п. 1 ст. 8 и п. 1 ст. 12.1 Закона Российской Федерации “О статусе судей в Российской Федерации”, ст. 19, 21 и 22 Федерального закона “Об органах судейского сообщества в Российской Федерации” и ст. 1–4, 7 Кодекса судейской этики в связи с жалобой гражданки А.В. Матюшенко» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2011. – № 5.



«Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», со ст. 3 Конституции РФ<sup>1</sup>.

Помимо ссылок на определения понятий Конституционный Суд также использует ссылки:

– на конкретные статьи действующих законов, прежде всего Конституции. Данная аргументационная конструкция выглядит следующим образом: используется формулировка «согласно Конституции РФ...», затем указываются конкретные конституционные положения, имеющие существенное значение для разрешения данного дела, в конце конструкции – указание на номер статьи (статей) в скобках. Далее раскрывается содержание указанных положений Конституции в их взаимосвязи с другими конституционными положениями;

– международные правовые акты с указанием их места в российской правовой системе: «Права... закрепленные Конституцией Российской Федерации и международными правовыми актами, являющимися в силу статьи 15 (части 4) Конституции Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации...»<sup>2</sup>;

– законодательство (в общем, а не на конкретные статьи) во взаимосвязи с правовыми презумпциями: «...в системном единстве с положениями Конституции Российской Федерации и федерального законодательства и с учетом конституционной презумпции добросовестности законодателя...»<sup>3</sup>;

– материалы дела: используется клишированная формула «...как следует из материалов дела...»;

– самого себя (с указанием правовых принципов с обязательной их расшифровкой): «**Как неоднократно подчеркивал Конституционный Суд Российской Федерации, из принципа юридического равенства применительно к реализации конституционного права на судебную защиту вытекает требование, в силу которого однородные по своей юридической природе отношения должны регулироваться одинаковым образом; соблюдение конституционного принципа равенства, гарантирующего защиту от всех форм дискриминации при осуществлении прав и свобод, означает, помимо прочего, запрет вводить такие ограничения в правах лиц, принадлежащих к одной категории, которые не имеют объективного и разумного оправдания (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях)...**»<sup>4</sup>.

«Анализируя правовую природу приостановления производства по делу, а также обстоятельств, являющихся основанием для принятия такого рода мер, Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 19 февраля 2003 года № 74-О указал...»<sup>5</sup>;

– решения иных судебных органов (как российских, так и зарубежных): «Указывая на недопустимость отказа заинтересованным лицам в правосудии по гражданским делам... приводящего к нарушениям прав граждан и волоките, Пленум Верховного Суда Российской Федерации... отмечал...»<sup>6</sup>. Кроме того, в данном случае, при том что он не является прямым цитированием текста постановления Пленума Верховного Суда РФ, Конституционный Суд допускает использование разговорного слова «волокита», хотя, конечно, такая ситуация носит единичный характер.

В качестве примера можно привести формулировки такого характера: «право на свободу и личную неприкосновенность, относящееся к числу основных прав человека и признаваемое **Всеобщей декларацией прав человека** (статья 1)», «**Европейский Суд по правам человека** также считает», «право на свободу, гарантированное **Конвенцией о защите прав человека и основных свобод** (статья 5)»;

– конституционные принципы и конституционно-правовые характеристики: «...исходя из предназначения и содержания **конституционных принципов независимости, несменяемости и неприкосновенности судей**, а также учитывая обусловленную **конституционно-правовыми характеристиками** судебной власти необходимость обеспечения стабильности судейского корпуса – досрочное прекращение полномочий судьи как наиболее суровая мера дисциплинарной ответственности, влекущая значительные негативные последствия для судьи...»; «как того требуют **конституционные принципы равенства и**

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 18 мая 2011 года № 9-П «По делу о проверке конституционности положений п. 1 ч. 4 и ч. 5 ст. 35 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Н.М. Савостьянова» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2011. – № 4.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 1 марта 2012 года № 5-П «По делу о проверке конституционности абз. 2 ст. 215 и абз. 2 ст. 217 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Д.В. Барабаша и А.В. Исхакова» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 11. – Ст. 1366.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 30 марта 2012 года № 9-П «По делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» в связи с жалобой администрации муниципального образования «Звениговский муниципальный район» Республики Марий Эл» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 1 марта 2012 года № 5-П «По делу о проверке конституционности абз. 2 ст. 215 и абз. 2 ст. 217 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Д.В. Барабаша и А.В. Исхакова» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 11. – Ст. 1366.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> Там же.

**справедливости»; «право на судебную защиту... признается и гарантируется согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией Российской Федерации и обеспечивается на основе закрепленных в ней принципов правосудия, включая независимость судей, их подчинение только Конституции Российской Федерации и федеральному закону, осуществление судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон...»;**

– традиционные ценности: «Провозглашая право каждого на отдых и на охрану здоровья, Конституция Российской Федерации исходит из того, что **здоровье человека является высшим неотчуждаемым благом, без которого утрачивают свое значение многие другие блага и ценности, а следовательно, его сохранение и укрепление играют основополагающую роль в жизни общества и государства**»<sup>1</sup>.

Таким образом, исходя из анализа практики Конституционного Суда, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, решения Конституционного Суда – особый вид юридических документов, поэтому набор аргументационных средств, используемых в них, значительно отличается от средств, применяемых в иных юридических документах и юридических дискурсах.

Во-вторых, основными видами убеждающих аргументов в решениях Конституционного Суда являются выводы о фактах, прямые указания законодателю, ссылки (на действующее российское законодательство, международные правовые акты, решения иных судебных органов, собственные решения и правовые позиции, российские конституционные принципы и принципы международного права, традиционные ценности), разъяснение смысла правовых понятий (в том числе и оценочных).

В-третьих, лингвистический набор средств, используемых при построении аргументационных конструкций, характеризуется особой смысловой (содержательной) направленностью. Это в первую очередь синтаксические конструкции со значением обусловленности (причины, обоснования, подтверждения, следствия и т. п.), а также императивные конструкции, выражающие убеждение, указание, требование, запрет и т. д. При их формулировании используются такие языковые средства, как инфинитив (неопределенная форма глагола), лексика со значением обязательности и необходимости, абстрактная лексика, вводные слова (со значением обобщенности и вывода), сложноподчиненные синтаксические конструкции, обозначающие причинно-следственные связи.

Полученные выводы способствуют пониманию языковых механизмов воздействия данного вида юридических документов на адресата (как специалистов – практикующих юристов, ученых, так и неспециалистов, например, заявителей по делу).

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 9 февраля 2012 года № 2-П «По делу о проверке конституционности положения ч. 8 ст. 325 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И.Г. Труновой» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 9. – Ст. 1152.

**И.А. Ванина**

*Ванина Инна Андреевна – преподаватель юридического факультета Мордовского государственного университета имени Н.П. Огарева*

## **Аргументация в механизме реализации юридического указания**

Юридическое указание представляет собой относительно самостоятельное явление правовой действительности, обладающее многими специфическими чертами и особенностями проявления во всех без исключения отраслях российского права, закрепляется как в отдельных нормативных правовых актах, так и в актах индивидуальной правореализации. В этой связи вполне очевидно наличие различий в аргументации тех или иных юридических указаний.

Следует отметить, что в одних случаях само юридическое указание является аргументом для принятия или осуществления дальнейших действий (императивное, безальтернативное указание). В других юридическое указание выступает «носителем» определенной системы (совокупности) аргументации.

Примером первого выступают указания, содержащиеся в нормативных правовых актах. Так, Приказ Минздрава РФ от 17 декабря 1998 года № 368 «Об аттестации на квалификационные категории специалистов с высшим немедицинским образованием»<sup>1</sup> предписывает: «В целях совершенствования профессионального уровня специалистов с высшим немедицинским образованием, работающих в системе здравоохранения Российской Федерации:

приказываю:

1. Ввести в действие с 01.01.1999 года инструктивно-методические указания по аттестации биологов, зоологов и энтомологов, работающих в учреждениях здравоохранения (приложение)».

Пример второго вида указания иллюстрирует статья 199 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ<sup>2</sup>, которая предусматривает, что «Руководитель экспертного учреждения вправе возратить без исполнения постановление о назначении судебной экспертизы и материалы, представленные для ее производства, если в данном учреждении нет эксперта конкретной специальности либо специальных условий для проведения исследований, указав мотивы, по которым производится возврат».

Универсальной формой юридического указания, оказывающего регулятивное воздействие на все сферы правового пространства выступают ежегодные Послания Президента России Федеральному Собранию РФ. Специфика посланий состоит в том, что каждое содержащееся в нем указание содержит детальную предварительную аргументацию позиции главы государства. Так, в Послании Президента РФ Федеральному Собранию Российской Федерации 2011 года отмечается: «Сегодня я скажу, какие меры предлагаю предпринять в самое ближайшее время, чтобы дать гражданам больше возможностей влиять на политику Российского государства, на принятие любых решений, затрагивающих их права и интересы. Но сначала, если позволите, о результатах нашей работы»<sup>3</sup>.

И далее Президент России подчеркнул: «По моему указанию ведется масштабная антикоррупционная работа. Россия присоединилась к международным конвенциям в этой сфере, приняты необходимые законы, приняты, кстати, впервые в истории нашего государства. Теперь государственные и муниципальные служащие в случае совершения ими правонарушений коррупционной направленности, помимо других видов ответственности, подлежат и увольнению в связи с утратой доверия»<sup>4</sup>.

Наличие многообразных проявлений юридических указаний детерминирует использование различных методов их аргументации.

При этом собственная аргументированность юридического указания во многом зависит от характера его доведения до сведения адресатов. В одних случаях невозможно обойтись без письменной, документарной, основанной на законе формы.

Так, Постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 21 января 2010 года № 5 «Об утверждении Методических указаний МУ 2.6.1.2574-2010»<sup>5</sup> устанавливает: «В соответствии с Федеральным законом от 30 марта 1999 года № 52-ФЗ "О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения" (Собрание законодательства РФ. – 1999. – 14. – Ст. 1650; 2002. – Ч. 1. – Ст. 2; 2003. –

<sup>1</sup> Здравоохранение. – 1999. – № 2.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 4921.

<sup>3</sup> Послание Президента РФ Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. – 2011. – 23 декабря.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2010. – № 21.

№ 2. – Ст. 167; № 27. – Ч. I. – Ст. 2700; 2004. – № 35. – Ст. 3607; 2005. – № 19. – Ст. 1752; 2006. – № 1. – Ст. 10; № 52. – Ч. I. – Ст. 5498; 2007. – № 1. – Ч. I. – Ст. 21, 29; № 27. – Ст. 3213; № 46. – Ст. 5554; № 49. – Ст. 6070; 2008. – № 24. – Ст. 2801; № 29. – Ч. I. – Ст. 3418; № 30. – Ч. II. – Ст. 3616; № 44. – Ст. 4984; № 52. – Ч. I. – Ст. 6223; 2009. – № 1. – Ст. 17) и Постановлением Правительства Российской Федерации от 24 июля 2000 года № 554 "Об утверждении Положения о государственной санитарно-эпидемиологической службе Российской Федерации и Положения о государственном санитарно-эпидемиологическом нормировании" (Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 31. – Ст. 3295; 2004. – № 8. – Ст. 663; № 47. – Ст. 4666; 2005. – № 39. – Ст. 3953) постановляю:

1. Утвердить Методические указания МУ 2.6.1.2574-2010 "Определение суммарных (накопленных) доз облучения лиц из населения, подвергшихся радиационному воздействию вследствие ядерных испытаний на Семипалатинском полигоне" (приложение).

2. Ввести в действие Методические указания МУ 2.6.1.2574-2010 с 4 мая 2010 года».

Весьма значима аргументация реализации юридических указаний в решении задач стратегического, общенационального характера, что можно проиллюстрировать на примере Указания оперативного характера ЦБР от 19 августа 2004 года № 103-Т «Об осуществлении Банком России контроля за исполнением кредитными организациями (их филиалами) Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»<sup>1</sup>.

Весьма часто аргументация юридического указания обусловлена необходимостью реализации целей текущего, планового государственного контроля за деятельностью хозяйствующих субъектов. Статья 83 Налогового кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ<sup>2</sup> установила: «1. В целях проведения налогового контроля организации и физические лица подлежат постановке на учет в налоговых органах соответственно по месту нахождения организации, месту нахождения ее обособленных подразделений, месту жительства физического лица, а также по месту нахождения принадлежащих им недвижимого имущества и транспортных средств и по иным основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом.

В случае, если несколько обособленных подразделений организации находятся в одном муниципальном образовании, городах федерального значения Москве и Санкт-Петербурге на территориях, подведомственных разным налоговым органам, постановка организации на учет может быть осуществлена налоговым органом по месту нахождения одного из ее обособленных подразделений, определяемого этой организацией самостоятельно. Сведения о выборе налогового органа организация указывает в уведомлении, представляемом (направляемом) российской организацией в налоговый орган по месту ее нахождения, иностранной организацией – в выбранный ею налоговый орган.

Форма уведомления, на основании которого происходит постановка на учет в налоговом органе организации, являющейся иностранным маркетинговым партнером Международного олимпийского комитета и (или) официальной вещательной компанией, утверждается федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов».

Наряду с письменной, документальной формой, аргументация юридического указания в устной форме обусловлена необходимостью разового, оперативного доведения соответствующей информации до адресата. Подобная форма допускает в последующем внесение временных корректив в указание, исходя из складывающейся обстановки и происходящих изменений. Пункт 48 Устава внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации (утв. Указом Президента РФ от 10 ноября 2007 года № 1495) (с изменениями от 23 октября 2008 года, 14 января 2011 года)<sup>3</sup> определяет, что «при построении воинской части с Государственным флагом Российской Федерации и Боевым знаменем (на параде, строевом смотре, во время приведения к Военной присяге (принесения обязательства) и т. п.) в докладе указывается полное наименование воинской части с перечислением присвоенных ей почетных наименований и орденов».

В отдельных ситуациях аргументация юридического указания носит презюмируемый характер. Как отмечает Е.В. Служкина, в таком случае «волеизъявление субъекта находит свое выражение в конкретных жестах, знаках, сигналах»<sup>4</sup>. Например, к таким указаниям можно отнести: жесты сотрудника ГИБДД, регулирующего порядок движения транспорта и пешеходов (например, требование к водителю автомобиля остановиться, путем взмаха жезлом).

В целом следует заключить, что юридическое указание содержит важный аргументационный ресурс, а его анализ позволяет расширить и обогатить представления об арсенале средств правового воздействия, раскрывает социальную ценность, экономичность и, в конечном счете, справедливость правотворческой и интерпретационной деятельности.

<sup>1</sup> Вестник Банка России. – 2004. – № 51.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3824.

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 47. – Ч. I. – Ст. 5749.

<sup>4</sup> Служкина Е.В. Юридическое поручение: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006. – С. 37.

**Е.С. Вершинина, В.Ю. Горюнов**

*Вершинина Екатерина Сергеевна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры управления Нижегородской академии МВД России;*

*Горюнов Владимир Юрьевич – преподаватель кафедры управления Нижегородской академии МВД России*

## **Юридическая аргументация управленческих решений**

Принятие решений присуще любому виду деятельности. От того, кто и как организует свою и чужую деятельность в системе управленческих решений, зависят содержание и качество жизни, соблюдение писаных и неписаных законов, будущее всех и каждого<sup>1</sup>. От принятого управленческого решения может зависеть результативность работы одного человека, группы людей или всего народа определенного государства. В настоящее время в связи с возрастающей ролью управленческого решения, возрастает и необходимость его аргументации, которая проявляется в научном обосновании, оптимизации и практической эффективности.

Аргументация управленческого решения раскрывает необходимость, полезность решения, показывает его своевременность и особенность, а также способствует лучшему восприятию и осознанию решения персоналом. Решение исполнять легче, если понятно, почему оно разработано, если ясен его смысл и назначение.

Юридически аргументированные управленческие решения должны соответствовать объективной истине, быть логически цельными и формально непротиворечивыми.

Аргументация управленческих решений зависит от глубины его проработки, процедур выработки и согласованности этапов принятия решений.

Выработка и принятие решения – узловая процедура в деятельности руководителя, которая определяет весь дальнейший ход процесса управления, в особенности конечный результат управленческой деятельности.

Процесс принятия и реализации решений, по образной метафоре Ж. Лабордэ, подобен путешествию: «Сначала вы решаете, каков ваш пункт назначения. Потом вы обдумываете, как двигаться и кого пригласить с собой. Вы можете лететь, ехать на автомобиле, на велосипеде или идти. Предположим, что вы решаете ехать на автомобиле. Тогда вам нужно найти маршрут, который для вас наиболее привлекателен. Двигаясь, вы должны помнить или видеть контрольные точки на карте и на местности, которые показывают, на правильном ли вы пути. Если ваши попутчики имеют другой, нежели вы, пункт назначения, вам нужно выяснить, в какой точке они хотят отделиться от вас. Позднее, когда вы достигаете пункта назначения, вам нужны особые способы, чтобы проверить, действительно ли это место, где вам хочется находиться, и действительно ли вы достигли всего, чего хотели»<sup>2</sup>.

На процесс принятия решений, а также на его аргументированность влияет множество внутренних и внешних факторов: знания и опыт лица, принимающего решение; наличие у него своевременной информации; время, отводимое на принятие решений; уровень его полномочий; система верований и убеждений, а также способность применять специальные техники принятия решений и отстоять принятое решение.

Хотя процесс принятия решений сложен, а сами проблемы по своей семантике (содержанию) чрезвычайно разнообразны, можно выделить основные общие этапы этого процесса, выяснить, как именно осуществляется акт выбора одной альтернативы из имеющегося или конструируемого множества альтернатив, выбрать курс действий, обеспечивающий получение требуемых результатов<sup>3</sup>.

Очень важно, на всех стадиях процесса принятия управленческого решения придерживаться выработанных теорией, научно обоснованных практических рекомендаций, требований, правил и законов управления, благодаря которым можно добиться их аргументированности.

На стадии подготовки управленческого решения происходит анализ ситуации, включающий поиск, сбор и обработку информации, а также постановку целей и определение задач. На этом этапе необходимо придерживаться таких законов как целеполагание, объективность. Управленческое решение есть результат деятельности лица, его принимающего, но для достижения его аргументированности следует учитывать, что его разработка должна быть сообразной целям организации. Следовательно, определяя

---

<sup>1</sup> Колпаков В.М. Теория и практика принятия управленческих решений: Учебное пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – Киев, 2004. – С. 3.

<sup>2</sup> <http://lib.4i5.ru/cu264.htm>

<sup>3</sup> <http://lib.4i5.ru/cu264.htm>

требования к управленческим решениям, необходимо исходить не из субъективных представлений лиц, принимающих решения, или руководителей данной организации, а из принципов управления, выражающих требования законов и правила их выполнения в реальных условиях. Так, при постановке цели необходимо следовать закону целеполагания, суть которого состоит в том, что цель действий управляющей системы должна выбираться на основе объективных законов движения (изменения) и специфических законов функционирования элементов управляемой организации. В противном случае будут выбраны нереальные цели действия, а управление будет хаотичным и неоптимальным<sup>1</sup>. Так, при принятии управленческих решений необходимо обращать внимание на соответствие целей ресурсам, требованиям внешней и внутренней среды, а также результатам управления.

Правильно поставленная цель действий позволяет добиться наилучшей аргументации управленческого решения. Цели должны быть:

- достижимыми, отвечать реальной ситуации и иметь соответствующие ресурсы;
- понятными и конкретными, а не неопределенными;
- не противоречащими другим целям.

Здесь будет уместным привести положительный опыт японского менеджмента, «изюминкой» которого считается ориентация на крупную, единую цель, достижение которой требует длительного времени, и построенная на основе такой ориентации система принятия решений. Но постановка единой цели, и соответствие всех в последующем принимаемых решений этой цели является недостаточным условием построения эффективной организации. Нужно еще и суметь трансформировать цели фирмы в цели каждого конкретного подразделения, каждого работника. В Японии рабочий не рассматривается как винтик в производственной операции, а считается членом корпорации, ответственность и права которого далеко выходят за рамки его основных производственных функций<sup>2</sup>. Предприятие не может нормально функционировать без ясного, четкого осознания и понимания самих работников, что и зачем они делают.

На этапе сбора, анализа и оценки информации необходимо придерживаться закона всестороннего исследования объекта в его движении и развитии. Это требование означает, что исследование предметов и явлений происходит во взаимосвязи и взаимозависимости друг от друга на различных этапах их развития.

Для получения объективной, достоверной информации в японских фирмах применяется принцип «час в неделю, день в месяц», когда руководители предприятий приходят работать в цехи вместе с рядовыми рабочими. Прямые контакты с сотрудниками являются надежным способом обмена неформальной информацией, создают атмосферу уважительного доверия и выступают еще одним принципом принятия аргументированного решения<sup>3</sup>.

На этапе разработки управленческого решения учитывается степень их соответствия политике организации, ее традициям, этическим ценностям<sup>4</sup>.

Здесь на повышение аргументированности управленческих решений большое влияние оказывают закон разнообразия и закон традиций.

Закон разнообразия требует от руководителя глубоких знаний, умений, навыков, развитых способностей и опыта в принятии решений, которые дают возможность принимать необходимые управленческие решения в любой ситуации, поскольку в таком случае лицо, принимающее решение, обладает большим разнообразием средств воздействия, культурой управления и способностью реагировать на особенности управляемой подсистемы. Такой руководитель никогда не будет, оправдываясь, говорить: «Этого мы не знали. Это мы не предусмотрели. Это никто не ожидал. Это случайность и т. д.». Повышение разнообразия (уровня профессиональной компетентности) позволяет управляющей подсистеме учесть все возможные изменения и отклонения и принять рациональное и аргументированное решение.

Закон традиций тесно связан с законом разнообразия, поскольку также требует учета особенностей управляемого объекта, а конкретно учета традиций национальных и сформированных влиянием организационной культуры, действующих норм в обществе, наличия у людей определенных стереотипов. Вряд ли удастся аргументировать управленческое решение, принятое вопреки устоявшимся нормам организации.

Одним из самых важных в теории аргументации управленческих решений, на наш взгляд, является закон обратной связи. Он говорит о необходимости установления связи управляющего субъекта и

<sup>1</sup> Колпаков В.М. Теория и практика принятия управленческих решений: Учебное пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – Киев, 2004. – С. 13.

<sup>2</sup> Корнилов М. Японский менеджмент завоевывает планету // Знакомьтесь – Япония. – 1993. – № 1. – С. 5.

<sup>3</sup> Кнорринг В.И. Теория, практика и искусство управления: Учебник для вузов по специальности «Менеджмент». – 2-е изд., изм. доп. – М., 2001. – С. 302.

<sup>4</sup> Веснин В.Р. Менеджмент: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2006. – С. 290.

управляемого объекта. Без знания истинного состояния динамически изменяющегося объекта управления невозможно принимать аргументированные управленческие решения.

И здесь опять же хочется привести опыт японского менеджмента. Один из высокоэффективных методов японского искусства управления – интенсивное общение руководителей со своими сотрудниками, поощрение частных и неформальных связей<sup>1</sup>, которые позволяют донести сотрудникам задачи политики компании, сплотить коллектив и сделать его работу более эффективной.

Также в подавляющем большинстве крупных фирм и корпораций Японии применяется своеобразная система принятия стратегических решений «рингисэй», обеспечивающая углубленную проработку, согласованность проектов и участие в творческой деятельности всех ведущих сотрудников – от рядовых должностей до руководства. Система «рингисэй» предусматривает многократное согласование решений на всех уровнях управления. Эта процедура включает проведение консультаций и обсуждений на уровне рядовых сотрудников различных смежных подразделений. Затем обобщенный анализ их предложений передается на более высокий уровень и далее, после этого – к высшим руководителям предприятия. В итоге проект управленческого решения попадает на стол высшего руководителя, имея визы руководителей различных рангов<sup>2</sup>.

При такой системе принятия решений используется метод «немаваси», буквально «обрубание корней». В сущности данный метод представляет собой «сглаживание углов», то есть ослабление разногласий, отсечение противоположных точек зрения<sup>3</sup>.

А. Зыков в своей статье «Дао Toyota», раскрывает данный метод следующим образом: «Принимай решение не торопясь, на основе консенсуса, взвесив все возможные варианты; внедряя его, не медли. Не принимай однозначного решения о способе действий, пока не взвесишь все альтернативы. Когда ты решил, куда идти, следуй избранным путем без промедления, но соблюдай осторожность»<sup>4</sup>.

Такая практика принятия управленческих решений является достаточно сложной и длительной, но на стадии реализации проекта процесс внедрения идет быстро и не требует длительных обсуждений, координации работы исполнителей и дополнительной его аргументации.

И, наконец, на стадии реализации решений принимаются меры для его конкретизации и доведения его до исполнителей. На данном этапе доктор экономических наук, профессор, заведующий кафедрой общего и специального менеджмента Российской академии государственной службы при Президенте РФ Александр Лукич Гапоненко выделяет следующие правила, позволяющие добиться аргументированности управленческих решений<sup>5</sup>:

- оперировать простыми, ясными, точными и убедительными понятиями, так как убедительность можно легко «потопить» в море слов и аргументов;
- избегать пустых фраз, они свидетельствуют об ослаблении внимания и ведут к ненужным паузам.
- разъяснять доводы и доказательства по отдельности, а не преподносить их все сразу;
- подбирать способ и темп аргументации, соответствующие особенностям темперамента исполнителя;
- привести три-четыре ярких довода, нежели множество средних аргументов;
- аргументирование не должно быть декларативным или выглядеть как монолог «главного героя»;
- строить аргументацию с учетом целей и мотивов собеседника;
- не забывать, что «излишняя» убедительность вызывает отпор со стороны подчиненного, особенно если у него «агрессивная» натура (эффект «бумеранга»);
- избегать неделовых выражений и формулировок, затрудняющих аргументирование и понимание;
- обрисовать границы обсуждаемого вопроса. Вольтер как-то сказал: «Секрет быть скучным состоит в том, чтобы рассказывать все»;
- попытаться как можно нагляднее изложить сотруднику свои доказательства, идеи и соображения. Вспомним пословицу: «Лучше один раз увидеть, чем сто раз услышать».

Таким образом, использование на каждой стадии принятия решений соответствующих методов, законов и правил позволяет достигнуть соответствия управленческих решений определенным требованиям и повысить их аргументированность.

<sup>1</sup> Кнорринг В.И. Теория, практика и искусство управления: Учебник для вузов по специальности «Менеджмент». – 2-е изд., изм. доп. – М., 2001. – С. 302.

<sup>2</sup> Там же. – С. 301.

<sup>3</sup> Максименко Г.Б. Менеджмент: Учебное пособие для студентов вузов. – 2-е изд. – М., 2009. – С. 89.

<sup>4</sup> Зыков А. Дао Toyota // Управление персоналом. – 2012. – № 8 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>5</sup> <http://delovoyvmir.biz/ru/articles/view/?did=8690>



**Ю.Ю. Ветютнев**

*Ветютнев Юрий Юрьевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Волгоградского филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы*

### **Аксиологические основания аргументации в дискуссиях о правопонимании**

1. Правовая аргументация – феномен, порождаемый диалогом. Необходимость в подкреплении своих слов доводами возникает лишь в условиях реальных или потенциальных разногласий, что предполагает, в свою очередь, наличие двух или более сторон с относительно сформированными позициями, противостоящими друг другу. Поэтому судебный процесс становится питательной средой для развития аргументации при наличии принципа состязательности, а правотворческая процедура – в ситуации политической конкуренции.

При этом не любое воздействие на собеседника (контрагента) может быть отнесено к аргументам, поскольку аргументация принадлежит к сфере убеждения и, следовательно, не включает в себя прямое насилие, пропаганду или манипуляцию. Аргументом является утверждение, которое призвано либо подтвердить, либо опровергнуть другое утверждение (тезис) рациональным путем.

Так, аргументацию можно условно подразделить на два вида – риторическую и философскую. В первом случае задача аргументов сводится исключительно к тому, чтобы повлиять на чужую позицию, переубедить ее носителя; во втором случае аргументация направлена прежде всего на то, чтобы обнаружить основания собственного мышления. Если риторическая аргументация отвечает на возражение, то в основе философской аргументации лежит сомнение.

Общим для двух типов аргументации является то, что они указывают на ценностные ориентации автора. Придавая ценностную окраску тем или иным явлениям социального мира, индивиды и общности тем самым идентифицируют их в качестве желательных или нежелательных, связывают с ними свои интересы и намерения. Поскольку любое сознательное решение в области права представляет собой акт выбора, то предпочтение, отдаваемое тому или иному варианту, указывает на определенную систему ценностей. Более того, использование ценностных и оценочных аргументов свидетельствует о том, что субъект аргументации не только сам привержен этим ценностям, но и рассчитывает на их поддержку другим участником (участниками) коммуникации и, следовательно, рассматривает их в качестве общих ценностей.

2. Если обращаться к спорам о правопонимании, то можно обнаружить, что в этой сфере риторическая аргументация заметно преобладает над философской. Разворачивающаяся идейная борьба характеризуется высокой степенью непримиримости сторон. Вероятно, особенности идейного плюрализма в юридической науке действительно могут быть объяснены спецификой самой правовой реальности как культурного явления. В частности, для этой области социального взаимодействия характерна высокая степень «агональности», то есть состязательности, поединка, борьбы. Так как право призвано иметь дело главным образом с конфликтогенными проявлениями общественной жизни, то и сами механизмы, при помощи которых функционирует правовая система, во многом строятся по схеме конфликта («лечить подобное подобным»). Иначе говоря, атмосфера противоборства переносится в зал суда, а оттуда проникает и в научные споры о праве.

При этом такой тип аргументов, как эмпирические (то есть отсылающие к практическому опыту), в этих дискуссиях почти не применяются, поскольку наблюдения за повседневной социальной жизнью не дают никаких непосредственных доказательств ни одной из теоретических позиций. Ни в природе, ни в обществе нельзя обнаружить того, что объективно является правом. Имена не присущи своим носителям изначально, они являются частью языковой картины мира, то есть не отыскиваются в окружающем мире, не принадлежат предметам в качестве их собственных атрибутов, а лишь присваиваются им. Поэтому понятие права не столько открывается, сколько конструируется. По существу, вопрос о правопонимании приобретает характер своеобразного этического выбора, в силу чего типичным обоснованием того или иного подхода к праву становится апелляция к ценностям. Речь, конечно, идет не о различии индивидуальных пристрастий, а о концептуальном выражении предпочтений, свойственных различным социальным группам.

Среди достаточно широкого набора аргументов, используемых в дискуссиях о правопонимании, можно выделить такие, как аргумент «к практическому значению», к авторитету, этимологический и др. Кроме того, как отмечает немецкий исследователь Р. Алекси, следует различать аргументы, приводимые с позиции наблюдателя (то есть лица, дающего нейтральное описание правопорядка) и с позиции участника (лица, вовлеченного в принятие юридически значимых решений)<sup>1</sup>. Однако самым распространенным

<sup>1</sup> См.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). – М., 2011. – С. 29.



является аргумент «от противного». Иначе говоря, представители тех или иных концепций чаще всего прибегают к аргументам не столько при изложении собственной версии понимания права, сколько в ходе критики альтернативных подходов; таким образом, выявить ценностные установки, характерные для этих теорий, можно при помощи «переворачивания» тех негативных черт (антиценностей), которые усматриваются ими во взглядах оппонентов. Если то или иное понимание права отвергается, становится предметом негативной оценки, то подобные суждения непременно имеют под собой ценностные основания.

В современной России наиболее авторитетными концепциями правопонимания являются либертарно-юридическая и нормативная теории. Они отличаются наибольшей концептуальной завершенностью и определенностью по сравнению с компромиссными и нерешительными попытками построения естественно-правовых, социологических или «интегративных» подходов к пониманию права. Именно конфликт нормативного и либертарно-юридического направлений задал идейную атмосферу, сложившуюся в отечественной юридической науке к началу XXI века вокруг проблемы правопонимания. При этом характерно, что основные положения этих теорий оформились именно в процессе их полемики друг с другом, повторяющей по своему содержанию классический спор юснатурализма и юридического позитивизма.

Для анализа аксиологических особенностей аргументации, свойственных каждому из двух противоборствующих течений, представляются вполне репрезентативными тексты, принадлежащие перу их лидеров – М.И. Байтина и В.С. Нерсесянца.

3. В работах М.И. Байтина право определяется как система общеобязательных формально-определенных норм, выражающих государственную волю в ее общечеловеческом и классовом содержании. Остальные варианты понимания права он именуется «широким» пониманием права, объясняя это тем, что все они включают в состав права, помимо норм, и другие правовые явления (правоотношения, правосознание, правопорядок, акты применения права и т. п.). Именно критика «широкого» понимания права сопровождается аргументами, отражающими ценностные установки автора и его сторонников.

По мнению М.И. Байтина, «широкое правопонимание... так или иначе сопряжено с отходом от отстаиваемых нормативным правопониманием точности, четкости, стабильности сложившихся юридических понятий и категорий, специальной терминологии»<sup>1</sup>. В этой цитате ценностные характеристики, которыми автор наделяет нормативный подход и которые отрицает у «широкого» правопонимания, сформулированы прямо – точность, четкость, стабильность.

В ходе дальнейшей критики эти ценностные установки конкретизируются, прежде всего в части «точности» и «четкости»: широкое правопонимание, согласно М.И. Байтину, «чревато опасностью размывания самой теории права»; «такой подход к пониманию права неизбежно ведет к его растворению в других правовых явлениях», «создает весьма расплывчатое представление о праве»<sup>2</sup>. Эти отрицательные оценки подытоживаются выводом: «Право не может быть чем-то аморфным, “киселеобразным”»<sup>3</sup>. Упоминание об аморфности, то есть бесформенности, в качестве контраргумента против «широкого» понимания права свидетельствует о том, что самостоятельной ценностью признается *форма*.

Такие риторические фигуры, используемые в негативном значении, как «растворение», «размывание», «расплывчатость», имеют общий смысл, обозначая собой опасность утраты границ. «Дальнейшие... попытки принизить значение нормативного понимания права и даже вообще отказаться от него, подменить его широкой трактовкой, смешивающей «Павла с Савлом», не являются конструктивными...»<sup>4</sup>, – резюмирует свои аргументы автор. Этой метафорой, очевидно, также подчеркивается ценность различения явлений, которые внешне кажутся сходными. Иначе говоря, в основе этого аргумента лежит признание ценности *границ*.

4. Основатель либертарно-юридического направления В.С. Нерсесянец также исходил из дуалистического представления о правопонимании, о существовании двух его основных типов – юридического и легистского, относя к последнему юридический позитивизм и все иные варианты так называемого нормативного понимания права.

Как и М.И. Байтин, В.С. Нерсесянец вырабатывал и формулировал аргументы в пользу либертарно-юридического учения главным образом не при изложении его основных пунктов, а в полемике с «легистскими» концепциями и с некоторыми вариантами «юридического» правопонимания, в частности, с естественно-правовой теорией.

Аргументы против легизма опираются прежде всего на его политическую оценку: «Легистское (позитивистское) правопонимание присуще разного рода этатистским, авторитарным, деспотическим,

<sup>1</sup> Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – 2-е изд., доп. – М., 2005. – С. 85.

<sup>2</sup> Там же. – С. 86, 96.

<sup>3</sup> Там же. – С. 97. Ср. аналогичное противопоставление «кристалла» и «желе» у М.К. Мамардашвили: «Желе пронзаемо для любого произвольного социального действия. Представьте себе тарелку, наполненную студнем. Движение, вызванное толчком в тарелку, пройдет через всю тарелку. Почему? Оно пройдет все общественное тело, если общественное тело такое мягкое, желеподобное, оно нигде не встретит кристаллических решеток» (Мамардашвили М.К. Опыт физической метафизики: Вильнюсские лекции по социальной философии. – М., 2008. – С. 179).

<sup>4</sup> Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – 2-е изд., доп. – М., 2005. – С. 147.

диктаторским, тоталитарным подходам к праву»<sup>1</sup>. Осуждение легизма (юридического позитивизма) происходит здесь путем связывания его с политическими режимами, скомпрометировавших себя отрицанием такой ценности, как *свобода* человеческой личности.

Аналогичное ценностное основание прослеживается и в другом критическом аргументе против легизма. Усматривая основной пафос легистского правопонимания в подчинении всех властным приказам и установлениям, что ведет к пренебрежению правами и свободами человека, В.С. Нерсесянц полагает: «Здесь повсюду господствует взгляд на человека как на подчиненный объект власти, а не свободное существо»<sup>2</sup>. Иными словами, вновь идейный порок легизма видится в том, что эта теория не придает должного значения человеческой свободе и тем самым ставит ее под угрозу (ценность свободы в либертарно-юридической концепции презюмируется автоматически и сомнений не вызывает).

Принципиально иная аргументация используется В.С. Нерсесянцем против естественно-правовой теории. Отдавая должное ее достижениям, он ставит в вину этой идеологической доктрине отсутствие необходимой внутренней дифференциации, главным образом при определении сущности права, а также при решении иных вопросов: «в рамках естественноправового подхода, включая сферы юридической онтологии и аксиологии, смешение права и морали (нравственности, религии и т. д.) сочетается и усугубляется смешением формального и фактического, должного и сущего, нормы и фактического содержания, идеального и материального, принципа и эмпирического явления»<sup>3</sup>. Таким образом, в данном случае В.С. Нерсесянц пользуется аргументом, который по своему характеру совпадает с доводами М.И. Байтина против «широкого» понимания права. Вслед за представителями нормативного подхода, В.С. Нерсесянц упрекает естественно-правовую теорию в смешивании явлений, различных по своему существу, и тем самым наделяет положительной ценностью такое явление, как *граница*.

Более того, в противовес естественно-правовой теории с присущей ей склонностью к смешению разнородного, В.С. Нерсесянц обосновывает преимущество своих идей при помощи еще одной ценности, которая роднит их с юридическим позитивизмом: «в отличие от естественно-правового подхода (с его смешением формально-правового и фактического, права и морали, правовых и внеправовых ценностей, относительных и абсолютных ценностей и в целом смешанной формально-фактической и морально-правовой трактовкой равенства, свободы, справедливости и права вообще) развиваемая нами концепция права носит строго формальный (формально-правовой) характер, адекватный праву как форме общественных отношений»<sup>4</sup>. Таким образом, либертарно-юридическая теория исходит из того, что самостоятельной ценностью обладает такое явление, как *форма*.

5. Итак, анализ некоторых особенностей дискуссии о правопонимании, состоявшейся между крупнейшими представителями нормативной и либертарно-юридической теорий, позволяет выявить два соответствующих ценностных ряда, определяющих характер приводимых аргументов:

1) Нормативный подход: стабильность, точность, форма, граница;

2) Либертарно-юридическая теория: свобода, личность, форма, граница.

Становится ясно, что противоборствующие концепции имеют общие аксиологические основания, поскольку в полной мере разделяют такие ценности, как форма и граница. По всей видимости, эти ценности являются универсальными для права. Собственно, основное расхождение между двумя подходами сводится к следующему: свобода против стабильности. Эти ценности действительно являются конфликтующими, причем не только в теоретическом мышлении, но и в общественной практике. Свобода как ценность беспрепятственного развития и выбора объективно сопротивляется ограничениям и вызывает эффект непредсказуемости событий. Чем меньше сдерживается свобода, тем выше вероятность того, что будет нарушена социальная стабильность.

Именно эта пара базовых ценностей отражена и в самих названиях конкурирующих теорий. Либертарно-юридическая концепция исходит из высшей ценности свободы, невзирая на связанные с ней риски, включая революции и прочие социальные потрясения. Нормативная концепция ставит выше, чем свободу, ценность порядка и стабильности, которые, в свою очередь, возможны лишь благодаря нормам и в них воплощаются: «Стабильность значимых норм означает и устойчивость принципов воспитания в обществе, разрушение и замещение норм порождает неуверенность и колебания в воспитании вплоть до его полной невозможности»<sup>5</sup>.

Таким образом, на материале риторической аргументации можно сделать вывод, что существующая множественность вариантов правопонимания и конфронтация между ними обусловлены не какими-либо случайными обстоятельствами и даже не спецификой применяемых методов познания, а объективно существующими различиями в ценностных ориентациях, которые не могут быть сняты чисто научными средствами.

<sup>1</sup> Нерсесянц В.С. Основные концепции правопонимания // Проблемы теории права и государства / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М., 2004. – С. 137.

<sup>2</sup> Там же. – С. 142.

<sup>3</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. – М., 1999. – С. 55.

<sup>4</sup> Там же. – С. 58.

<sup>5</sup> Йегер В. Пайдейя. Воспитание античного грека. – М., 2001. – Т. 1. – С. 12.

**С.В. Власова**

*Власова Светлана Владимировна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России*

## **Влияние юридической конструкции состава преступления на предмет доказывания по уголовным делам**

Собирание доказательств, получение доказательственного материала составляет первооснову доказывания, а, следовательно, и процесса расследования. От того, как происходит собирание доказательств (включая обнаружение доказательств, их закрепление, представление), кто имеет право в нем участвовать, какие способы допускает закон для собирания доказательств, можно судить: состоятельный это процесс или следственный. Не требует специальных разъяснений то, что уголовно-процессуальное доказывание, как познавательная деятельность, урегулированная нормами уголовно-процессуального закона, с формальной – уголовно-процессуальной – точки зрения является одинаковой по всем категориям уголовных дел. УПК РФ определяет одинаковым образом предмет, средства доказывания, круг субъектов доказывания. Правила доказывания одни и те же при ведении любого дела. И, тем не менее, внутри этой формы доказывание протекает по-разному. В первую очередь предмет доказывания накладывает отпечаток на выбор правоприменителем тех или иных допустимых законом средств доказывания. Отсюда типический набор доказательств, обычно используемых субъектами при расследовании обстоятельств той или иной категории уголовных дел.

Уголовно-процессуальное доказывание включает в себя собирание, проверку и оценку доказательств, а также формирование достоверного знания об объекте расследования, иначе говоря, установление объективной истины<sup>1</sup>. На познание главного вопроса уголовного дела или иначе говоря – юридического факта: события преступления нацелена познавательная деятельность участников процесса. Познание является сердцевиной процесса доказывания<sup>2</sup>. С.А. Шейфер утверждает, что доказывание – это и есть познание<sup>3</sup>. Нельзя разрывать познание и доказывание. Познание включает в себя доказывание, а доказывание и есть познание, осуществляемое в особой процессуальной форме. Доказывание в уголовном процессе – это преимущественно особая разновидность познания практической направленности<sup>4</sup>.

Доказывание в уголовном судопроизводстве имеет ряд отличительных черт. Прежде всего уголовно-процессуальное доказывание имеет свой предмет, каковым является преступление, юридический факт, порождающий уголовно-правовые последствия<sup>5</sup>. Закон определяет не только предмет, цель доказывания, но и набор познавательных средств – доказательств, субъектов доказывания. Иными словами, доказывание облечено в правовую форму<sup>6</sup>, все значимые моменты доказывания урегулированы юридическими нормами, отражающими выработанные наукой и практикой наиболее эффективные способы достижения истины<sup>7</sup>. Уголовно-процессуальное доказывание реализуется в строгом соответствии с уголовно-процессуальным законом, который регламентирует все его стороны. Знания можно и необходимо получать вне процессуальной формы, но доказывание с помощью этих

<sup>1</sup> См.: *Вышинский А.Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. – 3-е изд., доп. – М., 1955. – С. 226; *Горский Г.Ф.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – Воронеж, 1978. – С. 198; *Алиев Т.Т.* Уголовно-процессуальное доказывание / Т.Т. Алиев, Н.А. Громов, Л.В. Макаров. – М., 2002. – С. 51; *Белкин А.Р.* Теория доказывания: Научно-методическое пособие. – М., 1999. – С. 1–2; *Давлетов А.А.* Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 17; *Джатиев В.С.* Доказывание и оценка обстоятельств преступления. – Ростов-на-Дону, 1991. – С. 24–25; *Тарасов А.А.* Еще раз об истине в уголовном судопроизводстве // Новый УПК России в действии: Материалы круглого стола (г. Москва, 13 ноября 2003 г.) / Отв. ред. И.Ф. Демидов. – М., 2004. – С. 71–78.

<sup>2</sup> *Карякин Е.А.* Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве: вопросы теории и практики. – М., 2007. – С. 40.

<sup>3</sup> *Шейфер С.А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1997. – С. 51.

<sup>4</sup> См.: *Корнев Г.П.* Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – Н. Новгород, 1995. – С. 94.

<sup>5</sup> См.: *Белкин А.Р.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. – М., 2005. – С. 63.

<sup>6</sup> *Кокорев Л.Д.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л.Д. Кокорев, Н.П. Кузнецов. – Воронеж, 1995. – С. 5–6.

<sup>7</sup> *Бойков А.Д.* Проблемы уголовно-процессуального доказывания в свете задач координации научных исследований // Проблемы надежности доказывания в советском уголовном процессе. – М., 1984. – С. 47.

знаний осуществляется в рамках уголовного процесса<sup>1</sup>. При расследовании уголовных дел, связанных с изготовлением, сбытом поддельных денег или ценных бумаг собирание доказательств осуществляется в порядке, установленном уголовно-процессуальным законом. Вместе с тем, характерной особенностью доказывания по большей категории дел является проведение следственной проверки. При доказывании распространено взаимодействие органов предварительного расследования с рядом служб, прежде всего УУР, УБЭП, ГИБДД и прочих, от которых во многом зависят результаты деятельности по получению доказательств. На эти и некоторые другие моменты необходимо обратить особое внимание.

В структуру доказывания входят несколько процессов: собственно познание; доказывание-удостоверение; доказывание-обоснование в виде уровней, или аспектов доказывания<sup>2</sup>. Процесс доказывания в уголовном процессе во многом носит письменный, удостоверительный характер, ход и результаты собирания доказательств должны быть зафиксированы в процессуальных документах с тем, чтобы с ними могли ознакомиться другие участники доказывания. Этот же аспект доказывания называется коммуникативным<sup>3</sup>, так как его результаты, прежде всего, предназначены для других субъектов доказывания.

Следует признать актуальность применительно к делам данной категории тезиса о том, что в состав доказывания входит толкование норм права.

Собирание доказательств – обязательный элемент или этап доказывания. Это начальный этап доказывания. Собирание доказательств невозможно без того, чтобы субъект не примирял на воспринимаемый объект определенную модель, не соотносил его с другими объектами, не устанавливал логические связи причинности между воспринимаемым объектом (следом) и явлением, его породившим. Полученные знания, их фиксация и удостоверение происходят с использованием опосредованных, отвлеченных приемов познания.

Собирание доказательств тесно переплетено со всеми другими элементами доказывания. Скажем, проверка доказательств, то есть сопоставление доказательств с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установление их источников и получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ), предполагает поиск и формирование новых доказательств. Проверка доказательств – это своеобразный симбиоз собирания (формирования) доказательств и их оценки, состоящей из анализа собранных доказательств – каждого в отдельности и в их совокупности (ст. 88 УПК РФ).

Мы присоединяемся к позиции М.С. Строговича, С.А. Шейфера<sup>4</sup>, В. Плетнева<sup>5</sup> и других ученых, которые рассматривают закрепление доказательств как неотъемлемую часть их собирания. Без надлежащего, регламентированного УПК РФ, отражения в материалах уголовного дела, без процессуальной фиксации полученных данных нельзя говорить о преобразовании эмпирических данных, полученных при исследовании следов преступления, в уголовно-процессуальные доказательства<sup>6</sup>. Таким образом, собирание доказательств признается завершенным лишь после того, как в соответствии с предписаниями уголовно-процессуального закона надлежащим образом результаты будут зафиксированы (процессуально закреплены) в материалах уголовного дела. Аудио- или видеосъемка хода и результатов следственных действий, а также иное использование научно-технических средств, которые применяются в ходе производства по делу, не являются самостоятельным способом фиксации доказательств, так как сам факт их применения, результаты и условия обязательно должны найти свое отражение в протоколе соответствующего процессуального действия (ч. 5 ст. 166 УПК РФ).

В соответствии с УПК РФ доказательства собираются (формируются) главным образом путем проведения следственных и иных процессуальных действий дознавателем, следователем, судом. УПК РФ позволяет собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к материалам уголовного дела: подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, их представителям (ч. 2 ст. 86 УПК РФ). Отметим, что речь идет все же не столько о собственно доказательствах, сколько о документах и предметах. Характерно, что право собирать доказательства не включено в процессуальный статус этих лиц (ч. 2 ст. 42, ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 47 УПК РФ). Хотя закон в этом плане непоследователен: п. 7 ч. 2 ст. 54 УПК РФ дает право гражданскому ответчику

<sup>1</sup> Овчинский С.С. Оперативно-розыскная информация / Под ред. А.С. Овчинского и В.С. Овчинского. – М., 2000. – С. 59.

<sup>2</sup> Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – М., 2000. – С. 13; Соловьев А.Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России: Научно-практическое пособие. – М., 2002. – С. 12.

<sup>3</sup> См.: Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. – М., 1969. – С. 21–22; Джатиев В.С. Познание и доказывание в советском уголовном процессе // Правоведение. – 1983. – № 6. – С. 15–17; Ратинов А.Р. Вопросы познания в судебном доказывании // Советское государство и право. – 1964. – № 8. – С. 107.

<sup>4</sup> См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. – М., 2001. – С. 6–9.

<sup>5</sup> См.: Плетнев В. Проблемные вопросы собирания доказательств по новому УПК // Российская юстиция. – 2002. – № 9. – С. 49.

<sup>6</sup> См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. – М., 2001. – С. 6–9.

собирать и представлять доказательства. Аналогичная формулировка содержится и в п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, где также упоминается о праве защитника собирать доказательства.

При доказывании по делам исследуемой категории относимость сведений к обстоятельствам, которые имеют прямое материально-правовое значение, как правило, очевидна. Остальные сведения, являющиеся доказательствами, по своему содержанию таковы, что наличие и характер их связи с исследуемыми обстоятельствами дела менее определены. Определение их относимости требует суждения о том, входят ли обстоятельства и факты, для установления которых оно используется, в круг тех, которые имеют существенное значение для правильного рассмотрения и разрешения данного уголовного дела.

Как показывает изучение практики, основными причинами признания доказательств недопустимыми являются: а) нарушение прав обвиняемого на защиту; б) нарушение УПК РФ при проведении следственных действий; в) грубые ошибки при составлении процессуальных документов. Эти факты при наличии оправдательных доказательств приводят к вынесению оправдательного приговора либо обжалованию стороной защиты обвинительного приговора.

Для отечественной теории доказательств сохраняется традиционное отрицание доказательственного значения оперативно-розыскной информации в ее первоначальном виде, информации, полученной в результате оперативно-розыскной деятельности<sup>1</sup>. Взятые сами по себе данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, доказательствами не являются, так как не соответствуют нормативному определению доказательств<sup>2</sup>. Так, С.А. Шейфер указывает, что данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, не проверенные уголовно-процессуальным путем, доказательствами не являются, так как не соответствуют нормативному определению доказательства<sup>3</sup>.

Конечно, заслуживает внимания концепция уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности<sup>4</sup>. Однако, преждевременно говорить о том, что ОРД есть полноценная технология по производству достоверного информационного продукта или что «уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД есть иной процессуальный способ собирания доказательственной информации»<sup>5</sup>. Доказательство приобретает свойство оног исключительно после его процессуального закрепления и оформления в установленном законом порядке, то есть при составлении протокола следственного действия или иного документа установленной формы.

Большая часть ученых-процессуалистов продолжает отождествлять субъектов уголовно-процессуального доказывания с должностными лицами государственных органов, ведущих уголовный процесс<sup>6</sup>. Так, С.А. Шейфер утверждает, что принятие решения о приобщении предмета и документа к делу, в сущности, представляет собой акт закрепления доказательства, завершающий момент собирания (формирования) доказательства. Пока такое решение не принято – доказательства еще не существует, оно еще не сформировано<sup>7</sup>.

Нижегородская школа процессуалистов относит к числу субъектов доказывания: а) суд как орган правосудия, орган разрешения дела (спора сторон) по существу; б) субъекты доказывания на стороне уголовного преследования – прокурор (государственный обвинитель), следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, орган дознания, потерпевший, частный обвинитель, гражданский истец, а также их представители и законные представители; в) субъекты доказывания на стороне защиты – обвиняемый, подозреваемый, их защитники и (или) законные представители, гражданский ответчик, его представитель; г) иные лица, привлекаемые к нуждам доказывания или обеспечению его процесса – это, прежде всего, свидетели, эксперты, специалисты, переводчики, понятые. Они не имеют собственного, признаваемого законом интереса в доказывании, поэтому их действия служат средством доказывания для той или иной из сторон<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Шейфер С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу // Государство и право. – 1997. – № 9. – С. 58.

<sup>2</sup> См., напр.: Соловьев А.Б. Доказывание по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (досудебные стадии). – М., 2003. – С. 89–90.

<sup>3</sup> См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1997. – С. 51–55.

<sup>4</sup> См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография. – Н. Новгород, 2001.

<sup>5</sup> Там же. – С. 12, 98, 211.

<sup>6</sup> См., напр.: Каз Ц.М. Субъекты доказывания в советском уголовном процессе. – Саратов, 1968. – С. 32; Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 17; Зинатуллин З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учебное пособие. – Ижевск, 2003. – С. 32; Кузнецов Н.П. Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Воронеж, 1998. – С. 15; Рыжаков А.П. Уголовный процесс: Учебник для вузов. – М., 2002. – С. 223.

<sup>7</sup> См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1997. – С. 26.

<sup>8</sup> См.: Уголовный процесс России: Учебник / Под ред. В.Т. Томина. – М., 2003. – С. 199–200.

В группу субъектов, осуществляющих уголовно-процессуальное познание, следует включить тех участников уголовного процесса, которые имеют личный интерес в разрешении дела. Это – подозреваемый, обвиняемый, его законный представитель, защитник, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители. Реализация права собирать доказательства и представлять их суду, следственному органу, а также оценивать их с точки зрения допустимости (ч. 2, 3 ст. 86, ч. 3, 4 ст. 88 УПК) зависит от собственного усмотрения данных участников. Отличие этой категории субъектов от главной группы заключается в следующем: а) на них не возлагается обязанности собирания, проверки и оценки доказательств; б) они не несут непосредственной и основной ответственности за достижение задач уголовно-процессуального познания в целом, тем не менее, своей деятельностью способствуют этому; в) они участвуют в процессе с определенных познавательных и доказательственных позиций, заранее обозначенных законом или их интересами; г) указанная категория субъектов не обладает властными полномочиями в уголовно-процессуальной деятельности и не является субъектами применения права.

Особое место среди субъектов, имеющих право на участие в собирании доказательств, занимает адвокат<sup>1</sup>. Адвокат является субъектом уголовно-процессуального познания – адвокатского познания, диспозитивным правом на которое он свободно распоряжается. Одновременно адвокат участвует в уголовно-процессуальном доказывании, прежде всего как аргументатор своей позиции, интерпретатор фактов и критик обвинения. Цель участия защитника в собирании доказательств – обнаружение обстоятельств, которые входят в предмет доказывания, вместе с тем оправдывают обвиняемого или смягчают его ответственность.

Право собирать доказательства, предоставленное новым УПК РФ защитнику обвиняемого, не означает право производить так называемое «параллельное расследование»<sup>2</sup>. Полноценным доказательство становится после проверки и оценки. Мы полагаем, что защитник, представитель, не имея властных полномочий, которыми располагает следователь, может лишь представить ему полученные доказательственные материалы (справки, характеристики, фотоснимки, записи бесед, мнения специалистов и т. п.) с ходатайством о приобщении их к делу или о допросе нужных лиц. Следовательно, термин «собирание доказательств» в полной мере к этим действиям не подходит. В соответствии с такой позицией фактически правомочия защитника (представителя), иного участника, имеющего признаваемый законом интерес в деле, заключаются в *представлении* полученных им доказательственной информации или предметов органам, ведущим производство по уголовному делу<sup>3</sup>.

Таким образом, сведения, полученные субъектами, наделенными правом на доказывание, должны быть введены в уголовный процесс при помощи легальных уголовно-процессуальных процедур (на досудебном этапе) либо непосредственно представлены и исследованы в рамках судебного следствия и приняты судом как доказательства. Мы считаем, что «представление» (источника доказательства) может считаться элементом собирания доказательств. Следователь, суд, получив представленные ему источники (предметы, документы), может осуществить их проверку, оценку, придать данным сведениям процессуальную форму, то есть «сформировать» их в доказательство.

В число субъектов, осуществляющих уголовно-процессуальное познание, входят и такие участники уголовного процесса, которые вовлекаются в уголовное судопроизводство для выполнения его отдельных задач. Они не участвуют в познавательной деятельности по делу в полном объеме. К ним можно отнести специалиста, эксперта, работников, выполняющих оперативно-розыскные мероприятия, понятых, переводчиков. По делам исследуемой категории участие в собирании доказательств данной группы участников особенно актуально. Однако, как показывает изучение практики, одной из основных причин приостановления и прекращения уголовных дел в виду неустановления лица, причастного к совершению преступления, является низкий уровень взаимодействия между сотрудниками следственных подразделений и сотрудниками уголовного розыска.

У всех вспомогательных субъектов, кроме свидетелей, происходит вторичное отражение события произошедшего. В соответствии с законом, к ним обращены требования субъектов двух вышеуказанных групп о предоставлении информации об объекте познания либо они способствуют получению такой информации. Осуществляя познавательную деятельность, данная категория не имеет собственного познавательного интереса. Цель их познавательных действий – способствовать деятельности сторон и суда в получении достоверной информации о расследуемом преступлении.

<sup>1</sup> Мы разделяем точку зрения представителей школы нижегородских процессуалистов, согласно которой сторона защиты является не только субъектом познания, но и субъектом доказывания. См.: Уголовный процесс России: Учебник / Под ред. В.Т. Томина. – М., 2003. – С. 200.

<sup>2</sup> См.: Петуховский А.А. Доказывание при осуществлении по уголовным делам досудебного производства и судебного разбирательства в суде первой инстанции»: Материалы круглого стола «Новое уголовно-процессуальное законодательство России: проблемы теории и практики применения» // Государство и право. – 2002. – № 7. – С. 118.

<sup>3</sup> См.: Шейфер С.А. Роль защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу // Государство и право. – 2006. – № 7. – С. 60.

В заключение данного параграфа мы рассмотрим, что характерно для собирания доказательств по делам данной категории на различных стадиях процесса. Для стадии возбуждения уголовного дела специфика собирания доказательств заключается в применении преимущественно иных (альтернативных) процессуальных способов познания. Стадия специфична по характеру уголовно-процессуальных отношений, реализуемых процессуальными субъектами, их компетенции. Кроме того, добавляет специфики собиранию доказательств ограниченный лимит времени, отведенный законодателем на проверку сообщений о преступлениях и ряд других обстоятельств. Доказательственный материал формируется путем проведения следователем проверочных, процессуальных (в том числе и следственных) действий; в меньшей степени применяются результаты оперативно-розыскной деятельности органов дознания. Нехарактерны для рассматриваемой нами категории уголовных дел использование в качестве источников доказательств заявления потерпевшего, явки с повинной, сообщения общественных организаций, материалы общенадзорных проверок прокуратуры.

Отметим, что для эффективного собирания доказательственной информации в стадии возбуждения уголовного дела вопрос о расширении перечня следственных действий, производство которых возможно до возбуждения уголовного дела, в частности, о возможности производства экспертизы, является весьма актуальным. По нашему мнению, по анализируемой категории уголовных дел производство экспертизы до возбуждения уголовного дела было бы весьма целесообразно, когда речь идет о возбуждении уголовного дела по ч. 1 ст. 186 УК РФ. С нашей точки зрения, проведение экспертного исследования до возбуждения уголовного дела является совершенно оправданным и обоснованным, но при условии, что образцы для исследования не будут утрачены, то есть будет сохранена возможность проведения дополнительного или повторного экспертного исследования.

Производство любых проверочных действий допустимо только на законных основаниях. Это соответствует одному из критериев допустимости использования сведений в доказывании. Следует сказать, что в стадии возбуждения уголовного дела достаточно часто происходит изъятие сотрудниками милиции предметов, потенциально имеющих доказательственное значение для выяснения обстоятельств преступления. Производится с соблюдением требований ст. 27.7 КоАП РФ с составлением протокола досмотра задержанного, досмотра вещей задержанного в рамках административной или оперативно-розыскной деятельности. Ее результаты, полученные до возбуждения уголовного дела, в свете ст. 89 УПК, в целом должны соответствовать требованиям, предъявляемым УПК РФ к доказательствам. Данные способы собирания доказательственной информации (имеющей основания стать полноценными доказательствами после ее проверки и оценки процессуальным путем) можно отнести к группе *иных процессуальных, то есть регламентированных иными (не УПК РФ) нормативно-правовыми актами*.

Информация, полученная в процессе собирания доказательств с целью ее использования в доказывании, должна указывать на обстоятельства, подлежащие доказыванию. Она должна быть доступной для соответствующего процессуального оформления, а также содержать возможности для проверки<sup>1</sup>. Необходимым условием собирания таких доказательств есть соблюдение критериев допустимости данных: известность источника их происхождения, надлежащий субъект и форма их получения, относимость к предмету доказывания, соблюдение требований соответствующих нормативных актов.

Нельзя не заметить, что нормы КоАП РФ, регламентирующие процесс доказывания в административном процессе, в целом тождественны нормам УПК РФ. Очевидно, что настало время ставить вопрос о целесообразности закрепить в УПК РФ положение о том, что полученные в результате предусмотренных КоАП действий материалы имеют доказательственное значение.

Для обеспечения допустимости и достоверности получаемых до возбуждения уголовного дела сведений следует рекомендовать: применять видеозапись при осмотре места происшествия, при составлении протоколов привлекать понятых из числа незаинтересованных лиц и пр.

---

<sup>1</sup> См.: Брагин Е.А. Процессуальный порядок и правовые последствия признания доказательств недопустимыми в российском уголовном процессе: Дис... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2003. – С. 103–104.

**Р.Б. Головкин**

*Головкин Роман Борисович – доктор юридических наук, профессор, заместитель начальника Владимирского юридического института ФСИИ России по научной работе*

## Легенды и мифы в юридической аргументации

Цель юридической науки и практики при осуществлении юридического познания или рассмотрении и разрешении юридических дел – достижение относительно достоверного знания о государственно-правовой действительности и возникающих отношениях на базе данных знаний. Достоверное научное и процессуальное познание обеспечивает правильное применение закона, служит гарантией вынесения справедливых правоприменительных решений.

Результаты юридического научного и практического познания можно считать адекватными, если они верифицированы не только изнутри (с точки зрения субъекта познания), но и вовне (в конкретных правоотношениях). Необходимой формой проявления юридического познания выступают процессы обмена информацией и коммуникации. В процессе юридической коммуникации используются различные средства ее обеспечения, в качестве важного и распространенного средства юридической коммуникации используется юридическая аргументация.

В философии аргументация (от лат. *argumentatio* – приведение аргументов) – приведение доводов с намерением изменить убеждения другие стороны (аудитории). В числе таких доводов могут быть ссылки на опыт, на более общие и кажущиеся достоверными принципы, на принятую систему убеждений, на традицию или интуицию, на здравый смысл или вкус и т. д. Чрезвычайно разнообразные и разнородные приемы, с помощью которых могут формироваться и изменяться убеждения, изучаются теорией аргументации. Эти приемы зависят от конкретной области знания, от аудитории, от социальных групп и общества в целом, от своеобразия той культуры или цивилизации, в рамках которой они складываются и применяются<sup>1</sup>.

В логике аргументация – один из способов обоснования утверждений (суждений, гипотез, концепций и т. д.). Утверждения могут обосновываться путем непосредственного обращения к действительности (посредством наблюдения, эксперимента и других видов практической деятельности), а также с помощью уже известных положений (аргументов) и средств логики. Во втором случае обоснование тоже осуществляется путем обращения к действительности, но не непосредственного, а опосредованного. В курсе логики изучается обоснование второго рода, называемое аргументацией. Следовательно, в логике понятие аргументации может быть представлено следующим образом: аргументация – это полное или частичное обоснование какого-либо утверждения с использованием других утверждений<sup>2</sup>.

Исходя из приведенного определения – аргументация может выступать средством обеспечения формирования убежденности лица в чем-либо или средством формирования определенного представления о мыслимой и реально существующей действительности. Обычно, то утверждение, которое обосновывается, называется *тезисом* аргументации. Утверждения, используемые при обосновании тезиса, называются *аргументами*, или *основаниями*. Логическую структуру аргументации, то есть способ логического обоснования тезиса посредством аргументов, называют *формой* аргументации, или *демонстрацией*<sup>3</sup>.

Например: «риск случайной гибели имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено законом» (ст. 211 ГК РФ), все собственники, если иное не предусмотрено законом, рискуют потерять имущество, следовательно, все рискующие потерять имущество могут быть его собственниками, если иное не предусмотрено законом. Тезис – суждение: «все собственники рискуют своим имуществом». Аргументы – «если иное не установлено законом», «риск случайной гибели несет его собственник». «Наличие собственности порождает риск ее случайной гибели без каких-либо возмещений со стороны государства или других лиц». Формой аргументации в рассмотренном случае является дедуктивное рассуждение, в силу которого из истинности аргументов вытекает истинность тезиса.

Одним из важных проявлений аргументации является доказательство. Доказательство – это аргументация, в которой аргументы являются утверждениями, истинность которых установлена, а формой является демонстративное рассуждение (рассуждение, которое обеспечивает получение истинного заключения при истинных посылах; к демонстративным относятся, например, дедуктивные

<sup>1</sup> Философия: Энциклопедический словарь / Под ред. А.А. Ивина. – М., 2004.

<sup>2</sup> Павлова К.Г. Искусство спора: логико-психологические аспекты. – М., 1988. – С. 12.

<sup>3</sup> Тимошук А.С. Логические основы теории аргументации. – Владимир, 2000 – С. 4.



умозаключения, некоторые виды индукции и аналогии). Отсюда можно различать *доказательную* аргументацию и *недоказательную* аргументацию<sup>1</sup>.

Исходя из представленных выше элементов теории аргументации можно заключить, что данная теория может быть эффективно использована в практике отношений урегулированных правовыми предписаниями. В связи с указанными обстоятельствами уместно говорить о юридической аргументации, которая оперирует аргументами, имеющими юридическое значение, то есть с помощью них обосновываются утверждения, влияющие на правоотношения.

Следовательно, юридическими аргументами выступают определенные суждения, явления, опыт, с помощью которых обеспечивается процесс аргументации, направленный на установление, изменение, поддержание и прекращение правоотношений. При этом, аргументируя правоотношения, законодатель не всегда правильно оценивает регулятивную силу воздействия права на общественные отношения. Данный процесс весьма сложен, не всегда очевиден и не всегда достигает предполагаемых результатов – достижение правопорядка. Об этом свидетельствуют многочисленные правонарушения, призывы публичной власти к должностным лицам и гражданам, направленные на обеспечение действительности правового регулирования общественных отношений<sup>2</sup>.

Представляется, что главное затруднение при использовании правовых предписаний в качестве аргументов, обеспечивающих правоотношения, в ряду прочих причин связано с тем, что право является своего рода образом, моделью должного поведения, которая не всегда претворяется в жизнь в планируемом варианте. Тем не менее, само наличие правового предписания порождает иллюзию регулирования общественных отношений с помощью права, хотя реально правовое предписание может быть и не реализовано (например, нормы гарантирующие обеспечение сотрудников правоохранительных органов жильем). Следовательно, фактическое юридическое аргументирование правоотношений в некоторых случаях выступает в виде использования своеобразных правовых мифов или легенд – об этом свидетельствует целый ряд обстоятельств. Прежде всего, это и неопределенность понятия «право», это и лингвоюридическая неочевидность правовых предписаний, это и факты незнания реальных свойств правовых предписаний и их регулятивных особенностей большинством населения.

Обоснуем данный тезис. Для этого, прежде всего, обратимся к понятиям «миф» и «легенда». Миф (от древнегреч. μῦθος) – сказание, передающее представления людей о мире, месте человека в нем, о происхождении всего сущего, о Богах и героях; определенное представление о мире<sup>3</sup>.

В мифах, как продуктах коллективного бессознательного, содержатся представления о должном и запретном, присутствуют «первообразцы» и «первонормы» социального поведения. Для мифологического сознания человек – не автономная единица, а частица рода, который сам является одним из элементов космического миропорядка<sup>4</sup>.

Легенда (от церк.-лат. *legenda*, формы множественного числа существительного среднего рода *legendum* – «отрывок, подлежащий чтению», – осмысленной позднее как форма единственного числа женского рода). – 1. В первоначальном значении слова «легенда» – отрывки «житий» и «страстей» святых, зачитывавшихся во время церковной службы или монастырской трапезы в дни, посвященные этим святым. 2. Отсюда – в более широком, внеритуальном значении – небольшое религиозно-дидактическое повествование, разрабатывающее в форме связной фабулы или отдельных эпизодов фантастическую биографию лиц, животных, растений, вещей, ставших по каким-либо причинам предметами христианского культа: легенда о кресте, легенда об осине – иудином дереве и т. п. 3. При еще более широком словоупотреблении термин «легенда» применяется также для обозначения: а) произведений неповествовательного характера, разрабатывающих «легендарные» темы – например, драматических мираблей; б) религиозно-дидактических повествований, связанных с нехристианскими культами – буддийским, мусульманским, иудейским; в) не подтверждаемых историческими документами и часто фантастических рассказов о каком-либо историческом деятеле или событии, совершенно не связанном с религиозными культами<sup>5</sup>.

Анализ представленных понятий в теории позволяет увидеть их сходство по объему в виде четко невалидируемых регулятивных средств, и отличаются эти средства большей частью терминологией. Мифы и легенды связаны с сознанием и подсознанием, их регулятивная сила связана с верой в них. При этом миф может выступать как содержание, а легенда как форма его выражения.

Однако в юридической практике сложилось несколько иное соотношение смысловых нагрузок терминов «правовая легенда» и «правовой (юридический) миф». Термин «правовой миф», как правило, несет негативную нагрузку и служит для обозначения явлений, которые якобы существуют в

<sup>1</sup> Тимошук А.С. Логические основы теории аргументации. – Владимир, 2000 – С. 8.

<sup>2</sup> См., например: Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному собранию Российской Федерации // Российская газета. – 2010. – 1 декабря.

<sup>3</sup> <http://ru.wikipedia.org/wiki>

<sup>4</sup> Бачинин В.А. Миф и право // <http://lib.rin.ru/doc/i/51437p2.html>

<sup>5</sup> [http://www.slovarik.net/literaturnaya\\_entsiklopediya/page/legenda.2737](http://www.slovarik.net/literaturnaya_entsiklopediya/page/legenda.2737)

правовой сфере, на самом деле, с точки зрения юридической техники (правотворческой, интерпретационной и правореализующей) они либо вообще отсутствуют, либо неправильно интерпретируются в обыденном и профессиональном правосознании<sup>1</sup>. Термин «легенда», используемый применительно к правоотношениям, в основном несет позитивную смысловую нагрузку. В качестве примера можно назвать правовую информацию о какой-либо удачно разрешенной правовой ситуации<sup>2</sup> или о личности, внесшей большой вклад в юридическую науку или практику<sup>3</sup>. В этом смысле легенда это пример для подражания, хотя содержащаяся в ней информация тоже носит вероятностный неоднозначный характер.

В целом, получается, что аргументация правоотношений с помощью правовых мифов и легенд, которые иногда фактически закрепляются в правовых предписаниях, (например, прецедентное право практически целиком состоит из мифов и легенд), приводит к повышению степени неопределенности правовых предписаний. Эта ситуация иллюстрирует тот факт, что отношения, называемые правовыми, регулирует не право, выраженное в законодательстве, а отражения права, обладающие той или иной степенью искажения изначального смысла, заложенного в нормы законодателем. При этом участники правоотношений получают правовую информацию чаще не из источников права, а от других людей, средств массовой информации, из слухов, пересудов, – все это и составляет основу юридических мифов и легенд, с помощью которых довольно часто аргументируются правовые отношения.

В целях проверки данной гипотезы было проведено социологическое исследование<sup>4</sup>. Для соблюдения чистоты исследования опрос проводился в виде закрытого анкетирования среди студентов Владимирского государственного университета, обучающихся не по юридическим специальностям, всего было опрошено 428 человек. Исследование выявило ряд специфических обстоятельств.

Во-первых, с помощью исследования было установлено, что большинство (69,6%) респондентов считает, что право в современной России меньше влияет на регулирование поведения людей, нежели иные социальные и несоциальные регуляторы.

Во-вторых, участники опроса достаточно редко обращаются к текстам законов для получения правовой информации (около 88% опрошенных), а получают ее из слухов, пересудов, средств массовой информации и т. д.

В-третьих, большинство респондентов (около 60%) аргументирует свое участие в тех или иных правоотношениях иными социальными нормами, а 30,9% участников высказались о том, что будут следовать обычаям, морали и тому подобному, даже если эти предписания будут противоречить правовым.

В-четвертых, достаточно много участников опроса (около 70%) считает современное право России несправедливым, в силу этого низкоэффективным.

В-пятых, большинство респондентов (около 60%) отмечают низкую аргументированность правовых предписаний естественными физическими, химическими и биологическими факторами, которые на самом деле играют существенную роль в правовом регулировании общественных отношений.

В целом гипотеза опроса подтвердилась – иногда правовые предписания имеют легендарно-мифический неверифицируемый вероятностный характер и аргументация с помощью них правоотношений не всегда успешна.

Рассмотрим некоторые коллизии легендарно-мифической аргументации правовых отношений. Так, например, достаточно распространены случаи, когда правовые предписания, используемые для аргументации правоотношений, фактически становятся легендарно-мифическими.

Так, ст. 1 Конституции Российской Федерации в ч. 1 провозглашает: «Российская Федерация – Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления»<sup>5</sup>.

По поводу демократического и федеративного государства в России, а также республиканской формы правления в ней если и могут быть сомнения, то они достаточно легко опровержимы по формальным признакам. Тезис о том, что в 1993 году Российская Федерация уже есть правовое государство, представляет собой определенную легенду или миф, который активно используется государственной властью в пропагандистских целях во внутренней и внешней политике.

<sup>1</sup> Об этом подробнее: *Чернов Р.П.* Шесть мифов современного (Миф № 1 «Новизна и прогрессивность») // <http://ludologer.pravorub.ru/>

<sup>2</sup> Например, один представитель «корпуса мира», проводя занятия на юридическом факультете Владимирского государственного университета, очень часто приводил в пример, легенду, о том, что его знакомый юрист с помощью ордалия (испытание водой) смог выиграть заведомо проигрышное юридическое дело.

<sup>3</sup> Например, информация о деятельности известных юристов прошлого – Кони, Плевако и др., а также о деятельности наших современников – С.С. Алексеева, В.С. Нерсесянца, В.К. Бабаева и др.

<sup>4</sup> См.: *Головкин Р.Б.* Легенды и мифы правового регулирования: Материалы международной научно-практической конференции: «Věda a technologie: krok do budoucnosti» (Praha). – 2012. – С. 31–45.

<sup>5</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ).

Мифичность аргументации данного положения Конституции РФ проявляется в следующих обстоятельствах. Во-первых, сомнительно, чтобы издание новой Конституции немедленно изменило форму и содержание предшествующего государства, простым декларированием форма и содержание государства не меняется, это происходит на основании комплекса факторов (политических, экономических, духовных и т. д.), обуславливающих данный процесс и юридические факторы в этом ряду играют далеко не первую скрипку.

Во-вторых, если признать, что правовое государство уже состоялось в России в 1993 году, тогда спрашивается, зачем все последующие почти двадцать лет наше общество пытается сформировать формальные признаки, позволяющие говорить о наличии, элементов правового государства в России.

В-третьих, констатация факта наличия в России правового государства это почти неприкрытый призыв ничего не изменять ни в форме, ни в содержании государства потому, что оно уже совершенно. Как показывает общественная практика за последнее двадцатилетие, до совершенства нашему государству еще очень далеко.

Следующая конституционная легенда, достаточно часто используемая в аргументации правоотношений – это суждение о соблюдении прав человека. Права человека – завоевание современной цивилизации, это основа идеальных взаимоотношений личности общества и государства. Вместе с тем, общеизвестно, что идеал редко достижим в реальных условиях.

Считается, что права человека неотделимы от людей, их общественных отношений, способов бытия индивида. Права человека органично вплетены в общественные отношения, они являются нормативной формой взаимодействия людей, упорядочения их связей, координации их поступков и деятельности, предотвращения противоречий, противоборства, конфликтов. По своему существу они нормативно формулируют те условия и способы жизнедеятельности людей, которые объективно необходимы для обеспечения нормального функционирования индивида, общества, государства. Такие права, как право на жизнь, достоинство, неприкосновенность личности, свободу совести, мнений, убеждений, автономию частной жизни и другие являются необходимыми условиями устройства жизни человека в цивилизованном обществе и должны быть безоговорочно признаны и охраняемы государством<sup>1</sup>.

В целом, соглашаясь с позитивным потенциалом аргументации концепции неотчуждаемости и естественности прав человека, к тому же закрепленной в действующем отечественном законодательстве (прежде всего в Конституции РФ), все же хотелось отметить тот факт, что на практике многие из прав весьма затруднительно реализовывать. Об этом факте свидетельствует и множество обращений в суд за защитой своих прав и повышение степени недоверия существующей власти и государству в целом. Представляется, что обозначенная выше ситуация обусловлена целым рядом различных обстоятельств.

Во-первых, возникает сомнение в аргументе о необходимости считать основные права естественными, обусловленными природой человека и возникающими от рождения. Данный тезис вызывает закономерные возражения: если право является следствием рождения и сущности человека, то откуда берется мера поведения, выраженная в праве? Если мера поведения, выражающая возможное поведение (право) выражена в законодательстве, то государство продуцирует естественное право? Так, если бы не было государства, то не было бы юридического закрепления соответствующей меры возможного поведения, следовательно, не было бы и самого естественного права. Поэтому думается, что основные права не являются естественными, а лишь основаны на биологической сущности человека и от нее производны.

Во-вторых, спорным представляется аргумент, содержащий суждение о неотчуждаемости прав человека. Дело в том, что предусмотренные законом ограничения прав и свобод (например, в местах принудительного содержания), могут фактически на определенный срок лишиться права человека, например, на личную неприкосновенность (ст. 22 Конституции РФ).

В-третьих, в ч. 2 ст. 2 Конституции зафиксирована обязанность государства соблюдать права человека. Исходя из теории реализации правовых предписаний «соблюдение» – это пассивная форма реализации законодательства, которая выражается в воздержании от действий, запрещенных законом. Следовательно, государство, в соответствии с буквальным смыслом нормы должно сохранять пассивность по отношению к реализации прав человека.

В-четвертых, естественным правам должны корреспондировать и естественные обязанности, так как категории права и обязанности носят бинарный характер и всегда предусматривают наличие (прямо или косвенно) своего антипода, так же, например, как добро и зло. Обязанности, закрепленные в ст. 57–59 Конституции РФ, – это меры должного поведения, производные от гражданства, а не от естественно-биологической сущности человека.

---

<sup>1</sup> Лукашова Е.А. Права человека: понятие, сущность, структура // Общая теория прав человека. – М., 1996. – С. 1.

Тем не менее, высокий гуманистический потенциал прав человека, отражение их в Конституции обуславливают их ценность для аргументации регулирования общественных отношений в различных сферах жизнедеятельности общества.

Еще пример. Широко известен легендарный юридический аргумент о том, что незнание закона допускает правовое регулирование.

Данный аргумент основывается на самом наличии правового регулирования и его воздействия на поведение помимо осознания факта этого воздействия (или, во всяком случае, помимо осознания такого воздействия). Например, данная позиция усматривается из глав 8, 11 и 12 УК РФ, которые не предусматривают в качестве основания освобождения от уголовной ответственности и наказания незнание закона. Сюда же можно отнести и ст. 24, 25, 27, 28 УПК РФ, которые не называют незнание закона в качестве основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования.

Социологическое исследование и приведенные примеры свидетельствуют о том, что в отдельных случаях юридическая аргументация, обосновывающая правоотношения, опирается лишь на вероятность реализации норм права, а следовательно, поведения человека по отношению к другим людям во всех сферах деятельности (на работе, в частной жизни и т. д.). В большей степени человек выстраивает свои взаимоотношения с другими людьми на основе неюридических аргументов – базовых стереотипов поведения, заложенных программой социализации и воспитания и корректируемых индивидуально-ситуативными моментами. Например, юноша с детства воспринял норму, утверждающую уважение к пожилым людям, в результате он, скорее всего, уступит место в троллейбусе пожилому человеку, даже если сам находится в состоянии усталости.

Мифичной является и аргументация с помощью права взаимодействий человека и внешнего мира. Дело в том, что особенностью регулирования данных взаимоотношений является то, что оно носит односторонний характер. Например, формулируя инструкцию по поведению человека в условиях стихийных бедствий, можно предусмотреть влияние только на поведение человека. На стихию в данном аспекте человеческой деятельности повлиять нельзя, можно только предугадать ее поведение, основываясь на научном прогнозе и на предшествующем опыте.

При юридической аргументации правоотношений надо иметь в виду, что право это лишь один из элементов социально-регулятивной системы, на практике же государство пытается подменить всю регулятивную систему правовыми предписаниями, говоря об их особенностях и силе, а также необходимости совершенствования правового регулирования общественных отношений. На самом деле если признать, что право – элемент системы, то, следовательно, чтобы эффективно на него воздействовать необходимо воздействовать на всю систему. Кроме того, попытка подмены всей системы социального регулирования правом на самом деле не отменяет регулятивное воздействие других социальных норм, и они вносят существенный вклад в реальную, а не мифическую регламентацию поведения лица.

Отсюда представляется мифом тезис о большей силе правовых предписаний по отношению к другим регуляторам – это верно лишь для тех случаев, когда человек верит в правовую норму, в ее «правильность» либо неотвратимость ответственности за ее нарушение. В противном случае человек лишь делает вид, что следует этой норме, на самом деле пытается избежать ее регулирующего воздействия (об этом свидетельствует деятельность института адвокатуры).

Поэтому сила нормы – в вере в нее и за счет веры в сформированных стереотипах поведения. Кроме того, сила регулирования в его относительно объективном воздействии.

Например, географические факторы не позволят человеку пешком сходить в выходные на море, если он живет в центральной полосе. Существенно и объективно влияют на поведение климатические факторы, в мороз, например, человек, скорее всего, оденется, в дождь возьмет зонт и т. д.

Помимо естественных физических, химических, географических, климатических и других факторов, относительно объективно влияющих на регулирование, можно выделить еще и биологические факторы. Например, антропометрические данные современного человека в России не позволяют ему проникнуть в помещение через вентиляционные каналы. Физиология и анатомия обуславливают факт низкой физико-сексуальной агрессии женщин по отношению к мужчинам. Антропометрические особенности детей не позволяют им управлять большегрузным транспортом и т. д.

Таким образом, юридические мифы и легенды на сегодняшний день являются в достаточной степени распространенным средством юридической аргументации.

Для повышения степени адекватности и эффективности юридической аргументации следует учитывать легендарно мифичный характер правовых предписаний. Кроме того, представляется необходимым осуществлять комплекс различных мероприятий.

Во-первых, юридическая аргументация должна учитывать факт, что правовые предписания должны отражать либо учитывать фактически сложившиеся общественные отношения. При создании правовых моделей новых общественных отношений реализация этих моделей должна находиться под особым контролем государства для формирования новых стереотипов поведения.

Во-вторых, правовые предписания не должны подменять всю систему социального регулирования, целесообразно их интегрировать в эту систему. Использование неправовых регуляторов поведения должно быть ограничено. Дело в том, что аргументация с помощью норм морали и иных неправовых предписаний в виде ссылок на них, представленных в текстах нормативно-правовых и интерпретационных актов, встречается достаточно часто, и в силу этого данные аргументы становятся обязательными для адресатов правовых предписаний. Например, 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*<sup>1</sup>.

Тем не менее, «расплывчатость», формальная неопределенность морали, множественность ее уровней приводит к тому, что аргументируемое моралью правовое предписание превращается в фикцию либо может необоснованно его расширить. Поэтому, как представляется, моральная и иная неправовая аргументация должна быть умеренной или соразмерной содержанию юридического дела.

В-третьих, законодатель должен максимально учитывать при конструировании правовых аргументов возможность использования объективного регулирования поведения. Например, широко известны случаи, когда автомобилисты не снижают скорость на пешеходном переходе и порой наносят вред здоровью пешеходов. Для предотвращения данного нарушения или максимального снижения его вероятности можно использовать опыт других государств, например, в Мексике перед пешеходным переходом располагается полоса шириной около тридцати метров, состоящая из металлических полусфер, диаметром около тридцати сантиметров и высотой около пяти сантиметров, расположенных в шахматном порядке и встроенных в дорожное полотно. Данная полоса объективно обеспечивает снижение скорости автотранспортных средств до минимальной скорости.

---

<sup>1</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 9 июня 2009 года по делу № КАС09-242.

**Ю.В. Гуцева**

*Гуцева Юлия Владимировна – преподаватель кафедры гражданского права и процесса Нижегородской правовой академии (института)*

## **Правовая аргументация в примирительных процедурах при преодолении кровной мести**

Один из древнейших социальных институтов, являющихся одновременно и реакцией потерпевшей стороны на совершенное против нее зло, и в то же время – последствием, лишением, которое неминуемо должна претерпеть виновная сторона, является кровная месть.

Изначально будучи механизмом реагирования на нарушение социальных установлений, кровная месть предотвращала многие инциденты, потому что человек рассматривался не сам по себе, а как часть «целого». Кровная месть выполняла функции государственного института, регулирующего взаимоотношения между членами общины, – служила предупреждению преступлений и наказанию преступников, позволяя сохранять общественный порядок, социальную справедливость и равенство, предотвращая распространение в обществе произвола и анархии<sup>1</sup>.

Мстить обязаны были, помимо потерпевшего и его близких родственников, все остальные члены рода. При убийстве отца, например, обязан был мстить и его сын, даже если на момент преступления он находился в утробе матери<sup>2</sup>. «Сие исполняют наследники убитого и родственники даже до третьего колена...»<sup>3</sup>. Представитель рода ставится перед выбором: или опозорить свой род, или отомстить.

Отношения мести возникали не только между родственными группами, к которым принадлежали стороны исходного конфликта, но и территориальными – «мстил род – роду, аул – аулу»<sup>4</sup>. Л.Я. Люлье указывает: «Черкес... обязан заступаться и принимать участие в делах не только ближайших родственников своих, но даже целого племени (clan), к которому он принадлежит»<sup>5</sup>.

В то же время и христианство, и ислам, как и другие мировые религии, к кровной мести относятся отрицательно. Поэтому по мере утверждения основных мировых религий общество и государство стремились ввести определенные примирительные процедуры, позволяющие последовательно сменить эмоциональные переживания в конструктивное русло и совместными усилиями обеих сторон – и потерпевшей, и причинителя вреда – выработать взаимоприемлемые эквиваленты кровной мести.

Как отмечают исследователи, кровная месть еще сохранилась на территории современной России, преимущественно среди народов Северного Кавказа: Дагестана, Ингушетии, Кабардино-Балкарии, Карачаево-Черкесии, Северной Осетии, Чечни. Вместе с тем убийства, совершаемые по мотиву кровной мести, встречаются не только в регионах Российской Федерации, но и во многих странах мира, например, в Греции, Албании, Сербии, Италии, на Корсике, в Японии, в странах Ближнего Востока.

Убийство по мотиву кровной мести является квалифицирующим признаком, закрепленным в п. «е.1» ч. 2 ст. 105 УК РФ.

В настоящее время в судебной практике встречаются дела о преступлениях, совершенных по мотиву кровной мести.

Так, органами предварительного следствия Д. обвинялся в совершении умышленного убийства по мотиву кровной мести. Согласно обвинительному заключению преступление совершено им при следующих обстоятельствах: 25 мая 2006 года, примерно в 20 часов 30 минут Д. из кровной мести за совершенное 12 сентября 2005 года убийство его отца умышленно, с целью причинения смерти, имевшимся при себе ножом нанес М. два удара в область шеи и грудной клетки, причинив последнему колото-резаное проникающее ранение в 7-8 межреберье справа с повреждением печени, колото-резаную рану мягких тканей в правой боковой поверхности шеи с повреждением кожно-мышечных ветвей кровеносных сосудов, причинившие тяжкий вред здоровью по признаку опасности для жизни в момент причинения. В результате полученных ранений М. скончался в реанимационном отделении

<sup>1</sup> Албогачиева М. Из истории борьбы с кровной мстью в Ингушетии // Антропологический форум. – № 14. – С. 3–4.

<sup>2</sup> Гуков А.С. Институт кровной мести в обычном праве адыгов (черкесов) в конце XVIII – первой половине XIX века // Институт государства и права. – 2010. – № 17. – С. 18–21.

<sup>3</sup> Леонтович Ф.И. Адагы кавказских горцев: Материалы по обычному праву Северного и Восточного Кавказа. – Нальчик, 2002. – Вып. I. – С. 120.

<sup>4</sup> Сталь К.Ф. Этнографический очерк черкесского народа // Русские авторы XIX века о народах Центрального и Северо-Западного Кавказа: В 2 т. / Сост. Х.М. Думанов. – Нальчик, 2001. – Т. 1. – С. 254.

<sup>5</sup> Люлье Л.Я. Черкесия. Историко-этнографические статьи. – Киев, 1991. – С. 28.

центральной городской больницы. На основании вердикта присяжных заседателей Верховный Суд Республики Дагестан постановил оправдательный приговор, оставленный без изменения кассационным определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации<sup>1</sup>.

Наряду с местными обычаями и традициями, связанными с преодолением кровной мести, государство порой также предпринимает попытки регламентировать процедуры примирения, направленные на исключение этого обычая.

Так, представляет не только научный, но и практический интерес Постановление Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров РСФСР от 5 ноября 1928 года «О примирительном производстве по борьбе с обычаем кровной мести»<sup>2</sup>.

Указанным нормативно-правовым актом постановлено в целях ликвидации случаев кровной мести, возникающих на почве убийств и нанесения телесных повреждений, при окружных или районных и волостных исполнительных комитетах организовать примирительные комиссии, утверждаемые соответствующими исполнительными комитетами в составе: представителя соответствующего исполнительного комитета (председатель), народного судьи, двух представителей общественных организаций и представителя местной женской организации.

В случае необходимости примирительным комиссиям предоставлялось право привлекать с правом совещательного голоса и других лиц к участию в примирительном производстве, а также вызывать свидетелей.

По каждому установленному случаю вражды на почве кровной мести заводилось особое примирительное дело с учетом всех враждующих лиц, непосредственных совершителей преступлений, их совершеннолетних ближайших родственников и других членов рода (свойственников), а также потерпевших от указанных преступлений лиц и их ближайших совершеннолетних родственников и других членов рода (свойственников).

Предусматривалось, что каждое заведенное примирительное дело должно быть рассмотрено в публичном заседании примирительной комиссии. При этом подробно регламентировалась процедура слушания дела примирительной комиссией.

В отношении лиц, отказавшихся от примирения, комиссия направляла копию акта об отказе от явки в примирительную комиссию в народный суд для предания их суду согласно ст. 195 Уголовного Кодекса РСФСР.

Необходимо отметить, что аналогичная статья существовала и в УК РСФСР 1960 года. Так, согласно ст. 231 УК РСФСР 1960 года<sup>3</sup> уклонение родственников убитого от отказа применения кровной мести в отношении убийцы и его родственников, осуществляемого в порядке, установленном положением о примирительном производстве по делам о кровной мести, наказывалось ссылкой на срок до двух лет или высылкой на срок до трех лет.

Постановление Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров РСФСР от 5 ноября 1928 года при примирении допускало соглашение сторон о материальной помощи потерпевшим или членам их семей. Соглашение это заносилось в акт с подробным указанием в нем, в чем именно должна выразиться помощь. Это соглашение имело силу третейской записи. При отказе стороны от выполнения своего обязательства о материальной помощи, другая сторона была вправе, получив выписку из акта, обратиться в нотариальную контору или заменяющее ее учреждение за получением исполнительной надписи.

Живучесть обычая кровной мести вынуждает местные и региональные власти в современной России создавать примирительные комиссии, которые призваны выполнять функции регулятора.

Так, в 2002 году в Чечне была создана комиссия по борьбе с кровной местью, которую возглавил спецпредставитель Президента России по обеспечению прав и свобод человека и гражданина в Чечне Абдул-Хаким Султыгов<sup>4</sup>.

Примирительные комиссии создаются и в Ингушетии. Так, с 6 сентября 1995 года распоряжением первого президента Ингушетии Р.С. Аушева были приняты меры по предупреждению преступлений, совершаемых на почве кровной мести; 15 сентября того же года утверждено «Положение о примирительных комиссиях по делам кровной мести»<sup>5</sup>.

Примирительные процедуры, применяемые к кровникам, опираются на различные социальные регуляторы: и на религиозные нормы, и на нормы морали, и на местные обычаи, и на традиции отдельных семей, и на национальные особенности, и на нормы права, не допускающие кровную месть

<sup>1</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 14 июня 2007 года № 20-007-19сп // СПС «КонсультантПлюс». Раздел «Судебная практика».

<sup>2</sup> Свод законов РСФСР: В 8 т. – 1988. – Т. 8. – С. 602.

<sup>3</sup> Ведомости ВС РСФСР. – 1960. – № 40. – Ст. 591.

<sup>4</sup> Лебедева А. Кровная месть // <http://reporter-ufo.ru/681-krovnojaja-mest.html>

<sup>5</sup> Патиев Я. Хроника истории ингушского народа с древнейших времен до наших дней. – Махачкала, 2007. – С. 307.

(материальное право), а также регламентирующие порядок примирения (процедуры примирения с потерпевшим в уголовном праве, порядок заключения мирового соглашения в гражданском процессуальном праве и др.).

Указанные социальные регуляторы являются результатами мыслительной деятельности, подчиняясь общим законам логики, в том числе правилам аргументации, разновидностью которой выступает правовая аргументация.

По мнению Е.А. Макеевой<sup>1</sup>, правовая аргументация как научная категория представляет собой познавательно-ценностный способ убеждения в истинности (ложности) того или иного рассуждения, правильности (неправильности) выводов суда, характеризующийся диалоговостью и направленностью на правовую аудиторию.

Полагаем, что правовая аргументация должна применяться в примирительных процедурах кровников, в частности, на следующих этапах:

- разъяснение виновному правовых последствий содеянного, в том числе компетентное информирование о перспективах судебного разбирательства, о правовом значении раскаяния и примирения с потерпевшими, о правах потерпевших и их родственников;
- разъяснение потерпевшим и их родственникам их прав, а также правовые преимущества примирения с виновным лицом перед длительными судебными разбирательствами;
- подготовка вариантов примирения, мировых соглашений, а также разработка юридических механизмов гарантий их исполнения;
- правовое обеспечение исполнения достигнутых при примирении договоренностей.

По нашему мнению, целесообразно на федеральном уровне разработать рамочный нормативный правовой акт, который бы перенес в правовое поле примирительные процедуры, направленные на преодоление кровной мести, аналогичный Постановлению Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров РСФСР от 5 ноября 1928 года «О примирительном производстве по борьбе с обычаем кровной мести».

---

<sup>1</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Автореф. дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 3–14.



А.А. Демичев

*Демичев Алексей Андреевич – доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России*

**Аргументация российских адвокатов  
второй половины XIX – начала XX века в уголовном процессе  
(по материалам анекдотов)**

Впервые в российской истории принцип состязательности в уголовном судопроизводстве был введен в ходе судебной реформы 1864 года. Адвокат и прокурор должны были убедить суд в невиновности или виновности подсудимого. Наиболее же ярко состязательность проявлялась в суде присяжных. Стороны процесса должны были не только проявить ораторское искусство, но и привести весомые аргументы в поддержку своей позиции.

Следует отметить, что аргументация, которая была совершенно несущественной для коронных судей, оказывалась весьма эффективной в плане воздействия на присяжных заседателей. И это нашло отражение на уровне такого фольклорного жанра как анекдот. Именно на основе комплекса исторических анекдотов второй половины XIX – начала XX века мы попытаемся в данной работе проанализировать аргументацию российских адвокатов соответствующего периода в уголовных процессах.

Как правило, в анекдотах мы имеем дело с реализацией вымысла, передаваемого в традициях фольклорного нарратива. Эту особенность необходимо учитывать при анализе конкретного материала. В ряде случаев в анекдоте форма доминирует над содержанием. Для рассказчика и слушателей анекдота важна не его фактическая достоверность<sup>1</sup> (хотя обычно в основе сюжетов лежат случаи из реальной жизни), а то, из-за чего собственно анекдот и привлекателен – ирония, юмор, сатира. Вымысел является органичной составляющей анекдота, но он имеет целью не искажение фактов действительности, а подачу материала в той форме, которая может заинтересовать слушателя. При этом, как справедливо отмечает Е. Курганов, анекдот «претендует на несомненную достоверность (хотя бы и психологическую) – на то, что он реальный случай из жизни или характерная черта нравов. При всей своей невероятности анекдот доказывает свою максимальную правдоподобность»<sup>2</sup>.

Каждый отдельно взятый анекдот отличается, как правило, намеренно гипертрофированным, искаженным восприятием действительности, он целенаправленно ориентирует слушателя на желаемое рассказчиком восприятие описываемой ситуации или действующих лиц. Однако при этом совокупность анекдотов, функционирующих в определенное время в определенной социальной среде, позволяет составить представление о специфических чертах ментальности конкретного общества.

Нам известно порядка тридцати дореволюционных анекдотов, в которых фигурируют адвокаты (защитники, присяжные поверенные). Не во всех известных нам историях видна аргументация адвокатов, но все же в пятнадцати анекдотах она прослеживается в той или иной степени.

В первую очередь, чтобы убедить присяжных заседателей адвокат должен был быть логичен. Анекдот № 1 свидетельствует, что иногда сами по себе аргументы могут быть не очень весомыми, но будучи поставленными в логическую связь они приводят присяжных заседателей к нужному для адвоката решению.

**Анекдот № 1<sup>3</sup>**

*На скамье подсудимых – обвиняемый в троеженстве. Его защитник произнес следующую речь.  
– Г-да присяжные заседатели! Клиент мой обвиняется в троеженстве. Рассмотрев это возведенное на него обвинение, нельзя не прийти к заключению в полнейшей его неосновательности. Рассудите сами. Первый брак моего клиента был действительный; второй таким считаться не может, как*

<sup>1</sup> В.Э. Вацуру отмечал: «Анекдот становится в одном ряду с другими историческими источниками, только центр тяжести переносится с фактической на психологическую достоверность события». См.: Новоявленный автограф Пушкина / Подг. текста, статья и комментарии В.Э. Вацуру, М.И. Гиллельсона. – М., 1968. – С. 72.

<sup>2</sup> Курганов Е. «Анекдот – Символ – Миф». Этюды по теории литературы. – СПб., 2002. – С. 40.

<sup>3</sup> Источники опубликования анекдотов, использованных в данной статье: Утевский Б.С. Воспоминания юриста: Из неопубликованного. – М., 1989. – С. 159–160; Понедельник. – 2007. – № 8. – 23 апреля – 6 мая; Вересаев В.В. Собр. соч.: В 4 т. – М., 1985. – Т. 4. – С. 118–199; Корнилов А. Православный адвокат // Православное слово. – 2001. – № 12; Антология юридического анекдота / Сост.: В.М. Баранов, П.П. Баранов, З.Ш. Идрисов. – 2-е изд. – Н. Новгород, 2001. – С. 20, 30; <http://www.timesaver.ru/articles/a1252.php>; [http://www.orator.biz/?print=1&s=41&d\\_id=265](http://www.orator.biz/?print=1&s=41&d_id=265); <http://www.gazeta.lv/story/10316.html>

заклученный при жизни первой жены; что же касается третьего, то он совершенно законен, так как первая жена моего клиента умерла, а недействительность второго брака признает и сам представитель обвинительной власти.

*Присяжные оправдали подсудимого.*

В анекдоте № 2 также сторона защиты строит свою аргументацию, исходя не из фактов, а из логики.

### Анекдот № 2

*Защитник, защищающий на суде двух воров, из которых один украл днем, другой – ночью:*

– Господин прокурор относительно моего первого клиента нашел отягчающим вину обстоятельством то, что он совершил кражу днем; теперь относительно моего второго клиента он находит отягчающим вину то, что он украл ночью. Поэтому позволю себе спросить г-на прокурора: «Когда же, по его мнению, должна происходить кража?».

В отличие от первого анекдота здесь не ясно, к чему привела такая аргументация адвоката. Исходя из того, что концовка его фразы представляет собой комично звучащий в суде риторический вопрос, можем предположить – вряд ли желаемый эффект был достигнут.

Нередко в уголовных процессах адвокаты прибегают к аргументам, которые можно уложить в следующую схему: «Да, подсудимый совершил преступление, но ведь и вы поступили бы на его месте так же». Нередко этот прием, как видно из анекдотов № 3–5, использовал Ф.Н. Плевако.

### Анекдот № 3

Однажды Плевако защищал владелицу небольшой лавчонки, полуграмотную женщину, нарушившую правила о часах торговли и закрывшей торговлю на 20 минут позже, чем было положено, накануне какого-то религиозного праздника. Заседание суда было назначено на 10 часов. Суд вышел с опозданием на 10 минут. Все были налицо, кроме защитника – Плевако. Председатель суда распорядился разыскать Плевако. Минут через 10 Плевако, не торопясь, вошел в зал, спокойно уселся на месте защиты и раскрыл портфель. Председатель суда сделал ему замечание за опоздание. Тогда Плевако вытащил часы, посмотрел на них и заявил, что на его часах только пять минут одиннадцатого. Председатель указал ему, что на стенных часах уже 20 минут одиннадцатого. Плевако спросил председателя:

– А сколько на ваших часах, ваше превосходительство?

Председатель посмотрел и ответил:

– На моих 15 минут одиннадцатого.

Плевако обратился к прокурору:

– А на ваших часах, господин прокурор?

Прокурор, явно желая причинить защитнику неприятность, с ехидной улыбкой ответил:

– На моих часах уже 25 минут одиннадцатого.

Он не мог знать, какую ловушку подстроил ему Плевако и как сильно он, прокурор, помог защите.

Судебное следствие закончилось очень быстро. Свидетели подтвердили, что подсудимая закрыла лавочку с опозданием на 20 минут. Прокурор просил признать ее виновной. Слово было предоставлено Плевако. Речь длилась две минуты. Он заявил:

– Подсудимая действительно опоздала на 20 минут. Но, господа присяжные заседатели, она женщина старая, малограмотная, в часах плохо разбирается. Мы с вами люди грамотные, интеллигентные. А как у нас обстоит дело с часами? Когда на стенных часах – 20 минут, у господина председателя – 15 минут, а на часах господина прокурора – 25. Конечно, самые верные часы у господина прокурора. Значит мои часы отставали на 20 минут, и потому я на двадцать минут опоздал. А я всегда считал свои часы очень точными, ведь они у меня золотые, мозеровские.

Так если господин председатель, по часам прокурора, открыл заседание с опозданием на 15 минут, а защитник явился на 20 минут позже, то как можно требовать, чтобы малограмотная торговка имела лучшие часы и лучше разбиралась во времени, чем мы с прокурором?

Присяжные совещались одну минуту и оправдали подсудимую.

### Анекдот № 4

Судили горбуна за убийство брата. Адвокатом был Плевако. Он встал и сказал: «Господа судьи, господа присяжные заседатели!» И замолчал. Через некоторое время повторил обращение и вновь замолчал. Потом снова. Наконец, судья, потеряв терпение, воскликнул: «Адвокат! Судьи и присяжные давно вас слушают!» И Плевако ответил: «Видите, я трижды обратился к вам с одной и той же фразой и вызвал ваше возмущение. А мой подзащитный на протяжении тридцати лет слышал от брата одно и то же слово: «Горбун! Горбун! Горбун!» Он не выдержал и убил его». После такой речи горбуна оправдали.

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

---

### Анекдот № 5

Однажды попало к Плевако дело по поводу убийства одним мужиком своей жены. На суд адвокат пришел как обычно, спокойный и уверенный в успехе, причем безо всяких бумаг и шпаргалок. И вот, когда дошла очередь до защиты, Плевако встал и произнес:

– Господа присяжные заседатели! В зале начал стихать шум. Плевако опять:

– Господа присяжные заседатели!

В зале наступила мертвая тишина. Адвокат снова:

– Господа присяжные заседатели!

В зале прошел небольшой шорох, но речь не начиналась. Опять:

– Господа присяжные заседатели!

Тут в зале прокатился недовольный гул заждавшегося долгожданного зрелища народа. А Плевако снова:

– Господа присяжные заседатели!

Началось что-то невообразимое. Зал ревел вместе с судьей, прокурором и заседателями. И вот, наконец, Плевако поднял руку, призывая народ успокоиться.

– Ну вот, господа, вы не выдержали и 15 минут моего эксперимента. А каково было этому несчастному мужику слушать 15 лет несправедливые попреки и раздраженное зудение своей сварливой бабы по каждому ничтожному пустяку?!

Зал оцепенел, потом разразился восхищенными аплодисментами. Мужика оправдали.

Как видим, приемы аргументации во всех трех приведенных выше анекдотах одинаковы, различается лишь ее предмет. В первом случае Ф.Н. Плевако проводит нечто вроде следственного эксперимента – путем сверки часов председателя суда, прокурора и собственных убеждает присяжных, что точность времени – категория не абсолютная, а относительная.

Что касается анекдотов № 4 и 5, то, по сути, их фабулы идентичны, только в одном случае идет речь о горбуне, убившем постоянно оскорблявшего его брата, в другом – о мужике, убившем сварливую жену. В обеих ситуациях оправданием убийцам служит то, что на их месте мало кто бы выдержал издевательства. И здесь опять имеет место «эксперимент» адвоката, испытывавшего терпение суда, прокурора и присяжных заседателей.

Несколько иного рода аргументация была приведена адвокатом в деле о священнике, совершившем преступление. До нас дошло несколько вариантов одного и того же сюжета (анекдоты № 6–12).

### Анекдот № 6

Судили священника. Он сознался во всех преступлениях. Товарищи-адвокаты в шутку сказали Плевако:

– Ну-ка, Федор Никифорович, выступи его защитником. Тут, брат, уж и ты ничего не сможешь сделать.

– Ладно! Посмотрим.

И выступил.

Все бесспорно, уцепиться совершенно не за что. Громовая речь прокурора. Очередь Плевако.

Он медленно поднялся – бледный, взволнованный. Речь его состояла всего из нескольких фраз. И присяжные оправдали священника.

Вот что сказал Плевако:

– Господа присяжные заседатели! Дело ясное. Прокурор во всем совершенно прав. Все эти преступления подсудимый совершил и сам в них сознался. О чем тут спорить. Но я обращаю ваше внимание вот на что. Перед вами сидит человек, который тридцать лет отпуская вам на исповеди ваши грехи. Теперь он ждет от вас: отпустите ли вы ему его грех?

И сел.

Присяжные оправдали подсудимого.

### Анекдот № 7

Судили как-то одного попа за какую-то провинность. У Плевако перед судом поинтересовались, велика ли его защитная речь? На что он ответил, что вся его речь будет состоять из одной фразы. И вот, после обвинительной речи прокурора, требовавшего приличного наказания, настала очередь защиты. Адвокат встал и произнес:

– Господа! Вспомните, сколько грехов отпустил вам батюшка за свою жизнь, так неужели мы теперь не отпустим ему один единственный грех?!!!

Реакция зала была соответствующей. Попа оправдали.

### Анекдот № 8

Судили священника. Набедокурил он славно. Вина была доказана. Сам подсудимый во всем сознался. Поднялся Плевако. «Господа присяжные заседатели! Дело ясное. Прокурор во всем совершенно прав. Все эти преступления подсудимый совершил и сам в них признался. О чем тут спорить? Но я обращаю ваше внимание вот на что. Перед вами сидит человек, который тридцать лет отпуская вам на исповеди грехи ваши. Теперь он ждет от вас: отпустите ли вы ему его грехи». Священника оправдали.

### Анекдот № 9

Однажды он (Ф.Н. Плевако) защищал пожилого священника, обвиненного в прелюбодеянии и воровстве. По всему выходило, что подсудимому нечего рассчитывать на благосклонность присяжных. Прокурор убедительно описал всю глубину падения священнослужителя, погрязшего в грехах. Наконец, со своего места поднялся Плевако. Речь его была краткой: «Господа присяжные заседатели! Дело ясное. Прокурор во всем совершенно прав. Все эти преступления подсудимый совершил, и сам в них признался. О чем тут спорить? Но я обращаю ваше внимание вот на что. Перед вами сидит человек, который тридцать лет отпускал вам на исповеди грехи ваши. Теперь он ждет от вас: отпустите ли вы ему его грех?»

Нет надобности уточнять, что попа оправдали.

### Анекдот № 10

В Калуге, в окружном суде, разбиралось дело о банкротстве местного купца. Защитником купца, который задолжал многим, был вызван Ф.Н. Плевако. Представим себе тогдашнюю Калугу второй половины XIX века. Это русский патриархальный город с большим влиянием старообрядческого населения. Присяжные заседатели в зале – это купцы с длинными бородами, мещане в чуйках и интеллигенты доброго, христианского нрава. Здание суда было расположено напротив кафедрального собора. Федор Никифорович, изучив дело, серьезно приготовился к защитительной речи, но «почему-то» ему не давали слова. Наконец, около 5 часов вечера председатель суда объявил:

– Слово принадлежит присяжному поверенному Феодору Никифоровичу Плевако. Неторопливо адвокат занимает свою трибуну, как вдруг в этот момент в кафедральном соборе ударили в большой колокол – к великопостной вечерне. По-московски, широким размахистым крестом Плевако совершает крестное знамение и громко читает: «Господи и Владыко живота моего, дух праздности... не даждь ми. Дух же целомудрия... даруй мне... и не осуждати брата моего...». Как будто что-то пронзило всех присутствующих. Все встали за присяжными. Встали и слушали молитву и судейские чины. Тихо, почти шепотом, словно находясь в храме, Ф.Н. произнес маленькую речь, совсем не ту, которую готовил: «Сейчас священник вышел из алтаря и, земно кланяясь, читает молитву о том, чтобы Господь дал нам силу “не осуждать брата своего”. А мы в этот момент собрались именно для того, чтобы осудить и засудить своего брата. Господа присяжные заседатели, пойдите в совещательную комнату и там в тишине спросите свою христианскую совесть, виновен ли брат ваш, которого судите вы? Господь Божий через вашу христианскую совесть скажет вам о его невиновности. Вынесите ему справедливый приговор». Присяжные совещались пять минут, не больше. Они вернулись в зал, и старшина объявил их решение:

– Нет, не виновен.

### Анекдот № 11

Великому русскому адвокату Ф.Н. Плевако приписывают частое использование религиозного настроения присяжных заседателей в интересах клиентов. Однажды он, выступая в провинциальном окружном суде, договорился со звонарем местной церкви, что тот начнет благовест к обеду с особой точностью.

Речь знаменитого адвоката продолжалось несколько часов, и в конце Ф.Н. Плевако воскликнул: Если мой подзащитный невиновен, Господь даст о том знамение!

И тут зазвонили колокола. Присяжные заседатели перекрестились. Совещание длилось несколько минут, и старшина объявил оправдательный вердикт.

### Анекдот № 12

Однажды Плевако защищал священнослужителя. Свою речь он специально подгадал ко времени, когда в близлежащей церкви бьют колокола. Он сказал: «Мой подзащитный всю жизнь отпускал ваши грехи. Отпустите же ему его единственный грех. И видит Бог, он невиновен!» И тут раздался колокольный звон.

Присяжные оправдали подсудимого.

Судя по тому, что до нас дошло аж семь вариантов одного и того же сюжета, можно с уверенностью предположить, что история произвела серьезное впечатление на современников. Причем не имеет значения, лежат ли в основе ее реальные события или же это плод чей-то фантазии.

Обратим внимание на то, что адвокат даже не пытался отрицать виновность священника. Тем более, тот признался во всех своих преступлениях. В этой ситуации какие-либо аргументы в пользу невиновности подсудимого бессмысленны. По этой причине Ф.Н. Плевако идет по другому пути. Он делает акцент на религиозность присяжных заседателей (сюжет с вовремя раздавшимся колокольным звоном), а также апеллирует к таким национальным чертам русского народа, как умение прощать, отвечать добром на добро (просьба Ф.Н. Плевако к присяжным отпустить грехи человеку, который сам много лет отпускал другим грехи). В итоге, на первый взгляд, примитивная аргументация оказалась эффективной.

Примитивной, но эффективной оказалось аргументация Ф.Н. Плевако и в следующем анекдоте.

### Анекдот № 13

Старушка украла жестяной чайник стоимостью дешевле пятидесяти копеек. Она была потомственной почетная гражданка и, как лицо привилегированного сословия, подлежала суду присяжных. Защитником старушки выступил Плевако. Прокурор решил заранее парализовать влияние защитительной речи Плевако и сам высказал все, что можно было сказать в защиту старушки: «Бедная старушка, горькая нужда, кража незначительная, подсудимая вызывает не негодование, а только жалость. Но собственность священна, все наше гражданское благоустройство держится на собственности, если мы позволим людям потрясать ее, то страна погибнет.

Поднялся Плевако:

– Много бед, много испытаний пришлось претерпеть России за ее больше чем тысячелетнее существование. Печенег терзали ее, половцы, татары, поляки. Двенадцать языков обрушились на нее, взяли Москву. Все вытерпела, все преодолела Россия, только крепла и росла от испытаний. Но теперь, теперь... Старушка украла старый чайник ценою в тридцать копеек. Этого Россия уж, конечно, не выдержит, от этого она погибнет безвозвратно.

Присяжные оправдали подсудимую.

Как видим, в этом случае вновь вина подсудимой доказана и адвокатом не отрицается. Однако главным аргументом является здесь ничтожность самого преступления, которая резко контрастирует с масштабом исторических бедствий, с которыми столкнулась Россия за свою многовековую историю. Кстати, вторым, вспомогательным, аргументом является указание на бедственное материальное положение преступницы.

Действительно, было бы просто глупо и жестоко, если бы присяжные заседатели, выслушав речи о российских бедах, осудили бы бедную старушку, укравшую дешевый чайник.

Интересен прием, который использовал Ф.Н. Плевако в ситуации из анекдота № 14.

### Анекдот № 14

Один русский помещик уступил крестьянам часть своей земли, никак это юридически не оформив. Через много лет он передумал и отобрал землю обратно. Возмущенные крестьяне устроили беспорядки. Их отдали под суд. Жюри присяжных состояло из окрестных помещиков, бунтовщикам грозила каторга. Защищать их взялся знаменитый адвокат Плевако. Весь процесс он молчал, а в конце потребовал наказать крестьян еще строже.

– Зачем? – не понял судья.

– Чтобы неповадно им было верить слову русского дворянина, – сказал Плевако.

Часть крестьян была оправдана, остальные получили незначительные наказания.

Внешне рискованный прием, заключающийся в том, чтобы вызвать удивление у судьи, спровоцировать его вопрос и произнести заранее заготовленную фразу перед судом присяжных, привел к желаемому результату. Аргументация здесь идет по пути гипертрофии позиции прокуратуры. Кстати, адвокат действительно рисковал. Ведь судья мог и не задать ожидаемый защитником вопрос, а прокурор ухватился бы за фразу, что даже сторона защиты требует сурового наказания для подсудимых.

В некоторых случаях при аргументации своей позиции адвокаты проявляли эрудированность. Например, как в анекдоте № 15.

### Анекдот № 15

Плевако любил защищать женщин. Он вступился за скромную барышню из провинции, приехавшую в консерваторию учиться по классу пианино. Случайно остановилась она в номерах «Черногории» на Цветном бульваре, известном прибежище пороков, сама не зная, куда с вокзала завез ее извозчик. А ночью к ней стали ломиться пьяные гуляки. Когда двери уже затрещали, и девушка поняла, чего от нее домогаются, она выбросилась в окно с третьего этажа. К счастью упала в сугроб, но рука оказалась сломана. Погибли розовые мечты о музыкальном образовании.

Прокурор занял в этом процессе глупейшую позицию:

– Я не понимаю: чего вы так испугались, кидаясь в окно? Ведь вы, мадемуазель, могли бы разбиться и насмерть! Его сомнения разрешил разгневанный Плевако.

– Не понимаете? Так я вам объясню, – сказал он. – В сибирской тайге водится зверек горностай, которого природа наградила мехом чистойшей белизны. Когда он спасается от преследования, а на его пути – грязная лужа, горностай предпочитает принять смерть, но не испачкаться в грязи!..

Приведенный выше анекдот свидетельствует о широком кругозоре Ф.Н. Плевако. Адвокат демонстрирует свои познания в области зоологии, рассказывая о горностае. Причем не важно, действительно ли Ф.Н. Плевако знает об истинных повадках горностая или удачно приписывает зверьку только что придуманную модель поведения. Имеет значение лишь то, что ссылка на реальные или вымышленные повадки горностая оказались эффективным средством воздействия на присяжных заседателей.

Подводя итоги статьи, акцентируем внимание на том, что, судя по комплексу дореволюционных анекдотов, аргументация российских адвокатов была достаточно разнообразной. Но в целом она была направлена на склонение любыми способами и средствами суда присяжных на сторону защиты.

С.А. Денисов

*Денисов Сергей Алексеевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры публичного права юридического факультета Гуманитарного университета г. Екатеринбург*

## **Аргументация правовых документов, оправдывающая власть и деятельность правителя и управленческих групп**

Власть правителя и административного класса не может опираться на одно насилие. Она нуждается в оправдании (легитимации). Аргументы в пользу сохранения власти правителя, бюрократии в основном содержатся в правовых доктринах. Какие-то основные положения этих доктрин помещаются в правовые акты нормативного и индивидуального характера.

С древних времен власть правителя оправдывалась волей Бога. Боги Анум и Эллиль призвали царя Хаммурапи на царство, утверждает преамбула Законов Хаммурапи<sup>1</sup>.

В Новое время, когда авторитет Бога ослаб, власть правителя и различных групп стали оправдывать волей народа. Так, власть коммунистов в СССР оправдывалась тем, что КПСС «служит народу» (ч. 1 ст. 6 Конституции СССР 1977 г.). Борьба между разными группами за власть также оправдывается интересами общества и народа. В статье 7 Конституции РСФСР 1918 года новая коммунистическая бюрократия доказывала: «теперь, в момент решительной борьбы пролетариата с его эксплуататорами, эксплуататорам не может быть места ни в одном из органов власти»<sup>2</sup>.

В борьбе за власть различные группы, как правило, нарушают права человека. Это может быть оправдано крайней необходимостью. Так объяснялось большевиками введение красного террора<sup>3</sup>.

В данной статье автор делает акцент на изучении решений Конституционного Суда РФ, которые оправдывают ограничение в России закрепленного в Конституции РФ суверенитета народа (ст. 3), демократии, республики, федеративного государственного устройства (ст. 1), доказывают необходимость умаления прав человека и гражданина (запрещенное в ч. 2 ст. 55). Для автора, очевидно, что Конституционный Суд РФ является одним из звеньев в механизме поддержания административного характера Российского государства. Порядок формирования Конституционного Суда РФ, его место в системе органов государственной власти, сложившийся в России политический режим не позволяют ему стать беспристрастным защитником конституционных ценностей. Большинство судей Конституционного Суда РФ являются преданными сторонниками сложившегося в России и давно освещенного традицией административного государственного строя. Только некоторые судьи Конституционного Суда (которые сегодня уже в отставке) после 1993 года осмеливались доказывать неконституционность оправданных судом правовых актов в своих особых мнениях.

Сегодня накопилось уже много решений Конституционного Суда, оправдывающих отступления от конституционных ценностей. Поэтому возникла возможность обобщения аргументации, которой пользуется Конституционный Суд РФ в такого рода делах.

При вынесении решений, судьи опираются на определенные политико-правовые доктрины. Это отмечают исследователи Верховного суда США<sup>4</sup>. Анализ решений Конституционного Суда РФ позволяет сделать предположения о том, на какие политико-правовых доктрин опираются его судьи. Эти доктрины прямо сформулированы в решениях Суда в виде правовых позиций или выводятся из этих решений, путем их толкования.

Традиционной для России является доктрина этатизма. Рассмотренные дела показывают, что она не чужда большинству судей Конституционного Суда. В Постановлении от 31 июля 1995 года № 10-П Конституционный Суд РФ признал конституционным Указ Президента РФ и Постановление Правительства РФ, с которых началась первая война в Чечне<sup>5</sup>. Это решение открыло дорогу и для начала

<sup>1</sup> Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. – М., 1999. – С. 6–7.

<sup>2</sup> Кукушкин Ю.С. Очерки истории Советской Конституции / Ю.С. Кукушкин, О.И. Чистяков. – М., 1987. – С. 242.

<sup>3</sup> Постановление СНК о красном терроре // Хрестоматия по отечественной истории (1914–1945 гг.). – М., 1996. – С. 198–199.

<sup>4</sup> Мишин А.А. Конституция США. Политико-правовой комментарий / А.А. Мишин, В.А. Власихин. – М., 1985. – С. 121.

<sup>5</sup> Постановление от 31 июля 1995 года № 10-П «По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 2137 «О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики», Указа Президента Российской Федерации от 9 декабря 1994 года № 2166 «О мерах по пресечению деятельности незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и в зоне осетино-ингушского конфликта», Постановления Правительства Российской Федерации от 9 декабря 1994 года № 1360 «Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности Российской Федерации, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа», Указа Президента Российской Федерации от 2 ноября 1993 года № 1833 «Об основных положениях военной доктрины Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3424.

второй войны в Чечне. В ходе этих войн российские войска стерли с лица земли город Грозный. Жертвами войны стали тысяч мирных жителей. «Содержащиеся в актах решения обосновываются преимущественно необходимостью защиты суверенитета, территориальной целостности, конституционного порядка, государственной безопасности и прочих государственных интересов. Права человека стоят в этом перечне на последнем месте» – пишет в своем особом мнении судья Конституционного Суда А.Л. Кононов. Конституционный Суд не заметил этого и вслед за Президентом РФ поставил государственные предпочтения выше прав человека. «Суверенитет Российской Федерации, ее независимость и государственная целостность – пишет в своем особом мнении судья Конституционного Суда В.О. Лучин – ценности очень высокого порядка, но они (я исключаю противопоставление) инструментальны по отношению к другой – высшей конституционной ценности – правам и свободам человека (статья 2)»<sup>1</sup>.

В 1995 году состав Конституционного Суда РФ еще не был «откалиброван». Поэтому устраивающие правящую группу страны решения не принимались единогласно. На то, что Конституционный Суд РФ занял по рассматриваемому делу этатистскую позицию, пренебрегая защитой основных конституционных прав человека, обратили внимание в своих особых мнениях судья Н.В. Витрук, Т.Г. Морщакова и Б.С. Эбзеев.

Наиболее пренебрежительно судьи Конституционного Суда относятся к политическим правам граждан. Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 года № 10-П<sup>2</sup>, в котором Суд заявил, что субъекты Федерации не имеют даже ограниченного Конституцией суверенитета, фактически построено на существенном ограничении прав граждан отдельных регионов самостоятельно участвовать в управлении делами своего региона (ограничение нормы, закрепленной в ч. 1 ст. 32 Конституции РФ). Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П<sup>3</sup>, признающее конституционным переход к фактической назначаемости глав регионов, построено на пренебрежении к праву граждан выбирать свои органы власти и быть избранными в них (закреплено в ч. 2 и 3 ст. 3, ч. 2 ст. 32 Конституции РФ). Принцип единства страны, усиление ее управляемости из центра здесь опять стоит выше прав граждан.

Не пользуется уважением у большинства судей Конституционного Суда РФ, судя по их решениям, право граждан на объединение (ч. 1 ст. 30 Конституции РФ). На этом строится ряд решений Конституционного Суда<sup>4</sup>, ограничивающих права граждан и оправдывающих присвоенные государством полномочия регулировать порядок объединения граждан и устанавливать требования к этим объединениям, которые не предусмотрены в Конституции.

Этатистские взгляды явно просматриваются в сознании Председателя Конституционного Суда В.Д. Зорькина. В одной из газетных публикаций он пишет: «Любое умаление государственности» недопустимо, так как ведет к хаосу<sup>5</sup>. В другой своей статье он выступил с явным осуждением граждан, использующих свои конституционные права для защиты честных выборов<sup>6</sup>. Охранительная державническая позиция В.Д. Зорькина заслужила одобрения Президента РФ. Не зря он выдвинул его кандидатуру в 2012 году на должность Председателя Конституционного Суда на новый срок.

Ряд своих решений Конституционный Суд строит на доктрине незрелости российского общества, которому еще нельзя доверить пользоваться всеми закрепленными в Конституции РФ политическими правами и свободами. Эту доктрину постоянно отстаивает в своих публичных выступлениях Председатель Конституционного Суда В.Д. Зорькин. Он сравнивает состояние современной России с состоянием Веймарской Германии и намекает на то, что только существующий сегодня авторитарный режим может спасти страну от опасностей тоталитаризма<sup>7</sup>. В Постановлении от 15 декабря 2004 года

<sup>1</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.О. Лучина // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3424.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2000 года № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 25. – Ст. 2728.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального Закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 года № 1-П по делу о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 2 статьи 3 и пункта 6 статьи 47 Федерального Закона «О политических партиях» в связи с жалобой общественно-политической организации «Балтийская республиканская партия» // Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 6. – Ст. 491; Постановление от 16 июля 2007 года № 11-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 3, 18 и 41 Федерального Закона «О политических партиях» в связи с жалобой политической партии «Российская коммунистическая рабочая партия – Российская партия коммунистов» // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>5</sup> Зорькин В. Кризис доверия и государство // Российская газета. – 2009. – 10 апреля.

<sup>6</sup> Зорькин В.Д. Дух закона // Российская газета. – 2011. – 12 декабря.

<sup>7</sup> Зорькин В.Д. Путь к свободе // Российская газета. – 2009. – 16 сентября.

№ 18-П Конституционный Суд РФ пишет: «на современном этапе российское общество, в том числе политические партии и религиозные объединения, еще не приобрели прочный опыт демократического существования»<sup>1</sup>. Подчас, Конституционный Суд исходит из презумпции наивности избирателя. В одном из его постановлений отмечено: «Особое внимание законодателя к наименованию партии, в котором, по общему правилу, отражаются ее идеологические установки и программные цели, объясняется тем, что граждане, в том числе потенциальные члены партии и избиратели, в первую очередь по нему судят об основных политических целях партии»<sup>2</sup>. На этом строится оправдание того, что государственные чиновники вправе указывать гражданам даже то, как должна называться их партия.

Анализ решений Конституционного Суда РФ позволяет предположить, что большинство его судей не признают закрепленного в Конституции РФ общедозволительного типа правового регулирования в отношении поведения человека и гражданина. Из решений Конституционного Суда вытекает, что декларирование свободы в нормах Конституции РФ ничего не значит. Государственные органы имеют право через федеральные законы вводить нормы, устанавливающие порядок реализации свобод, а также условия, при которых они могут быть реализованы. Судьи Конституционного Суда, видимо, не могут представить свободной жизни общества без тотального ее регулирования с помощью норм административного права. Для них явно чужда формула, хорошо отраженная в Первой поправке к Конституции США: «Конгресс не должен издавать ни одного закона, относящегося к установлению религии или запрещающего свободное исповедание оной, либо ограничивающего свободу слова или печати либо право народа мирно собираться...»<sup>3</sup>. Они исходят из прямо противоположной концепции, согласно которой если Конституция РФ не ограничила права и свободы граждан, значит это должен сделать федеральный законодатель. Постановление Конституционного Суда от 16 июля 2007 года № 11-П<sup>4</sup> содержит правовую позицию, согласно которой если Конституция РФ не ограничила свободу людей по созданию политических партий, то это является основанием для установления таких ограничений в федеральном законодательстве («необходимость соответствующего правового регулирования и допустимость установления федеральным законодателем, действующим в соответствии с Конституцией РФ и в пределах имеющейся у него дискреции, требований, предъявляемых к созданию и деятельности политических партий»). В двух постановлениях, касающихся ФЗ «О политических партиях»<sup>5</sup> Конституционный Суд исходил из мысли, что законодатель лучше знает, какие типы партий нужны населению и признал конституционным ограничение конституционных прав граждан. Конституционный Суд подменил общедозволительный тип регулирования создания объединений граждан разрешительным. Поскольку не разрешено, то значит запрещено по умолчанию в России создавать партии кадрового типа, как в США (демократическая и республиканская партии), которые не имеют членства.

Как и положено в бюрократическом государстве, Конституционный Суд РФ придерживается доктрины применения общедозволительного типа правового регулирования к деятельности государственных органов и должностных лиц. Выдвинутая Конституционным Судом доктрина «скрытых полномочий Президента РФ»<sup>6</sup> предполагает, что отсутствие в нормах Конституции РФ какого-то полномочия государственного органа или какого-то ограничения прав граждан не мешает законодательному органу или Президенту РФ самостоятельно присвоить себе это полномочие или ввести дополнительные ограничения прав граждан. Позицию необходимости применения к органам государственной власти разрешительного типа правового регулирования (в Конституции РФ нет прямого разрешения, значит – нельзя), отстаивал судья В.О. Лучин. Указы Президента РФ, подменяющие федеральные законы, – пишет он в особом мнении, – «нелегитимны изначально, поскольку сама возможность их принятия Президентом не предусмотрена Конституцией РФ»<sup>7</sup>. В другом случае он пишет: «...попытка

<sup>1</sup> П 4.1 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 года № 18-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального Закона “О политических партиях” в связи с запросом Коптевского районного суда города Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации “Православная партия России” и граждан И.В. Артемова и Д.А. Савина» // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 51. – Ст. 5260.

<sup>2</sup> Пункт 4.2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 года № 18-П // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 51. – Ст. 5260.

<sup>3</sup> Мишин А.А. Конституция США. Политико-правовой комментарий / А.А. Мишин, В.А. Власихин. – М., 1985. – С. 173.

<sup>4</sup> Постановление от 16 июля 2007 года № 11-П // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>5</sup> Постановления Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 года № 1-П // Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 6. – Ст. 491; Постановление от 16 июля 2007 года № 11-П // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>6</sup> Постановление от 31 июля 1995 года № 10-П // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3424.

<sup>7</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.О. Лучина по делу о проверке конституционности пункта 2 Указа Президента Российской Федерации от 3 октября 1994 года № 1969 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации» и пункта 2.3 Положения о главе администрации края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа Российской Федерации, утвержденного названным Указом // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 19. – Ст. 2320.



выйти на общеправовой принцип «разрешено все, что не запрещено законом» некорректна, во-первых, в связи с недопустимостью распространения данного принципа на сферу действия публичной власти, во-вторых, это означало бы наделение Президента дискреционными полномочиями, правом принимать акты и совершать действия, руководствуясь только усмотрением, целесообразностью, а не законом»<sup>1</sup>. Судья А.Л. Кононов в своем особом мнении<sup>2</sup> обращал внимание на то, что применяемый к органам власти общедозволительный тип регулирования не соответствует требованию правового государства, что Президент РФ не может расширить конституционный перечень своих полномочий<sup>3</sup>.

Дух конституционализма основан на недоверии к государству и его органам. Конституции, как феномен, появились для ограничения государства. Большинство судей Конституционного Суда РФ, при принятии решений, исходят из противоположной доктрины, свойственной административной правовой системе, находящейся на доконституционном уровне развития. Согласно этой доктрине государство, а не общество является двигателем прогресса. Государство создает необходимое ему общество. Конечно, такому государству следует предоставить широкую свободу действий и усмотрения. Эти позиции Конституционного Суда ярко проявляются в следующих фразах: «При решении вопроса о численном составе политических партий и территориальном масштабе их деятельности законодатель обладает достаточной степенью дискреции, учитывая, что данный вопрос в значительной степени связан с политической целесообразностью»<sup>4</sup>. Аксиомой для Конституционного Суда является то, что государство имеет право строить такую партийную систему, которую сочтет нужной: «...федеральный законодатель вправе устанавливать требования к численному составу политических партий исходя из конкретно-исторических условий развития Российской Федерации; данные требования, предъявляемые к политическим партиям, могут меняться в ту или иную сторону, поскольку они не произвольны, а объективно обусловлены решаемыми в законодательном порядке задачами в сфере развития политической системы и обеспечения ее адекватности принципам конституционного строя РФ и не влекут отмену или умаление конституционного права граждан на объединение в политические партии или его несоразмерное ограничение» – отмечено в одном из постановлений<sup>5</sup>. Конституционный Суд легко соглашается с тем, что государственным чиновникам лучше знать, кого допускать к выборам, а кого надо отстранить от них. В одном из постановлений Суда записано: «Установление критериев для допуска партий к выборам «федеральный законодатель правоммерно связывает с реальной способностью политической партии выражать интересы значительной части общества и выполнять возложенную на нее публичную функцию»<sup>6</sup>.

Как уже отмечалось, Конституционный Суд исходит при принятии решений из того, что гражданам опасно доверять пользоваться своими конституционными правами без присмотра чиновников. Лучше, если государство определит когда и при каких условиях граждане могут воспользоваться своими правами. «...федеральный законодатель вправе и обязан на основе Конституции Российской Федерации и с учетом положений международно-правовых актов, участницей которых является Российская Федерация, определить законодательные основы реализации гражданами Российской Федерации права на объединение в политические партии, создания и деятельности политических партий, их статуса, в том числе условия признания общественного объединения политической партией» – отмечено в одном из постановлений Суда<sup>7</sup>. Некоторые аргументы Суда, видимо, исходят из теории «суверенной демократии». Так, в Постановлении от 1 февраля 2005 года № 1-П сказано, что свобода объединения граждан в политические партии является фактором «ослабления развивающейся российской демократии, народовластия»<sup>8</sup>. Подчас Суд исходит из презумпции недобросовестности граждан и неизбежности того, что они будут злоупотреблять своими правами. В одном из своих постановлений Конституционный Суд пишет: «...в условиях сохраняющейся напряженности межэтнических и межконфессиональных отношений, а также возрастающих политических претензий со стороны современного

<sup>1</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.О. Лучина // *Собрание законодательства РФ*. – 1995. – № 33. – Ст. 3424.

<sup>2</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова // *Собрание законодательства РФ*. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Пункт 4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 года № 1-П // *Собрание законодательства РФ*. – 2005. – № 6. – Ст. 491.

<sup>5</sup> Пункт 3.2. мотивировочной части Постановления от 16 июля 2007 года № 11-П // *Собрание законодательства РФ*. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>6</sup> Пункт 3.3. мотивировочной части Постановления от 16 июля 2007 года № 11-П // *Собрание законодательства РФ*. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>7</sup> Пункт 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 года № 1-П // *Собрание законодательства РФ*. – 2005. – № 6. – Ст. 491.

<sup>8</sup> Пункт 3.2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 года № 1-П // *Собрание законодательства РФ*. – 2005. – № 6. – Ст. 491.

религиозного фундаментализма, когда привнесение в сферу политики (а значит, в сферу борьбы за власть) дифференциации по религиозному признаку, которая может приобрести и национальный оттенок, чревато расколом общества на национально-религиозные составляющие (в частности, на славянско-христианскую и тюркско-мусульманскую)...»<sup>1</sup>.

В нулевые годы Конституционный Суд проникается распространяемыми сверху идеями консерватизма, закрепления на веки сложившейся государственной системы. В Постановлении от 16 июля 2007 года № 11-П он поддержал цели законодателя, связанные с введением барьера для прохождения в Государственную Думу малых партий, чтобы «избежать раздробления депутатского корпуса на множество мелких групп, с тем чтобы обеспечить нормальное функционирование парламента, стабильность законодательной власти и конституционного строя в целом»<sup>2</sup>.

В спорах между регионами и центром Конституционный Суд твердо опирается на концепцию необходимости укрепления централизма в России. Это ярко проявляется в следующей правовой позиции Суда: «Конституционный принцип единства государственной власти требует, чтобы субъекты Российской Федерации в основном исходили из федеральной схемы взаимоотношений исполнительной и законодательной власти»<sup>3</sup>. Унитаристские наклонности большинства судей Конституционного Суда проявились и в Постановлении от 7 июня 2000 года № 10-П<sup>4</sup>, в котором они отказались признать наличие ограниченного суверенитета у субъектов Российской Федерации. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П можно усмотреть даже имперские взгляды судей Конституционного Суда, на основании которых они признали конституционным фактическое назначение глав регионов Президентом РФ<sup>5</sup>. Федеративный по конституции Пакистан перешел к назначению проконсулов провинций при введении военного режима генералом Зия-уль-Хаком<sup>6</sup>. Заметным шагом к построению Третьего рейха в Германии было учреждение в землях поста рейхсштатгальтера (имперского наместника)<sup>7</sup>. «В России сложилась невиданная для зарубежных федеративных государств практика, когда Федерация устанавливает не только порядок формирования и деятельности органов государственной власти субъектов Федерации, но Президент РФ фактически «назначает» высшее должностное лицо субъекта РФ (под угрозой роспуска парламента субъекта Федерации)» – пишет И.А. Стародубцева<sup>8</sup>.

Традиционная для России доктрина необходимости монархического правления видимо является основой мировоззрения большинства судей Конституционного Суда РФ. В своих решениях после 1993 года они неизменно оправдывают расширение полномочий Президента РФ. Этому хорошо служит закрепленная в решениях Конституционного Суда доктрина наличия в Конституции РФ скрытых полномочий Президента РФ. На ее основе Конституционный Суд РФ признал конституционным захват Президентом РФ законодательных полномочий, принадлежащих Федеральному Собранию<sup>9</sup>. «Можно выразить лишь сожаление, – пишет в своем особом мнении судья Конституционного Суда В.О. Лучин, – что Конституционный Суд своим авторитетом оправдывает антиконституционную указную практику, основанную на целесообразности и так называемых «скрытых» полномочиях Президента Российской Федерации»<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Пункт 4.1 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 года № 18-П // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 51. – Ст. 5260.

<sup>2</sup> Пункт 3.1 мотивировочной части Постановления от 16 июля 2007 года № 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 3, 18 и 41 Федерального Закона «О политических партиях» в связи с жалобой политической партии «Российская коммунистическая рабочая партия – Российская партия коммунистов» // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края» // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 4. – Ст. 409.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 года № 10-П // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 25. – Ст. 2728.

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>6</sup> Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. – М, 2005. – С. 324–325.

<sup>7</sup> Патрушев А. Германская история: через тернии двух тысячелетий. – М., 2007. – С. 454.

<sup>8</sup> Стародубцева И.А. Коллизии в регулировании организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. – 2007. – № 12. – С. 28.

<sup>9</sup> Постановление от 31 июля 1995 года № 10-П // Собрание законодательства РФ. – 1995. – 33. – Ст. 3424; Постановление Конституционного Суда РФ от 30 апреля 1996 года № 11-П // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 19. – Ст. 2320.

<sup>10</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ В.О. Лучина по делу о проверке конституционности пункта 2 Указа Президента Российской Федерации от 3 октября 1994 года № 1969 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации» и пункта 2.3 Положения о главе администрации края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа Российской Федерации, утвержденного названным Указом // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 19. – Ст. 2320.

Теория «скрытых полномочий» позволила превратить Президента РФ в диктатора, который принимает ключевое участие в формировании состава Счетной Палаты РФ, руководства Конституционного Суда РФ, формирует федеральные округа и назначает туда своих полномочных представителей. Эта доктрина была использована для оправдания перехода к фактическому назначению глав региона. К этим закрепленным в законодательстве или указах Президента РФ полномочиям следует прибавить десятки неофициальных, которые априори следует также признать конституционными. Фактически Конституционный Суд через свою доктрину открыл дорогу для формирования в России режима личной власти В.В. Путина, наподобие той, что существуют в большинстве стран Африки<sup>1</sup> и Центральной Азии (Казахстан, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан).

Теория «скрытых полномочий» позволила Конституционному Суду одобрить захват Президентом РФ функции надзора за Федеральным Собранием РФ и вынесения решения о том, соблюдена ли была процедура законотворчества<sup>2</sup>. Фактически, Конституционный Суд признал конституционным присвоение Президентом РФ судебных функции вынесения решения о соответствии закону действий органа законодательной власти.

Суды, осуществляющие конституционный контроль в разных странах часто встают на сторону президента в споре с парламентом. Это не удивительно, так как именно глава государства формирует состав этих судов. Конфликт с президентом грозит подорвать авторитет судебной инстанции, так как глава государства может открыто не выполнить требования суда, у которого нет средств заставить выполнять свои решения. Конституционное правосудие в США началось с того, что Верховный Суд США встал на сторону Президента в деле по иску У. Марбури<sup>3</sup>.

Доктрина сильного главы региона и слабого представительного органа реализуется Конституционным Судом РФ в постановлениях от 1 февраля 1996 года № 3-П<sup>4</sup>, от 7 июня 2000 года № 10-П<sup>5</sup>.

Доктрина «верховного правителя», стоящего над всеми ветвями власти, осуществляющего, если ему покажется это необходимо, законотворчество и суд, очень близка государственному праву России начала XX века «Императору Всероссийскому принадлежит Верховная Самодержавная власть» – гласила статья 4 Основных государственных законов Российской империи. Он «осуществляет законодательную власть в единении с Государственным Советом и Государственной Думой» (ст. 7 Основных законов)<sup>6</sup>. Эта доктрина противостоит доктрине парламентаризма, которая предполагает, что парламенту принадлежит большая власть в стране, чем другим ветвям власти.

Из ряда решений Конституционного Суда следует, что он отказывается признавать доктрину, согласно которой для конституционного строя свойственен метод координации, в то время, как метод субординации свойственен доконституционному государственному праву. В своих решениях Конституционный Суд постоянно рассматривает Президента РФ как начальника над другими органами власти. Как начальник, по мнению Конституционного Суда, он может три раза предложить Государственной Думе одну и ту же кандидатуру на должность Председателя Правительства РФ, а затем распустить Государственную Думу, если она не согласится с его ультиматумом<sup>7</sup>. Вышестоящим начальником, по мнению большинства судей Конституционного Суда, является Президент для региональных представительных органов и для глав регионов. Он может распустить региональный представительный орган, если он дважды откажется утвердить на должность высшего должностного лица региона человека, которого он им нашел<sup>8</sup>. Это положение начальника еще более ярко высвечивается с учетом норм ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ», которые дают ему право отправлять в отставку главу региона в любой момент в случае, если он потерял доверие Президента РФ. Именно «Верховный Правитель», стоящий над всеми органами власти, видится в Президенте РФ в следующей правовой позиции, сформулированной судьями Конституционного Суда: «Президент Российской Федерации в силу

<sup>1</sup> *Ogbazghi Petros B. Personal Rule in Africa: The Case of Eritrea // African Studies Quarterly. – 2011. – V. 11. – Iss. 2.*

<sup>2</sup> Пункт 4 и 5 Постановления от 22 апреля 1996 года № 10-П «По делу о толковании отдельных положений статьи 107 Конституции Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 18. – Ст. 2253.*

<sup>3</sup> *Евдокимов Е.Б. Возникновение конституционного судопроизводства в США // Журнал конституционного правосудия. – 2008. – № 1. – С. 53–56.*

<sup>4</sup> Пункт 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 1 февраля 1996 года № 3-П по делу о проверке конституционности ряда положений Устава – Основного Закона Читинской области // *Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 7. – Ст. 700.*

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 года № 10-П // *Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 25. – Ст. 2728.*

<sup>6</sup> *Государство Российское. Власть и общество с древнейших времен до наших дней: Сборник документов. – М., 1996. – С. 270.*

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 года № 28-П // *Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 52. – Ст. 6447.*

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 года № 10-П // *Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 25. – Ст. 2728.*

возложенных на него конституционных полномочий по обеспечению согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти (часть 2 статьи 80) обязан принимать необходимые меры по обеспечению непрерывности законодательного процесса, в том числе по соблюдению палатами Федерального Собрания предусмотренного Конституцией РФ срока направления принятого федерального закона главе государства»<sup>1</sup>.

Метод субординации (власти и беспрекословного подчинения) видится основой Постановления Конституционного Суда, не признающего за субъектами Федерации ни толики суверенитета<sup>2</sup>.

При оправдании расширения полномочий Президента РФ и ограничений прав граждан Конституционный Суд использует то расширительное, то ограничительное толкование норм Конституции. Как уже отмечалось, Конституционный Суд расширительно толкует нормы, заложенные в ч. 2 ст. 80 Конституции РФ. На это обратил внимание в своем особом мнении судья В.О. Лучин<sup>3</sup>. Конституционный Суд фактически исходил из доктрины, свойственной неправовым государствам: «Цель оправдывает средства». Для того, чтобы оправдать лишение прав субъектов Федерации самостоятельно устанавливать систему своих органов государственной власти, Конституционный Суд расширенно истолковал понятие «принципы организации органов власти» (ч. 1 ст. 77 Конституции РФ). В это понятие он включил все, самые конкретные нормы, закрепленные под заглавием Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»<sup>4</sup>. Достаточно широко Конституционный Суд толкует понятие «демократия» (ст. 1 Конституции РФ). По мнению Суда, демократия вполне совместима с лишением граждан права избирать глав регионов, по своему усмотрению создавать те или иные политические партии.

Для ограничения прав субъектов Федерации Конституционному Суду пришлось ограниченно истолковать норму, согласно которой субъекты самостоятельно устанавливают у себя систему органов государственной власти (ч. 1 ст. 77 Конституции РФ), а так же ч. 2 ст. 11 Конституции РФ, согласно которой «государственную власть в субъектах осуществляют образуемые ими органы государственной власти. Конституционному Суду пришлось существенно поправить общепризнанную концепцию государства, согласно которой оно отличается от иных властных субъектов суверенитетом. Конституция РФ ясно говорит о субъектах Федерации, как о государствах (ст. 5, 11, 73, 77 и др.), но, по мнению Конституционного Суда, эти государства не обладают признаком суверенитета<sup>5</sup>.

По своему усмотрению Конституционный Суд то использует какие-то нормы для принятия решения, то напрочь их игнорирует. В Постановлении от 18 января 1996 года, пишет в своем особом мнении судья А.Л. Кононов, Конституционный Суд, ссылаясь на ст. 3 и 32 Конституции РФ, признал неконституционным лишение граждан выбирать главу своего региона. В Постановлении от 21 декабря 2005 года № 13-П, оправдывая введение назначаемости глав регионов, он счел возможным проигнорировать эту норму<sup>6</sup>.

В зависимости от потребности Конституционный Суд меняет свою аргументацию. В Постановлении от 18 января 1996 года № 2-П Конституционный Суд исходит из правовой позиции, заключающейся в том, что субъекты Российской Федерации в основном должны исходить «из федеральной схемы взаимоотношений исполнительной и законодательной власти»<sup>7</sup>. В Постановлении от 21 декабря 2005 года № 13-П Конституционный Суд уже так не считает и допускает возможность, что федеральные органы формируются на основании одних принципов, а региональные на основе других принципов<sup>8</sup>, что противоречит ч. 1 ст. 77 Конституции РФ.

<sup>1</sup> Пункт 4 Постановления от 22 апреля 1996 года № 10-П «По делу о толковании отдельных положений статьи 107 Конституции Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 18. – Ст. 2253.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 года № 10-П // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 25. – Ст. 2728.

<sup>3</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.О. Лучина по делу о проверке конституционности пункта 2 Указа Президента Российской Федерации от 3 октября 1994 года № 1969 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации» и пункта 2.3 Положения о главе администрации края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа Российской Федерации, утвержденного названным Указом // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 19. – Ст. 2320.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 года № 10-П // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 25. – Ст. 2728.

<sup>6</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 4. – Ст. 409.

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

С изменением курса главы государства, Конституционный Суд вынужден отказываться от своих правовых позиций, вынесенных ранее. Так, в 1990-е годы Конституционный Суд РФ помогал Президенту РФ вести борьбу с представительными органами регионов, большинство в которых были коммунисты. Поэтому в Постановлении от 18 января 1996 года № 2-П он исходил из позиции, что участие представительного органа субъекта Федерации в назначении губернатора области нарушает принцип разделения властей (ст. 10)<sup>1</sup>. Но в 2004 году под давлением Президента РФ была введена фактическая назначаемость глав регионов, которую прикрыли видимостью наделения полномочиями высшего должностного лица региона представительным органом региона. Конституционному Суду пришлось отказаться от своей правовой позиции под предлогом изменившихся обстоятельств<sup>2</sup>.

Иногда Конституционный Суд РФ вынужден делать вид, что он не знает, как исследуемая на конституционность норма толкуется на практике и к каким последствиям привело ее применение. Так, в Постановлении от 31 июля 1995 года № 10-П Конституционный Суд сделал вид, что ему неизвестны как были истолкованы указы Президента РФ о применении оружия в Чечне и к каким последствиям эти указы привели на деле. Это вызвало возмущение нескольких судей Конституционного Суда<sup>3</sup>.

Часть 3 ст. 74 ФКЗ «О конституционном Суде РФ» требует от него принимать решение по делу, оценивая буквальный смысл рассматриваемого акта, а также исходя из его места в системе правовых актов. Иногда Конституционный Суд игнорирует это требование. Так, в Постановлении от 21 декабря 2005 года № 13-П он отказался рассматривать введенный порядок назначения глав регионов в связи с нормами об ответственности их перед Президентом РФ<sup>4</sup>. Это позволило ему не увидеть в назначении глав регионов нарушения принципа федерализма (ст. 1 Конституции РФ) и нормы, говорящей о том, что субъекты Федерации осуществляют государственную власть через образуемые ими органы государственной власти (ч. 2 ст. 11 Конституции РФ), а не через федерального «наместника». О безосновательности этого решения Суда говорит в своем особом мнении судья А.Л. Кононов<sup>5</sup>.

В рассмотренных решениях Конституционного Суда не усматривается использование принципа *pro et contra*. Он опирается только на те аргументы, которые работают на его решение. Аргументы «против» безосновательно игнорируются.

При рассмотрении вопросов ограничения политических прав граждан, судьи Конституционного Суда отказываются вообще обращаться к ч. 2 ст. 55 Конституции РФ, которая запрещает умалять в законах права и свободы человека и гражданина<sup>6</sup>.

Судьи Конституционного Суда РФ в своих особых мнениях обращают внимание на то, что некоторые решения Суда вообще не аргументированы<sup>7</sup>. В рассмотренных выше решениях Суда часто нет аргументации того, почему он признает те или иные ограничения прав человека и гражданина соответствующими ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Фактически эти ограничения исходят из потребности государственной бюрократии принять нормы, облегчающие ее деятельность по управлению обществом, подчинению его своей воле. Невооруженным глазом видно, что отказ от выборности глав регионов существенно подорвал федеративные основы государства. Бюрократизация партийной жизни стала существенным препятствием в развитии демократии в стране.

Конечно, в рамках одной статьи невозможно перечислить все приемы, которые используются для оправдания власти правителя и его чиновников, в том числе и Конституционным Судом РФ. Здесь описаны только некоторые из них.

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 4. – Ст. 409.

<sup>2</sup> Пункт 6 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>3</sup> Например, Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.О. Лучина // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3424.

<sup>4</sup> Пункт 1 мотивировочной части и пункт 2 резолютивной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 года № 13-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>5</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336.

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 года № 13-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 3. – Ст. 336; Постановление от 16 июля 2007 года № 11-П // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 30. – Ст. 3989.

<sup>7</sup> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.О. Лучина // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3424.

**М.А. Ершов**

*Ершов Максим Александрович – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

**Законы и иные нормативно-правовые акты  
как юридический аргумент применения бланкетных норм  
об уголовной ответственности за посягательства  
на экономическую конфиденциальную информацию**

Квалификация любого преступления должна сопровождаться юридической аргументацией. В качестве аргументов могут служить положения норм уголовного закона, а также норм иных отраслей права. В документах, содержащих решение о наличии либо отсутствии признаков состава преступления, если квалификация затрагивает бланкетные нормы Уголовного кодекса Российской Федерации<sup>1</sup> (далее – УК РФ), ссылка на конкретные нормы иных отраслей права обязательна, хотя действующий российский уголовный закон и не указывает на такую необходимость. Мало того, в ч. 1 ст. 1 УК РФ прописано: «уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса...».

Отсутствие в УК РФ подобного указания о применении бланкетных норм с учетом положений норм иных отраслей права является пробелом современного российского уголовного законодательства, на что неоднократно указывалось в юридической литературе.<sup>2</sup> Восполнение указанного пробела позволит на законодательном уровне очертить круг источников уголовного права применительно к бланкетным нормам.

Не вступая в дискуссию относительно понятия бланкетной нормы УК РФ, определим ее как норму УК РФ, в которой один или несколько ее структурных элементов содержат признаки (признак), уяснение которых требует обращения к нормативным правовым актам иных отраслей права. Подобной позиции придерживается и ряд теоретиков уголовного права.<sup>3</sup>

Современный отечественный уголовный закон содержит более 80% бланкетных норм. К их числу относятся нормы, предусматривающие ответственность за посягательства на экономическую конфиденциальную информацию: ст. 147, 183, 185<sup>6</sup> УК РФ<sup>4</sup>. Их применение затруднено по ряду причин, но основной из них является бланкетность этих норм.

Почему бланкетный способ законодательного конструирования уголовно-правовой нормы иногда не способствует, а затрудняет ее применение? На мой взгляд, ответ на данный вопрос кроется в количестве нормативных правовых актов, к которым отсылают бланкетные нормы УК РФ. При этом часть из этих актов отсылает к еще большему количеству различных документов, в том числе противоречащих друг другу, что, в свою очередь, не позволяет правоприменителю с достаточной убедительностью аргументировать принятое при квалификации преступного деяния решение. Кроме того, не всегда законодательные акты иных отраслей права раскрывают признаки тех или иных составов преступлений. Результатом всего этого является вольное толкование норм уголовного закона.

Обозначенные проблемы являются общими для большинства бланкетных норм УК РФ, особенно, предусматривающих ответственность за совершение преступлений в сфере экономической деятельности. Не ставя перед собой задачу исследования общетеоретических проблем применения бланкетных норм уголовного закона, обозначим лишь отдельные моменты, с которыми связаны затруднения правоприменителя при квалификации посягательств на экономическую конфиденциальную информацию.

Согласно ч. 1 ст. 147 УК РФ уголовно-наказуемым, в том числе, является разглашение без согласия автора или заявителя сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них, если это деяние причинило крупный ущерб. Анализ указанной нормы порождает справедливые вопросы:

– что такое изобретение, полезная модель и промышленный образец;

<sup>1</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

<sup>2</sup> См., например: Гаухман Л. Нужна правовая экспертиза по уголовным делам // Законность. – № 4. – 2000.

<sup>3</sup> См., например: Михайлова И.А. Понятие бланкетных норм уголовного закона Российской Федерации и проблемы их применения // Российский следователь. – 2008. – № 17.

<sup>4</sup> Статья 185<sup>6</sup> УК РФ вступает в законную силу с 31 июля 2013 года. См.: Федеральный закон 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» // Собрание законодательства РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4193.

– кто является автором данных результатов интеллектуальной деятельности;  
– с какого момента лицо может быть привлечено к уголовной ответственности за разглашение без согласия автора или заявителя сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них?

На первый и второй вопросы ответы даны в главе 72 Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup> (далее – ГК РФ) (Патентное право): в ст. 1347, 1350–1352. На третий же вопрос ответить намного сложнее, так как ни УК РФ, ни ГК РФ не дают на него четкого ответа. Однако, комплексный анализ положений гражданского законодательства и ст. 147, 183 УК РФ позволяет сделать вывод о том, что до подачи заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Федеральная служба по интеллектуальной собственности) данное деяние может квалифицироваться по ст. 183 УК РФ (как посягающее на коммерческую тайну), после подачи заявки – по ст. 147 УК РФ. При этом по ст. 183 УК РФ квалификация возможна только в том случае, если автор принял все необходимые для защиты сведений меры, указанные в Федеральном законе «О коммерческой тайне»<sup>2</sup>.

В подобной ситуации правоприменитель, квалифицируя деяние по одной из обозначенных статей УК РФ, должен будет как-то аргументировать свое решение. На мой взгляд, аргументация должна быть выстроена исходя из объективных и субъективных признаков рассматриваемых составов преступлений (нарушение изобретательских и патентных прав; незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну), и с учетом положений гражданского законодательства, регулирующего отношения в сфере интеллектуальной собственности.

Определимся с объектом и предметом этих преступных деяний. Непосредственным объектом преступления, предусмотренного ст. 147 УК РФ, являются общественные отношения, возникающие по поводу охраны изобретательских и патентных прав (для нашей ситуации общественные отношения, возникающие по поводу обращения и защиты сведений, составляющих тайну сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них); предметом преступления, соответственно для рассматриваемой ситуации, выступают сведения, составляющие тайну сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца; применительно к ст. 183 УК РФ объект преступления – общественные отношения, возникающие по поводу обращения и защиты сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, предмет преступления – сведения, составляющие коммерческую, налоговую или банковскую тайну.

Итак, изобретение, полезная модель и промышленный образец частью первой ст. 1225 ГК РФ отнесены к результатам интеллектуальной деятельности, к ним же отнесены и секреты производства (ноу-хау или информация, составляющая коммерческую тайну<sup>3</sup>).

В качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств); и самое главное – изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо (ч. 1 ст. 1350 ГК РФ). В качестве полезной модели охраняется техническое решение, относящееся к устройству; полезной модели предоставляется правовая охрана, если она является новой и промышленно применимой (ч. 1 ст. 1351 ГК РФ). В качестве промышленного образца охраняется художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид; промышленному образцу предоставляется правовая охрана, если по своим существенным признакам он является новым и оригинальным (ч. 1 ст. 1352 ГК РФ). Общим для указанных результатов интеллектуальной деятельности является признак новизны, который Гражданским кодексом РФ определяется исходя из сведений, ставших известными в мире до даты приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца. При этом, по общему правилу, приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца устанавливается *по дате подачи заявки* (здесь и далее – вид. авт.) на изобретение, полезную модель или промышленный образец в Федеральную службу по интеллектуальной собственности (ч. 1 ст. 1381 ГК РФ). Таким образом, анализ изложенных норм позволяет сделать вывод о том, что законодателем признаются в качестве таковых и охраняются, в том числе в уголовно-правовом порядке, только те изобретения, полезные модели и промышленные образцы, в отношении которых были поданы заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Подтверждением этому являются и положения ч. 3 ст. 1350, ч. 3 ст. 1351 и ч. 4 ст. 1352 ГК РФ, где четко указывается на то,

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 года № 230-ФЗ (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 2006. – 25 декабря. – № 52. – Ч. I. – Ст. 5496.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 29 июля 2004 года № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 2004. – 9 августа. – № 32. – Ст. 3283.

<sup>3</sup> См.: П. 2 ст. 3 Федерального закона от 29 июля 2004 года № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 32. – Ст. 3283; ст. 1465 ГК РФ.

что изобретение, полезная модель или промышленный образец в случае разглашения информации о сущности данных результатов интеллектуальной деятельности без согласия автора может быть признано патентоспособным (то есть подлежит охране в рамках гражданского и уголовного законодательства России) при условии *подачи заявки* в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течении шести месяцев со дня раскрытия информации.

В случае разглашения без согласия автора сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них (даже при условии причинения крупного ущерба), правоприменитель не сможет квалифицировать данное деяние по ст. 147, если заявка в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не была подана. В этой ситуации, если автором не были соблюдены необходимые процедуры для признания патентоспособности изобретения, полезной модели или промышленного образца и в отношении сведений о них обладателем не был введен режим коммерческой тайны, принимается решение об отказе в возбуждении уголовного дела за отсутствием в деянии состава преступления (отсутствуют объект и предмет преступного посягательства), если же обладатель указанных сведений предпринял меры по охране конфиденциальности соответствующей информации при наличии к тому оснований, – возбуждается уголовное дело по ст. 183 УК РФ. При этом указанные меры согласно ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О коммерческой тайне» должны включать в себя: определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну; ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка; учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана; регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров; нанесение на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя такой информации (для юридических лиц – полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей – фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Большой круг вопросов возникает у правоприменителя и при аргументации выводов о наличии либо отсутствии признаков состава преступления, предусмотренного ст. 183 УК РФ. Например, отнести ли клиенту (сведения о клиентах индивидуального предпринимателя или организации – клиентская база) к коммерческой тайне в смысле статьи 183 УК РФ?

Сведения, содержащиеся в клиентской базе (клиента) – это сведения, которые могут иметь для индивидуального предпринимателя или организации действительную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, в отношении таких сведений, учитывая положения статьи 5 Федерального закона «О коммерческой тайне», их обладатель может ввести режим коммерческой тайны. Таким образом, почти все признаки, характеризующие информацию, составляющую коммерческую тайну / секрет производства (см. п. 2 ст. 3 Федерального закона «О коммерческой тайне»), могут быть присущи и сведениям о клиентах индивидуального предпринимателя или организации. Однако, встает вопрос, имеют ли третьи лица свободный доступ на законном основании к указанной информации (это еще один признак, обозначенный законодателем для информации, составляющей коммерческую тайну)?

В данном случае, на наш взгляд, решение изложенной проблемы видится следующим образом: если информация о клиентах согласно Федеральному закону «О коммерческой тайне» индивидуальным предпринимателем, в организации соответствующим образом охраняется в рамках режима коммерческой тайны, и у третьих лиц отсутствует свободный доступ ко всему списку клиентов организации, то лицо, совершившее действия по собиранию незаконным способом, а равно по незаконному разглашению или использованию сведений о клиентах организации, будет подлежать уголовной ответственности по статье 183 УК РФ.

Подобной позиции в своей работе придерживается и К.В. Пронин, который считает, что клиентская база компании может быть признана коммерческой тайной только тогда, когда внесенные в нее клиенты неизвестны в соответствующей отрасли предпринимательства и могут быть установлены только с применением значительных организационных и финансовых ресурсов, кроме того, необходимым для признания условием являются большие затраты времени на создание базы. В этом случае возможно доказать коммерческую ценность клиентской базы на основании отсутствия аналогичной информации у конкурентов<sup>1</sup>.

Следственно-судебной практике известны примеры, когда возбуждались уголовные дела по ст. 183 УК РФ в связи со сбором, использованием и разглашением клиентской базы<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Пронин К.В. Защита коммерческой тайны (инструкция по выживанию). – М., 2006.

<sup>2</sup> См., например: Каменский рабочий. – 2008. – 3–4 января; Овчаренко П.А. Уголовная ответственность за незаконное использование коммерческих секретов // <http://www.1gl.ru/index.aspx?f=buchexperience7>; <http://www.pravo.ru/news/view/11679/>



В статье 185<sup>6</sup> УК РФ, как и в предыдущих рассмотренных нормах, предусматривающих ответственность за посягательства на экономическую конфиденциальную информацию, содержится ряд терминов, требующих соответствующего толкования при квалификации преступного деяния, и здесь также, для правильного понимания и применения ее положений необходимым будет обращение к ряду нормативно-правовых актов, основным из которых является Федеральный закон «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее – ФЗ № 224-ФЗ).

Согласно ст. 185<sup>6</sup> УК РФ уголовно-наказуемыми являются:

– умышленное использование инсайдерской информации для осуществления операций с финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами, к которым относится такая информация, за свой счет или за счет третьего лица;

– умышленное использование инсайдерской информации путем дачи рекомендаций третьим лицам, обязывания или побуждения их иным образом к приобретению или продаже финансовых инструментов, иностранной валюты и (или) товаров.

При этом указанные деяния должны повлечь за собой общественно-опасные последствия в виде причиненного крупного ущерба гражданам, организациям или государству, либо они должны быть сопряжены с извлечением дохода или избеганием убытков в крупном размере. Крупным ущербом, доходом, убытками в крупном размере, в данном случае, признаются ущерб, доход, убытки в сумме, превышающей два с половиной миллиона рублей<sup>2</sup>.

Итак, определение инсайдерской информации дано в п. 1 ст. 2 ФЗ № 224-ФЗ. Исчерпывающий перечень инсайдерской информации лиц, указанных в пунктах 1–4, 11 и 12 статьи 4 ФЗ № 224-ФЗ, утвержден Приказом Федеральной службы по финансовым рынкам Российской Федерации от 12 мая 2011 года № 11-18/пз-н<sup>3</sup>. Однако следует отметить, что лица, перечисленные в ч. 1 ст. 3 Федерального закона № 224-ФЗ, обязаны утвердить собственные перечни инсайдерской информации, это же замечание относится и к органам, организациям, названным в п. 9 ст. 4 ФЗ № 224-ФЗ, и к Банку России.

Согласно ч. 2 ст. 185<sup>6</sup> УК РФ способом умышленного использования инсайдерской информации является ее неправомерная передача другому лицу.

Исходя из анализа ч. 3 ст. 6 Федерального закона № 224-ФЗ, передача инсайдерской информации для ее опубликования редакции средства массовой информации, ее главному редактору, журналисту и иному ее работнику, а также ее опубликование в средствах массовой информации не влечет ответственности по ч. 2 ст. 185<sup>6</sup> УК РФ, однако не исключает уголовной ответственности, к примеру, по ст. 138, 183 УК РФ.

Анализ огромного массива нормативных источников, раскрывающих признаки преступных посягательств на экономическую конфиденциальную информацию, позволяют сделать следующие выводы:

1) существует необходимость дополнения УК РФ положениями относительно применения бланкетных норм с учетом норм иных отраслей права, что позволит на законодательном уровне очертить круг источников уголовного права, а правоприменителю – сослаться на основании прямого указания уголовного закона на нормативно-правовые акты иных отраслей права при аргументации выводов о наличии либо отсутствии в деянии состава преступления. На наш взгляд, подобное дополнение должно коснуться ст. 1 УК РФ;

2) при квалификации преступлений, посягающих на экономическую конфиденциальную информацию правоприменителю, аргументируя принятое решение, необходимо учитывать следующие обстоятельства:

– все ли меры, предусмотренные нормативно-правовыми актами, предприняты обладателем сведений для признания их конфиденциальными;

– относятся ли незаконно собираемые, разглашаемые и (или) используемые сведения согласно действующему российскому законодательству к сведениям, составляющим соответствующий вид тайны;

– нет ли обстоятельств, препятствующих признанию совершенного деяния противоправным;

– так как сведения в рамках ст. 147 УК РФ непосредственно связаны с изобретением, полезной моделью и промышленным образцом – учитывать условия их патентоспособности.

Изложенные выводы нельзя признать окончательными, а их перечень закрытым, однако именно они могут послужить отправной точкой для разрешения обозначенных в рамках данного исследования проблемных вопросов.

<sup>1</sup> Федеральный закон «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 27 июля 2010 года № 224-ФЗ // Российская газета. – 2010. – 30 июля.

<sup>2</sup> См.: Примечание к ст. 185<sup>6</sup> УК РФ.

<sup>3</sup> Приказ ФСФР РФ от 12 мая 2011 года № 11-18/пз-н «Об утверждении Перечня информации, относящейся к инсайдерской информации лиц, указанных в пунктах 1–4, 11 и 12 статьи 4 Федерального закона «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», а также порядка и сроков раскрытия такой информации» // Российская газета. – 2011. – 5 августа.

*И.В. Жижина*

*Жижина Ирина Владимировна – кандидат юридических наук, преподаватель кафедры экономики и экономической безопасности Нижегородской академии МВД России*

## **Юридическая регламентация образовательного процесса в местах лишения свободы**

Право на образование, как и право на труд, является одним из основных прав человека. Роль образования в развитии личности и общества, в повышении эффективности труда чрезвычайно велика. Право на образование было закреплено в ч. 1 ст. 26 Всеобщей декларации прав человека 1948 года: «Каждый человек имеет право на образование. Образование должно быть направлено к полному развитию человеческой личности и к увеличению уважения к правам человека и основным свободам»<sup>1</sup>. Дальнейшее свое развитие указанное право получило в ч. 1 ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 года, который вступил в силу для России с 3 января 1978 года<sup>2</sup>.

Важнейшее значение имеют также положения Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования, принятой 11-ой сессией Генеральной конференции ЮНЕСКО.

Указанные международные документы содержат нормы института прав и свобод человека и гражданина, в том числе защищающие права и свободы заключенных.

Так, осужденные к лишению свободы в соответствии с международно-правовыми документами становятся обладателями специфических прав, присущих только лицам рассматриваемой категории. Нормативные предписания, содержащиеся в этих документах, отражают особенности их правового положения и раскрывают содержание указанных прав и свобод<sup>3</sup>. Например, Комитет Министров Совета Европы 13 октября 1989 года принял Рекомендацию Комитета Министров государств – членов Совета Европы об образовании в тюрьмах.

Согласно Рекомендации все заключенные должны иметь возможность получать образование, как необходимое, так и дополнительное, предусматривающее общеобразовательные дисциплины, профессионально-техническое образование, творческую и культурную деятельность, физическую подготовку и занятия спортом, социальное просвещение и пользование библиотекой и т. д.<sup>4</sup>

Право заключенных на образование установлено также Основными принципами для содержания заключенных, принятыми ООН в 1990 году, регламентирующими неотъемлемое право заключенных принимать участие в культурной деятельности и получать образование для развития своей личности. Поэтому два процесса – труд и образование – мы считаем неразрывно связанными, определяющими эффективность друг друга и исправительно-воспитательного результата в целом.

Европейские тюремные правила указывают на необходимость обеспечения заключенных возможностью учиться, закрепляя важную роль обучения в современных пенитенциарных учреждениях, необходимость индивидуальных программ подготовки заключенных. Согласно Правилу 28, «каждое пенитенциарное учреждение стремится предоставить всем заключенным доступ к образовательным программам, которые должны быть максимально широкими и отвечать индивидуальным потребностям заключенных, соответствуя при этом их устремлениям»<sup>5</sup>.

Основная цель обучения непосредственно связана с исправительным воздействием на заключенных. Именно поэтому в отношении заключенных должны учитываться их личные устремления и социальные потребности. Это должно определять содержание и структуру программ обучения для лишенных свободы мужчин и женщин.

<sup>1</sup> Всеобщая декларация прав человека 1948 года. Является первым разделом Международного Билля о правах человека, который включает также в себя два международных пакта: один – об экономических, социальных и культурных правах, другой – о гражданских и политических правах (Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г. // Российская газета. – 1998. – 10 декабря).

<sup>2</sup> Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 19 декабря 1966 года // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1976. – № 17 (1831).

<sup>3</sup> Бутенко Т.П. Правовое регулирование образования осужденных к лишению свободы в условиях реформирования уголовно-исполнительной системы: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 83.

<sup>4</sup> Рекомендация Комитета министров государств – членов Совета Европы об образовании в тюрьмах // Международные стандарты деятельности правоохранительных органов уголовно-исполнительной системы: Сборник документов. – Екатеринбург, 1999. – С. 82.

<sup>5</sup> Правило 28.1. Европейские пенитенциарные правила // <http://www.prison.org/law>

Человеку, чтобы справиться с повседневными проблемами в жизни, по меньшей мере необходимо элементарное умение читать, писать и считать. Поэтому первоочередное значение в образовательных программах имеет ликвидация неграмотности. Именно Правило 28.2 предписывает в первую очередь уделять внимание заключенным, не умеющим читать, писать и считать, а также заключенным, не имеющим базового или профессионального образования.

Кроме того, Европейские тюремные правила обращают особое внимание на потребности в образовании некоторых категорий заключенных. Так, в Правиле 28.3 указывается на то, что администрация пенитенциарного учреждения должна уделять особое внимание образованию молодых заключенных, а также заключенных с особыми потребностями, склонностями и способностями. Согласно Правилу 28.4, статус образования должен быть не ниже, чем статус труда. Заключенные, принимающие участие в образовательных программах, не должны также оказываться ущемленными в финансовом плане. Это положение конкретизируется Правилем 105.4<sup>1</sup>, которое устанавливает, что участие осужденных в образовательных или других программах в рабочее время должно быть материально компенсированным.

По мере возможности образование и труд заключенных должны быть интегрированы в общенациональную систему, так как существует вероятность регрессии, если достигнутый прогресс не будет подкреплен предоставлением возможностей трудиться и продолжать образование после освобождения (Правило 28.7). Поэтому образование в исправительных учреждениях должно быть качественно равноценным образованию свободных граждан. Чтобы реализовать положения Правила 28.7, администрациям пенитенциарных учреждений следует изыскать средства, оборудование и квалифицированный преподавательский состав для реализации заключенными возможности получения соответствующего образования. Если у пенитенциарного учреждения имеется возможность дать заключенным образование за пределами учреждения, это, без сомнения, будет положительной тенденцией, заведомо способствующей успеху их дальнейшей ресоциализации.

В Европейских тюремных правилах также предусматривается профессиональное обучение заключенных как ключевой элемент режима ИУ и условие успешной реадaptации (Правило 106)<sup>2</sup>.

Программы профессиональной подготовки в учреждениях должны не только поощряться, но и адаптироваться к срокам пребывания в тюрьмах.

Профессионально-техническое образование, на наш взгляд, ставит своей целью максимально всестороннее развитие личности и, кроме того, должно соответствовать спросу и требованиям на рынке труда.

Во многих странах труд в сфере промышленного производства, учеба, профессиональное обучение, физкультура, спортивные тренировки и культурные занятия являются составными частями правильно организованной программы занятости заключенных. Все эти элементы должны учитываться в исправительных учреждениях. Но здесь их сочетание будет корректироваться в зависимости от возраста, способностей и потребностей заключенных мужчин и женщин.

Национальная доктрина признает образование сферой накопления знаний и умений, создания максимально благоприятных условий для выявления и развития творческих способностей каждого гражданина России, воспитания в нем трудолюбия и высоких нравственных принципов, а также признает образование сферой трудовой занятости населения, главным признаком и условием квалификации труда, прибыльных долгосрочных инвестиций и наиболее эффективных вложений капитала<sup>3</sup>.

Основные положения Конституции России, регулирующие общественные отношения в сфере образования, получили свое развитие в отечественном законодательстве, в частности в федеральных законах РФ «Об образовании» и «О высшем и послевузовском профессиональном образовании». Правовое регулирование образования в местах лишения свободы регламентируется также специальными нормативными и ведомственными актами (с учетом ограничений, которые закреплены в УИК и иных федеральных законодательствах, международных стандартах), Уголовно-исполнительным кодексом РФ, Положением об организации получения основного общего и среднего (полного) общего образования лицами, отбывающими наказание в виде лишения свободы в исправительных колониях и тюрьмах уголовно-исполнительной системы<sup>4</sup>, Инструкцией по организации начального профессионального образования осужденных в учреждениях, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы<sup>5</sup>, и иными правовыми актами. Образование осуществляется в рамках образовательных

<sup>1</sup> Правило 105. Работа осужденных заключенных. Европейские пенитенциарные правила // <http://www.prison.org/law>

<sup>2</sup> Правило 106. Образование осужденных. Европейские пенитенциарные правила // <http://www.prison.org/law>

<sup>3</sup> Национальная доктрина образования Российской Федерации (одобрена постановлением Правительства РФ от 4 октября 2000 года № 751) // Бюллетень Министерства образования Российской Федерации. – 2000. – № 11.

<sup>4</sup> Утверждено приказом Минюста РФ и Министерства образования и науки РФ от 27 марта 2006 года № 61/70 // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. – 2006. – № 6.

<sup>5</sup> Инструкция по организации начального профессионального образования осужденных в учреждениях, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы (утверждена приказом Минобразования РФ и МВД РФ от 22 ноября 1995 года № 592, 446) // Российские вести. – 1996. – № 20. – 1 февраля.

программ установленного образца и стандарта, адаптированных к условиям лишения свободы (с учетом специфики обучающихся, режимных требований и распорядка дня).

Таким образом, можно констатировать, что реформирование системы начального профессионального образования в УИС получает свое развитие<sup>1</sup>.

Согласно закону, в исправительных учреждениях получение осужденными начального профессионального образования обязательно. Данное требование вытекает из содержания ч. 1 ст. 108 УИК РФ, за уклонение от выполнения которого могут быть применены предусмотренные УИК РФ меры воздействия, вплоть до дисциплинарного взыскания.

Практика последних лет показывает, что в связи с «омоложением» контингента осужденных часть из них по формальным признакам подпадает под обязательное получение основного общего образования в соответствии со ст. 112 УИК РФ. В отношении неграмотных осужденных старше 30 лет и инвалидов второй группы получение образования – это право, а не обязанность. Эти категории осужденных получают образование по их желанию. Мы разделяем точку зрения Л.В. Комаровой, которая считает, что этот порядок преследует гуманные цели, чтобы получение образования в местах лишения свободы не несло элементов кары и дополнительного принуждения<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Детков М.Г. Уголовно-исполнительная система – 125 лет / М.Г. Детков, С.Х. Шамсунов; Под ред. министра юстиции Российской Федерации Ю.Я. Чайки. – М., 2004. – С. 260.

<sup>2</sup> Комарова Л.В. Правовое регулирование исполнения наказания в лечебных исправительных учреждениях: Дис... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2001. – С. 103.

**Н.В. Иванов**

*Иванов Николай Викторович – курсант Нижегородской академии МВД России*

## **К вопросу об аргументации использования бланкетных норм в российском законодательстве**

Современная российская законодательная база многообразна и объемна. Бланкетная норма представляет собой специфическое средство связи нормативно-правовых актов различной юридической силы, метод контакта законов с другими правовыми актами. При помощи бланкетного метода решается задача текстуальной экономии и компактности нормативно-правового акта, исключается дублирование законодательного материала. Применение бланкетных норм обеспечивает субъектов возможностью системной реализации различных отраслевых норм, комплексного использования определений, терминов, судебных решений. В своей сущности бланкетные формулы законодательных статей, как впрочем, и законодательные оговорки, примечания, приложения в законах выступают разновидностями адреса отсылки, то есть того места, где находится недостающая правовая информация. В.Н. Карташов верно указывает, что «бланкетные диспозиции полностью не излагают правила поведения, а отсылают для ознакомления с ними к определенному роду инструкциям, положениям и т. д.»<sup>1</sup>.

Потребность в бланкетных нормах носит объективный, закономерный характер. Диалектика непрерывного обновления общественных отношений, рост уровня динамики и изменчивости их направленности, в совокупности усложняют процесс правового регулирования. Среди инструментов юридической техники появляются новые и все более эффективные инструменты. В тоже время это не означает исключения применения апробированных юридической практикой средств и методов. Бланкетный метод обеспечивает комплексность и универсальность общенормативного правового регулирования, позволяет детально фиксировать все нюансы и специфичность конкретной социальной сферы, где требуется максимальная точность правового вмешательства. Как отметил С.С. Алексеев, «бланкетное изложение позволяет не только устранить ненужные повторения, но и обеспечить стабильность правового регулирования при изменении текущего законодательства (правил)»<sup>2</sup>.

В тоже время в научной среде встречаются контраргументы, относительно полезности использования бланкетных норм. По мнению Т.Н. Москальковой и В.В. Черникова, «правовая цепочка: закон – президентский указ – правительственное постановление – ведомственный акт неизбежно приводит к избыточности правового регулирования, а как следствие, и к запутыванию, усложнению правовой ситуации. Поэтому предотвращению принятия непригодных актов и правовых норм в этих случаях способствует сокращению бланкетного нормативного правового материала... Другой негативной стороной бланкетных норм является длительность принятия подзаконных актов, которые призваны конкретизировать закон. Некоторые из них не принимаются годами»<sup>3</sup>. О.В. Ткачук приводит такой пример: «Примером служит Федеральный закон от 31 июля 1995 года № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации»<sup>4</sup>, который в настоящее время утратил юридическую силу»<sup>5</sup>. Между тем пример данного закона является весьма типичным и показательным.

Закон установил правовые основы организации государственной службы, закрепил статус государственных служащих, их основные права и обязанности, правоограничения, социальные гарантии, ответственность, определил порядок прохождения государственной службы, а также решил ряд других насущных вопросов.

В то же время, одним из существенных недостатков механизма правового регулирования государственной службы является его громоздкость. Непосредственно в Федеральном законе от 31 июля 1995 года содержалось 42 отсылки к федеральным законам, 20 отсылок к законам субъектов Российской Федерации и 17 отсылок к административным актам. Причем сам закон включал лишь 30 статей»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Карташов В.Н. Теория правовой системы общества: В 2 т. – Ярославль, 2005. – Т. 1. – С. 127–128.

<sup>2</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. – М., 2009. – С. 496.

<sup>3</sup> Москалькова Т.Н. Нормотворчество: Научно-практическое пособие / Т.Н. Москалькова, В.В. Черников. – М., 2010. – С. 278.

<sup>4</sup> Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 31. – Ст. 2990.

<sup>5</sup> См.: Федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 31. – Ст. 3215.

<sup>6</sup> См.: Ткачук О.В. Отсылки в российском законодательстве (проблемы теории и практики). – Н. Новгород, 2008. – С. 133–134.

Преобладающая часть правовых актов, к которым отсылал закон, не существовала, вследствие чего его нормы оставались нереализованными. Более того, хотя закон и является базовым, он не предусматривал единую методологическую основу правового регулирования государственной службы, допуская регулирование ее законодательством о труде (пункт 3 статьи 4), что в условиях его бланкетного характера усугубляет противоречия и еще больше осложняет применение закона<sup>1</sup>.

По нашему мнению, наличие дефектов бланкетных норм отнюдь не аргумент в пользу полного отказа от подобного рода инструментария. Во-первых, дефекты и ошибки встречаются практически во всех отраслях и институтах правовой сферы<sup>2</sup>. Во-вторых, бланкетный метод позволяет оперативно выбрать либо выделить из общего набора средств и приемов правовой регуляции наиболее эффективные. Тем самым обеспечивается рациональность использования юридической техники, совершенствуется имеющийся инструментарий и апробируются инновационные средства и методы.

В этой связи верно отмечает М.А. Жильцов, что «при построении системы нормативных правовых актов, регулирующих трудовые и иные, непосредственно связанные с ними отношения, невозможно полностью отказаться от отсылочных и бланкетных норм. Сложная структура системы нормативных правовых актов, принимаемых по вопросам трудового права, их иерархия, наличие регулирования на уровне субъектов РФ и муниципальных образований делает невозможной реализацию идей полного отказа от указанного приема юридической техники»<sup>3</sup>.

Вопрос о роли бланкетных норм в праве определяется возможностями реализации принципа нормативной экономии, придания определенности правовому регулированию, достижением логической связи и последовательности изложения, наилучшей обзорности и доступности правовых норм, стабильности законодательства; доступностью пользования законодательством.

Использование бланкетных норм в российском законодательстве обусловлено рядом объективных аргументов.

Во-первых, речь должна идти о доступности законодательного материала, когда совокупность правил и предписания, процедур, алгоритмов находится вне пределов конкретного закона, в ином нормативно-правовом акте, который по тем или иным причинам выпадает из общей, типичной связи норм права и их источников и самими субъектами интерпретатором может быть не обнаружен.

Согласно ст. 1 Федерального закона от 25 июля 2002 года № 113-ФЗ «Об альтернативной гражданской службе»<sup>4</sup>, «1. Альтернативная гражданская служба – особый вид трудовой деятельности в интересах общества и государства, осуществляемой гражданами взамен военной службы по призыву.

2. Правовой основой альтернативной гражданской службы являются Конституция РФ, федеральные конституционные законы, настоящий Федеральный закон, другие федеральные законы и принятые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации, а также законодательство субъектов Российской Федерации, применяемое в части, не противоречащей настоящему Федеральному закону.

3. Статус граждан, проходящих альтернативную гражданскую службу, устанавливается настоящим Федеральным законом в соответствии с Конституцией Российской Федерации.

Трудовая деятельность граждан, проходящих альтернативную гражданскую службу, регулируется Трудовым кодексом РФ с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Федеральным законом».

Во-вторых, ценность бланкетных норм заключается в усилении важности нормативных предписаний, находящихся за пределами данного закона, при применении соответствующих норм проектируемого закона. Статья 2 Федерального конституционного закон от 17 декабря 2001 года № 6-ФКЗ «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации»<sup>5</sup> закрепляет: «Законодательство Российской Федерации о принятии в Российскую Федерацию и об образовании в ее составе нового субъекта.

1. Принятие в Российскую Федерацию нового субъекта осуществляется в соответствии с Конституцией Российской Федерации, международными (межгосударственными) договорами Российской Федерации, настоящим Федеральным конституционным законом, а также федеральными конституционными законами о принятии в Российскую Федерацию нового субъекта.

2. Образование в составе Российской Федерации нового субъекта осуществляется в соответствии с Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным конституционным законом,

<sup>1</sup> См.: *Васецкий Н.А.* Российское законодательство на современном этапе. Государственная Дума в формировании правового пространства России (1994–2003) / Н.А. Васецкий, Ю.К. Краснов. – М., 2003.

<sup>2</sup> См.: *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.* – Н. Новгород, 2008.

<sup>3</sup> *Жильцов М.А.* Дефекты трудового права. – Екатеринбург, 2010. – С. 220.

<sup>4</sup> *Собрание законодательства РФ.* – 2002. – № 30. – Ст. 3030.

<sup>5</sup> *Собрание законодательства РФ.* – 2001. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 4916.

а также федеральными конституционными законами об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта».

В-третьих, именно функциональность бланкетных норм позволяет «подключить» к процессу правового регулирования иные нормативно-правовые акты, тем самым усилить общий эффект.

Так, ст. 3 Федерального закона от 24 июля 1998 года № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации»<sup>1</sup> определила, что «законодательство Российской Федерации об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации основывается на Конституции Российской Федерации и состоит из настоящего Федерального закона, соответствующих федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, а также законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации в области защиты прав и законных интересов ребенка».

Однако далее ст. 6 содержит более широкий перечень правовых источников: «Ребенку от рождения принадлежат и гарантируются государством права и свободы человека и гражданина в соответствии с Конституцией Российской Федерации, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, Семейным кодексом Российской Федерации и другими нормативными правовыми актами Российской Федерации».

Дополняет общую картину ст. 7 Закона: «Содействие ребенку в реализации и защите его прав и законных интересов

1. Органы государственной власти Российской Федерации, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, должностные лица указанных органов в соответствии со своей компетенцией содействуют ребенку в реализации и защите его прав и законных интересов с учетом возраста ребенка и в пределах установленного законодательством Российской Федерации объема дееспособности ребенка посредством принятия соответствующих нормативных правовых актов, проведения методической, информационной и иной работы с ребенком по разъяснению его прав и обязанностей, порядка защиты прав, установленных законодательством Российской Федерации, а также посредством поощрения исполнения ребенком обязанностей, поддержки практики правоприменения в области защиты прав и законных интересов ребенка.

2. Родители ребенка (лица, их заменяющие) содействуют ему в осуществлении самостоятельных действий, направленных на реализацию и защиту его прав и законных интересов, с учетом возраста ребенка и в пределах установленного законодательством Российской Федерации объема дееспособности ребенка».

Таким образом, бланкетная технико-юридическая методика позволяет проводить систематизаторскую работу по приведению принятых и действующих актов в единую, во многом непротиворечивую систему, добиваться повышения эффективности правовых требований, условий, правил и процедур.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3802.

**С.В. Изосимов**

*Изосимов Сергей Владимирович – доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

**Аргументация принятого юридического решения  
и ее влияние на квалификацию деяния  
(анализ судебно-следственной практики по делам  
о преступлениях, предусмотренных ст. 285, 286 УК РФ)**

Вопросы уголовной ответственности за злоупотребления по службе всегда находились в центре внимания ученых и практиков. Актуальность противодействия должностным преступлениям обуславливается их достаточно широкой распространенностью, сложностью квалификации, а также проблемами, связанными с отграничением этих преступлений от смежных деяний и дисциплинарных проступков. Должностные преступления обращают пристальное внимание на себя с точки зрения их социальной оценки как преступлений повышенной опасностью, порождающих разнообразные негативные последствия в различных сферах жизни общества, как деликтов, серьезно отражающихся на репутации органов власти и доверии к ним населения<sup>1</sup>. Особую значимость и актуальность проблемы должностной преступности приобрели в настоящее время в связи с существенными изменениями, происходящими в деятельности аппарата государственной власти и управления<sup>2</sup>. Одним из наиболее опасных посягательств среди преступлений данного рода является злоупотребление должностными полномочиями как существенная составляющая коррупции<sup>3</sup>.

В последнее время этот вид преступности получил достаточно широкое распространение. Так, в 1997 году было зарегистрировано 2 848 преступлений, предусмотренных ст. 285 УК РФ, и выявлено 815 лиц, совершивших указанные деяния<sup>4</sup>; в 1998 году зафиксировано 3 157 таких преступлений и установлено 955 субъектов, совершивших их; в 1999 году соответственно 4 176 преступлений и 1 187 лиц; в 2000 году – 4 797 преступлений и 1 366 лиц; в 2001 году – 4 133 преступлений и 1 366 лиц<sup>5</sup>; в 2002 году – 3 818 преступлений и 1 301 чел.<sup>6</sup>; в 2003 году – 4 400 преступлений и 1 277 лиц; в 2004 году – 5 033 преступлений и 1 427 лиц<sup>7</sup>; в 2005 году 6 941 фактов злоупотребления и 2 142 субъекта; в 2006 году – 6 634 должностных злоупотреблений и 2 544 лица<sup>8</sup>; в 2007 году – 5 852 преступления 2 346 лиц<sup>9</sup>; в 2008 году – 6 055 фактов злоупотребления должностными полномочиями и 1 729 субъектов<sup>10</sup>; в 2009 году – 6 103 должностных злоупотреблений и 1 998 лиц<sup>11</sup>; в 2010 году – 4 687 преступлений и 1 679 лиц<sup>12</sup>; в 2011 году – 4 593 преступления и 1 422 лица, виновных в их совершении<sup>13</sup>. Таким образом, по сравнению с 1997 годом статистические показатели, характеризующие преступность данного вида, увеличились к 2011 году почти в 2 раза.

Закон определяет злоупотребление должностными полномочиями как «использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и

<sup>1</sup> См.: *Безверхов А.Г.* Должностные (служебные) преступления и проступки: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Казань, 1995. – С. 1.

<sup>2</sup> См.: *Волколупова В.А.* Должностное лицо как субъект уголовной ответственности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2002. – С. 3.

<sup>3</sup> См., напр.: *Кравченко О.О.* Злоупотребление должностными полномочиями: уголовно-правовая характеристика и предупреждение: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Владивосток, 2004. – С. 3; *Сулейманова А.Д.* Злоупотребление полномочиями по российскому уголовному праву: проблемы квалификации и законодательной регламентации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Казань, 2005. – С. 3; и др.

<sup>4</sup> См.: *Организованная преступность – 4 / Под ред. А.И. Долговой.* – М., 1998. – С. 268.

<sup>5</sup> См.: *Долгова А.М.* Преступность, ее организованность и криминальное общество. – М., 2003. – С. 557.

<sup>6</sup> См.: *Проблемы преступности: традиционные и нетрадиционные подходы.* – М., 2003. – С. 266.

<sup>7</sup> См.: *Организованная преступность, терроризм, коррупция в их проявлениях и борьба с ними / Под ред. А.И. Долговой.* – М., 2005. – С. 317.

<sup>8</sup> См.: *Преступность, криминология, криминологическая защита / Под ред. А.И. Долговой.* – М., 2007. – С. 356.

<sup>9</sup> См.: *Экстремизм и другие криминальные явления.* – М., 2008. – С. 231–232.

<sup>10</sup> См.: *Сводный отчет по России за январь–декабрь 2008 года.* – М., 2009. – С. 51.

<sup>11</sup> См.: *Сводный отчет по России за январь–декабрь 2009 года.* – М., 2010.

<sup>12</sup> См.: *Сводный отчет по России за январь–декабрь 2010 года.* – М., 2011.

<sup>13</sup> См.: *Сводный отчет по России за январь–декабрь 2011 года.* – М., 2012.



законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства».

Формы совершения анализируемого преступления настолько разнообразны, что выделить из них какие-либо типовые довольно сложно<sup>1</sup>. На основе анализа судебно-следственной практики можно лишь примерно указать на наиболее распространенные случаи совершения указанных деяний; нарушение штатно-финансовой дисциплины; сокрытие хищений и недостач товарно-материальных ценностей; присвоение результатов труда подчиненных; использование в личных или групповых целях предоставленных для служебной деятельности помещений, средств транспорта и связи, электронно-вычислительной техники, денежных средств и другого государственного или муниципального имущества и т. п.<sup>2</sup>

Специфическими видами злоупотребления должностными полномочиями являются попустительское поведение должностных лиц совершению преступлений, заранее необещанное укрывательство преступлений и тому подобные правонарушения<sup>3</sup>. Вместе с тем, следует отметить, что указанные формы злоупотребления не во всех случаях влекут уголовную ответственность, а лишь тогда, когда деяние виновного содержит все необходимые объективные и субъективные признаки состава преступления, предусмотренного ст. 285 УК РФ. Однако на практике при правовой оценке подобных ситуаций нередко допускаются ошибки. Причиной этому является, как правило, недостаточно убедительная аргументация принятого решения, отсутствие ссылок на руководящие разъяснения Верховного Суда РФ по конкретным категориям дел, квалификация на основе личностных ощущений. Особый интерес представляют случаи, когда должностные лица правоохранительных органов укрывают от учета преступления либо на незаконном основании прекращают возбужденные уголовные дела или попустительствуют совершению преступлений. Значительная трудность состоит в том, чтобы отличить должностное преступление от должностного проступка.

Анализ судебно-следственной практики по делам о злоупотреблении должностными полномочиями свидетельствует о том, что единых критериев правовой оценки действий должностных лиц, допустивших незаконное прекращение уголовных дел или совершивших укрывательство преступлений, до сих пор не выработано. В некоторых случаях виновные привлекаются к дисциплинарной ответственности, в других – в отношении них возбуждаются уголовные дела. Отметим, что анализ судебно-следственной практики показывает значительное увеличение количества фактов, когда действия соответствующих должностных лиц признавались преступными. Так, в период с 2005 по 2010 год органами прокуратуры Нижегородской области было возбуждено около сорока уголовных дел такого рода в отношении должностных лиц, принимавших решения о незаконном прекращении уголовных дел. Не хотелось бы думать о том, что это связано с началом какой-то широкомасштабной кампании по чистке рядов органов внутренних дел, однако сама по себе тенденция подобного рода, объемы и темпы ее реализации настораживают. Полагаем, что любое дело, даже обусловленное благими намерениями, прежде всего, должно основываться на законе. Именно к закону мы и будем апеллировать, давая правовую оценку одного из наиболее типичных случаев привлечения должностного лица к уголовной ответственности за незаконное прекращение уголовных дел.

Так, 7 июня 2005 года прокуратурой Нижегородской области было возбуждено уголовное дело в отношении Ф., обвиняемого в совершении деяния, предусмотренного ч. 1 ст. 285 УК РФ. Инкриминируемое преступление, по мнению представителей органов прокуратуры, состояло в том, что Ф., являясь должностным лицом – начальником милиции общественной безопасности N-ского РОВД, в ходе проведения бесед с потерпевшими Ш. и Б. по фактам совершенных у них краж личного имущества просил последних изменить свои первоначальные показания и дать такие, которые можно было бы использовать для отказа в возбуждении уголовных дел по данным фактам.

В постановлении о возбуждении уголовного дела в отношении указанного должностного лица было указано, что виновный действовал, руководствуясь мотивом иной личной заинтересованности, который усматривается в том, что названный руководитель «...преследовал цель искусственного повышения показателей раскрываемости имущественных преступлений N-ского РОВД». Кроме того, как утверждалось в соответствующих процессуальных документах, вынесенных работниками прокуратуры, действия Ф. повлекли существенное нарушение прав и законных интересов потерпевших (лишение возможности реализовывать право на возмещение вреда), а также существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства (дискредитация органов внутренних дел, умаление авторитета государственных органов)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См., например: *Здравомыслов Б.В.* Должностные преступления. Понятие и квалификация. – М., 1975. – С. 68–69.

<sup>2</sup> См.: *Волженкин Б.В.* Служебные преступления: Комментарий законодательства и судебной практики. – СПб., 2005. – С. 105.

<sup>3</sup> См.: *Здравомыслов Б.В.* Должностные преступления. Понятие и квалификация. – М., 1975. – С. 69.

<sup>4</sup> Архив прокуратуры Нижегородской области, 2005, д. № 248 пр. 04.

Давая правовую оценку изложенным в представленных документах фактам, следует сказать, что в действиях Ф. действительно присутствуют отдельные признаки злоупотребления должностными полномочиями:

- а) эти действия были совершены специальным субъектом – должностным лицом;
- б) виновный использовал полномочия по службе;
- в) данные действия противоречили интересам службы;
- г) в результате совершения этих действий были нарушены права и законные интересы граждан и государства.

Однако указанных выше признаков недостаточно для того, чтобы признать деяние названного должностного лица уголовно наказуемым (преступным), так как их совокупность образует лишь должностной проступок, влекущий дисциплинарную ответственность.

Для наличия правовых оснований для привлечения указанного выше субъекта к уголовной ответственности по ст. 285 УК РФ в соответствии с уголовным законодательством необходимо, чтобы его действия повлекли нарушение прав и законных интересов граждан и государства, которое бы являлось существенным.

Существенность нарушения прав и интересов – признак оценочный, не поддающийся точному количественному измерению. Вместе с тем, в п. 9 действующего на тот момент времени постановления Пленума Верховного Суда СССР «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге» № 4 от 30 марта 1990 года<sup>1</sup> правоприменительным органам были даны соответствующие рекомендации по установлению существенности причиненного вреда. Таковым, в частности, мог быть признан такой вред, который выражался в подрыве авторитета органов власти, создании помех и сбоев в их работе, нарушении общественного порядка, сокрытии крупных хищений, других тяжких преступлений<sup>2</sup>.

В материалах упомянутых выше уголовных дел, возбужденных по признакам преступлений, предусмотренных ст. 285 УК РФ, не усматривается, чтобы в результате противоправных действий Ф. существенно пострадал авторитет органа власти либо произошел сбой в его работе. Не было зафиксировано и нарушений общественного порядка. Даже если согласиться с позицией органов прокуратуры о том, что имело место сокрытие хищений, то они по прямому указанию постановления Пленума Верховного Суда должны быть крупными, а укрываемые преступления – тяжкими. Крупным хищением в соответствии с примечанием 4 к ст. 158 УК РФ признается хищение, превышающее двести пятьдесят тысяч рублей. Однако ни в первом (потерпевшая Ш.), ни во втором (потерпевшая Б.) случаях хищение не являлось крупным. Ни одно из совершенных в отношении потерпевших преступлений не относилось к категории тяжких.

В своих показаниях потерпевшие Ш. и Б. отметили, что никаких претензий они ни к начальнику милиции общественной безопасности, ни к правоохранительным органам не имеют. В материалах уголовного дела ничего также не говорится и о том, что потерпевшие испытывали какие-либо моральные либо физические страдания.

Ни в постановлении о возбуждении уголовного дела в отношении Ф., ни в постановлении о привлечении его в качестве обвиняемого не нашли своего отражения признаки, указывающие на то, что *нарушение прав и законных интересов граждан и государства*, которое явилось следствием его противоправного поведения, было *существенным*. Констатировался лишь факт самого нарушения с описанием его выражения, однако без аргументации признака *существенности*. Таким образом, анализ материалов рассматриваемого уголовного дела позволяет сделать вывод о том, что в нем отсутствуют правовые основания и необходимая юридическая аргументация вывода о наличии в рассматриваемых случаях составов злоупотребления должностными полномочиями, так как правоприменительными органами не были установлены все обязательные признаки объективной стороны данного преступления.

Кроме того, для привлечения к уголовной ответственности по ст. 285 УК РФ необходимо, чтобы действия виновного были совершены по мотиву корыстной или иной личной заинтересованности – обязательному признаку субъективной стороны данного состава преступления.

На важность указанного признака особое внимание обращает Верховный Суд. Так, в пункте 14 упомянутого выше Постановления № 4 от 30 марта 1990 года, отмечалось, что «...если в законодательстве в качестве обязательного признака состава уголовно-наказуемого злоупотребления служебным положением, а также должностного подлога предусмотрена корыстная или иная личная заинтересованность, суды обязаны всесторонне исследовать обстоятельство, от которых зависит вывод о наличии или отсутствии в действиях виновного указанных мотивов, и обосновать свой вывод в приговоре с приведением конкретных доказательств»<sup>3</sup>. Безусловно, что данными рекомендациями должны были руководствоваться не только суды, но и другие правоприменительные органы.

<sup>1</sup> Далее – Постановление № 4 от 30 марта 1990 года.

<sup>2</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1990. – № 3.

<sup>3</sup> Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1990. – № 3.

Из материалов анализируемого уголовного дела следует, что органы прокуратуры не усмотрели в действиях начальника милиции общественной безопасности Ф. корыстной заинтересованности, но посчитали, что он действовал, руководствуясь мотивом *иной личной заинтересованности*.

Согласно п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда № 4 от 30 марта 1990 года иная личная заинтересованность как мотив злоупотребления должностными полномочиями могла выражаться в стремлении извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленном такими побуждениями, как карьеризм, протекционизм, семейственность, желание получить взаимную услугу, заручиться поддержкой в решении какого-либо вопроса, скрыть свою некомпетентность и т. п. Другими словами, виновный должен удовлетворить какие-то свои личные интересы и потребности.

По мнению органов прокуратуры, возбуждивших уголовное преследование в отношении Ф., иная личная заинтересованность виновного выражалась в том, что он «...преследовал цель искусственного повышения показателей раскрываемости имущественных преступлений N-ского РОВД». Однако, по нашему мнению, такое понимание указанного мотива не только не соответствует смыслу законодательных установлений, напротив, – полностью противоречит им, а также приведенным выше разъяснениям Пленума Верховного Суда.

Из процитированной формулировки со всей очевидностью вытекает, что ничего личного в мотивации действий Ф. не было. Он действовал из желания повысить показатели раскрываемости N-ского РОВД, а не для удовлетворения своих личностных интересов.

В теории уголовного права такого рода мотивация получила название «*мотива ложно понятых интересов службы*». В специальной уголовно-правовой литературе отмечается, что установление подобного мотива в действиях должностного лица не образует состава злоупотребления должностными полномочиями, и может влечь лишь дисциплинарную ответственность<sup>1</sup>. В связи с этим профессор Б.В. Волженкин совершенно справедливо обращает внимание на то, что «...при предъявлении обвинения должен быть конкретно указан соответствующий мотив личного характера, которым руководствовалось должностное лицо, совершая злоупотребление полномочиями. Весьма распространенная в свое время ссылка на узковедомственные или ложно понимаемые государственные или общественные интересы как на достаточный мотив для обвинения в должностном злоупотреблении – противоречит закону»<sup>2</sup>.

Полагаем, что такой подход является вполне оправданным, так как отождествление мотива личной заинтересованности с мотивом ложно понятых интересов службы приведет не только к нарушению принципа законности, который гласит, что применение закона по аналогии не допустимо (ч. 2 ст. 3 УК РФ), но и к стиранию грани между уголовно наказуемым деянием и дисциплинарным правонарушением.

Как показывает анализ судебно-следственной практики отсутствие надлежащей юридической аргументации принятого решения в некоторых случаях влечет произвольную квалификацию того или иного вида служебного преступления по соответствующим нормам УК РФ.

В этой связи интерес представляет уголовное дело, возбужденное в отношении Б. по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 286 УК РФ («Превышение должностных полномочий»). Инкриминируемое преступление, по мнению представителей органов прокуратуры<sup>3</sup>, состоит в том, что в августе 2006 года Б., являясь должностным лицом управления УФСИН России по Ивановской области, в ходе исполнения своих должностных обязанностей, используя свое вышестоящее служебное положение для совершения действий, явно выходящих за пределы своих должностных полномочий, действуя из личной заинтересованности, способствовал решению вопроса об убытии в отпуск осужденной С., отбывавшей наказание в одной из колоний Ивановской области, путем дачи соответствующих указаний начальнику ИК.

Отметим, что рассмотрение материалов уголовного дела позволяет констатировать, что Б. использовал имеющиеся у него должностные полномочия, а не превышал их, как утверждается в обвинительном заключении. Данный вывод вытекает из анализа должностной инструкции, определяющей компетенцию обвиняемого, в которой говорится о том, что занимаемая им должность предполагает возможность дачи сотрудникам подразделений уголовно-исполнительной системы (УИС) области указаний, обязательных для исполнения. В этой связи говорить о превышении должностных полномочий в рассматриваемой ситуации вряд ли обоснованно.

<sup>1</sup> См., например: Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: Учебник / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. – М., 2004. – С. 555; Курс уголовного права. Особенная часть: Учебник для вузов: В 5 т. / Под ред. Г.Н. Борзенкова и В.С. Комиссарова. – М., 2002. – Т. 5. – С. 93; Уголовный кодекс Российской Федерации: Постатейный комментарий. – М., 1997. – С. 610; и др.

<sup>2</sup> Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М., 2000. – С. 146; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.И. Радченко. – М., 1996. – С. 512; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.И. Радченко; науч. ред. А.С. Михлин. – М., 2000. – С. 687.

<sup>3</sup> См.: Обвинительное заключение по уголовному делу № 2008320020 от 24 февраля 2011 года // Архив прокуратуры Ивановской области; Кассационное представление в судебную коллегия по уголовным делам Ивановского областного суда от 19 августа 2011 года.

Для наличия правовых оснований привлечения Б. к уголовной ответственности по ст. 286 УК РФ в соответствии с действующим законодательством необходимо также, чтобы его действия повлекли нарушение прав и законных интересов граждан и государства, которое бы являлось *существенным*.

*Существенность нарушения прав и интересов* – признак оценочный, не поддающийся точному количественному измерению. Между тем, в пункте 18 ныне действующего постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 октября 2009 года № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»<sup>1</sup> правоприменительным органам рекомендуется, наряду с другими обстоятельствами дела, выяснять и указывать в приговоре, какие именно права и законные интересы граждан или организаций либо охраняемые законом интересы общества или государства были нарушены и находится ли причиненный этим правам и интересам вред в причинной связи с допущенным должностным лицом нарушением своих служебных полномочий<sup>2</sup>.

Согласно данному документу *существенным*, в частности, может быть признан такой вред, который выразился в «...*нарушении прав и свобод физических и юридических лиц, гарантированных общепризнанными принципами и нормами международного права, Конституцией Российской Федерации (например, права на уважение чести и достоинства личности, личной и семейной жизни граждан, права на неприкосновенность жилища и тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также права на судебную защиту и доступ к правосудию, в том числе права на эффективное средство правовой защиты в государственном органе и компенсацию ущерба, причиненного преступлением, и др.)*. При оценке существенности вреда необходимо учитывать степень отрицательного влияния противоправного деяния на нормальную работу организации, характер и размер понесенного ею материального ущерба, число потерпевших граждан, тяжесть причиненного им физического, морального или имущественного вреда и т. п.»<sup>3</sup>.

Исходя из анализа материалов упомянутого выше уголовного дела не усматривается, чтобы в результате противоправных действий Б. *существенно пострадали интересы государства или общества*. Не приводится и каких-либо аргументов, которые могли бы быть приведены в обоснование этого признака объективной стороны преступления. В этой связи можно в полной мере говорить об отсутствии одного из элементов состава соответствующего преступления.

Для привлечения к уголовной ответственности по ст. 286 УК РФ не требуется установления мотивов совершения этого преступления, так как они не являются обязательным признаком субъективной стороны данного состава преступления. Между тем органы юстиции, видимо, чувствуя уязвимость своей квалификации по норме, предусматривающей ответственность за превышение должностными полномочиями, и пытаясь «подстраховаться» составом злоупотребления должностными полномочиями, а также в целях формирования у суда обвинительного уклона констатируют в инкриминируемом Б. преступлении наличие мотива личной заинтересованности. При этом в материалах, представленных для дачи экспертного заключения, данный мотив лишь указывается, но опять-таки никак не аргументируется.

Для уяснения содержания мотива личной заинтересованности обратимся к разъяснениям упомянутого выше Постановления Пленума Верховного Суда № 19 от 16 октября 2009 года. Согласно п. 16 названного источника под иной личной заинтересованностью следует понимать «...*стремление должностного лица извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленное такими побуждениями, как карьеризм, семейственность, желание приукрасить действительное положение, получить взаимную услугу, заручиться поддержкой в решении какого-либо вопроса, скрыть свою некомпетентность и т. п.*». Другими словами, виновный должен удовлетворить какие-то свои *личные* интересы и потребности.

Как видим, вывод о наличии указанного мотива в деянии, вменяемом Б., весьма сомнителен, поскольку не подходит ни под одно из его определений, данных высшей судебной инстанцией.

Изложенное выше позволяет констатировать, что ни в первом, ни во втором из приведенных выше случаев из судебно-следственной практики не усматривается наличия всех необходимых признаков как объективной, так и субъективной стороны составов инкриминируемых виновным преступлений. Вместе с тем не исключается дисциплинарная ответственность указанных должностных лиц. Полагаем, что подобное решение должно распространяться на все аналогичные случаи.

<sup>1</sup> Далее – Постановление № 19 от 16 октября 2009 года.

<sup>2</sup> Российская газета. – 2009. – 30 октября.

<sup>3</sup> См. там же.

**Д.В. Ирошников**

*Ирошников Денис Владимирович – старший преподаватель кафедры конституционного и муниципального права Рязанского государственного университета имени С.А. Есенина*

## Определение понятий в правовой аргументации

Определение понятий есть основа любого познавательного процесса. Грамотно сформулированное определение любого понятия позволяет обозначить границы объекта, определить его взаимосвязь с другими объектами, его внутреннюю структуру, выделить отличительные признаки и т. п. Известный русский правовед В.Д. Катков писал на этот счет: «Обладание ясными общими понятиями есть необходимый элемент всякого знания и непреходящий фактор всякого научного прогресса»<sup>1</sup>.

Для права определение понятий имеет исключительную важность ввиду того, что определение правовых понятий является одним из важнейших средств достижения главнейшего признака права – его формальной определенности. По этому поводу Р.Ф. Иеринг отмечал: «Язык может быть не точным, право же никогда не может быть достаточно точным, и в этом кроется одна из главных причин, почему язык довольствуется малым числом букв, между тем как право нуждается в большом количестве понятий»<sup>2</sup>.

Безусловно, говорить о понятиях в праве нецелесообразно, не обратившись к общей теории определения понятий. В русскоязычной науке, как правило, используется ряд терминов, которые порой употребляются как синонимы: «понятие», «определение», «термин», «дефиниция», «категория». Постараемся разграничить приведенные термины с целью наиболее глубокого теоретического исследования рассматриваемого явления.

Традиционно в логике «понятие» определяется как «мысль» или «форма мысли», причем под формой в данном случае понимается определенный тип или вид мысли<sup>3</sup>. Понятие как форма мысли (мысленное образование) определяется как результат обобщения предметов некоторого класса и мысленного выделения самого этого класса по определенной совокупности общих для предметов этого класса (и в совокупности отличительных для них) признаков<sup>4</sup>. Понятие понимается также как обусловленный развитием общественно-исторической практики процесс взаимодействия субъекта и объекта, результатом которого является новое знание о мире<sup>5</sup>.

«Термин» – это знак какой-либо семиотической системы, представленный базисными знаками этих систем (материальным предметом или явлением, образом, словом, знаком записи, символом) и соотношенный с соответствующим понятием в системе понятий какой-либо области знания<sup>6</sup>. Термины, безусловно, составляют главную отличительную черту лексики языка и науки<sup>7</sup>. О роли терминов в праве примечателен следующий тезис: «Термин выражает количественную и качественную характеристику понятия, в силу чего достигается важнейшее свойство права – его формальная определенность»<sup>8</sup>.

Терминологический статус связан прежде всего с такими качествами термина как дефинитивность и системность. Термину предписывается понятие, определение<sup>9</sup>. «Дефиниция» (от лат. «определение») – это есть установление содержания понятия, его отличительных признаков<sup>10</sup>. Более широко понимает определение Е.К. Войшвилло как логический способ, который состоит в придании выражению некоторого смысла (или уточнении, углублении имеющегося смысла), который выделяет то, что должно быть предметным значением данного выражения<sup>11</sup>. Дефиниции в общем виде представляют собой суждения, раскрывающие то или иное понятие, и они достаточно широко распространены

<sup>1</sup> Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. – Харьков, 1903. – С. 50.

<sup>2</sup> Иеринг Р. Юридическая техника / Сост. А.В. Поляков. – М., 2008. – С. 55.

<sup>3</sup> Власов Д.В. Понятие как форма рационального познания. – М., 2008. С. 50.

<sup>4</sup> Там же. – С. 51.

<sup>5</sup> Дианова Г.А. Термин и понятие: проблемы эволюции (к основам исторического терминоведения) – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2010. – С. 15.

<sup>6</sup> Там же. – С. 33.

<sup>7</sup> Попова Л.В. Лингвистический термин: проблема качества. Опыт составления «Комплексного словаря терминов функциональной грамматики». – М., 2011. – С. 19.

<sup>8</sup> Шепелев А.Н. Вопросы языка права // Вестник Тамбовского университета. Институт права: Приложение к журналу. – Тамбов, 2009. – Ч. 2: 1994–2009. – С. 84.

<sup>9</sup> Дианова Г.А. Термин и понятие: проблемы эволюции (к основам исторического терминоведения) – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2010. – С. 30.

<sup>10</sup> Словарь иностранных слов / Под ред. И.В. Лехина, С.М. Локшиной, Ф.Н. Петрова, Л.С. Шаумяна. – 6-е изд., перераб. и доп. – М., 1964. – С. 206.

<sup>11</sup> Войшвилло Е.К. Понятие как форма мышления: логико-гносеологический анализ. – М., 1989. – С. 212.

в правотворческой технике, присутствуют в виде понятийного аппарата во многих нормативных правовых актах законодательства<sup>1</sup>.

В логике «дефиниция» часто выступает синонимом определения, причем в обоих его значениях – и как логической процедуры, и как результата, представленного в виде характерного топоса. Но бывает, что эта логическая процедура и ее результат закрепляются за разными именами: под определением понимается логическая процедура, а ее результат в виде характерного топоса называют дефиницией<sup>2</sup>.

«Категория» же – это научное понятие, выражающее наиболее общие свойства и связи явлений действительности<sup>3</sup>. По мнению Н.И. Матузова, «как понятия, так и категории служат средством познания действительности, отражают и обобщают ее»<sup>4</sup>. Автор подчеркивает, что противопоставлять их не принято, во многих случаях они используются как взаимозаменяемые<sup>5</sup>.

Говоря о проблеме терминологии нельзя не отметить особую значимость утверждения в Российской Федерации в 2010 году ГОСТ Р ИСО 704-2010 «Терминологическая работа. Принципы и методы»<sup>6</sup>. Данный документ был подготовлен путем перевода на русский язык аналогичного международного стандарта. В разделе 1 Стандарта указано, что установленные в стандарте принципы носят общий характер и применимы к терминологической работе в научной, технической, административной и иных областях знаний.

Переходя к проблематике определения правовых понятий, следует еще раз подчеркнуть, что «они отражают теоретический фундамент законодательства»<sup>7</sup>.

Правовые дефиниции на протяжении длительного времени неоднократно являлись объектом научных исследований. В этой связи нельзя не вспомнить книгу В.Д. Каткова «К анализу основных понятий юриспруденции», вышедшую в свет в 1903 году. И сейчас, спустя более столетия, данный вопрос не теряет своей актуальности. Так, в 2007 году на базе Нижегородской академии МВД России прошла конференция, посвященная проблемам законодательной дефиниции<sup>8</sup>; по данной тематике был подготовлен ряд диссертационных исследований<sup>9</sup>.

Тем не менее, не смотря на столь глубокую разработанность темы, в ней остается немало дискуссионных вопросов.

Так, например, исследователи много лет дискутируют на тему: «определять или не определять?». Одни авторы указывают, что праву нужно больше определений. Так, по мнению М.В. Чинновой, «в легальном определении нуждаются все правовые понятия, имеющие ключевое значение, то есть понятия, с помощью которых достигается общий целевой смысл конкретного нормативно-правового акта»<sup>10</sup>. Л.Н. Ушакова на этот счет пишет: «Чем большему числу юридических терминов будут даваться определения, тем меньше будет ошибок и недоразумений на практике»<sup>11</sup>. Другие ученые, напротив, отмечают, что широкое распространение дефиниций в системе отечественного законодательства не приносит пользы. Так, Л.Ф. Апт пишет: «Широкое распространение дефиниций в системе отечественного законодательства вызывает определенные сложности в правоприменении»<sup>12</sup>. По мнению Т.Н. Москальковой, «не нужно раскрывать смысл и значение как можно большего числа понятий, используемых в нормативно-правовом акте. Излишества дефиниций, пресыщение нормативного текста ими только усложняет правоуяснение и правоприменение»<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> Москалькова Т.Н. Нормотворчество: Научно-практическое пособие / Т.Н. Москалькова, В.В. Черников. – М., 2011. – С. 258.

<sup>2</sup> Бугорская Н.В. Проблема термина и терминологические проблемы: Монография. – Барнаул, 2007. – С. 184.

<sup>3</sup> Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка: около 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / Под ред. Л.И. Скворцова. – 26-е изд., испр. и доп. – М., 2010. – С. 413.

<sup>4</sup> Матузов Н.И. Возможность и действительность в российской правовой политике / Н.И. Матузов, Н.В. Ушакова. – Саратов, 2010. – С. 13.

<sup>5</sup> Там же. – С. 14.

<sup>6</sup> ГОСТ Р ИСО 704-2010 «Терминологическая работа. Принципы и методы» // <http://protect.gost.ru/v.aspx?control=8&baseC=-1&page=0&month=-1&year=1&search=&RegNum=1&DocOnPageCount=15&id=170690&pageK=A48F5160-F0E6-4FDA-A5CE-09CAFFDE0049>

<sup>7</sup> Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М., 1982. – С. 217.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> См.: Ушакова Л.Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники: Дис... канд. юрид. наук. – СПб., 2009; Фетисов О.Е. Оценочные понятия в праве: проблемы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук. – Тамбов, 2009; Хайретдинова М.Д. Законодательная дефиниция (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008; и др.

<sup>10</sup> Чиннова М.В. Дефиниции в нормативных правовых актах: Учебное пособие. – Киров, 2010. – С. 85.

<sup>11</sup> Ушакова Л.Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники: Дис... канд. юрид. наук. – СПб., 2009. – С. 55.

<sup>12</sup> Апт Л.Ф. Дефиниции и право: Монография. – М., 2008. – С. 3.

<sup>13</sup> Москалькова Т.Н. Нормотворчество: Научно-практическое пособие / Т.Н. Москалькова, В.В. Черников. – М., 2011. – С. 259.

Безусловно, прежде всего, основные юридические дефиниции закреплены в действующих нормативных правовых актах. В правотворческой практике правовые понятия играют роль первоисточника материала, «кирпичиков» в создании нормативного правового документа<sup>1</sup>. Ни одна правовая норма как результат правового мышления не может быть сконструирована без конкретной системы понятий, которые придают правовой норме логический смысл, обуславливают ее логическое движение в практическом применении<sup>2</sup>. Язык законодательного акта должен рассматриваться не только с позиций литературного стиля, но и прежде всего с точки зрения использования юридических дефиниций и терминологии, а также применения иных научных понятий и категорий<sup>3</sup>.

Термины «легальное определение» и «законодательное определение» (близким по сути является термин «законодательная дефиниция»<sup>4</sup>) являются наиболее удачными для обозначения дефиниций, зафиксированных в нормативных правовых актах, поскольку в отличие от других терминов максимально точно и однозначно выражают их сущность<sup>5</sup>. Говоря о легальных определениях, следует отметить следующие их особенности:

– во-первых, далеко не для всех понятий может быть сформулирована законодательная дефиниция. В частности, не подлежат определению оценочные понятия, обязанность разъяснения которых находится в компетенции государственных органов<sup>6</sup>.

Применительно к оценочным понятиям следует отметить, что в науке по поводу их применения также есть противоположные взгляды. Одни авторы пишут о несомненной пользе оценочных понятий. Так, по мнению О.Е. Фетисова, «Широкое использование законодателем оценочных понятий в своей деятельности выступает одним из признаков правового государства, и, соответственно, чем чаще используются оценочные понятия в российском праве, тем выше требования уровню правовой культуры и правового сознания участников правоотношений»<sup>7</sup>. Другие же исследователи отмечают, что оценочные понятия должны использоваться лишь в строго необходимых случаях. На этот счет Т.А. Васильева пишет: «Эти понятия предполагают определенную свободу усмотрения правоприменителя, поэтому разработчики законов должны использовать такие понятия осторожно, только в необходимых случаях, когда требуется учитывать специфику конкретных обстоятельств при реализации правовых норм»<sup>8</sup>.

– во-вторых, в качестве терминов могут фигурировать и слова общелитературного языка, понятные каждому говорящему на русском языке, но обретающие в результате профессионального использования новое, уточненное и строго определенное законодательными актами значение<sup>9</sup>. Понятие «общеупотребительный термин» само по себе означает, что соответствующее слово, знакомое и понятное всем, получает в законе конкретное, специальное значение – значение юридического термина<sup>10</sup>. Если для примера рассмотреть нормы Конституции, то это такие термины как «свобода», «независимость», «совесть» и т. п.

Итак, перейдем непосредственно к рассмотрению проблем определения понятий в правовой аргументации. Об аргументации через определение понятия Е.К. Войшвилло отмечал, что возможны три типа ситуаций, в которых возникает необходимость в определении, на первое место из них автор поставил как раз процесс аргументации<sup>11</sup>.

По нашему мнению, правовая аргументация должна основываться, прежде всего, на определении понятий как основных элементах взаимосвязи языка и логики. Нам представляется, что любую аргументацию необходимо начинать с определения основных понятий и уже на основании этих определений, как некоего стержня, проводить аргументацию до ее логического завершения.

<sup>1</sup> Нормотворческая юридическая техника / Под ред. Н.А. Власенко. – М., 2011. – С. 118.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М., 1982. – С. 217.

<sup>4</sup> Законодательная дефиниция – определение правового понятия, выраженное в совокупности существенных признаков, обладающее специфической нормативностью, закрепленное субъектами правотворчества в источнике права с целью придания ему повышенной информативности (Хайретдинова М.Д. Законодательная дефиниция (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 40).

<sup>5</sup> Чиннова М.В. Дефиниции в нормативных правовых актах: Учебное пособие. – Киров, 2010. – С. 10.

<sup>6</sup> Хайретдинова М.Д. Законодательная дефиниция (проблемы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 139.

<sup>7</sup> Фетисов О.Е. Оценочные понятия в праве: проблемы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук. – Тамбов, 2009. – С. 45.

<sup>8</sup> Васильева Т.А. Как написать закон. – М., 2012. – С. 85.

<sup>9</sup> Скорородова Е.Ю. Терминология и языки профессионального общения в социальной сфере. – М., 2009. – С. 10.

<sup>10</sup> Давыдова М.Л. Дефиниции действующего законодательства: проблемы теории и практики // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (г. Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / Под ред. В.М. Баранова, П.С. Пацуркивского, Г.О. Матюшкина. – Н. Новгород, 2007. – С. 364.

<sup>11</sup> См.: Войшвилло Е.К. Понятие как форма мышления: логико-гносеологический анализ. – М., 1989. – С. 213.

Представляется целесообразным выделить три основных положительных момента определения понятий в правовой аргументации:

- во-первых, определение понятия поможет построить формальное представление об объекте, без которого немислима успешная правовая аргументация;
- во-вторых, понятие, как правило, указывает на ряд существенных признаков объекта, что также не может не сказаться на грамотной правовой аргументации;
- в-третьих, определение понятия позволит уяснить место объекта в определенной системе, его взаимосвязь и разграничение с иными объектами. Иными словами, определение понятия позволит установить родо-видовые отношения объектов, которые принципиально значимы для топике, поскольку аргументация, связывающая представления об общем и частном, характерна для обсуждения любой проблемы в любом статусе. Под родовым понятием в самом широком смысле слова можно понимать понятие класса объектов, который включает другие классы, а под видовым – понятие класса объектов, включенного в более широкий класс<sup>1</sup>.

Как резюме выявленных нами особенностей можно привести цитату А.А. Волкова: «Топы определения являются основной составляющей аргументации в статусе определения. Определить – значит указать существенные черты определяемого предмета и отличить его от сходных предметов»<sup>2</sup>.

Необходимо отметить, что стиль правовой аргументации через определение понятия будет зависеть от самой дефиниции. Рассмотрим основные варианты правовой аргументации через определении правового понятия (в зависимости от типа правовой дефиниции):

1. Аргументация строится на легальном определении. В данном случае в процессе аргументации необходимо качественное уяснение термина с акцентом на те вытекающие из него признаки, которые повлияют на результат аргументации.

2. В основе аргументации лежит оценочное понятие. Здесь имеет место быть *нестрогая*<sup>3</sup> правовая аргументация, целью которой будет являться правильная оценка термина.

3. Аргументация в своей основе имеет общеупотребительный термин. В этом случае важно построить аргументацию таким образом, чтобы противоположная сторона определила этот термин таким образом, чтобы ее понятие об объекте способствовало успешной правовой аргументации.

В заключении хотелось бы несколько оговориться словами Р. Иеринга: «Определение понятия является... не первым действием: оно возможно в качестве формальной редакции или концентрации добытых результатов лишь после того, как исследование тела совершенно закончилось»<sup>4</sup>. Это необходимо помнить при построении грамотной правовой аргументации посредством определения правовых понятий.

---

<sup>1</sup> Волков А.А. Теория риторической аргументации. – М., 2009. – С. 288.

<sup>2</sup> Там же. – С. 282.

<sup>3</sup> Нестрогая правовая аргументация применяется чаще в случаях, когда возможно лишь частичное обоснование истинности тезиса и очень существенна роль оценки, в отличие от строгой, задача которой состоит в том, чтобы полностью, исчерпывающе обосновать истинность тезиса (см.: *Макеева Е.А.* Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. философ. наук. – М., 2003. – С. 17).

<sup>4</sup> *Иеринг Р.* Юридическая техника / Сост. А.В. Поляков. – М., 2008. – С. 73.



**В.Н. Карташов**

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

## Технология юридической аргументации

Отечественные авторы по-разному определяют юридическую аргументацию. Так, Н.В. Михалкин, например, пишет: «Аргументация – это целенаправленный логико-психологический процесс утверждения в сознании и деятельности субъекта воздействия образа (модели) или системы ценностей «активной» стороны»<sup>1</sup>.

На мой взгляд, данная дефиниция, во-первых, представляется достаточно абстрактно, требует уточнения и более детальной конкретизации; во-вторых, почему в сознании и поступках оппонентов должна утверждаться только «система ценностей». Как показывают материалы правотворческой, правореализующей, правоприменительной, интерпретационной, судебной, следственной, адвокатской и других разновидностей юридических практик, «пассивной» стороне (-ам) могут навязываться также различные «образцы» юридической антикультуры, то есть антиценности. Наглядно это демонстрируется, естественно, в криминальной сфере любого общества.

П.П. Баранов и В.И. Курбатов полагают, что под аргументацией нужно понимать «деятельность, связанную с выбором, оценкой и использованием специальных положений, которые служат основаниями (доводами, аргументами) для доказательства или опровержения некоторого утверждения (тезиса или антитезиса)»<sup>2</sup>.

Аргументация, по их мнению, реализуется в беседах, спорах, конфликтах, полемике, дискуссиях, дебатах, прениях, диспутах, диалогах, торгах, речах, выступлениях, переговорах и других видах общения и коммуникативного взаимодействия субъектов. Причем авторы совершенно верно указывают на то, что аргументация – это не только соответствующие речи либо рассуждения, но прежде всего «рациональным образом организованная деятельность»<sup>3</sup>.

Обстоятельное исследование теоретических и эмпирических источников, посвященных юридической аргументации в ходе споров, конфликтов, прений и иных подобных социально-правовых ситуаций, при доказывании юридической квалификации в конституционном, административном, уголовном, гражданском и арбитражном процессах показывает, что речь идет по существу о разнообразных юридических технологиях или отдельных их элементах, а именно: объектах, субъектах, качественных и эффективных их действиях и операциях, техниках, тактиках, стратегиях, ресурсах, результатах («продуктах») и процедурах<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Михалкин Н.В. Логика и аргументация для юристов: Учебное пособие для бакалавров. – М., 2011. – С. 205.

<sup>2</sup> Баранов П.П. Логика для юристов: Учебник / П.П. Баранов, В.И. Курбатов. – Ростов-на-Дону, 2002. – С. 429.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Подробнее о юридических технологиях, их разновидностях, соотношении с юридической техникой, тактикой, стратегией и практикой см.: 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 // Законодательная техника современной России: состояние, 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. Теория юридической конкретизации (методологический аспект проблемы) // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормативной, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2008; 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; 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.

Кратко рассмотрим некоторые указанные выше структурные компоненты и элементы технологии юридической аргументации.

«Субъект» и «объект» как парные категории в философии, юриспруденции и иных науках выражают единство противоположностей. Диалектика здесь такова, что объект (предмет) всегда предполагает субъекта и наоборот, как полагал Авенариус – без субъекта нет объекта.

В самом общем плане понятие «субъект» в современной отечественной философии определяется в качестве источника целенаправленной активности, носителя предметно-практических действия и операций, использования средств и способов их осуществления, познания и оценки, преобразования и т. д.<sup>1</sup>

В любой стране существуют весьма разнообразные, а порой и довольно «экзотические» субъекты юридической аргументации. Например, в ФРГ и других странах Европейского Союза конфликты, имущественные и финансовые споры среди мусульманских эмигрантов чаще всего разбирают суды имамов («суды шариата»), которые в этой среде формируются и составляют по существу «теневую юстицию». Причем выносятся «судебные решения», которые нередко ведут к разорению, самоубийствам и непреодолимым семейным раздорам. Чаще всего от этого страдают молодые замужние женщины, обратившиеся к имаму для защиты от супружеского рукоприкладства, или девушки, которых в соответствии с мусульманскими обычаями насильно выдают замуж. Особая опасность исходит от так называемых интернет-имамов, которые, хорошо зная немецкий и родной язык, имеют значительный авторитет у эмигрантов, но они, к сожалению, плохо знают Коран и немецкое законодательство, пользуются легковерием обращающихся к ним простых людей, и очень часто приговоры суда шариата приводят к телесным повреждениям и даже смертельным случаям<sup>2</sup>.

В любой технологии юридической аргументации теоретически и практически важным представляется разграничение ее объектов и предметов.

П.П. Баранов и В.И. Курбатов верно полагают, что различие предмета и объекта концептуальное, а не терминологическое. Однако далее они указывают, что «объектом (или объектами) аргументации служат тезисы сторон...». Тезисы же сторон, по их мнению, – это позиции каждого из субъектов обсуждения по отношению к спорному положению, их видение спорного положения. «Быть объектом аргументации, – пишут они, – значит быть объектом доказательства, обоснования, критики и опровержения. Спорное положение по своей природе таким объектом не является. Аргументация с обеих сторон (если в обсуждении участвует 2 субъекта) ведется по отношению к тезисам». Предметом же аргументации они считают «спорные положения»<sup>3</sup>.

Указанные выводы могут ввести в заблуждение даже самого искушенного читателя. На мой взгляд, и «спорные положения», и «тезисы оппонентов», и другие положения, требующие аргументации, например, в процессе ведения переговоров, могут быть и объектами, и предметами в технологии аргументации.

**Объект** – это то, на что направлены юридические действия и операции оппонентов, **предмет** же – та часть объекта (спорного положения, того или иного тезиса, их аспектов и т. д.), которая в данный момент непосредственно включается в технологический процесс, подвергается установлению, отбору, оценке, использованию, доказыванию в ходе конкретной аргументации.

Данный вывод хорошо иллюстрируется разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ, которые даны им в Постановлении № 13 от 19 июня 2012 года «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции»<sup>4</sup>. В пункте 2 говорится, что апелляционные жалобы, представления могут быть поданы не только на решение суда в целом, но и на его часть, например, резолютивную или мотивировочную, по вопросам распределения судебных расходов между сторонами, порядка и срока исполнения решений, обеспечения его исполнения и по другим вопросам разрешенным суду при принятии решения, а также на дополнительное решение, постановленное в порядке ст. 201 ГПК РФ.

Чаще всего оспаривается не решение суда первой инстанции в целом (то есть объект аргументации), а отдельные его части и даже вопросы (предметы аргументации).

Динамичную сторону технологии юридической аргументации образуют интеллектуальные и актуализированные вовне действия и операции, с помощью которых оцениваются, доказываются и критикуются те или иные положения сторон. Например, в соответствии с п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 года № 13 после поступления апелляционных жалоб, представлений в суд первой инстанции судье, исходя из требований ст. 320, 321, 322 ГПК РФ следует проверять: подлежит ли судебное постановление обжалованию в апелляционном порядке; обладает

<sup>1</sup> См., например: *Алексеев П.В.* Философия: Учебник / П.В. Алексеев, А.В. Панин. – М., 2010. – С. 550.

<sup>2</sup> См.: *Розе А.* Имамам запретят судить // Российская газета. – 2012. – 29 июня.

<sup>3</sup> *Баранов П.П.* Логика для юристов: Учебник / П.П. Баранов, В.И. Курбатов. – Ростов-на-Дону, 2002. – С. 429–430.

<sup>4</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 года № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции» // Российская газета. – 2012. – 29 июня.

ли лицо, подавшее апелляционную жалобу, и прокурор, принеший апелляционное представление, правом апелляционного обжалования; соблюден ли установленный законом срок апелляционного обжалования; соблюдены ли требования закона, предъявляемые к содержанию апелляционных жалоб и представлений; приложена ли доверенность или иной документ, удостоверяющий полномочие представителя, если в деле отсутствуют документы, удостоверяющие полномочия представителя; подписаны ли апелляционные жалобы и представления; соответствует ли число копий апелляционных жалоб и представлений числу лиц, участвующих в деле; оплачена ли государственная пошлина в случаях, когда это предусмотрено законом; другие действия и операции, необходимые для рассмотрения дела и вынесения аргументированного решения.

Составной частью рассматриваемой технологии является юридическая техника, то есть совокупность средств, используемых в диспутах, спорах, прениях, переговорах, любом процессе доказывания и других разновидностях коммуникативного юридического взаимодействия. Уже Аристотель выделял, например, фактические, логические, психологические и методологические средства<sup>1</sup>.

Достаточно подробно общесоциальные (логические, лингвистические, философские, социологические, психологические, экономические, политические, нравственные, религиозные, математические и пр.), технические (разнообразные поисковые и аналитические приборы, аппараты, машины, инструменты, материалы, вещества, компьютеры и обеспечивающие их работу программы, необходимые для накопления, хранения, обработки, трансляции, демонстрации соответствующих эмпирических, теоретических и обыденных фактов, доказательств, информации и других данных) и специально-юридические (юридические понятия, термины, научные категории и законы, идеи и нормы, принципы, легальные дефиниции, рисунки, формулы, схемы, презумпции, фикции, конструкции, символы, разнообразные юридические документы, в том числе нормативные и правоприменительные, юридические средства фиксации и разъяснения (толкования) правовых явлений, а также иные правовые «предметы», выработанные в теоретической и практической юриспруденции) средства<sup>2</sup>.

Уже аксиомой в правоведении стало положение о том, что одни и те же средства могут быть использованы в юридической практике и технологии по-разному, различными способами и с помощью разнообразных приемов, методов и правил. Обратимся еще раз к Аристотелю. Он писал: «Что касается способов убеждения, доставляемых речью, то их три вида: одни из них находятся в зависимости от характера говорящего [убеждение посредством особенности личности аргументатора], другие – от того или другого настроения слушателя [убеждение посредством особенности оппонента, или аудитория, посредством особенности слушателя, адресата аргументации], третьи – от самой речи [способы действительной или мнимой аргументации, способы неаргументативного воздействия]. Эти последние заключаются в действительном или кажущемся доказывании<sup>3</sup>.

*Способ* – это совокупность (система) приемов, определяющих конкретные пути, наиболее целесообразные направления достижения намеченных целей и результатов субъектами аргументации в конкретной социально-правовой ситуации с помощью конкретных средств (общесоциальных, технических и т. п.) и при наличии соответствующих условий и предпосылок (экономических, политических, нравственных, религиозных, юридических, эстетических, организационных и пр.).

Способы состоят из отдельных приемов. *Тактический прием* представляет собой наиболее рациональную, эффективную и локальную манипуляцию с конкретным средством (техническим и т. д.) в процессе юридических споров, конфликтов, дискуссий.

*Метод*, на мой взгляд, это система более или менее однородных приемов, способов, подходов и путей воздействия на объект (предмет) аргументации. Методы аргументации бывают самые разнообразные: убеждения (прямого, опосредованного, бесконтактного и т. п.), принуждения (физического и психического, государственного и корпоративного, личного и косвенного, смешанного и т. п.), поощрения

<sup>1</sup> См.: Аристотель. Риторика // Античные риторика. – М., 1978. – С. 18.

<sup>2</sup> Подробнее о некоторых из указанных и иных средствах юридической техники см., например: Алексеев А.П. Аргументация. Познание. Общение. – М., 1991; Алексеев А.П. Философский текст. Идеи, аргументация, образы. – М., 2006; Античные риторика. – М., 1978; Баранов П.П. Логика для юристов: Учебник / П.П. Баранов, В.И. Курбатов. – Ростов-на-Дону, 2002; Герасимова И.А. Практический курс по аргументации. – М., 2003; Зайцев Д.В. Теория и практика аргументации. – М., 2007; Ивин А.А. Основы теории аргументации. – М., 1997; Ивлев Ю.В. Теория и практика аргументации: Учебник. – М., 2011; Кузина Е.Б. Лекции по теории аргументации. – М., 2007; Михалкин Н.В. Логика и аргументация для юристов: Учебное пособие для бакалавров. – М., 2011; Рузавин Г.И. Логика и аргументация. – М., 1997; Судебная практика по уголовным делам: В 2 ч. / Сост. С.А. Подзоров. – М., 2001 – Ч. 2: Разъяснение по вопросам Общей и Особенной частям Уголовного Кодекса РФ; Тер-Акопов А.А. Юридическая логика. – М., 2002; Практика применения Уголовно-процессуального кодекса РФ: Практическое пособие / Под ред. В.П. Верина. – М., 2006; Холдеев С.С. Судья в уголовном процессе. – М., 2000; Шейфер С.А. Доказательство и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1998; Уголовно-процессуальное право РФ: Учебник / Отв. ред. И.Л. Петрухин. – М., 2009.

<sup>3</sup> Аристотель. Риторика // Античные риторика. – М., 1978. – С. 19.

(материального, морального и т. п.), обязывающие и запрещающие, легальные и доктринальные, нормативные и индивидуальные, консервативные и либеральные, наступательные и оборонительные, правовые и организационные, позитивные и негативные, императивные и диспозитивные, общие и частные, открытые и скрытые, запланированные и внезапные, рекомендательные и др.

К сожалению, некоторые авторы наивно полагают, что «в общественной жизни известны случаи, когда для изменения позиции оппонента в качестве аргументов применяется силовое принуждение или угроза его использования, но такие аргументы вряд ли можно назвать аргументацией!»<sup>1</sup>. Ну почему же?! Примеров тому достаточно. На мой взгляд, кроме позитивных, следует выделять и негативные разновидности аргументации. При этом изменяются не только ориентации и установки оппонента, но и его юридические действия и операции, техника, тактика и стратегия юридического поведения. Речь в некоторых случаях может даже идти о «негодных» средствах, приемах, способах и методах воздействия в ходе аргументации. Например, апелляционная жалоба может не содержать обоснований невозможности представления в суд первой инстанции дополнительных (новых) доказательств в случае ссылки на них; документы, не подписанные лицами, подающими жалобу или их представителями; к жалобе не приложена доверенность или иные документы, удостоверяющие полномочия представителей, или документы, подтверждающие уплату государственной пошлины, если уплата государственной пошлины предусмотрена законом и др.

*Правила* (логические, лингвистические, социологические, экономические, нравственные, религиозные, юридические и др.) в рамках нашего исследования – это предписания, устанавливающие порядок грамотного и наиболее целесообразного использования соответствующих средств, приемов, способов, методов и прочих положений субъектами технологии юридической аргументации с целью принятия ими грамотных позиций, решений и моделей поведения<sup>2</sup>.

Важное место в любой деятельности (практике) занимает стратегия. Так, Ю.В. Ивлев описывает несколько основных стратегий аргументации. В частности он указывает, что одна из них, например, применяется в процессе спора между двумя сторонами, каждая из которых обосновывает свои тезисы. В этой стратегии он выделяет следующие *этапы спора*:

а) каждая из сторон формулирует свои тезисы, уточняет их и выявляет логические отношения между ними; здесь вырабатывается базис (поле) аргументации (процесс формирования базиса, естественно, продолжается и на последующих этапах спора);

б) каждая из сторон обосновывает свои аргументы;

в) проводится разбор и оценка аргументов обеих сторон; устанавливается, какие аргументы могут использоваться при обосновании или опровержении тезисов (являются релевантными по отношению к конкретным тезисам), а какие нет; последние за ненадобностью отбрасываются;

г) обе стороны вновь оценивают свои концепции (тезисы) в свете приведенных аргументов;

д) стороны критически анализируют противоположные концепции и их аргументацию;

е) обе стороны, соответственно, отвечают на возражения и контраргументы друг друга;

ж) возможна критика концепций и тезисов лицами, присутствующими при споре;

з) дается всесторонняя и обоснованная оценка собственной и противоположной концепции каждой из сторон;

и) в заключении подводятся итоги лицами, руководящими данной дискуссией либо сторонами спора<sup>3</sup>.

Здесь речь скорее идет о процессуальной форме в технологии юридической аргументации, отдельных действиях, операциях сторон, взятых в определенной временной их последовательности и социальном пространстве. Стратегия же включает соответствующие принципы (доктринальные, принципы права), праксиологические прогнозы (обыденные, научные и др.) и вопросы планирования, как правило, долгосрочного<sup>4</sup>.

Результаты («продукты») в значительной степени зависят от типа, вида и подвида юридической аргументации и соответствующих технологий. Так, «исходом» юридического спора может быть достигнут компромисс, установление истины, «победа» одной из сторон и «поражение» другой. Итогом переговоров, например, в третейском суде может быть разрешение дела по существу либо признание бесперспективности дальнейшего ведения дискуссий по отдельным вопросам и рассмотрение дела в целом.

<sup>1</sup> Михалкин Н.В. Логика и аргументация для юристов: Учебное пособие для бакалавров. – М., 2011. – С. 201.

<sup>2</sup> Подробнее о логических, социологических и некоторых других правилах аргументации см., например: Ивлев Ю.В. Теория и практика аргументации: Учебник. – М., 2003. – С. 160; Баранов П.П. Логика для юристов: Учебник / П.П. Баранов, В.И. Курбатов. – Ростов-на-Дону, 2002. – С. 437–444; Буруленков Ю.П. Юридическое познание в процессуальной, оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. – Владимир, 2009. – С. 104–200.

<sup>3</sup> См.: Ивлев Ю.В. Теория и практика аргументации: Учебник. – М., 2003. – С. 241–242.

<sup>4</sup> О понятии и отдельных элементах стратегий в юридических технологиях см., например: Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов Российской Федерации / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. – Ярославль, 2010. – С. 143–165.

В технологии юридической аргументации весьма существенное значение имеют показатели, характеризующие качество и эффективность тех или иных юридических операций сторон, выдвигаемых ими тезисов и доказательств, результатов их деятельности, принимаемых решений, а также соответствующие виды и методы контроля (надзора) за законностью и справедливостью юридических действий (операций) и решений субъектов, их оформлением с соблюдением процессуальной формы и иными компонентами (элементами) соответствующей технологии юридической аргументации.

В заключение хотелось бы отметить, что в данной статье акцентировано внимание лишь на самых главных компонентах (элементах и процессах) технологии юридической аргументации, которые в настоящее время относятся к наиболее перспективным направлениям исследования в логике, лингвистике, философии, социологии, психологии, этике, юриспруденции и других науках.

**И.В. Колесник**

*Колесник Ирина Валентиновна – кандидат юридических наук,  
доцент, судья Арбитражного суда Ростовской области*

## **Мониторинг как средство аргументации правоприменительной технологии**

Понятие «мониторинг» активно используется в механизмах правотворчества и правоприменения, широко употребляется в различных контекстах научным сообществом при анализе динамики развития экологии, экономики, биологии, медицины, политических и социальных процессов.

По наблюдениям некоторых исследователей, с 1991 года институт мониторинга применялся для правового регулирования различных общественных отношений в более чем 100 федеральных законах<sup>1</sup>.

Традиционно мониторингом признается систематическая, постоянная деятельность, связанная со сбором и анализом информации и направленная на наблюдение за развитием исследуемого объекта с целью выявления и аргументации соответствия его состояния ожидаемым результатам и оценки его развития.

Участники законодательного процесса и правореализационной деятельности осознают необходимость осуществления мониторинга результатов своей деятельности. Однако для того чтобы этот важный для эффективного правового регулирования правовой институт стал общественно значимым явлением, следует рассматривать его во взаимосвязи с полномочиями государственных органов по осуществлению государственного контроля, обеспечивающей его должное положение в государственном управлении. Мониторинг закона, осуществляемый государственными органами и их должностными лицами в силу возложенных на них обязанностей, отличается от аналогичных действий, проводимых иными органами и лицами в силу их волеизъявления (желания), как, например, официальное толкование закона отличается от его неофициального разъяснения.

Мониторинг действия закона должен стать элементом государственного управления, ведущим аргументом, на основании которого уполномоченными органами или лицами должны приниматься соответствующие меры и решения. Поэтому мы полностью разделяем точку зрения тех ученых и практиков, которые считают, что организация и осуществление мониторинга должны стать полномочиями государства<sup>2</sup>. Эта же позиция видна в рассуждениях некоторых исследователей о сущности государственного контроля, который «призван обеспечить нормативно урегулированную деятельность путем анализа и проверки реализации законов и иных правовых актов и обоснованности совершаемых действий»<sup>3</sup>. Таким образом, при осуществлении контроля рассматривается правомерность принятия правовых актов, изучается фактическая ситуация и проводится оценка совершенных действий. Аналогичной точки зрения придерживаются другие исследователи, полагая, что одной из стадий процедуры контроля является стадия принятия решения о применении принудительных мер к подконтрольному объекту<sup>4</sup>.

На наш взгляд, с позиции правоприменительной технологии мониторинг может и должен рассматриваться как средство осуществления государственного контроля планируемого (прогнозируемого), текущего и перспективного состояния и практики применения закона и принимаемых во исполнение этого закона правовых актов, заключающийся в системном и постоянном сборе и анализе информации о состоянии наблюдаемого объекта с целью предотвращения и/или устранения нежелательных последствий его применения.

Такой подход подтверждается российским законодательством, где понятие «мониторинг» довольно тесно сопрягается с различными уточняющими словами-приставками: «мониторинг водных объектов»<sup>5</sup>; «лесопатологический мониторинг»<sup>6</sup>; «мониторинг качества и безопасности пищевых продуктов, здоровья населения»<sup>7</sup>; «государственный мониторинг земель»<sup>8</sup>; «экологический монито-

<sup>1</sup> См.: Некрасов Е.Е. Мониторинг как способ повышения эффективности правового регулирования / Е.Е. Некрасов, И.В. Жужгов // Сборник научных трудов юридического факультета. – Ставрополь, 2004. – Вып. 4. – С. 129.

<sup>2</sup> Мониторинг законодательства и правоприменительной практики // Бюллетень Министерства юстиции РФ. – 2005. – № 8. – С. 9.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Закон – основа стратегии // Президентский контроль. – 2007. – № 8. – С. 3.

<sup>4</sup> Ерицян А.В. Государственный контроль за соблюдением законодательства субъектами предпринимательской деятельности (теоретический аспект) // Государство и право. – 2002. – № 2. – С. 106.

<sup>5</sup> Статья 78 Водного кодекса Российской Федерации от 3 июня 2006 года № 74-ФЗ (в ред. от 19.07.2011) // Российская газета. – 2006. – 8 июня.

<sup>6</sup> Статья 69 Лесного кодекса Российской Федерации от 3 июля 2006 года № 75-ФЗ // Российская газета. – 2006. – 8 июля.

<sup>7</sup> Статья 14 Федерального закона от 2 января 2000 года № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов» // Российская газета. – 2000. – 10 января.

<sup>8</sup> Статья 67 Земельного кодекса Российской Федерации от 25 октября 2001 года № 136-ФЗ (в ред. от 17.07.2011 г.) // Российская газета. – 2001. – 30 октября.

ринг»<sup>1</sup>; «мониторинг водных биоресурсов»<sup>2</sup>. Этот термин применяется и в законодательстве субъектов Российской Федерации<sup>3</sup>.

Каждому виду мониторинга изначально присуща конституирующая, аргументационная функция, отличающая его от других понятий, например, от правовой экспертизы. Эта функция – организованное и систематическое наблюдение за объектом мониторинга в динамике, наблюдение за тем, как этот объект трансформируется в процессе его практического воплощения под воздействием различных внешних и внутренних факторов окружающей действительности. Результаты этого наблюдения, соответственно, и дают материал для последующего анализа и оценки состояния объекта мониторинга: насколько он приспособлен к практической эксплуатации, какие изменения он претерпевает в ходе такой эксплуатации и необходима ли его дополнительная корректировка. По итогам наблюдения, анализа и оценки, осуществляемых в ходе мониторинга, может составляться вероятностный прогноз динамики развития объекта мониторинга, планы его корректировки, сохранения, адаптации к условиям, в которых осуществляется его практическая реализация.

При этом функции анализа, оценки, прогнозирования и коррекции являются вторичными по отношению к функции наблюдения, они базируются на данных, полученных в результате наблюдения объекта, и не всегда в полном наборе присутствуют во всех видах мониторинга, в то время как наблюдение за состоянием объекта в ходе его практической эксплуатации всегда входит в круг функций мониторинга всех видов.

Например, государственный мониторинг земель фактически ограничен функцией *наблюдения* за состоянием земель в ходе их использования, а также функциями *анализа* и *оценки* их состояния на основе данных наблюдения<sup>4</sup>; мониторинг водных объектов и лесного фонда помимо *наблюдения, анализа и оценки* дополнен *прогностической* функцией (на основе данных наблюдения, анализа и оценки субъект мониторинга строит прогнозы состояния и динамики развития объектов наблюдения)<sup>5</sup>; правовой же мониторинг, с точки зрения некоторых ученых, помимо перечисленных имеет еще функцию корректирующего воздействия на объект мониторинга в целях оптимизации его состояния<sup>6</sup>.

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что мониторинг представляет собой определенным образом организованный механизм планомерного и упорядоченного наблюдения, анализа и оценки состояния и развития объекта мониторинга при его реализации на практике под воздействием различных факторов и прогнозирования дальнейшего его развития. Соответственно, правовой мониторинг является одной из разновидностей общего понятия «мониторинг», в связи с чем ему присуща выделенная выше общая функциональная направленность мониторинга (наблюдение за ходом практической эксплуатации объекта мониторинга).

В последние годы происходит становление правового мониторинга как нового вида юридической деятельности, функции органов государственной власти. Этот процесс стимулирует интенсивное развитие правового научного знания о данном явлении. Учеными активно разрабатываются такие научные проблемы, как сущность правового мониторинга, его концепция, методология и т. п. Однако именно аргументационный аспект данной проблематики до настоящего времени остается вне поля зрения правоведов.

Правовой мониторинг представляет собой новый специфический компонент правоприменительной деятельности. Под ним понимается система информационных наблюдений, дающая возможность анализировать и оценивать результаты нормотворческой деятельности, прежде всего законопроектной; качество нормативных правовых актов, принятых тем или иным правотворческим органом в соответствии с предоставленной ему правотворческой компетенцией; эффективность их практического действия<sup>7</sup>. Цель данной деятельности – создание эффективного и, в первую очередь, обоснованного серийей аргументов механизма правового регулирования, обеспечения обратной связи законодателя и общества. И уже сегодня имеются веские предпосылки для признания мониторинга институциональным инструментом государственной деятельности, функцией органов государственной власти.

<sup>1</sup> Статья 63 Федерального закона от 10 января 2002 года № 17-ФЗ «Об охране окружающей среды» // Российская газета. – 2002. – 13 января.

<sup>2</sup> Статья 42 Федерального закона «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» от 20 декабря 2004 года № 166-ФЗ // Российская газета. – 2004. – 25 декабря.

<sup>3</sup> Например, в вопросе осуществления экологического мониторинга посвящен Закон Свердловской области от 9 января 1998 года в редакции от 24 мая 2001 года № 9-ОЗ «Об экологическом мониторинге», понятие «санитарно-гигиенический мониторинг» закреплено в статье 1 Закона Воронежской области от 15 января 2002 года № 2-ОЗ в редакции от 10 июля 2002 года «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения Воронежской области» и в постановлении главы администрации Ростовской области от 24 августа 2000 года № 311 «О проведении санитарно-гигиенического мониторинга в Ростовской области», понятие «мониторинг атмосферного воздуха» закреплено в Законе Воронежской области от 5 июня 2006 года № 55-ОЗ «Об охране атмосферного воздуха на территории Воронежской области».

<sup>4</sup> В статье 67 Земельного кодекса РФ государственный земельный мониторинг понимается как система *наблюдений* за состоянием земель.

<sup>5</sup> В статье 69 Лесного кодекса РФ указано, что мониторинг лесов представляет собой систему *наблюдений, оценки и прогноза* состояния и динамики лесного фонда.

<sup>6</sup> См.: Еремина О.Ю. О правовом мониторинге // Журнал российского права. – 2006. – № 3. – С. 157.

<sup>7</sup> См.: Горохов Д.Б. Правовой мониторинг: концепция и организация / Д.Б. Горохов, Е.И. Спектор, М.Е. Глазкова // Журнал российского права. – 2007. – № 5. – С. 30.

**В.В. Королев**

*Королев Валерий Викторович – кандидат юридических наук, президент Некоммерческого партнерства «Первая саморегулируемая организация арбитражных управляющих», независимый эксперт Министерства юстиции России по проведению экспертизы нормативных актов на коррупциогенность*

## **Интересен ли России законодательный опыт регулирования банкротства физических лиц в США**

В России банкротство физических лиц законодательно не урегулировано. А между тем институт банкротства гражданина рассматривается в развитых правовых системах как один из наиболее эффективных способов защиты граждан, попавших волею обстоятельств в тяжелое материальное положение, который позволяет в один момент очиститься от бремени долгов и начать все сначала. В то время как за рубежом, например, в США или Англии, существуют специальные законоположения о несостоятельности физических лиц, в РФ этот вопрос длительное время остается предметом дискуссий теоретиков, практиков, суда.

Федеральный закон от 19 ноября 1992 года № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»<sup>1</sup> устанавливал признание несостоятельными юридических лиц и граждан-предпринимателей. Гражданским кодексом 1994 года предусмотрена возможность признания несостоятельными физических лиц – индивидуальных предпринимателей, но не физических лиц, не ведущих предпринимательскую деятельность. И только Федеральный закон от 8 января 1998 года № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>2</sup> включил главу 9, регламентирующую несостоятельность (банкротство) граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями. Положения о несостоятельности физических лиц, аналогичные входящим в главу 9 закона 1998 года, воспроизведены в главе 10 в одноименном Законе 2002 года.

Согласно ст. 2 вышеназванного закона 2002 года должником может признаваться, наряду с индивидуальным предпринимателем, и гражданин, не способный удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей в течение срока, установленного законом. К отношениям, связанным с банкротством гражданина, применяются правила, установленные и для юридических лиц – п. 1 ст. 202 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Признаки банкротства частного лица определены в ст. 3 и 6 закона: задолженность составляет не менее десяти тысяч рублей и не исполнена лицом в течение трех месяцев с даты исполнения. Законодатель в случае банкротства граждан придерживается принципа неоплатности, согласно которому сумма обязательств превосходит стоимость принадлежащего ему имущества.

Заявление о признании лица банкротом может быть подано в арбитражный суд как самим должником, так и кредитором или уполномоченным органом. К кредиторам закон относит любое лицо, за исключением тех, чьи долги связаны с требованием о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, о взыскании алиментов, а также лица, чьи требования неразрывно связаны с их личностью. К заявлению прилагается план погашения долгов, копии которого направляются иным лицам, участвующим в процедуре банкротства, включающий срок его осуществления, размеры сумм, ежемесячно оставляемых должнику и членам его семьи для обеспечения их жизнедеятельности, а также суммы, которые предполагается направлять на погашение кредиторской задолженности. При отсутствии возражений кредиторов, суд утверждает предложенный план.

Суд обладает правом (по ходатайству участников процедуры) изменить план погашения долгов. Имущество должника, за исключением того, на которое в соответствии с гражданским процессуальным законодательством не может быть обращено взыскание, составляет конкурсную массу. Общая стоимость исключений не может превышать ста минимальных размеров оплаты труда. Для сохранения имущественной массы в законе предусмотрены положения, согласно которым сделки, связанные с отчуждением имущества за год до возбуждения производства по делу о банкротстве, являются ничтожными. На все имущество, кроме исключенного, судом налагается арест. Рассмотрение дела о банкротстве суд может отложить не более чем на месяц, предоставив лицу возможность рассчитаться с кредиторами. Если требования кредиторов остались неудовлетворенными, принимается решение о признании гражданина банкротом и об открытии конкурсного производства. С этого момента сроки исполнения обязательств гражданина считаются наступившими, прекращаются начисление неустоек, процентов и иных финансовых санкций, прекращается взыскание по всем исполнительным документам,

<sup>1</sup> Российская газета. – 1992. – 30 декабря.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 2. – Ст. 222.



за исключением алиментных требований, а также требований о возмещении вреда жизни и здоровью. В законе определен порядок удовлетворения требований кредиторов: в первую очередь принимаются во внимание платежи по алиментам, возмещению вреда жизни и здоровью, затем – расчеты по выплатам по авторским и трудовым договорам; в последнюю очередь – выплаты по иным долгам. При недостаточности денежных средств они распределяются исходя из очередности, а в рамках одной очереди – пропорционально сумме требований. По завершении расчетов с кредиторами в пределах имеющихся у него денежных средств, гражданин освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов, заявленных в ходе процедуры банкротства.

Гражданин не может быть повторно признан банкротом в течение пяти лет. При повторном признании лица банкротом после завершения расчетов такой гражданин не освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов после завершения процедуры банкротства.

Первый проект отдельного закона о банкротстве физических лиц подготовила в 2000 году Федеральная служба России по финансовому оздоровлению, согласовав его с министерством труда и министерством юстиции. Однако проект не рассматривался Государственной Думой, поскольку не был признан депутатами актуальным<sup>1</sup>.

В очередной раз к теме банкротства физических лиц вернулись в августе 2006 года в связи со значительным ростом долгов по потребительскому кредитованию и недостаточно эффективной работой коллекторских агентств. Начальник отдела регулирования процедур банкротства МЭРТ России Д. Скрипичников заявил, что министерство готовит законопроект о банкротстве физических лиц «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации (в части ведения реабилитационных процедур в отношении гражданина-должника)». Однако до сих пор специальный закон не принят, хотя необходимость в нем подтверждается как законодателями, так и представителями банковских организаций.

В то же время сам подход к решению вопроса о несостоятельности частных лиц, как, кстати, и отдельных видов корпоративных должников, представляется недостаточно аргументированным и создающим сложности для применения. Наличие трехуровневого законодательства о банкротстве вряд ли позволяет утверждать о доскональной проработке каждого законоположения. Скорее наоборот, введение в действие нескольких специальных актов о несостоятельности, присутствие норм о банкротстве в Гражданском Кодексе при их нередкой коллизии и пробельности, порождает противоречивую судебную практику, и заставляет систематически вносить изменения в соответствующие законы. Во многом такая структура законодательства определяется целями, которые с учетом значимости отдельных сфер экономики ставит перед собой государство, проводя процедуру банкротства компаний. В этом смысле в США идеология законодателя относительно принципов банкротства представляется более продуманной: если государство допускает саму возможность применения института несостоятельности в отношении конкретных групп юридических или физических лиц, оно предъявляет к ним тождественные по сути требования, направленные на достижение цели, единой для всего института банкротства. Во многом такой подход связан с наличием одного федерального акта – Кодекса о банкротстве, в котором содержатся общие положения, касающиеся компаний, частных лиц, муниципальных структур, фермеров, представителей иных отраслей народного хозяйства. Представляется, что объединение всех имеющихся разрозненных законов в единый акт – Кодекс о банкротстве РФ, устанавливающий положения о несостоятельности юридических и физических лиц, позволит упростить толкование и применение закона судами.

В США банкротство частных лиц является давней традицией и рассматривается специализированными судами в соответствии с положениями Кодекса о банкротстве, так же как и банкротство компаний. Банкротство физических лиц происходит под контролем федерального управляющего. В то же время он может назначить любое незаинтересованное лицо в качестве доверительного управляющего в деле о банкротстве по главе 13 или вести дело сам<sup>2</sup>.

Законодательство о банкротстве предусматривает различные виды процедур банкротства, зависящие от индивидуальной ситуации гражданина или компании.

Как и в любой системе англо-саксонского права важную роль играют процессуальные моменты: срок, случаи и порядок подачи заявления, сбор и подача необходимых документов, поскольку законодательство предусматривает довольно строгие последствия и ответственность за нарушение процессуальных сроков и порядка, установленных законом.

В зависимости от того, каким образом подано заявление и документы, банкротство физического лица подпадает под регулирование: главы 11 Кодекса о банкротстве и предполагает реорганизацию – процедуру, используемую главным образом компаниями, в которой должник обычно продолжает владеть своим имуществом и вести любую деятельность, но обязан представить кредиторам на рассмотрение план реорганизации, который утверждается судом; главы 7 – непосредственно банкротство в виде ликвидации – процедура, в которой не освобожденные от распродажи активы должника распродаются

<sup>1</sup> Буйлов М. Банкрот по собственному желанию / М. Буйлов, К. Ячеистов // Деньги. – 2000. – № 10.

<sup>2</sup> Ст. 1302 The Bankruptcy Code.

управляющим, а вырученные средства распределяются между кредиторами в соответствии с очередностью, установленной федеральным законом, или главы 13 – реструктуризация долгов для физических лиц, которые имеют устойчивый доход и хотели бы сохранить часть активов. Как показывает статистика, чаще всего физические лица направляют ходатайство о банкротстве по правилам главы 7 и главы 13, и крайне редко используются положения главы 11.

Кодекс о банкротстве в главе 13 содержит механизм урегулирования долгов физических лиц, обладающих регулярным годовым доходом, кроме фондовых брокеров и дилеров. Поскольку американское право предоставляет широкие льготы гражданам, признанным судами банкротами, законодатель считает несправедливым распространять их на лиц, виновных в причинении вреда жизни или здоровью, за исключением случаев, когда этого требуют организации по поддержке жертв насилия.

Заявление в суд о начале процедуры по урегулированию долгов подается самим должником, имеющим необеспеченные долги на сумму не менее 100 тысяч долларов или обеспеченные долги – на 350 тысяч долларов. Должник обязан указать в ходатайстве всех кредиторов с перечнем обязательств, сроки платежей по которым уже наступили или еще предстоят, должников, опись имущества.

Однако в соответствии с Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 (Act of 2005) заявление о банкротстве не может быть подано ранее полуторачасовой беседы с кредитным консультантом, которая должна состояться в течение полугода, предшествующего подаче такого ходатайства. Такая встреча может проходить как по месту подачи заявления, так и по месту проживания должника с разрешения американского федерального управляющего. Следует отметить, что институт кредитных консультантов является новым для процедуры банкротства в США и действует под контролем службы американских федеральных управляющих. Кредитные консультанты назначаются в каждом юридическом округе, поэтому федеральные управляющие практически никогда не делают исключений для должников, кроме случаев, когда такие услуги не могут быть предоставлены из-за физических недостатков или серьезных проблем со здоровьем кандидата в банкроты (ст. 106 Act of 2005). Должнику вменяется в обязанность также пройти платные курсы по личному финансовому менеджменту, для чего создаются агентства по кредитным консультациям. В функции таких агентств помимо обучения должников входит письменное предупреждение последних об уголовной ответственности за сокрытие информации об имуществе и доходах, сообщении о структуре агентств и компетенции каждого подразделении, видах услуг и расценках на них. В то же время информация о должниках и лицах, обратившихся за консультацией в агентство, является конфиденциальной. Законодательство устанавливает гражданско-правовую ответственность за разглашение данных о должнике, в первую очередь за предоставление информации кредитным бюро. Подготовка соответствующих учебных программ, организация курсов во всех юридических округах и контроль за обучением должников возлагается на службу американских федеральных управляющих, руководитель которой обязан систематически предоставлять Конгрессу информацию об эффективности таких образовательных программ<sup>1</sup>.

Act of 2005 расширяет обязанности должника при подаче заявления о банкротстве. Лицо, при процедуре несостоятельности по главе 13, сообщает в суд сведения о доходах за предыдущий налоговый год, ежемесячный средний доход, методику его подсчета, предоставляет документы, идентифицирующие личность должника (водительские права, паспорт), специальную документацию, в том числе и налоговую, для копирования и проверки служащими суда по банкротству или заинтересованными сторонами. Кредиторы уполномочены получать сведения об уплаченных налогах, сделках должника, отданных им долгах, росте его доходов и прибыли, личном ежемесячном валовом доходе. Если должник не представит доверительному управляющему в течение семи дней до первой встречи с кредиторами информацию об уплаченных им налогах или налоговых льготах, ему будет отказано в возможности подать в суд заявление о банкротстве по главе 7 или главе 13.

Ранее вопрос о выборе процедуры банкротства решался судом. Однако Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, нацеленный на применение прежде всего положений главы 13, существенно сузил сферу судейского усмотрения, в результате чего по данным американского института банкротства, соотношение заявлений, поданных по главе 7 и заявлений по главе 13 изменилось в пользу последней.

В отношении каждого, кто подал заявление о добровольном банкротстве, проводится квалификационный тест, который должен дать ответ на вопрос, сможет ли лицо, имеющее постоянный доход, отчислять 25% от его суммарного размера, на оплату необеспеченных долгов. Если его годовой доход соответствует среднему по стране, презюмируется, что он обладает такой возможностью. Однако процедура банкротства по главе 13 может быть навязана лицу и в случае, когда его суммарный доход меньше среднего. При этом обращается внимание, например, на средний доход в конкретном штате. В отдельных случаях суд может уменьшить размер выплат до 20%. Такие выводы делаются из сопоставления суммы доходов и обоснованных расходов лица. На адвоката возлагается обязанность проверять предоставленную должником информацию. В то же время судам следует проявлять снисхождение

<sup>1</sup> Ст. 105 Act of 2005.

к лицам, участвовавшим в военных конфликтах, в которых США были одной из сторон, инвалидам и ветеранам вооруженных сил, если задолженность возникла в период их болезни или службы.

Новый закон базируется на презумпции недобросовестности несостоятельных должников и включения ими в перечень необходимых расходов необязательных платежей. В связи с этим закон предоставляет широкие права Службе внутренних доходов США (IRS) при определении, какие расходы являются разумными и необходимыми для поддержания среднего по стране уровня жизни. Положения Act of 2005 более строгие, чем было до его принятия, и суды обязаны принимать во внимание позицию IRS. При этом все затраты, которые могут оплачиваться из доходов несостоятельного должника, должны ежемесячно документироваться.

К разумно необходимым расходам в настоящее время относятся те, что связаны с обеспечением безопасности семьи; средства, необходимые на содержание больных и нетрудоспособных членов семьи; расходы на содержание домовладения, документированные затраты на электроэнергию и другие.

Процедура реструктуризации долгов физического лица по главе 13, как уже отмечалось, проводится федеральным доверительным управляющим или под его контролем независимым доверительным управляющим<sup>1</sup>. В соответствии с Кодексом о банкротстве управляющий обязан: отчитываться за все полученное имущество; обеспечить исполнение должником его намерений в соответствии с планом реструктуризации; проводить проверку финансового положения должника; при наличии оснований проверять обоснованность требований кредиторов и противодействовать включению любых необоснованных требований в приложение к заявлению о банкротстве; при необходимости опротестовывать решение об освобождении должника от ответственности; если суд не установит иное, представлять информацию о конкурсной массе должника и об управлении конкурсной массой по требованию заинтересованной стороны; составлять заключительный отчет и подавать заключительный счет по управлению конкурсной массой в суд и федеральному управляющему США<sup>2</sup>. Кроме того в функции доверительного управляющего входит участие в любых слушаниях, касающихся: стоимости имущества, утверждения плана или изменения плана после утверждения; в соответствии с установленными правилами отчуждение денежных средств, полученных или причитающихся к получению в деле по главе 13 Кодекса о банкротстве; оказание должнику консультационной (кроме консультаций по правовым вопросам) и другой помощи при выполнении положений плана; контроль своевременности производимых лицом выплат<sup>3</sup>.

Процедура банкротства нацелена на то, чтобы поставить кредиторов в равные условия, что возможно лишь при полном раскрытии должником информации о своем финансовом состоянии, наличии имущества, размере и видах долгов. В заявлении о банкротстве (bankruptcy petition) должник обязан включать все имеющиеся у него долги, поскольку к неуказанным долгам освобождение не применяется. При подаче заявления кредиторами суд также выдает приказ о защите. Для его получения необходимо приложить перечень обязательств должника, его активов, текущих доходов и текущих расходов, заключение о его финансовом состоянии<sup>4</sup>.

В соответствии с принципом «нового старта» законодательство о банкротстве (ВС) позволяет физическим лицам оставлять у себя определенные активы, которые необходимо перечислить в заявлении, – так называемое изъятие (exemption), и сделать исключения из собственности образующей конкурсную массу (ст. 301 или 303 правило 1015(в)). Любая собственность, а также любые интересы в собственности, которая имеется у кредитора непосредственно перед возбуждением дела могут быть освобождены в соответствии с Кодексом о банкротстве, законами штатов или местными законами, если заявление оформлено надлежащим образом в месте постоянного проживания должника или в месте, где сосредоточены деловые интересы должника, находится его офис либо его имущество<sup>5</sup>.

В случае признания лица несостоятельным должником наступают определенные юридические последствия, влекущие правоограничения как личного, так и имущественного характера. Должник ограничивается в своих перемещениях, не имеет права покидать место открытия конкурсного производства без разрешения суда; в отношении него ограничивается действие норм, охраняющих неприкосновенность переписки; все обязательства вне зависимости от срока исполнения рассматриваются как просроченные; сделки, заключенные в течение года, предшествующего процедуре банкротства, могут быть опротестованы, в первую очередь, заключенные с родственниками или знакомыми.

Законодательство о банкротстве США играет важную роль в жизни американцев, особенно с учетом чрезвычайно широкого распространения потребительского кредита и того факта, что подавляющее большинство жителей США систематически прибегают к его услугам. Собственно говоря, изменения в законодательстве о банкротстве 2005 года явились именно результатом чрезвычайно высокого роста уровня кредиторской задолженности.

<sup>1</sup> Ст. 1302 ВС.

<sup>2</sup> Ст. 1303(b)(1) ВС.

<sup>3</sup> Ст. 1303(b) (2-5) ВС.

<sup>4</sup> Ст. 521(1) ВС.

<sup>5</sup> Ст. 522(в)(2) А.

**Е.С. Кузьменко**

*Кузьменко Елена Сергеевна – кандидат юридических наук,  
доцент кафедры уголовного процесса Нижегородской академии  
МВД России*

### **Фиксация юридических аргументов в процессуальных документах, составляемых на стадии предварительного расследования**

Установление объективной истины по уголовному делу образует основное содержание деятельности органов дознания, следователя, прокурора и суда.

Под истиной в методологии научного познания понимается соответствие знаний, представлений, мыслей, суждений или просто информации объективной действительности. Другими словами, истина представляет собой полное и точное соответствие субъективных суждений исследуемым фактам и обстоятельствам, реальной действительности.

Конкретизируя данное определение применительно к уголовному судопроизводству, под истиной в уголовном процессе следует понимать соответствие выводов органов дознания, следователя, прокурора и суда обо всех существенных обстоятельствах дела (событии преступления, виновности лица и др.) тому, что имело место в действительности.

Установление объективной истины по уголовному делу – основная задача предварительного следствия, дознания и судебного разбирательства, основная и неизменная задача уголовного процесса. Только установив истину, органы предварительного расследования и правосудия могут достичь назначения уголовного судопроизводства, нормативно закрепленного в ст. 6 УПК РФ: разрешить дело по существу, обеспечить правильное применение закона с тем, чтобы каждый совершивший преступление был привлечен к ответственности и подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был осужден.

Говоря об объективной истине, имеется в виду не просто истина, выясненная любыми путями, а истина, подтвержденная объективными фактами, доводами, аргументами, то есть достоверными доказательствами.

Закон в ч. 1 ст. 74 УПК РФ устанавливает, что под доказательствами понимаются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Однако обратившись к иным нормам уголовно-процессуального закона, мы увидим, что закон содержит некое противоречие. С одной стороны, формулировка ч. 1 ст. 74 УПК РФ вполне однозначна: доказательства – это любые сведения. С другой – ст. 88 УПК РФ содержит правила оценки доказательств – каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела. Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт. В ст. 75 УПК РФ отдельно оговорены случаи признания доказательства недопустимыми – ими признаются доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ.

Таким образом, далеко не любое сведение может быть признано доказательством, а только то, которое отвечает всем требованиям, предъявляемым уголовно-процессуальным законом.

Полагаем, более удачной видится формулировка рассматриваемого термина, содержащаяся в УПК РСФСР – доказательствами в уголовном процессе могут выступать только достоверные фактические данные. Это те данные, источник и способ получения которых известен, допустим по закону и проверяем, подтвержденные совокупностью других данных, то есть в конечном счете данные, соответствующие объективной действительности.

Процесс доказывания на стадии предварительного расследования носит удостоверительный характер, то есть результаты познания должны быть зафиксированы следователем (дознавателем) в процессуальных документах, к которым предъявляются соответствующие требования. Универсальным способом фиксации в данном случае являются такие процессуальные документы, как протоколы следственных действий, содержащие необходимую доказательственную информацию по уголовному делу.

Рассматривая юридические аргументы как необходимый элемент процесса доказывания на стадии предварительного расследования, необходимо отметить, что протоколы следственных действий должны отвечать критериям обоснованности и законности.

Обоснованность протокола достигается при соблюдении следующих условий:

- соответствие содержания и формы;
- соблюдение законов логики при расположении структурных элементов (вводной, описательной и заключительной);
- достаточная аргументация и доказательность положений содержания;
- рациональность структуры и содержания;
- в качестве обоснования правовой позиции, выраженной в документе (аргументация), допускаются ссылки только на предусмотренные законом доказательства.

В свою очередь, законность протокола состоит в соблюдении следующих положений:

- использование аргументов и доказательств, предусмотренных законом;
- использование предусмотренной законом формы;
- наличие ссылок на соответствующие нормы уголовно-процессуального закона, регламентирующие подготовку, проведение определенного следственного действия, а также фиксацию хода и результатов его проведения.

Рассмотрим фиксацию аргументов-доказательств подробнее.

Как уже отмечалось выше, основным способом фиксации доказательств на стадии предварительного расследования выступают протоколы следственных действий. В ряде случаев неотъемлемой их частью являются материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации. Уголовно-процессуальный кодекс относит их к категории «Иные документы». И если сами протоколы следственных действий как документы, содержащие процессуальные аргументы, сомнений практически не вызывают, то так называемые приложения к ним – «иные документы» – требуют пояснений.

Необходимо отметить, что вопрос о доказательственном значении фотоснимков, материалов киносъемки, видеозаписи и других результатов применения технических средств долгое время является спорным.

Распространенным является мнение о том, что если они изымаются как готовые предметы в ходе обыска или иного следственного действия, то их следует относить либо к вещественным доказательствам, либо к документам в зависимости от характера доказательственной информации<sup>1</sup>.

Сложнее обстоит дело с оценкой материалов звукозаписи, кино-, видеозаписи и других результатов применения технических средств, изготовленных в процессе следственных действий.

В уголовно-процессуальной науке и практике применения уголовно-процессуального закона дискуссия по этому вопросу не нова. Так, одни авторы полагают, что такие материалы вообще доказательственного значения не имеют, а служат лишь для «пояснения и наглядного усвоения протокола»<sup>2</sup>, относят их к составной части протокола, третьи считают их вещественными доказательствами<sup>3</sup>, четвертые – документами<sup>4</sup>, пятые высказывают мнение о том, что они являются самостоятельным видом доказательств<sup>5</sup>.

По результатам проведенного нами опроса следователей органов внутренних дел единство мнений также не наблюдается. Так, 37 % опрошенных материалы применения технических средств относят к составной части протокола, 19% – к вещественным доказательствам, к документам – 12%. Остальные интервьюеры заявили о том, что процессуальный статус таких материалов не определен и для решения данной проблемы возникает необходимость в совершенствовании закона.

Характерно при этом, что ряд опрошенных рассматривают видеозапись допроса свидетеля как приложение к протоколу допроса, а видеозапись, выполненную оперативным работником в процессе получения объяснений от граждан, либо относят к вещественным доказательствам, либо считают ее отдельным видом документов. Таким же образом определяется и доказательственное значение видеоматериалов – результатов использования технических средств в процессе оперативно-розыскных мероприятий.

Полагаем, здесь имеет место методологическая ошибка. Закон не определяет доказательственное значение материалов киносъемки и видеозаписи, не указывает, к какому виду доказательств они относятся, и как должна определяться их судьба при разрешении дела, а лишь отмечает, что

<sup>1</sup> Карнеева Л.М. Источники доказательств / Л.М. Карнеева, И. Кертэс. – М., 1985. – С. 99.

<sup>2</sup> На это, в частности, в свое время указывал М.С. Строгович. См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1968. – С. 455. Также см.: Кабанов П.П. Процессуальный статус информации, получаемой с помощью научно-технических средств при расследовании преступлений // Актуальные вопросы использования достижений науки и техники в расследовании преступлений органами внутренних дел: Труды Академии МВД СССР. – М., 1990. – С. 15–20.

<sup>3</sup> Силкин П.Ф. Процессуально правовая природа фотоснимков, используемых в доказывании // Совершенствование уголовно-процессуальной деятельности органов внутренних дел. – М., 1984. – С. 106–111.

<sup>4</sup> Палевый Н.С. Кинодокументы как судебные доказательства // Соц. законность. – 1963. – № 4. – С. 23.

<sup>5</sup> Селиванов Н. Правовая регламентация применения научно-технических средств / Н. Селиванов, А. Леви // Соц. законность. – 1979. – № 11. – С. 46.

они прилагаются к протоколам следственных действий. В соответствии с этим многие и считают их приложением к протоколам.

Представляется, результаты применения технических средств являются доказательствами независимо от того кем, когда и при каких условиях они получены, если они соответствуют требованиям относимости, допустимости и достоверности. В силу этого материалы технического документирования, выполненного в рамках проводимой оперативно-розыскной деятельности, также имеют доказательственное значение. Но приложением к протоколам следственных действий они не являются, а именовать их приложением к актам оперативно-розыскной деятельности нецелесообразно, ибо такого вида доказательств нет. Поэтому им в некотором роде искусственно присваивается статус либо вещественных доказательств, либо документов. В результате одинаковые по содержанию и по форме материалы, например, видеозапись допроса и видеозапись объяснений одного и того же лица, приобретают различный юридический статус и различное доказательственное значение.

Как справедливо указывают В.М. Тертышник и С.В. Слинько, результаты применения технических средств, независимо от субъектов и правовой формы применения самих технических средств, имеют свои особенности как доказательства. Во-первых, они непосредственно не находились во взаимодействии с событием преступления, не являются результатом непосредственного отражения последнего в объективном мире (следами преступления), а являются продуктами «вторичного отражения» на искусственных, специально созданных для этого носителях информации. Во-вторых, являются результатом применения технических средств, особенности которых следует учитывать при оценке доказательственного значения фиксируемой с их помощью информации. В-третьих, они обеспечивают фиксацию (документирование) информации без ее кодирования или обобщения, обеспечивая возможность эмпирического познания искомых фактов.<sup>1</sup>

Изложенное дает основание для вывода о том, что фотоизображения, звукозапись, кинематографические материалы, видеозапись и иные результаты применения научно-технических средств в процессе выявления, раскрытия и расследования преступления следует относить к самостоятельному виду доказательств, которые следовало бы именовать «фактические результаты технического документирования». При этом сам процесс технического документирования должен быть подробно регламентирован в уголовно-процессуальном законе, для чего потребуются внесение корректировок в действующую редакцию российского уголовно-процессуального закона.

Безусловно, в рамках одной статьи рассмотрение всех вопросов, связанных с фиксацией юридических аргументов в процессуальных документах, составляемых на стадии предварительного расследования, представляется крайне проблематичным и оставляет значительное пространство для дальнейшего обсуждения.

---

<sup>1</sup> Тертышник В.М. Теория доказательств / В.М. Тертышник, С.В. Слинько. – Харьков, 1998.

**А.Р. Лаврентьев**

*Лаврентьев Александр Рудольфович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Приволжского филиала Российской академии правосудия*

### **Измеримые показатели качества норм права: юридические аргументы**

Вопросы эффективности правового регулирования постоянно находятся в поле внимания общества и специалистов. И если ранее проблемы определения эффективности носили все-таки в значительной степени доктринальный характер<sup>1</sup>, то теперь<sup>2</sup> делаются попытки обосновать наличие неких конкретных индикаторов, критериев, мер, параметров, показателей<sup>3</sup> (далее – измеримых показателей) для отдельных элементов механизма правового регулирования. Сделаны попытки<sup>4</sup> привнести на российскую почву опыт оценки эффективности норм права, применяемый за рубежом<sup>5</sup>.

Иногда предлагаются анекдотические параметры результативности правовой работы органов власти. Так, работу депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ пятого созыва было предложено оценить так: «первое заседание Дума этого созыва провела 24 декабря 2007 года, последнее – 23 ноября 2011 года; за 1 430 дней активной работы парламент рассмотрел 4 326 законопроектов, из которых 1 487 стали законами, таким образом, «производительность» составила 1,04 закона в день, а доля одобренных законов (коэффициент штамповки) – 34,4%. Для сравнения, в Думе четвертого созыва этот коэффициент был равен 21,9%, третьего – 15,8%, второго – 16,4%. Если собрать воедино все принятые Госдумой пятого созыва законы, то получится документ объемом 16 220 страниц (формат А4, шрифт Arial, кегль 10), 5 389 702 слова, 35 213 520 букв. Так как на Госдуму пятого созыва из бюджета было потрачено 15,32 млрд руб., то можно сказать, что каждая написанная ею буква закона обошлась налогоплательщикам в 435 руб.»<sup>6</sup>.

Вопросы исследования эффективности норм права перешли из разрозненных экспериментов в практическую плоскость и стали системными в рамках мониторинга правоприменения. В конце 2007 года при Совете Федерации Федерального Собрания РФ был создан Центр мониторинга законодательства и правоприменительной практики (Центр мониторинга права). В настоящее время наработанный в Центре мониторинга права опыт организации и проведения мониторинга правоприменения распространен на всю Российскую Федерацию. Мониторинг предусматривает комплексную и плановую деятельность, осуществляемую федеральными органами исполнительной власти и органами государственной власти субъектов РФ в пределах своих полномочий, по сбору, обобщению, анализу и оценке информации для обеспечения при-

<sup>1</sup> См., например: *Самощенко И.С.* Некоторые теоретические вопросы изучения эффективности правовых норм / И.С. Самощенко, В.И. Никитинский. – Варна, 1970; *Кудрявцев В.Н.* Эффективность правовых норм / В.Н. Кудрявцев, В.И. Никитинский, И.С. Самощенко, В.В. Глазырин. – М., 1980; *Баранов В.М.* Поощрительные нормы советского социалистического права. – Саратов, 1987; *Поленина С.В.* Качество закона и эффективность законодательства. – М., 1993; *Эффективность закона (методология и конкретные исследования)* / Под ред. Ю.А. Тихомирова, В.М. Сырых. – М., 1997; *Лапаева В.В.* Современное российское законодательство: основные слагаемые эффективности / Под ред. В.С. Нерсисянца. – М., 1999; *Законотворчество в Российской Федерации: Научно-практическое и учебное пособие* / Под ред. А.С. Пиголкина. – М., 2000.

<sup>2</sup> См., например: *Экономический анализ нормативных актов.* – М., 2001; *Правоприменение: теория и практика.* – М., 2008; *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; *Эффективность законодательства в экономической сфере.* – М., 2010.

<sup>3</sup> Более того, ведется спор о значении названных терминов и целесообразности применения того или иного из них. См., например: *Аврутин Ю.Е.* Эффективность деятельности органов внутренних дел: государственно-правовые, социальные и организационные аспекты изучения, оценки, проектирования: Дис... д-ра юрид. наук. – СПб., 1998. – С. 96–97; *Зеленукин А.А.* Проблемы эффективности российского законодательства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 2000. – С. 10; *Абрамова А.А.* Эффективность механизма правового регулирования: Дис... канд. юрид. наук. – Красноярск, 2006. – С. 9; *Мешков Д.Н.* Эффективность воздействия права на отношения личности и государства: Дис... канд. юрид. наук. – Владимир, 2007. – С. 84; *Мамай Е.А.* Эффективность правоприменительных процедур (теория, практика, техника): Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2011. – С. 131–133.

<sup>4</sup> См., например: *Правовые акты: оценка последствий: Научно-практическое пособие* / Под ред. Ю.А. Тихомирова. – М., 2011.

<sup>5</sup> См., например: *Hovenkamp H.* Arrow's theorem: ordinalism and republican government // 75 *Iowa L. Rev.*, 1990; *Farber D.* Law and public choice / D. Farber, P. Frickey. – Chicago, 1991; *Kelman M.* Guide to critical legal studies. – Cambridge, 1992; *Mueller D.* Public choice. – Cambridge, 2003; *Posner R.* Economic analysis of law. – 6 ed. – 2003; *Becker G.* Uncommon sense / G. Becker, R. Posner. – 2007.

<sup>6</sup> *Куколевский А.* 435 руб. за букву закона // *Коммерсантъ-Власть.* – 2011. – 5 декабря. – С. 10.

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

нятия (издания), изменения или признания утратившими силу (отмены) законодательных и иных нормативных правовых актов. Основная цель данной деятельности определена п. 3 Положения о мониторинге правоприменения в Российской Федерации<sup>1</sup> – совершенствование правовой системы Российской Федерации.

Во исполнение названного Указа Президента Российской Федерации Постановлением Правительства Российской Федерации от 19 августа 2011 года № 694<sup>2</sup> утверждена Методика осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации, а Распоряжением Правительства Российской Федерации от 19 августа 2011 года № 1471-р<sup>3</sup> – планы мониторинга правоприменения в Российской Федерации на 2011 и 2012 годы.

В Методике осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации предусмотрена сложная система показателей (см. таблицу 1).

Таблица 1

**Показатели мониторинга правоприменения в Российской Федерации**

№ п/п	Пункт 8 Методики	Пункт 9 Методики	Пункт 10 Методики
		<b>В целях реализации антикоррупционной политики и устранения коррупциогенных факторов</b>	<b>В целях устранения противоречий между нормативными правовыми актами равной юридической силы</b>
	<b>при осуществлении мониторинга правоприменения для обеспечения принятия (издания), изменения или признания утратившими силу (отмены) нормативных правовых актов Российской Федерации обобщается, анализируется и оценивается информация<sup>4</sup> о практике их применения по следующим показателям:</b>		
1.	Несоблюдение гарантированных прав, свобод и законных интересов человека и гражданина		
2.	Наличие нормативных правовых актов Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ, иных государственных органов и организаций, а также муниципальных нормативных правовых актов, необходимость принятия (издания) которых предусмотрена актами большей юридической силы		

<sup>1</sup> Утверждено Указом Президента Российской Федерации от 20 мая 2011 года № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 21. – Ст. 2930.

<sup>2</sup> Российская газета. – 2011. – 24 августа.

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 35. – Ст. 5102.

<sup>4</sup> В соответствии с п. 6 Методики используются:

- а) практика судов общей юрисдикции и арбитражных судов;
- б) практика деятельности федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и иных государственных органов;
- в) информация о практике применения нормативных правовых актов Российской Федерации, поступившая от Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, Уполномоченного Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека, Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка, а также из Общественной палаты Российской Федерации, государственных корпораций, фондов и иных организаций, созданных Российской Федерацией на основании федерального закона;
- г) информация, поступившая от общественных, научных, правозащитных и иных организаций;
- д) информация, почерпнутая из средств массовой информации;
- е) информация, поступившая от граждан;
- ж) информация, поступившая из иных источников.

В соответствии с п. 7 Методики могут быть использованы в том числе:

- а) статистическая информация, получаемая на основе статистических показателей и дополняемая отраслевой статистикой органов государственной власти и иных государственных органов;
- б) социологическая информация, формируемая на основе социологических исследований.



## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

*Продолжение таблицы 1*

3.			Наличие противоречий между нормативными правовыми актами общего характера и нормативными правовыми актами специального характера, регулирующими однородные отношения
4.			Наличие единой понятийно-терминологической системы в нормативных правовых актах
5.			Наличие дублирующих норм права в нормативных правовых актах
6.			Наличие противоречий в нормативных правовых актах, регулирующих однородные отношения, принятых в разные периоды
7.	Несоблюдение пределов компетенции органа государственной власти, государственных органов и организаций при издании нормативного правового акта		
8.			
9.	Искажение смысла положений федерального закона и (или) актов Президента РФ, Правительства РФ, а также решений Конституционного Суда РФ и постановлений Европейского Суда по правам человека при принятии нормативного правового акта		
10.	Несоответствие нормативного правового акта Российской Федерации международным обязательствам Российской Федерации		
11.	Наличие в нормативном правовом акте коррупциогенных факторов		
12.			
13.		Наиболее часто встречающиеся коррупциогенные факторы в нормативных правовых актах	
14.		Количество коррупциогенных факторов, выявленных в нормативном правовом акте при проведении антикоррупционной экспертизы уполномоченным органом	
15.		Количество коррупциогенных факторов, выявленных в нормативном правовом акте при проведении антикоррупционной экспертизы независимыми экспертами	
16.		Сроки приведения нормативных правовых актов в соответствие с антикоррупционным законодательством Российской Федерации	
17.	Неполнота в правовом регулировании общественных отношений		

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Окончание таблицы 1

18.	Коллизия норм права		
19.	Наличие ошибок технико-юридического характера		Наличие ошибок технико-юридического характера в нормативных правовых актах
20.			
21.	Использование положений нормативных правовых актов в качестве оснований совершения юридически значимых действий		
22.	Искажение смысла положений нормативного правового акта при его применении		
23.	Неправомерные или необоснованные решения, действия		
24.	(бездействие) при применении нормативного правового акта		
25.	Использование норм, позволяющих расширительно толковать компетенцию органов государственной власти и органов местного самоуправления		
26.	Наличие (отсутствие) единообразной практики применения нормативных правовых актов		
27.	Количество и содержание заявлений по вопросам разъяснения нормативного правового акта		
28.	Количество вступивших в законную силу судебных актов об удовлетворении (отказе в удовлетворении) требований заявителей в связи с отношениями, урегулированными нормативным правовым актом, и основания их принятия		
29.	Количество и содержание удовлетворенных обращений (предложений, заявлений, жалоб), связанных с применением нормативного правового акта, в том числе с имеющимися коллизиями и пробелами в правовом регулировании, искажением смысла положений нормативного правового акта и нарушениями единообразия его применения	Количество и содержание обращений (предложений, заявлений, жалоб) о несоответствии нормативного правового акта антикоррупционному законодательству Российской Федерации, в том числе о наличии в нормативном правовом акте коррупционных факторов	Количество и содержание обращений (предложений, заявлений, жалоб), в том числе по вопросам понятийно-терминологической системы нормативных правовых актов, наличия в них дублирующих норм и противоречий, а также ошибок юридико-технического характера
30.			
31.			
32.	Количество и характер зафиксированных правонарушений в сфере действия нормативного правового акта, а также количество случаев привлечения виновных лиц к ответственности		
33.			
При необходимости мониторинг правоприменения может быть осуществлен по дополнительным показателям, определяемым федеральными органами исполнительной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации (п. 11 Методики)			

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Очевидно, что предложенная система показателей мониторинга правоприменения сложна и нуждается в совершенствовании. Так, например, показатели «разбиты» на три группы, но при этом дублируются (показатели 7–8, 11–12, 23–24, 32–33) или при сходном фактическом содержании различаются терминологически (показатели 19, 20, 29–31). Из 33 показателей подлежат измерению в цифрах только 9 (показатели 14–15, 27–33), иные показатели измерению, на наш взгляд, не поддаются (например, показатели 1, 5, 6, 9, 10, 17, 18, 21, 22, 25, 26). Достаточно спорно научное обоснование включения в перечень некоторых показателей, так наличие «коллизии норм права» не обязательно выступает дефектом права.

Особое внимание уделим показателю «наличие единой понятийно-терминологической системы в нормативных правовых актах», который считаем недостижимым идеалом в нормотворчестве. Два ярких примера.

Первый: в Проекте федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» были применены сложные термины, попытка упорядочить их сделана в ст. 2, в которой даны определения понятий 19 слов и словосочетаний (дефинитивные нормы). Однако в Проекте закона сохранилось в два раза больше (еще 38) дефинитивных норм (см. таблицу 2).

Таблица 2

**Количество дефинитивных норм в Проекте федерального закона  
«Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»**

№ главы	Количество дефинитивных норм	Слова и словосочетания, в отношении которых даны дефиниции
1	19	Охрана здоровья граждан, медицинская помощь, медицинская услуга, медицинское вмешательство, профилактика, диагностика, лечение, пациент, медицинская деятельность, медицинская организация, фармацевтическая организация, медицинский работник, фармацевтический работник, лечащий врач, заболевание, основное заболевание, сопутствующее заболевание, тяжесть заболевания или состояния, качество медицинской помощи
2	1	Принцип доступности медицинской помощи
5	25	Первая помощь, плановая медицинская помощь, неотложная медицинская помощь, экстренная медицинская помощь, первичная медико-санитарная помощь, скорая медицинская помощь, медицинская эвакуация, паллиативная медицинская помощь, порядок оказания медицинской помощи, стандарт медицинской помощи, медицинские изделия, обращение медицинских изделий, лечебное питание, специализированные продукты лечебного питания, медицинская реабилитация, организация оказания медицинской помощи гражданам при чрезвычайных ситуациях, медицинский осмотр, профилактический медицинский осмотр, предварительный медицинский осмотр, периодический медицинский осмотр, эвтаназия, диспансеризация, диспансерное наблюдение, врачебная комиссия, консилиум врачей, народная медицина
6	3	Момент рождения ребенка, вспомогательные репродуктивные технологии, медицинская стерилизация
7	4	Медицинская экспертиза, военно-врачебная экспертиза, экспертиза профессиональной пригодности, медицинское освидетельствование
8	1	Момент смерти человека
9	1	Аккредитация специалиста
11	2	Персонифицированный учет в медицинской деятельности, медицинская статистика
12	1	Врачебная ошибка
<b>ВСЕГО</b>	<b>57</b>	

Однако при этом многие термины остались либо не разъяснены (здоровье, криоконсервация, искусственное прерывание беременности, трансплантация и др.), либо употреблены далеко не единообразно, а в некоторых случаях и совершенно нелогично. Так, помимо «граждан» субъектами отношений, регулируемых Проектом закона, выступили: граждане Российской Федерации, иностранные граждане, лица без гражданства, человек, каждый, ему, семья, «мужчина и женщина, состоящие в браке», родители, женщины, беременные женщины, одинокие женщины, роженицы, родильницы, кормящие матери, суррогатные матери, мать, отец, член семьи, несовершеннолетние, совершеннолетняя, дети (в том числе разных возрастов: до трех лет, старше трех лет, до четырех лет), дети-сироты, ребенок,

новорожденные, законные представители, родственники, пациенты, физические лица, лица, население, жители, люди, общество, контингент, доноры, живой донор, реципиенты, пациент (реципиент), больные, больной член семьи, инвалиды, «граждане, страдающие заболеваниями», «совершеннолетний, признанный недееспособным», потомство, работники, военнослужащие и приравненные к ним, «лица задержанные, заключенные под стражу, отбывающие наказание в виде ограничения свободы, ареста, лишения свободы либо административного ареста». Предметом отношений выступили также плод, тело, труп, умерший, умерший человек, организм, организм человека, органы и ткани умершего человека. Более того, были сделаны неудачные попытки разделить традиционно применяемые термины, например: помимо термина «несовершеннолетние до достижения восемнадцатилетнего возраста» (ст. 16, ч. 3 и 4 ст. 43 Проекта закона), в ч. 2 ст. 50 Проекта закона различались «несовершеннолетние в возрасте старше шестнадцати лет» и «иные несовершеннолетние в возрасте старше пятнадцати лет». Или в Проекте закона 7 раз (ч. 6 ст. 43, ч. 3, 4, 5, 6 и 7 ст. 62, ч. 1 ст. 63) был приведен перечень «родственников» – это излишнее нормативное дублирование. Тем не менее Проект закона был принят без существенных изменений в терминологии<sup>1</sup>.

Второй пример: осознавая практическую значимость и политико-юридическую актуальность систематизации дефинитивных норм, нами была предпринята попытка<sup>2</sup> обобщения терминологии, применяемой в законодательстве Нижегородской области. Предварительным этапом в систематизации понятийного материала стало создание словаря дефиниций из законодательных актов Нижегородской области. Такая работа была проведена по инициативе Научно-консультативного совета при Законодательном собрании Нижегородской области. Ценность этого вида систематизации законодательства Нижегородской области многопланова:

- стало первым и пока единственным этапом полномасштабной систематизации законодательства Нижегородской области;
- дало максимально полное представление о понятийном аппарате законодательства области, смысле законодательных определений, которые предлагает сам законодатель;
- послужило одной из содержательных и технико-юридических основ дальнейшего развития законодательства Нижегородской области;
- выступило творческой модификацией и содержательной конкретизацией ранее выполненных под эгидой Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации специализированных разработок<sup>3</sup>;
- продемонстрировало законодателям, правоприменителям и всему населению области реальную регулятивную роль определений;
- позволило обнаружить дублирующие дефинитивные нормы регионального законодательства;
- выявило имеющиеся противоречия между функционирующими дефинициями и выработает необходимые меры по их устранению;
- обнаружило существующие в региональном законодательстве пробелы и на этой основе можно сформулировать новые недостающие дефиниции;
- будет способствовать выявлению устаревших дефинитивных норм;
- проявило иерархичность региональных законодательных дефиниций, а значит, покажет системную связь действующих юридических актов;
- показало избыточность (в ряде случаев – недостаточность) дефинитивного регулирования законами Нижегородской области в конкретных сферах юридически значимой деятельности;
- будет способствовать приведению региональных дефиниций в единую систему, гармонично функционирующую во всех отраслях права;
- поможет стандартизировать лексический состав законопроектов;
- позволит установить эффективность реализации дефинитивных норм законодательства субъекта Российской Федерации, определить так называемые «мертвые» законодательные определения;
- выступит ориентиром для правотворческой деятельности органов исполнительной власти области и органов местного самоуправления;
- станет основой научных исследований в сфере юридической техники;
- предстанет базой для организации и усиления практической направленности учебно-воспитательной работы в юридических вузах.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 21 ноября 2011 года № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>2</sup> Нижегородское законодательство в дефинициях: Краткий словарь-справочник / В.М. Баранов, А.Р. Лаврентьев, Л.А. Лукоянова. – Н. Новгород, 2012.

<sup>3</sup> Словарь-справочник понятий и определений модельного законодательства для государств – участников Содружества Независимых Государств. – М., 2006; Единство юридических понятий и определений современного мира. – М., 2006; Собрание дефиниций законодательства субъектов Российской Федерации, находящихся в пределах Северо-Западного федерального округа. – М., 2010.

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

На основе анализа всех действующих в настоящее время законов Нижегородской области<sup>1</sup> был составлен перечень понятий и их нормативных определений. В словарь включено более 900 статей, которые содержат около 1 000 дефиниций. При этом, помимо собственно дефинитивных норм, в словарь включены также определения, в которых содержание понятия дано перечислением составляющих элементов, через дополнительные признаки и (или) классификации. Как правило, дефиниции различных законов совпадают, но есть примеры, когда один и тот же термин раскрывается различным образом. В этом случае к одному понятию приведены различные определения.

Выяснилось, что «наличие единой понятийно-терминологической системы в нормативных правовых актах» не характерно как для отдельных законов, так и законодательства соответствующего уровня правового регулирования, а также то, что данный показатель вряд ли можно отнести к измеримым.

В то же время один из названных показателей мониторинга правоприменения (показатель 2 в таблице 1) не только может, но и должен быть одним из основных измеримых показателей нормотворчества – речь идет о наличии в нормативном правовом акте системы отсылочных норм. Приведем вариант подлежащего измерению анализа отсылочных норм на примере Устава Нижегородской области (см. таблицы 3 и 4).

Таблица 3

### Отсылочные нормы в Уставе Нижегородской области (по органам власти, уполномоченным обеспечить отсылки принятием соответствующего нормативного правового акта)

№ п/п	Орган власти, уполномоченный на принятие соответствующего нормативного правового акта	С другими органами власти	Всего	ИТОГО
1	Законодательное собрание области		83	90
		Иные органы власти области	5	
		Правительство области	1	
		Уполномоченный на ведение реестра имущества государственной собственности области орган исполнительной власти	1	
2	Губернатор области		3	4
		Правительство области	1	
3	Правительство области		8	10
		Законодательное собрание области	1	
		Губернатор области	1	
4	Уполномоченный на ведение реестра имущества государственной собственности области орган исполнительной власти		1	1
		Законодательное собрание области		
5	Орган власти не определен		9	9
<b>Общее количество</b>				<b>111<sup>2</sup></b>

Таблица 4

### Виды отсылок в Уставе Нижегородской области (по источникам права)

№ п/п <sup>3</sup>	Вид источника права	Дополнительный нормативный правовой акт в отсылке	Всего	ИТОГО
1	Устав области		5	16
		Порядок для внесения проектов законов	3	
		Закон области	3	
		Законы области	4	
		Регламент ОЗС	1	
2	Закон области		35	40
		Устав области	3	
		Иные нормативные правовые акты области	1	
		Регламент ОЗС	1	

<sup>1</sup> Из доступных в справочно-правовых системах: 1 651 закон в СПС «КонсультантПлюс», 1 645 – в СПС «Гарант».

<sup>2</sup> В графе «Общее количество» исключены «перекрестные» (включенные в таблицу дважды) ссылки.

<sup>3</sup> Общее количество видов ссылок с учетом дополнительных нормативных правовых актов больше, чем 18 – их 33!

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Окончание таблицы 4

3	Законы области		15	23
		Устав области	4	
		Иные нормативные правовые акты области	4	
4	Законодательное закрепление		1	4
	Законодательное регулирование		1	
	Законодательство области		4	
	Собственное правовое регулирование		1	
5	Трудовое законодательство и законодательство о государственной гражданской службе		1	1
6	Постановления ОЗС		6	6
7	Регламент ОЗС		7	10
		Устав области	1	
		Закон области	1	
		Регламент Правительства области	1	
8	Послание Губернатора области		1	1
9	Договоры, соглашения и иные формы		1	1
10	Соглашения области с федеральными органами исполнительной власти		1	1
11	Реестр имущества государственной собственности области		1	1
12	Регламент Правительства области		2	3
		Регламент ОЗС	1	
13	Акт не указан	определяется ОЗС	4	9
		определяется губернатором области	1	
		определяется губернатором и правительством области	1	
		определяется правительством области	1	
		устанавливается правительством области	1	
		разрабатывается правительством области	1	
14	Правовое регулирование органов государственной власти области		1	1
15	Областные и местные программы		1	1
16	Реестр административно-территориальных образований		1	1
17	Положения, утверждаемые правительством области		1	1
18	Акт не указан и не указан орган, который его принимает		4	4
<b>Общее количество:</b>				<b>111</b>

Вероятно, нужно пересматривать показатели осуществления мониторинга правоприменения и разрабатывать четкие рекомендации по их выявлению. Подобная работа уже проведена в отношении антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов.

В настоящее время предусмотрено проведение обязательной<sup>1</sup> независимой антикоррупционной экспертизы проектов федеральных нормативных правовых актов<sup>2</sup>; утверждена Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов<sup>3</sup>. Антикоррупционная экспертиза<sup>4</sup> проводится Генеральной прокуратурой России<sup>5</sup>, Минюстом России<sup>6</sup>, правовыми службами органов государственной власти<sup>7</sup> и органов местного самоуправления,

<sup>1</sup> Пункт 4.1 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации. Утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 13 августа 1997 года № 1009.

<sup>2</sup> Правила проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов. Утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 года № 96.

<sup>3</sup> Утверждена п. 1 Постановления Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 года № 96.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 17 июля 2009 года № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов».

<sup>5</sup> Федеральный закон от 17 июля 2009 года № 171-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с принятием Федерального закона "Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов"».

<sup>6</sup> Указ Президента Российской Федерации от 18 января 2010 года № 80 «О внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов"».

<sup>7</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 20 февраля 2010 года № 72 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов"».

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

а также институтами гражданского общества и гражданами. В модернизированном правовом регулировании существенно изменилась как группировка (см. таблицу 5), так и количество (см. таблицу 6) коррупциогенных факторов.

Результаты антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов и нормативных правовых актов, вероятно, могут выступить измеримыми показателями (см. показатели 11–16 в таблице 1) при осуществлении мониторинга правоприменения<sup>1</sup>.

Таблица 5

**Сравнение групп коррупциогенных факторов**

Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 96	Постановление Правительства Российской Федерации от 5 марта 2009 г. № 196 (утратило силу)
<b>Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов</b>	<b>Методика проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции</b>
Факторы, устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил	<i>Факторы, связанные с реализацией полномочий органа государственной власти или органа местного самоуправления</i>
Факторы, содержащие неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям	<i>Факторы, связанные с наличием правовых пробелов</i>
	<i>Факторы системного характера</i>

Таблица 6

**Система коррупциогенных факторов**

№ п/п	Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 96	Постановление Правительства Российской Федерации от 5 марта 2009 г. № 196 (утратило силу)	Нормативное объяснение сущности (признаков) проявления соответствующего коррупциогенного фактора
1	Широта дискреционных полномочий		Отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, наличие дублирующих полномочий органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц)
2	Определение компетенции по формуле «вправе»		Диспозитивное установление возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций
3	Выборочное изменение объема прав		Возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц)
4	Чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества		Наличие бланкетных и отсылочных норм, приводящее к принятию подзаконных актов, вторгающихся в компетенцию органа государственной власти или органа местного самоуправления, принявшего первоначальный нормативный правовой акт

<sup>1</sup> См. об этом также: *Павлушкин А.В.* Новый формат конференции по мониторингу законодательства и правоприменения / *А.В. Павлушкин, С.Б. Нанба* // Журнал российского права. – 2010. – № 8. – С. 83–89; *Астанин В.В.* Научно-экспертное сопровождение противодействия коррупции в системе мониторинга правоприменения // Российская юстиция. – 2011. – № 3. – С. 48–51.

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Окончание таблицы 6

5	Принятие нормативного правового акта за пределами компетенции		Нарушение компетенции органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) при принятии нормативных правовых актов
6	Заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий		Установление общеобязательных правил поведения в подзаконном акте в условиях отсутствия закона
7	Отсутствие или неполнота административных процедур		Отсутствие порядка совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка
8	Отказ от конкурсных (аукционных) процедур		Закрепление административного порядка предоставления права (блага)
9	Наличие завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права		Установление неопределенных, трудно-выполнимых и обременительных требований к гражданам и организациям
10	Злоупотребление правом заявителя органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами)		Отсутствие четкой регламентации прав граждан и организаций
11	Юридиколо-лингвистическая неопределенность		Употребление неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера
12	Не предусмотрено	Существование собственно пробела в правовом регулировании	Отсутствие в проекте документа нормы, регулирующей определенные правоотношения, виды деятельности и так далее
13	Не предусмотрено	Отсутствие запретов и ограничений для органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц)	Отсутствие превентивных антикоррупционных норм, определяющих статус государственных (муниципальных) служащих в коррупциогенных отраслях
14	Не предусмотрено	Отсутствие мер ответственности органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц)	Отсутствие норм о юридической ответственности служащих, а также норм об обжаловании их действий (бездействия) и решений
15	Не предусмотрено	Отсутствие указания на формы, виды контроля за органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами)	Отсутствие норм, обеспечивающих возможность осуществления контроля, в том числе общественного, за действиями органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц, государственных и муниципальных служащих)
16	Не предусмотрено	Нарушение режима прозрачности информации	Отсутствие норм, предусматривающих раскрытие информации о деятельности органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц), и порядка получения информации по запросам граждан и организаций
17	Не предусмотрено	Нормативные коллизии (любой вид коллизии, если возможность ее разрешения зависит от усмотрения органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц))	Противоречия, в том числе внутренние, между нормами, создающие для органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) возможность произвольного выбора норм, подлежащих применению в конкретном случае



## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Вначале в режиме эксперимента<sup>1</sup>, а затем на основе федерального законодательства мониторинг правоприменения осуществляют субъекты Российской Федерации. Например, в Нижегородской области обновлена правовая основа мониторинга правоприменения: Положение о мониторинге правоприменения нормативных правовых актов Нижегородской области, принятых Законодательным собранием Нижегородской области<sup>2</sup>; соответствующие планы мониторинга правоприменения, утверждаемые Законодательным собранием Нижегородской области на полугодие (см. таблицу 5); Порядок проведения органами исполнительной власти Нижегородской области мониторинга правоприменения в Нижегородской области<sup>3</sup> и соответствующий План мониторинга правоприменения в Нижегородской области на 2012 год<sup>4</sup>.

Кроме того, в соответствии с Положением о Главном управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации<sup>5</sup>, к полномочиям территориальных органов Минюста России отнесены «подготовка обзоров нормотворчества субъекта (субъектов) Российской Федерации в соответствующей сфере правоотношений», «проведение в установленном порядке мониторинга применения нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Опыт мониторинга правоприменения законов Нижегородской области намного богаче опыта правоприменения подзаконных актов области. В то же время количество законов области, в отношении которых запланировано проведение мониторинга, намного меньше количества принимаемых законов (см. таблицу 7) и заметно снижение интереса к этой деятельности.

Таблица 7

**Общие результаты законотворчества и планы<sup>6</sup> мониторинга законов в Нижегородской области за 2008–2011 годы**

	2008 год		2009 год		2010 год		2011 год		ИТОГО
Принято законов области	197		267		215		200		<b>879</b>
Законов области, включенных в план мониторинга	16	14	10	9	11	9	8	6	<b>83</b>
	30		19		20		14		
	15%		7%		9%		7%		<b>9,5%</b>

Вышеприведенные результаты даны в соответствии с графиком и планами проведения мониторинга законодательства Нижегородской области в 2008–2011 годах. Интересно, что в планы мониторинга Законодательного собрания Нижегородской области включены мониторинги правоприменения закона области в целом и отдельных структурных элементов закона: главы или даже части статьи (например, мониторинг п. 5 ч. 1 ст. 5 Закона Нижегородской области от 7 сентября 2007 года № 123-З «О жилищной политике в Нижегородской области»<sup>7</sup>). Не применяется практика мониторинга отраслей (подотраслей) законодательства и правовых институтов, лишь исключительно редко предусмотрен мониторинг отдельных групп правоотношений (например, мониторинг Закона Нижегородской области от 22 марта 2000 года № 100-З «О создании должностей мировых судей и судебных участков в Нижегородской области» в части судебных участков Нижегородского района<sup>8</sup>). Вероятно, этим можно объяснить отсутствие единой методики мониторинга правоприменения – для каждого закона она утверждается рабочей группой по мониторингу соответствующего нормативного правового акта.

Резюмируем:

1. В современной России вопросы изучения эффективности норм права перешли из доктринальной в практическую плоскость.

<sup>1</sup> В Нижегородской области мониторинг осуществлялся с опережением федерального регулирования – правовую основу мониторинга правоприменения законов на территории Нижегородской области составляли Положение о мониторинге законов Нижегородской области, утвержденное Постановлением Законодательного собрания Нижегородской области от 23 октября 2008 года № 1252-IV, и планы мониторинга законов области на полугодие.

<sup>2</sup> Постановление Законодательного собрания Нижегородской области от 29 февраля 2012 года № 437-V.

<sup>3</sup> Утвержден Постановлением Правительства Нижегородской области от 20 февраля 2012 года № 88.

<sup>4</sup> Распоряжение Правительства Нижегородской области от 14 марта 2012 года № 469-р.

<sup>5</sup> Утверждено Приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 21 мая 2009 года № 147 // Российская газета. – 2009. – 27 мая.

<sup>6</sup> Полные и систематизированные данные о выполнении Планов мониторинга законов Нижегородской области в настоящее время не доступны для анализа. На сайте Законодательного собрания Нижегородской области размещены сведения о результатах мониторинга шести законов, в СПС «КонсультантПлюс» и «Гарант» можно найти отчеты о результатах мониторинга 16 законов Нижегородской области.

<sup>7</sup> Пункт 6 Плана проведения мониторинга законов Нижегородской области во II полугодии 2011 года. Утвержден постановлением Законодательного собрания Нижегородской области от 23 июня 2011 года № 125-V.

<sup>8</sup> Пункт 6 Плана проведения мониторинга законов Нижегородской области во II полугодии 2010 года. Утвержден постановлением Законодательного собрания Нижегородской области от 24 июня 2010 года № 2122-IV.

2. Основным инструментом оценки качества правового регулирования в настоящее время выступает мониторинг правоприменения.

3. Система показателей мониторинга правоприменения утверждена, но она открыта для дополнения и должна быть скорректирована в пользу показателей, подлежащих измерению.

4. В существующей системе показателей мониторинга правоприменения подлежит измерению меньшая часть показателей, но среди них наиболее «отработаны» показатели, связанные с выявлением и устранением коррупционных факторов в нормативных правовых актах.

5. Значительный потенциал представляет исследование отсылочных норм в нормативных правовых актах.

**В.В. Лазарев**

*Лазарев Валерий Васильевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина*

## **Особенности аргументации позиции постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде РФ**

Выступление постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации имеет то общее с другими выступлениями в любом суде любого участника судопроизводства, что оно подчиняется нравственным и общеправовым принципам, следует общим логическим канонам и обусловлено процессуальной компетенцией выступающего.

Должность постоянного представителя Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации – заместителя начальника Правового управления Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации (далее – Представитель) была учреждена специальным Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 2 июля 1998 года № 2734-II ГД<sup>1</sup>. Пунктом 2 данного Постановления на должность назначен доктор юридических наук Лазарев В.В.<sup>2</sup>. С его участием готовилось Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 16 июля 1998 года № 2834-II ГД «Об утверждении Положения о постоянном представителе Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации». Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 16 июля 1998 года № 2833-II ГД были внесены соответствующие дополнения в Регламент Государственной Думы<sup>3</sup>.

Должность постоянного представителя учреждена для представления правовой позиции Государственной Думы в Конституционном Суде РФ (далее – КС). Ранее для выполнения этой функции решением Государственной Думы по каждому делу определялись разные лица – депутаты или приглашенные специалисты. Но практика скоро обнажила ряд недостатков прежней организации. Во-первых, заседания КС не всегда совпадали с сессионной работой депутатов, и потому процесс часто шел без представителя Думы. Во-вторых, не обеспечивались единство и преемственность в проведении позиции. В-третьих, самое главное, депутаты не могли отрешиться от своих фракционных пристрастий, не могли проводить позицию Государственной Думы, если сами они воздерживались от голосования или голосовали против закона, ставшего предметом рассмотрения в Конституционном Суде. Никакого контроля за их работой в качестве представителей законодателя не осуществлялось. Следует также принять во внимание известную напряженность в отношениях законодательной и исполнительной власти и что к тому времени в заседаниях КС принимал активное участие полномочный представитель Президента в КС (должность учреждена Указом Президента от 24 апреля 1995 г.). За юридической аргументацией позиций сторон так или иначе просматривались политические пристрастия.

В названном выше Положении обязанность Представителя определена Государственной Думой в общей форме. Его компетенция и возможности обосновывать позицию законодательного органа вытекают непосредственно из закона. В соответствии с установленным законом порядком Представитель может «дать пояснения по существу рассматриваемого вопроса и привести правовые аргументы в обоснование своей позиции» (ст. 62 ФКЗ). Причем сразу же отметим, что временные параметры правового обоснования позиции не ограничены. Закон установил, что «объяснение стороны выслушивается Конституционным Судом Российской Федерации в полном объеме». Аргументация позиции дается не только в основном выступлении. В соответствии с законом (ст. 66 ФКЗ) по окончании судебного исследования заслушиваются заключительные выступления сторон и для их подготовки может

<sup>1</sup> В одном из интервью Е.Б. Мизулина сообщила неверные сведения, указав, что впервые эта должность учреждена в 2000 году регламентом Государственной Думы. (См.: Закон. – 2006. – № 11. – С. 13).

<sup>2</sup> Освобожден от должности Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 12 сентября 2003 года № 4315-III ГД. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 2 июля 1998 года № 2734-II ГД признано утратившим силу Постановлением Государственной Думы от 13 февраля 2004 года № 86-IV ГД (здесь и далее автор использует возможности электронной системы «Гарант»).

<sup>3</sup> Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 13 февраля 2004 года № 86-IV ГД названные два Постановления признаны утратившими силу и утверждено новое Положение, которое по существу повторяет предшествующее, но вводит новеллы относительно назначения и увольнения Постоянного представителя, а также его подчиненности.

быть предоставлено дополнительное время. Если после заключительных выступлений сторон Конституционный Суд признает необходимым выяснить дополнительные обстоятельства, имеющие существенное значение для разрешения дела, или исследовать новые доказательства, он выносит решение о возобновлении рассмотрения вопроса.

По окончании дополнительного исследования стороны имеют право на повторные заключительные выступления, но лишь в связи с новыми обстоятельствами и доказательствами. При этом важно учитывать, что в своих заключительных выступлениях Представитель не вправе ссылаться на документы и обстоятельства, не исследовавшиеся Судом.

Следует подчеркнуть, что при обращениях, в которых ставится под сомнение конституционность закона, стороной-ответчиком является законодатель. И, в соответствии с разъяснением Конституционного Суда РФ<sup>1</sup>, сюда относится Государственная Дума, которая по Конституции РФ принимает закон, и Совет Федерации, который так или иначе проявил свою позитивную волю в принятом законе. Но позитивная воля выражена и Президентом, если он не использовал право вето при подписании закона. Если в заседании участвуют представители каждого из названных органов, их позиция, казалось бы, должна быть одна – вновь обосновывать<sup>2</sup> на предмет конституционности принятые и одобренные нормы. Аргументация может быть разной, но в выводе должно быть единство. Между тем практика давала и дает и иные примеры. Довольно часто судьи уточняли, например, у представителя Совета Федерации авторство высказанного им вывода, поскольку документ, которым фиксировалось бы изменение позиции палаты, не представлялся. Таким образом, представителю Государственной Думы всегда приходится строить свою аргументацию с учетом выводов и аргументов других представителей законодателя. Открытые возражения своим коллегам были бы неуместны, поскольку все представляют одну сторону, но в содержательной части своего выступления Представитель обязан оттенить суть расхождений.

Особые сложности в этом отношении возникают и в случае участия, наряду с постоянным представителем, других представителей Государственной Думы. Уже первое дело, с которого началась деятельность автора настоящей статьи, показало всю сложность ситуации. Слушалось дело о конституционности норм Федерального закона о бюджете. В запросе Верховного Суда РФ оспаривалась конституционность части 1 статьи 102 Федерального закона от 26 марта 1998 года «О федеральном бюджете на 1998 год», согласно которой в случае отклонения совокупных поступлений доходов в федеральный бюджет от объемов, предусмотренных данным Федеральным законом, расходы федерального бюджета на 1998 год финансируются Правительством РФ строго пропорционально годовому назначению с учетом фактически полученных доходов федерального бюджета. При этом допускались отклонения от пропорционального финансирования по статьям за каждый квартал не более чем на 5% (за исключением платежей сезонного и единовременного характера), если иное не предусмотрено федеральным законом.

По мнению заявителя, данная норма, поскольку она дает основание Правительству РФ самостоятельно сокращать объем финансирования расходов федерального бюджета на судебную систему в зависимости от состояния доходной части бюджета, противоречит статьям 10, 76 (части 3) и 124 Конституции РФ. Государственную Думу представляли трое: кроме постоянного представителя, депутат от фракции «Яблоко» и депутат от коммунистов. Ни тот, ни другой не отстаивали конституционность принятого Государственной Думой закона. Позиция постоянного представителя сводилась к следующему: «Исполнительные органы нарушили соответствующие предписания законов, в том числе и норму статьи 102, поскольку ее применение в случае уменьшения финансирования судов обязательно, я подчеркиваю, обязательно требует учета статьи 33 Федерального Конституционного Закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 года... реалья, конечно, такова, что поступления в бюджет отклоняются в сторону их уменьшения. Поэтому применительно к финансированию судов сразу же в действие вступает статья 33 Федерального Конституционного Закона «О судебной системе Российской Федерации». Она в полном соответствии со статьей 124 Конституции Российской Федерации гласит в первой части: "Финансирование судов должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом. В части 3

<sup>1</sup> Конституционный Суд Российской Федерации в связи с толкованием отдельных положений статьи 107 Конституции Российской Федерации постановил, что под «принятым федеральным законом» по смыслу части 1 статьи 107 Конституции Российской Федерации понимаются: законы, принятые Государственной Думой и одобренные Советом Федерации в соответствии с частями 1, 2, 3 и 4 статьи 105 Конституции Российской Федерации; законы, повторно принятые Государственной Думой в соответствии с частью 5 статьи 105 Конституции Российской Федерации; законы, одобренные Государственной Думой и Советом Федерации в соответствии с частью 3 статьи 107 Конституции Российской Федерации (Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 1996 г. № 10-П по делу о толковании отдельных положений статьи 107 Конституции Российской Федерации).

<sup>2</sup> Конституционность норм подтверждалась заключениями правовых управлений Государственной Думы, Совета Федерации и администрации Президента. Сам факт принятия закона со всей очевидностью (это аксиома) свидетельствует о том, что законодатель расценивал его соответствующим Конституции.

предусматривается механизм, я обращаю также внимание на эту третью часть, там предусматривается механизм обеспечения этого полного и независимого осуществления правосудия; и, наконец, пункт 5: «Размер бюджетных средств, выделенных на финансирование судов в текущем финансовом году или подлежащих выделению на очередной финансовый год может быть уменьшен лишь с согласия Всероссийского съезда судей или Совета судей Российской Федерации». Общий вывод: «Статья 102 Федерального закона «О федеральном бюджете на 1998 год» не противоречит положениям статьи 124 Конституции Российской Федерации, поскольку в случае увеличения совокупных поступлений, доходов в федеральный бюджет, она напрямую будет служить наиболее полному и независимому осуществлению правосудия, а в случае уменьшения таких поступлений будет действовать специальная норма закона более высокой юридической силы, то есть норма статьи 33 Федерального Конституционного Закона «О судебной системе Российской Федерации»<sup>1</sup>. Конституционный Суд согласился с позицией Верховного Суда, хотя, на мой взгляд, в действительности пороки скрывались в правоприменении – исполнительные органы нарушали действующие нормы.

Дело представлялось особенным еще и по той причине, что все суды, включая и Конституционный, были напрямую заинтересованы в решительном воздействии в сторону увеличения средств на судебную деятельность. Однако по тактическим причинам постоянный представитель умолчал о том обстоятельстве, что признание закона в такой ситуации неконституционным бросит тень на независимость правосудия.

Таким образом, всякий раз, когда возникает ситуация расхождения в позициях представителей законодателя, и тем более представителей одного органа, полагаю недопустимым оглашать в судебном заседании разногласия, а изначальные соображения о неконституционности принятого закона преодолевать путем согласования еще до начала разбирательства. Следует безоговорочно руководствоваться адресованной постоянному представителю нормой: «При рассмотрении конкретного дела Конституционным Судом Российской Федерации постоянный представитель (представители) представляет правовую позицию Государственной Думы, выраженную в принятом ею федеральном законе или в обращении Государственной Думы, направленном в Конституционный Суд Российской Федерации в соответствии со статьей 125 Конституции Российской Федерации, либо в постановлении Государственной Думы Российской Федерации (в решении Совета Государственной Думы), принимаемом по материалам предстоящего рассмотрения дела Конституционным Судом Российской Федерации». Вместе с тем, Положение о постоянном представителе демонстрировало некоторую противоречивость: с одной стороны, оно обязывало «обеспечивать взаимодействие структурных подразделений Аппарата Государственной Думы и представителей Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации в процессе выработки правовой позиции Государственной Думы» и «координировать деятельность иных представителей Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации... назначенных Государственной Думой для участия в рассмотрении Конституционным Судом Российской Федерации конкретных дел», а с другой – «координация» не распространялась на депутатов. Вместе с депутатами Государственной Думы, назначенными представителями палаты в Конституционном Суде РФ при рассмотрении конкретного дела, постоянный представитель обязан «вырабатывать порядок представления правовой позиции Государственной Думы по данному делу». Другими словами, решать вопросы, кому выступать первым, выступать ли с заключительным словом и т. п. Между тем гораздо важнее заранее обговорить то, кто из представителей сделает акценты на определенных положениях и с какими аргументами. Отсюда, кстати, приобретают значение некоторые нюансы в произнесенных речах, в частности, пробелы в аргументации<sup>2</sup>.

Аргументация представителя часто излагалась через призму решений профильного комитета Государственной Думы, а в некоторых случаях за основу выступления брались не действующие нормы старого закона, а нормы законопроекта, прошедшего одно или два чтения. Точка зрения самого постоянного представителя могла прозвучать только тогда, когда напрямую задавался вопрос конституционным судьей. Но и в этом случае делались оговорки об официальной позиции.

На мой взгляд, приходится различать конституционность концептуального решения вопроса и соответствие Конституции приводимых в обоснование концепции аргументов. Представитель относительно свободен в выборе аргументации. Однако если возникает вопрос о концептуальном решении, когда оспаривается конституционность федерального закона, то уже по формальным (процессуальным) соображениям должно выстраиваться и проводиться единая официальная линия представителей Государственной Думы, Совета Федерации и Администрации Президента РФ, по возможности зафиксированная в документах. При этом и вывод о конституционности принятого закона может быть

<sup>1</sup> Архив Конституционного Суда РФ.

<sup>2</sup> Замечу попутно о целесообразности опубликования по определенным, наиболее значимым делам всех материалов, дающих целостное восприятие различных подходов к решению существенного правового вопроса. И решение Суда, и речи сторон, и особое мнение по отдельности страдают определенной неполнотой и, как следствие, односторонностью.

поколеблен в силу новых или открывшихся обстоятельств. Тем более, что при принятии закона могли быть оговорки, Совет Федерации мог не одобрить закон, Президент мог использовать право вето и т. д.

Представляются важными как содержательный анализ тех или других особенностей выступления Представителя, так и процессуальные аспекты. Прежде всего, отметим некоторые моменты общего характера. Так, возникает вопрос о тождественности текста выступления и содержательной части аргументации позиции Представителя. С моей точки зрения, в принципе, в идеале, если отвлекаться от некоторых вступительных и заключительных фраз, они идентичны. В противном случае есть опасность бессодержательного, пустого выступления (отсюда выражение «лить воду»), выступления ради выступления. Спрашивается, а могут ли быть в выступлении «лирические» отступления? Да, но в той мере, в какой они психологически убеждают судей в определенной позиции, в какой образность способствует проникновению в глубины истины. Главным, однако, остается подчас весьма сухой юридический анализ правовой материи, кройка и перекройка ее по конституционным выкройкам и лекалам. Припоминается, как один из выступавших получил замечание председательствующего, когда он пытался показать президента в качестве парящего орла. Прекрасное образное видение действий высокого должностного лица (полета его), схватывающего всю предметную фактологию в целях принятие социальных и юридически выверенных выводов, но юристы остаются юристами и для них чистый формально-юридический анализ свят. А в качестве позитивно воспринятого председательствующим «лирического» отступления приведу ссылку на Конфуция, который как-то заметил «Если я даже ничего не знаю о предмете, я охарактеризую его с двух сторон». Действительно, никакая аргументация не может быть односторонней, даже одноклеточную амебу характеризуют с разных сторон. В данном случае представителю был задан вопрос, на который с оговоркой о значимости вопроса, о том, что он не был предметом изучения и со ссылкой на Конфуция, последовала развернутая аргументация отстаиваемой позиции.

Какую цель преследует выступление с его аргументацией? Ответ напрашивается простой: установление истины. Однако много рифов подстерегает нас в этом вопросе. Не случайно в последнее время вновь обострилась дискуссия о поиске истины в суде и об усилиях в этом деле самого суда. Проблема поставлена законопроектом, подготовленным Следственным комитетом и озвученным в средствах массовой информации его руководителем<sup>1</sup>. Предлагается в УПК РФ вернуться к редакции нормы прежнего УПК, в которой на суд возлагалась обязанность искать истину по делу. Решительные возражения на этот счет исходят от адвокатского сообщества<sup>2</sup>. И, хотя полемика ведется вокруг поиска истины в суде общей юрисдикции, да к тому же в рамках уголовного судопроизводства, она имеет прямые выходы на общеправовые, общетеоретические и отраслевые вопросы отправления правосудия, **на все процессы аргументирования соответствующих позиций.**

Мы исходим из того, что различаем поиск истины фактической и истины юридической. Не случайно теоретики выделяют стадии в правоприменении: установление фактических обстоятельств и установление юридической основы дела. Опускаем здесь вопрос о достижении истины, о возможности установить абсолютную истину и ограничиваемся тем, что к этому надо стремиться. Не может быть сосчитанной бесчисленности, но на этом основании никто не отказывается считать.

Конституционное правосудие весьма существенно отличается в отношении поиска истины.

Во-первых, задача установления ее возлагается непосредственно на суд. В процессе участвуют стороны и, казалось бы, у суда одна задача – смотреть у какой стороны больше представлено документов, насколько полно аргументирована позиция и т. д., и т. п. То есть исходить в полной мере из принципа состязательности. И, если ответчик «сплоховал», недостаточно заинтересован в исходе дела, он расплачивается отрицательным для него решением. Однако конституционное правосудие строится на противоположной посылке. Здесь суд – основное действующее лицо. И если ответчик не явится в суд, не представит вообще своих аргументов, не позаботится об экспертных заключениях и так далее – мало что изменится. Суд все возьмет на себя. Более того, и заявитель может ограничиться минимальным набором аргументов, тех, без которых процесс не может идти (см. ст. 37 ФКЗ о Конституционном Суде РФ). Суд и за эту сторону будет искать доказательства обоснованности обращения. Правильно ли это? Да, поскольку дело всегда публичное, интересы той и другой стороны всегда публичны. Правильно ли это всегда? Не уверен, поскольку имеют место обращения граждан, так или иначе связанные с направленными против них действиями государственных чиновников (органов). В таких ситуациях (условно поименуем их исками против государства) граждане должны сами тщательно заботиться о доказательствах и представлять только им известные свидетельства (документы). Конституционный

<sup>1</sup> См.: <http://www.sledcom.ru/blog/detail.php?ID=90815#comments>

<sup>2</sup> Вопрос, в частности, обсуждался на специальном заседании Научно-консультативного совета Федеральной палаты адвокатов, где в присутствии авторов законопроекта основной докладчик Г.М. Резник и его коллеги подвергли законопроект строгому критическому анализу. См.: <http://www.advgazeta.ru/newsd/336>; <http://www.advgazeta.ru/arch/120/818>

суд вправе (и постоянно это право использует) запросить все необходимые для решения дела материалы и в силу статьи 50 ФКЗ «требования Конституционного Суда Российской Федерации о предоставлении текстов нормативных и других правовых актов, документов и их копий, дел, сведений и других материалов; о заверении документов и текстов нормативных актов; о проведении проверок, исследований, экспертиз; об установлении определенных обстоятельств; о привлечении специалистов; о даче разъяснений, консультаций и об изложении профессиональных мнений по рассматриваемым делам обязательны для всех органов, организаций и лиц, которым они адресованы».

Во-вторых, особенностью конституционного судопроизводства является то, что упор (акцент) делается на установлении юридической истины. Такой вывод вытекает из содержания ч. 2 ст. 36 ФКЗ, гласящей: «Основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции Российской Федерации закон, иной нормативный акт, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор, или обнаружившееся противоречие в позициях сторон о принадлежности полномочия в спорах о компетенции, или обнаружившаяся неопределенность в понимании положений Конституции Российской Федерации...». Иногда даже считают, что Конституционный Суд РФ не устанавливает фактическую сторону вопроса. Это не совсем так. Статья 3 ФКЗ, определяющая компетенцию Суда, представляется нам до известной степени противоречивой. С одной стороны, «Конституционный Суд Российской Федерации решает исключительно вопросы права», а с другой, здесь же содержится положение: «Конституционный Суд Российской Федерации при осуществлении конституционного судопроизводства воздерживается от установления и исследования фактических обстоятельств во всех случаях, **когда это входит в компетенцию других судов или иных органов**» (курсив наш – В.Л.). Однако есть такие обстоятельства, установление которых напрямую не входит в компетенцию каких-либо органов, и Суд не может уклониться от их установления. Более того, без оценок определенных фактов невозможно принять правильное решение. Науке известно, например, историко-политическое толкование законодательных актов, которое напрямую предполагает установление и исследование определенных фактов, сопровождающих принятие закона. Конституционный Суд, равно как и все участники процесса, широко использует этот прием. В перечне оснований к рассмотрению дела в Конституционном Суде РФ значится «выдвижение Государственной Думой обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления» (ст. 36 ФКЗ). И хотя речь идет только «о даче заключения о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления» (ст. 108 ФКЗ), можно предположить, что такого рода конституционный процесс коснется установления определенного рода фактов. Таким образом, если даже основное внимание и сосредоточено на юридической материи, все-таки в понимании этой последней имеют значение факты прошлого, настоящего и даже гипотетические факты будущего. Это факты и обстоятельства принятия закона, внесения в него поправок, голосования по ним и так далее на предмет выявления воли, заложенной в этот закон, что является неперенным условием для суждений о его конституционности. Кстати, и факты, имеющие процессуальное значение не может обойти вниманием Конституционный суд. Например, факт отказа в рассмотрении обращения, факт состоявшегося рассмотрения дела гражданина в других органах, факт рассмотрения его дела в ЕСПЧ и др. Все эти факты сами по себе имеют юридическое значение, хотя бы затем, в рассмотрении их по существу, вновь внимание сосредотачивалось на юридическом анализе имеющего место быть.

Однако вопрос о конституционности норм часто связан и с должным, с вопросом, как должно быть. Разумеется, Конституционный Суд не может подменить законодателя и установить, например, размер штрафа или сумму пособия. Вместе с тем, Представитель в обоснование своей позиции о конституционности норм может приводить фактические данные, на основании которых профильный комитет Государственной Думы приходит к определенным выводам.

Проблема установления юридической истины не менее, если не сказать, более сложна, чем установление истины в фактической стороне дела. В общем, можно сразу сказать: юридическая истина всегда относительна. Именно этим во многом объясняется разное понимание закона, разная интерпретация выносимых Конституционным Судом решений и, более того, неприятие отдельных из них, как необоснованных, несправедливых (неистинных).<sup>1</sup> В качестве примера сошлюсь на многообразные толкования и оценки старой и новой редакции статьи 90 УПК РФ «Преюдиция» и соответствующего

<sup>1</sup> См.: Скобликов П.А. Преюдиция актов арбитражных судов в уголовном процессе: новое прочтение // Журнал российского права. – 2009. – № 2; Лазарев В.В. Прецедентное решение Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. – 2009. – № 9; Афанасьев С. Преюдиция или процессуальный капкан // Новая адвокатская газета. – 2010. – № 7; Резник Г.М. Не дать преюдиции стать капканом // Новая адвокатская газета. – 2010. – № 10; Петров А. Дорога в ад вымощена благими намерениями // Новая адвокатская газета. – 2010. – № 10; Лазарев В. Не предрешать виновность лиц // Новая адвокатская газета. – 2010. – № 12; Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. – М., 2012. – С. 181–198.

Определения Конституционного Суда РФ от 15 января 2008 г. № 193-О-П. Идет ли речь (в Определении Суда) о межотраслевой преюдиции или просто о способах преодоления презумпции законности судебных решений, вынесенных арбитражным судом, и может ли служить межотраслевой преюдиция, закрепленная в действующей норме УПК, интересам правосудия – вот суть разных подходов. Относительность истинности суждений о конституционности тех или других норм обусловлена еще и тем обстоятельством, что сама Конституция содержит нормы высокой степени абстракции, позволяющие по-разному конкретизировать их в текущем законодательстве и, тем более, выводить разный смысл в процессе правоприменения.

Сказанное, во-первых, настоятельно диктует следование принципу состязательности в конституционном судопроизводстве. Во-вторых, требует от Представителя всесторонней взвешенности приводимых им аргументов и, в-третьих, внимательного отношения к аргументам другой стороны.

При более глубоком погружении в проблему, мы упираемся в спорные вопросы истинности норм. И вновь многое зависит от понимания права: одно дело, когда правом считают сущее и другое – если право суть нормы должностования. Истинность подзаконного акта могут усматривать в его соответствии закону; истинность закона в соответствии конституции, но неизбежно в таком случае возникает вопрос об истинности норм конституции. Однако такого рода суждения (аргументы), допустимые в Государственной Думе, исключаются в зале Конституционного Суда.

В своей речи (в аргументации своей позиции) Представитель должен учитывать пределы компетенции суда<sup>1</sup> и его возможности в рамках компетенции. Нельзя, например, не учитывать, что Председательствующий в заседании в соответствии со ст. 58 ФКЗ «...прерывает выступления участников процесса, если они касаются вопросов, не имеющих отношения к разбирательству, лишает их слова при самовольном нарушении ими последовательности выступлений, двукратном неисполнении требований председательствующего, использовании грубых или оскорбительных выражений, провозглашении преследуемых по закону утверждений и призывов». Так в принципах конституционного судопроизводства (статья 29 ФКЗ) значится: «Решения и другие акты Конституционного Суда Российской Федерации выражают соответствующую Конституции Российской Федерации правовую позицию судей, свободную от политических пристрастий». Отсюда вытекает исключение политической аргументации из речи Представителя, хотя бы при этом и имелось в виду (имело место в реалии), что оспариваемый закон являлся победой некой политической фракции Государственной Думы. Статья 62 ФКЗ лишает Представителя права «использовать свои выступления в Конституционном Суде Российской Федерации для политических заявлений и деклараций».

Кстати, играет свою роль и психологическая сторона доведения аргументов до сознания судей. Конституционный Суд в этом отношении напоминает суд присяжных. С той существенной разницей, что судьи являются специалистами высшей квалификации. На мой взгляд, есть много негативного в том, что сужены рамки публичных (открытых) заседаний, что, напротив, расширены возможности заседаний без проведения слушаний (см. порядок, установленный статьей 47.1 ФКС). И не только в смысле некой закрытости информации, но и в том, что стороны не имеют в таких процессах всех возможностей убедить судей в правильности соответствующего решения. Сам по себе факт высокого профессионализма судей не перечеркивает преимуществ публичного, состязательного процесса. Аргументы сторон часто напрямую входят в итоговое решение суда и вопросы судей участникам процесса, перекрестные вопросы последних, публичные вопросы экспертам – все это входит в арсенал доказывания (аргументации) соответствующей позиции. По меньшей мере, три из пяти принципов деятельности КС, предусмотренных в статье 5 ФКЗ о нем, ставятся под сомнение в случае так называемого письменного производства по делу.

Вновь подчеркнем, что конституционное судопроизводство предполагает полемику. Полемику между сторонами, полемику с экспертами<sup>2</sup>. Это состязательное судопроизводство. И, хотя в отличие от других видов судопроизводства, здесь не оценивается фактическая сторона дела, и даже не идет дискуссия об эффективности или неэффективности норм, их целесообразности или нецелесообразности, полемике место в осмыслении юридической сторона дела. Это высокоинтеллектуальная теоретическая работа по системному толкованию конституционных норм в неразрывной связи с нормами отраслевыми и сложившейся практикой их реализации. Кстати, многие речи уместно строить именно в том направлении, чтобы показать неконституционность правоприменительной практики, склады-

<sup>1</sup> См., например, статьи 86, 94, 99 о пределах проверки по определенным обращениям в Суд, а также нормы о допустимости соответствующих ходатайств.

<sup>2</sup> В последнее время получила распространение практика экспертиз по так называемым экстремистским делам. Представляется, что, в отличие от научно-технических экспертиз, экспертиза материалов на предмет их экстремизма является по своей сути правовой и, более того, во многом конституционно-правовой, поскольку затрагивает права и свободы человека и гражданина. Между тем признание материалов экстремистскими происходит фактически в бесспорной процедуре на основании заключений лингвистов и психологов, когда прокуроры и судьи следуют им механически (см. подробно: Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. – М., 2012. – С. 74–76, 88–90, 118–119).



вающейся в результате ошибочной интерпретации закона. Сам закон часто можно так «повернуть», что у его «потребителей» – у граждан или их объединений складывается впечатление о неконституционности самого закона. Они идут в Конституционный Суд. Суд принимает обращение к производству в том числе и для того, чтобы развеять все сомнения в неконституционности норм в ходе строгой судебной процедуры. В Федеральном Конституционном Законе о Конституционном Суде предусмотрены основания отказа в принятии обращения<sup>1</sup>, основания прекращения производства по делу и т. д. Представители законодателя должны в первую очередь обращать на них внимание, с тем, чтобы отвести негативные оценки действующих норм. Иногда законодателю уместно ускорить работу по рассмотрению новых норм и в таких условиях Конституционный Суд вынужден будет ждать завершения законодательного процесса. Предварительный конституционный контроль (проверка конституционности законопроектов) в России исключается.

В качестве общего итога констатируем следующее. Особенности выступления постоянного Представителя Государственной Думы в Конституционном суде РФ обусловлены:

- 1) Особенным правовым положением Представителя;
- 2) Спецификой судебного учреждения и спецификой процедуры конституционного судопроизводства;
- 3) Особенности правовой основы доказательственной деятельности конкретного субъекта в данной судебной инстанции;
- 4) Спецификой цели конституционного судопроизводства, направленного на установление юридической истины.

---

<sup>1</sup> В соответствии с законом, Конституционный Суд Российской Федерации принимает решение об отказе в принятии обращения к рассмотрению в случаях, если: 1) разрешение вопроса, поставленного в обращении, не подведомственно Конституционному Суду Российской Федерации; 2) обращение в соответствии с требованиями настоящего Федерального конституционного закона не является допустимым; 3) по предмету обращения Конституционным Судом Российской Федерации ранее было вынесено постановление, сохраняющее свою силу, за исключением случаев, предусмотренных статьей 47.1 Федерального конституционного закона о Конституционном Суде РФ.

В случае если акт, конституционность которого оспаривается, был отменен или утратил силу к началу или в период рассмотрения дела, начатое Конституционным Судом Российской Федерации производство может быть прекращено, за исключением случаев, когда действием этого акта были нарушены конституционные права и свободы граждан.

**М.В. Лапатников**

*Лапатников Максим Владимирович – кандидат юридических наук, преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России*

### **Явка с повинной как аргумент виновности лица в уголовном судопроизводстве**

В настоящее время явка с повинной имеет важное процессуальное значение как для раскрытия преступления, так и как смягчающее обстоятельство при назначении наказания. Кроме того, явка с повинной может выступать в качестве повода для возбуждения уголовного дела. Однако явка используется не только в вышеуказанных ипостасях, но и как доказательство вины. Условия ее принятия и критерии оценки в качестве доказательства в законе не закреплены, что порождает сложности на практике и судебные ошибки. По сути, процедура получения явки с повинной отдана на «откуп» сотрудникам правоохранительных органов, что, по нашему мнению, создает потенциальные условия для злоупотреблений со стороны представителей стороны обвинения.

Особую актуализированность этому вопросу придает то, что суды при аргументации виновности лица ссылаются на явку с повинной, в том числе и в ситуации отказа обвиняемого/подсудимого от признательных показаний. В этом случае явка с повинной противопоставляется показаниям лица как более достоверное доказательство его вины. Однако может ли считаться приемлемой данная позиция суда в условиях, как мы указывали выше, отсутствия какой-либо нормативной регламентации получения явки с повинной.

Анализ судебной практики приводит к выводу о том, что суды зачастую отвергают аргументы стороны защиты о сомнительной достоверности явок с повинной, полученных только при участии сотрудников правоохранительных органов и лица, явившегося с повинной. Так, по уголовному делу № 2-78/04<sup>1</sup>, рассмотренному Нижегородским областным судом, по обвинению Кузнецова, Губанова и Страхова в убийстве защитник Губанова заявил письменное ходатайство об исключении из перечня доказательств явки с повинной Губанова, мотивируя это тем, что она была написана без участия адвоката. Прокурор предложил выяснить обстоятельства получения явки с повинной Губанова и допросить следователя и оперативного сотрудника. Суд удовлетворил данное ходатайство. В результате допроса свидетелей было установлено, что явка с повинной получена без применения какого-либо давления со стороны органов предварительного следствия. В итоге суд постановил отказать в удовлетворении ходатайства защитнику. Кассационная инстанция подтвердила правильность выводов суда первой инстанции. Действующий уголовно-процессуальный закон не требует присутствия адвоката при явке с повинной.

Формально в данной ситуации суд прав. Закон действительно не предусматривает присутствия адвоката и каких-либо иных лиц, однако, прав ли так законодатель в своем «невнимании» к вопросам получения и оценки явки с повинной. И нет ли здесь грубого, существенного нарушения права на защиту? По нашему мнению, если смотреть с точки зрения «духа», а не буквы закона, проверка достоверности получения явки путем допроса заинтересованных лиц (а следователь и оперативный сотрудник, без сомнения, являются таковыми) вряд ли позволяет устранить сомнения в этой самой достоверности.

Следует отметить, что практика признания явки с повинной как обвинительного доказательства формируется и высшей судебной инстанцией – Верховным судом. Так, вердиктом коллегии присяжных заседателей Б. признан виновным в убийстве К. В кассационной жалобе, поданной в защиту осужденного, адвокат просила приговор отменить и направить дело на новое судебное разбирательство, ссылаясь на то, что суд необоснованно не признал явку с повинной Б., написанную после его задержания под диктовку оперативных работников, недопустимым доказательством.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда РФ доводы и жалобы адвоката в этой части признала несостоятельными и указала, что судом проверялись обстоятельства, при которых Б. была сделана явка с повинной, и суд обоснованно признал явку с повинной допустимым доказательством<sup>2</sup>.

Итак, следственно-судебной практикой явка с повинной, по сути, приравнивается к показаниям подозреваемого и обвиняемого, но при этом к ней не предъявляются такие жесткие правила, как

---

<sup>1</sup> См.: Архив Нижегородского областного суда, 2004, уголовное дело № 2-78/04.

<sup>2</sup> См.: Кассационное определение Верховного суда РФ от 29 июня 2006 года по делу № 9-о06-39сп.

к вышеуказанным показаниям. Вряд ли следует сомневаться, что это выгодно скорее стороне обвинения, чем ее процессуальному противнику. И хотя автор по долгу службы сам (потенциально) относится к представителям стороны обвинения, думается, что здесь все же не следует «вместе с водой выплескивать и ребенка».

Анализ нормативных основ явки с повинной позволяет выделить следующие условия ее принятия:

а) добровольность. Согласно ст. 142 УПК РФ, заявление о явке с повинной – добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении, которое может быть сделано как в письменной, так и в устной форме. То есть лицо должно принять решение о явке самостоятельно, без какого-либо внешнего давления;

б) неизвестность. Преступление, о котором сообщается в явке, не должно быть известно правоохранительным органам. Кроме того, на практике допускаются случаи, когда органам уголовного преследования известно о преступлении, но не установлено лицо, его совершившее. Также, по нашему мнению, обоснованной является позиция, согласно которой явкой с повинной можно считать и заявление лица, находящегося в розыске за совершение преступления, но не знающего об этом, если оно добровольно явилось в правоохранительные органы<sup>1</sup>;

в) явка с повинной должна быть составлена в присутствии самого лица, явившегося с повинной. Весьма спорным представляется вывод о том, что явка с повинной не предполагает обязательного личного и непосредственного обращения соответствующего лица в прокуратуру, органы следствия или дознания. Заявление может быть представлено и через его близких, знакомых, адвоката и т. д.<sup>2</sup>

Такое обращение лица не может расцениваться как явка с повинной, поскольку не свидетельствует о действительном желании лица оказать содействие органу предварительного расследования в установлении обстоятельств совершения преступления. Оно предполагает лишь начало добровольного сотрудничества лица с правоохранительными органами, возможность проведения с его участием ряда следственных действий – осмотра места происшествия, проверки показаний на месте и т. д. Для признания сообщения добровольным необходимо присутствие самого лица, которое подтвердит свое волеизъявление не только подписью в указанном документе, но и участием в следственных действиях.

Вывод о том, что явка с повинной может иметь место без непосредственного обращения лица в правоохранительные органы, помимо прочего, противоречит разъяснениям Пленума Верховного Суда РФ, содержащимся в Постановлении от 11 января 2007 года № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» (далее – Постановление Пленума ВС РФ № 2). В пункте 7 данного постановления указано: явка с повинной в качестве обстоятельства, смягчающего наказание, учитывается в тех случаях, когда лицо в устном или письменном виде добровольно сообщило органу, осуществляющему уголовное преследование, о совершенном им или с его участием преступлении (ст. 142 УПК РФ). Таким образом, сообщение предполагает личное участие.

Больше никаких требований к явке с повинной уголовно-процессуальный закон не содержит, в том числе и к оформлению. Лица, подающие такое заявление, могут назвать его сообщением, обращением и т. п.

Достаточно ли данных требований для того, чтобы приравнивать явку с повинной к показаниям? На наш взгляд, такая точка зрения не может быть признана правильной. Явка с повинной не должна приравниваться к показаниям подозреваемого и обвиняемого, получение которых имеет ряд процессуальных особенностей (они отражены в ст. 76, 77 УПК РФ). Данная специфика не распространяется на заявление лица, которое на момент написания явки с повинной не имеет статуса подозреваемого, обвиняемого или иного участника процесса, а уголовное дело, возможно, еще не возбуждено.

Явка с повинной принимается не только следователем, но и дежурным отделения милиции, оперативным сотрудником, фактически любым работником правоохранительных органов, к которому лицо обратилось с заявлением о совершенном преступлении.

В этой связи абсолютно права В.А. Лазарева, которая указывает, что «явка с повинной, то есть добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении, может быть рассмотрена в качестве доказательства лишь при условии, что это лицо впоследствии подтвердит свое признание, поскольку при подписании явки с повинной лицу не обеспечивается право на защиту»<sup>3</sup>. Как она же писала ранее: «В противном случае предусмотренные статьей 75 УПК РФ гарантии обесмысливаются. Допрос обвиняемого становится не нужным, поскольку он легко может быть заменен признанием, полученным вне законной процедуры, что и демонстрируют приведенные судебные приговоры»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Энциклопедия уголовного права: В 35 т. / Под ред. В.Б. Малинина. – СПб., 2008. – Т. 9. – С. 349.

<sup>2</sup> Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / Под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. – М., 2007.

<sup>3</sup> Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. – М., 2010. – С. 187.

<sup>4</sup> Лазарева В.А. О некоторых обвинительных тенденциях в судебной практике и эмансипации процессуальной формы доказательств // Материалы международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения» (к 5-летию УПК РФ). – М., 2007. – С. 234.

Статья 75 УПК РФ гарантирует человеку право на молчание. В соответствии с этой статьей, показания обвиняемого в ходе досудебного производства, полученные в отсутствие защитника, не могут использоваться в качестве доказательства при неподтверждении их обвиняемым в суде. И хотя конструкция данной нормы не может быть признана удачной, судя по позиции Конституционного суда РФ, отраженной в Определении от 14 октября 2004 года № 326-0: ст. 142 УПК РФ, ее положения распространяются и на явку с повинной. Как указано в вышеобозначенном определении, статья 142 УПК РФ «не содержит положений, которые противоречили бы нормам уголовно-процессуального закона, устанавливающим порядок доказывания по уголовным делам, в том числе ст. 75 УПК РФ, и отменяли бы обязательность их соблюдения при оглашении в ходе судебного следствия сделанного заявления о явке с повинной...»<sup>1</sup>.

На практике редко встречаются случаи, когда защите удастся убедить суд в сомнительности добровольности получения явки с повинной. Суды, как правило, не воспринимают перемену показаний подсудимого и отказ от признания, данного на следствии, когда при явке с повинной соблюдены все формальные условия, тем более, что их крайне мало.

В этой связи думается, что если общество и государство заинтересованы не в обвинительном характере отечественного правосудия, а в более или менее беспристрастном разрешении уголовно-правового спора, необходимо определиться в следующих аспектах относительно явки с повинной:

а) представляется необходимым закрепить в уголовно-процессуальном законе процедуру принятия заявлений о явке с повинной, включая вопрос об обеспечении права на защиту. И хотя присутствие адвоката само по себе не гарантирует надежную защиту от злоупотреблений, полагаем, что это был бы шаг вперед на пути преодоления обвинительного уклона;

б) законодателю необходимо определить, к каким доказательствам относится явка с повинной, и внести соответствующее дополнение в УПК РФ. На практике этот вопрос получает разные решения, позиции высших судебных инстанций также расходятся. Если Конституционный Суд РФ относит явку с повинной к разновидности показаний<sup>2</sup>, то Верховный Суд РФ – к иным документам<sup>3</sup>.

в) необходимо ввести в уголовно-процессуальный закон следующую норму: «Явка с повинной может использоваться как доказательство виновности подозреваемого, обвиняемого лишь после того, как обстоятельства, указанные в явке, будут подтверждены на допросе и в совокупности с другими имеющимися по уголовному делу доказательствами».

---

<sup>1</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 года № 391-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению ходатайства гражданина Подгузова Василия Романовича о разьяснении Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 октября 2004 года № 326-0».

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Данный вывод косвенно следует из п. 7 Постановления Пленума ВС РФ № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания».

*И.В. Леднева*

*Леднева Ирина Владимировна – кандидат педагогических наук, старший преподаватель кафедры административной деятельности органов внутренних дел Нижегородской академии МВД России*

## **Особенности аргументации административных правонарушений в сфере экономики**

Реформирование рыночной экономики России сопровождается рядом негативных процессов: это спад валового внутреннего продукта и производство промышленной продукции. Многие участники экономической системы решают свои проблемы за счет государственного бюджета, используя недостаточную эффективность государственного регулирования отношений в сфере экономики. Дестабилизация экономической и социальной жизни страны обуславливается следующими факторами:

- низкий инвестиционный спрос;
- ухудшение финансового положения многих предприятий, которые не готовы работать в условиях низкой инфляции;
- сокращение государственного финансирования промышленности, строительства из федерального бюджета;
- спад производства и переход предприятий в частную форму собственности;
- влияние теневой экономики и криминального предпринимательства и другие.

На наш взгляд, темпы роста преступлений в сфере экономики можно было бы несколько стабилизировать, если бы органы внутренних дел совместно с органами исполнительной власти, которые проводят государственную политику и осуществляют управление в сфере экономики, более эффективно вели борьбу с административными и гражданско-правовыми правонарушениями. Таким образом, можно сделать вывод о том, что если качественнее и эффективнее выполняют свои непосредственные функции контролирующие органы, в том числе и ОВД, тем ниже уровень экономической преступности.

Административное законодательство Российской Федерации в статье 2.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях определяет понятие административного правонарушения, под которым признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом РФ или законами субъектов РФ об административных правонарушениях установлена административная ответственность<sup>1</sup>.

В этом общем определении понятия административного правонарушения законодатель в части 1 ст. 2.1. КоАП РФ раскрывает понятие «административного» путем определения его основных признаков: объект посягательства; общественная опасность; противоправность; причинение вреда; виновность; действие (бездействие); наказуемость, раскрывается социальная характеристика административного проступка и т. д.

Более всего интересует, имеются ли отличия в понятиях административного правонарушения в сфере экономики от административных правонарушений совершаемых в иных сферах жизнедеятельности человека. Имеется, но только в объекте посягательства (объект правонарушения), которыми являются общественные отношения, существующие только в экономической сфере деятельности. Наличие иных вышеназванных признаков (противоправность, причинение вреда, виновность и наказуемость) в обязательном порядке наличествуют в понятии административного правонарушения в сфере экономики.

Таким образом, не нарушая основных положений понятия административного правонарушения, определяемого в части 1 ст. 2.1 КоАП РФ можно сформулировать определение понятия «административного правонарушения в сфере экономики», под которым признается посягающее на права имущественной свободы граждан, собственность, независимо от ее форм, окружающую природную среду, противоправное, виновное деяние (действие или бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов РФ об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В особенной части кодифицированного административного законодательства отсутствует специальная глава, которая содержала бы нормы, охраняющие общественные отношения в сфере экономики. Это обусловлено многообразием общественных отношений экономического характера, которые

---

<sup>1</sup> Кодекс об административных правонарушениях РФ от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (ред. от 8.06.2012 г.).

имеют место в иных сферах жизнедеятельности. Если внимательно проанализировать все главы особенной части КоАП РФ, то мы выделим нормы, которые охраняют общественные отношения в рассматриваемой сфере. И в зависимости от характера охраняемых отношений, на которые посягают противоправные виновные деяния, выделяются следующие основные виды административных правонарушений, которые по объекту (видовому) сформируем в следующие группы:

I. Посягающие на права граждан (глава 5 КоАП РФ): «Несвоевременное перечисление средств для проведения референдума» (ст. 5.21); «Непредоставление на безвозмездной основе услуг по погребению, выплат социального пособия на погребение» (ст. 5.41); «Нарушение требований законодательства, предусматривающего выделение на автомобильных стоянках мест для специального автотранспорта инвалидов» (ст. 5.43).

II. Посягающие на здоровье, санитарно-экологическое благополучие населения и общественную нравственность (глава 6 КоАП РФ): «Незаконное приобретение либо хранение наркотических средств и психотропных средств» (ст. 6.8); «Потребление наркотических средств» (ст. 6.9); «Занятие проституцией» (ст. 6.11); «Получение доходов от занятия проституцией» (ст. 6.12); «Производство либо оборот этилового спирта, алкогольной или спиртосодержащей продукции» (ст. 6.14).

III. Посягающие на собственность (глава 7 КоАП РФ): «Самовольное занятие земельного участка» (ст. 7.1, 7.8); «Пользование недрами без разрешения» (ст. 7.3); «Самовольная добыча янтаря» (ст. 7.5); «Самовольное занятие участка лесного фонда, самовольная переуступка права пользования землей, недрами» (ст. 7.9, 7.10).

IV. Посягающие на окружающую природную среду и природопользование (глава 8 КоАП РФ): «Порча земель» (ст. 8.6); «Нарушение правил охраны водных богатств» (ст. 8.13); «Нарушение правил добычи водных биологических ресурсов» (ч. 2 ст. 8.17); «Нарушение правил пользования объектами животного мира» (ст. 8.37).

V. Посягающие на отношения в промышленности, строительстве и энергетике. (глава 9 КоАП РФ): «Нарушение установленного порядка строительства объектов и ввода их в эксплуатацию» (ч. I. ст. 9.5); «Повреждение электросетей» (ст. 9.7); «Повреждение тепловых сетей, топливопроводов» (ст. 9.10).

VI. Посягающие на общественные отношения в сельском хозяйстве (глава 10 КоАП РФ): «Нарушение порядка ввоза и вывоза, производства, заготовки, перевозки, подкарантинной продукции» (ст. 10.2, 10.3).

VII. Посягающие на общественные отношения в области предпринимательской деятельности (глава 14 КоАП РФ): «Осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации» (ст. 14.1); «Незаконная продажа товаров, свободная реализация которых запрещена или ограничена» (ст. 14.2); «Обман потребителей» (ст. 14.7).

VIII. Посягающие на общественные отношения в области финансов, налогов и сборов, рынка ценных бумаг (глава 15 КоАП РФ): «Нарушение порядка работы с денежной наличностью и порядка ведения кассовых операций» (ст. 15.1); «Невыполнение обязанностей по контролю за соблюдением правил ведения кассовых операций» (ст. 15.2); «Уклонение от подачи декларации об объеме производства и оборота этилового спирта» (ст. 15.13); «Незаконное использование бюджетных средств» (ст. 15.14).

В статье 12 «Обязанности полиции» Федерального закона «О полиции», наряду с другими обязанностями сотрудники полиции обязаны предупреждать, пресекать административные правонарушения, совершаемые на объектах транспорта, посягающие на права и свободы граждан, общественный порядок, общественную безопасность, установленный порядок управления, в том числе в сфере экономики<sup>1</sup>.

Законодательство РФ и иные административные правовые акты, регулирующие и охраняющие многообразие общественных отношений в сфере экономики, а также их состояние, перед ОВД определило основные задачи, которые обуславливают направления деятельности служб и подразделений полиции по предупреждению и пресечению правонарушений в рассматриваемой сфере.

К таковым относятся:

- обеспечение прогнозирования развития криминальной ситуации в сфере экономики на основе обобщения информации о состоянии экономических правоотношений;
- борьба с правонарушениями в кредитно-финансово-кредитной системе, на рынке ценных бумаг, объектах промышленности, топливно-энергетического комплекса, в сфере предпринимательской деятельности, оборота подакцизных товаров, драгоценных металлов и камней;
- предупреждение незаконных операций в отношении государственной собственности и законных интересов граждан;
- повышение результативности взаимодействия по предупреждению и пресечению административных проступков между службами и подразделениями органов внутренних дел;
- активизация взаимодействия всех служб и подразделений полиции с органами государственной власти и местного самоуправления с другими правоохранительными органами, направленная

<sup>1</sup> Федеральный закон «О полиции» от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ (ред. от 06.12.2011 г.).

на координацию совместной деятельности по комплексному противодействию правонарушениям в сфере экономики;

– активно участвовать в разработке и выполнении федеральных и региональных программ по борьбе с правонарушениями в сфере экономики.

Вышеперечисленные задачи по предупреждению и пресечению административных правонарушений в сфере экономики реализуются в следующих направлениях деятельности:

1) учет, обобщение и анализ информации об административных правонарушениях;

2) предупреждение и пресечение административных правонарушений в кредитно-финансовой системе, на объектах промышленности и топливно-энергетического комплекса, в сфере торговли и предпринимательской деятельности, незаконного оборота подакцизных товаров, драгоценных металлов и камней;

3) предупреждение и пресечение административных правонарушений, посягающих на государственную, муниципальную и иные формы собственности;

4) постоянное взаимодействие служб и подразделений полиции с другими правоохранительными органами государственной власти и органами местного самоуправления;

5) осуществлять производство по делам об административных правонарушениях, выявленных в сфере экономики.

Ведомственные нормативные акты и практическая деятельность определила основные службы и подразделения полиции, которые призваны реализовать вышеперечисленные задачи, это:

1) подразделения по экономической безопасности и проявлениям коррупции на всех уровнях управления;

2) служба участковых инспекторов полиции на административных участках;

3) строевые подразделения патрульно-постовой службы полиции на маршрутах патрулирования;

4) дорожно-патрульная служба ГИБДД на маршрутах патрулирования, КПП;

5) служба вневедомственной охраны при ОВД на маршрутах патрулирования;

6) подразделения по исполнению административного законодательства;

7) межрайонные отделы по борьбе с незаконным оборотом алкогольной продукции.

Названные службы и подразделения в целях обеспечения экономического благополучия государства и защиты общественных отношений в сфере экономики и борьбы с правонарушителями наделены правом применять меры принуждения, которые строго регламентированы нормами административного права.

Рассматривая деятельность полиции по предупреждению и пресечению административных правонарушений в сфере экономики хотелось бы обратить внимание на содержание данного направления правоприменительной деятельности. В нем присутствуют два понятия: «предупреждение» правонарушения, то есть применение сотрудниками полиции мер предупредительного характера, направленных на недопущение совершения субъектом противоправного деяния в сфере экономики и наступления вредных последствий, «пресечение» – это действие сотрудников полиции по принудительному прекращению противоправных действий. Отметим, что сотрудники полиции, применяя административно-предупредительные меры и меры административного пресечения в борьбе с административными правонарушениями в сфере экономики, также используют арсенал мер, обеспечивающих производство по делам об административных правонарушениях.

Под организацией деятельности понимается совокупность организационно-практических действий подразделений полиции, направленных на предупреждение, выявление и пресечение административных правонарушений в сфере экономики:

К организационным мерам можно отнести:

– обучение личного состава полиции формам и методам работы, изучению и практическому применению законодательства РФ в сфере экономики;

– разработка и направление на места методических рекомендаций по проведению комплексных оперативно-профилактических мероприятий, о методах, формах и порядке проверки лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью;

– разработка специальных тематических планов и соответствующих графиков для проведения инструктажа нарядов патрульно-постовой службы, заступающих на службу;

– создание координационного центра, в который входят представители органов внутренних дел, органы Госсанэпиднадзора, комитета по ценам, торговой и налоговой инспекции;

– органов по контролю за финансовыми потоками;

– организация взаимодействия подразделений полиции и общественностью и т. д.

К практическим мерам целесообразно отнести:

– привлечение более опытных сотрудников полиции и руководителей УВД, территориальных органов внутренних дел, преподавательский состав учебных заведений МВД России, государственной налоговой инспекции для проведения занятий с сотрудниками подразделений полиции (ППСП, участковыми инспекторами, ГИБДД, строевых подразделений ВО при ОВД, ПДН и т. д.);

– участие оперативно-начальствующего состава подразделений ЭБиПК в проведении инструктажей патрульно-постовых нарядов полиции перед заступлением на службу по разработанным специальным тематическим планам и соответствующим графикам, утвержденным начальниками органов внутренних дел;

– совместная отработка мест дислокации коммерческих киосков, магазинов, рынков силами подразделений ЭБиПК, участковых инспекторов и ППСП с участием налоговой инспекции;

– постоянная работа служб полиции по специальному плану и графику выделения сотрудников ЭБиПК, уголовного розыска, ГИБДД, ППСП, участковых инспекторов на вещевых и продуктовых рынках;

– проведение совместных мероприятий полицией со строевыми подразделениями ВО при органах внутренних дел по выявлению и профилактики хищений чужого имущества на объектах промышленности;

– передача информации о выявленных признаках преступлений в сфере экономики в подразделения ЭБиПК для осуществления оперативно-розыскных или следственных действий и т. д.

На наш взгляд, вышеназванные организационно-практические меры при условии, что они будут постоянно осуществляться сотрудниками полиции, а также учитывая практический опыт, будут вырабатываться новые организационно-практические меры, что в свою очередь позитивно отразится на результатах работы заинтересованных структур по защите экономических интересов общества и государства.

Хотелось бы особенно отметить, что при проведении различных проверок, рейдов, профилактических мероприятий, направленных на предупреждение и пресечение правонарушений в сфере экономики, сотрудникам полиции необходимы глубокие познания по многим вопросам законодательства в сфере экономики.

Речь идет о профессионализме сотрудников, а устранить дефицит профессиональных знаний можно с помощью активного взаимодействия с федеральными органами исполнительной власти в борьбе с правонарушениями в сфере экономики.



**С.В. Липень**

*Липень Сергей Васильевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина*

**Доводы «за» и «против» расширения свободы  
судебного усмотрения в юриспруденции дореволюционной России:  
две системы научной аргументации**

Юридическая наука дореволюционной России характеризуется значительной степенью полемичности, что обусловлено наличием разных правовых школ и конкуренцией разных методологических подходов к исследованию правовой реальности (юридический позитивизм, социологическая юриспруденция, психологическая теория права, «возрожденное» естественное право). Самые острые и развернутые дискуссии велись между представителями юридического позитивизма и Л.И. Петражицким, который именовал положения традиционной юриспруденции не иначе как заблуждениями, «наивно-проекционными» взглядами, единственно правильным учением считая свою психологическую теорию.

Вопрос о возможном расширении свободы судебного усмотрения важен и с научной, и с практической точки зрения. В настоящее время он разработан на монографическом уровне<sup>1</sup>, в юридической науке дореволюционной России он был одним из ключевых в дискуссиях между сторонниками позитивистской и социологической юриспруденции. С позиций юридического позитивизма право выражено в законе, это положительное право должна изучать юридическая наука, применение права – почти механическая деятельность, подведение под общую норму обстоятельств конкретного дела (логический силлогизм), она должна основываться на принципе строжайшей законности. Такие взгляды критиковались сторонниками социологической школы права, по их мнению, право содержится не только в законе, но и в иных источниках права, в правоприменительной деятельности, которая по необходимости имеет творческий характер, и должно выясняться сложное соотношение между разными источниками права. В начале XX века в европейской юриспруденции большой популярностью пользовались идеи «свободного нахождения права», суть которых состоит в возможности расширения судебного усмотрения, в признании творческого характера правоприменительной деятельности. В юридической науке дореволюционной России эти идеи также имели и своих сторонников, и своих противников.

Рассмотрим детальнее основные доводы «за» и «против» расширения свободы судебного усмотрения в юридической науке дореволюционной России.

*Доводы «против»:*

Применение норм права к конкретному случаю – это логический силлогизм, в котором роль большей посылки играет юридическая норма, меньшей – данные конкретного случая, а заключения – правовое решение дела<sup>2</sup>. Установление большей посылки происходит в результате толкования закона.

Главное основание решения – закон, необходимо идеальное законодательство, что обеспечило бы полную объективность судебного решения, а судья играл бы роль машины, идеально чувствительных весов<sup>3</sup>.

В случае неясности, неполноты, противоречия или недостатка закона надлежит прибегать к открытию его общего смысла, обратиться к «воле законодателя» или «воле закона»<sup>4</sup>.

Толкование закона должно быть чисто объяснительным – то есть ничего не прибавлять и не выбрасывать<sup>5</sup>.

При восполнении пробелов и применении аналогии закона и права судье необходимо действовать в духе законодательства, а «на основании справедливости судья не может ни пополнять пропуски закона, ни игнорировать закон»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См.: Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. – М., 2002; Папкова О.А. Усмотрение суда. – М., 2005; Сенякин И.Н. Судебное усмотрение в частном праве (общетеоретический анализ) / И.Н. Сенякин, А.Б. Степин, В.Д. Подмосковский. – Саратов, 2005.

<sup>2</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства Юстиции. – 1903. – № 1. – С. 70; Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М., 1912. – Вып. 4. – С. 699–704.

<sup>3</sup> См.: Боровиковский А.Л. Отчет судьи: В 3 т. – СПб., 1909. – Т. 1. – С. 221–222.

<sup>4</sup> См.: Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса. – М., 1913. – Т. 1: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. – С. 10–12.

<sup>5</sup> См.: Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство: Пособие к лекциям: В 2 т. – Киев, 1889. – Т. 1. – С. 128.

<sup>6</sup> См.: Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. – Киев, 1913. – С. 27, 93–95.

«Применение правовых норм по точному их смыслу, не взирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях, есть тот принцип законности, который составляет необходимое условие правового порядка»<sup>1</sup>.

Судья – только исполнитель закона, обязанный безусловно следовать его повелениям. «Суд не вправе, относясь к закону критически и находя, что известное постановление несправедливо или не достигает той цели, которую законодатель имел в виду, или не соответствует общему духу законодательства, – ставить на место ясного закона другой, лучший, по мнению суда, закон... Суд не вправе уклоняться от точного применения закона, ссылаясь на неудобства, которые представляет его применение на практике»<sup>2</sup>.

«Применение норм права по началу справедливости или целесообразности уничтожает всякое значение издания общих правил. Возражения против принципа законности – это возражения против самой номы»<sup>3</sup>.

«Судебная практика сама не может вносить в закон чего в нем нет, и если закон страдает отсутствием идей, то практика не может их выработать собственными силами»<sup>4</sup>. Судебную практику можно рассматривать лишь как вспомогательный источник права, играющий очень незначительную роль<sup>5</sup>.

«Судебная власть призывается к осуществлению в государственной жизни начала законности... Подчиненная закону, судебная деятельность не может быть почитаема деятельностью творческой в том смысле, что для разрешения дела судом необходима общая правовая норма, не им установленная и для него обязательная...»<sup>6</sup>.

С практической точки зрения взгляды о расширении свободы судебного усмотрения нецелесообразны – легче создать хорошее законодательство, нежели сословие идеальных судей.

Приоритет целесообразности над законностью недопустим, так как: 1) наступит шаткость правового порядка по причине отсутствия уверенности в том, что поведение граждан соответствует тому, которое будет одобрено судом или администрацией; 2) твердость правового порядка требует зависимости гражданина от норм права, а не от лиц, их применяющих; 3) начало целесообразности открывает широкий простор посторонним влияниям в суде и администрации; 4) применение норм по началу целесообразности уничтожает всякое значение издания общих правил; 5) для интересов личности здесь более вреда, чем пользы; 6) задерживается поступательное движение законодательства; 7) справедливость должна лежать в основании законодательной, а не судебной и административной деятельности<sup>7</sup>.

Недопустимо введение в законы оценочных понятий, открывающих простор судебному усмотрению (наподобие «добрых нравов»), введение подобных понятий в законы – «одна из серьезнейших опасностей для нашей правовой жизни и юриспруденции»<sup>8</sup>. Скорее можно примириться с неполнотой перечня в законе, чем с введением в закон такого неопределенного начала, как «добрые нравы», способного породить разноречивые решения, судебскую субъективность<sup>9</sup>.

Под влиянием идей «свободного права» и законодательство становится на скользкий путь. Там, где проблема представляет определенную сложность, создается один из так называемых каучуковых параграфов, предоставляя затем судам вложить в него надлежащее содержание. Но это – не разрешение проблемы, а уклонение от нее; необходимо обо всем думать именно законодателю, ведь у него для этого есть больше и возможностей, и опыта<sup>10</sup>.

Все попытки обосновать иные, незаконные ориентиры для вынесения решения судьей (правосознание судей, чувство справедливости, взвешивание интересов, наука права и др.) потерпели неудачу. Отданные в руки судов, все эти понятия превращаются в фикцию, которой будут прикрывать политические или моральные симпатии судей<sup>11</sup>. В конце концов, отрешившись в области права от связанности законом, трудно удержаться на какой бы то ни было связанности вообще<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. – М., 1912. – Вып.4. – С. 705; *Гримм Д.Д.* Энциклопедия права. – СПб., 1895. – С. 206.

<sup>2</sup> См.: *Боровиковский А.Л.* Устав гражданского судопроизводства с объяснениями по решениям Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената. – СПб., 1908. – С. 59.

<sup>3</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. – М., 1912. – С. 705, 712.

<sup>4</sup> См.: *Победоносцев К.П.* Судебное руководство. – СПб., 1872. – С. 349–351.

<sup>5</sup> См.: *Васьковский Е.В.* Курс гражданского процесса. – М., 1913. – С. 10–12.

<sup>6</sup> См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1912. – Т. 1. – С. 170, 173.

<sup>7</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф.* Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. – 1903. – № 1. – С. 36–39.

<sup>8</sup> См.: *Покровский И.А.* Принудительный альтруизм // Вестник права. – 1902. – Кн. 2. – С. 17, 31.

<sup>9</sup> См.: *Покровский И.А.* Юридические сделки в проекте гражданского уложения // Вестник права. – 1904. – Кн.1. – С. 100.

<sup>10</sup> См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. – Пг., 1917. – С. 80, 83.

<sup>11</sup> См. там же. – С. 76–78.

<sup>12</sup> См.: *Покровский И.А.* «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии // Вестник гражданского права. – 1916. – № 5. – С. 23.

### *Доводы «за» расширение свободы судебного усмотрения:*

Законы по необходимости несовершенны, ведь законодатель должен формулировать норму, пользуясь опытом прошлого и имея перед глазами настоящее. Между тем норма всегда предназначена для будущего, ее действие начнется лишь после издания<sup>1</sup>. «Рано или поздно наступает момент, когда неудобный закон нельзя даже обойти, а надо или отвергнуть, или подчиниться»<sup>2</sup>.

Представление о ясности закона беспочвенно и ошибочно, так как несовершенство закона, его неясность и неполнота являются не случайными, а существенными признаками его природы. Это происходит вследствие многих причин, и в первую очередь – вследствие невозможности законодателя заблаговременно все предвидеть вследствие несовершенства формы выражения закона<sup>3</sup>.

Создать самые совершенные законы принципиально невозможно. Они всегда будут испытывать влияние жизни, так или иначе видоизменяться ею. Правоприменитель скрытно или открыто всегда будет выходить за пределы закона. Во все времена «положительное право ограничивается, изменяется и дополняется под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости, руководящих лицами, применяющими право»; «положительное право есть действующее только настолько, насколько оно применяется в гражданской жизни»<sup>4</sup>.

Наличие пробелов объективно, в этом случае суд вместе с наукой права создает самостоятельные нормы, которыми регулируются жизненные интересы<sup>5</sup>.

Восполнение пробелов в законе означает не что иное, как создание нового права<sup>6</sup>.

Общий смысл закона – фикция, как и гипотетическая воля законодателя<sup>7</sup>. «Законы создаются в разное время, под влиянием различных запросов и различными людьми, и потому нисколько не удивительно, что не только положенные в основание их принципы, но даже и сами конкретные постановления их могут быть противоречивыми»<sup>8</sup>.

Закон не в состоянии поспеть за всеми течениями жизни; пока законодатель установит более целесообразную норму, правовое убеждение руководящих отдельных лиц само вырабатывает таковую, которая идет путем повторения, постепенно распространяется и вместо закона делается правилом поведения<sup>9</sup>.

Закон не дает ответы на все вопросы, которые ставит жизнь; даже если провозглашается требование строжайшей законности, все равно на практике неизбежны отступления от него, поэтому абсолютное подчинение судьи закону невозможно. В правоприменительной деятельности переплетены начала законности и усмотрения.

Судья, кроме толкования, критики и развития положительного права занимается и самостоятельным творчеством, с опорой на науку и судебную практику<sup>10</sup>.

Понимать закон – значит понимать его как момент исторического развития; применять его – значит знать историческое соотношение принципов, образующих его содержание, и содействовать реализации прогрессивных начал, удерживая излишнее проявление начал отживающих. Так, вопреки всем догматическим теориям понимают и применяют закон на самом деле. Но в интересах дела необходимо, чтобы происходящее скрыто и бессознательно делалось открыто и сознательно, чтобы наука и школа не оставляли практику в этом важном деле без помощи и руководства<sup>11</sup>.

Судья «один есть непосредственный творец гражданско-правового порядка»<sup>12</sup>; необходимо опираться не только на закон, обычай, науку права и прочее, но как можно шире выходить за пределы юридической сферы<sup>13</sup>.

Судебная практика не совпадает с правом, выразившемся в обычае или законе; возможно самостоятельное возникновение юридических норм в судебной практике, признается ее творческое значение. Российская судебная кассационная практика вследствие неполноты и казуистичности законодательства по необходимости имеет творческий характер<sup>14</sup>.

Судебная практика не только раскрывает, но и творит право, создает новую норму. Лучшим доказательством творческого характера судебной деятельности служит то, что при издании новых законов

<sup>1</sup> См.: Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. – Харьков, 1900. – С. 117–120, 134–135.

<sup>2</sup> См.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. – СПб., 1911. – Т. 1. – С. 5.

<sup>3</sup> См.: Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. – СПб., 1904. – С. 16–17.

<sup>4</sup> См.: Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. – М., 1877. – Ч. 1. – С. 223.

<sup>5</sup> См. там же. – С. 15.

<sup>6</sup> См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. – М., 1879. – С. 42–43.

<sup>7</sup> См.: Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. – 1911. – № 2. – С. 8–9.

<sup>8</sup> См.: Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. – Пг., 1917. – С. 129.

<sup>9</sup> См.: Белогриц-Котляревский Л.С. Творческая сила обычая в уголовном праве. – Ярославль, 1890. – С. 7.

<sup>10</sup> См.: Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. – М., 1877. – С. 45; Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. – М., 1879. – С. 43.

<sup>11</sup> См.: Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. – М., 1877. – С. 197–198.

<sup>12</sup> См.: Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. – 1880. – № 11–12. – С. 392–393.

<sup>13</sup> См.: Муромцев С.А. Что такое догма права? – М., 1885. – С. 31–32.

<sup>14</sup> См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб., 1886. – С. 257, 275, 286.

соответствующие судебные решения являются источником новых положений закона. Во всех случаях обнаружения пробелов в праве суд вместе с наукой права должен создавать самостоятельные нормы<sup>1</sup>.

Свобода судебного усмотрения является одним из важнейших факторов развития права, живой справедливостью, одухотворяющей мертвые положения кодекса; это усмотрение нельзя приравнивать к произволу<sup>2</sup>.

Необходимо изучение действительных, ежедневно осуществляемых в судах приемов творческого истолкования<sup>3</sup>.

Научные дискуссии по обозначенной проблеме велись на протяжении нескольких десятилетий (если вести отсчет с ранних работ С.А. Муромцева<sup>4</sup>, в которых он ставил проблему соотношения суда и закона), наиболее остро – в первые полтора десятилетия XX века. Можно отметить, что за этот промежуток времени доводы оппонентов не убеждали друг друга, практически неизвестны случаи, когда под воздействием разумных аргументов кем-то была бы изменена принципиальная позиция относительно признания или отрицания судебного усмотрения и творческого характера правоприменительной деятельности.

Уже упоминавшийся Л.И. Петражицкий в своих ранних произведениях критиковал идеи о расширении судебного усмотрения; к его первому произведению, опубликованному в России, шло приложение объемом около пятидесяти страниц, специально посвященное критике «модной школы в юриспруденции, которая провозглашает свободное отношение к источникам права и их толкованию»; оно так и называлось – «Модные лозунги юриспруденции». Последние Л.И. Петражицкий считает «временным затемнением мысли и легкомысленным самозабвением юриспруденции», так как «основной принцип всякого культурного государства тот, что оно должно управляться на точном основании законов»<sup>5</sup>. «Общая характеристика может быть лишь отрицательная – ненаучность, несостоятельность с право-политической точки зрения, за исключением случайных и одиночных проблесков правильных мыслей, которые не вытекают из методического сознательного отношения к делу и поэтому редко последовательно и научно проводятся...»<sup>6</sup>. Однако второе издание «*Vona fides...*» вышло в 1902 году уже без приложений. И в последующих своих произведениях, разрабатывая психологическую теорию права, ученый склоняется, скорее, к признанию идей о правомерности судебного усмотрения. Так, одной из функций юриспруденции, по его мнению, является заполнение пробелов, нахождение решений для нерешенных законом вопросов. Для этого юриспруденция должна стать на путь «самонаблюдения и соединенного метода внутреннего и внешнего наблюдения»<sup>7</sup>. Л.И. Петражицкий говорит о том, что существует область параллельного существования и действия интуитивного и положительного права, что между ними неизбежны разногласия, о том, что интуитивное право оказывает давление на толкование и применение права позитивного. «Практика позитивного права представляет равнодействующую, направление которой в более или менее значительной степени определяется давлением интуитивного права решающих лиц»<sup>8</sup>.

Изменение взглядов Л.И. Петражицкого – скорее исключение, чем правило; это изменение обусловлено, по всей видимости, формированием его самостоятельных научных представлений; в принципе идеи «свободного нахождения права» в какой-то степени вполне созвучны психологической теории права.

Сопоставляя и оценивая две системы научной аргументации, представляется возможным отметить следующее.

Во-первых, несомненно не только историческое, но и современное теоретическое значение представленных доводов «за» и «против» расширения свободы судебного усмотрения. Далеко не во всех исследованиях данной проблемы прослеживается знакомство с теоретическими разработками отечественных дореволюционных ученых. В плане восприятия и изучения нашего юридического наследия, необходимой преемственности научного знания это представляется совершенно недопустимым.

Во-вторых, представленные выше аргументы отражают сложный, противоречивый характер правоприменительной деятельности, сложное соотношение в ней начал законности и усмотрения. Коль скоро взгляды оппонентов не убеждают друг друга, следует признать вторичную роль конкретных аргументов по сравнению с первоначальными установками методологического и идеологического плана.

<sup>1</sup> См.: *Белогриц-Котляревский Л.С.* Творческая сила обычая в уголовном праве. – Ярославль, 1890. – С. 11, 14, 15.

<sup>2</sup> См.: *Демченко Г.В.* Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. – СПб., 1904. – С. 27–28.

<sup>3</sup> См.: *Люблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. – Пг., 1917. – С. 195.

<sup>4</sup> *Муромцев С.А.* Очерки общей теории гражданского права. – М., 1877. – Ч. 1.; *Муромцев С.А.* Определение и основное разделение права. – М., 1879; *Муромцев С.А.* Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. – 1880. – № 11–12. – С. 377–393.

<sup>5</sup> См.: *Петражицкий Л.И.* *Vona fides* в гражданском праве. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. – СПб., 1897. – С. 373–374.

<sup>6</sup> См. там же. – С. 389.

<sup>7</sup> См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 1909. – Т. 1. – С. 277.

<sup>8</sup> См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 1910. – Т. 2. – С. 492–496.

А.Н. Лушин

*Лушин Александр Николаевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России*

## Провозглашение Российской республики 1 сентября 1917 года: правовые аргументы Временного правительства

Провозглашение России республикой 1 сентября 1917 года до настоящего времени остается историко-правовой проблемой, которая оживленно обсуждается как в научных кругах, так и в средствах массовой информации. Например, радио «Свобода» посвятило целую программу тому, почему Временное правительство объявило Россию республикой до Учредительного собрания, которое одно имело право установить вид правления в стране, охваченной революционными событиями. В ряде исторических работ, посвященных Февральской революции, можно обнаружить различные оценки данного события, но правовым аргументам Временного правительства, обосновывающим провозглашение России демократической республикой, научный анализ в отечественной историко-правовой науке не проводился.

Когда Временное правительство обнародовало 1 сентября 1917 года известное постановление о провозглашении России республикой, подписанное министром-председателем А.Ф. Керенским и министром юстиции А.С. Зарудным, современники отмечали, что «...это было предreshено голосом высшего судьи и властелина: народа в Учредительном собрании. На этот раз в руках у Керенского был новый аргумент (курсив наш. – А.Л.)»<sup>1</sup>. Действительно, анализ текста данного акта позволяет нам говорить об определенном подборе политико-правовых аргументов, позволивших официальной власти высказаться определенным образом: «Считая нужным положить предел внешней неопределенности государственного строя, памятуя единодушное и восторженное признание республиканской идеи, которое сказалось на Московском совещании, Временное правительство объявляет, что государственный порядок, которым управляется Российское государство, есть порядок республиканский и провозглашает Российскую республику»<sup>2</sup>.

Правовые аргументы признанных юристов А.Ф. Керенского и А.С. Зарудного, по мнению членов Временного правительства, отражали насущные и жизненно важные практические потребности российского общества первой четверти XX века. Многие политики того времени представляли, что именно обоснованная и рациональная юридическая аргументация может выступить в качестве эффективного средства по обеспечению должного функционирования и последовательного развития отечественной государственно-правовой системы в ее целостности и полноте. Конечные результаты активного приведения комплекса доказательств, построенных на объективных и неоспоримых фактах, которые позволяют убедить российское общество и правительства влиятельных в мировой политике стран, должны были показать необходимость провозглашения на территории бывшей Российской империи республиканского устройства.

Политический деятель и министр Временного правительства П.Н. Милюков писал, что умеренные государственные элементы и представители буржуазии видели в А.Ф. Керенском «последнюю гарантию спокойного и благоразумного решения основных государственных вопросов в том же неопределенном будущем», которые должны быть решены в самое ближайшее время<sup>3</sup>. О том, что именно Временное правительство должно было четко сформулировать твердые и непоколебимые правовые аргументы в пользу республиканского строя, говорил член Временного правительства И.Г. Церетели: «Нет власти в России выше власти Временного правительства, ибо источник этой власти – суверенный народ – непосредственно через те органы, которыми он располагает, делегировал эту власть Временному правительству»<sup>4</sup>. Временное правительство было наделено полнотой власти и, пользуясь этим, стремилось пойти далее в законотворческой деятельности. Общественный деятель Г.М. Катков отмечал, что многие члены Временного правительства действовали на пределе своих способностей в экстремальных политических условиях и поэтому решились на провозглашение России республикой<sup>5</sup>.

Те политико-правовые аргументы, которые приводили члены Временного правительства, содержали доводы в пользу того, что в стране уже произошла смена монархической формы правления на

<sup>1</sup> Милюков П.Н. История второй русской революции. – М., 2001. – С. 453.

<sup>2</sup> Постановление о провозглашении России республикой. От Временного правительства. 1 сентября 1917 года: Википедия// <http://ru.wikisource.org/wiki>

<sup>3</sup> Милюков П.Н. История второй русской революции. – М., 2001. – С. 438.

<sup>4</sup> Там же. – С. 316.

<sup>5</sup> Катков Г.М. Февральская революция. – М., 2006. – С. 437–438.

республиканскую, и, следовательно, Россия готова к республиканскому парламентаризму. Естественно то, что противниками подобных утверждений были сторонники установления конституционной монархии, поэтому П.Н. Милюков в откровенном разговоре с французским дипломатом М. Палеологом осторожно высказался, что в России фактически монархическая власть не существует, а в юридическом отношении существуют некоторые нюансы, поэтому необходимо быстро принять соответствующие меры для стабилизации политического положения<sup>1</sup>. Общественный деятель князь А.П. Щербатов отмечал, что Россия вплоть до 1 сентября 1917 года оставалась в глазах многих империей, и только после провозглашения ее республикой появилась ожидаемая политическая и идеологическая определенность<sup>2</sup>.

Как сторонник республиканской формы правления А.Ф. Керенский дважды пытался (в июле 1917 года и на Государственном московском совещании в августе того же года) провозгласить Россию республикой, оперируя следующими правовыми аргументами: первый – «К лету двусмысленное положение России, как государства без определенной формы правления, стало нетерпимым. Было важно, однозначно используя слово «республика», показать всем и каждому, что Россия как названием своим, так и конкретными делами сформировалась как демократия»<sup>3</sup>. Созданное в марте 1917 года Юридическое совещание было ориентировано на обсуждение вопросов публичного права, возникающих в связи с установлением нового государственного строя. Вторым аргумент, приводимый А.Ф. Керенским, содержал уверенность в том, что только немедленное провозглашение России республикой позволит спасти страну от военного переворота и реальной угрозы со стороны определенных сил установить в стране диктаторский режим<sup>4</sup>. По мнению его сторонников, провозглашение России республикой позволило бы сконцентрировать власть и административные функции, что крайне необходимо было для стабилизации политического положения в стране, охваченной летней политической смутой 1917 года.

До августа 1917 года многие общественные деятели были убеждены в том, что политическое, конституционное, социальное и национальное устройство России должно определить Учредительное собрание, но такие влиятельные политики, как, например, И.Г. Церетели, поддерживали мнение А.Ф. Керенского о том, что Россия должна стать республикой до созыва Учредительного собрания, чтобы своевременно спасти целостность страны<sup>5</sup>. Теперь же, после опасных для власти мятежных событий, А.Ф. Керенский и его сторонники в качестве еще одного весомого аргумента как основательный довод приводили то, что большинство представителей различных политических партий, классов, городских и земских учреждений неоднократно высказывались в пользу незамедлительного провозглашения России республикой, что и свершилось 1 сентября 1917 года.

На возражения своих политических оппонентов (например, В.В. Шульгина, отрицавшего республиканскую форму правления) А.Ф. Керенский приводил также четвертый аргумент, которым убеждал соотечественников, что «Россия безоговорочно после шестимесячного революционного опыта признала всю полноту власти Временного правительства», и завершается «здоровый процесс перерождения полусамодержавной России в современное демократическое государство»<sup>6</sup>. Под последним А.Ф. Керенский, естественно, подразумевал только республику. Здесь уместно привести воспоминания М.В. Вишняка, который одним из аргументов Временного правительства в пользу республиканского строя указывал следующее: «к концу августа власть стала заметно для всех крепче и организованнее. Советы утрачивали свое влияние, будучи вытесняемы органами земского и городского самоуправления», и Временное правительство теперь «ищет опоры не в физической, а моральной силе» и в основу своего управления кладет «не насилие и принуждение, а добровольное повиновение свободных граждан созданной ими самими власти»<sup>7</sup>.

В арсенале юридических аргументаций А.Ф. Керенского были также серьезные наработки таких видных либеральных правоведов, признанных специалистов в области конституционного, международного, государственного права, как Н.И. Лазаревский, С.А. Котляровский, В.Д. Набоков, А.А. Боголепов, Б.Э. Нольде, В.М. Гессен и других крупных юристов<sup>8</sup>. Таким образом, у Временного правительства был весомый, хотя и теоретический, правовой аргумент, который оно было готово пустить в ход для перелома общественного мнения при сопротивлении идее провозглашения России буржуазно-демократической республикой.

Летом 1917 года политические оппоненты А.Ф. Керенского еще не утратили своего влияния на значительную часть российского общества, поэтому идея установления в России конституционной

<sup>1</sup> Палеолог М. Царская Россия накануне революции / Пер. с фр. – М., 1991. – С. 368.

<sup>2</sup> Корниловский мятеж – последняя попытка предотвратить Великую Октябрьскую // <http://www.rusidea.org>

<sup>3</sup> Керенский А.Ф. Россия на историческом повороте: Мемуары. – М., 1990. – С. 287.

<sup>4</sup> Там же. – С. 288–289.

<sup>5</sup> Милюков П.Н. Воспоминания: В 2 т. – М., 1990. – Т. 2. – С. 338.

<sup>6</sup> Керенский А.Ф. Потерянная Россия. – М., 2007. – С. 58; 113.

<sup>7</sup> Вишняк М.В. Два пути: февраль и октябрь. – Париж, 1931; [http://socialist.memo.ru/anniv/y07/february\\_1917](http://socialist.memo.ru/anniv/y07/february_1917)

<sup>8</sup> Смыкалин А.С. Конституция Российской демократической федеративной республики 1917 года // Чиновник. – 2002. – Вып. 2 (18).

монархии и сохранения имперского устройства находила немало сторонников. Кроме того, генералитет, который в феврале-марте 1917 года присягнул Временному правительству, частично был обвинен в контрреволюционной деятельности (Корниловский мятеж) и попытке реставрации монархии, поэтому юридические аргументы в пользу провозглашения России республикой должны были быть убедительными, а, следовательно, понятными для большинства сограждан. Исходя из развертывания политической ситуации в стране, А.Ф. Керенский и его единомышленники сосредоточили внимание именно на разработке проекта республиканской конституции в достаточно быстрые сроки, то есть аргументировали свое решение следующим образом: установление республиканского строя логично влечет за собой принятие Конституции, юридически закрепляющей республиканские завоевания в России.

Важным фактом нам представляется то, что в адрес А.Ф. Керенского летом 1917 года высказывались неоднократные упреки в политическом бонапартизме, в том, что он желает стать диктатором, и эти слухи подрывали его авторитет как демократического лидера. Аргументами для провозглашения России республикой могли послужить весомые доказательства в приверженности Временного правительства идеям демократии и республиканского правления, которые надо было тщательно подбирать, так как российское общество жаждало государственно-правовых реформ, среди которых самой назревшей была аграрная реформа. Остро стоял также национальный вопрос. Временное правительство в лице своего главы А.Ф. Керенского аргументировало провозглашение России демократической республикой тем, что это действие позволит существенно закрепить завоевания Февральской революции, эффективно развивать государственные и правовые институты, учредить органы власти и управления на всех уровнях, обеспечить должные гражданские свободы и социальные права населения.

**О.И. Лютова**

*Лютова Ольга Игоревна – старший преподаватель кафедры  
государственно-правовых дисциплин Российской академии право-  
судия Министерства юстиции РФ*

### **Средства юридической аргументации в институте налогового правоотношения**

Проблема аргументирования в юридической литературе становится все более актуальной<sup>1</sup>.

Рассмотрим некоторые наиболее распространенные средства юридической аргументации и проследим особенности их реализации в одном из институтов современного российского законодательства о налогах и сборах – в институте налогового правоотношения.

*Максимы права*, под которыми исследователи понимают основополагающие положения и исходные принципы права в целом. Подобные положения не подлежат обсуждению и перетолкованию, и никакие аргументы, направленные на их опровержение или неприменимость в данном конкретном случае, не допускаются<sup>2</sup>. В свою очередь, институт налогового правоотношения основан на ряде правовых принципов. К их числу можно отнести:

1. Научный подход к формированию элементов налогового правоотношения. Этот принцип вынуждает законодателя познавать объективные закономерности, определяющие социальную эффективность создаваемых им правовых норм. По нашему мнению, научный подход к формированию элементов налогового правоотношения, которое осуществляется в нормативных правовых актах, предполагает, прежде всего, тщательный учет экономических, социально-политических и иных факторов развития налоговой системы современного российского государства. Научная обоснованность означает, что модель налогового правоотношения свободна от логических противоречий. Нормы, составляющие институт налогового правоотношения, не только скоординированы между собой и логически взаимосвязаны, но и приведены в соответствие с нормами «сопряженных» правовых институтов, в частности, нормы о налоговом правоотношении должны «вписываться» в институт правового статуса налогоплательщика. Таким образом, научный подход к формированию правового института налогового правоотношения предполагает необходимость усиления роли науки в развитии норм права, ее устанавливающих.

2. Принцип налогового равенства сторон налогового правоотношения, который предусматривает равный подход к условиям налогообложения любых субъектов. Действительно, нормативные акты налогового законодательства должны возлагать налоговые обязанности в равной мере на всех лиц, обозначенных в качестве обязанных субъектов. Как отмечает Ф. Верт, принцип равенства нарушен, если одна группа адресатов нормы сталкивается с иным обращением, чем другая группа, хотя между обеими группами не существует никаких различий, которые могли бы оправдать неравное обращение<sup>3</sup>. А.В. Демин подчеркивает, что налоговые обязанности устанавливаются для всего круга лиц, соответствующего конкретным родовым требованиям (например, земельный налог по общему правилу уплачивают все владельцы земельных участков)<sup>4</sup>.

Проявлением принципа налогового равенства субъектов налогового правоотношения можно считать запрет установления льгот индивидуально характера. Стоит согласиться с В.Г. Пансковым в том, что «принципиальное значение имеет решение проблемы более равномерного и справедливого распределения налоговой нагрузки на всех налогоплательщиков. Оно обеспечено в Кодексе прежде всего за счет сокращения огромного количества бессистемно действовавших налоговых льгот, которые нарушали принцип справедливости налоговой системы по отношению к тем участникам экономической деятельности, которые не пользуются налоговыми привилегиями. Общеизвестно, что льготный режим для одних налогоплательщиков неизбежно означает дополнительное налоговое бремя для других»<sup>5</sup>. В настоящее время налоговое законодательство формируется таким образом, чтобы количество налоговых льгот постепенно уменьшалось. Например, отменена льгота, которая раньше предоставлялась отдельным категориям государственных служащих в отношении подоходного налога. В частности, от уплаты подоходного налога освобождались следующие категории государственных служащих: военнослужащие, сотрудники органов внутренних дел, налоговой полиции, таможенных органов, работники прокуратуры. Подобные льготы при этом входили в состав специального законодательства, регулирующего правовой статус тех

<sup>1</sup> См., например: *Каргин К.В.* Понятие и элементы юридической аргументации: Монография. – Н. Новгород, 2011.

<sup>2</sup> *Соболева А.К.* Теоретическая юриспруденция. – М., 2007. – С. 112.

<sup>3</sup> *Верт Ф.* Опыт рассмотрения Федеральным конституционным судом Германии обращений по налоговым спорам // *Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации.* – 2006. – С. 64.

<sup>4</sup> *Демин А.В.* Налоговое право России: Учебное пособие. – М., 2008. – С. 109.

<sup>5</sup> *Пансков В.Г.* Российская налоговая система: проблемы развития. – М., 2003. – С. 38.



или иных государственных служащих. С принятием Налогового кодекса РФ произошла «централизация» налоговых норм в едином систематизированном источнике, что стало результатом их качественной переработки и сокращения необоснованных привилегий для отдельных категорий граждан.

Кроме того, рассматриваемый принцип предполагает недискриминационные основания установления налоговых обязанностей. Принцип универсализации налоговых обязанностей не допускает установления дискриминационных правил, связанных с исполнением налоговой обязанности, в зависимости от организационно-правовой формы или характера (содержания) предпринимательской деятельности. Естественно, рассматриваемый принцип подразумевает определенную дифференциацию налогоплательщиков, он не означает обязанности каждого гражданина выплачивать одинаковые суммы, а устанавливает для каждого в соответствии с его финансовым потенциалом равную налоговую обязанность<sup>1</sup>.

По нашему мнению, в качестве дополнения к содержанию принципа универсализации необходимо сделать уточнения в отношении субъектов, участвующих в реализации прав и обязанностей в налоговом правоотношении. Так, все субъекты налоговых правоотношений традиционно делятся на частных, являющихся обязанными, и публичных, выступающих в качестве управомоченных, поскольку модель налоговой обязанности основана на субординационных отношениях участников налогово-правовых отношений. Однако публичные субъекты в определенных случаях также могут выступать в качестве обязанных в налоговых правоотношениях, независимо от наличия публично-правового статуса. А.В. Брызгалин высказывался о необходимости уравнивания в правовом статусе налогоплательщика и государства в лице налоговых органов<sup>2</sup>. По нашему мнению, в отношениях по реализации налоговой обязанности можно говорить только лишь о равном налоговом бремени частных и публичных субъектов, выступающих в качестве налогоплательщиков (плательщиков сборов, пошлин). Действительно, формально-юридическое равенство свойственно частным отраслям права, но не налоговому праву, которое построено на публично-правовых началах.

3. Принцип презумпции добросовестности исполнения налоговых обязанностей. Прежде всего стоит отметить, что категория «добросовестность» изначально разрабатывалась в рамках гражданского права и свойственна в основном гражданско-правовым отношениям<sup>3</sup>. В общем виде рассматриваемый принцип означает, что любое лицо считается действующим добросовестно и разумно до тех пор, пока в установленном порядке не будет доказано обратное. В контексте правового института налоговой обязанности принцип добросовестности означает, что налогоплательщики признаются добросовестно осуществляющими свои обязанности до тех пор, пока не будет доказано обратное.

Конституционный Суд РФ неоднократно подчеркивал, что в сфере налоговых отношений действует презумпция добросовестности налогоплательщика<sup>4</sup>. Активное использование принципа добросовестности подтверждает его актуальность и значимость в реализации норм, устанавливающих налоговую обязанность. В науке финансового и налогового права принцип добросовестности налоговой обязанности признается большинством исследователей. Например, Г.А. Гаджиев отмечает, что «правовое регулирование публично-правовых отношений, возникающих при уплате налогов, должно основываться на признании добросовестности налогоплательщика. Однако эта презумпция может быть опровергнута в случаях злоупотребления правами в процессе уплаты налогов»<sup>5</sup>.

Таким образом, по нашему мнению, в судебной практике, и особенно в решениях Конституционного Суда РФ, а также в положениях действующего законодательства РФ о налогах и сборах, содержится достаточно предпосылок для формально-юридического оформления принципа презумпции добросовестности исполнения налоговой обязанности для ее восприятия не только правопримителем, но и законодателем. Действительно, рассматриваемый принцип лежит в основе налоговой обязанности и налоговых правоотношений в целом. Так, налоговая обязанность как финансово-правовая категория, как было отмечено выше, базируется на балансе частного и публичного интереса, то есть, по верному замечанию Т.А. Гусевой, притязанию налогоплательщика по оптимизации налогообложения противопоставлен государственный фискальный интерес<sup>6</sup>. При этом обязанная и управомоченная стороны налоговой обязанности могут по-разному трактовать конституционно установленные пределы экономической свободы, которые и являются пределами для налоговой оптимизации.

Как известно, свобода предпринимательской деятельности гарантируется ст. 8 Конституции РФ. Традиционно в сфере предпринимательской деятельности она понимается в качестве законно предусмотренной возможности выбора субъектами предпринимательской деятельности различных вариантов реализации своей экономической свободы. Однако это право не может трактоваться в качестве безгра-

<sup>1</sup> Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве (фрагменты) // Правоведение. – 1992. – № 3.

<sup>2</sup> Брызгалин А.В. Справедливость как основной принцип налогообложения // Финансы. – 1997. – № 8. – С. 29.

<sup>3</sup> См., например: Щенникова Л.В. Справедливость и добросовестность в гражданском праве России (несколько вопросов теории и практики) // Государство и право. – 1997. – № 6; и др.

<sup>4</sup> См., например: Определение Конституционного Суда РФ 4 декабря 2003 года № 442-О.

<sup>5</sup> Гаджиев Г.А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. – 2002. – № 7. – С. 54.

<sup>6</sup> Гусева Т.А. Эволюция понятий, связанных со злоупотреблением правом в налоговых правоотношениях // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2006 года. – М., 2007. – С. 120.

## ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

ничной свободы, поэтому конституционные нормы устанавливают пределы его существования, коими является сфера публичного интереса, что находит свое конституционно-правовое выражение в принципе необходимой добросовестной реализации субъективных прав (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ).

Таким образом, принцип презумпции добросовестности в налоговых правоотношениях является отражением конституционного принципа добросовестности и запрета злоупотребления правом, поскольку баланс частных и публичных интересов в наибольшей степени отражает институт налоговой обязанности.

Необходимость правового закрепления рассматриваемого принципа в законодательстве РФ о налогах и сборах очевидна, поскольку подобная норма сможет выступить в качестве метода защиты государства от действий налогоплательщика, которые с формально-юридической точки зрения будут безукоризненны, но с точки зрения целей их осуществления, а также фактического содержания противоправны, поскольку направлены исключительно на уклонение от исполнения налоговых обязанностей.

Кроме того, отмечая несомненную ценность вышеуказанного вывода, можно заметить, что оно является неполным. Так, содержание рассматриваемого принципа может быть различным в зависимости от субъекта, участвующего в реализации налоговой обязанности. Действительно, руководствоваться принципом добросовестности должен не только обязаный субъект – налогоплательщик (плательщик сборов и пошлин), но и управомоченный субъект – должностное лицо налоговых органов. Действительно, в российском налоговом праве предусмотрен двоякий характер презумпции добросовестности деяний субъектов налоговой обязанности: она устанавливается как для налогоплательщиков, так и для налоговых органов.

Другим средством юридической аргументации, используемым в институте налогового правоотношения, можно назвать эволюцию нормы в процессе социальных изменений. Одним из способов истолкования старого текста в новом ключе является апелляция к изменившимся историческим условиям или переопределение существовавших ранее воззрений. В законодательстве РФ о налогах и сборах подобный прием реализован при изменении величины коэффициента-дефлятора К1, который используется для исчисления единого налога на вмененный доход.

Например, на основании п. 4 ст. 346.29 НК РФ налогоплательщики ЕНВД при исчислении данного налога обязаны умножить базовую доходность на коэффициент-дефлятор К1, устанавливаемый Минэкономразвития России на каждый год. Данный коэффициент все годы его существования никогда не устанавливался как понижающий:

Год	Коэффициент-дефлятор К1	Нормативная база
2003	1	Федеральный от 31 декабря 2002 года № 191-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в главы 22, 24, 25, 26.2, 26.3 и 27 части второй Налогового кодекса Российской Федерации и некоторые другие акты законодательства Российской Федерации» // <i>Собрание законодательства РФ</i> . – 2003. – № 1. – Ст. 6.
2004	1,133	Приказ Минэкономразвития России от 11 ноября 2003 года № 337 «Об установлении коэффициента-дефлятора на 2004 год» // <i>Российская газета</i> . – 2003. – 27 ноября.
2005	1,104	Приказ Минэкономразвития России от 9 ноября 2004 года № 298 «Об установлении коэффициента-дефлятора К3 на 2005 год» // <i>Российская газета</i> . – 2004. – 19 ноября.
2006	1,132	Приказ Минэкономразвития России от 27 октября 2005 года № 277 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2006 год» // <i>Российская газета</i> . – 2005. – 19 ноября.
2007	1,096	Приказ Минэкономразвития России от 3 ноября 2006 года № 359 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2007 год» // <i>Российская газета</i> . – 2006. – 18 ноября.
2008	1,081	Приказ Минэкономразвития России от 19 ноября 2007 года № 401 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2008 год» // <i>Российская газета</i> . – 2007. – 8 декабря.
2009	1,148	Приказ Минэкономразвития России от 12 ноября 2008 года № 392 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2009 год» // <i>Российская газета</i> . – 2008. – 19 ноября.
2010	1,295	Приказ Минэкономразвития России от 13 ноября 2009 года № 465 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2010 год» // <i>Российская газета</i> . – 2009. – 18 ноября.
2011	1,372	Приказ Минэкономразвития России от 27 октября 2010 года № 519 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2011 год» // <i>Российская газета</i> . – 2010. – 17 ноября.
2012	1,4942	Приказ Минэкономразвития России от 1 ноября 2011 года № 612 «Об установлении коэффициента-дефлятора К1 на 2012 год» // <i>Российская газета</i> . – 2011. – 16 ноября.

Соответственно, поскольку ставка ЕНВД установлена как 15 % от вмененного дохода (статья 346.31 НК РФ), то, например, в 2012 году налогоплательщик ЕНВД должен уплачивать данный налог в размере, на 49,42 % большем той величины, которая установлена в актах органов законодательной (представительной) власти. При этом в Пояснительной записке к проекту Федерального закона № 198712-3 «О внесении изменений и дополнений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и некоторые другие акты законодательства Российской Федерации, а также о признании утратившими силу отдельных актов законодательства Российской Федерации о налогах и сборах» указано, что «субъекты Российской Федерации могут изменять базовую доходность, корректируя ее на коэффициенты К1, К2 и К3, которые отражают особенности ведения предпринимательской деятельности в различных муниципальных образованиях, особенности населенного пункта, месторасположение как самого населенного пункта, так и внутри его, особенности ассортимента продукции (товаров, работ, услуг), сезонность и другие факторы, а также уровень инфляции».

Таким образом, законодатель предоставил возможность федеральному органу исполнительной власти (Минэкономразвития России) корректировать размер единого налога, тем самым определяя его окончательную величину, необходимую к уплате. Это означает, что фактически сумма налога частично регламентируется не законодательным, а исполнительным органом власти. Однако то, что в Пояснительной записке к проекту Федерального закона № 198712-3 введение коэффициента К1 (в первоначальном варианте – К3) обосновано необходимостью отслеживать уровень инфляции, не должно, как представляется, служить средством преодоления правовых позиций КС РФ относительно установления налога только законом (в том числе постановление от 11 ноября 1997 года № 16-П). Обоснование у некоторой нормы ее особой экономической сущности не может являться причиной неконституционного делегирования прав по регламентации соответствующих правоотношений органу исполнительной власти. Увеличение (уменьшение) размера ЕНВД – прерогатива законодателя, что он собственно уже и делал (увеличив, например, с 1 января 2005 года базовую доходность для розничной торговли, осуществляемой через объекты стационарной торговой сети, имеющие торговые залы с 1200 рублей на квадратный метр до 1800 рублей на квадратный метр площади торгового зала)<sup>1</sup>.

При ином подходе является вполне законным, например, введение в главу 28 НК РФ «Транспортный налог» (как, впрочем, и в любую другую главу второй части НК РФ) подобного повышающего коэффициента-дефлятора, периодически устанавливаемого Правительством РФ (Минфином РФ, Минэкономразвития РФ, органом исполнительной власти субъекта федерации или муниципального образования и т. п., в зависимости от вида налога). Кроме необходимости отслеживания в ЕНВД уровня инфляции (что ежегодно мог бы делать и сам законодатель), вполне возможно обосновать и иными экономическими обстоятельствами право органов исполнительной власти увеличивать конкретный налог (увеличение экономической потребности государства в средствах, снижение мировых цен на нефть и т. д.).

Тем не менее, такой механизм исчисления ЕНВД, существующий с 2004 года, пока не поставлен под сомнение высшими судебными органами. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 24 марта 2009 года № 15256/08 Суд отметил, что корректирующий коэффициент базовой доходности К2 (другой корректирующий коэффициент ЕНВД, установленный как понижающий) не является обязательным элементом налогообложения, предусмотренным статьей 17 НК РФ<sup>2</sup>.

С этой точки зрения федеральный законодатель, делегировавший право федеральным органам исполнительной власти увеличивать размер ЕНВД, как это не парадоксально, вовсе и не преодолел правовую позицию, изложенную в Постановлении КС РФ от 11 ноября 1997 года № 16-П, поскольку все существенные элементы этого налога (как их определяет статья 17 НК РФ) установлены актами законодательной (представительной) власти. По всей видимости, необходима проверка норм пункта 4 статьи 346.29 НК РФ на уровне КС РФ на предмет их соответствия Конституции РФ и ранее выраженной позициям КС РФ. При этом, уровень коэффициента К1 на 2012 год – 1,4942 – таков, что говорить об отсутствии (или несущественности) нарушения прав налогоплательщиков ЕНВД будет невозможно.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 29 июля 2004 года № 95-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации о налогах и сборах» // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 31. – Ст. 3231.

<sup>2</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 марта 2009 года № 14519/08 // СПС «Гарант».

*Е.С. Мазаева*

*Мазаева Елена Сергеевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и международного права Нижегородской академии МВД России*

## **Конституция – база для аргументации доктрины национальной безопасности США**

В современных условиях глобализации процессов мирового развития, формирующих особые международные политические и экономические отношения, Россия в качестве гаранта благополучного национального развития переходит к новой государственной политике в области национальной безопасности.

Одной из приоритетных задач современного Российского государства является обеспечение национальной безопасности, правовые начала которой сформулированы в ряде концептуальных нормативно-правовых актов<sup>1</sup>.

Меняющийся мир диктует новые угрозы и риски для развития личности, общества и государства, что требует от Российского государства мобилизации усилий для системно-ценностного подхода к формированию и реализации национальной безопасности.

Формирование стратегии национальной безопасности происходит в своей основе исходя из приоритетных ценностей, на которых базируется государство. Аргументацией положений концептуальных начал национальной безопасности России должны стать ценностные ориентиры, заложенные Конституцией РФ и исконными национальными традициями. В этой связи для формирования и успешной реализации стратегии государственной безопасности России весьма важным является изучение истоков национальной идеологии основного оппонента в мире – США.

Это объясняется, во-первых, тем, что сам термин «национальная безопасность» впервые был употреблен в качестве синонима «обороны» в 1904 году в Послании Президента США Т. Рузвельта Конгрессу, в котором был обоснован захват зоны Панамского канала интересами национальной безопасности<sup>2</sup>. Во-вторых, обоснованным и аргументированным видится фундаментальная основа формирования стратегий национальной безопасности США, которая строится на американской либеральной системе ценностей, закрепленных в доктринальных государствообразующих документах – Декларации независимости, Конституции, Билле о правах.

Оперируя термином юридическая (правовая) аргументация следует определиться с категориальным аппаратом. От латинского *argumentatio* – приведение аргументов – приведение доводов с намерением изменить убеждения другой стороны (аудитории). В числе таких доводов могут быть ссылки на опыт, на более общие и кажущиеся достоверными принципы, на принятую систему убеждений, на традицию или интуицию, на здравый смысл или вкус и т. д. Аргументация – способ подведения основания под какую-либо мысль или действие (обоснование их) с целью публичной защиты, побуждения к определенному мнению о них, признания или разъяснения; способ убеждения кого-либо посредством значимых аргументов. В этом смысле аргументация всегда диалогична и шире логического доказательства (которое по существу безлично и монологично), поскольку она ассимилирует не только «технику мышления» (собственно логику), но и «технику убеждения» (искусство подчинять мысль, чувство и волю человека)<sup>3</sup>. В рамках нашего исследования важно обосновать юридическую аргументацию системно-ценностного подхода к концепции национальной безопасности.

При определении юридической (правовой) аргументации как научной категории мы придерживаемся взгляда Е.А. Макеевой, предлагающей понимать под этим «познавательльно-ценностный способ убеждения в истинности (ложности) того или иного рассуждения, справедливости (несправедливости) заключения суда, виновности (невиновности) обвиняемого, характеризующийся преимущественно вероятностным логическим выводом, диалоговостью и направленностью на правовую аудиторию»<sup>4</sup>.

В структуре доктринального видения национальной безопасности США фундаментальные (постоянные) интересы стоят на первом месте. По заявлению М. Олбрайт, они не менялись в течение

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон РФ «О безопасности» от 28 декабря 2010 года № 390-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 1. – Ст. 2; Указ Президента РФ от 12 мая 2009 года № 537 «Стратегия национальной безопасности РФ до 2020 года» // Собрание законодательства РФ. – 2009. – № 20. – Ст. 2444.

<sup>2</sup> См.: Петровский В. Доктрина национальной безопасности в глобальной стратегии США. – М., 1980. – С. 15.

<sup>3</sup> См.: Философский энциклопедический словарь. – М., 2010. – С. 112.

<sup>4</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Автореф. дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 10.

более чем 200 лет и заключаются в обеспечении безопасности, процветания и свободы американского народа<sup>1</sup>.

Не вдаваясь в исторический ракурс вопроса обеспечения безопасности России, следует сказать, что новый виток развития данная идея получила в 2009 году, когда Президент РФ Д.А. Медведев утвердил важнейший концептуальный документ в этой области Стратегию национальной безопасности РФ до 2020 года Утвержденную Указом Президента РФ от 12 мая 2009 года № 537. Стратегия национальной безопасности РФ до 2020 г. является политико-правовым документом, определяющим систему стратегических приоритетов, целей и мер в области внутренней и внешней политики, определяющих состояние национальной безопасности и показатели устойчивого развития государства на долгосрочную перспективу Стратегия пришла на смену Концепции национальной безопасности 1997 года.

В Стратегии национальной безопасности РФ до 2020 года отмечается, что «национальные интересы Российской Федерации на долгосрочную перспективу заключаются:

- в развитии демократии и гражданского общества, повышении конкурентоспособности национальной экономики;
- в обеспечении незыблемости конституционного строя, территориальной целостности и суверенитета РФ;
- в превращении Российской Федерации в мировую державу, деятельность которой направлена на поддержание стратегической стабильности и взаимовыгодных партнерских отношений в условиях многополярного мира»<sup>2</sup>.

В качестве важных приоритетов стратегия определяет: повышение качества жизни российских граждан путем гарантирования личной безопасности, экологический рост, экология живых систем и др. Как видно, повышение качества жизни российских граждан путем снижения уровня социального и имущественного неравенства населения, стабилизации его численности выступает в качестве стратегической цели обеспечения национальной безопасности РФ.

Приведенные положения свидетельствуют, что российское государство ориентировано на системно-ценностную основу концептуальных начал национальной безопасности, однако эти ценности должны быть представлены более четко и доступно.

В основе должны лежать незыблемые положения Конституции РФ 1993 года, при этом конституционные приоритеты и принципы будут юридической аргументацией доктринальных начал национальной безопасности России. В этой связи ни смена политической элиты, ни экономические кризисы не повлияют на фундаментальную основу национальной безопасности РФ, а также будут поддерживаться народом.

Это еще раз подтверждает, что на современный период весьма важно выявить и сравнить фундаментальные основы формирования стратегий национальной безопасности США и России. Следует заметить, что как российские специалисты, так и зарубежные, анализируя концепции национальной безопасности США, отмечают, что в их основе лежит национальная система ценностей, выражающая опыт их цивилизационного становления и развития<sup>3</sup>.

«Мы не сможем обеспечить безопасность нашей страны, если не будем черпать силы из наших величайших фундаментальных ценностей. Декларация независимости, Конституция, Билль о правах – это основа свободы и справедливости в нашей стране, и это свет, который светит всем тем, кто добивается свободы, справедливости, равенства и достоинства повсюду в мире. Мы защищаем наши заветные, величайшие ценности не только потому, что это правильно, но и потому, что это делает нашу страну сильнее и сохраняет нас в безопасности. Во все времена наши ценности остаются лучшим активом национальной безопасности – во время войны и мира; в спокойные времена и в эпохи великих потрясений», – поделился своими размышлениями Барак Обама перед представителями своего кабинета, участвующими в разработке Стратегии национальной безопасности США 2010 года<sup>4</sup>.

Таким образом, доктринальные документы, закрепляющие национальную систему ценностей, являются той юридической аргументацией, на которой выстраивается архитектура национальной безопасности США в тот или иной исторический период.

<sup>1</sup> См.: Доктрины и концепции национальной безопасности США, Франции и Японии. Актуальные проблемы национальной безопасности России на современном этапе // [www.budgetrf.ru/Publications/Magazines/VestnikSF/2000/vestniksf117-05/vestniksf117-05030.htm](http://www.budgetrf.ru/Publications/Magazines/VestnikSF/2000/vestniksf117-05/vestniksf117-05030.htm)

<sup>2</sup> См.: Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года // Собрание законодательства РФ. – 2009. – № 20. – Ст. 2444.

<sup>3</sup> См.: Афанасьев А.Н. Системно-ценностный подход к формированию стратегий национальной безопасности США и России (сравнительно-правовой анализ) // Юридический мир. – 2010. – № 2. – С. 65; The National security strategy of the United States of America. The White House. – Washington, 2002. – P. 1; The National security strategy of the United States of America. The White House. – Washington, 2006. – P. 1–2.

<sup>4</sup> См.: [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09)

Угрозы национальной безопасности США в историческом контексте постоянно меняются, что находит свое отражение в концепциях национальной безопасности. Одно остается неизменным – направленность внешних угроз на систему американских ценностей.

Очевидно, что видение проблем национальной безопасности в США имеет доктринальный характер. Доктринальное видение национальной безопасности в США имеет следующую структуру: фундаментальные (постоянные) интересы, которые неизменны в течение более чем 200 лет и заключаются в обеспечении безопасности, процветания и свободы американского народа; миссия страны на данном этапе (это и есть доктрина, отражающая национальные интересы в конкретном понимании президента США); конкретные целевые установки, разрабатываемые и достигаемые президентской «командой», государственными структурами, группами влияния, коммерческими и неправительственными организациями – субъектами национальной безопасности страны.

Обращаясь к фундаментальным (постоянным) интересам, следует подчеркнуть роль Конституции США 1787 года. Именно преамбула Основного закона страны определила приоритеты и цели, которые являются тем правовым каркасом и основой для юридической аргументации национальной безопасности США. «Мы, народ Соединенных Штатов, (что уже изначально указывает на ее демократичный дух) в целях образования более совершенного Союза, утверждения правосудия, обеспечения внутреннего спокойствия (что подтверждает государственную политику обеспечения безопасности)... организации совместной обороны, содействия общему благосостоянию и обеспечения нам и нашему потомству благ свободы, утверждаем и принимаем эту Конституцию для Соединенных Штатов Америки».

Именно эти ключевые положения делают стратегию национальной безопасности США истинно патриотичной в глазах американского народа.

В соответствии со Стратегиями национальной безопасности США лучшим способом обеспечения национальной безопасности, а соответственно, сохранения национальной системы ценностей является распространение своей системы ценностей в мире. Фундаментом формирования стратегий национальной безопасности США является американская система ценностных ориентиров, закрепленных в доктринальных государствообразующих документах – Декларации независимости, Конституции, Билле о правах.

Система либерально-демократических идеалов резюмирует национальную идею США и задает координаты системы ценностей. Так, В. Крашенинникова в своей книге «Америка – Россия: холодная война культур. Как американские ценности преломляют видение России» при определении набора либерально-демократического кредо ссылается на Самюэля Хантингтона<sup>1</sup>. Согласно С. Хантингтону американское кредо воплощает политические принципы свободы, равенства, демократии, индивидуализма, прав человека, законности и неприкосновенности частной собственности.

Декларация независимости от 4 июля 1776 года институализировала неотчуждаемые права человека (право на жизнь, на свободу и на стремление к счастью) как «высшую истину». Если любая форма правительства начинает действовать против этих принципов, люди имеют право изменить или свергнуть его и учредить новое правительство. Как видно, права человека, его свобода и равенство превыше государства.

Утверждение и конкретизация либерально-демократических ценностей было продолжено с принятием Конституции США в 1787 году. Основополагающий документ базируется на неотъемлемых естественных правах человека. Американская концепция прав человека выступает аккумулятором фундаментальных универсальных ценностей для всех «истинных» демократий.

Анализ концептуальных документов Российской Федерации в области национальной безопасности (Концепций национальной безопасности России 1997 и 2000 годов, Стратегии национальной безопасности РФ до 2020 года) показывает, что в их основе лежат национальные интересы, представляющие совокупность сбалансированных интересов личности, общества и государства во всех сферах общественной жизни.

Как таковая система ценностей лишь подразумевается, а ключевыми определяются экономические и социальные интересы.

Не вызывает сомнений, что подход, выбранный к формированию современной стратегии национальной безопасности, юридически аргументирован. Так, национальные интересы выражены во всех сферах общественной жизни и отвечают на вопрос «как должно быть?». Определены угрозы национальной безопасности, что констатирует положение во всех сферах общественной жизни России и отвечает на вопрос «как есть?». Выработана система обеспечения национальной безопасности, что ставит задачи для реализации национальных интересов и отвечает на вопрос «что делать?».

Учитывая современную обстановку на международной арене, Стратегия национальной безопасности России до 2020 года характеризует тенденции развития мира на обозримый период и формирует

<sup>1</sup> См.: Крашенинникова В. Америка – Россия: холодная война культур. Как американские ценности преломляют видение России. – М., 2007. – С. 31–32.

национальные приоритеты на долгосрочную перспективу через систему реализации соответствующих национальных интересов.

При всех достоинствах концепции национальной безопасности России, ее минусом видится отсутствие уверенной мотивации общества к обеспечению самой национальной безопасности России.

Фундаментальные ценности США выражают единство интересов личности, общества и государства в обеспечении национальной безопасности. Концепция аргументировано отвечает на вопросы, что нужно защищать, от кого нужно защищать и как нужно защищать. Это делает концепцию национальной безопасности США в определенной степени простой задачей, решение которой понятно как государству, так и отдельному гражданину.

Национальная система ценностей, определенная Конституцией РФ 1993 года и транслируемая в концепции национальной безопасности России в качестве ее фундаментальной основы, сделала бы ее более простой задачей, доступной и поддерживаемой многонациональным народом.

Следует предположить, что наполнение Стратегии национальной безопасности России до 2020 года системно-ценностным содержанием позволит объединить интересы личности, общества и государства в обеспечении национальной безопасности; сбалансировать концептуальные подходы России к построению многополярного мира.

Безусловно, на сегодняшний день реализуется государственная политика в области национальной обороны, государственной и общественной безопасности, устойчивого развития России, адекватная внутренним и внешним условиям. Созданы предпосылки для укрепления системы обеспечения национальной безопасности, консолидировано правовое пространство. Решены первоочередные задачи в экономической сфере, выросла инвестиционная привлекательность национальной экономики. Возрождаются исконно российские идеалы, духовность, достойное отношение к исторической памяти. Укрепляется общественное согласие на основе общих ценностей – свободы и независимости Российского государства, гуманизма, межнационального мира и единства культур многонационального народа Российской Федерации.

В целом сформированы предпосылки для надежного предотвращения внутренних и внешних угроз национальной безопасности, динамичного развития и превращения Российской Федерации в одну из лидирующих держав по уровню технического прогресса, качеству жизни населения, влиянию на мировые процессы. Усиливаются патриотические чувства, а семейные традиции становятся ведущими в жизни россиян.

**Н.В. Макарейко**

*Макарейко Николай Владимирович – кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры административного права и процесса Нижегородской академии МВД России*

## **Юридическая аргументация как фактор эффективности применения мер государственного принуждения**

Высокая динамика современных общественных отношений требует безотлагательной реакции субъектов права. Модернизация экономики, формирование ее инновационной модели возможны только при условии повышения эффективности применяемого правового инструментария. В этих условиях необходимо юридически закрепить в действующем законодательстве необходимые правовые средства, а правоприменителю выбрать и качественно их применить.

Реализация такого подхода в ряде случаев осложняется, а то и вовсе становится невозможной в силу низкого уровня правовой культуры, игнорирования правил юридической техники, взаимосвязи между действующими нормативными правовыми актами и логикой развития общественных отношений, возможностью их развития. В этой связи следует согласиться с Д.А. Керимовым: «Правосознание, правотворчество, правореализация в состоянии интенсивно преобразовать действительность только тогда, когда закрепляет не только то, что есть, но и то, что должно быть»<sup>1</sup>.

Одним из действенных методов решения задач в ходе экономического, административно-политического и социального строительства выступает государственное принуждение. Это предопределено возможностью оперативно решать самый широкий круг правоохранительных задач при помощи данного метода, что зачастую «подкупает» субъектов права, которые в погоне за быстрыми результатами без должных оснований применяют меры государственного принуждения. Это в ряде случаев приводит к злоупотреблениям, перерастающим в нарушения законности.

Перед юридической наукой стоит сложная задача, которая заключается в выработке рекомендаций, направленных на повышение эффективности правового регулирования. Очевидно, что здесь следует применить комплексный подход с тем, чтобы решить ряд вопросов теоретического и прикладного характера. Анализ научной литературы свидетельствует о значительном внимании, которое уделяется вопросу эффективности права, его отдельных средств<sup>2</sup>.

Совершенно обоснованно исследователями обращается внимание на то, что проблема эффективности норм права была, есть и будет актуальной для любого государства, пока существуют предписания норм права, а государство регламентирует жизнь путем издания правовых актов и контроля за их реализацией<sup>3</sup>.

Достижения эффективности права вообще, и отдельных правовых средств в частности, в том числе и такого важного средства как государственного принуждения зависит от ряда факторов. Следует признать правоту известного ученого административиста В.А. Юсупова, что проблема эффективности, в частности, применения норм права, охватывает ряд вопросов организационно-правового характера, среди которых, по мнению автора, можно выделить такие, как эффективность применения

<sup>1</sup> Керимов Д.А. *Методология права: предмет, функции, проблемы философии права*. – 6-е изд. – М., 2011. – С. 105.

<sup>2</sup> См.: Андрущенко М.Н. *Понятие эффективности и его философский смысл* // *Философские и социальные исследования*. – Л., 1971. – С. 46–49; Никитинский В.И. *Эффективность норм трудового права*. – М., 1971; Пашков А.С. *Эффективность действия правовой нормы (к методологии и методике социологического исследования)* / А.С. Пашков, Л.С. Явич // *Советское государство и право*. – 1970. – № 3. – С. 40–48; Курагин Г.Г. *Факторы эффективности административно-правовых санкций* / Г.Г. Курагин, Л.Л. Попов // *Правоведение*. – 1974. – № 4. – С. 37–45; Лазарев В.В. *Эффективность правоприменительных актов: Вопросы теории и практики*. – Казань, 1975; Фаткулин Ф.Н. *Социальная ценность и эффективность правовой нормы* / Ф.Н. Фаткулин, Л.Д. Чулюкин. – Казань, 1977; *Эффективность действия правовых норм*. – М., 1977; Кудрявцев В.Н. *Эффективность правовых норм*. – М., 1980; Мищенко В.Л. *Эффективность гражданско-правовой ответственности в области охраны природы*: Дис... канд. юрид. наук. – М., 1984; *Правоприменение в Советском государстве* / Под ред. И.Н. Кузнецова, И.С. Самощенко. – М., 1985. – С. 87–105; *Эффективность закона: методология и конкретные исследования* / Отв. ред. В.М. Сырых, Ю.А. Тихомиров. – М., 1997; Зелелукин А.А. *Проблемы эффективности российского законодательства*: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 2000; Швецов С.Б. *Эффективность правоприменительной деятельности*: Дис... канд. юрид. наук. – СПб., 2004; Захарова О.С. *Эффективность норм административно-деликтного права* // *Вестник Воронежского государственного университета*. – Серия: Право. – 2006. – № 1 (1). – С. 151–166.

<sup>3</sup> См.: Жинкин С.А. *Эффективность права: антропологическое и ценностное измерение*: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Краснодар, 2009. – С. 3.



норм права, эффективная организация работы государственных органов, выработка эффективных актов и быстрота их доведения до адресатов, эффективность воспитательного воздействия на управляемых субъектов»<sup>1</sup>.

Весьма важным для определения эффективности государственного принуждения является учет факторов (условий), которые оказывают влияние на данную юридическую деятельность. Рассмотрение факторов, которые влияют на эффективность этих средств, можно осуществлять различными путями. Одним из них является анализ факторов, способствующих повышению эффективности применения данных мер. В то же время, можно пойти путем исследования факторов, снижающих эффективность применения мер государственного принуждения, то есть пойти «от противного», получить положительный результат через анализ отрицательных факторов. Третьим путем является выявление факторов, как повышающих, так и снижающих эффективность применения данных мер.

Мы считаем, что рассмотрение факторов, которые снижают эффективность применения данных мер в изоляции от тех, которые ее повышают являются искусственным, что противоречит диалектике социальных связей и отношений. По этой причине более оправданным является анализ эффективности применения мер государственного принуждения с позиции единого факторного подхода как результата взаимодействия различных и одинаково существенных по своему значению обстоятельств.

Анализ правовой доктрины, законодательства, регламентирующего государственное принуждение и сложившейся правоприменительной практики позволяет объединить факторы, оказывающие влияние на эффективность в несколько групп: 1) связанные с доктриной государственного принуждения; 2) связанные с состоянием действующего законодательства, регламентирующего государственное принуждение; 3) обуславливающие непосредственное применение мер государственного принуждения.

Свое внимание мы остановим на юридической аргументации как значимом факторе эффективности применения мер государственного принуждения. Закономерно возникает вопрос об избрании именно данного фактора в качестве объекта рассмотрения. Такой выбор вполне закономерен и обусловлен тем, что именно аргументация, ее юридическая составляющая, находит свое выражение как в научных исследованиях, так и в правотворческой и правоприменительной деятельности.

В словаре русского языка С.И. Ожегова аргументация определяется как совокупность аргументов<sup>2</sup>. Схожее определение содержится и в других справочных изданиях: «Аргументация – способ доказательства с помощью аргументов. Совокупность аргументов»<sup>3</sup>.

По мнению В.П. Малахова, аргументацию следует определить как «интеллектуально-речевую процедуру, которая служит поиску и предъявлению оснований некоторой точки зрения с целью ее понимания и (или) принятия. Он определяет в аргументации два момента: 1) в логическом плане аргументация выступает как процедура отыскания для некоторого исходного положения опоры в других положениях и выражения этих положений в определенной форме; 2) в коммуникативном плане аргументация есть процесс передачи, истолкования и внушения информации, зафиксированной в исходном положении. Конечная цель этого процесса – формирование некоторого убеждения»<sup>4</sup>.

В теории аргументации традиционно выделяют три подхода: риторический (лингвистический), коммуникативно-прагматический и рациональный (основанный на доводах разума)<sup>5</sup>. Для отечественной правовой литературы традиционно присущ третий подход.

Аргументация представляет собой мощное средство коммуникации, когда один субъект передает другому (другим) свои убеждения. В основе убеждения лежит не только информация, но, прежде всего, уверенность субъекта в ее истинности.

Роль юридической аргументации, по нашему мнению, целесообразно рассмотреть через призму правовой доктрины, правотворческой и правоприменительной деятельности. Возможно, проблематичным видится роль юридической аргументации в науке. Вместе с тем, разрабатывая доктринальные рекомендации в области государственного принуждения, ученые правоведы отстаивают свои позиции, приводя различные аргументы: общесоциальные, экономические, политические, этические, организационные и другие. Следует признать, что «вес» этих аргументов будет более значимым тогда, когда они будут опираться на действовавшее, действующее, желаемое (предполагаемое, перспективное) законодательство, сложившуюся правоприменительную практику. Другими словами это должна быть достаточно предметная аргументация, в которую включена глубина доктринального осмысления, основанного на юридическом знании, умении проводить его комплексный взыскательный анализ, что и позволит выработать жизнеспособные, эффективные рекомендации.

<sup>1</sup> См.: Юсупов В.А. Правоприменительная деятельность органов управления. – М., 1979. – С. 118.

<sup>2</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – М., 1990. – С. 35.

<sup>3</sup> Толковый словарь / Гл. ред. С.А. Кузнецов. – СПб., 2001. – С. 45–46.

<sup>4</sup> См.: Малахов В.П. Логика для юристов. Академический проект. – М.; Екатеринбург, 2002. – С. 226.

<sup>5</sup> См.: Герасимов И.А. Искусство убеждения в традициях логической науки / И.А. Герасимов, М.М. Новоселов // Мысль и искусство аргументации. – М., 2003. – С. 10.

В юридической науке вопросы государственного принуждения традиционно являются предметом самого пристального взыскательного внимания. Вместе с тем, в юриспруденции накоплено множество проблем, которые требуют безотлагательного разрешения. Мы глубоко убеждены, что основной вектор внимания государства, его органов, правозащитников должен быть направлен на защиту потерпевших, восстановление их нарушенных прав и свобод, то есть на нормализацию ситуации в сфере правоохраны. В первоочередном порядке необходимо уделить повышенное внимание исследованию новых видов государственного принуждения. Например, чрезвычайным мерам государственного принуждения, которые применяются в условиях режимов чрезвычайного, военного положения, контртеррористических операций и их роли в обеспечении общественного порядка и общественной безопасности. Эти меры с одной стороны обладают существующим правоохранительным потенциалом и способны качественно обеспечить правопорядок в условиях названных экстрординарных административно-правовых режимов, а с другой стороны – несут в себе серьезные правоограничения, в связи с чем, требуют повышенного контроля и надзора со стороны государства и общества.

Необходимо также учесть такую тенденцию государственного принуждения как его гуманизацию, то есть уменьшение интенсивности применения данных правовых средств. Это вполне вписывается в официальную государственную идеологию. Президент РФ в Ежегодном послании Федеральному Собранию РФ 18 апреля 2002 году акцентировал внимание, что нам крайне важна гуманизация уголовного законодательства и системы наказания. Наша главная цель – добиться неотвратимости наказания, а не его чрезмерной суровости<sup>1</sup>.

Позиция ученых при исследовании мер государственного принуждения должна основываться на применении качественного познавательного инструментария, с тем, чтобы выработанные доктринальные аргументы отвечали состоянию законодательства и объекта его регулирования, а также перспективам развития охраняемых отношений.

Вместе с тем, ситуация далека от идеала и необходимо признать правоту Н.В. Сильченко: «Далеко не всегда в силу ряда причин и обстоятельств предложения и рекомендации юридической науки воспринимаются практикой законотворчества и правоприменения»<sup>2</sup>. Это говорит об определенных претензиях с позиции качества научной продукции, когда труды правоведов не отвечают потребностям практики, оторваны от правовой действительности.

Однако не следует забывать, что в России правовая доктрина не является официальным источником права. В этой связи следует согласиться с авторитетным мнением профессора В.М. Баранова: «К сожалению, никогда судебные и административные акты не используют ссылки на труды ученых-правоведов. ... Мировой опыт свидетельствует, что значение правовой доктрины как формального источника права падает, но ее роль в качестве неформального элемента правообразования и правореализации растет»<sup>3</sup>.

Необходимо обратить внимание на то, что в условиях отсутствия четкого порядка учета научных разработок в юридической практике, субъекты правотворческой и правоприменительной деятельности не связаны никакими обязанностями в отношении использования научных разработок.

Здесь показательным является ситуация исключения из системы уголовных наказаний конфискации имущества (п. «ж» ст. 44, ст. 52 УК РФ). Это стало результатом реализации в 2003 году законопроекта «О внесении изменений и дополнений в УК РФ»<sup>4</sup>, подготовленного в Администрации Президента РФ под руководством Д. Козака. Данный законопроект был направлен на гуманизацию уголовного наказания и снижение числа лиц, находящихся в местах лишения свободы за совершение преступлений в экономической сфере. Однако практическая реализация предлагаемых новелл, по мнению ученых, не отвечает существующей криминогенной обстановке и направлена на снижение активного противодействия преступности в стране и, прежде всего, экономической преступности. Научная общественность во главе с действительным членом РАН В.Н. Кудрявцевым направили письма Президенту РФ В.В. Путину, Председателю Совета Федерации С.М. Миронову, Председателю Государственной Думы Г.Н. Селезневу, в которых указали, что «таким решением будут защищены многомиллионные преступные доходы, что будет способствовать лишь дальнейшему разграблению страны. Это усилит социальную напряженность в обществе и еще более подорвет доверие населения к власти, что особенно опасно в период избирательной компании»<sup>5</sup>.

Ответов авторы письма не получили. Попытки опубликовать письмо в центральных печатных средствах массовой информации не увенчались успехом. Были также предприняты попытки через Министерство

<sup>1</sup> Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ «России надо быть сильной и конкурентноспособной» // Российская газета. – 2002. – 19 апреля.

<sup>2</sup> Сильченко Н.В. Закон: Проблемы этимологии, социологии и логики. – Минск, 1993. – С. 31.

<sup>3</sup> Баранов В.М. Формы права // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. – М., 1999. – С. 273–274.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 8 декабря 2003 года № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 50. – Ст. 4848.

<sup>5</sup> См.: Лунеев В.В. Конфискация имущества из УК РФ незаконно исключена: что дальше? // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 6–7.

иностранных дел РФ оказать влияние и не допустить внесения соответствующих изменений в УК РФ, апеллируя к опыту наиболее развитых иностранных государств. Однако и эта попытка была обречена на неудачу. Общение с председателем Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству П.В. Крашенинниковым оказались безуспешными.

Важное значение имеет юридическая аргументация в ходе закрепления мер государственного принуждения. Принимая федеральные законы и подзаконные нормативные правовые акты, регламентирующие меры государственного принуждения, необходимо давать четкую юридическую аргументацию. Это достигалось на различных этапах правотворческой деятельности. В первую очередь на этапе законодательной инициативы, при внесении законопроекта в Государственную Думу, когда инициаторы (субъекты законодательной инициативы) направляют вместе с законопроектом пояснительную записку, финансово-экономическое обоснование. В данных документах разработчики проекта нормативного правового акта приводят аргументы в пользу его принятия, а также дают обоснование финансово-экономических обременений, которые понесет бюджет в случае его принятия. Не случайно в ч. 3 ст. 104 Конституции РФ закреплено, что законопроекты о введении или отмене налогов и сборов, освобождении от их уплаты, о выпуске государственных займов, об изменении финансовых обязательств, другие законопроекты, предусматривающие расходы, покрываемые за счет федерального бюджета, могут быть внесены только при наличии заключения Правительства РФ. Наличие такого заключения является одним из важных юридических аргументов, когда с позиции финансирования приводятся соответствующие доводы. При этом следует иметь в виду, что какое именно (положительное, нейтральное, отрицательное) должно быть заключение не определено, но это должно быть обязательным аргументом в случаях, указанных в выше названной норме, для депутатов Государственной Думы. Это не единственные аргументы, в ходе чтений ведутся дискуссии и приводятся соответствующие дополнительные аргументы.

К сожалению, юридически не закреплено количество и правовые последствия депутатских слушаний по законопроектам. Выступление специалистов, которые знают детально общественные отношения, которые выступают предметом правового регулирования, могут дать необходимые пояснения по предмету правового регулирования. Очевидно, что следует законодательно закрепить обязательность выводов и предложений участников слушаний.

В настоящее время обнаружилась весьма опасная тенденция в органах представительной власти, получившая название «итальянского синдрома», когда оппозиционные парламентарии не будучи способные заблокировать принятие законопроекта, вносят значительное количество поправок, что блокирует деятельность правотворческого органа. Примером может быть обсуждение изменений в Федеральный закон от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях», когда фракцией «Справедливая Россия» было внесено более трехсот совершенно не аргументированных поправок в обсуждаемый законопроект.

Учитывая значительный объем подзаконного нормативного правового регулирования мер государственного принуждения, важным является принятие и государственная регистрация соответствующих нормативных правовых актов. Здесь важным является в первую очередь аргументация необходимости подзаконного нормативного правового регулирования и непосредственно содержательной характеристики принимаемого подзаконного акта, так как требуется четкое проведение воли законодателя, создание действенного механизма правореализации. Министерство юстиции РФ обладает полномочиями по осуществлению нормоконтроля в связи с государственной регистрацией нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти<sup>1</sup>. Важно на этапе проведения юридической экспертизы подзаконных нормативных правовых актов, определить их соответствие нормативным актам большей юридической силы, юридически объективировать необходимую «глубину» подзаконного регулирования.

Примером ненадлежащей законодательной регламентации является освобождение от административной ответственности в случае признания деяния малозначительным (ст. 2.9 КоАП РФ). Это обусловлено тем, что детально не обозначены критерии малозначительности административного правонарушения. В настоящее время правоприменитель, по сути, волен самостоятельно решить – признавать или не признавать совершенное деяние малозначительным, что заключает в себе мощный коррупционный потенциал и на практике влечет за собой необоснованное освобождение виновных от административной ответственности. Для нормализации ситуации, по нашему мнению, ст. 2.9 КоАП РФ целесообразно дополнить примечанием следующего содержания: «Примечание. Административное правонарушение признается малозначительным, если противоправное деяние совершено в течение года впервые и влечет административное наказание в виде предупреждения или административного штрафа в размере до одной тысячи рублей». Это предоставит правоприменителю эффективный инструмент освобождения от административной ответственности, минимизирует потенциальную возможность злоупотребления в подобных правоприменительных ситуациях.

Примером ненадлежащей правовой аргументации может служить редакция ст. 4.1 КоАП РФ, где закреплен механизм назначения административных наказаний, что позволяет игнорировать реальные

<sup>1</sup> См.: *Россинский Б.В.* Административное право: Учебник / Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков. – М., 2010. – С. 469–472.

факторы, в том числе обстоятельства, смягчающие административную ответственность (ст. 4.2 КоАП РФ) и отягчающие административную ответственность (ст. 4.3 КоАП РФ). Очевидно, что в ст. 4.1 КоАП РФ целесообразно закрепить императивный механизм учета перечисленных обстоятельств по аналогии с уголовно-правовым и налоговым законодательством.

Не умаляя роли и значения юридической аргументации в правовой науке, правотворческой деятельности, следует признать, что наиболее важное значение она имеет в правоприменении. Известный специалист в области правоприменения профессор В.В. Лазарев отмечает: «Часто сбор доказательств и предварительное установление фактов является делом одних лиц, а вынесение решения по делу – других. Однако правоприменяющий орган в этом случае обязан убедиться в достаточности установленных фактов и их обоснованности. Ни прокурор, утверждающий обвинительное заключение, ни судья, который рассматривает уголовное дело, ни директор предприятия или начальник УВД, издающий приказ о поощрении работника, не могут отнестись к своим обязанностям формально, полагаясь на представленный материал»<sup>1</sup>.

Информация, которая получена в ходе оперативно-розыскной деятельности, предварительного следствия адресуется судье или иному субъекту, уполномоченному применять меры государственного принуждения с тем, чтобы убедить его в наличии оснований их применения. Являются грубой ошибкой сведения аргументации исключительно к вербальным средствам, когда в ходе рассмотрения конкретного дела доводится информация до субъекта, полномочного применять меру государственного принуждения. Очевидно, что в качестве аргументов выступают соответствующие доказательства, которые могут содержаться и на материальных носителях. Зачастую аргументацией выступают реально существующие образы, деяния, которые воспринимает субъект, полномочный применять соответствующие меры государственного принуждения. Данная посылка в большей мере присуща мерам пресечения. В этих условиях важно в кратчайшие сроки воспринять соответствующие аргументы и безотлагательно применить соответствующую меру государственного принуждения. Следует учитывать, что специфика отдельных мер принуждения, в частности полицейского принуждения, заключается в том, что необходимо постфактум сообщить (аргументировать) об их применении.

Так, в соответствии с ч. 3 ст. 14 ФЗ «О полиции» в каждом случае задержания сотрудник полиции обязан аргументировать гражданину (принуждаемому) причину и основания применения таких мер. Сотрудники полиции обязаны сообщать непосредственному начальнику в форме рапорта в течение 24 часов о факте вхождения (проникновения) в жилое помещение<sup>2</sup>. Аналогичная обязанность устанавливается в отношении информирования прокурора<sup>3</sup>. При этом следует иметь в виду, что это не простое уведомление, а детальная аргументация применения соответствующей меры административного пресечения, где со ссылкой на действующее законодательство и реально существующие юридические факты дается обоснование необходимости применения данной меры государственного принуждения, которая влечет за собой существенные правоограничения.

Особенно остро вопрос аргументации стоит в ходе применения физической силы, специальных средств, огнестрельного оружия. Так, прокурор в течение 24 часов уведомляется о каждом случае причинения гражданину ранения либо наступления его смерти в результате применения сотрудником полиции физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия<sup>4</sup>. В то время как непосредственному начальнику, либо руководителю ближайшего территориального органа или подразделения полиции сообщается в течение 24 часов с момента их применения – соответствующим рапортом о каждом случае применения физической силы, в результате которого причинен вред здоровью гражданина или причинен материальный ущерб гражданину, либо организации, а также о каждом случае применения специальных средств или огнестрельного оружия<sup>5</sup>. При этом следует иметь в виду, что первичные документы, в частности рапорт, будет положен в основу проведения служебной проверки, а возможно и уголовного дела по факту применения данных мер государственного принуждения. Необходимо учитывать, что отсутствие должных аргументов в данных документах может поставить под сомнение обоснованность и законность применения соответствующих мер государственного принуждения и, как результат, повлечет за собой привлечение к юридической ответственности правоприменителей.

Учитывая видовую классификацию мер государственного принуждения, следует дифференцированно подходить к аргументации, выбирать ее формы и средства. Следует отметить, что юридическая аргументация является важным фактором в механизме реализации мер государственного принуждения. Его учет позволяет не только повысить эффективность названного правового средства, но и обеспечить справедливость и законность его применения.

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Действие права. Реализация права // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. – М., 1999. – С. 453.

<sup>2</sup> Пункт 4 ч. 5 ст. 15 Федерального закона от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 7. – Ст. 900.

<sup>3</sup> Часть 7 ст. 15 ФЗ «О полиции».

<sup>4</sup> Часть 6 ст. 19 ФЗ «О полиции».

<sup>5</sup> Часть 8 ст. 19 ФЗ «О полиции».

**А.А. Максуров**

*Максуров Алексей Анатольевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова*

## **Аргументация как основа медиативной юридической техники**

Как в философской, так и в юридической литературе отмечено, что к действиям и операциям помимо «динамичного» подхода, позволяющего рассматривать действия и операции как самостоятельные элементы структуры деятельности, обеспечивающие своего рода «движение» ее компонентов и сторон, применим и иной подход – как к средству достижения соответствующих целей и результатов деятельности<sup>1</sup>. Такой подход и в отношении медиативных действий и операций также представляется верным и зачастую полезным. Он помогает, в частности, глубже понять смысл и содержание действия и операции, их взаимосвязь и структуру, что позволяет соответствующим образом осуществить их планирование или корректирование в ходе медиативного процесса для достижения желаемого результата.

В науке нет определения медиативной техники, поэтому для его конструирования придется обращаться, прежде всего, к этимологическому подходу, который, к сожалению, не приносит искомого результата.

«Техника» словарями понимается в двух смыслах: узком – машины, приборы, устройства; широком – совокупность навыков, приемов в каком-либо виде деятельности. Одновременно «технология» – совокупность методов обработки, изменения состояния материалов и т.п.<sup>2</sup> В то же время техника – «совокупность приемов, применяемых в каком-нибудь деле, мастерстве»<sup>3</sup>, совокупность материальных средств и интеллектуальных знаний; совокупность навыков и приемов какого-либо мастерства<sup>4</sup>. Большая советская энциклопедия определяет технику как «совокупность средств человеческой деятельности, создаваемых для осуществления процессов производства и обслуживания непрямых потребностей общества»<sup>5</sup>. Аналогичное определение дается в Краткой российской энциклопедии<sup>6</sup>.

При обращении к истории вопроса обнаружим, что методологические основы законодательной техники были заложены еще в трудах Платона, Аристотеля, Цицерона и других знаменитых античных юристов, а в более позднее время – в работах Ф. Бэкона и И. Бентама. Например, уже Бентам в определении законодательной техники выделял шесть взаимосвязанных элементов: 1) познавательно-юридический; 2) нормативно-структурный; 3) логический; 4) языковой; 5) документально-технический; 6) процедурный<sup>7</sup>.

Анализ позиций ученых-юристов по вопросу определения сущности юридической техники приводит нас к следующим неутешительным выводам.

Во-первых, все авторские взгляды на проблему юридической техники, существующие и существовавшие в разные периоды развития правовой науки, можно подразделить на два основных: широкий подход, когда юридическая техника отождествляется с правом в целом либо лежит в его основе, либо отражает комплекс элементов правовой действительности; узкий подход, когда юридическая техника присутствует лишь в одной сфере права – законодательной. При этом широкий подход преобладает в западноевропейской, узкий – в советской правовой литературе<sup>8</sup>.

Во-вторых, большинство современных отечественных исследователей относят юридическую технику исключительно к сфере правотворчества и в этом контексте нередко отождествляют ее с техникой правотворческой<sup>9</sup>, законодательной<sup>10</sup>, нормотворческой<sup>11</sup>. Например, совершенно неверным и

<sup>1</sup> См.: *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов, 1989. – С. 62.

<sup>2</sup> См.: *Словарь иностранных слов.* – М., 1988. – С. 307.

<sup>3</sup> *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – М., 1997. – С. 797, 915.

<sup>4</sup> *Новейший словарь иностранных слов и выражений.* – Минск, 2007. – С. 797.

<sup>5</sup> *Большая советская энциклопедия: В 30 т. / Гл. ред. А.М. Прохоров.* – М., 1976. – Т. 25. – С. 522.

<sup>6</sup> См.: *Краткая российская энциклопедия: В 3 т. / Сост. В.М. Карев.* – М., 2003. – Т. 3. – С. 406.

<sup>7</sup> См.: *Бентам И.* Тактика законодательных собраний. – СПб., 1907. – С. 75.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> См., например: *Керимов Д.А.* Культура и техника законотворчества. – М., 1991. – С. 12 и далее; *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.

<sup>11</sup> См.: *Бабаев В.К.* Теория современного советского права: Фрагменты лекций и схемы. – Н. Новгород, 1991. – С. 76.

устаревшим выглядит утверждение И.Л. Брауде о том, что юридическую технику необходимо считать частью законодательной<sup>1</sup>. Юридическая и законодательная техника, считает И.А. Семенов, не разные названия одного и того же явления, а два самостоятельных элемента правотворческого процесса, хотя и тесно связанных между собой и взаимодополняющих друг друга<sup>2</sup>, что также несправедливо. В современных правовых словарях и энциклопедиях юридическая техника определяется как совокупность юридических правил, приемов, способов, терминов и понятий, применяемых в процессе правотворчества<sup>3</sup>.

К счастью, такой позиции придерживаются далеко не все. Например, Л.Л. Кругликов считает отождествление законодательной и юридической техники необоснованным «по крайней мере по двум причинам. Во-первых, последняя как категория более широкая охватывает собой процесс «изготовления» не только законов, но и иных нормативных актов. Во-вторых, она имеет отношение и к правотворчеству, и к правоприменительной деятельности»<sup>4</sup>. Аналогичную точку зрения в литературе высказывают И.Н. Бокова, В.Н. Карташов<sup>5</sup>. По нашему мнению, также юридическая техника должна иметь по своему приложению всю юридическую практику, а не только отдельные ее составляющие и должна быть встроена во все уровни и сферы функционирования права. Промежуточную позицию по этому вопросу занимает С.С. Алексеев, который хотя и не рассматривает юридическую технику в русле правоприменительной деятельности, но «встраивает» ее механизмы в выработку не только законов (подзаконных актов), но и индивидуальных правовых актов<sup>6</sup>, а, например, по мнению А.В. Иванчина, термин «нормотворческая техника» имеет смысл более узкий, чем термин «законодательная техника», так как законодательная техника применяется не только при выработке норм права, но и при выработке нестандартных, нетипичных предписаний, имеющих «столь мало общего с правовыми нормами». При этом автор указывает, что именно понятие законодательной техники должно применяться на всем правовом поле<sup>7</sup>.

В-третьих, в законодательном смысле юридическая техника опять дифференцируется на широкое и узкое понимание. В широком смысле слова правотворческая юридическая техника охватывает «как разработку решений по существу, так и разработку решений, называемых обычно решениями технического порядка. Иначе говоря, она охватывает собой и операции по подготовке правовых норм с точки зрения их существа, их содержания и операции, при помощи которых решения по существу приобретают свою специфическую форму выражения»<sup>8</sup>. Широкое понимание исследуемого явления позволяет некоторым исследователям утверждать, что юридическая (законодательная, нормотворческая) техника – совокупность правил и приемов подготовки, рассмотрения, принятия и обнародования проектов нормативных правовых, правоприменительных, интерпретационных актов<sup>9</sup>. А вот В.М. Артемов полагает, что юридическая техника существует, во-первых, далеко за пределами законотворческой деятельности (до развертывания и после завершения ее процедур), во-вторых, не только как величина правовой сферы жизнедеятельности, но и включена в более широкий процесс социальной динамики, процесс создания правопорядка<sup>10</sup>.

В противоположность указанному, «узкое» понимание правотворческой юридической техники связывается со стадией технического построения норм с присущими ей техническими средствами и приемами, суживаются границы рассматриваемого понятия до соблюдения порядка построения текста правового акта и установления необходимых реквизитов документа<sup>11</sup>. Ряд авторов различали

<sup>1</sup> См.: Брауде И.Л. Вопросы законодательной техники // Советское государство и право. – 1957. – № 6. – С. 55.

<sup>2</sup> См.: Семенов И.А. Законодательная техника в уголовном правотворчестве. – Тюмень, 1998. – С. 59.

<sup>3</sup> См.: Тихомирова Л.В. Юридическая энциклопедия / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров; Под ред. М.Ю. Тихомирова. – М., 2005. – С. 950–951.

<sup>4</sup> Кругликов Л.Л. О средствах законодательной техники в уголовном праве // Проблемы юридической техники в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве: Сборник научных статей / Под ред. Л.Л. Кругликова. – Ярославль, 1996. – С. 3.

<sup>5</sup> См.: Бокова И.Н. Юридическая техника в современном российском уголовном законодательстве: теоретический анализ главы 22 УК РФ / Под ред. А.П. Кузнецова. – Н. Новгород, 2004. – С. 45; Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – С. 17–18.

<sup>6</sup> См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – С. 143.

<sup>7</sup> См.: Иванчин А.В. Понятие техники построения уголовного законодательства // Дифференциация ответственности и вопросы юридической техники в уголовном праве и процессе: Сборник научных статей / Под ред. Л.Л. Кругликова. – Ярославль, 2001. – С. 70.

<sup>8</sup> Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. – М., 1974. – С. 138.

<sup>9</sup> См.: Бабаев В.К. Словарь категорий и понятий общей теории права / В.К. Бабаев, В.М. Баранов, В.И. Гойман. – Н. Новгород, 1992. – С. 35.

<sup>10</sup> См.: Артемов В.М. Правопорядок как целеполагающий ресурс развития законодательной техники в современном обществе // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей: В 2 т. / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2001. – С. 65–70.

<sup>11</sup> См.: Теория государства и права / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М., 2000. – С. 295.

«внешнюю законодательную технику» и «внутреннюю законодательную технику». В первом случае они имели в виду порядок подготовки закона, используемую законодателем процедуру и принятие (голосование) закона, во втором – приемы собственно законодательной техники<sup>1</sup>. Сегодня встречается даже мнение, что под юридической техникой следует понимать исключительно навык юриста-профессионала, с помощью которого обеспечивается осуществление правотворческого процесса. По этой причине юридическую технику не следует включать в понятие правотворчества и не надо считать ее составным элементом правотворческого процесса<sup>2</sup>.

В-четвертых, современные авторы, предлагая свои собственные определения юридической техники, остаются на позициях «старой школы», фактически смешивая технику и тактику, что, на наш взгляд, совершенно недопустимо.

Например, профессор Кашанина указывает, что юридическая техника – это «совокупность инструментов (то есть средств, приемов, способов и методов) ведения юридической работы»<sup>3</sup>. О.А. Борзунова пишет: «...можно сказать, что юридическая техника определяется как система выработанных теорией и практикой правовой деятельности правил, приемов (способов, методов) и средств, используемых в процессе реализации юридической воли (правотворческой, интерпретационной, правоприменительной) полномочных органов и лиц»<sup>4</sup>.

О.Г. Соловьев определяет юридическую технику как систему выработанных теорией и практикой правовой деятельности правил, приемов (способов, методов) и средств, используемых в процессе реализации юридической воли (правотворческой, интерпретационной, правоприменительной) полномочных органов и лиц<sup>5</sup>.

Интересный обзор современных мнений приводится в работе В.Н. Карташова и С.В. Бахвалова<sup>6</sup>. Сами авторы определяют законодательную технику как совокупность общесоциальных, специально-юридических и технических средств, с помощью которой субъекты и участники правотворческой практики обеспечивают разработку, принятие, обнародование законов<sup>7</sup>. Д.Д. Мещеряков понимает под юридической техникой «совокупность общесоциальных, технических и специально-юридических средств, с помощью которых обеспечивается достижение целей и необходимых результатов юридической практики»<sup>8</sup>. При этом юридическая техника – важнейший фактор повышения эффективности как правотворчества, так и правоприменения, а также медиативной юридической практики<sup>9</sup>.

Приведенные определения представляют нам методологически верными и практически значимыми. Мы поддерживаем данное определение и лишь несколько уточняем его применительно к теме настоящей работы. Непосредственно мы определяем медиативную технику как *систему общесоциальных, специально-юридических, технических и иных средств и правил применения данных средств, с помощью которой субъекты и участники медиативной юридической практики (далее – МЮП) осуществляют действия и операции, нацеленные на самостоятельное примирение сторон правового конфликта путем добровольного для них посредничества третьего лица, не обладающего полномочиями на разрешение спора по существу, и, на основе этого, разрешение конкретного юридического конфликта, что способствует получению общественно-полезных результатов.*

<sup>1</sup> См.: Ушаков А.А. О понятии юридической техники и ее основных проблемах // Ученые записки Пермского университета. – 1961. – Т. 19. – Вып. 5. – С. 81–82.

<sup>2</sup> См.: Теория государства и права / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М., 2000. – С. 297–298.

<sup>3</sup> Кашанина Т.В. Юридическая техника. – М., 2007. – С. 79–80.

<sup>4</sup> Борзунова О.А. Значение юридической техники в налоговом процессе // Налог. – 2010. – № 1 – С. 15.

<sup>5</sup> См.: Соловьев О.Г. Юридическая техника в правотворческой и правоприменительной деятельности: понятие и виды // Юридический мир. – 2009. – № 1. – С. 12.

<sup>6</sup> См.: Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов РФ / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. – Ярославль, 2010. – С. 110–113. См. также: Тихомирова Л.В. Юридическая энциклопедия / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров; Под ред. М.Ю. Тихомирова. – М., 2005. – С. 950–951; Российская юридическая энциклопедия. – М., 1999. – С. 1099–1100; Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М., 1998. – С. 782; Румянцев О.Г. Юридический энциклопедический словарь / О.Г. Румянцев, В.Н. Додонов. – М., 1997. – С. 355–356; Мазуренко А.П. Законодательная техника: проблемы теории и практики // Северо-Кавказский юридический вестник. – 2008. – № 2. – С. 32–39; Каратаев П.Ю. Техника законотворчества: проблемы совершенствования и развития на современном этапе (по материалам законотворчества Сахалинской области): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – СПб., 2007; Парамонов А.Р. Законодательная техника: Учебное пособие / Под ред. Ф.А. Шагова. – М., 2005.

<sup>7</sup> См.: Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов РФ / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. – Ярославль, 2010. – С. 114.

<sup>8</sup> Мещеряков Д.Д. К вопросу о понятии юридической техники // Проблемы теории современного российского права: Сборник научных трудов РАЕН / Под ред. Н.В. Щербаковой. – Серия: Право. – 2005. – Вып. 2. – С. 299.

<sup>9</sup> См., например: Тихомиров Ю.А. Законодательная техника как фактор эффективности законодательной и правоприменительной деятельности // Проблемы юридической техники / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – С. 39.

В этой связи особое значение придается средствам, составляющим основу медиативной юридической техники.

Вообще, средство понимается в узком смысле как «орудие (предмет, совокупность приспособлений) для осуществления какой-либо деятельности»<sup>1</sup>. А.В. Малько отмечает, что правовые средства – это «правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей»<sup>2</sup>.

Мы полагаем, что в понятие «средства» должны входить не только правовые явления, но и предметы или процессы<sup>3</sup>, поскольку этимологически и традиционно они не сводятся к явлениям, а являются важным фактором, оказывающим влияние на «удовлетворение интересов субъектов права, обеспечение достижения социально полезных целей». Понимание же нами технологии несколько иное, что найдет свое отражение ниже.

Поэтому, с учетом указанных корректировок под средствами МЮП мы должны понимать такие предметы, явления или процессы, которые обеспечивают достижение цели МЮП, получение, своего рода, медиативного результата (соглашения), фиксирующего факт самостоятельного примирения сторон правового конфликта (первичный результат медиативной деятельности) и, на основе этого, разрешение конкретного юридического конфликта (вторичный результат), что способствует получению общественно-полезных результатов (главный, конечный результат). Проблема правовых средств, их своевременного и качественного совершенствования становится все более актуальной и значимой как в теоретическом плане, так и при сугубо практическом подходе<sup>4</sup>. От правильного выбора и умелого использования средств МЮП во многом зависит и сам результат МЮП.

Во-вторых, нельзя ограничивать перечень средств лишь общесоциальными, специально-юридическими и техническими. Они могут быть и иными. Например, психологическими (как быть, например, с проявлениями ввне правовой интуиции), что особенно важно именно в отношении медиативного процесса. Да и получение информации (информационные средства) нельзя сводить к реализации средств общесоциальных или технических: в первом случае не так будет важна сама информация, сколько путь ее получения, а во втором – она просто сведется к качеству ее технического носителя.

Средства МЮП, как, собственно, и средства юридической деятельности, весьма многообразны. К ним относятся юридические, социальные, технические средства; материальные и духовные; простые и сложные; индивидуальные и групповые и т. п. Арсенал средств настолько широк (это и нормы права, индивидуальные предписания, социальные нормы и регуляторы, средства юридической техники и другие инструменты регулирования), что выбор тех или иных средств в качестве средств данной медиативной деятельности целиком и полностью зависит от ее содержания и формы, конкретной ситуации. Поэтому выделение собственно «медиативных средств» (средств медиативной деятельности) представляется невозможным, да и ненужным. Тем более, что в качестве средств можно рассматривать и «...другие явления и предметы, служащие достижению целей юридической деятельности и получению ее результата»<sup>5</sup>.

Между тем, средства медиативной юридической деятельности (далее – МЮД) детерминированы сущностью данной разновидности юридической деятельности и, как правило, оговорены в нормативных актах или имеют устойчивость в качестве правового обыкновения, элемента правовой практики. К получившим наибольшее распространение средствам МЮД можно, видимо, отнести и аргументацию, для которой здесь свойственны следующие характеристики.

Во-первых, аргументация здесь совмещает в себе информационно-коммуникативное значение.

Во-вторых, в конкретной социально-правовой ситуации объективно необходимые и случайные (переменные, нестационарные и т. п.) способы и приемы аргументации.

В-третьих, аргументация содержит в себе свойства как общесоциального, так и специально-юридического средства. Поясним подробнее.

К общесоциальным средствам В.Н. Карташов и С.В. Бахвалов относят понятия, суждения, языки (отечественный и иностранные), составляющие их части речи, языковые единицы (слова, словосочетания и т. п.), буквы, знаки препинания, аббревиатуры, сокращения, а также цифры, нумерацию, графические объекты (рисунки, графики, диаграммы, географические карты и пр.), ноты, формулы, таблицы, перечни (перечисления), оглавления, примеры, тезаурус, символы, термины, научные категории и законы, разнообразные социальные нормы (этические, эстетические, религиозные) и т. д.<sup>6</sup> Понятно, что в указанных типах средств можно выделить отдельные виды и подвиды.

<sup>1</sup> Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – М., 1995. – С. 749.

<sup>2</sup> Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. – М., 2005. – С. 17.

<sup>3</sup> С этим, кстати, согласны и исследователи конкретных функций права. См., например: Данченко А.А. Превентивная функция российского права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 17.

<sup>4</sup> См. об этом: Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. – М., 1999. – С. 321.

<sup>5</sup> Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов, 1989. – С. 65.

<sup>6</sup> См.: Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов РФ / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. – Ярославль, 2010. – С. 115.



Совершенно верно отмечает Г.И. Денисов: «будучи научно-прикладной, инструментальной отраслью знания, она (юридическая техника. – **А.М.**) использует достижения не только правоведения, но и других наук – логики, документоведения, лингвистики и прочих. и, конечно же, большое число своих собственных, выработанных практикой приемов и средств...»<sup>1</sup>.

Действительно, данные средства формулируются и изучаются в рамках соответствующих отраслевых наук (лингвистики, филологии, математики, статистики, информатики, экономики и пр.). Верно пишет, например, Т.В. Губаева о том, что юридическое мышление направлено на устранение возникающих неопределенностей, на согласование позиций и компромисс интересов, а язык является средством его выражения<sup>2</sup>.

Мы не случайно привели данную цитату. Именно язык, вербальное общение в процессе согласования действий является наиболее важным фактором медиативного регулирования. В медиации, как относительно «мягком» (в отличие от субординации и координации) методе управления, не только слово, но и его интонация способны воодушевить, либо просто побудить к определенным действиям иных субъектов и участников.

Не менее важна и письменная речь: от правильной, отточенной формулировки подчас зависит очень многое в позитивном эффекте от медиации.

Серьезное значение в ряде случаев имеют и эстетические эффекты, торжественность обстановки принятия медиативного решения и т. п.

Наконец, В.Н. Карташов и С.В. Бахвалов выделяют и подробно исследуют *специально-юридические средства*: юридические понятия, термины, конструкции, правовые предписания, категории и научные законы, а также иные правовые явления, выработанные юридической наукой и практикой, условно разделяя их на средства *построения нормы права и других нормативно-правовых предписаний* (презумпции, фикции, оговорки, юридические конструкции, дефиниции и пр.) и средства *оформления текста закона* (ссылки, отсылки, примечания, приложения и пр.)<sup>3</sup>. Мы полностью поддерживаем указанную позицию.

Именно в медиативной аргументации и проявляются данные средства. Вместе с тем, сделаем здесь две необходимые оговорки.

Во-первых, в большинстве случаев первичным результатом осуществления субъектами своих медиативных полномочий становится, как правило, создание медиативного соглашения, имеющего нормативный характер и т. п. В данном акте (соглашении) обычно заключены требования к дальнейшей деятельности (поведению) субъектов и участников состоявшегося медиативного процесса, иногда речь идет о правотворческой или правоприменительной практике. Каких-то ярких особенностей (помимо тех, что мы укажем ниже) у конструирования такого рода актов (соглашений) нет и к ним часто применимы те специально-юридические средства, о которых пишут В.Н. Карташов и С.В. Бахвалов, например, юридические конструкции, приложения.

Таким образом, аргументация – важнейший элемент медиативной юридической техники.

При этом аргументация, например, медиатора, прямо зависит от той роли, которую он играет в конкретном медиативном процессе.

Все «роли» медиатора имеют ярко выраженную целевую установку, поэтому меняются в зависимости от внешних факторов (временного, психологического и т. п.).

Например, если речь идет о работе с интересами сторон необходимо выяснение (прояснение) таких вопросов как понятие «центральной» проблемы, позиционное мышление, иерархии потребностей и т. п. В случае привлечения представителей сторон, экспертов и других лиц к участию в процедуре медиации нужно определить их статус, определить саму необходимость в процедуре медиации психологов, юристов, экспертов и т. д. Для работы с агрессией следует определиться с типом агрессии, применить превентивные меры к управлению агрессией, выявить факторы, способствующие агрессии. В отношении антистрессовых методик следует рассмотреть позитивную сторону стресса в данном конкретном случае, определить его длительность, попытаться использовать адаптационную роль стресса, долгосрочные и краткосрочные методы борьбы со стрессом. При работе с возражениями следует установить возможности типологического подхода к личности в медиации в части стандартных типов клиентов: «молчащий клиент», «трудный клиент», клиент «нет»; существуют и лингвистические способы работы с возражениями. Есть своя специфика при работе с групповым конфликтом, при разрешении семейных споров и т. п. Существуют и особенности поведения медиатора в сверхнакаленном конфликте и пр.

---

<sup>1</sup> Денисов Г.И. Юридическая техника: теория и практика // Журнал российского права. – 2005. – № 8. – С. 17.

<sup>2</sup> См.: Губаева Т.В. Язык и право. – М., 2010. – С. 29.

<sup>3</sup> См.: Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов РФ / В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов. – Ярославль, 2010. – С. 115–140.

**А.В. Малышкин**

*Малышкин Александр Викторович – председатель областного суда Владимирской области*

## **Правовые аргументы в ненормативных судебных актах**

Воздействие на общественные отношения может осуществляться при помощи различных социальных регуляторов, одним из которых являются *правовые акты*.

Правовое регулирование можно определить как воздействие на общественные отношения при помощи права и иных юридических средств (в том числе, с использованием ненормативных правовых актов). Ненормативные правовые регуляторы обеспечивают воздействие на общественные отношения совокупности разноплановых факторов индивидуально-ситуативного характера.

Существенными признаками правовых актов (как нормативных, так и ненормативных) являются:

– субъекты, их принимающие (органы государственной власти, органы местного самоуправления, их должностные лица);

– установленная процедура принятия;

– обязательный характер (если правовой акт является нормативным, то для неопределенного круга лиц, если ненормативным – для индивидуально-конкретных лиц);

– обеспечение силой государственного принуждения.

В качестве отличительных признаков *ненормативных* правовых актов, как правило, выделяют<sup>1</sup>:

– персонифицированность, то есть обязательность для конкретных, индивидуальных лиц;

– предназначенность для однократного (либо кратковременного) применения, разовый характер.

В виде исключения возможны ситуации, когда ненормативные правовые акты применяются неоднократно (например, согласно ч. 2 ст. 61 ГПК РФ обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным постановлением по ранее рассмотренному делу, обязательны для суда);

– действие в зависимости от того, возникли, изменились или прекратились конкретные правоотношения, предусмотренные актом. Как правило, ненормативный акт принимается для возникновения, изменения или прекращения правоотношения, выполняющая роль юридического факта. Не случайно судебные решения отнесены ст. 8 ГК РФ к основаниям возникновения гражданских прав и обязанностей.

В рамках *ненормативных* правовых актов можно выделить две основные группы:

– правоприменительные ненормативные правовые акты (судебные акты, акты органов государственной власти и органов местного самоуправления, их должностных лиц, носящие ненормативный характер);

– правоинтерпретационные ненормативные правовые акты (например, разъяснение судом принятого решения по конкретному делу).

Ненормативные правовые акты, выступая средством правового регулирования индивидуально-ситуативного характера, являются результатами мыслительной деятельности, подчиняясь общим законам логики, в том числе – правилам аргументации, разновидностью которой выступает правовая аргументация.

Термин «правовая аргументация» употребляется в различных значениях. Так, Е.А. Макеева рассматривает правовую аргументацию в следующих смыслах: научная категория, концептуальная область знаний, определенная методологическая процедура построения правовых рассуждений<sup>2</sup>.

Правовая аргументация как научная категория, по мнению Е.А. Макеевой, представляет собой познавательно-ценностный способ убеждения в истинности (ложности) того или иного рассуждения, правильности (неправильности) выводов суда, характеризующийся диалоговостью и направленностью на правовую аудиторию.

Правовую аргументацию как концептуальную область знаний Е.А. Макеева раскрывает путем уточнения ее объекта (правовые рассуждения нормотворческой и нормореализующей деятельности общества), установления источников ее возникновения (обычай), судебный или административный прецедент и судебная практика, нормативный договор), выявления присущих ей специфических черт (социальность, нормативность, всеобщность, двойственность проявления), уяснения предмета данной области знаний как системы категорий и принципов.

<sup>1</sup> См. об этом: Ростова А.Г. Ненормативные правовые акты как основания возникновения, изменения и прекращения правоотношений: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Владимир, 2008. – С. 15–16.

<sup>2</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Автореф. дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 3–14.

Что касается определения правовой аргументации как методологической процедуры, то Е.А. Макеева характеризует данный аспект правовой аргументации через полиструктурность и полифункциональность ее содержания. Полиструктурность правовой аргументации представляет собой взаимосвязь общей и частных (вербально-коммуникативной, герменевтической, логической и др.) структур. Полифункциональность правовой аргументации проявляется во взаимосвязи групп функций общей (побудительная, информационная) и процессуальной (функция производства и функция принятия правовой аргументации).

Процессуальное законодательство предъявляет особые требования к судебным решениям как к итоговым актам правосудия, разрешающим дело по существу, в том числе требования об их правовой аргументированности.

Так, согласно ч. 1 ст. 195 ГПК РФ решение суда должно быть законным и обоснованным.

Как разъяснено в п. 2 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 года № 23 «О судебном решении»<sup>1</sup>, решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права (ч. 1 ст. 1, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ).

При этом, если имеются противоречия между нормами процессуального или материального права, подлежащими применению при рассмотрении и разрешении данного дела, то решение является законным в случае применения судом в соответствии с ч. 2 ст. 120 Конституции Российской Федерации, ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» и ч. 2 ст. 11 ГПК РФ нормы, имеющей наибольшую юридическую силу. При установлении противоречий между нормами права, подлежащими применению при рассмотрении и разрешении дела, судам также необходимо учитывать разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации, данные в Постановлениях от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» и от 10 октября 2003 года № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

В пункте 3 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 года № 23 «О судебном решении» разъяснено, что решение является обоснованным тогда, когда имеющие значение для дела факты подтверждены исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании (ст. 55, 59–61, 67 ГПК РФ), а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов.

Ненадлежащая правовая аргументация может послужить основанием к отмене судебного акта.

В соответствии со ст. 330 ГПК РФ основаниями для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке, в частности, являются:

- 1) неправильное определение обстоятельств, имеющих значение для дела;
- 2) недоказанность установленных судом первой инстанции обстоятельств, имеющих значение для дела;
- 3) несоответствие выводов суда первой инстанции, изложенных в решении суда, обстоятельствам дела;
- 4) нарушение или неправильное применение норм материального и процессуального права (неприменение закона, подлежащего применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона).

Рассмотрим приведенные основания для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке с точки зрения неправильной правовой аргументации.

В теории аргументации к одной из ошибок аргументации относится подмена тезиса<sup>2</sup>. Полная подмена тезиса проявляется в том, что, выдвинув определенное положение, собеседник в итоге фактически обосновывает нечто другое, близкое или сходное с тезисом положение и тем самым подменяет основную идею другой. Подмена тезиса нередко возникает в результате заблуждения или неряшливости в рассуждениях, когда выступающий предварительно не формулирует четко и определенно свою основную мысль, а подправляет и уточняет ее на протяжении всего выступления. Разновидностью подмены тезиса в логике является ошибка или уловка, именуемая «аргумент к личности» (*argumentum ad personam*), когда при обсуждении конкретных действий определенного лица или предложенных им решений незаметно переходят к обсуждению личных качеств этого человека.

В правоприменительной деятельности логическая ошибка подмены тезиса может привести к неправильному определению обстоятельств, имеющих значение для дела (п. 1 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ). Например, при определении размера компенсации морального вреда суд принимает во внимание: характер

<sup>1</sup> Российская газета. – 2003. – 26 декабря.

<sup>2</sup> Кириллов В.И. Логика / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 1999. – С. 214–216.

причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий (п. 2 ст. 1101 ГК РФ); степень физических и нравственных страданий (ст. 151 ГК РФ); степень вины причинителя вреда в случаях, когда вина является основанием возмещения вреда (ст. 151, п. 2 ст. 1101 ГК РФ); степень вины потерпевшего (ст. 1083 ГК РФ); индивидуальные особенности лица, которому причинен вред (ст. 151 ГК РФ); иные заслуживающие внимания обстоятельства (ст. 151 ГК РФ); требования разумности и справедливости (п. 2 ст. 1101 ГК РФ). Указанные обстоятельства входят в предмет доказывания и должны быть отражены в мотивировочной части решения суда. Неустановление какого-либо из данных обстоятельств будет свидетельствовать о неправильном определении обстоятельств, имеющих значение для дела.

Далее, при аргументации к аргументам предъявляется требование достаточности, то есть аргументы в своей совокупности должны быть такими, чтобы из них с необходимостью вытекал доказываемый тезис. Нарушение этого требования часто заключается в том, что в ходе доказательства используют аргументы, логически не связанные с тезисом и потому не доказывающие его истинность. Либо отдельными фактами пытаются обосновать очень широкий тезис: обобщение в этом случае всегда будет «слишком поспешным», «преждевременным». Причина: недостаточность анализа фактического материала с целью отбора из множества фактов лишь достоверных и наиболее убедительно доказывающих тезис (недостаточность аргументов). Указанные нарушения правил аргументации при рассмотрении судом гражданского дела и приводят к *недоказанности установленных судом первой инстанции обстоятельств, имеющих значение для дела* (п. 2 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ).

Еще одной ошибкой при аргументации в логике называют «ошибку мнимого следования» – отсутствие логической связи между аргументами и тезисом<sup>1</sup>. Мнимое следование часто возникает по причине несоответствия между логическим статусом посылок, в которых представлены аргументы, и логическим статусом суждения, содержащего тезис (логический переход от узкой области к более широкой области; переход от сказанного с условием к сказанному безусловно; переход от сказанного в определенном отношении к сказанному безотносительно к чему бы то ни было). Ошибка мнимого следования имеет место и в тех случаях, когда для обоснования тезиса приводят логически не связанные с обсуждаемым тезисом аргументы.

В гражданском процессе ошибка мнимого следования может привести к несоответствию выводов суда первой инстанции, изложенных в решении суда, обстоятельствам дела (п. 3 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ).

Так, судебная коллегия по гражданским делам Владимирского областного суда, отменяя решение Петушинского районного суда Владимирской области<sup>2</sup>, по делу по иску К. к В. об устранении препятствий в пользовании имуществом и компенсации морального вреда, указала, что суд первой инстанции, обоснованно сославшись в решении на то, что законом предусмотрена компенсация морального вреда при нарушении личных неимущественных прав граждан, и достоверно установив, что требование К. о взыскании компенсации морального вреда основано на нарушении его имущественных прав (разрушение возведенного строения – забора), суд, тем не менее, взыскал с В. в пользу К. компенсацию морального вреда. При изложенных обстоятельствах вывод суда о наличии у К. права на компенсацию морального вреда не соответствует обстоятельствам дела.

Что касается нарушения или неправильного применения норм материального и процессуального права, то, анализируя судебное толкование, А.Н. Верещагин выделяет следующий парадокс: в России правила толкования не закреплены законодательно, но в то же время ошибочное толкование является основанием для отмены решения суда<sup>3</sup>.

Действительно, в российском праве нет норм, которые бы однозначно предписывали судьям, как им следует толковать нормативные акты в процессе правоприменения.

Имеются лишь фрагментарные правила о способах толкования некоторых индивидуальных актов (например, ст. 431 ГК РФ «Толкование договора», ст. 1132 ГК РФ «Толкование завещания» и др.).

Так, согласно ст. 1132 ГК РФ при толковании завещания нотариусом, исполнителем завещания или судом принимается во внимание буквальный смысл содержащихся в нем слов и выражений.

В случае неясности буквального смысла какого-либо положения завещания он устанавливается путем сопоставления этого положения с другими положениями и смыслом завещания в целом. При этом должно быть обеспечено наиболее полное осуществление предполагаемой воли завещателя.

В соответствии со ст. 431 ГК РФ при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Если правила, содержащиеся в части первой статьи 431 ГК РФ, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора.

<sup>1</sup> Кириллов В.И. Логика / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 1999. – С. 222.

<sup>2</sup> Архив Владимирского областного суда, 2012, № 33-698.

<sup>3</sup> Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. – М., 2004. – С. 42.

При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

В ряде исследований на основании анализа статей 431 и 1132 ГК РФ предприняты попытки по аналогии установить правила толкования нормативных правовых актов в процессе правоприменительной деятельности судов.

Так, А.Н. Верещагин выделяет следующие правила толкования законов в российском праве<sup>1</sup>:

А. Текстуальное толкование:

1) «буквальное значение слов» (грамматическое толкование);  
2) сравнение соответствующего положения закона с другими его положениями (систематическое толкование);

3) сопоставление данного положения с общим смыслом закона (также систематическое толкование).

Б. Целевое толкование:

4) анализ подготовительных (контекстуальных) материалов (проекты законодательного акта, речи парламентариев, то есть законодательная история данного акта), а также предшествующих норм (историко-политическое толкование);

5-6) обыкновения правоприменительной практики, то есть общепринятое прочтение нормы. При этом А.Н. Верещагин отмечает, что среди правил толкования законов нет прямого эквивалента таким понятиям, как «практика сторон и обычаи делового оборота» или «последующее поведение сторон». Причина в том, что те, кто издаются законы, и те, для кого они издаются, – это, как правило, несовпадающие группы лиц, в то время как договоры оставляются для того, чтобы координировать поведение именно тех лиц, которые их заключили.

А.Г. Ростова предлагает закрепить правила толкования норм гражданского законодательства в ст. 3 ГК РФ, дополнив ее пунктом следующего содержания<sup>2</sup>:

«Нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением содержащихся в них слов и выражений. Буквальное значение нормы гражданского законодательства в случае неясности устанавливается путем сопоставления с другими нормами и основными началами гражданского законодательства. При установлении смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать условия, при которых она вводилась в действие, и практику ее применения».

По нашему мнению, в процессе применения судами правовых норм могут использоваться как правила толкования, предложенные А.Н. Верещагиным, так и правила толкования, предложенные А.Г. Ростовской. Вместе с тем, претендуя на универсальность, данные правила не всегда могут в полной мере подходить для исчерпывающего толкования правовых норм, отличающихся разнообразием и неоднородностью содержания. В частности, приведенные способы не учитывают специально-юридическое, догматическое, социологическое, коррекционное и некоторые другие виды толкования<sup>3</sup>, которые применяются не часто, однако порой бывают востребованными.

Законодательное закрепление универсальных правил толкования правовых норм нецелесообразно ввиду широкого разнообразия последних. Правила толкования могут разрабатываться для отдельных правовых институтов, например, на уровне постановлений высших судебных инстанций, обобщающих практику применения правовых норм по делам определенных категорий.

В любом случае, как мы убедились, в процессе правоприменения суд должен руководствоваться как специальными юридическими познаниями, так и общими правилами аргументации.

---

<sup>1</sup> Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. – М., 2004. – С. 50–51.

<sup>2</sup> Ростова А.Г. Ненормативные правовые акты как основания возникновения, изменения и прекращения правоотношений: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Владимир, 2008. – С. 19.

<sup>3</sup> Смирнов А.В. Толкование норм права: Учебно-практическое пособие / А.В. Смирнов, А.Г. Манукян. – М., 2008. – С. 10–59.

**Д.Е. Маслов**

*Маслов Дмитрий Евгеньевич – аспирант кафедры теории и истории государства и права Нижегородской правовой академии (института)*

## **Аргументационная роль юридических рекомендаций в правовой системе России**

Значение юридических рекомендаций определяется многообразием форм и уровней взаимосвязей субъектов социального общения. Это одна из эффективных форм государственного управления, позволяющая оперативно и гибко решать многие сложные социальные вопросы, среди которых охрана прав граждан, обеспечение гарантий их защиты, восстановление нарушенного права. Юридическая рекомендация – важный источник информации для государственных органов и должностных лиц.

Юридические рекомендации представляют собой многогранное явление и могут быть рассмотрены с разных сторон. Об этом феномене можно говорить: а) как о специфической правовой форме осуществления государством своих функций; б) как о средстве укрепления законности в деятельности правоприменительных органов; в) как о значимом элементе правовой пропаганды; г) как о методе повышения эффективности правового регулирования<sup>1</sup>.

Юридическая рекомендация в наиболее общем виде означает зафиксированный легальным образом и доведенный до сведения соответствующего субъекта (адресата) вариант реализации его прав либо исполнения обязанностей, имеющий характер наиболее оптимального и предпочтительного с позиции государственного органа, должностного лица или иного уполномоченного на реализацию рекомендации субъекта (источник рекомендации).

По мнению А.А. Иванова, «правовая рекомендация – указание на возможные способы решения правовых задач, приспособленные к данным условиям деятельности и одобренные в той или иной степени лицом, дающим рекомендацию»<sup>2</sup>.

Отечественными авторами и ранее отмечалось, что «в рекомендательных нормах концентрируются важнейшие достижения научной мысли и проверенный на практике производственный опыт. В них указывается на желательность для государства определенного варианта (вариантов) поведения. Посредством рекомендательной нормы предприятию, учреждению, организации могут быть также предоставлены какие-то новые права и конкретизированы ранее действующие. Им может быть рекомендовано самим добровольно взять на себя определенные обязанности»<sup>3</sup>.

Влияние юридических рекомендаций на общественную жизнь прослеживается во всех сферах жизнедеятельности человека и общества. Будучи одной из форм аргументированного управления, способом влияния на поведение участников социальных отношений, юридические рекомендации оказывают прямое воздействие на принимаемые органами государственной власти и местного самоуправления решения, позволяют осуществлять контроль за их действиями.

Как отметил А.П. Корнев, «рекомендательные нормы содержат определенные советы, рекомендации о целесообразности совершения субъектами административного права тех или иных действий. Рекомендательная норма обязывает (в форме совета) субъекта административного права к совершению определенных действий, предоставляя ему возможность самостоятельно определять пути и способы выполнения предусмотренных нормой обязанностей, либо предписывает субъекту выполнение предусмотренных нормой действий, но допускает возможность конкретизации общих положений нормы, исходя из сложившейся фактической ситуации»<sup>4</sup>.

Аргументирующая составляющая юридических рекомендаций может иметь весьма многообразный характер. Это может быть указание на исторический контекст, в рамках которого надлежит действовать адресатам рекомендации.

Именно такой формой является, например, Указ Президента Российской Федерации от 3 марта 2011 года «О праздновании 1150-летия зарождения российской государственности», где в доступной форме определено, что «в целях дальнейшей консолидации российского общества и в связи с исполняющимся в 2012 году 1150-летием зарождения российской государственности <...> Рекомендовать органам государственной власти субъектов Российской Федерации и органам местного

<sup>1</sup> См. об этом: *Аблякимов Э.А.* Юридическое обращение (общетеоретический аспект): Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 44.

<sup>2</sup> *Иванов А.А.* Справочник по теории государства и права: Основные категории и понятия. – М., 2006. – С. 238.

<sup>3</sup> См.: *Нормы советского права (проблемы теории).* – Саратов, 1987. – С. 185.

<sup>4</sup> *Корнев А.П.* Нормы административного права и их применение. – М., 1978. – С. 46.

самоуправления принять участие в подготовке и проведении празднования 1150-летия зарождения российской государственности»<sup>1</sup>.

Весьма часто юридические рекомендации содержат обоснования политического, гуманитарного, экономического характера, что позволяет адресатам более правильно представлять и оценивать сущность рекомендуемых моделей.

В сфере управления и администрирования подобного рода акты, как правило, носят императивный, безальтернативный характер. В Письме Министерства образования и науки РФ от 24 декабря 2004 года № ВФ-1315/10 «О введении в действие Рекомендаций о порядке разработки и утверждения штатных расписаний военных кафедр»<sup>2</sup> содержится следующее обращение: «До утверждения Правительством РФ новых нормативных правовых актов в области подготовки офицеров запаса на военных кафедрах и факультетах военного обучения и в целях оказания методической помощи Министерство образования и науки РФ направляет указанные Рекомендации для руководства и использования в работе.

Прошу довести Рекомендации до всех вузов Российской Федерации, при которых имеются военные кафедры или факультеты военного обучения.

Ранее используемые рекомендации (от 17 июля 2002 года № 42-55-167/42-09) не применять».

Однако нередко аргументация юридической рекомендации основывается на потребности восполнения правовых пробелов. Тем самым посредством юридической рекомендации производится восполнение недостающих норм права либо правоприменительных процедур. Так, в Письме Минюста РФ от 24 декабря 1997 года № 08-18-257-97 содержатся методические рекомендации по осуществлению органами юстиции контрольных функций в отношении религиозных организаций: «Федеральный закон "О свободе совести и о религиозных объединениях", вступивший в силу с 1 октября 1997 года, наделил органы юстиции, зарегистрировавшие религиозную организацию (далее именуются – регистрирующие органы), правом контроля за соблюдением ими уставов относительно целей и порядка их деятельности.

Поскольку принятый Федеральный закон не содержит конкретных указаний на формы и методы осуществления регистрирующими органами контрольных функций в отношении религиозных организаций, то в правоприменительной практике следует руководствоваться не только положениями данного Закона, но и соответствующими положениями Гражданского кодекса РФ, Федерального закона "О некоммерческих организациях" и иными актами действующего законодательства Российской Федерации»<sup>3</sup>.

В наиболее общем виде аргументирующая сущность юридических рекомендаций заключается в предоставлении субъектам возможности либо наделении их обязанностью вступать, активизировать, изменять, совершенствовать либо прекращать правоотношения. Содержание юридической рекомендации образует не только указание об имеющихся у субъектов правах и обязанностях, но и о том, как они должны реализовываться (сроки, процедуры, обеспечение, ответственность). В этой связи законодательный механизм реализации юридических рекомендаций предполагает нормативно-правовую фиксацию, во-первых, определенной формы рекомендации, во-вторых, правомочий (собственных либо делегированных) субъектов обращаться к другим субъектам, в-третьих, меры обязательности исполнения рекомендации адресатами (юридической силы). Так, статья 135 Трудового кодекса Российской Федерации от 30 декабря 2001 года № 197-ФЗ<sup>4</sup> установила: «Российская трехсторонняя комиссия по регулированию социально-трудовых отношений ежегодно до внесения в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона о федеральном бюджете на очередной год разрабатывает единые рекомендации по установлению на федеральном, региональном и местном уровнях систем оплаты труда работников организаций, финансируемых из соответствующих бюджетов. Указанные рекомендации учитываются Правительством Российской Федерации, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления при определении объемов финансирования учреждений здравоохранения, образования, науки, культуры и других учреждений бюджетной сферы. Если стороны Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений не достигли соглашения, указанные рекомендации утверждаются Правительством Российской Федерации, а мнение сторон Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений доводится до субъектов Российской Федерации Правительством Российской Федерации».

Центральное звено юридической рекомендации, ее главный аргумент – предмет рекомендации – желательный вариант действия (бездействия), который является наиболее предпочтительным в создавшейся либо прогнозируемой обстановке.

<sup>1</sup> Российская газета. – 2011. – 5 марта.

<sup>2</sup> ОвД. Межведомственный информационный бюллетень. – 2005. – № 7.

<sup>3</sup> ИПС «Гарант».

<sup>4</sup> Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1. – Ч. I. – Ст. 3.

Дополнительным аргументирующим фактором является информация о возможных следствиях реализации либо игнорирования юридической рекомендации.

Юридическая рекомендация – один из способов активной реализации прав и свобод человека и гражданина, чем предопределяется ее эмпирическая обоснованность и востребованность. Статья 148.1 Семейного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 1995 года № 223-ФЗ<sup>1</sup> определяет: «Опекун или попечитель ребенка имеет право и обязан воспитывать ребенка, находящегося под их опекой или попечительством, заботиться о здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии ребенка.

Опекун или попечитель вправе самостоятельно определять способы воспитания ребенка, находящегося под опекой или попечительством, с учетом мнения ребенка и рекомендаций органа опеки и попечительства, а также при соблюдении требований, предусмотренных пунктом 1 статьи 65 настоящего Кодекса».

Аргументация юридических рекомендаций нацелена на предупреждение рисков и угроз для стабильного развития общества. Как зафиксировано в статье 67 Земельного кодекса Российской Федерации от 25 октября 2001 года № 136-ФЗ<sup>2</sup>, «Задачами государственного мониторинга земель являются:

1) своевременное выявление изменений состояния земель, оценка этих изменений, прогноз и выработка рекомендаций о предупреждении и об устранении последствий негативных процессов;

2) информационное обеспечение государственного земельного контроля за использованием и охраной земель, иных функций государственного и муниципального управления земельными ресурсами, а также землеустройства;

3) обеспечение граждан информацией о состоянии окружающей среды в части состояния земель».

Аргументация юридической рекомендации имеет своей целью не только активизацию деятельности субъектов, но и ограничение (запрет) отдельных видов деятельности. Тем самым юридическая рекомендация проявляет себя как способ открытого в законно установленных формах диалога между субъектами обмена информацией, влекущего принятие мер по изменению определенного направления деятельности.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 1. – Ст. 16.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 44. – Ст. 4147.



**К.М. Маштаков**

*Маштаков Константин Михайлович – кандидат юридических наук, доцент, начальник адъюнктуры (докторантуры) Нижегородской академии МВД России*

## **Правовая аргументация необходимости обеспечения баланса публичных и частных интересов**

Проблема интересов – это, без преувеличения, проблема движущей силы правовой сферы.

Практически вся сознательная деятельность индивидов, начиная с самых ранних стадий цивилизации, направлена на реализацию тех или иных интересов, но одновременно объективным условием жизни является невозможность реализации интересов всех субъектов общества. В этом смысле существование общества – это постоянный конфликт интересов. Для реализации своих интересов субъектам приходится считаться с интересами других индивидов, находить взаимовыгодные компромиссы. И на всех стадиях развития цивилизации право призвано разграничивать сталкивающиеся между собой интересы. Как писал Г.Ф. Шершеневич, необходимо признать, что право существует, поскольку существует борьба интересов<sup>1</sup>. Основываясь на своих интересах, люди вступают в определенные отношения друг с другом, а поэтому именно с формирования и осознания субъектами своих интересов возникает и необходимость в правовом регулировании<sup>2</sup>.

Без преувеличения можно сказать, что право (объективное право) призвано обеспечить реализацию интересов субъектов общественных отношений при помощи правовых норм. Суть правовой регламентации общественных отношений в предоставлении их участникам механизма решения взаимных разногласий и конфликтов, а следовательно, и возможности реализации своих интересов.

Правовая регламентация общественных отношений состоит в том, что законодатель посредством установления запретов ограничивает реализацию тех или иных интересов или, напротив, через дозволения закрепляет и стимулирует поведение субъектов, определяя приоритет реализации того или иного интереса. Важно заметить, что правовое регулирование, защита различных интересов изменяется в зависимости от политико-правовой идеологии общества. Поэтому приоритет в правовой регламентации должны иметь объективные интересы, а не лоббистские усилия отдельных субъектов, использующие правовые средства для достижения политических целей. В этом смысле можно согласиться с утверждением В.Н. Кудрявцева о том, что от соответствия выражения интересов в нормах права реальным объективным интересам субъектов общества зависит эффективность правовой регламентации общественных отношений<sup>3</sup>. Следовательно, право и правообразование должны считаться с объективными интересами и соответствовать им.

Поскольку интересы существуют объективно и не зависят от их осознания, нормы права должны наиболее адекватно отражать объективные интересы. Целью правотворчества является закрепление в законах правил, учитывающих объективные общественные отношения субъектов права и их интересы. Таким образом, в результате установления правовых норм, отражающих наиболее типичные интересы, субъекты общественных отношений для реализации своих интересов приобретают новый статус участников правоотношений, а следовательно и возможности реализации субъективных прав и обязанностей.

Изначально в праве находят отражение интересы общества как совокупности его членов (всех или определенной доминирующей части) и интересы каждого в отдельности. Противопоставление общественных и частных интересов было использовано для различия между частным и публичным правом.

Следует заметить, что интересы могут быть классифицированы по различным основаниям:

- по содержанию интересы могут быть разделены на материальные<sup>4</sup>, политические<sup>5</sup>, духовные<sup>6</sup>;
- по соответствию объективной реальности интересы подразделяют на истинные и ложные (иллюзорные);

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М., 1911. – С. 83.

<sup>2</sup> Степанян В.В. Выражение интересов общества и личности в социалистическом праве (Механизм: структура, функционирование). – Ереван, 1983. – С. 47.

<sup>3</sup> Кудрявцев В.Н. Взаимосвязь правового регулирования и социальных интересов // Вопросы философии. – 1987. – № 1. – С. 44.

<sup>4</sup> В экономических науках используются категории «экономические потребности», «экономические интересы»; в правовых, к примеру, науке гражданского права оперируют терминами «имущественные интересы», «личные неимущественные интересы». Материальные интересы в свою очередь могут подразделяться на производительные и потребительские.

<sup>5</sup> Формируются, развиваются и теряют свое значение в сфере государственной власти.

<sup>6</sup> Связаны с наукой, искусством, нравственностью.

– для целей исследования отражения интересов в праве определенное значение имеет разграничение интересов на коренные (касаются основных условий существования, субъектов в обществе) и текущие (выражают отдельные стороны жизнедеятельности субъектов);

– по носителям (субъектам) интересы делят на индивидуальные (личные), присущие конкретным лицам, групповые (коллективные), присущие социальным группам и выражающие общие потребности лиц их составляющих, и общественные, приобретающие качественно новое состояние и которые не сводятся к обычной совокупности индивидуальных и групповых интересов.

Публичные интересы можно определить как признанные государством общественные интересы, выраженные в нормах права и обеспеченные принудительной силой государства. Или, как определяет Ю.А. Тихомиров: «публичный интерес есть признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития»<sup>1</sup>.

Публичный интерес находит свое отражение во многих правовых актах и прежде всего в Конституции РФ. Однако заметим, что понятие публичного интереса не является конституционно-нормативным, то есть прямо не используется в тексте Основного закона, но, безусловно, находит свое отражение в целом ряде нормативных понятий. Его основу составляют положения преамбулы. Основы конституционного строя – ст. 1–15; ст. 17 – о незабываемости прав и свобод человека и недопустимости при их осуществлении нарушений прав и свобод других лиц; ст. 19 – о запрете каких-либо ограничений прав граждан; ст. 35 – о возможности принудительного отчуждения имущества для государственных нужд; ст. 36 – о недопустимости нанесения ущерба окружающей среде; ст. 56 – о режиме чрезвычайного положения для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя; ст. 58 – о бережном отношении к природным богатствам – все это выражение публичных интересов. Глава 3 Конституции РФ о федеративном устройстве призвана обеспечивать публичные интересы на уровне Федерации и ее субъектов.

Ю.А. Тихомиров пишет, что публичный интерес в качестве концентрированного выражения общесоциальных потребностей и стремлений выступает системообразующим явлением и с юридической точки зрения характеризуется определенными нормативными признаками, закреплением его приоритета, установлением порядка и гарантий обеспечения, закреплением способов охраны и мер ответственности. Общее родовое понятие «публичный интерес» сочетается с видовыми нормативными понятиями – «интересы общества и государства», «национальная безопасность», «общие интересы», «интересы наций, народов, населения», «общеэкономические интересы», «интересы экологического благополучия», «региональные и местные интересы». По его мнению, в концентрированном виде публичный интерес закрепляется в Конституции РФ и служит правообразующим для всех отраслей права, являясь при этом объектом отражения и закрепления и в отраслях частного права<sup>2</sup>.

Частный интерес основан на признании свободы отдельных субъектов совершать определенные действия, выражать отношение к тому или иному предмету, процессу или явлению. И если поведение в какой-либо ситуации запрограммировано в велениях, имеющих характер правовых норм, то одновременно предоставляется возможность определить характер поступка автономно, своей волей. Правовое значение такого интереса отдельных субъектов выражается помимо признания юридической силы за такими решениями по поводу частного интереса (например, за договорами) еще и в обеспечении их со стороны государства в виде гарантии защиты правомерных частных интересов. В данном случае созидательный потенциал права находит выражение в том, что касается соотношения интересов личности и общества<sup>3</sup>.

Частные интересы как интересы отдельных лиц подразделяются на:

### **1) интересы, формирующиеся в сфере частной жизни индивидов<sup>4</sup>.**

Так, Л.О. Красавчикова, анализируя категорию «частная жизнь», выделяет следующие стороны ее проявления: «интимная сторона» (определяющая индивидуальность человека, например, привычки), «семейная сторона» (отношения в семье), «организационная сторона» (проявляется в установлении распорядка дня, избрания места работы или учебы), «оздоровительная сторона» (выражающаяся в действиях, направленных на поддержание здоровья), «сторона досуга» (отдых и развлечения), «коммуникационная сторона» (неформальные связи с друзьями, знакомыми и т. д.), а также некоторые другие<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Тихомиров Ю.А. Публичное право. – М., 1995. – С. 55.

<sup>2</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: Динамика сфер и методов // Журнал российского права. – 2001. – № 5. – С. 4–5.

<sup>3</sup> См.: Горшунов Д.Н. Интерес в частном праве: Вопросы теории. – Казань, 2005. – С. 82.

<sup>4</sup> См.: Баранов В.М. О законодательном определении категории «частная жизнь» (логико-гносеологические и юридико-психологические проблемы) // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. – Н. Новгород, 1999.

<sup>5</sup> Красавчикова Л.О. Личная жизнь под охраной закона. – М., 1983. – С. 16.

Здесь следует заметить, что метод перечисления нельзя признать оптимальным, так как сфера частной жизни меняется в соответствии с развитием общественных отношений, а значит, такое определение частной жизни будет постоянно устаревать.

Более правильным представляется выделение в сфере частной жизни внутренней и внешней сфер<sup>1</sup>, которые, в свою очередь, у различных авторов подразделяются на неодинаковые элементы<sup>2</sup>.

Думается, что к частной жизни относятся:

а) так называемая внутренняя духовная жизнь – суверенитет человека в мире его мыслей, чувств, верований и т. д. (ст. 26, 29 Конституции РФ);

б) сфера межличностного общения (ст. 30 Конституции РФ), которая включает в себя свободу выбора партнеров (друзей, супругов, контрагентов в имущественных обязательственных отношениях), а также отношения собственности, позволяющие индивиду владеть, пользоваться, распоряжаться имуществом по своему усмотрению, своей воле и в своих интересах, исключая вмешательство всех третьих лиц в сферу его хозяйственного господства;

в) возможность определения индивидом степени воздействия на его частную жизнь включает в себя право каждого на тайну межличностных коммуникаций (переписки, телефонных переговоров, компьютерной почты и т. д.) (ст. 24 Конституции РФ);

г) право на защиту интересов в сфере частной жизни;

**2) интересы, возникающие у индивида как у члена какой-либо общности** (например, нации, коллектива, государства), и не совпадающие с теми интересами, которые считают для себя общими нация, коллектив, государство. Такие интересы мы также называем частными.

Демократические процессы, происходящие в нашей стране во всех сферах жизни (в политике, экономике, законодательстве) должны существенно снизить противоречие между коллективными и индивидуальными, между публичными и частными интересами. Однако при любых даже самых совершенных формах общественного устройства будет существовать определенное отчуждение индивида, а значит, будет актуальной проблема частного интереса. Никогда государство не сможет удовлетворить все интересы всех людей. С развитием общества множатся и распространяются интересы отдельных индивидов. Более того, во всех государствах, включая и экономически развитые и демократически организованные, социальное неравенство в доходах, положении, уровне жизни людей отражает их индивидуальные способности, энергию, волю, предприимчивость и в то же время зависят от удачного или неудачного стечения жизненных обстоятельств.

Таким образом, события, определяющие судьбу, жизнь отдельного индивида, его семьи, не могут полностью совпадать с обстоятельствами, существенно влияющими на развитие общества, государства, что приводит к несовпадению частных интересов отдельных индивидов и интересов каких-либо общностей, государства в целом. Увеличению количества и разнообразия частных интересов способствует развитие цивилизации. Субъекты общественных отношений имеют возможность использовать достижения мировой культуры, техники, экономики, идеи, ценности, стили других наций, государств.

Иными словами, возникающая проблема сочетания частного и публичного интересов требует решения, которое выражается в необходимости определения оптимального варианта границ, или рамок, частноправовых приоритетов и недопустимости противопоставления публичных и частных интересов друг другу.

Правовая аргументация необходимости баланса публичных и частных интересов находит свое отражение в актах Конституционного Суда Российской Федерации. По тексту постановлений мы встречаем такие характеристики как: «В случае необходимости защиты общих (общественных) интересов в той или иной сфере федеральный законодатель вправе использовать в регулировании соответствующих отношений сочетание частноправовых и публично-правовых элементов, которое наиболее эффективным образом будет обеспечивать взаимодействие частных и публичных интересов в данной сфере. Располагая при этом широкой свободой усмотрения в выборе правовых средств, он вместе с тем связан конституционно-правовыми пределами использования публично-правовых начал, определяемыми статьями 7, 8, 17 (ч. 3) и 55 (ч. 2 и 3) Конституции Российской Федерации».

Конституционный Суд Российской Федерации, обязанный при осуществлении возложенных на него полномочий принимать во внимание необходимость обеспечения баланса конституционно значимых интересов, включая недопустимость нарушения прав и свобод других лиц при осуществлении прав и свобод человека и гражданина (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ), с одной стороны, и стабильности правоотношений в интересах их участников – с другой...»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Баранов В.М. Государственно-правовое воздействие на частную жизнь граждан в современной России: философско-правовой анализ / В.М. Баранов, Р.Б. Головкин // Философия права. – 2000. – № 2. – С. 34–36.

<sup>2</sup> См. там же. – С. 36.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2011 года № 29-П «По делу о проверке конституционности положения подпункта 3 пункта 2 статьи 106 Воздушного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Авиационная компания «Полет» и открытых акционерных обществ «Авиакомпания «Сибирь» и «Авиакомпания «ЮТэйр»» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2012. – № 1. См. также: постановления от 19 декабря 2005 года № 12-П и от 13 июля 2010 года № 16-П, а также Определение от 3 июля 2007 года № 633-О-П.

Основными критериями для установления пределов удовлетворения интересов конкретного лица служат интересы других лиц, в том числе общественные и государственные. Следовательно, выход за эти пределы и противоречие охраняемым законом интересам других лиц должны рассматриваться как интерес незаконный. Через правовое регулирование с помощью формирования определенных условий деятельности субъектов общественных отношений и ограничения проявления их субъективных интересов можно способствовать возникновению и закреплению у этих субъектов интересов, соответствующих интересам всего общества<sup>1</sup>.

В целом, соглашаясь с отмеченной в юридической литературе, отражаемой в актах судебных органов необходимостью обеспечения «баланса частных и публичных интересов», отметим, что используемое словосочетание, на наш взгляд, не совсем точно отражает суть проблемы.

В Большом юридическом энциклопедическом словаре мы находим следующее толкование: «Баланс» (фр. *balance* – «весь») – это «форма отражения равновесия взаимосвязанных величин, находящихся в постоянном изменении»<sup>2</sup>. Таким образом, баланс есть некоторое равновесие.

Представляется, что обеспечение баланса частных и публичных интересов в общественных отношениях, подлежащих правовому регулированию, баланса частноправовых и публично-правовых норм, применяемых при таком регулировании, объективно невозможно вообще.

Для отражения реальной сути соотношения частных и публичных интересов в праве правильным представляется использование понятия «гармонизация»<sup>3</sup>, что предполагает приведение их в состояние соответствия, слаженности. Именно согласованность, соразмерность в сочетании частных и публичных начал является объективной необходимостью современного правотворчества, обеспечивающего эффективность применения правовых норм. Гармонизация законодательства позволяет не только устранить, но и, что наиболее важно, снизить степень «противостояния» публичной и частной сфер как внутри каждой из них, так и в их взаимном проникновении и взаимосвязи.

---

<sup>1</sup> См.: Курбатов А.Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе // *Хозяйство и право*. – 2001. – № 6. – С. 89.

<sup>2</sup> Большой юридический энциклопедический словарь / Авт. и сост. А.Б. Барихин. – М., 2000. – С. 35.

<sup>3</sup> См.: Пшеничнов М.А. Гармонизация российского законодательства (теория, практика, техника): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Н. Новгород, 2011.

**И.В. Михеева**

*Михеева Ирина Вячеславовна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и административного права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»*

## **Министерское правотворчество в Российской империи: роль юридической аргументации**

Правотворческая деятельность министерств Российской империи предполагала участие в законодательном процессе и самостоятельное подзаконное нормотворчество. Первая функция реализовывалась через: формулирование законодательного предположения и внесение его в уполномоченный орган, участие в законодательной инициативе, составление текста законопроекта и внесение его на обсуждение законодательного органа, участие в обсуждении законопроекта. Вторая – через создание ведомственного нормативного акта. Законодатель не в состоянии предусмотреть все изменения в общественной и экономической жизни. В связи с этим формулировки норм закона исторически носят более общий характер и конкретизируются в ходе подзаконного нормотворчества.

Изданный (в министерстве или с участием министерства) нормативно-правовой акт должен был иметь четкие основания для принятия, быть весомым и аргументированным. Аргументация в правотворчестве представляет, таким образом, определенный интерес с точки зрения теоретической и исторической интерпретации. В процессе правотворчества юридическая (нормативная, правовая) аргументация выступает в разных качествах. Она считается одним из базовых методов в юридической практике, представляя собой систему способов убеждения.

Рассматривая правовую аргументацию в рамках диалектического метода как «процедуру отстаивания нормативной рациональной точки зрения по определенным правилам», когда сама дискуссия – это диалог на тему о приемлемости той или иной точки зрения<sup>1</sup>, в рамках правотворчества можно обратить внимание и на другой аспект ее содержания, когда аргументация – не процесс, а статично зафиксированное «обоснование действия»<sup>2</sup>.

Дело в том, что обоснованность любого государственного решения, оформленного в нормативном акте, придает весомость, убедительность акту, необходимую адекватность его последующей реализации. Убедительность правовой позиции субъекта нормотворчества, представленной в принятом нормативно-правовом акте, поддерживается правовыми аргументами, совокупность которых можно рассматривать в качестве правовой аргументации. Можно выделить некоторые срезы этой проблемы.

Если обратиться к подзаконному нормотворчеству, то, несмотря на существующее в современной теории права и в административном праве различие определения административного акта (акта управления), единодушно выделяются наиболее важные признаки правового акта государственного управления, которые в некоторой степени можно отнести и к исследуемой проблеме. Они издаются уполномоченными на то субъектами государственного управления в пределах их компетенции, рамки которой определены законодательством; занимают определенное место в иерархической системе актов управления, что подразумевает соответствие одних актов управления другим, изданным вышестоящими звеньями системы исполнительной власти; характеризуются определенной процедурой принятия (подготовки проекта, обсуждения, визирования, правовой экспертизы, согласования, утверждения и т. д.) и обязательным соответствием текста управленческого акта правилам юридической техники<sup>3</sup>.

В Российской империи существовали требования, предъявляемые непосредственно к предписаниям министра. Они содержались в Общем наказе министерствам 1811 года. Наряду с требованиями иметь установленную форму, ограничиваться тем кругом дел, который установлен для каждого министерства, была определена необходимость издавать министерские распоряжения в пределах закона<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> [www.ling-expert.ru/library/slovar/lawargumen.html](http://www.ling-expert.ru/library/slovar/lawargumen.html)

<sup>2</sup> Лисанюк Е.Н. Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы // Коммуникация и образование: Сборник статей / Под ред. С.И. Дудника. – СПб., 2004. – С. 216–233.

<sup>3</sup> См.: Власенко Н.А. Теория государства и права: Научно-практическое пособие. – М., 2009; Административное право: Учебник / Под ред. Л.Л. Попова. – М., 2005; Дмитриев Ю.А. Административное право Российской Федерации: Учебник для юридических вузов. – М., 2008; Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов / Ю.А. Дмитриев, И.А. Полянский, Е.В. Трофимов. – М., 2000; Стариллов Ю.Н. Курс общего административного права: В 3 т. – М., 2002. – Т II. Государственная служба. Управленческие действия. Правовые акты управления. Административная юстиция; и др.

<sup>4</sup> Манифест от 25 июня 1811 года «Общее учреждение министерств» // ПСЗ. – Т. XXX. – № 24687. – § 259, 262, 263.

Если обратиться к разным видам министерских актов, то очевидным будет указание на правовое основание принятия административного акта. Можно сетовать на сходство в структуре и содержании различных по форме административных актов<sup>1</sup>. Между тем очевидным является традиционность указания в начале ведомственного акта на конкретные более высокие по иерархии нормативно-правовые акты, во исполнение и для обеспечения реализации которых этот административный акт составлялся.

В разных видах актов, сходных по предмету правового регулирования, например, в «Правилах о мерах предупреждения и пресечения чумы на местном рогатом скоте Ставропольской губернии» и «Инструкции для руководства местам и лицам, привлекаемым к исполнению Правил о мерах предупреждения и пресечения чумы на местном рогатом скоте Ставропольской губернии»<sup>2</sup> указано, что Правила были составлены на основании Высочайшего повеления от 3 мая 1879 года, подписаны товарищем министра внутренних дел; а Инструкция составлена и издана по постановлению губернского распорядительного комитета, утверждена товарищем министра внутренних дел 20 декабря 1887 года.

Импульс для подготовки министерских циркуляров мог содержаться в указании монарха. Например, Именной Указ «О доставлении описей достопамятных вещей» 1826 года предписывал «учинить со стороны МВД надлежащие распоряжения»<sup>3</sup>. В связи с этим от Министерства внутренних дел в этом же году последовало циркулярное обращение к губернаторам с просьбой немедленно собрать по губерниям точные сведения об упомянутых вещах и доставить их описи в Министерство внутренних дел<sup>4</sup>, а затем циркуляр о немедленном собрании по всем губерниям необходимых сведений. При этом в каждом из приведенных документов указывался правовой «посыл» издаваемого акта.

Наряду с указанием императора таким «посылом» могло стать Сенатское определение, о чем также указывалось в самом тексте акта. Это, например, циркуляр МВД по Департаменту общих дел от 4 ноября 1866 года «О выполнении статей Устава строительного, запрещающих кладоискательство и разрушение памятников старины», циркуляр Министерства внутренних дел по Техничко-строительному комитету от 11 ноября 1869 года «О доставлении в министерство описаний и чертежей археологических и исторических памятников» и др.<sup>5</sup>

Таким образом, правовым основанием для принятия министерством административного акта могло быть распоряжение высших органов: Высочайшее усмотрение или повеление, мнение Государственного совета, определение Правительствующего Сената. Указание на них в текстах конкретных административных актов подзаконного характера служило той правовой аргументацией, которая указывала на законность министерских распоряжений, придавая авторитет и убедительность управленческому решению. При этом в основе содержания подзаконного министерского акта лежала правовая позиция законодателя.

Важным фактором в формировании министерской правовой позиции, фиксируемой в административном акте нормативного характера, определенным импульсом к реализации регулятивной функции министерствами была пресса. В архивных делах по подготовке того или иного нормативного документа встречаются подборки тематических газетных статей. В частности в печати активно отмечались случаи гибели памятников, неоднократно выдвигались требования организации дела охраны древностей. Так, в газете «Биржевые ведомости» (7 августа 1901 года) приводился ряд фактов вандализма по отношению к «памятникам и документам старины» и предлагались пути сохранения их от расхищения и разрушения. Эта статья была представлена министру внутренних дел. На ней написано: «ДОД. К докладу. 9 августа 1901 год» и сделана пометка: «Доложить министру 27 марта 1901 г.: п. 3. О памятниках, древностях и т. п. Составить циркуляр о состоянии древностей с их описанием, на какие средства содержатся и реставрируются, какие суммы требуются для приведения их в надлежащий вид»<sup>6</sup>. В итоге вопрос регистрации памятников как первоначальной меры их охраны был поддержан очередным министерским циркуляром (опубликован 12 сентября 1901 года в «Правительственном Вестнике») на имя губернаторов, градоначальников и обер-полицмейстеров о представлении в МВД списков памятников старины. В нем запрещалось «разрушать остатки древних замков, крепостей, памятников и других зданий древности». К принятию таких запретительных мер Министерство внутренних дел было подвинуто благодаря высокому резонансу обсуждения этой проблемы в прессе.

<sup>1</sup> См. об этом: *Михеева И.В.* Правотворческая деятельность министерств Российской империи в XIX – начале XX века: Дис... д-ра юрид. наук. – Владимир, 2012. – С. 172–208.

<sup>2</sup> Сборник инструкций, циркуляров, правил и других распоряжений Министерства внутренних дел и местного губернского начальства, касающихся ветеринарной части Ставропольской губернии. – Ставрополь, 1896. – С. 11–18, 19–31.

<sup>3</sup> Именной Указ, объявленный министром внутренних дел гражданским губернаторам «О доставлении сведения о достопамятных вещах, принадлежавших Императорской фамилии и поступивших для хранения по разным казенным зданиям в государстве» от 30 мая 1826 года // ПСЗ 1. – Т. 1. – № 376.

<sup>4</sup> ГАНО, ф. 3, оп. 1, д. 2, л. 81.

<sup>5</sup> Охрана памятников истории и культуры в России. XVIII – начало XX века: Сборник документов / Сост. Р.Е. Альтшуллер. – М., 1978. – С. 91–92.

<sup>6</sup> РГИА, ф. 1284, оп. 186, д. 11а, л. 4–5 об.

Присутствовали циркуляры, исходящие от МВД и его подразделений, поводом для принятия которых было обращение общественных учреждений. Примером может служить циркуляр МВД по Центральному статистическому комитету от 27 апреля 1863 года за № 63 «О доставлении сведений о памятниках древностей российских, к отечественной истории и жизни народов относящихся», изданный по просьбе и настоянию Императорской Археологической комиссии и обращенный к губернским и областным статистическим комитетам. В нем министерство поддержало предложение Археологической комиссии о привлечении к работе по сбору сведений о памятниках членов губернских и областных статистических комитетов, которые по составу и кругу своих действий располагали информацией о местных достопримечательностях<sup>1</sup>.

Сложившаяся во вверенной министерству сфере управления ситуация, требующая разрешения, могла быть фактическим основанием для принятия административного акта. Основой выбора средств и способов правовой регламентации служила информация, специально собираемая из прессы, от граждан, от общественных учреждений, научной общественности, а также в обязательном порядке от подчиненных министерству «мест». Все это влияло на формирование правовой позиции министерств, как субъектов нормотворчества, обращало его внимание на необходимость решения той или иной общественной проблемы, иногда «подказывало» способы решения последней, хотя и не обязывало «нормотворца» в лице министерства принимать решение, оформляемое в нормативно-правовой акт.

Административный акт содержал итоговую совокупную позицию того или иного министерства, имеющую под собой основание, соответствующую совокупность аргументов правового характера. Данная совокупность аргументов (аргументация), рассматриваемая в контексте ведомственной правотворческой деятельности не имела целью доказать чью-то вину, встроиться в процесс противоборствования разных мнений, полемику. Она (правовая аргументация) скорее являлась тем «общим знаменателем» всей нормотворческой работы, который обосновывал принятое решение, будучи в то же время обязательным требованием и характеристикой качественного правового акта.

Интерес представляет ситуация, которая сложилась с принятием и обнародованием 20 ноября 1831 года Сенатского указа о повышении таможенных пошлин на разные товары с временной прибавкой на все привозные по 12,5 процента на 1832 год. Представление в Государственный совет о принятии данной меры было сделано министром финансов Е.Ф. Канкриным 19 октября 1831 года. Срин в это время занимался проектом нового закона о дворянских выборах. Е. Ф. Канкрин настаивал на скорейшем рассмотрении его представления, чтобы успеть сделать распоряжения таможням до 1832 года. Департамент государственной экономии Государственного совета в течение октября рассмотрел представление министра финансов, и 31 октября оно было заслушано в Общем собрании Государственного совета. 7 ноября дело было отправлено императору и подписано 11 ноября 1831 года. Указ был прост по основному содержанию, сами же правила и порядок новых сборов содержались в конце приложенной к указу росписи в виде примечаний. В этих примечаниях, как бы между прочим, говорилось и о времени действия этой меры. Сбор прибавочных 12,5% со всех товаров должен был начаться со дня получения таможенных указов в таможенном ведомстве «без очистки пошлиной» еще находящихся и вновь прибывающих товаров.

Этот указ (с росписью по особому Высочайшему повелению) был напечатан в московских газетах 14 ноября. Петербургский Сенат получил его 16 ноября, а обнародовал 20-го. Московские газеты с эстафетой пришли в Петербург 17 ноября (то есть раньше обнародования Сенатом). И на следующий день купцы поспешили к очистке своих товаров по старому еще тарифу до официального получения в таможене Сенатского указа о надбавке на 12,5%. Таким образом, 18 ноября Петербургская таможня успела принять денег до 700 тысяч рублей.

В то время директор департамента внешней торговли Д.Г. Бибилов (ставший потом министром внутренних дел) из опасения, чтобы на следующий день не очистили по прежней пошлине еще больше товара, предписал таможене с наступающего утра взимать уже прибавочные проценты, ссылаясь на распоряжение, сделанное министром финансов в Москве о взимании этих процентов с напечатания указа в местных газетах.

Обратное действие Указа 11 ноября, то есть распространение его на товары, находившиеся еще в складах во время его издания, вызвали возмущение купечества, которое дошло до императора. Министр финансов вынужден был объясняться с императором «о причинах, побудивших к сему постановлению». А затем по Высочайшему повелению в Государственном совете этот вопрос был рассмотрен 3 декабря. В журнале заседания Государственного совета в качестве причины «неосмотрительного пропуска» предложенной министром финансов меры называлось то, что в представлении министра не было упомянуто о распространении надбавки на товары, уже находящиеся в таможене. Указывалось, что расчет министра об усилении доходов по этой части на 1832 год был основан «на годовой сложности», без причисления какого-либо единовременного сбора с товаров, уже сложенных в таможнях. Было отмечено, что Совет не обратил внимания на примечания, где обычно излагается лишь

<sup>1</sup> РГИА, ф. 789, оп. 8, д. 130, л. 56 об., 57.

простой порядок исполнения или исключения из правил, а не те предметы, которые требуют особого обсуждения. В журнале была дана и негативная оценка доводов министра и настояние на изъятии 12,5% надбавки на товары, поступившие в таможду до получения в них Указа 11 ноября, и более того вернуть эту надбавку тем из торгующих, с которых она уже взята. Составленный на этом основании указ был подписан 7 декабря 1831 года<sup>1</sup>.

Министру финансов удалось провести свое решение через Государственный совет, в некоторой степени введя в заблуждение его членов нарочитым изменением принятого построения акта. Наиболее важный факт был вынесен из основной части документа в примечания. Кроме того министр попытался дать закону обратное действие своим явно выходящим за рамки компетенции распоряжением о взимании 12,5% надбавки в московских таможнях до обнародования Сенатского указа. Это, во-первых, явно выходило за рамки его компетенции, во-вторых, ухудшало права хозяйствующих субъектов. Незаконное распоряжение министра стало основанием для принятия «ошибочного» распоряжения начальника Департамента внешней торговли о распространении надбавки на товары, уже находящиеся в петербургских таможнях.

Было отменено не только распоряжение министра и начальника департамента внешней торговли, но и сам Сенатский указ, изданный на основании принятого по инициативе министра финансов решения Государственного совета.

В данном случае министр обязан был придерживаться правовой позиции законодателя, как при проектировании законодательной нормы, так и в ходе обеспечения ее реализации. «Разрыв» между правовой позицией законодателя и министра привел к «подтасовке» правовой аргументации, а затем, как следствие, к признанию подготовленного министром законодательного акта и актов во исполнение его недействующими.

Готовый административный акт, обращенный к неопределенному кругу лиц, должен быть доказательным. Для этого обозначается цель и основание его принятия: во исполнение и на основании. Эти правовые основания могут отождествляться с правовой аргументацией принятого акта, а также включать в себя юридически закрепленное право и обязанность совершать нормотворческое действие. В противном случае может быть совершена правотворческая ошибка, подобная той, которая рассмотрена выше. Между тем сам факт такого рода ошибочных правотворческих действий в ходе создания и реализации законодательного решения показателен.

Обращаясь к рассмотренному случаю, заметим, что, во-первых, с помощью технико-юридической «уловки» (в данном случае это может рассматриваться как умышленно совершаемая ошибка технического выстраивания структуры документа) министр финансов смог продвинуть принятие «нужного» решения, в чем обозначилась очевидная возможность министров влиять на законодательный процесс на этапе подготовки текста и принятия законопроекта. Во-вторых, создавая механизм реализации законодательного акта, министр выбрал направление обеспечительных средств регулятивного характера без учета таких принципов правотворчества, как, например: закон обратной силы не имеет, нельзя ухудшить права субъектов регулируемых отношений. Безусловно, на это министр уполномочен не был. Ошибочный по структуре и последствиям акт законодательного характера, принятый с подачи министра финансов, и ошибочный по характеру обеспечительный акт самостоятельного министерского нормотворчества явились в данном случае результатом выхода министра за рамки своей компетенции. Нарушение требований подготовки нормативного правового акта обесценило правовую аргументацию принимаемых – законодательного и подзаконных – актов, создало необходимость последних.

Современные министерства как федеральные органы исполнительной власти осуществляют нормотворческую деятельность, действуя во исполнение закона, обеспечивая реализацию этого закона<sup>2</sup>. Для этого они осуществляют распорядительную деятельность, принимают акты, в том числе нормативного характера. В этом случае в административном нормативном акте министерств содержится ссылка на правовое основание принятия конкретного акта, под воздействием которого формировалась правовая позиция министерства, и обозначение которого может служить правовой аргументацией при объяснении мотивации принятия того или иного акта министерства в рамках их правотворческой деятельности. При этом рассматривается не форма и процесс, а скорее допустимые критерии. Содержанием правовой аргументации становится обоснование принятия необходимого нормативного решения в рамках государственного управления. Заметим, что в этом случае правовая аргументация теряет свою диалоговость, заменяется императивностью принятого норматива. «В отрыве» от объекта аргументированного воздействия, выхода из вербальной диалоговой

---

<sup>1</sup> Именной Указ, данный министру финансов «О невзыскании за некоторые товары 12,5 процентов с пошлинного рубля определенной в Высочайше утвержденной росписи 11 прошлого ноября» от 7 декабря 1831 года // ПСЗ 2. – Т. 6. – Ч. 2. – № 4998. Подробно об этом в дореволюционной доктрине: Корф М.А. Записки. – М., 2003. – С. 29–31.

<sup>2</sup> Указ Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 года № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 11. – Ст. 945.



коммуникации, правовая аргументация тем более требует предварительно продуманной четкой выверенности, «надежности», ясности.

Следует заметить, что в философской литературе иногда наблюдается неопределенность. Понимая под формой правовой аргументации «систему правовых актов, содержащих соответствующие нормы, возникшие в процессе эволюции культуры человеческих взаимоотношений, аккумуляции социального опыта человечества» некоторые авторы «к конкретным формам правовой аргументации» относят: «обычай, многократно повторяющееся поведение в обществе; судебный (административный) прецедент и судебная практика; нормативный договор (международный договор, решение, конвенция)»<sup>1</sup>. В данном утверждении представлены несоотносимые в выбранном контексте понятия системы и ее элементов. Между тем заданный первоначально тезис заслуживает внимания. Во всяком случае, в министерском нормотворчестве формой правовой аргументации служила совокупность правовых актов, на основании и во исполнение которых принималось министерское решение и формулировалось в административном акте.

Таким образом, правовая позиция законодателя являлась правовой аргументацией министерских ведомственных актов. Эта правовая аргументация лежала в основе формирования оценки правовой действительности министерством, разрабатывающим подзаконный акт (или законопроект). Она помогла сформулировать концепцию проекта акта государственного управления, формально предопределяла обязанность «нормотворца» в лице министерства принимать нормативное решение. При этом с одной стороны министры могли активно участвовать в формировании правовой позиции законодателя, готовя проекты законодательных актов. С другой стороны, принятый законодательный акт становился правовым основанием для принятия подзаконного акта министерством и формой правовой аргументации в министерском нормотворчестве. Кроме того, используемая в правотворчестве правовая аргументация несколько отличается от той, которая позиционируется исследователями в рамках логического, дедуктивного и риторического подходов<sup>2</sup>. Из определения уходит явный диалоговый характер, что предопределяет необходимость усиливать правовую аргументацию административных актов авторитетом законодателя.

---

<sup>1</sup> См.: *Макеева Е.А.* Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. филос. наук. – М., 2003.

<sup>2</sup> <http://www.ling-expert.ru/library/slovar/lawargumen.html>

**И.С. Назарова**

*Назарова Ирина Сергеевна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и административного права Санкт-Петербургского военного института внутренних войск МВД России*

**Аргументация идеи представительной природы  
законодательной власти  
в «Духе законов» Ш.-Л. Монтескье**

Осуществляемое в последние годы реформирование политической системы страны одной из своих целей имеет усиление представительных начал в организации и функционировании органов законодательной власти федерального и регионального уровней. Именно с этим обстоятельством связано принятие в 2009–2012 годах целого ряда федеральных законов, существенно реформировавших избирательную систему страны и порядок формирования политических партий<sup>1</sup>. Это, в частности, Федеральный закон от 12 мая 2009 года № 94-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с повышением представительства избирателей в Государственной Думе Федерального РФ», Федеральный закон от 2 апреля 2012 года № 28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О политических партиях”»<sup>2</sup>, Федеральный закон о внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»<sup>3</sup>, Федеральный закон от 20 марта 2011 года № 38-ФЗ «О внесении изменений в статьи 35 и 38 Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” и Федеральный закон “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации” в связи с применением пропорциональной избирательной системы на выборах депутатов представительных органов муниципальных районов и городских округов»<sup>4</sup>, Федеральный закон от 17 октября 2011 года № 273-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации”»<sup>5</sup>, Федеральный закон от 2 мая 2012 года № 41-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты в связи с освобождением политических партий от сбора подписей избирателей на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации и в органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления»<sup>6</sup>.

Если исходить из доказанного теорией и подтвержденного практикой развития конституционализма постулата, что принять и ввести в правовую систему представительный по своим свойствам закон общенациональный парламент может в том случае, если он по своей сущности будет истинно представительным органом государственной власти, то необходимость подобного рода нововведений не вызывает сомнений. Как известно, в конституционных учениях идея представительного правления и связанная с этим проблема представительной природы законодательной власти обратила на себя внимание задолго до возникновения законодательных учреждений в большинстве европейских государств. В этой связи обращение к конституционно-правовому наследию прошлых эпох позволит найти дополнительные аргументы в пользу как практической необходимости отмеченных реформ, так и обоснования конкретных путей их осуществления.

Потребность в такого рода научном анализе более чем очевидна. Как известно, представительная природа законодательных учреждений проистекает из идеи народного суверенитета – одного из фундаментальных устоев конституционного строя для всех без исключения стран, так или иначе приверженных к демократии. Обоснованное в XVI веке французским исследователем Жаном Боденом в работе «Шесть книг о республике» (1576) и отождествляемое с безраздельной принадлежностью государственной власти суверену, трансформировавшееся в ходе революционной борьбы народов против

<sup>1</sup> Именно адекватные социальной структуре общества, социально-экономическим, историческим, духовно-культурным и иным цивилизационным характеристикам страны партийная система и отвечающая ей избирательная система действительно являются компонентами представительного правления.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 15. – Ст. 1721.

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 19. – С. 2274.

<sup>4</sup> Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 13. – Ст. 5961.

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 43. – Ст. 1685.

<sup>6</sup> Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 19. – С. 2275.

феодалного абсолютизма (XVII–XVIII вв.) в качестве механизма противопоставления претензиям монархов на неограниченную власть, понятие суверенитета (означающее верховную власть, независимость) с утверждением конституционной государственности стало повсеместно использоваться в новом значении: для утверждения демократической концепции государства и народовластия. В основу такого понимания суверенитета положены взгляды французского просветителя XVIII века Жан-Жака Руссо – основоположника учения о народном суверенитете. Это своего рода аксиома в конституционной теории и практике, которой в государствоведении, без преувеличения можно сказать, придан некий сакральный оттенок. В государствоведческом значении понятие суверенитета призвано выразить собой верховенство и полновластие народа, нации или государства. Конституционной природе народного суверенитета соответствует представление о нем как о доминирующей идеи современного прогрессивного политического и правового мировоззрения об организации публичной власти; конституционном принципе демократического общественного и политического развития; ключевом политико-правовом институте конституционного права. Феномен народного суверенитета<sup>1</sup> есть воплощение двух начал – непосредственного и представительного правления. Каждое из этих начал нельзя рассматривать в отрыве друг от друга, недооценка одного из них одновременно означает умаление суверенитета народа в целом. В то же время современные конституционные системы основываются на приоритете представительной формы народовластия, основанной на принципе представительства – власти народа, осуществляемой через выборных представителей, или системой представительных, то есть избираемых народом, органов государственной власти и местного самоуправления, а равно иных учреждений, посредством которых реализуется воля народа. Таким образом, через механизм представительства носитель власти реализует эту власть в конституционной практике.

Представительное начало есть господство общественного мнения посредством всецелого перенесения воли граждан на выборные лица. Представительное устройство имеет целью возвести общественное мнение на высшую ступень, откинув от него все личное, случайное и оставить одно существенное. В самом существе представительства лежит двойственный характер, который необходимо имеет в виду при обсуждении всех вопросов, до него касающихся. Оно является вместе и выражением свободы и органом власти. Свобода возводится здесь на степень государственной власти. По утверждению Б.Н. Чичерина, представительное начало парламент не выражает в себе бесчисленных оттенков политической мысли, рассеянных в народе; он должен быть не пестрым сбором разноречивых мнений, каким является общество, а центром, где сходятся главные политические направления, успевшие приобрести силу в народе, а потому имеющие значение и для государства. Иначе нет возможности составить прочное большинство и управлять общественными делами<sup>2</sup>.

Социальная ценность народного представительства предопределяет необходимость представительного правления (его эквивалентом является термин «конституционное правление»), которое выступает важнейшей формой опосредованного осуществления народом принадлежащей ему власти, а также реализации законодательных функций высшими представительными органами.

Казалось бы, конституционные императивы: «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ» (в ч. 1 ст. 3 Конституции РФ), «народ, осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления» (в ч. 1 ст. 3 Конституции РФ), «высшими формами непосредственного осуществления народовластия являются референдум и свободные выборы (ч. 3 ст. 3 Конституции РФ), а также «республиканская форма правления» (ст. 1 Конституции РФ), не оставляют сомнения относительно значимости представительной формы правления, а следовательно, и постулировании представительной природы законодательной власти.

Однако в специальной литературе и политической практике это важнейшее свойство конституционного строя не получает должной оценки. Более того, существует распространенное мнение о его «старении», неадаптированности к новым условиям; достаточно расхожим становится тезис об ирреальности всеобщей воли и воли законодателя (законодательной воли)<sup>3</sup>, о ненаучности («своеобразии») в этой связи идей Ж.-Ж. Руссо о примате «общей воли» и т. д. и т. п. В основе такого подхода, можно сказать, отношение к суверенитету народа, получившее широкое распространение как в разных течениях политико-правовой мысли, так и в политической практике. Вошедшее в государствоведческую лексику в XVIII веке, понятие «народный суверенитет» сопровождалось и сопровождается острой критикой относительно его сущности и содержания. В истории конституционных учений отнюдь не редкостью являлись работы,

<sup>1</sup> См.: *Эбзеев Б.С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. – М., 2005. – С. 482–483; *Югов А.А.* Правовые основы публичной власти в Российской Федерации. – Екатеринбург, 2004. – С. 44.

<sup>2</sup> См.: *Чичерин Б.Н.* О народном представительстве. – М., 1866. – С. 7.

<sup>3</sup> См., например: *Керимов А.Д.* Народная воля и парламент // *Право и гражданское общество в современной России: Сборник научных статей / Под общ. ред. Г.В. Мальцева.* – М., 2003. – С. 6–18; *Он же:* Современное эффективное государство. – М., 2008.

в которых народный суверенитет характеризовался как декларативный принцип, не имеющий юридической силы. Так, в представлении Л. Дюги, «мнимая догма народного суверенитета есть пустая, ничего не объясняющая гипотеза, бесполезный постулат»<sup>1</sup>. П.И. Новгородцев высказывался о народном суверенитете «как об отдаленном и конечном источнике, который, не будучи сам по себе деятельным и движущим началом, лишь сообщает присущее и пребывающее в нем значение исходящим от него властям»<sup>2</sup>. Идеи Ж.-Ж. Руссо о народовластии подвергнуты резкой критике Берtrandом Расселом<sup>3</sup>. Созвучны суждения одного из авторов комментария российской Конституции В.А. Четвернина, который оценивает народный суверенитет как «легитимирующую фикцию», используемой «в целях создания эффекта легитимности, «народности» государственной власти, производности государственного суверенитета от народа как некоего сакрального источника власти, в Новое время занявшего место Бога». В понимании данного автора, конструкция «народ – носитель суверенитета» по существу несовместима с современной теорией конституционализма, ограничения публичной политической власти правами человека»<sup>4</sup>. Существующая критика, однако, не отменяет того непреложного факта, что все без исключения современные конституционные системы основываются на принципе народного суверенитета как основополагающем фундаментальном устое государственной и общественной жизни. С этой точки зрения недооценка механизмов народного представительства одновременно означает посягательство на суверенитет народа.

Современный конституционный строй базируется именно на этих началах. В соответствии с этим выстраивается логическая цепочка в конструкции государства: народ посредством выборов формирует важнейшие институты государственной власти; органы власти, которые получили мандат на правление от народа, должны иметь представительный характер организации и деятельности.

Для аргументации идеи представительной природы законодательной власти представляет значительный интерес фактически не исследованный в данном контексте фундаментальный труд одного из классиков теории конституционализма, творца законодательных учреждений в Европе второй половины XVIII века Шарля-Луи де Секонда, барона Ля Брэда и де Монтескье «О духе законов» (1869–1775)<sup>5</sup>. Такой выбор обусловлен не только огромным вкладом Монтескье в теорию разделения властей, но и его конструкцией равновесия (уравновешивания) властей, которая, как считают известные теоретики народного суверенитета, равно как и отечественные государствоведы, по самому существу своему является если не отрицанием, то в значительной мере «ограничением» идеи народного суверенитета<sup>6</sup>. Презюмируется, что эта позиция снижает потенциал законодательной власти, не согласуется с идеями Дж. Локка и Ж.-Ж. Руссо, которые отдавали ей (законодательной власти) безусловный приоритет в системе разделения властей.

Как известно, конструкция разделения властей Монтескье основывается на необходимости учреждения такого государственного устройства, которое бы гарантировало политическую свободу каждого человека «...право делать все, что дозволено законами»<sup>7</sup>. Из существа политической свободы мыслитель доказывает принадлежность законодательной власти народу. В понимании Монтескье, «так как в свободном государстве каждый человек, признаваемый («имеющим свободную душу»), должен управляться самим собой, то следовало бы, чтобы народ в его целом (le reopie en corps) осуществлял законодательную власть»<sup>8</sup>. Именно законодательные органы в силу своей природы наиболее приспособлены, чтобы представители народа реализовывали право выступать от имени народа. В этом можно усматривать доказательство признания Монтескье определенных приоритетов законодательных органов власти перед исполнительной.

Вместе с тем, организация законодательной власти, как считает Монтескье, требует учреждения специального института. Обосновывает мыслитель это тем обстоятельством, что в крупных государствах невозможно осуществление такой власти непосредственно гражданами, «...а в малых связано с большими неудобствами, то необходимо, чтобы народ делал посредством своих представителей все, чего он не может делать сам. Отсюда предпочтение отдается тем, кого хорошо знают – представительному собранию»<sup>9</sup>. Таким образом, можно согласиться с тем, что отношение к законодательной власти у Монтескье сформировалось в контексте его общего понимания конституционного устройства страны. Сформулированный Ш.-Л. Монтескье подход в связи с невозможностью осуществления народовласти на большой территории (в большой стране, национальном государстве)<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М., 1998. – С. 42.

<sup>2</sup> Новгородцев П.И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. – М., 2002. – С. 79

<sup>3</sup> См.: Рассел Б. История западной философии: В 3 кн. / Пер. с англ. – СПб., 2001. – С. 790.

<sup>4</sup> См.: Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / Рук. авт. кол. и отв. ред. В.А. Четвернин. – М., 1997. – С. 77–78.

<sup>5</sup> См.: Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999.

<sup>6</sup> См.: Гессен В.М. Основы конституционного права / Сост., автор вступ. статьи и комм. А.Н. Медушевский. – М., 2010. – С. 115.

<sup>7</sup> См.: Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999.

<sup>8</sup> Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 292–293.

<sup>9</sup> Там же. – С. 293.

<sup>10</sup> См.: Белоновский В.Н. Представительство и выборы в России с древнейших времен до XVII века. Теория, история, практика / В.Н. Белоновский, А.В. Белоновский. – М., 1998. – С. 56–57.

Такой подход к организации законодательной власти в последующем получает развитие в трудах основоположника теории представительного правления Дж. С. Милля<sup>1</sup>, находит широкое распространение в российском дореволюционном государствоведении<sup>2</sup>.

Здесь же уместно подчеркнуть, что Монтескье «не отказывает» народу в праве законодательствовать, тем самым поддерживая высказанную до него идею «идеальной конструкции» такой власти (когда законодательная власть принадлежит всему народу). В этом классики политической мысли усматривали достаточное основание для сближения теорий Монтескье и Руссо. В связи с чем представляется теоретически несостоятельным вывод В.М. Гессена о том, что по самому существу своему теория обособления и уравнивания властей является отрицанием идеи народного суверенитета<sup>3</sup>. В то же время В.М. Гессен утверждал, что идея народного суверенитета Монтескье, как позитивисту, не может быть чуждой: современная ему действительность – и, в особенности, политический строй излюбленной им Англии – народного суверенитета не знает. И, тем не менее, в учении о народном представительстве Монтескье, как и Руссо, исходит из идеи народного суверенитета<sup>4</sup>.

Справедливости ради, надо обратить внимание и на «упреки» Ж.-Ж. Русо в адрес Монтескье. В частности, Ж.-Ж. Руссо считал, что Монтескье избегает говорить о принципе «политического права»; он рассматривает *положительное* право установленных правительств. А это – вещи наиболее различные в мире<sup>5</sup>. Для Руссо народ сам должен решать, а не делегировать свои права. Всякий закон, если его не утвердил народ, недействителен «Весьма странно, – подчеркивает основоположник теории народного суверенитета, – что в Риме, где трибуны были столь чтимы, никто даже не представлял себе, что они могли бы присвоить себе право народа...»<sup>6</sup>.

Однако Монтескье исходил из принципиально иного понимания устройства законодательной власти. Его аргументация, не отрицающая аксиомы демократии, – «народный суверенитет – основа первоисточник и первопричина образ и функционирования законодательной власти», вместе с тем основывается на безусловном примате представительной демократии; соответственно исходит из той посылки, что «народ непригоден для решения важнейших государственных дел; именно избираемые представители способны с наилучшим результатом обсуждать государственные вопросы»<sup>7</sup>. Монтескье полагал, что представительное собрание «следует избирать не для того, чтобы оно выносило какие-нибудь активные решения – задача, которую оно не в состоянии хорошо выполнить, – но для того, чтобы создавать законы или наблюдать за тем, хорошо ли соблюдаются законы, которые уже им созданы»<sup>8</sup>.

Логика Ш.-Л. Монтескье относительно необходимости законодательно органа в демократическом государстве безупречна. «Народ, обладающий верховной властью, должен делать сам все, что он в состоянии хорошо выполнить, а то, чего он не может выполнить, он должен делать через посредство своих уполномоченных». «Но эти уполномоченные не будут таковыми, – логично рассуждал философ, – если они не назначены самим народом; поэтому основной принцип этого вида правления состоит в том, что народ сам избирает своих уполномоченных, т. е. должностных лиц государства... народ нуждается в руководстве со стороны совета или сената»<sup>9</sup>.

Наделяя законодательную власть представительными свойствами или, что то же самое, вверяя законодательную власть специальным образом организованной представительной корпорации, Монтескье тем самым отстаивал идею ее (законодательной власти) профессионализации. Очевидно, что только в таком виде эта власть приобретала черты обособленной власти и равновеликой с властью исполнительной. В ином случае законодательствование (реализация законодательной власти) оставалось бы идеей, а не практикой.

Наверное и по этой причине все участие народа в правлении Монтескье ограничивал только избранием представителей: «Последнее ему вполне по силам, так как если и мало есть людей, способных устанавливать точные границы способностей человека, то всякий способен решить в общем, является ли его избранник более способным и сведущим, чем большинство остальных»<sup>10</sup>.

Как отмечается в специальной литературе, в послышке Монтескье о преимуществе представительной системы точно схвачена мысль о том, что народу легче определиться с выборами конкретного представителя, чем профессионально ориентироваться в законодательном процессе, требующем не только профессиональных знаний, практического опыта, но и высокого уровня развития политической

<sup>1</sup> Милль Дж. С. Представительное правление. – СПб., 1897.

<sup>2</sup> См. в особенности: Чичерин Б.Н. О народном представительстве. – М., 1866.

<sup>3</sup> См.: Гессен В.М. Основы конституционного права / Сост., автор вступ. статьи и комм. А.Н. Медушевский. – М., 2010. – С. 116.

<sup>4</sup> См. там же. – С. 117.

<sup>5</sup> См.: Руссо Ж.-Ж. Трактаты. – М., 1969. – С. 220.

<sup>6</sup> Там же. – С. 222.

<sup>7</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 154.

<sup>8</sup> См.: Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 289.

<sup>9</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 159.

<sup>10</sup> Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 293.

и правовой культуры<sup>1</sup>. Таким образом, смысл представительного правления заключается в «передаче власти», в «разлучении народа с властью»<sup>2</sup>.

Понимая конструкцию разделения властей так, «чтобы народ в его целом осуществлял законодательную власть»<sup>3</sup>, Монтескье вместе с тем конкретизирует свой взгляд на проблему, заключая, что в силу предмета законодательной деятельности и особенностей ее организации не только на больших территориях, но и в небольших государствах «народ к законодательству совершенно не способен»<sup>4</sup>.

В его представлении народ не в состоянии вести своих дел, пользоваться благоприятными случаями, разбираться в обстоятельствах времени и места. Необходимо, чтобы дела шли, и чтобы шли они известным ходом – не слишком медленным и не слишком быстрым. Но народ постоянно либо слишком, либо недостаточно деятелен. Иногда сотней тысяч рук он все опрокидывает, а иногда сотней тысяч ног он движется, как насекомое. В непосредственных демократиях древности народ всегда поддавался агитации ораторов; его движения, жестокие и мрачные, нередко приводили к катастрофам. Большое преимущество представителей заключается в том, что они способны обсуждать дела. Народ совершенно к этому непригоден: это и является одним из больших недостатков демократии<sup>5</sup>. Следовательно, необходимость существования представительной власти Монтескье объяснял неспособностью народа «обсуждать дела», что составляет одну из слабейших сторон демократии. Но ограничивая участие народа в правлении только избранных представителей, он таким образом поднимал значимость законодательных органов, деятельность которых, как в последующем подтвердит конституционная практика, требует высокой степени специализации. Это обстоятельство как раз и было принято во внимание: в основу абсолютного большинства общенациональных представительных органов власти (и даже так называемых законосовещательных органов) положен принцип парламентаризма. Как считал Монтескье, представительное собрание следует избирать для того, чтобы создавать законы или наблюдать за тем, хорошо ли соблюдаются те законы, которые уже им созданы. Эти дела оно «может очень хорошо выполнить»<sup>6</sup>.

Данная мысль в последующем получит компетентное подтверждение в научной литературе. Так, для Дж. Милля представительное правление «тем больше годно для народа, чем выше его культурное развитие»<sup>7</sup>. У Б.Н. Чичерина также главная мысль: представительство возможно только в условиях высоко развитой политической культуры народа<sup>8</sup>.

Наделяя представительное собрание правом законодательствовать, Монтескье определяет и принципы представительства в законодательной корпорации. Монтескье в этом смысле, как считал В.М. Гессен, – сторонник «готического правления», признавая его наилучшей формой правления, когда либо изобретенной людьми. Законодательная власть должна осуществляться представительством, и это представительство должно иметь выборный характер. Монтескье настаивал на том, что только выборное представительство действительно является представительством народа. При этом для представительства в законодательной власти в понимании Монтескье важен учет территориального и словного компонентов. С этим же обстоятельством связано, во-первых, замечание Монтескье о том, что народные представители, хотя и представляют народ, остаются только представителями тех территориальных союзов, которыми они избираются в парламент: они являются местными людьми, представляющими местные интересы. «Нужды своего города, – отмечает Монтескье, – всегда знаешь лучше, чем нужды других городов, и о способности своих соседей судишь лучше, чем о способности других своих соотечественников. Не следует поэтому, чтобы члены законодательного корпуса избирались из всего народа вообще, а необходимо, чтобы в каждом главном пункте жители избирали своего представителя. В избрании этого представителя должны принимать участие все вообще граждане, за исключением тех, кто находится в таком состоянии низости, что не считается способным к обладанию свободной волей»<sup>9</sup>.

С этой точки зрения актуально замечание Монтескье о том, что членов законодательных собраний не следует избирать от всего населения страны в целом; жители каждого крупного населенного пункта должны избирать себе там своего представителя. Законодательные собрания ему представляются в виде собрания представителей различных регионов. При этом именно из интересов отдельных регионов складывается и общенациональный интерес<sup>10</sup>.

Во-вторых, «под народом, представленным выборной палатой», Монтескье понимает не всех вообще граждан, образующих государство, а только наибольшую, – демократическую их часть. Данное об-

<sup>1</sup> См.: Белоновский В.Н. Представительство и выборы в России с древнейших времен до XVII века. Теория, история, практика / В.Н. Белоновский, А.В. Белоновский. – М., 1998. – С. 59.

<sup>2</sup> Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 300.

<sup>3</sup> Там же. – С. 296.

<sup>4</sup> Там же. – С. 296.

<sup>5</sup> См. там же. – С. 276.

<sup>6</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 294.

<sup>7</sup> Милль Дж. С. Представительное правление. – СПб., 1897. – С. 69.

<sup>8</sup> Чичерин Б.Н. История политических учений. – СПб., 2006. – Т. 1.

<sup>9</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 296.

<sup>10</sup> См.: Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 298.

стоятельство не осталось незамеченным среди государствоведов. Возникает вполне резонный вопрос, подчеркивал В.М. Гессен: если народ совершенно не способен вести своих дел, возможно ли говорить вообще о народном суверенитете? Возможно ли рассматривать народное представительство как представительство по уполномочию недееспособного народа? Не применимо ли и в области публичного права основное начало гражданского: кто совершенно не способен вести своих дел, неспособен выбирать для ведения их соответственных представителей? Тем не менее, Монтескье исходит из иного понимания. В его представлении, то, что народ не умеет делать сам, он должен делать чрез своих представителей. Народ не способен законодательствовать, но он удивительно умеет выбирать тех, кому он должен доверить известную часть своего авторитета, ибо выбор его определяется такими обстоятельствами, которых он не может не знать, и такими фактами, которые бросаются в глаза. Отсюда законодательная власть должна осуществляться представительством – и это представительство должно иметь выборный характер. Монтескье считает, что только представительство выборное является действительно представительством народа. Представители должны быть избираемы на сравнительно короткий срок. Нет никакой надобности, отмечает Монтескье, в том, чтобы законодательное собрание было постоянно в сборе. Это было бы неудобно для представителей и слишком затруднило бы исполнительную власть, которой в таком случае пришлось бы заботиться уже не о том, чтобы выполнять свои обязанности, а лишь о том, чтобы защищать свои прерогативы и свое право на исполнительную деятельность<sup>1</sup>.

Кроме того, если бы законодательное собрание было в постоянном сборе, то могло бы случиться, что все изменения в его личном составе свелись лишь к замещению умершего депутата новым. ... При смене одного состава законодательному собранию другим народ, не расположенный к данному законодательному собранию, возлагает не без основания свои надежды на то, которое придет ему на смену, между тем как при бессменности этого собрания он в случае испорченности последнего не ожидает уже ничего хорошего от его законов и впадает в ярость или в равнодушие.

Законодательное собрание должно собираться по собственному усмотрению, так как всякий политический организм признается обладающим волею лишь тогда, когда он уже находится в сборе.

Предложенные принципы представительства в законодательной власти призваны, по мысли Монтескье, сконструировать рационально устроенный институт законодательной власти. Эта рационализация связана с принципом бикамерализма, то есть двухпалатной структурой парламента. Основываясь на опыте Англии, Монтескье, как отмечалось, постулирует идею второй палаты парламента. К. Тахтарев, давая оценку Монтескье в этой связи, категорично утверждал, имея в виду верхнюю палату английского парламента, что поголовное собрание королевских феодалов (Палаты лордов) «ни в коем случае не может быть названо представительным учреждением». Верхняя палата не только не нужна в парламентах системе, но и тем более не может быть равной нижней, поскольку она не является представительной. Палату лордов нарекли «Советом мудрых»<sup>2</sup>. Именно для того, «чтобы удерживать власти от крайностей, «необходима регулирующая власть; эту задачу очень хорошо может выполнить та часть законодательного корпуса, которая состоит из знати».

Монтескье настаивал именно на такой модели представительной законодательной власти, когда бы сословие знатных выделялось из состава народа. «Во всяком государстве всегда есть люди, отличающиеся преимуществами рождения, богатства или почестей; и если бы они были смешаны с народом, если бы они, как и все прочие, имели только по одному голосу, то общая свобода стала бы для них рабством...» Чтобы удерживать власти от крайностей, «необходима регулирующая власть; эту задачу очень хорошо может выполнить та часть законодательного корпуса, которая состоит из знати». Законодательный корпус, состоящий из знатных, должен быть наследственным. Но так как власть наследственная может быть вовлечена в преследование своих отдельных интересов, забывая об интересах народа, то необходимо, чтобы ее участие в законодательстве состояло бы в праве отменять, но не постановлять»<sup>3</sup>.

Таким образом, конструкция парламента такова, что верхняя палата должна быть представлена знатными, то есть аристократией: «доля их участия в законодательстве должна соответствовать прочим преимуществам»<sup>4</sup>; что касается нижней, то там должны заседать представители от народа. Таким образом, законодательная власть была бы поручена и собранию знатных, и собранию представителей народа, каждое из которых имело бы свои отдельные от другого совещания, свои отдельные интересы и цели.

Предложенная конструкция, если не пренебрегать методом исторического анализа проблемы, представляется социально обоснованной. Она предполагает весьма двусмысленное решение: богатые составят «особое собрание, которое будет иметь право отменять решения народа, как и народ имеет право отменять его решения. «Таким образом, – замечал Монтескье, – законодательная власть была бы поручена и собранию знатных, и собранию представителей народа, каждое из которых имело бы свои отдельные от другого совещания, свои отдельные от другого совещания интересы и цели.

<sup>1</sup> См.: Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 143.

<sup>2</sup> См.: Тахтарев К. От представительства к народовластию. – СПб., 1907. – С. 14.

<sup>3</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 292.

<sup>4</sup> Там же. – С. 294.

...Для того, чтобы удержать их от крайностей, необходима регулирующая власть; эту задачу очень хорошо может выполнить та часть законодательного корпуса, которая состоит из знати. Законодательный корпус, состоящий из знатных, должен быть наследственным»<sup>1</sup>. Из текста видно, что решающую роль в законодательном собрании Монтескье отдавал знатным, понимая, что народу, которому он отводит лишь роль избирателя, отказывая в способности быть избранным, такое неравное положение в парламенте не понравится. Поэтому предлагает наделить обе части законодателей правом отменять и лишать их права постановлять: «под правом постановлять я разумею право приказывать самому или исправлять то, что было приказано другим. Под правом отменять я разумею право обратиться в ничто решение, вынесенное кем – либо другим...»<sup>2</sup>.

Следовательно, предлагаемой конструкцией законодательной власти Монтескье тем самым учитывал сложившееся соотношение интересов и сил различных социальных групп в обществе; предложенная конструкция легислатуры в определенной мере призвана была примирить непримиримые интересы двух основных социальных групп, ассоциируемых соответственно с бедными и богатыми слоями общества. Несмотря на то, что лейтмотивом сочинения Монтескье является «дух» законов, отмечает Сорель, он имел вполне современное представление об их (законов) социальной основе. Монтескье, подчеркивает французский исследователь, очевидно, ясно осознавал, что разное материальное положение граждан порождает несовпадающие интересы. Однако в этом вопросе он остается на почве реалиста, полагая, что если бы богатые были уравнены в политических правах с простым народом, имели бы в законодательном собрании по одному голосу, «то общая свобода стала бы для них рабством, и они отнюдь не были бы заинтересованы в том, чтобы защищать ее, так как большая часть решений была бы направлена против них»<sup>3</sup>. Научная догадка мыслителя надолго пережила его: и современный парламент, чтобы выражать согласованный интерес не может (и не должен) быть устроен иначе. Организация парламента во всех ее проявлениях (в устройстве, законодательном процессе) призвана отвечать этому методологическому требованию.

Правоведы, философы и историки, исследовавшие «Дух законов» Монтескье отметили эту конструктивную особенность его понимания представительного характера законодательной власти.

Как отмечает Сорель, говоря о модели законодательной власти Монтескье, законодательное учреждение состоит из представителей, избранных по системе весьма широкой подачи голосов, потому что оно должно заключать в себе «всех граждан... за исключением тех, которые находятся в состоянии такого принижения, что не могут считаться имеющими собственную волю»: это законодательное учреждение издает законы и контролирует их выполнение; – верхняя палата состоит из наследственных членов; она вместе с законодательным учреждением заботится об издании законов, за исключением законов, касающихся налогов, относительно чего вследствие боязни подкупов со стороны короны ей дали только право veto; – исполнительная власть вверена монарху, так как если законодательство требует рассуждения, которое является делом многих лиц, то исполнение требует воли, которая есть дело одного только лица; исполнительная власть не имеет необходимо инициативы в законах и не вмешивается в прения о том, или другом деле; она имеет право veto относительно законов; если монарха нет, то исполнительная власть не должна вверяться членам Законодательного учреждения, так как в таком случае власти были бы перемешаны; – если Законодательное учреждение не может судить ни поведения, ни личности монарха, поэтому было бы смешением властей; но если особа монарха неприкосновенна и священна, то его министры могут быть подвергнуты следствию и наказанию; – обе палаты периодически соединяются и каждый год вотируют известное количество налогов и солдат<sup>4</sup>.

Профессионализация органа законодательной власти в представлении Монтескье не противоречит идее представительства. Именно по соображениям целесообразности Монтескье высказывается против специальных инструкций, даваемых избирателями своим депутатам: такие инструкции, хотя и соответствуют, по его мнению, природе народного представительства, препятствуют, однако, успешному течению дел и вносят нежелательные осложнения в законодательную работу. Но против «инструкции общей» Монтескье не возражает. Представительство английских бургов, в отличие от представительства голландских сословий, по его мнению, наиболее соответствует природе народного представительства<sup>5</sup>. Нет необходимости в том, подчеркивает он, «чтобы представители, получив от своих избирателей общую инструкцию, получали от них еще и частные указания по каждому особому делу, как это делается на сеймах в Германии. Сидней совершенно прав, говоря, что если депутаты являются представителями сословий, как в Голландии, то они должны отчитываться перед теми, кто их уполномочил; но иное дело, когда они являются представителями городов и местечек»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 171.

<sup>2</sup> Там же. – С. 170.

<sup>3</sup> Сорель А. Монтескье / Под ред. и с предисл. Н.И. Карева. – СПб., 1898. – С. 107.

<sup>4</sup> Там же. – С. 108.

<sup>5</sup> См.: Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 292.

<sup>6</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 141.



Привлекает своей дальновидностью идея Монтескье о согласованном действии властей, через длительное время воплотившаяся в принципе субсидиарности властей. Говоря о необходимости власти исполнительной в руках монарха, он был против того, чтобы исполнительная власть участвовала в обсуждении дел законодателей, полагал не нужным давать ей право вносить предложения законодательного характера. Законодательные собрания не наделены полномочием останавливать исполнительную власть, но она может рассматривать как неким образом приводятся в исполнение созданные ею законы<sup>1</sup>. В согласовании действий властей он отдавал приоритет законодательной власти. Монтескье предлагал не принимать законы, особенно в сфере налогов, «навсегда», то есть на неопределенно длительный срок. Иначе законодательная власть, утверждал он, рискует утратить свою свободу, так как исполнительная власть не будет зависеть от нее. По Монтескье, государственная власть погибнет, если «законодательная власть окажется более испорченной, чем исполнительная»<sup>2</sup>.

При оценке представительного характера законодательной власти, ее места в системе властвования Монтескье исходит из принципиального соображения о равновесии властей.

В отличие от Руссо, который, основываясь на безусловном господстве народной воли как источнике законов, признает верховной властью законодательную, принадлежащую народу, учение Монтескье исходит из того, что верховенство столько же проявляется в законодательной власти, сколько и в правительственной власти. Обе власти равноправны и равносильны; ни одна из них не подчинена другой и обе, вращаясь свободно и независимо в сфере своей компетенции, своими полномочиями умеряют и ограничивают друг друга<sup>3</sup>. В государстве Монтескье носитель верховной правительственной власти такой же самостоятельный и непосредственный орган, как и законодательный корпус; монарх существует в силу самого государственного устройства, никому не обязан своей властью и ни от кого не получает своих полномочий, а правит в силу самостоятельного права. Политическая свобода будет уничтожена, если правительство будет избираться из среды народа.

По учению Руссо, опасность политической свободы не может грозить со стороны законодательной власти; она, как общая воля, судящая о предметах общего интереса, всегда справедлива; опасность может грозить лишь со стороны правительственной власти, носители которой всегда склонны злоупотреблять властью в своих интересах и в ущерб общим интересам. Эта правительственная власть и должна поэтому быть ограничена целым рядом норм, которые безусловно подчинили бы ее власти законодательной. Обе поэтому нуждаются в сдержках; но так как правительственная власть ограничена уже по самой своей природе, законодательная по существу же свободна, то последняя и должна быть обставлена сравнительно с правительственной, гораздо большими сдержками, предупреждающими свойственное законодательной власти стремление подчинить себе власть правительственную<sup>4</sup>.

В контексте концепции равновесия властей Монтескье формулирует мысль о пределах влияния властей друг на друга, а в этой связи обращает внимание на феномен парламентской тирании. Он считает, что исполнительная власть должна принимать участие в законодательстве своим правом отмены решений, без чего она скоро лишилась бы своих прерогатив. Но она погибнет и в том случае, если законодательная власть станет принимать участие в отправлении исполнительной власти.

Идея равновесия властей послужила основанием для формулирования Монтескье и более общего вывода, в котором по сути определена теоретическая формула модели организации властей или форма представительного правления: «Итак, – заключает Монтескье, – вот основные начала образа правления, о котором мы ведем речь: законодательное собрание состоит здесь из двух частей, взаимно сдерживающих друг друга принадлежащим им правом отмены, причем обе они связываются исполнительной властью, которая в свою очередь связана законодательной властью»<sup>5</sup>.

Теория народного представительства Монтескье, как считали его последователи, не может считаться законченной, свободной от внутренних противоречий. Тем не менее подчеркивалось, что она оказывает огромное влияние на политическую мысль революционной эпохи, именно в ней народное представительство рассматривается впервые как наиболее необходимый, основной элемент рационально организованного государственного строя. По утверждению В.М. Гессена, историческое значение теории Монтескье заключается не столько в выяснении существа народного представительства, сколько в доказательстве его необходимости, предпочтительности его перед непосредственным народовластием. Теория Монтескье является апологией представительного строя<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. – С. 298.

<sup>2</sup> Там же. – С. 300.

<sup>3</sup> См.: Алексеев А.С. Политическая доктрина Ж.-Ж.Руссо в ее отношении к учению Монтескье о равновесии властей и в освещении одного из ее новейших истолкователей. – СПб., 1905. – С. 36, 37.

<sup>4</sup> См. там же. – С. 38.

<sup>5</sup> Монтескье Ш.-Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 146.

<sup>6</sup> См.: Гессен В.М. Основы конституционного права / Сост., автор вступ. статьи и комм. А.Н. Медушевский. – М., 2010. – С. 117.

**Д.В. Наметкин, О.В. Кострова**

*Наметкин Денис Валерьевич – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России;*

*Кострова Ольга Владимировна – кандидат юридических наук, специалист цикла общеправовых дисциплин ЦПП ГУ МВД России по Нижегородской области*

## **Формирование норм уголовно-процессуального права с учетом исторического типа уголовного судопроизводства**

Бурно развивающиеся в начале XXI века представления о демократии не могли не сказаться на формировании и аргументации норм уголовно-процессуального законодательства в России. Известно, что на данный процесс влияют взгляды на мир того общества, которое проживает на территории того или иного государства. Сфера уголовного судопроизводства затрагивает все значимые стороны жизни общества, что по праву является зеркалом тех ценностей, которые охраняются государством.

В данной статье основное внимание уделяется типам уголовного процесса как условиям формирования юридических конструкций норм уголовного процесса. Тема форм уголовного судопроизводства, способов собирания доказательств и их использование в процессе всегда была объектом внимания ученых-процессуалистов. В государстве типы уголовного судопроизводства различают в зависимости от того, какой стороне принадлежит право доказывания противоположной стороны, от видов доказательств, от роли суда и органов, ведущих досудебное производство, а также от системы гарантий прав и свобод граждан, вступающих в уголовно-процессуальные отношения. Все ученые-процессуалисты выделяют, как правило, обвинительный, розыскной, состязательный и смешанный типы уголовного судопроизводства.

Стоит отметить, что влияние типа уголовного судопроизводства напрямую связано с системой построения и структур норм уголовного судопроизводства на определенном этапе развития общества. Попробуем сравнить нормы различных типов уголовного процесса с современным состоянием уголовно-процессуального законодательства России.

Обвинительный процесс возникает в период рабовладения и характеризует феодальное общество, как отличительный признак возникает обвинительная роль потерпевшего. Последний, в свою очередь, наделяется полномочиями по возбуждению и прекращению уголовных дел в отношении обвиняемого. Существовала интересная система доказательств: клятвы, поединки, испытания горячим маслом, свинцом и т. д.

В настоящий момент можно констатировать факт о том, что часть этого процесса существует. Институт производства у мирового судьи тому подтверждение. Например, у мирового судьи частным обвинителем выступает потерпевший, на котором и лежит бремя доказывания вины противоположной стороны. Он пользуется всеми правами обвинителя в данном процессе частного обвинения.

Самый недемократичный вид судопроизводства – розыскной, или, как его еще называют, инквизиционный, или следственный. Характерные черты для данного процесса – это соединение в одном органе всех функций судопроизводства, как разрешения дела по существу так и обвинения. В данном случае мы имеем то, что нет государственного иска в обвинении лица, совершившего преступление. Воля назначения наказания не зависит от защиты и полностью находится во власти государства, церкви и т. д. Основным и главным видом доказательств служит признание лица в совершении преступного деяния. Часто возможны самооговоры из-за жестоких видов «дознания». Характерно, что мог выноситься как обвинительный или оправдательный приговор, так и оставление лица в подозрении, если не было достаточной совокупности собранных доказательств.

Н.Н. Полянский утверждал, что в «отечественном уголовном процессе не существует предварительного следствия в его традиционном понимании, имея в виду утрату предварительным следствием судебного присутствия и осуществление судопроизводства в явно розыскной форме»<sup>1</sup>.

История становления и развития уголовного судопроизводства в целом в России напрямую связана с соответствующими процессами в организации следствия по уголовным делам и системы органов и должностных лиц, его осуществляющих.

Определенная форма расследований по «лихим делам» начала складываться на Руси к концу XV – началу XVI века. Следствие вели князья или их наместники, в дальнейшем эти функции перешли к

<sup>1</sup> Полянский Н.Н. Новая редакция Уголовно-процессуального кодекса. – М., 1925. – С. 24.

Расправной палате при Боярской Думе. В соответствии с Судебником 1550 года названный орган обладал целым комплексом полномочий: осуществлял расследование, судебное рассмотрение и исполнение приговоров, таким образом синтезируя в себе орган следствия, суд и орган исполнения наказаний.

В 1654 году был образован Тайный приказ – орган, уполномоченный на расследование преступлений против государства.

В период царствования Петра I, а именно в 1697–1698 годы был создан Преображенский приказ – следственный орган, принимавший «изветы» и проводивший следствие по крупнейшим уголовным делам силами штаб-офицеров гвардии.

Важным этапом развития следствия в России стало основание Министерства внутренних дел (8 сентября 1802 года). Однако по-прежнему за земскими судами сохранялась функция предварительного расследования. Вплоть до 1860 года Российское следствие осуществлялось земской и городской полицией, что несколько отличается от настоящего досудебного производства. На местах его проводили становой пристав, земский исправник и уездный стряпчий, а также отделение земского суда. Особую роль играли приставы в данной системе, в частности, частные и следственные приставы занимались расследованием уголовных дел в городах.

Судебные следователи в России были введены указом Александра II от 8 июня 1860 года, которые могли проводить следствие исключительно по всем преступлениям, подсудным военным судам. Следователь в конце XIX – начале XX века осуществлял практически судебные функции, при участии полиции формировал доказательственную базу по делу, однако не имел права на прекращение уголовных дел. Следователь мог поручить полиции сбор первичной информации, а также установление подозреваемого лица<sup>1</sup>.

Становление и развитие данного розыскного процесса в первую очередь связано с осуществлением в России Судебной реформы в 1864 году, когда был введен в действие Устав уголовного судопроизводства. По установленным им нормам судебные следователи осуществляли предварительное следствие по делам, подсудным окружным судам с помощью сопровождения полиции. Аналогично современному развитию уголовного судопроизводства разрешалось проводить полицейское дознание при отсутствии судебного следователя. После проведения данной процедуры материалы уголовного дела подлежали возвращению следователю, который в установленном порядке заканчивал расследование.

Большое значение уделялось проблеме процессуальной самостоятельности следователя. В современном государстве данная проблема носит немаловажный характер. Четко и логично были определены все правоотношения следователя с прокурором, полицейскими дознавателями и другими государственными органами. Уже в тот период особое внимание уделялось взаимодействию следователей с полицией при раскрытии преступных группировок, которые угрожали целостности государственного строя<sup>2</sup>.

Статус следователя всегда находился под непосредственным вниманием руководства государства, как порядок назначения на должность, так и его полномочия. Изначально следователи назначались на должность министром юстиции, а впоследствии – приказом императора<sup>3</sup>. В современной России следователям отведено главное место в системе досудебного производства, создание Следственного комитета РФ – яркое тому подтверждение.

После революции 1917 года функция следствия была возложена на специальные комиссии при городских и районных советах, а также штабы Красной гвардии.

Согласно Декретам ВЦИК о суде от 7 марта 1918 года № 2 и от 20 июля 1918 года № 3 в России образовывались следственные комиссии окружных судов, которые осуществляли предварительное следствие по делам об убийствах, причинении тяжких телесных повреждений, изнасиловании, бандитизме, разбоях, подделке денежных знаков, взяточничестве и спекуляции, а также по наиболее сложным делам, подсудным уездным и городским судам. Расследование государственных преступлений входило в обязанности ВЧК.

Уголовно-процессуальным кодексом 1922 года и Основами уголовного судопроизводства, принятыми в 1924 году, расследование преступлений было поручено народным следователям, следователям при ревтрибуналах, военным следователям и следователям по важнейшим делам народного комитета юстиции. Из структуры уголовного розыска следователи были удалены.

С сентября 1928 года следователи стали подчиняться не судам, а прокурорам.

<sup>1</sup> Ермишина Н.С. Следствие в России // Законодательство. – № 11. – 2009. – С. 34–35.

<sup>2</sup> Все это нашло свое отражение в воспоминаниях выдающегося русского юриста А.Ф. Кони, который посвятил их знаменитому начальнику Санкт-Петербургской сыскной полиции И.Д. Путилину, а также работавшим вместе с ним судебным следователям. Кони А.Ф. Избранное. Из записок и воспоминаний судебного деятеля. – М., 1980. – С. 15–48.

<sup>3</sup> Правоохранительные органы РФ: Учебник / Под ред. В.П. Божьева. – 3-е изд. – М., 2000. – С. 285–286.

17 декабря 1933 года ЦИК СССР утвердил Положение о Прокуратуре СССР, которая стала самостоятельным государственным органом. Интересно отметить, что в ней существовали следователи (следователи по важнейшим делам), а в других подразделениях на региональном уровне следователи были отнесены к системе Наркомюста. Следователи ОВД в России хотя и трудятся на местах в отделах полиции, тоже имеют специальные звания юстиции.

В послевоенный период согласно УПК РСФСР 1927 года по большей части уголовных дел осуществлялось дознание. Следственный аппарат органов прокуратуры из-за недостаточного количества следователей не справлялся с объемом работы и поэтому следствие вели следователи ОВД.

После принятия Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик (1958 г.) и Уголовно-процессуального кодекса РСФСР (1960 г.) предварительное следствие согласно названным актам стали осуществлять лишь следователи органов прокуратуры и госбезопасности. Аппарат следователей органов внутренних дел вновь был ликвидирован. В результате вся нагрузка, связанная с предварительным расследованием преступлений, легла на следователей прокуратуры, в производстве которых находилось огромное количество уголовных дел.

В дальнейшем изменения, внесенные в уголовно-процессуальное законодательство, значительно расширили полномочия следователей МВД.

Прародителем состязательного процесса по праву можно назвать обвинительный процесс. Его основными отличиями можно назвать равноправие сторон защиты и обвинения, когда каждая из них наделяется равными правами и обязанностями по доказыванию виновности или невиновности противоположной стороны. Судья в свою очередь выступает беспристрастным арбитром в данном споре, который имеет право на ряд властных полномочий – прекратить дело, рассмотреть дело в особом порядке и т. д.

Например, состязательная (обвинительная) форма борьбы сторон естественно выросла из тех методов разрешения конфликтов, которые существовали еще в эпоху родоплеменных отношений. «Суперники» (или «сутяжники») некогда силой разрешали свой спор, причем сторонами были целые родовые группы. Естественным видоизменением этой формы разрешения конфликтов – уже при участии органов общественной власти – являлась активная помощь родичей «сутяжников» и их «суседей», «мира», поскольку родовые общины превращались в соседские общины, верви. И надо считать весьма вероятным, что еще долго одним из видов разрешения конфликта оставалось вооруженное столкновение, несколько лишь упорядоченное в судебном поединке, «поло». Арабский писатель X века Иби-Дада говорит о славянах: «На борьбу эту (судебную) родственники обеих тяжущихся сторон приходят вооруженными и становятся: тогда соперники вступают в бой...»<sup>1</sup>.

Мы не можем объяснить причины того, что в «Русской Правде» нет положений о поединке. Нельзя переоценить влияние на формирование норм «Русской правды» со стороны священнослужителей, которые в то время имели влияние на власть. Поединок, который проводился в судебных тяжбах Киевской Руси XI–II веков, обязан находиться в ныне действующих нормах права и в их первом закреплении в Русской Правде. Думается, что потом его специально или случайно переписчики «Русской правды» не занесли в данный памятник права, что и привело к его потере для науки уголовного судопроизводства<sup>2</sup>.

Смешанный процесс же процесс вбирает в себя признаки розыскного процесса на досудебной форме производства и признаки состязательного типа процесса в судебном рассмотрении уголовных дел. Действительно если посмотреть на уголовный процесс России, то мы увидим, что на предварительном расследовании приоритет имеют государственные органы, ведущие расследование, а сторона защиты – опосредованное при предоставлении доказательств на стадии предварительного следствия или дознания. В суде же стороны уравниваются в правах. Суд присяжных, по нашему мнению, свидетельствует об этом должным образом.

Мы видим, что уголовный процесс России прошел все этапы развития и формы на различных временных этапах развития. В настоящее время мы находимся на пике развития, что не препятствует законодателю вводить все новые и новые усовершенствования в области достижения истины по уголовному делу.

Для характеристики уголовного процесса России на настоящем этапе развития характерна состязательность, когда функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Стороны обвинения и защиты равноправны перед судом. Конечно, органы предварительного расследования, прокуратуры и суд имеют преимущество над стороной защиты, но тем не менее п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ предусматривает полномочия защитника собирать

<sup>1</sup> Гаркави А.Я. Сказания мусульманских писателей о славянах и руссах. – СПб., 1870. – С. 269.

<sup>2</sup> Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. – 3-е изд. – СПб., 1903. – С. 579–580.

и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, определенном УПК РФ. Данная новелла УПК РФ значительно расширила возможности подозреваемого и обвиняемого по функциональным возможностям защиты от уголовного преследования.

Однако отметим, что адвокат (защитник) не принимает по делу никаких правовых решений, на него законодатель не возлагает ответственности за качество исследования обстоятельств дела, за обоснованность и правильность решений по делу. Поэтому ненадлежащее выполнение защитником обязанности по доказыванию для него никаких процессуальных последствий не влечет. Следственные и судебные органы, независимо от участия в деле защитника обязаны проводить исследование необходимых обстоятельств (ст. 73, 74 УПК РФ).

«Состязательная система отводит защитнику роль бойца, сражающегося за вердикт о невиновности. Функция адвоката-бойца заключается в том, чтобы заслонить своего клиента от стрел обвинителя путем использования всех законных средств защиты, после чего боец должен сделать неожиданную вылазку с доказательствами защиты, разрушая таким образом уличающие заявления прокурора. На другой стороне поля битвы стоит враг – прокурор, боец, который призван играть роль лица, тщательно расследующего вопрос о виновности подсудимого»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Михайловская И.Б. Процессуальное положение прокурора и адвоката в уголовном процессе США // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1971. – Вып. 14. – С. 179.

**А.В. Никитин, К.О. Любимцев**

*Никитин Александр Всеволодович – заведующий кафедрой теории и истории государства и права Нижегородской правовой академии (института);*

*Любимцев Кирилл Олегович – аспирант кафедры теории и истории государства и права Нижегородской правовой академии (института)*

## **Юридическая аргументация и лоббирование в праве**

Юридическая аргументация осуществляется в рамках различных правовых отношений. Она пронизывает международные, конституционные, административные, гражданские, трудовые, семейные, гражданские процессуальные, арбитражные процессуальные, уголовно-процессуальные правовые отношения. Юридическая аргументация осуществляется в процессе использования прав, исполнения обязанностей, применения норм права<sup>1</sup>.

При аргументации работа юриста заключается не в освещении или объяснении, а в убеждении. В данной связи основной целью юридической аргументации является убеждение (переубеждение) адресата юридической аргументации в правильности занимаемой субъектом аргументации правовой позиции и (или) неправильности позиции оппонента и, как следствие, побуждение адресата аргументации к совершению юридически значимых действий<sup>2</sup>.

Лоббирование – это процесс влияния заинтересованных сторон на официальные (формальные) институты государственной власти с целью достижения своих целей с использованием определенных приемов лоббирования, которые зависят от распределения реальной власти между управляющей и управляемой системами в государстве.

Справедливо считать, что у адвокатов важнейшим компонентом и условием их эффективной работы является добротное знание процессуальных кодексов. Для лоббистов же главное – знание проблем (экономических, социально-экономических, социальных) юридических и физических лиц, чьи интересы они представляют, в контексте корректности правового регулирования.

При принятии того или иного решения политической структурой используются различные способы аргументации, которыми, кстати, в равной степени пользуются и лоббисты, эти способы проявляются в построении доказательств, создании доказательной аргументации и опровержении доводов другой стороны, контраргументации посредством:

- сравнения: подбирают сравнения, используя аналогию, которые подтверждают правильность тех или иных доводов, оценку той или иной ситуации;
- противоречия: используют при контраргументации путем выявления противоречий в утверждениях проponenta, но можно использовать этот способ и при создании собственных позитивных утверждений, чтобы придать драматизм, оживить речь, показать сложность обсуждаемой ситуации или явления;
- извлечения выводов: применяется для точной аргументации, когда шаг за шагом выстраивают лестницу частных выводов, ведущую к главному выводу, основному утверждению;
- опроса: позицию проponenta выявляют, задавая ему вопросы, комментируют его ответы, навязывают дискуссию и добиваются принятия своей точки зрения;
- видимой поддержки: хвалят и поддерживают все утверждения проponenta, восхищаются им и даже приводят новые доводы в поддержку его позиции, затем незаметно наносят критический удар, заявляют, что забыли то и это, не было учтено то-то, что мешает нечто и т. д.

В настоящее время понимание лоббистской деятельности как естественного явления политической, социальной, юридической жизни страны и механизма, защищающего конституционные права и свободы граждан, все чаще встречается в заявлениях высших государственных чиновников, что позволяет говорить о наметившейся тенденции к отказу от понимания обществом термина «лоббизм» как синонима коррупции и взяточничества.

Лоббистские группы давления могут оказывать большое воздействие на политическую жизнь страны, которое по силе нередко превосходит влияние политических партий.

Можно выделить следующие способы воздействия групп давления на государственные органы:

- непосредственное выдвижение своих членов в состав представительных и исполнительных органов власти, а также в качестве функционеров управленческого аппарата;

<sup>1</sup> См.: *Давыдова М.Л.* Юридическая техника: проблемы теории и методологии. – Волгоград, 2009.

<sup>2</sup> Там же.

– участие членов группы в работе парламентских комиссий и подкомиссий, в межведомственных комитетах и службах;

– поддержание личных контактов с членами парламента, правительства.

Эффективность деятельности группы давления зависит от ресурсов, которыми она располагает (собственность, информация, квалификация и опыт, культурное влияние, национальные и религиозные связи).

Таким образом, можно констатировать следующее – способы аргументации в равной степени используются как политическими структурами, так и группами давления. С той лишь разницей, что политические структуры, в отличие от лоббистов, используют цивилизованные методы убеждения аудитории, то есть применяют доказательную аргументацию (дедуктивную), поскольку она обладает особой убедительностью и заключается в установлении истинности какого-либо положения с помощью логических средств и утверждений, достоверность которых уже установлена.

Анализ теоретических и эмпирических источников, посвященных юридическим технологиям, позволяет сделать вывод, что под технологией лоббирования следует понимать основанную на определенных принципах, прогнозах, планах и экспертизах систему мыслительных и внешне актуализированных действий (операций) компетентных физических или должностных лиц (органов), связанную с изданием юридических решений (актов) в интересах конкретных людей (их коллективов, объединений, организаций, союзов и т.п.), в ходе которых оптимально используются необходимые аргументы, доводы и ресурсы (финансовые, трудовые, временные и т. п.), совокупность средств (техника), приемов, способов, методов и правил (тактика), процессуальные формы и соответствующие типы, виды и подвиды контроля за деятельностью субъектов и участников лоббирования личных, корпоративных, социальных, государственных и иных интересов<sup>1</sup>.

Особое внимание необходимо уделить вопросам объекта и предмета лоббирования. Большинство исследователей под объектами лоббирования понимают органы государственной власти и конкретных должностных лиц, непосредственно принимающих решения, на которых субъектами лоббирования осуществляется воздействие с целью принятия того либо иного решения, соответствующего представляемым ими интересам<sup>2</sup>. Однако, исследуя объекты лоббирования, нельзя ограничиваться лишь органами и должностными лицами, на которых субъектами лоббистской деятельности осуществляется воздействие. Объекты лоббирования необходимо рассматривать многоступенчато. При этом первичным, непосредственным объектом данной деятельности выступают общественные отношения, которые субъекты пытаются опосредованно урегулировать определенным выгодным для них образом, для чего и вступают в правоотношения, оказывают воздействие на правотворческие или иные органы.

Помимо объектов лоббирования следует выделять предметы лоббирования. По мнению авторов, в качестве предметов лоббирования выступают конкретные материальные и духовные блага.

Субъектами лоббирования являются группы давления, в роли которых могут выступать общественные, политические и другие организации, граждане, преследующие определенные интересы и нацеленные на решение своих проблем. Обязательной характеристикой групп давления является то, что они действуют в своих интересах посредством органов власти и предпринимают необходимые для этого меры. Действия групп давления, которые чаще всего формируются из групп интересов, направлены на властные структуры, отдельных политиков<sup>3</sup>.

Совокупность средств лоббирования составляет его технику. На наш взгляд, необходимо выделять три разновидности средств, составляющих эту технику: общесоциальные, специально-юридические и технические средства.

Общесоциальные средства, составляющие технику лоббирования, не имеют каких-либо специфических отличий от технологий иных правовых процессов. Однако, как и в других видах юридической деятельности, данная часть технического инструментария является основой процесса лоббирования. К таким средствам необходимо относить буквы, знаки препинания, понятия, суждения, слова, словосочетания, предложения, языки и т. д.

Процесс лоббирования в правотворческой и правоприменительной деятельности немислим без использования специально-юридических инструментов. К ним относятся юридические определения, научные категории, закономерности, выработанные в юридической науке и практике.

Широкое применение в ходе лоббирования находит и третий компонент – собственно технические средства. В частности, среди них необходимо выделить разнообразную компьютерную и оргтехнику, соответствующие программы, средства связи, копирования, Интернет и т. п.

<sup>1</sup> Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации: Монография. – Н. Новгород, 2011; Карташов В.Н. Правосистематизирующая технология (краткий очерк) // Систематизация законодательства в России. – Н. Новгород, 2008. – С. 284; Котомин Д.С. Юридическая технология лоббистской деятельности: понятие, элементный состав // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2011. – № 1. – С. 42–45; Карташов В.Н. Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. – 2007. – № 1.

<sup>2</sup> Кашанина Т.В. Юридическая техника: Учебник. – М., 2007.

<sup>3</sup> Основы управления проектами / Под ред. Р.Ф. Дурицыной. – Благовещенск, 2000.

Объектом юридической аргументации являются позиция, взгляды, мнение, убеждения адресата аргументации. Следует подчеркнуть, что юридическая аргументация может быть рациональной аргументацией, когда юрист стремится построить настоящие доказательства, исходя из какой-либо нормы или неоспоримого факта, или приходит к вероятным и правдоподобным решениям, ограничиваясь четкими и точными рассуждениями, касающимися спорных идей или элементов.

Однако юридическая аргументация, на наш взгляд, может также быть гораздо менее рациональной, в большей или меньшей степени использующей паралогические интуитивные, чувственные или открыто эмоциональные факторы. Сторонники такой направленной юридической аргументации, – это, естественно, адвокаты, более заботящиеся об эффективности, чем о логике, и обычно в тонкостях овладевшие искусством умело построенной дискуссии.

Качественная характеристика процесса лоббирования отражает существенные признаки, свойства, особенности, отличающие данное явление от других и придающие ему ценность (при законном лоббировании) либо антиценность, когда лоббизм приносит вред отдельным людям, их коллективам. С целью определения качества лоббирования, как и для установления качества иных процессов, необходимо выяснить компетентность субъектов и участников данной деятельности, оптимальность их действий (операций), используемых средств (техники), способов (тактики), эффективности экспертиз, планирования и прогнозирования, процессуальных форм, контроля и т.д.

Нам представляется, что вопрос о качестве осуществления лоббистской деятельности должен рассматриваться применительно ко всем элементам ее технологии и технологии лоббирования в целом.

Как любую другую деятельность, лоббирование целесообразно осуществлять в том случае, если существует уверенность (или хотя бы определенная доля вероятности) в достижении стоящей перед субъектами цели. Для этого необходимо рассчитывать эффективность реализуемого лоббистского проекта. При этом эффективность может рассчитываться как в виде положительного результата для субъекта лоббирования, так и для какой-либо социальной группы, населения страны в целом и др.<sup>1</sup>

Юридическая аргументация имеет три основные направления к построению теории аргументации: логический, риторический и диалектический.

В соответствии с одним из старейших подходов к аргументации в нормативных контекстах – логическим – главными задачами исследования являются анализ рассуждения на предмет выяснения его логической обоснованности, а также отбор, определение и изучение форм правильных рассуждений. При этом основным критерием приемлемости аргументации выступает формальный, поэтому допустимыми приемами в аргументации считаются только рассуждения, соответствующие установленным логически правильным формам. Принципы доказуемости и выводимости как разновидности формальных критериев правильности рассуждений строго ограничивают аргументационные приемы, сводя последние к логическим.

Риторический подход возник как реакция на доминирование логического подхода к рассуждениям. Он повлек за собой развитие так называемых материальных критериев – зависимость обоснованности и эффективности аргументации от аудитории. Приемлемость аргументации рассматривается как частично связанная с установленной процедурой, реализация которой представляет собой необходимое условие успешной защиты точки зрения. Разные юридические процедуры, например, гражданские и уголовные процессы, имеют различные критерии приемлемости, поскольку как материальные критерии приемлемости аргументов, так и процедуры правовой аргументации, по его мнению, взаимосвязаны и зависят от конкретной области применения, а также от материальных критериев, специфичных для данной области.

Основной недостаток риторического подхода, на наш взгляд, это его описательность. Риторические теории не носят нормативного характера и не предлагают эффективных методик оценки аргументации, поэтому, как следствие, обладают малой практической ценностью. Кроме этого, они всецело ориентированы на материальные аспекты аргументации, и формальные критерии рациональности, являющиеся основанием для универсализации норм, остаются вне исследовательского поля.

Согласно диалектическому методу юридическая аргументация представляет собой процедуру отстаивания нормативной рациональной точки зрения по определенным правилам, при этом сама дискуссия рассматривается как диалог на тему о приемлемости той или иной точки зрения. Рациональность аргументации зависит от того, отвечает ли процедура дискуссии установленным формальным и материальным правилам приемлемости.

Данный подход позволяет учитывать как формальные, так и прикладные и материальные критерии приемлемости аргументации. Преодоление недостатков логического и риторического подходов явилось главной задачей диалектического подхода, согласно которому правовая аргументация понимается как разновидность дискуссии. В соответствии с историческими традициями диалектики, аргументация считается частью диалога пропонента, защищающего некую точку зрения, и оппонента, выступающего с ее критикой. Представляется, что критическая дискуссия такого рода имеет позитивный

---

<sup>1</sup> Управление проектами в условиях кризиса / Под ред. Р.Ф. Дурицыной. – Благовещенск, 2000.



результат только в том случае, когда оба участника диалога следуют установленным правилам рациональной дискуссии. Поэтому основной целью исследования аргументации с позиций диалектического подхода является выработка норм и правил проведения таких дискуссий.

Лоббизм – это сложное, многоплановое явление. Если к нему подойти с позиций системного подхода, то в лоббизме как системе можно выделить целый ряд элементов, причем от позиции, с которой рассматривается система, и от задач рассмотрения зависит и модель данной системы, а, как известно, таких моделей может быть построено бесконечное множество. Вместе с тем можно выделить несколько основополагающих блоков, из которых строится технологическая цепочка лоббирования. Отметим, что в каждом конкретном случае технология, сохраняя общий алгоритм, может подвергаться определенным модификациям, поэтому в отдельных случаях некоторые конструктивные блоки могут оказаться незадействованными. Лоббирование одного или нескольких связанных между собой решений государственного или муниципального органа является отдельным проектом<sup>1</sup>, обладающим всеми признаками проектной деятельности.

Организация процесса лоббирования во многом зависит от того решения, на принятие (или блокирование) которого нацелена деятельность лоббиста. Так, когда речь идет о принятии закона, то организация лоббирования привязана к законодательному процессу, а когда необходимо добиться принятия решения органом исполнительной власти, то при организации лоббирования надо исходить из процедур работы соответствующего органа. Одним из важных блоков технологии лоббирования является проведение кампании<sup>2</sup>.

Давление на проектируемые политиками и управленцами решения оказывается тогда, когда противоборствующей стороне (оппоненту) нужно отстоять собственный интерес.

Например, в противовес устоявшемуся представлению об аполитичности профсоюзов последние все активнее вовлекаются в политическую деятельность. В той мере, в какой требования повышения зарплаты, регулирования цен, предоставления налоговых льгот, контроля за рынком затрагивают интересы представляемых профобъединением социальных групп и требуют вмешательства властных структур, профсоюзы становятся участниками политического процесса. Они могут оказывать давление на правительство с помощью забастовок и манифестаций или поддержкой на выборах тех политических партий, которые отражают точку зрения профсоюзной организации. И, наоборот, они могут отказаться от давления на правительство, члены которого представляют партии, пользующиеся поддержкой профсоюзов. Однако интересно отметить и такой факт: профсоюзы хотят влиять на власть, но не участвовать в принятии решений, то есть не хотят нести ответственность за них, считая, что принятие решений является прерогативой законодателей и политических партий.

Однако в ряде стран Европы данное обстоятельство не мешает единству рабочих, что характерно, например, для Германии, где объединение немецких профсоюзов охватывает более 6 млн членов. Профсоюзное единство характерно и для Великобритании, где члены Британского конгресса тред-юнионов составляют большинство лейбористской партии. В других странах, например, во Франции, профсоюзы разъединены.

Таким образом, деятельность субъектов политико-технологических процессов можно сравнить с «политическим рынком», на котором происходит обмен голосов избирателей на предвыборные обещания кандидатов, лояльности и поддержки граждан – на проектируемые политиками и управленцами решения; где все акторы политического рынка действуют ради достижения собственных целей.

Лоббизм как объективное явление общественной практики имеет свои плюсы и минусы. Во-первых, на лоббизм не стоит смотреть как на конституционную ценность и неотъемлемый атрибут демократии. Лоббизм – это объективное явление общественной практики, с которым гражданам и органам приходится считаться. Идея продвижения частных интересов посредством лоббизма как альтернатива системе народного представительства видится позитивной в свете развития новых технологий общественного участия. С помощью лоббизма можно постоянно «вливать» во власть частные интересы. Этот институт следовало бы расценивать в качестве инструмента вовлечения бизнеса, некоммерческих организаций и других групп граждан в решение общественно полезных задач.

Однако лоббизм стал механизмом создания привилегий и преимуществ одних групп давления перед другими и продвижения узкокорпоративных интересов в ущерб общегосударственным. Специфика лоббизма такова, что он отчасти развивается в неподвластных правовому воздействию нишах межличностных контактов и способен прирастать к коррупции. Эти издержки не позволяют смотреть на лоббизм как на великое благо демократии.

Лоббизм может развиваться только в форме непосредственного межличностного диалога бизнеса и власти. Для лоббиста профессионально важным является вечный и творческий поиск лояльных чиновников, прямые встречи и контакты, в ходе которых можно не просто заявлять, но и обсуждать

<sup>1</sup> Толстых П.А. GR. Практикум по лоббизму в России. – М., 2007; Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Н. Новгород, 2003.

<sup>2</sup> Лоббизм как двигатель прогресса // Российская бизнес-газета. – 2010. – 3 августа.

частный интерес. Поэтому невозможно абсолютно оградить чиновников от лоббистских атак. Правовая минимизация контактов представителей бизнеса и власти будет расцениваться также и как закрытость органов публичной власти, нежелание их быть прозрачными. В связи с этим цивилизованный лоббизм полностью зависит от соблюдения законодательства и правил этики в публичной политике сотрудниками государственного аппарата.

Лоббизм напитан коррупционной практикой, которая заретушировала положительный смысл этого института. Поэтому цивилизованный лоббизм придется «выращивать» не путем установления позитивных процедур взаимодействия бизнеса и власти, а посредством создания инфраструктуры контроля и ответственности в системе «бизнес – власть». Правовое регулирование лоббизма не может противодействовать коррупции. Напротив, реализация антикоррупционных мер позволит наладить цивилизованное лоббирование.

В России целесообразно регулировать лоббизм косвенным путем. Главными направлениями правового регулирования являются мероприятия административной реформы: обеспечение прозрачности деятельности органов и равного доступа к информации, институционализация обсуждения публично-властных вопросов с широким участием общественности, формирование института независимой экспертизы публично-властных решений. Особое внимание, на наш взгляд, необходимо уделить требованиям и запретам для чиновников всех уровней власти в их взаимоотношениях с представителями гражданского общества.

Таким образом, аргументация является главным инструментом как политических структур, так и лоббистских групп давления, оба оппонента используют последовательно развиваемую, взаимосвязанную цепь рассуждений, которые подкреплены теоретическими аргументами и доказательствами, взятыми из реальной жизни, и конечная цель которых – объяснить природу обсуждаемого вопроса и предложить каждому оппонентом свои оптимальные решения.

М.А. Никонов

Никонов Максим Андреевич – аспирант Нижегородской правовой академии (института)

## Роль аргументации и судейского усмотрения в установлении конвенциональной истины по уголовному делу

В отечественной юридической литературе XIX–XX веков вопросы аргументации в судопроизводстве обычно раскрывались применительно к проблеме формирования внутреннего убеждения судей.

Исходя из того, что, по нашему мнению, процессы формирования внутреннего убеждения и осуществления судейского усмотрения тесно связаны в правоприменительной деятельности через отношение нестирования<sup>1</sup>, представляется интересным рассмотреть роль аргументации в доказывании под несколько иным углом зрения – с учетом понятия «судейское усмотрение» (и связанной с ним проблематикой), задаваемого пониманием истины как *конвенции*.

В рамках *конвенционализма* факт-знание является продуктом рече-мысле-деятельности: сведения (доказывающие факты-знания) о *factum probandum*<sup>2</sup> «помещаются» неизбежно заинтересованными сторонами в интерпретацию средствами логики и риторики, которая «бомбардирует» топы (общие места)<sup>3</sup> в знако-знаниевом поле сознания судьи, где и находятся референты фактов-знаний<sup>4</sup>. Данная концепция кардинальным образом отличается от корреспондентской концепции истины, характерной для теории советского уголовного процесса, согласно которой референты фактов-знаний внеположены субъекту и необходимо искать соответствие знаний объективной действительности. Не разворачивая здесь подробную критику последней концепции (что требует отдельного исследования), укажем лишь на позицию выдающегося философа XX века М. Хайдеггера, раскрываемую О. Хархординым: «Если теория истины как соответствия настолько очевидна всем, то позвольте спросить, где и кем устанавливается это соответствие высказываний о мире и состояние дел в нем? В какой сфере можно сопоставить вещи и утверждения о них? Другими словами, если с одной стороны есть сфера вещей, тяжелая от своей материальности, и сфера нематериальных идей, то где и как происходит их уподобление?»<sup>5</sup>. Сам М. Хайдеггер писал: «Сущность уподобления, приравнивания определяется... видом той связи, которая является господствующей между высказыванием и вещью. Пока эта «связь» остается неопределенной и нераскрытой в ее сущности, весь спор о характере и степени уподобления остается пустым»<sup>6</sup>.

Сторонники корреспондентской теории искали эту связь в теории отражения, что в работах ряда процессуалистов воплотилось в парадоксе: они провозглашали необходимость соответствия знания действительности и тут же писали про роль правосознания и внутреннего убеждения. То есть с одной стороны говорили об *объективной* истине, а с другой – тут же указывали на *субъективное* мерило ее установления. Правда, при этом следует сказать, что внутреннее убеждение, как полагала эта группа процессуалистов, складывается под воздействием свойств самих доказательств (=следов)<sup>7</sup>. То есть доказательства рассматривались как внеположенные субъекту (что нашло свое воплощение в языковой конструкции «собрание доказательств» – собирать можно уже что-то готовое, уже наличное, имеющееся *до прихода* субъекта).

При таком подходе абсолютно не учитывается, что доказательства – это сведения о фактах или, иными словами, *факты-знания*, имеющие *языковую оболочку*, в которую они облакаются не абстрактным

<sup>1</sup> «Рамочный (объемлющий) процесс (осуществления усмотрения в нашем случае. – М.Н.) предполагает (требует с необходимостью) для своего осуществления одновременное протекание нестированного (вложенного) процесса (формирования внутреннего убеждения. – М.Н.); осуществление нестированного процесса сопровождается совершением рамочного, при этом, хотя нестированный процесс *per se* может осуществляться и сам по себе, но внутри рамочного он приобретает особую определенность» (См.: *Никитаев В.В.* Инженерное мышление и инженерное знание (логико-методологический анализ) // *Философия науки.* – М., 1997. – Вып. 3: Проблемы анализа знания. – С. 157).

<sup>2</sup> «Доказываемый факт» (лат.).

<sup>3</sup> О понятии «топ» см., например: *Соболева А.К.* Топическая юриспруденция. – М., 2001. – С. 16.

<sup>4</sup> См., например: *Александров А.С.* «Похвала» теории формальных доказательств // *Правоведение.* – 2002. – № 4. – С. 34–47.

<sup>5</sup> *Волков В.* Теория практик / В. Волков, О. Хархордин. – СПб., 2008. – С. 36.

<sup>6</sup> *Хайдеггер М.* Разговор на проселочной дороге. Избранные статьи позднего периода творчества. – М., 1991. – С. 13.

<sup>7</sup> Например, М.С. Строгович писал: «Решающее значение при оценке доказательств имеет качество самого доказательства, а именно это качество определяет степень его убедительности для судей» (*Строгович М.С.* Основные вопросы оценки доказательств в уголовном процессе // *Советская юстиция.* – 1936. – № 22. – С. 5).

субъектом, а лицом, работающим в рамках определенной позиции в том или ином институте, с той или иной культурой мышления, ценностями, интересами и прочим, а, следовательно, обладающего определенным пред-пониманием, с учетом которого происходит интерпретация того, что попадает в его «угол зрения». То есть сам факт-знание (пользуясь словами Э. Фехнера, сказанными, правда, по другому поводу) образуется, по нашему мнению, в результате «данности и заданности»<sup>1</sup>, а не представляет собой детальный, не искаженный «проводником» – сознанием человека – слепок с факта-явления. Здесь под данностью мы понимаем факт-явление, а под заданностью – «фильтр» субъекта, пропускающий через себя факт-явление и конвертирующий его в факт-знание при помощи определенным образом организованного языка. Или, как указывает В.М. Розин, «хотя наши «глаза» уперты в действительность (объект), построения, которые мы создаем, больше зависят от наших собственных задач и проблем, наших установок и способов работы»<sup>2</sup>.

Полагая, что связь между фактом-знанием и его референтом находится в знако-знаниевой области, а не в области кентаврического смешения «реальной действительности» и знако-знаниевых построений, мы выходим непосредственно к проблеме осуществления судебного усмотрения и языковой аргументации как технике воздействия на этот процесс.

По нашему мнению, судья – это «решающий (во всех смыслах) субъект»<sup>3</sup>, творящий в своем решении, в конечном счете, судебную истину<sup>4</sup>, «повивальной бабкой» которой и является судебское усмотрение: именно с его помощью разрешается конфликт интерпретаций сторон относительно маркировки отелного материала как доказательства, а версии – как того, «что было на самом деле».

Судейское усмотрение – это мыследеятельность<sup>5</sup> по решению правоприменительной задачи в условиях прямо предусмотренной текстом нормативно-правового акта или обусловленной несовершенством действующего законодательства возможности выбора судьей равнозаконных с формальной точки зрения способов решения данной задачи.

Доказательство представляет собой не «голый» факт-знание (=«слепок» с факта-явления), а факт-знание (~след), помещенный «партийным» субъектом в интерпретационную «огранку» посредством логики и риторики с целью приготовления варианта образа, с которым работает судебское усмотрение. При этом хотелось бы обратить внимание на то, что мы не придаем логике решающего значения в производстве интерпретации. Аналогичной позиции придерживается, например, S. Toulmin, который в своей книге проводит идею, что адекватность аргументации не определяется ее правильностью с позиций формальной логики<sup>6</sup>. Дело в том, что «операции формальной логики всегда опосредуются процедурами толкования знаковой реальности»<sup>7</sup>, а значит, прежде, чем работать с некими операндами в рамках формальной логики, эти операнды надо получить. Получение же операндов имеет (по одной из гипотез, которую здесь мы рискуем поддержать<sup>8</sup>), топическую природу. В итоге оказывается, по-видимому, что аргумент «ударяет» в топ, производит там свою работу по производству операнда, а логика уже работает, по большому счету, «задним числом» как «оправдыватель» некоего решения, подставляя полученные операнды в «иксы» «уравнения», используемого для «выведения» *factum probandum*. Образно говоря, логика и риторика действуют по принципу оболочки и сердечника в пуле. Но, в отличие от существующего мнения, что сердечником, «пробивающим» топ является логика, а облегчающим этот процесс является риторика, мы рискуем поддержать гипотезу об обратном: что именно риторика обладает главным «ударным механизмом» по топу, а логика лишь своего рода легитимирует риторическую фигуру, придает ей внешнюю убедительность (поскольку логика обладает поистине сакральным значением для юристов). Так, Г.П. Щедровицкий писал: «всякое реальное мышление имеет как бы две (если не большее число) «направляющих»: одну направляющую образуют формальные

<sup>1</sup> Цит. по: *Стовба А.В.* Истина как онтологический фундамент научности юриспруденции // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права: Материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Отв.ред. В.Г. Графский. – М., 2011. – С. 100).

<sup>2</sup> *Розин В.М.* Интервью // <http://www.fondgp.ru/gp/personalia/1950/13>

<sup>3</sup> *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. – М., 2008. – С. 10.

<sup>4</sup> В силу презумпции истинности судебного решения все, что в нем записано принимается за истину после его вступления в законную силу. При этом следует помнить слова И.Я. Фойницкого о том, что «мало, чтобы приговор был истинным, важно, чтобы он еще казался таким».

<sup>5</sup> «Мышление можно рассматривать в двух различных аспектах: во-первых, как образ определенных объектов, как фиксированное знание, во-вторых, как процесс или деятельность, посредством которой этот образ формируется, а затем используется». (*Щедровицкий Г.П.* О возможных путях исследования мышления как деятельности / Г.П. Щедровицкий, Н.Г. Алексеев // [www.fondgp.ru/gp/biblio/rus/1](http://www.fondgp.ru/gp/biblio/rus/1)). См. также: *Щедровицкий Г.П.* «Языковое мышление» и его анализ // [www.fondgp.ru/gp/biblio/rus/0](http://www.fondgp.ru/gp/biblio/rus/0)

<sup>6</sup> См.: *Toulmin S. E.* The Uses of Argument. – Cambridge, 1958.

<sup>7</sup> *Михайлов А.М.* Генезис континентальной юридической догматики. – М., 2012. – С. 59.

<sup>8</sup> См., например, концепцию Т. Фивега: «Топика как *ars inveniendi* отличается от логики, являющейся *ars iudicandi*, как процедура поиска посылок от процедуры их применения. Топика – предлогическая ступень. Сначала топика находит посылки, затем логика их применяет». (См.: *Соболева А.К.* Топическая юриспруденция. – М., 2001. – С. 31).

правила, другую направляющую – виденье объекта. И хотя исследователи, в первую очередь математики, стремятся свести эти две направляющие к одной, чисто формальной, стремятся, как говорят, формализовать мышление, это никогда никому не удастся. Чисто формальное, или целиком формализованное, мышление есть предельная абстракция. А реально мы формализуем лишь маленький кусочек, фрагменты реальных рассуждений и процессов мышления. Всякий достаточно развернутый, достаточно сложный процесс рассуждения *опирается на вторую направляющую, на виденье объекта* (курсив наш. – М.Н.)»<sup>1</sup>.

Представляется, что за виденье объекта отвечает как раз пред-понимание, которое «заложено» в топе, и которое возбуждается путем «бомбардировки» сторонами этого топа риторическими приемами, которым придана видимость объективности через логику.

Именно поэтому упрек некоторых авторов (очевидно, сторонников «объективной истины» как основополагающего концепта советской неоинквизиционной модели уголовного процесса) о том, что «в состязательном процессе решение выносится на основе силы аргументации позиции одной из сторон, которая может и не соответствовать действительности», бессмысленен: действительность в судопроизводстве – это ровно то, что, являясь по сути продуктом доказательственной мыслеречедеятельности сторон, их «конфликта интерпретаций», снимаемого посредством судейского усмотрения, записано в решении суда, вступившим в законную силу. *Res judicata pro veritate accipitur.*

---

<sup>1</sup> Щедровицкий Г.П. Мышление. Понимание. Рефлексия. – М., 2005. – С. 84.

В.И. Павлов

Павлов Вадим Иванович – кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь

## Аргументация в вынесении правоприменительного решения в контексте антропологического подхода к праву

Понимание внутренней логики разрешения конкретных жизненных ситуаций посредством правовых процедур зависит от общего плана понимания права в целом, выделения в нем центральных и периферийных правовых образований. Тип правовопонимания, поэтому, имеет ключевое значение в представлении и понимании органики правореализации, в то же время сам тип правовопонимания всегда основывается на определенных парадигмальных предпочтениях, возникающих и складывающихся в границах тех или иных эпистемических ареалов.

Сегодня нам привычно представлять разрешение конкретных жизненных ситуаций посредством силлогизма правовых процедур именно как дедуктивное приложение нормы права к конкретной жизненной ситуации, поскольку эта традиция понимания приложения права к жизни вызрела исторически и окончательно сложилась в континентальной традиции права – в школе немецкого концептуализма (пандектистики) XIX века, откуда распространилась на русскую дореволюционную правовую мысль и, далее, была своеобразно воспринята советским теоретическим правоведением. Как отмечает А.М. Михайлов, именно «*Begriffsjurisprudenz* («юриспруденция понятий») явилась апогеем генезиса континентальной юридической догматики XII–XIX столетий <...> специально-юридический инструментальный методологии правоведения всецело был сформирован догматической юриспруденцией»<sup>1</sup>. Это, разумеется, касается и формирования доктрины процесса применения права.

Однако на фоне этих справедливых утверждений нельзя не заметить то обстоятельство, что распространение *Begriffsjurisprudenz* на весь романо-германский правовой мир одновременно имплицитно включало в себя и распространение определенной ценностной сетки, кроющейся, прежде всего, в схемах юридического представления и мышления XIX века. Как показал М. Фуко<sup>2</sup>, именно логика капитала в XIX столетии обуславливала специфическое преломление и переработку естественно-правовых концепций XVII–XVIII веков в концептуальный аппарат юридической догматики, иначе говоря, юридическое мышление постепенно становилось мышлением капиталистическим, причем до такой степени, что сама концепция правового государства постепенно срослась и стала ассоциироваться с концепцией экономического либерализма. М. Фуко так анализирует логику капиталистической экономизации новоевропейского юридического дискурса: «Каким образом можно ввести совокупность поправок и институциональных инноваций, которые позволят наконец установить социальный порядок, экономично регулируемый рыночной экономикой, как добиться того, что ордолибералы называли «*Wirtschaftsordnung*», «порядок экономики»? Ответ ордолибералов... – это попросту институциональная инновация, которую нужно теперь же осуществить, применив к экономике то, что в немецкой традиции называется *Rechtstaat* и что англичане называют *Rule of law*, правовое государство или господство закона»<sup>3</sup>.

С этой позиции совершенно оправданной выглядит критика советскими правововедами немецкой исторической школы права и «юриспруденции понятий» в части того, что концептуалистская сторона деятельности этих правовых течений XIX века по формированию правовой догматики способствовала юридическому оформлению капиталистических отношений<sup>4</sup>. Кроме того, следует отметить и то

<sup>1</sup> Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: Монография. – М., 2012. – С. 453.

<sup>2</sup> «Нужно не столько стремиться к капитализму, сколько изобретать новый капитализм. Но где и как произвести его инновационное вторжение в капитализм? Очевидно, не со стороны законов рынка, не в самом рынке, поскольку рынок, как показывает экономическая теория, по определению должен работать так, чтобы его собственные механизмы оказывались регуляторами самого ансамбля (по М. Фуко – экономико-институциональный ансамбль, конституирующий не капитализм, вытекающий из логики капитала, а сингулярный капитализм. – прим. авт.). Следовательно, не будем трогать законы рынка, но сделаем так, чтобы институции стали такими же, как законы рынка, то есть сами по себе сделались общим принципом экономической регуляции, а значит, принципом регуляции социальной. Следовательно, никакого экономического интервенционализма и максимум **интервенционализма юридического**» (курсив мой. – В.П.). См.: Фуко М. Рождение биополитики: Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году; Пер. с фр. А.В. Дьякова. – СПб., 2010. – С. 214–215.

<sup>3</sup> Фуко М. Рождение биополитики: Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году; Пер. с фр. А.В. Дьякова. – СПб., 2010. – С. 216.

<sup>4</sup> Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. Избранное. – М., 2010. – С. 81.

обстоятельство, что складывание континентальной догматической правовой традиции осуществлялось на допущениях новоевропейской рациональности. Континентальная догматическая традиция пусть и неявно, однако включала в себя положения о разумной воле законодателя и способности нормы как эталона разума обеспечить правовой порядок. Континентально-догматический исток современной теории правореализации, таким образом, сформировался в рамках новоевропейской эпистемы и имманентно содержит в себе ее черты.

Интересно при этом обратить внимание на то обстоятельство, что советская правовая доктрина в своем технико-юридическом измерении, основываясь на все той же догматической правовой традиции XIX века, согласно собственной логике в интерпретации марксизма сумела адаптировать континентальный догматический аппарат в рамках нелиберального пространства, подвергнув критике как саму концепцию *Rechtstaat* в целом, отнеся ее к буржуазной идеологии (как это ни парадоксально звучит, но эта критика действительно справедлива), так и функционирующие в ее рамках не соответствующие советской политике права частные догматические образования. Одним из таких образований выступает концепция юридической аргументации, которая в советской правовой доктрине не получила развития, а точнее – была трансформирована в учение о доказывании, квалификации, толковании права. Правила юридической аргументации, полноценное развитие которых возможно только в пространстве свободного/либерального судоговорения, не получили разработки и были заменены правилами квалификации, порядком правоприменительной деятельности исходя из посылки о том, что социалистическое право уже субстанциально содержит в себе свободу и именно поэтому аргументативная процессуализация применения права была излишней.

Таким образом, формирование континентального юридического дискурса XIX века одновременно по двум взаимосвязанным линиям – 1) концептуализация юридического алфавита через создание правовой догматики и 2) инструменталистская адаптация юридической догматики к законам рынка и использование ее в рыночных целях – создает когнитивный комплекс, который способен показать пусть и неявную, однако все же существующую взаимосвязь между политикой и теорией права. Мы видим, что в XX столетии с созданием социалистического политико-правового пространства в советских правовых системах ресурсы континентального юридического дискурса использовались весьма своеобразно. Несмотря на критику буржуазного права советскими правоведами, как правило, она велась по линии политики права, но не теории. И это понятно, поскольку немецкие концептуалисты XIX века работали по кальке реанимированного римского права – универсальной почвы юридической техники для всех наследников континентального романо-византийского мира.

Также следует указать, что выделение двух вышеуказанных линий формирования континентального юридического дискурса XIX века – линии создания правовой догматики и линии ее адаптации к социально-экономической среде дает основание выделить и два соответствующих извода континентального юридического дискурса: 1) дискурс юрико-технический либо, что здесь то же самое, общетеоретический, который вобрал в себя сформированный категориальный аппарат теоретической правовой науки, и 2) дискурс политико-правовой, который содержит в себе идейно-смысловые и ценностные комплексы, в которые погружена на первый взгляд нейтральная правовая теория. Если рассматривать развитие правовой традиции в составе такого ансамбля, то на поверку окажется, что, например, вся европейская континентальная догматическая правовая традиция XIX–XX веков, несмотря на формирование внутри ее казалось бы идеологически нейтральных положений (теоретико-правовых понятий, категорий, систематизаций, классификаций, градаций и пр.), все же представляла собой развитие доктрины Нового времени, ибо не может быть так, чтобы технико-правовой инструментарий был полностью нейтрален: так или иначе, механика права всегда сцепливается с политикой права.

XX век стал пограничной эпохой и временем развития нового типа научной рациональности. Именно в это время, особенно после Второй Мировой войны в Западной Европе, континентальный юридический дискурс, который берет свое начало еще в школе глоссаторов XI века и окончательно оформляется к концу XIX века, подвергается испытанию на прочность со стороны постклассической правовой мысли. Ситуация, означаемая в гуманитаристике как ситуация постмодерна (состояния после Модерна, то есть после Нового времени), поставила перед классической мыслью ряд вопросов: как всегда, вопросы ставила сама правовая жизнь и ответы на эти вопросы в недрах юрико-технического арсенала континентальной традиции права, разумеется, найти было невозможно. Ответы стали искать в политико-правовом дискурсе и начались они с переосмысления самых общих подходов к праву, – с вопросов о типах правопонимания. Выяснилось, что все существующие концепции права, дифференцирующиеся большей своей частью на уровне политико-правового дискурса, принадлежат классическому, или, новоевропейскому типу рациональности. И юснатурализм, и юридический позитивизм оказались по одну сторону линии демаркации. Как отмечает в связи с этим Е.В. Тимошина, «каждый из этих типов правопонимания отражает парадигмальные черты современного ему научного знания и, несмотря на идейную противоположность, их объединяют общие эпистемологические, онтологические и аксиологические установки, сформировавшие типичные представления о правовой реальности, являющиеся выражением классического стиля философско-правового

мышления»<sup>1</sup>. Зарождение постклассических концепций права – герменевтической, феноменологической, коммуникативной, антропологической и других сразу весьма ярко выявило особенности постклассической правовой мысли на парадигмальном уровне, на уровне понимания права. Оказалось, что ставшая традиционной конкуренция между юснатурализмом и юридическим позитивизмом возможна только в рамках системы классической рациональности, которая и дает возможность такого представления права. В постклассических же концепциях был выявлен гораздо более глубокий уровень действия права, его природы и строения, были смещены акценты на познание тех положений, которые ранее не попадали в оптику классической правовой мысли. Право как текст, правовая коммуникация, правовой диалог, правовой феномен, правовое бытие, правовое существование, правовое мышление, наконец, человек в праве – эти и многие другие инварианты прочтения правовой реальности существенно расширили понимание права в его реальном, жизненном измерении.

Вместе с тем, парадигмальный или философско-правовой анализ права должен каким-то образом влиять на аппарат правовой механики, специальный юридический инструментарий на уровне конкретных отраслевых разработок. Ведь совершенно прав тот же А.М. Михайлов в своем утверждении о том, что на сегодняшний день, несмотря на критику континентальной догматической традиции, она, тем не менее, остается господствующей в континентальных правовых порядках<sup>2</sup>. Точнее, здесь следует говорить о том, что функционирование правовой теории с ее догматическим аппаратом сегодня действительно основывается на континентальной догматической традиции, чего, впрочем, нельзя сказать о философско-правовом измерении сложившихся правовых порядков. Причина такого положения вещей – монополии континентальной догматики в механике права и свободной конкуренции правовых концепций на парадигмальном уровне – заключается, на наш взгляд, в отсутствии разработанного технического аппарата новых постклассических концепций. Поэтому одна из основных задач постклассической мысли как раз и заключается в том, чтобы от развития парадигмальных положений перейти к поиску мест спайки политики-правового дискурса классической теории с его технико-юридическим дискурсом для их последующей деконструкции, или, если говорить по-другому, эта задача состоит в разработке теории среднего уровня, в рамках которой бы парадигмальные положения были развернуты до уровня операциональных правовых категорий и были встроены в рабочий аппарат права. В связи с этим повторимся еще раз: догматика, технико-инструментальная сторона права всегда таит в себе свойства политико-правового дискурса, на базе которого она была разработана. Именно поэтому если не вся, то, по крайней мере, большая часть инструментария господствующей сегодня континентальной теории права с позиции постклассических правовых концепций должна быть деконструирована и сформирована на базе нового парадигмального юридического языка, в рамках новых правовых концепций. В противном случае воплощение новых концептуальных положений через прежний аппарат окажется невозможным.

Среди постклассических концепций одной из ведущих является антропологическая линия, в рамках которой и представлен развиваемый нами подход<sup>3</sup>. В основе антропологического подхода к праву находится положение о переосмыслении субъектности в праве – как места субъекта права в системе правовых образований (в механизме правового регулирования, в действии права и т. д.), так и самого понимания способа фиксации человекомерности в праве.

Сегодня общеизвестно положение о том, что новоевропейский тип рациональности, на котором были основаны базовые правовые концепции – в особенности правовые концепции либерального плана – являлась всего лишь западноевропейским вариантом развития государственно-правовой жизни. Рационализм, логоцентризм, сциентизм, эволюционизм, позитивизм, формирование модели субъекта-сogito, субъект-объектный тип познания были сформированы именно в рамках классического типа рациональности: в той или иной степени эти константы вошли в классический юридический дискурс. Весьма важно при этом иметь в виду, что формирование новоевропейской эпистемы происходило не только за счет нейтрального, чистого развития познавательных практик, но и за счет включения в новоевропейскую картину мира определенных черт мировоззренческого, цивилизационно-культурного характера западноевропейского региона. Секулярность, примат потребительского типа отношений, капиталистическая (протестантская) этика, утилитарные антропологические практики как оформившиеся в XIX столетии в качестве доминирующих черты цивилизации Запада стали неременным спутником и самой новоевропейской эпистемы.

В связи с этим следует сказать, что в Новое время именно право (прежде всего, как естественное право или право природы) стало постепенно представляться в качестве единственного средства

<sup>1</sup> Тимошина Е.В. Стили философско-правового мышления и типы правопонимания // Право Украины. – 2011. – № 11–12. – С. 47.

<sup>2</sup> Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: Монография. – М., 2012. – С. 350.

<sup>3</sup> Павлов В.И. От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права: Монография. – Минск, 2011; Павлов В.И. От классической к неклассической картине правовой реальности: новая парадигма юридического мышления // Право в современном белорусском обществе: Сборник научных трудов. – Минск, 2011. – Вып. 6. – С. 47–55; Павлов В.И. «Смерть» субъекта права или к вопросу о необходимости новой концепции «правового человека» // Философия права. – 2010. – № 3. – С. 20–24; и др.



установления идеального социального порядка и гармонии. Обоснование концепции священной воли законодателя предполагало возможность достижения идеального правопорядка на основаниях разумности и природного характера этой воли. Новоевропейское сознание было уверено в естественности законов правового порядка как разумных законов природы (Ш.-Л. Монтескье) и разумности самого человека как субъекта (Р. Декарт). И законодатель, и субъект права как объект правового воздействия представлялись в такой антропологической модели, в которой они обладали свойствами природной разумности. Следовательно, через задание правовой нормы, через правовое нормирование возможно абсолютно воздействовать, влиять на субъекты права, регулировать отношения между ними. *Картезианская модель субъекта, представляя одно из базовых положений новоевропейской методологии, решающим образом повлияла на смещение познавательного акцента с антропологических содержаний на институциональные образования.* Главным положением в формировании познавательных моделей со времени господства картезианства стал именно субстанциализм, даже если он касался человека: в любой познавательной модели новоевропейской формации разумность подлежит необходимой экспликации и заключению в формальные прозрачные процедуры.

К одной из таких познавательных моделей в рамках уже собственно правовой теории следует отнести положение о *нормативности права*. И в юснатурализме, и в позитивизме действующее право есть право норм. Не имеет при этом принципиального значения понимание и место самой нормативности в представлении этих двух правовых школ, равно как и в социологической школе права, поскольку так или иначе разворачивание права в жизни, реального права, всегда связано с правилами, нормами, *rules of law*. Усмотрение в норме воли государства, естественного права либо социальных конвенций не изменяет механики действия формализованной разумности: разумность в классическом представлении может иметь лишь *норма-тивный* характер, то есть характер правового образования институционального типа и никак иначе, следовательно, установление правопорядка возможно только в формальной процедуре через институции.

В связи с этим мы утверждаем, что *именно здесь, в этом месте происходит спайка типа рациональности, на основании которого конституирован юридический дискурс, с технико-юридическим инструментарием этого дискурса: «разумность, помноженная на норму (как единственно возможное выражение этой разумности в институционально формализованной схеме) приводит к правопорядку.*

Антропологическая концепция права, ставя перед собой задачу смещения акцента правового познания с институциональных образований на собственно человека в праве, должна сам вопрос о разумности и ее достижении через институции поставить под сомнение: *каков критерий разумности в праве и возможно ли нормативное удержание этой разумности?* Не углубляясь в подробную характеристику нашей позиции и отсылая читателя к специальным работам по данной теме<sup>1</sup>, укажем лишь несколько важных для понимания данного текста черт.

В антропологическом подходе к праву антропологический элемент является базовым и составляет эпистемическое ядро концепции. Следует при этом отметить, что предлагаемый нами в качестве базового образ человека в праве не является господствующей сегодня в правовой доктрине моделью субъекта права – последний лишь включается в нее как составная часть. Отказываясь от способа схватывания человекомерности в праве в новоевропейском стиле – то есть как субъекта права, мы предлагаем рассматривать человека в праве как динамическое образование, конфигурацию юридически значимых антропологических проявлений, энергий. Такой тип правовой субъектности, представляющий собой антрополого-правовую конфигурацию, дает возможность использовать ее в качестве нового эпистемического основания правового анализа вместо институциональных правовых образований. *Уже не институциональное, а именно юридиико-антропологическое поле выступает стягивающим образованием, через которое происходит описание и понимание правовой реальности.* Такое смещение акцентов – с институций на человека – связано с отказом от классической модели субъекта как редуцированного рассудочной функцией субстанциального образования и с переходом к динамичной картине правовой субъектности через признание не одной лишь рациональной, но совокупной, цельной, интегральной природы человека в праве во всем многообразии его антропологических проявлений, включения в правовой опыт субъектности и иных содержаний, жизненных практик, которые так или иначе влияют на работу собственно чистой правовой субъектности. *При таком подходе к пониманию субъекта права и его месту в правовой реальности изменяются сами критерии разумности права и подходы к ее удержанию в рамках правовой регламентации.* Каковы же они? *Предваряя ответ на данный вопрос, укажем, что сам критерий правовой разумности должного в праве смещается с институционального размещения в поле формирования человека в праве (так называемый тип правовой субъективации), а удержание разумности в праве достигается за счет нормативности, однако нормативности особого – неинституционального типа. Впрочем, это влечет и изменение понимания самой разумности, рациональности в праве.*

<sup>1</sup> Наиболее полная из них планируется к опубликованию в журнале «Правоведение» за 2012 год в № 2.

Приступая непосредственно к вопросу о правоприменительной аргументации на основании уже представленных положений обосновываемого нами подхода, опишем несколько направлений возможности его развития в соотношении с теорией юридической аргументации.

Выше мы уже говорили об историко-правовых предпосылках развития учения о юридической аргументации в русскоязычной правовой традиции. Однако в контексте различения подходов к правовому познанию в зависимости от типов научной рациональности (классический и постклассический тип научной рациональности) учение об аргументации приобретает другой оттенок. В особенности это касается представленного нами выше антропологического похода к праву.

Использование новой картины человека в праве в юридическом дискурсе и помещение человека в праве в центр правового познания, как мы уже говорили выше, дает возможность переосмыслить все частные правовые регионы, работу всего правового инструментария, в том числе и правореализацию. Такое серьезное изменение в правовом познании как эпистемическое смещение – с институционального на субъектное – сразу дает почву для переосмысления первооснов правореализации – цели, назначения, критериологии, а, следовательно, и разворачивания аппарата реализации права. Анализ первооснов правореализации должен выявить, прежде всего, связи юридической аргументации с этими первоосновами, степень зависимости юридической аргументации от них.

Первое, о чем следует говорить применительно к правоприменительной аргументации, так это то, что *она есть часть формальной логической процедуры, ориентированной как таковой не на вскрытие правовой антропности, типа складывания правовой субъектности (не следует забывать, что в антропологическом подходе критериология ориентирована не на институты, а на человекомерность), а на обеспечение процедурных правил (норм)*. Аргументация обеспечивает и в некотором смысле сама представляет, является способом выражения эквивалента разумности и истинности процедуры вне зависимости от антропного фактора – как таковой последний ее не интересует и попадает в ее поле лишь через технику юридических суждений. Аргументация является имманентным свойством логотризма правоприменительного производства, сцепленного с уверенностью классического правового мышления в способности через правило установить разумность (=идеальность) в области правового воздействия.

Антропологический подход к праву предлагает иное видение критериологии правоприменения. Центр правоприменения смещается от нормы к субъекту, понятию, однако, не в качестве субъекта права, а в качестве человека в праве в том смысле, в котором мы говорили об этом выше. *Это, однако, не означает нормативную индифферентность правоприменения, ибо понятно, что без нормативной фиксации осуществление правоприменения невозможно. Но сама норма в данном случае должна рассматриваться не как центр, не как верификационная правовая институция, якобы содержащая в себе полноту правовой разумности, а как принадлежность определенной антропной модели правоприменительного производства. Нормативность, таким образом, есть антропологически сориентированное и сконструированное пространство, в котором конфигуративно размещена новая субъектно-правовая модель, имплицитно содержащаяся в каждой норме права*<sup>1,2</sup>.

Ключевое значение при введении данного нового способа правовой субъектности и нормативности принадлежит уже не получению эффективного правоприменительного решения как формально обоснованного и институционально аргументированного правоприменительного акта (как правильно квалифициации жизненной ситуации), а вскрытию способов правовой субъективации (правонарушителя, обязанной стороны договора и т. д.) в процессе правоприменительного производства через *антропно содержательную (условно назовем ее так) нормативность*, ориентированную (повторимся еще раз) не на эффективность института, а на идеальную желаемую модель правовой субъектности в том или ином типе правоприменительного производства (модель правоприменителя с позиции наиболее качественного осуществления им правоприменения, модель правонарушителя с позиции его наиболее полного исправления и т. д.). Назначение такого типа телеологии правоприменительного процесса заключается в максимально возможном проникновении процесса приложения права к жизни

<sup>1</sup> Павлов В.И. От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права: Монография. – Минск, 2011.

<sup>2</sup> См. также понимание нормативности аргентинским правоведом Карлосом Коссио: «Норма, коль скоро она всегда концептуализирована, есть не более чем содержащееся в действии имманентное самопознание, посредством которого происходит интеграция этого действия, как только оно эксплицируется в качестве понятия <...> И факт, и норма находят положенное им место в тождестве человеческого действия, образованном посредством видения действия как интегрированного через имманентное самопознание, обладающего нормативной природой <...> нормативная мысль юристов является примером динамического познавательного акта (Гуссерль), ибо содержит нормативное обозначение, которое лишь впоследствии будет проверено интуицией. Юридическое знание человека с улицы, который описывает поведение просто как справедливое или несправедливое, состоит лишь в правовой интуиции, а заключенное в ней имманентное нормативное мышление всегда может быть эксплицировано». См.: Коссио К. Интуиция, мышление и знание в сфере права // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 417, 425, 428.

в субъектную ткань, ибо антропологический подход к праву понимает правопорядок (который и восстанавливается правоприменением) не институционально, и не социально, а антропологически – как сингулярное множество правовых субъективностей, складывающихся из множества единичных практик правовой субъективации.

Разумеется, вынесение правоприменительного акта при антропологическом подходе также предполагается, однако, не по образцу силлогизма, поскольку при последнем субъекту правоприменения следует лишь приложить норму к жизни и получить логическое следствие (как мы уже говорили, эта модель основана на представлении об автономной разумности нормы), а принципиально иначе.

Замена силлогистического характера правоприменения на антропо ориентированный связана с необходимостью выстраивания нового аппарата правоприменения, который бы целиком был настроен не на институционально заданные цели получения правопорядка посредством правильного (=формально точного) принятия правоприменительного акта как верной квалификации жизненной ситуации, а за счет обналичивания типов правовой субъективации с целью точечного воздействия на отдельные правовые субъектности, которые в своем множестве и составляют правопорядок.

Представления о правовом порядке как первооснове правореализации в предлагаемой нами модели не связаны институциональной речью о субстанционально понимаемой нормативности, а, следовательно, и не связаны с юридической аргументацией в ее прежнем значении, но зависят уже от качества задания идеальной модели правовой субъектности и качества правового воздействия на субъект, к которому прилагается право.

Что важно также отметить, так это то, что в представленной модели юридическая аргументация не исключается из процесса приложения права к жизни, однако она лишается статуса правовой верификации. На наш взгляд, юридическая аргументация должна дополнять и компенсировать субъектную разверстку, то есть заполнять места недоработки антропо содержательной нормативности при установлении типа правовой субъективации в тех местах, где человекомерность не может быть установлена. Однако в любом случае аргументация не должна занимать место верификационной модели правопорядка.

В этом отношении позволим себе не согласиться с позицией известного немецкого правоведа Р. Алекси в части его концепции дискурсивной модели юридической аргументации. Представляя собственную модель юридической аргументации, Р. Алекси полагает ее в качестве «открытого и беспристрастного рационального дискурса»<sup>1</sup>, «процессуальной теории практической правильности»<sup>2</sup>.

Сопоставление концепции дискурсивной модели юридической аргументации с предложенной нами антропологически ориентированной моделью правоприменения показывает институциональный и внеантропологический характер дискурсивной модели Р. Алекси, хотя, как утверждает сам автор концепции, правила дискурса в наибольшей степени направлены на обеспечение свободы и равенства субъектов, участников дискурса. Например, среди специфических правил дискурса, обеспечивающих «беспристрастность практической аргументации», немецкий правовец указывает на следующие: «каждый может ввести любое утверждение в дискурс», или «каждый может поставить под сомнение любое утверждение»<sup>3</sup>. Показательно, что в выборе именно этих правил Р. Алекси опирается на их соответствие «основным принципам демократического конституционного государства», а именно на свободу и равенство<sup>4</sup>. Однако мы знаем, что свобода и равенство в таком изложении предполагают именно либерально ориентированный, классический стиль парадигмальных предпочтений: та антропологическая модель, к которой прилагаются понятия свободы и равенства, содержит в себе картезианское ядро представления человекомерности как субъектности, то есть разумной сущности и не иначе. Подразумеваются «свобода и равенство» именно картезианской модели «субъекта права», которая не оставляет места для иных типов фиксации человекомерности в праве, предполагающих иное понимание и равенства, и свободы. Следовательно, теория дискурсивной модели Р. Алекси встроена в систему классической рациональности и основывается на ее постулатах. Как подтверждает это сам немецкий мыслитель, «теория дискурса оказывается базовой теорией демократического конституционного государства <...> институционализация, осуществляемая на основании критериев дискурсивной теории, включает в себя принципы демократического конституционного государства и, среди прочего, принципы демократии, разделения власти и правового государства»<sup>5</sup>.

Самым проблематичным положением дискурсивной модели Р. Алекси является сцепление общих практических дискурсов и специальной юридической модели юридической аргументации. Парадоксально, но Р. Алекси ставит задачу синтезировать неинституционализованные способы аргументации

<sup>1</sup> Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 456.

<sup>2</sup> Там же. – С. 452.

<sup>3</sup> Там же. – С. 452.

<sup>4</sup> Там же. – С. 453.

<sup>5</sup> Там же. – С. 454–455.

с юридической институционализацией и именно через последнюю обеспечить функционирование общих практических дискурсов: «общие практические дискурсы, – утверждает Р. Алекси, – это неинституционализованные способы аргументации по поводу того, что необходимо, что запрещено, что разрешено, а также по поводу добра и зла»<sup>1</sup>. Однако можно задать вопрос: каким образом можно обеспечить удостоверение, скажем, событий добра и зла через аргументацию? Ведь добро и зло носят бытийный характер и находятся вне всякой аргументации, если, конечно, социум окончательно не утратил онтологические характеристики добра и зла и не превратил их в объект речевых спекуляций? Р. Алекси в своей концепции говорит об «условиях открытого и беспристрастного рационального дискурса»<sup>2</sup>, однако на деле эти «условия» превращаются в монополию узкого закрытого юридического сообщества с помощью специальной юридической аргументации «истинно толковать» даже этические вопросы, причем нередко руководствуясь и политическими соображениями. Пример с 3-х месячным арестом игумена афонского монастыря Ватопед архимандрита Ефрема в Греции в конце 2011 года по обвинению в создании препятствий осуществлению правосудия и его последующее оправдание афинским Ареопагом<sup>3</sup> наглядно показывает манипулятивность аргументативных моделей правореализации, выступающих в качестве автономных критериев правовой верификации. В этом отношении, несмотря на все изъяны советской модели 60–80-х годов, в этом отношении нам она кажется более привлекательной.

Возражения, которые можно привести в отношении позиции Р. Алекси по вопросу дискурсивной модели юридической аргументации, еще раз подтверждают глубокую взаимосвязь техники и политики права. Тип рациональности и цивилизационно-культурные особенности складывания тех или иных парадигм накладывают отпечаток и на техническую сторону правовой концепции, проникают в сам рабочий аппарат права. Характерной чертой классического типа юридической формации, сформировавшейся в Новое время, является внеантропологический характер и гиперболизация разумности, понятой в качестве абсолютной способности рассудочного суждения, господства разума. Апелляция новоевропейского сознания к концептам «сущность – субстанция – субъект» позволила сформировать логически выверенную модель правового познания, которая, однако, стала таковой за счет серьезной редукции ряда важных для правовой жизни положений, основное место среди которых занимает модель человека в праве. Сегодня новоевропейский юридический дискурс испытывает кризис: удостоверением последнего является девальвация и проблемы в работе практически всех новоевропейских правовых концепций – концепции прав человека, правового государства, демократии и т. д. Следовательно, мы должны подходить даже к казалось бы нейтральным технико-юридическим вопросам с позиции их сопоставления не только к той или иной правовой концепции, но и с учетом цивилизационно-культурного места ее формирования, отношения к онтологическим свойствам того или иного сообщества, для которого и предполагается та или иная модель правового познания. Юридическая аргументация в этом отношении не является исключением, и с позиции антропологического подхода к праву, который мы представили выше, ее значение заключается в антропологической ориентации, направленности на место человека в праве. Это предполагает отказ от ее рассмотрения в качестве автономного критерия правовой верификации и предусматривает перенос аргументативной функции правоприменительного производства в новый тип нормативности – антропно-содержательную нормативность, эффективность которой основана уже не на правильности институциональной разверстки, а на наиболее полном и точном отражении, фиксации в ней идеальной желаемой модели правовой субъектности в зависимости от того или иного типа правоприменительного производства и тех задач, которые ставятся перед ним.

---

<sup>1</sup> Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 451.

<sup>2</sup> Там же. – С. 456.

<sup>3</sup> [http://mn.ru/society\\_faith/20120614/320573385.html](http://mn.ru/society_faith/20120614/320573385.html)

**К.К. Панько**

*Панько Кирилл Константинович – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права Воронежского государственного университета*

## Аргументация в уголовном правотворчестве

В теории права принято различать правотворчество в собственном смысле слова и правообразование как более широкую и многоаспектную социальную категорию. Правотворчество при этом рассматривается как заключительный этап правообразовательного процесса, в котором жизненные ситуации, требующие правового решения, формируются в правовые идеи, затем в общеобязательные предписания, получают свое закрепление в нормативных актах. Правовые ситуации и процесс выработки правовых взглядов общества, преобразование их в государственную волю и формулирование ее в законе – это все этапы правообразования. Правотворчество как заключительный этап правообразовательного процесса, в котором формируются государственные общеобязательные предписания, а правовые идеи получают 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 формирование права (правотворчества) и законотворчества помогает четко определить, что такое законотворческий процесс и с какого момента он начинается. Законотворческий процесс начинается лишь там и тогда, где и 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, что «советское законодательство – это и есть советское право»<sup>1</sup>, соответствующее официальной в то время трактовке права как возведенной в закон воли 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»<sup>2</sup>. Идея разделения права и закона получила развитие в теории уголовного права<sup>3</sup>. Так, Н.Ф. Кузнецова отмечает, что «уголовное право как отрасль права охватывает уголовное законодательство и уголовно-правовые отношения, связанные с законотворчеством и правоприменением»<sup>4</sup>. По мнению В.В. Мальцева: «Уголовное право как социальное явление, в отличие от уголовного законодательства (составляющего лишь один из элементов предмета уголовного права), следовательно, не может быть определено вне связи с факторами, его обуславливающими, без указания на его социальное предназначение и на реальные формы его общественного существования»<sup>5</sup>. М.А. Кауфман, подчеркивает, что уголовно-правовая действительность не исчерпывается одним только нормативным образованием (законодательством), которое «является центральным, ключевым компонентом всей правовой деятельности, но есть еще два узловых правовых явления, 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:

– судебная практика по уголовным делам, выражающая социальное содержание уголовного права; эта практика (в особенности практика Верховного Суда РФ) учитывается в деятельности правоохранительных органов;

– 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»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. – М., 1977. – С. 8.

<sup>2</sup> Гегель. Философия права. – М., 1990. – С. 250.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Мальцев В.В. Понятие и место уголовного права в системе отраслей права // Государство и право. – 2000. – № 5. – С. 50.

<sup>6</sup> Кауфман М. Уголовное право и уголовный закон (вопросы теории) // Уголовное право. – 2001. – № 4. – С. 35.

Не подвергая сомнению многоэлементность уголовного права, хотелось бы обратить внимание на то, что реализация права и в особенности такая ее форма, как применение, предполагает обязательность уяснения содержания нормативных правовых предписаний, их толкование. Доктрина уголовного права соотносительно с общей теорией права отличается ограниченным, узким 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 основным его текстом составляет элемент системы уголовного права, включающим 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 законодательстве<sup>1</sup>. Однако нетрудно заметить, что разъяснения Пленума Верховного Суда РФ и судебные прецеденты, будучи обособленными по форме и содержанию положениями, являются дополнениями уголовного закона и через уголовное законодательство (а не самостоятельным компонентом) входят в многоэлементную систему уголовного права.

Кроме того, ни разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, ни иные виды судебной практики не обладают свойствами нормативности, общеобязательности и тому подобного, о чем свидетельствует следующий пример. В части 2 ст. 35 УК РФ используется законодателем не конкретизированное по форме соучастия понятие «группа лиц по предварительному сговору». Практика многие годы ориентировалась на прецедентное применение уголовного закона<sup>2</sup>. Затем появилось нечеткое упоминание о форме соучастия при совершении преступления группой лиц по предварительному сговору в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 года «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)», в котором сказано: «Предварительный сговор на убийство предполагает выраженную в любой форме договоренность двух или более лиц... При этом, наряду с соисполнителями преступления, другие участники преступной группы могут выступать в роли организаторов, подстрекателей или пособников убийства...» (п. 10). Затем ориентиром в понимании рассматриваемого понятия стало выступать разъяснение, содержащееся в п. 10 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 27 декабря 2002 года «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое», в котором сказано: «Исходя из смысла части второй статьи 35 УК РФ... содеянное является соисполнительством...». Приведенные разъяснения с очевидностью свидетельствуют о толковании ими закона (в частности, ч. 2 ст. 35 УК РФ) и только через него посредством совершенствования логико-языковой формы выражения законодательного предписания вливаются в уголовное право.

Что касается уголовно-правовой идеологии, которая, по мнению М.А. Кауфмана, через господствующее в обществе правосознание входит компонентом в многоэлементную систему уголовного права, то это слишком широкое и расплывчатое понятие (введенное А.Л.К. Дестют де Траси для обозначения учения об идеях<sup>3</sup>), обозначающее мировоззрение и правосознание, политику и этику, 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

<sup>1</sup> 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; *Рарог 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. Климцева* // *Государство и право на рубеже веков: Материалы всероссийской конференции.* – М., 2001. – С. 72; и др.

<sup>2</sup> 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 Российской Федерации.* – 1997. – № 4. – С. 3–4, 11, 12, 14.

<sup>3</sup> См.: *Философский энциклопедический словарь* / Гл. редакция: Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. – М., 1983. – С. 199–200.

отношений к праву, которые можно назвать правосознанием и которое вместе с эмоционально-волевым компонентом (правовой психологией) составляют содержание правосознания.

Исходным положением психологической науки является единство сознания и деятельности. Однако принцип деятельного подхода, в соответствии с которым сознание формируется в процессе и в результате деятельности и реализуется в ней, применительно к рассматриваемой проблеме, вопреки высказанному в литературе мнению<sup>1</sup>, не подходит, так как правоприменение не входит в содержание определения уголовного права. Правоприменение – это способ воздействия юридических норм (норм права) на общественные отношения, а это не означает, что функциональное назначение входит или должно входить в определение самого понятия права.

Структурообразующим элементом уголовного права (как и права в целом) является мораль, которая во многом обуславливает его содержание. Выработанные в процессе жизни многих поколений людей 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 (ст. 7, 110, 129, 130, 282, 335 УК РФ). В.С. Нерсисянц по этому поводу 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 правовая»<sup>2</sup>.

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), оскорбление, клевета, надругательство, неуважение, унижение, издевательство, пренебрежение (ст. 297, 298, 329 УК РФ). Примером опосредованного использования этических категорий могут служить понятия, содержание которых может быть раскрыто через базовые нормы морали (см.: п. «и» ч. 2 ст. 105; п. «а» ч. 2 ст. 111; п. «д» ч. 2 ст. 112; ст. 242 УК РФ). Так, толкуя понятие «хулиганские побуждения», Верховный Суд РФ отмечает, что под данным мотивом следует понимать явное неуважение к обществу, пренебрежение нормами морали<sup>3</sup>; распространение порнографических материалов выступает одной из опасных форм нарушения принципов морали, наносящих вред нравственному воспитанию людей<sup>4</sup>.

Как видим, право, отражающее реальную жизнь, существующие общественные отношения, обусловлено представлениями об общечеловеческих моральных ценностях, сформировавшихся в процессе исторического развития общества и усвоенного большинством его членов. Понятия и категории объективно необходимы в правовом регулировании и при соответствующих условиях создают определенную степень стабильности и прочности права, они как бы являются естественной связкой нормативно-правового формализма и практической жизни. Их использование способствует сближению абстрактной модели поведения и конкретной жизненной ситуации.

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. Так, 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...»<sup>5</sup>. По концепции В.С. Соловьева, в двух терминах «право» и «закон» воплощается существование единства 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 законом<sup>6</sup>. По мнению А.С. Яценко, право никогда не может быть обособлено от нравственности. Право, считал ученый, есть именно принудительно осуществляемый минимум нравственности<sup>7</sup>. 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 поддержкою; а мораль, со своей стороны, служа для права высшим мериллом и руководителем, придает правовым велениям то глубокое значение и ту обязательную силу, которая

<sup>1</sup> См.: Кауфман М. Уголовное право и уголовный закон (вопросы теории) // Уголовное право. – 2001. – № 4. – С. 36.

<sup>2</sup> Нерсисянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. – М., 1998. – С.28.

<sup>3</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1993. – № 5. – С. 6.

<sup>4</sup> См.: Комментарий к Уголовному Кодексу РФ: В 2 т. / Под ред. О.Ф. Шишова. – М., 1998. – Т. 2. – С. 77.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Соловьев В.С. Право и нравственность: Очерки из прикладной этики. – СПб., 1899. – С. 1–28.

<sup>7</sup> Яценко А. Теория федерализма. – Юрьев, 1912. – С. 116–118.

присуща нормам морали<sup>1</sup>. Неразрывная связь, внутреннее единство категорий «право», «закон» и «мораль» заложены в формулировку уголовно-правового принципа справедливости в ст. 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»<sup>2</sup>. 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»<sup>3</sup>. 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, именно 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 как право власти, «силовым» регулятором, обеспечивающим с правовой стороны государственное всевластие и прикрытый юридическими формами произвол (например, фашистский и 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 нашего общества. Они выступают в качестве определяющего фактора для 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.

Нами разделяется узкое толкование уголовной политики, связанное только с уголовным правом и законом, классическое определение которого дано В.Н. Кудрявцевым: «Под уголовной политикой понимается только та часть государственной политики в области борьбы с преступностью, которая осуществляется средствами и методами уголовного права»<sup>4</sup>. Все уголовное право и законодательство отвечает (по крайней мере, должно отвечать) исходным требованиям общества – борьбы с преступностью. Борьба с преступностью как вид государственной деятельности предполагает, прежде всего, осознание необходимости государственного реагирования на имеющиеся явления общественной жизни, аргументирование (обоснование) необходимости реагирования на них средствами именно уголовно-правовыми, обоснование (аргументирование) необходимой степени уголовно-правовой репрессии и, соответственно, разработку законодательными органами государства норм уголовного права, устанавливающих криминализацию (декриминализацию) и пенализацию (депенализацию) деяний, систему мер уголовно-правового реагирования (систему уголовного законодательства), условия и порядок применения мер реагирования.

Как структурообразующий элемент уголовного права и законодательства понимают уголовную политику и другие авторы, много и плодотворно разрабатывающие эту проблему. Так, Э.Ф. Побегайло определяет уголовно-правовую политику как область уголовного правотворчества, совершенствования уголовного законодательства, практики применения уголовно-правовых мер борьбы с преступностью, заменяющих и подкрепляющих мер, а также управления этой практикой<sup>5</sup>. Н.А. Лопашенко по этому поводу пишет: «Сознательно упрощая, можно сказать, что уголовно-правовая политика состоит

<sup>1</sup> Ильин И.А. Собрание сочинений: В 10 т. – М., 1993. – Т. 4. – С. 76–77.

<sup>2</sup> Ковалев М.И. Криминология и уголовная политика: Учебное пособие / М.И. Ковалев, Ю.А. Воронин. – Свердловск, 1980. – С. 22.

<sup>3</sup> Загородников Н.И. Советская уголовная политика и деятельность органов внутренних дел. – М., 1979. – С. 8–9.

<sup>4</sup> Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Я.М. Яковлев. – М., 1982. – С. 16; Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М., 2001. – С. 17.

<sup>5</sup> См. Побегайло Э.Ф. Уголовная политика современной России: концептуальный подход // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты: Материалы III Российского конгресса уголовного права (29–30 мая 2008 г.). – М., 2008. – С. 466.



в установлении пределов преступного и наказуемого и защите от него специальными методами правоохраняемых интересов личности, общества, государства. Соответственно в этом и заключаются основные задачи уголовно-правовой политики»<sup>1</sup>. П.Н. Панченко, исследуя источники уголовно-правовой политики, понимает под ними факторы, порождающие данную политику: социальные (социальные, материальные и духовные условия жизни общества), идеологические (совокупность идей о том, какая уголовная политика нужна этому государству и данному обществу) и правовые (формируемые в обществе требования о правовой основе политики, о том, какие должны быть законы) источники<sup>2</sup>, признавая тем самым вторичность уголовной политики по сравнению с порождающими ее факторами, которые должны и могут признаваться достаточными аргументами (резонами) для целенаправленного формирования направления деятельности государства (уголовной политики). В правовой литературе высказано и противоположное мнение: «уголовно-правовая политика первична по отношению к уголовному праву. Она определяет задачи, стоящие перед ним, и большей частью – через уголовное законодательство – воплощается в нем»<sup>3</sup>.

Нам представляется, что связь уголовной политики и уголовного права двуедина. С одной стороны, уголовная политика из совокупности действующих правовых норм и практики их применения экстрагирует (извлекает) принципы уголовного права, общие начала криминализации (декриминализации) деяний, назначения наказаний. С другой стороны, будучи воспринятой законодателем, уголовная политика начинает оказывать воздействие на издание новых норм, на акценты в нормотворчестве, на акты толкования правовых норм и на преодоление пробелов в уголовных законах.

Учитывая стихийность правотворчества (возникновение жизненной ситуации, которую следует разрешать с помощью права), уголовная политика не может быть первичной, так как ситуация предшествует законотворчеству. А законотворчество как деятельность законодательных органов должна учитывать уголовную политику, чтобы вновь принимаемые законы соответствовали социальным и экономическим условиям, существующей системе права и его историческим корням.

Подводя итог сказанному, можно отметить, что уголовное право – это сложная многоэлементная система, включающая уголовное законодательство вместе с разъяснениями и толкованием законов, правосознание (правовоззрение и правовая психология), мораль и уголовная политика. Все элементы могут как соответствовать, так и противоречить праву. Но только уголовный закон как форма выражения права может рассматриваться как правовое явление. А успех действия права обуславливается тем, насколько оно проникает в сознание членов общества и встречает в них нравственное сочувствие и поддержку. Без этой поддержки право превращается в мертвую букву, лишенную жизненного значения, или в тяжкое бремя, сносимое против воли. Право есть лишь одно из выражений этической деятельности людей, и содержание нравственности определяет собой до известной степени и содержание права<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Лопашенко Н.А. Уголовная политика. – М., 2009. – С. 26.

<sup>2</sup> См.: Панченко П.Н. Управление применением уголовного законодательства как стратегия и тактика уголовной политики // Проблемы юридической техники в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве: Сборник научных трудов. – Ярославль, 1996. – С. 107–108.

<sup>3</sup> Лопашенко Н.А. Уголовная политика. – М., 2009. – С. 36.

<sup>4</sup> См.: Новгородцев П.И. Право и нравственность. – М., 1900. – С. 46.

**А.В. Парфенов**

*Парфенов Александр Вячеславович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России*

## **К вопросу об основных тенденциях в области юридической аргументации**

Инновации, имевшие место в правовой сфере Российской Федерации в течение последних десятилетий, явились мощным стимулом активизации деятельности отечественных ученых-правоведов. Теория и практика юридической аргументации в этой связи вновь обрела актуальность в отечественной правовой мысли во многом благодаря процессам демократизации, происходящим в современной России. Пристальное внимание к данной теме обусловлено практическими потребностями общества. Так, специалисты констатируют, что «в условиях современной России многие из традиционных способов расследования преступлений и их разбирательства в судебном процессе оказываются недостаточными и нуждаются в развитии, обновлении средств доказательного права, повышении их эффективности»<sup>1</sup>.

Проблема правовой аргументации, как и проблемы юридического характера вообще, относится к разряду наиболее сложных и дискуссионных. Представляя собой разновидность прикладного мышления, ориентированного на убеждение в справедливости (несправедливости) приговора, виновности (невиновности) обвиняемого и прочее, правовая аргументация является специфическим инструментом, обеспечивающим нормальное функционирование всей правовой системы и ее развитие.

Следует подчеркнуть, что в современных условиях специалисты проявляют особый интерес к теории аргументации в целом, не ограничиваясь лишь таким ее фрагментом, как юридическая аргументация, относящемуся к исследовательскому полю ученых-правоведов. Активизация теоретических и практических исследований в сфере теории аргументации и ее приложений обусловлена происходящими изменениями в политико-экономическом устройстве мира и вызванной ими потребностью в новых, более эффективных методах полемики и повышенным интересом к аргументативному дискурсу.

В современном обществе теория аргументации стала инструментом поиска оптимальных решений разнообразных задач, возникающих в ходе социальных процессов и при возникновении конфликтов внутри общества. По этой причине аргументация востребована и сугубо прикладными видами человеческой деятельности – юриспруденцией, экономикой, управлением финансами, инвестициями и др. Детальные разработки проблем теории аргументации продиктованы необходимостью совершенствования основного метода коллективного мышления в обществе – диалога, берущего свое начало в философской аргументации<sup>2</sup>.

Теория аргументации прошла длительный путь развития. Особое значение исследователи придавали ей с античных времен.

Формирование исходных предпосылок возникновения теории аргументации относится к VI веку до н. э., а именно, к учению Парменида о бытии, а также деятельности софистов (Протагор, Горгий, Зенон). Важной вехой на пути ее формирования выступают суждения Сократа, упоминаемые в труде Платона «Диалоги». Данные ученые внесли особый вклад в развитие теоретических основ, имеющих принципиально важное значение для теории аргументации. В числе их достижений следует отметить, например, так называемые «диалоговые формы» аргументации, явившиеся результатом исследований Сократа и Платона.

В свою очередь, Аристотель по праву считается создателем логических и риторических основ аргументации, исследовавшим также некорректные приемы аргументации (софизмы)<sup>3</sup>. Он положил начало системному изучению феномена аргументации. Ее концептуальные основы получили освещение в таких работах как «Риторика», «О софистических опровержениях», «Первая и Вторая Аналитики». В рукописи «О софистических опровержениях» Аристотель противопоставил диалектику как «искусство испытания путем умозаключения» софистике, назвав ее мнимой, а не действительной мудростью, эристику же, в свою очередь, – борьбой нечестными средствами ради победы, во что бы то ни стало.

Серьезное внимание разработке аргументации как познавательно-ценностному речевому воздействию уделял Марк Туллий Цицерон, утверждавший, что успех аргументации в судебном разбирательстве

<sup>1</sup> *Макеева Е.А.* Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 3.

<sup>2</sup> *Заленская Н.С.* Специфика философской аргументации: Дис... канд. филос. наук. – Тюмень, 2011. – С. 3.

<sup>3</sup> См.: *Аристотель.* О стиле ораторской речи // Об ораторском искусстве. – М., 1959.

зависит от убежденности самого оратора и его стремления убедить суд, а решающим фактором в выступлении оратора он считал знания логики, этики, права, истории<sup>1</sup>.

Средневековая философия усовершенствовала технику аргументации в рамках теологической схоластики, апологетики, борьбы номинализма и реализма (Д. Анахт, П. Абеляр, У. Оккам). Достижением мировой философской мысли того же периода стал и трактат арабского ученого Абу-Насра аль Фараби «Книга букв».

Особый смысл аргументация приобрела в философии Нового времени. Весомым вкладом в теорию аргументации был труд Р. Декарта «Рассуждение о методе». В нем была представлена система суждений о принципах и правилах методического мышления.

Немецкая классическая философия в лице И. Канта и Г.В.Ф. Гегеля превратила аргументацию из средства обоснования какого-либо вопроса в метод конструирования самой философской системы.

Устойчивый интерес специалистов к проблеме юридической аргументации был отмечен в XVI–XVII веках, что нашло отражение в работах таких известных французских судебных деятелей как Леместр, Патрю, Жеррье. В XIX веке данная тема привлекла внимание признанных мастеров судебной речи: Лашо, Беррье, Лабори, Морнар и других. В этот же период времени, после судебной реформы 1864 года, в связи с введением суда присяжных и учреждением присяжной адвокатуры, серьезное внимание правовой аргументации стало уделяться и в России.

В XX веке учение об аргументации претерпевает существенные изменения. Данная теория обогащается материалами психологических, лингвистических, социально-философских исследований.

Постепенно наметилось обособление двух основных направлений исследования аргументации:

- логико-гносеологического;
- риторико-гносеологического.

Логико-гносеологическое направление в исследовании правовой аргументации базировалась на формально-логических положениях о доказательствах, законах логики и операциях правильного мышления.

Риторико-гносеологическое направление постоянно эволюционировало в зависимости от изменения понимания предмета риторики: от восприятия аргументации как искусства убеждения в справедливости, истинности до рассмотрения ее как ораторского искусства, некоего умения говорить красноречиво.

Со второй половины XX века начался процесс синтеза названных тенденций в виде идеи новой теории аргументации («неориторика»). Особая заслуга в реконструкции и развитии проблем аргументации на этом этапе принадлежала бельгийским философам Х. Перельману и Л. Олбрехт-Тытеке<sup>2</sup>. Важную роль в появлении огромного количества специальных исследований природы аргументации сыграла их работа «Новая риторика: трактат об аргументации» (1949 г.). По мнению этих ученых, сфера аргументации не доказательна, а лишь вероятностна, правдоподобна, поэтому в ее основании и лежит «новая риторика», искусство убеждать и манипулировать мнениями.

Активно разрабатывавшаяся в западной философии во второй половине XX века теория аргументации долгие годы не была востребована в нашей стране с единой идеологией, где методы убеждения имели определенную специфику, которая является предметом самостоятельного серьезного рассмотрения. Проблемы аргументации, мастерства убеждения и дискуссии очень мало разрабатывались в отечественной науке<sup>3</sup>.

Отечественные специалисты вплотную приступили к исследованию проблем аргументации лишь с середины 80-х годов XX века. Появились фундаментальные монографические исследования А.Г. Алексеева, Г.А. Брутяна, А.А. Ивина, посвященные исследованию общих проблем аргументации<sup>4</sup>.

В XXI столетии теория аргументации становится объектом внимания специалистов разных областей знания. Фундаментальный интерес к данной проблематике привел к необходимости создания не только общей теории аргументации, но и специальных, прикладных ее разделов.

В связи с этим необходимо отметить, что исследования, специально посвященные правовой аргументации, до недавнего времени в отечественной юриспруденции активно не проводились. Отсюда и реально сложившееся противоречие между накопленным богатым теоретическим материалом по проблеме аргументации и отсутствием специального научного гносеологического исследования этой проблемы в правовой сфере<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> См.: Марк Туллий Цицерон. Мысли и высказывания / Под ред. В.П. Бутромеева, В.В. Бутромеева. – М., 2011.

<sup>2</sup> См.: Перельман Х. Новая риторика: трактат об аргументации / Х. Перельман, Л. Олбрехт-Тытека // Язык и моделирование социального воздействия. – М., 1987.

<sup>3</sup> Викторук Е.Н. Неклассические модели этической аргументации: Дис... д-ра филос. наук. – Красноярск, 2009. – С. 99.

<sup>4</sup> См., например: Брутян Г.А. Аргументация. – Ереван, 1984; Алексеев А.Г. Аргументация. Познание. Общение. – М., 1991.

<sup>5</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 6.

На сегодняшний день единого общепринятого определения аргументации, которое отражало бы все многообразие ее аспектов, в том числе юридического, не существует. В основе всех дефиниций лежит понимание ее как речемыслительного феномена, структурированного по законам формальной логики и ориентированного на обратную связь в виде признания целесообразности аргументации либо в форме другой ответной деятельности.

В логических словарях аргументация, в большинстве случаев, определяется как *приведение логических доводов для обоснования какого-либо положения; совокупность таких доводов; логический процесс, в ходе которого истинность какого-либо положения выводится из истинности аргументов*<sup>1</sup>; *понятие, обозначающее логико-коммуникативный процесс, служащий обоснованию определенной точки зрения с целью ее восприятия, понимания и (или) принятия индивидуальным или коллективным реципиентом*<sup>2</sup>.

В лингвистических изданиях отмечается, что «аргументация – 1. Действие по значению глаг. аргументировать. 2. Совокупность аргументов»<sup>3</sup>.

В философской литературе можно обнаружить различные варианты определения рассматриваемого феномена. Так, С.Г. Оганесян полагает, что аргументация – «*осуществляемый в сфере общения сложносоставной вид обоснования, применяемый аргументатором с целью убедить реципиента принять истинность своего тезиса о... ценности, целесообразности, необходимости, правдоподобности выдвигаемого им утверждения*»<sup>4</sup>.

По мнению Н.С. Заленской, под аргументацией следует понимать *интеллектуальную коммуникативную деятельность по обоснованию или опровержению позиции, представленной системой утверждений с целью убеждения определенной аудитории*<sup>5</sup>. В ее основе лежит система методов, инструментов и средств, на которых основываются философские взгляды, демонстрируются философские утверждения и признаются очевидными для аудитории их доказательства.

Применительно к правовой аргументации следует отметить, что в первое десятилетие XXI века она нашла отражение в ряде специальных юридических исследований. Учеными-правоведами, в частности, был предложен перечень ее основных признаков и разработана система соответствующих принципов (законности, равенства, объективности, определенности, непротиворечивости, достаточности и т. д.)<sup>6</sup>. Заслуживает внимания и попытка сформулировать развернутую общетеоретическую дефиницию данной категории. Так, К.В. Каргин понимает под юридической аргументацией *осуществляемую в рамках правовых отношений и в связи с конкретной юридической ситуацией деятельность, состоящую в приведении правовых доводов, которые, будучи оцененными их адресатом – правовой аудиторией, могут породить ожидаемый со стороны аргументатора правовой результат*<sup>7</sup>.

Правовое регулирование общественных отношений, обеспечение поиска компромисса в конфликтных ситуациях, обоснование правоприменительного решения, в силу своей социальной значимости не могут и не должны осуществляться спонтанно, произвольно. В их основу должны быть положены соответствующие научные разработки. Вышеизложенное в полной мере относится и к юридической аргументации. Потребности государства и общества позволяют нам предположить, что данный феномен должен развиваться, прежде всего, как особый вид научной аргументации. В этом случае основными его свойствами будут выступать: а) направленность на поиск истины, б) научная обоснованность, в) применение научной терминологии, г) требование определенной степени подготовленности аудитории, д) использование доказательства как основного метода научной аргументации<sup>8</sup>.

Подобный подход предполагает рациональность юридической аргументации. Она основана на истинности аргументов и логической правильности доказательства тезиса или опровержения антитезиса. В процессе «аргументации как основное средство воздействия на реципиента аргументатор использует логические средства, ...но не алогические или противологические»<sup>9</sup>.

Аргументация здесь рационально-логическая, интеллектуальная деятельность субъекта; способ рассуждения, включающий доказательство и опровержение, в процессе которого создается убеждение в истинности тезиса, как у самого доказывающего, так и у его оппонентов<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> См.: Ивин А.А. Словарь по логике / А.А. Ивин, А.Л. Никифоров. – М., 1997. – С. 21.

<sup>2</sup> Современный философский словарь / Под общ. ред. В.Е. Кемерово. – М., 2004. – С. 80.

<sup>3</sup> Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – М., 1981. – Т. I. – С. 44.

<sup>4</sup> Оганесян С.Г. Аргументация, ее предметная область и возможности: Дис... д-ра филос. наук. – Ереван, 1997. – С. 10.

<sup>5</sup> Заленская Н.С. Специфика философской аргументации: Дис... канд. филос. наук. – Тюмень, 2011. – С. 13.

<sup>6</sup> См., например: Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. филос. наук. – М., 2003.

<sup>7</sup> Каргин К.В. Понятие и элементы юридической аргументации: Монография. – Н. Новгород, 2010. – С. 45.

<sup>8</sup> Заленская Н.С. Специфика философской аргументации: Дис... канд. филос. наук. – Тюмень, 2011. – С. 14.

<sup>9</sup> Оганесян С.Г. Аргументация, ее предметная область и возможности: Дис... д-ра филос. наук. – Ереван, 1997. – С. 8.

<sup>10</sup> См.: Ивлев Ю.В. Курс лекций по логике. – М., 1988.

В качестве доминирующей характеристики юридической аргументации здесь выступает доказательность, то есть «состоятельность, ясность, обоснованность»<sup>1</sup>. Для ее обеспечения субъекты оперируют аргументами, под которыми понимаются «основания, доводы, приводимые доказательства чего-либо»<sup>2</sup>. В научной литературе подчеркивается, что их использование должно «соотнеситься с правилами формальной логики»<sup>3</sup>.

Рассуждая о наиболее желанных и перспективных, с точки зрения правоведа, направлениях развития юридической аргументации, не следует рассматривать данный феномен в отрыве от тенденций, имеющих место в современной теории аргументации, и потребностей, в том числе сиюминутных, юридической практики. Реальность такова, что в современной юридической аргументации все более заметными становятся элементы «неориторики». В частности, в последние годы все больше сторонников находит позиция, в рамках которой она рассматривается как особый вид коммуникативной активности. При таком понимании ее основными характеристиками являются не столько «правильность», логичность и эффективность методов доказательства, сколько степень убедительности речи оратора<sup>4</sup>. Юридическая аргументация воспринимается здесь как «речевое действие»<sup>5</sup>. Г.Н. Аксенова, в частности, определяет ее как «разновидность коммуникативной речевой деятельности, направленной на убеждение реципиента при помощи специфических языковых средств, имеющих речевую форму выражения и апеллирующих к мыслительным способностям воспринимающего субъекта и его личностным ценностям»<sup>6</sup>.

При подобном подходе доказательность юридической аргументации уступает место такому свойству как убедительность. В ходе нее активно задействуются не только интеллектуальная, но и эмоциональная, волевая сферы. Юридическая аргументация не сводится здесь к доказательству или опровержению, а отличается ориентацией на *убеждение* аудитории. Подобная практика получила сегодня широкое распространение. Обращение к ней позволяет выделить ряд типичных способов убеждения:

1) апелляция к силе – вместо логического убеждения субъекты прибегают к внелогическому принуждению (физическому, психическому, экономическому, административному и т. д.), в силу чего в сознании реципиента формируется мотивация к принятию тезиса;

2) апелляция к невежеству – использование неосведомленности или непосвященности оппонента и навязывание ему мнений, которые не находят объективного подтверждения либо противоречат науке;

3) апелляция к выгоде – вместо логического обоснования тезиса субъекты агитируют за его принятие потому, что так выгодно в экономическом или ином отношении, в связи с чем мотивация к принятию тезисов аргументатора обусловлена воздействием на систему субъективных ценностей реципиента;

4) апелляция к здравому смыслу – апелляция к обыденному правосознанию вместо реального обоснования, то есть формирование мотивации на основе примитивных социальных стереотипов;

5) апелляция к состраданию – вместо реальной оценки конкретного поступка взывают к жалости, человеколюбию, состраданию, при этом убеждение происходит в результате активации эмоциональной сферы реципиента;

6) апелляция к верности – вместо обоснования тезиса как истинного, склоняют к его принятию в силу верности, привязанности, почтения.

Принятие реципиентом утверждений аргументатора зависит также от множества иных факторов, в частности, ценности, «престижности» в глазах реципиента источника, на который ссылается аргументатор для обоснования своей точки зрения, и от среды обитания, под которой подразумеваются материальные условия жизни и «духовный климат» непосредственного окружения реципиента. В ходе дискуссии, полемики можно взывать к совести, справедливости, долгу и прочим этическим категориям в целях доказательства истинности тезиса или для опровержения тезиса ложного<sup>7</sup>. Как можно заметить, средства формальной логики отходят здесь на второй план. Они рассматриваются лишь как один из инструментов убеждения.

<sup>1</sup> См., например: *Ефремова Т.Ф.* Толковый словарь. – М., 2010.

<sup>2</sup> Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – М., 1981. – Т. I. – С. 44.

<sup>3</sup> *Аксенова Г.Н.* Когнитивные стратегии аргументативной речевой деятельности (на материале судебной речи): Дис... канд. филол. наук. – Барнаул, 2003. – С. 21.

<sup>4</sup> *Викторук Е.Н.* Неклассические модели этической аргументации: Дис... д-ра филос. наук. – Красноярск, 2009. – С. 102.

<sup>5</sup> *Яценко Н.Е.* Толковый словарь обществоведческих терминов. – СПб., 1999. – С. 30.

<sup>6</sup> *Аксенова Г.Н.* Когнитивные стратегии аргументативной речевой деятельности (на материале судебной речи): Дис... канд. филол. наук. – Барнаул, 2003. – С. 22.

<sup>7</sup> См., например: *Аксенова Г.Н.* Когнитивные стратегии аргументативной речевой деятельности (на материале судебной речи): Дис... канд. филол. наук. – Барнаул, 2003; *Викторук Е.Н.* Неклассические модели этической аргументации: Дис... д-ра филос. наук. – Красноярск, 2009; *Оганесян С.Г.* Аргументация, ее предметная область и возможности: Дис... д-ра филос. наук. – Ереван, 1997.

Можно долго спорить об оправданности, допустимости использования с точки зрения правоведения подобных «уловок» в области юридической аргументации. Практика же, в свою очередь, демонстрирует их востребованность и способность достигать поставленные цели. В этой связи представляется, что в современных условиях вряд ли будет конструктивной и плодотворной дискуссия о том, какой из обозначенных подходов является более удачным. По-нашему мнению, в дальнейшем одним из перспективных направлений научного поиска должен выступать вопрос о соотношении доказательности и убедительности юридической аргументации. По справедливому замечанию Е.А. Макеевой существуют четыре типа правовых рассуждений, направленных на достижение истины в правовой сфере: «доказательно и убедительно», «недоказательно, но убедительно», «доказательно, но не убедительно» и «недоказательно и неубедительно»<sup>1</sup>.

Очевидно, что первый тип правового рассуждения – это высший образец, идеал. В этой связи главная задача современной юридической науки состоит в том, чтобы определить основные направления движения к нему, снять известное противоречие между убедительностью и доказательностью.

---

<sup>1</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 16.

**И.В. Першина**

*Першина Ирина Викторовна – кандидат юридических наук,  
доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России*

### **Концептуальные основания аргументации в дискуссии по правовому интересу**

Комплекс вопросов связанных с соотношением права и интереса, является предметом активного, длительное время вестущегося и широкого по составу участников научного спора. Эта дискуссия не имеет единого, общепринятого наименования. Для ее обозначения мы используем термин «правовой интерес», поскольку эпицентром спора является вопрос о признании или непризнании самого существования явления, обозначаемого данным термином. Применительно к субъективному гражданскому праву проблема его соотношения с интересом традиционно формулируется именно так: входит ли категория «интерес» в содержание субъективного права? Мнения цивилистов по этому поводу разделились. Некоторые ученые считают, что интерес входит в содержание субъективного права и является его ведущим элементом. Другие исследователи полагают, что интерес не может входить в содержание субъективного права, ибо представляет собой предпосылку и цель субъективного права<sup>1</sup>. Анализ любой острой и длительное время продолжающейся научной дискуссии может оказаться полезным в плане развития теории аргументации вообще, юридической аргументации в частности и в какой-то мере способствовать успешному разрешению данной дискуссии.

Представленная в отечественном правоведении в своем начальном и классическом виде рассматриваемая дискуссия инициирована Л.И. Петражицким. Свою резко негативную, критическую позицию в отношении правового интереса он изложил в труде «Теория права и государства в связи с теорией нравственности», изданном в 1909 году. Острые его критики направлены прежде всего на учение Р. Иеринга, поскольку правовая теория интересов связана с его именем. Р. Иеринг доказывал тезис о том, что право есть юридически защищенный интерес, в защите интересов он видел существо и смысл права. Л.И. Петражицкий обращает внимание на то, что Р. Иеринг при этом имел в виду частные, гражданские права, а элемент защиты усматривал в гражданском иске. А поскольку эти иски предъявляются в суд по инициативе самого потерпевшего, право определяется как самозащита интересов. На основе такого понимания гражданских прав и возникла теория, видящая существо норм права в защите интересов.

Свои критические размышления Л.И. Петражицкий направляет также против учений С.А. Муромцева и Н.М. Коркунова, представляющие собой видоизменения основной теории Р. Иеринга. Особенно жесткой критике подвергается тезис Н.М. Коркунова о праве как разграничителе интересов субъектов. Известный специалист в области государственного права Н.М. Коркунов разрабатывал теорию разграничения интересов. В основных чертах его учение состоит в следующем. Человек в осуществлении своих целей изначально ограничен в силах и средствах. Перед ним встает проблема выбора, что предполагает сравнительную оценку интересов. Это есть дело нравственности. И насколько разнообразны бы не были нравственные принципы – польза, истина, свобода, а соответственно и результаты оценки, – все они сходны в своей функции – служить мерилем человеческих интересов. Интересы, определяющие содержание деятельности, сталкиваясь не только между собой, но и с интересами других людей, ставят человека перед необходимостью их согласования. С точки зрения нравственности, затруднительно дать согласную со всеми оценку данной ситуации, определить, чей интерес должен быть поставлен выше. Личные же убеждения одного человека не могут быть обязательны для другого. Наряду с нравственной оценкой, человеческое сознание выработало нормы разграничения интересов, служащие совместному осуществлению всех разнообразных человеческих целей. Эти нормы разграничения интересов суть юридические нормы. «Нравственность дает оценку интересов, право их разграничение» – утверждает Н.М. Коркунов. Нетрудно доказать, по его мнению, что «каждая юридическая норма есть непременно норма разграничения интересов»<sup>2</sup>. Нравственная оценка не обусловлена противоположением своих и чужих интересов, поэтому из нравственных норм выводится только безусловный нравственный долг, а из юридических – обусловленные друг другом право и обязанность. Последняя сохраняется только до тех пор, пока существует чужой интерес, ради которого она установлена.

---

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М., 2002. – С. 82.

<sup>2</sup> См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб., 2003. – С. 60–62.

В своем учении Н.М. Коркунов не дает ясного и четкого определения понятия «интерес». По совокупности отдельных высказываний автора об интересах можно заключить, что он наделяет их свойством объективного социального бытия. Так, например, он высказывает суждение о том, что разнообразные интересы составляют содержание общественной жизни. Утверждается также, что интересы, составляющие содержание человеческой деятельности, складываются под влиянием не одних только личных условий, а может быть еще в большей степени под влиянием общественных условий и потому значительная их доля имеет не индивидуальный, а социальный, общий характер. Для рассматриваемой дискуссии надделение интереса свойством объективности имеет весьма существенное значение.

В дискуссию, связанную с правовой теорией интереса, в той или иной степени были вовлечены видные представители юридической науки рассматриваемого периода. Между ними не было полного единства мнений по многим вопросам теории правового интереса. Так, например, слабость позиции Н.М. Коркунова усматривалась в убеждении о возможности безболезненно, при общем согласии провести линию разграничения интересов. Он исходил из того, что в основу разграничения интересов для всех обязательным правом может быть принято только то, что всем им обще, всеми ими одинаково признается<sup>1</sup>. Так, Р. Иеринг, напротив, утверждал, что право есть силовое понятие, то есть исходил из прямо противоположной посылки – право образуется в борьбе интересов за первенство, что, собственно, и сообщило его учению практически подкрепленную силу и убедительность. Возражение, выдвигаемое против теории разграничения, в том и состояло, что в каждой конкретной норме (а не комплексе их) учитывается только один интерес – управомоченного, интерес же обязанной стороны, скажем должника в невозвращении кредита, просто-напросто подавляется.

Основное направление опровержения правовой теории интереса применительно к любой ее разновидности задано Л.И. Петражицким. Концептуальное основание деструктивной критики, всей выдвигаемой им системы аргументов состоит в понимании интереса психическим явлением, явлением внутреннего мира. Опираясь на это базовое положение, он аргументирует тезис о том, что «права не имеют ничего общего с интересами». Интерес выступает чуждым, посторонним для существа права в субъективном смысле явлением. В области права, по его мнению, правильнее говорить не об интересах, а о поведении, о действиях и поступках. «Право вообще не запрещает сознавать какие угодно интересы и переживать какие угодно волевые движения. С другой стороны, право не дает собственно никому интересу *carte blanche* для осуществления. Дело в поведении, которое может быть предписано, дозволено или запрещено, совершенно независимо от того интереса, которым оно вызвано... *Право регулирует непосредственно не интересы наши, поступки, и это – две вещи различные*»<sup>2</sup>.

Л.И. Петражицкий не отрицает связь права и интереса, возможность существенного и различного воздействия права на интересы, но только такие виды воздействия, которые соответствуют природе интересов как психических явлений. Вместе с тем, исходя из принятой психологической трактовки интереса, он показывает несостоятельность выражения «защита интересов». Логика его рассуждений такова. Слово «защита» означает действия, направленные на отражение нападения. Однако нападать на интерес как нечто психическое нельзя. С другой стороны, правовая норма, призванная якобы защищать интерес, также является не действием, а известного рода правилом. Поэтому формула «право есть защита интересов» может использоваться только в качестве метафоры, но не строгого научного термина.

Вполне обоснованным представляется высказанное Л.И. Петражицким критическое замечание в неопределенности содержания используемого его оппонентами понятия интереса. Свое негативное к нему отношение он выразил в оценках его как суррогата точной научной терминологии, *quasi-термина*<sup>3</sup>.

Концептуальное основание позиции Л.И. Петражицкого в рассматриваемой дискуссии не исчерпывается психологической трактовкой интереса. Принятое и используемое им понимание интереса как психологического, субъективного явления обусловлено разработанной им психологической концепцией права. В этом плане проведенные им критические рассуждения о правовой теории интереса представляются вполне логичными. Однако возникает вопрос: насколько они убедительны для сторонников иной трактовки интереса и иной концепции права.

Для ученого-юриста, наделяющего исследуемые правовые категории социальным содержанием, представляется вполне возможным признание объективного бытия интереса и теории защиты интересов. Это наглядно проявляется, например, в определении преступного деяния, приведенном выдающимся отечественным криминалистом Н.С. Таганцевым: «...*преступным почитается деяние, посягающее на юридическую норму в ее реальном бытии; или, выдвигая более содержание посягательства: деяние, посягающее на охраненный нормой интерес жизни*»<sup>4</sup>. Жизненным проявлением нормы,

<sup>1</sup> См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб., 2003. – С. 70.

<sup>2</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С. 257.

<sup>3</sup> См. там же. – С. 249–250.

<sup>4</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право: В 2 т. – Тула. – 2001. – Т. 1. – С. 54.



по мнению автора, может быть лишь то, что вызывает ее возникновение, дает ей содержание, служит ей оправданием, – это интерес жизни, интерес человеческого общежития. Таким образом, посягательство на норму права в ее реальном бытии есть посягательство на правоохраненный интерес жизни, на правовое благо<sup>1</sup>.

Современное состояние рассматриваемой дискуссии характеризуется значительным возрастанием числа участников и разнообразием используемых концепций интереса. По вопросу о сущности интересов и их роли в системе общественных отношений и правовой жизни имеются различные точки зрения, которые разворачиваются в следующие концепции:

1. Интерес – явление объективное, полностью относящееся к сфере общественного бытия. Он может осознаваться субъектом, отражаясь в его сознании, но этот субъективный образ не есть собственно интерес.

2. Интерес – исключительно субъективное явление и искать его вне сознания не имеет смысла.

3. Интерес рассматривается единством субъективного и объективного.

4. Признаются существующими два ряда интересов – объективные и субъективные как принципиально различные и несводимые друг к другу.

Первые две из указанных концепций использовались, как мы уже видели, в период зарождения дискуссии о правовом интересе. Они и сегодня востребованы ее участниками. Большинство исследователей интереса отдают предпочтение первой концепции. Возможно, в какой-то мере это обусловлено имевшей место определенной принудительностью духовного воздействия господствующего в мировоззрении отечественных ученых принципа первичности бытия и вторичности сознания. Доминирование в позициях исследователей концепции объективного интереса еще не означает решения проблемы, поскольку даже среди ее сторонников нет единства мнений по целому ряду вопросов. В этой связи представляются обоснованными следующие выводы, сделанные А.В. Кузьминой в результате проведенного исследования категории «интерес» в философии и праве. Отметив отсутствие минимально приемлемого консенсуса среди исследователей социально-гуманитарного профиля в вопросах об объективности и объективных интересах (на наш взгляд, это в равной мере относится и к вопросам о субъективности и субъективных интересах), автор заключает, что это совсем не повод для сворачивания творческих дискуссий, а основа для их продолжения в новых социокультурных условиях недоминирования догматического подхода ко всему объективному и субъективному. Правильным и перспективным представляется ее вывод о том, что «в дискуссиях по поводу субъективности и объективности интересов следует добиваться определенной ясности позиций их участников относительно содержания и соотношения категорий “субъективность” и “объективность”»<sup>2</sup>.

В гуманитарных исследованиях одно и то же явление, выступающее в различных аспектах и связях, вполне может характеризоваться в терминах «объективное» и «субъективное». Так, например, В.А. Тархов утверждает, что право в объективном смысле тоже субъективно, поскольку создается людьми, хотя их воля объективно обусловлена<sup>3</sup>. Интерпретация данного суждения, равно как и любого другого высказывания, содержащего в себе данные термины, адекватно мысли автора предполагает высокую культуру мышления и знание довольно большого числа смыслов используемых понятий. Трудность состоит в том, что содержание указанных терминов авторами, как правило, не приводится и должно устанавливаться читателем, слушателем или собеседником только по контексту проведенного рассуждения.

В каких терминах следует характеризовать интерес? Он объектен или субъектен, объективен или субъективен? Ответы на эти вопросы и лежат в основании различных концепций интереса. Применение категорий «объективное» и «субъективное» для обозначения принадлежности явления к внешней или внутренней сфере субъекта далеко не исчерпывает их семантический потенциал. Наш тезаурус не так много содержит столь многозначных терминов как названные. В психологическом словаре Артура Ребера приводится шесть смыслов, которыми наделяется термин «объективный» и девять смысловых значений термина «субъективный»<sup>4</sup>.

Нам представляется, что отнесенность явления к миру объектов, к внешнему миру наиболее адекватно выражается понятием «объектность». Принадлежность его к внутреннему миру субъекта вполне будет выражена соотносительным с ним понятием «субъектность». Оно не равнозначно термину «субъективное», поскольку последнее имеет множество смысловых значений. Наиболее распространенными из них являются:

– принадлежность мнения определенному субъекту, необязательно поддерживаемого или принятого другими как его персональное;

<sup>1</sup> См.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право: В 2 т. – Тула. – 2001. – Т. 1. – С. 50.

<sup>2</sup> Кузьмина А.В. Категория «интерес» в философии и праве. – М., 2009. – С. 188–189.

<sup>3</sup> Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. – Чебоксары, 1977. – С. 31.

<sup>4</sup> См.: Ребер А. Большой толковый психологический словарь: В 2 т. – М., 2000. – Т. 1. – С. 541; Там же. – Т. 2. – С. 329–330.

- субъективное как внутреннее, недоступное для других. Температура – объективный параметр, а ощущение тепла или холода – субъективный феномен (понимается как синоним психического);
- идеальность психических феноменов, явлений сознания, мышления в отличие от телесного, физического;
- ненадежность, предвзятость как выражение произвола субъекта (близко к смыслу, выраженному термином «субъективизм»);
- пристрастность отношения к явлению, обусловленная симпатией или антипатией, восприятие его в свете личностного смысла.

Значительные познавательные трудности проистекают и от многозначности термина «объективное». Он используется, во-первых, для обозначения принадлежности к миру явлений существующему *вне* нашего сознания. Во-вторых, для обозначения существования явлений *независимо* от нашего сознания. В этом смысле мы говорим об объективных законах природы, общества и мышления. В третьих, данный термин используется для обозначения существования *вне и независимо* от сознания одновременно. В первом и третьем из указанных основных значений он не применим к явлениям мира психического, а во втором – применим вполне и действительно используется при их характеристике. Наглядным этому подтверждением могут служить законы логического мышления и психологической науки, истина и т. п.

Используя рассматриваемые термины в исследовании интереса, мы можем обозначать соответственно с вложенным в них смыслом совершенно разные классы явлений и пребывать в иллюзии, что речь идет об одном и том же предмете. Довольно часто их многозначность является причиной недопонимания, недоразумений и противоречий в диалоге. Важным фактором успеха в дискуссии по проблеме правового интереса, условием, позволяющим избежать бессодержательных словопрений, является также учет диалектики субъективного и объективного, выражаемой понятиями «объективация» и «субъективация».

Необходимым и существенным элементом концептуального основания аргументации в дискуссии по проблеме соотношения права и интереса, наряду с выбранной концепцией интереса, является и принимаемая участниками диалога концепция правопонимания. Мы могли уже убедиться в этом на примере воззрений Л.И. Петражицкого на правовой интерес. Особого внимания в плане обсуждаемой темы заслуживают представленные в отечественной правовой науке узкий или нормативный и широкий подходы к пониманию права. Глубокий критический анализ сложившейся ситуации в связи с проблемой правопонимания провел М.И. Байтин. Вопрос о понятии права он считает исходным, ключевым, поскольку в зависимости от его понимания трактуются и все другие правовые явления<sup>1</sup>.

В рамках нормативного подхода право понимается как система установленных государством юридических норм. Наиболее существенными его признаками принято считать: государственно-волевой характер, нормативность, властно-регулятивную природу. В определениях права, приводимых и используемых сторонниками данного подхода, категория «интерес», как правило, не используется.

Широкое понимание права, при всем разнообразии его трактовок, отличается тем, что наряду с нормами в него включаются правовые идеи, правовые отношения, правосознание, правовые учреждения и иные правовые явления. Наиболее типичным и выразительным примером подобного подхода можно считать понимание права, предложенное Г.В. Мальцевым. В монографии, посвященной правопониманию, он пишет: «Право как нормативно-регулятивная система есть совокупность норм, идей и отношений, которая устанавливает поддерживаемый средствами власти порядок организации, контроля и защиты человеческого поведения. Речь идет о праве – правовой системе в широком социокультурном смысле слова. К ней относится все то, что мы определяем в нашей жизни как «правовое», несет и содержит в себе правовое начало»<sup>2</sup>. Правовые нормы, идеи и отношения рассматриваются в системе элементов права фундаментальными, незаменимыми звеньями конструкции права. Осуществленный Г.В. Мальцевым подход отличается призывом к юридической общественности избегать крайностей в отношении к юридической норме. Недопустимо, по его мнению, представлять норму, как это делают некоторые представители социологического направления, вторичным, сугубо техническим элементом юриспруденции и преувеличивать ее роль, отождествлять право с системой норм, что свойственно сторонникам нормативистского подхода<sup>3</sup>. Сложность, как нам представляется, состоит в том, чтобы реализовать это призыв в логически непротиворечивой концепции права.

Если в содержание права включаются такие социальные явления как деятельность субъектов права, общественные отношения, урегулированные юридическими нормами, то вполне логично рассматривать интерес элементом содержания права, а при определенных условиях и его сущностью. В правоведении сформулирован и многими учеными-юристами принимается тезис: «Сущностью права

<sup>1</sup> См.: Байтин М.И. Сущность права. (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов, 2001. – С. 55.

<sup>2</sup> Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999. – С. 7.

<sup>3</sup> См. там же. – С. 7–8.

является интерес и обусловленная им общегосударственная воля, посредством которой объективно формируются способы взаимодействия людей, а эталоны и масштабы поведения приобретают официальное выражение и общеобязательное значение. Сущность права – результат взаимодействия социальной воли гражданского общества и государственной воли, представляющий собой осознанное стремление к гармонии социально значимых потребностей и интересов»<sup>1</sup>. Такое решение вопроса о соотношении права и интереса вполне согласуется с логической интерпретацией нормы. Правовая норма, как и любая норма вообще, имеет своим содержанием действие, являющееся объектом нормативной регуляции. А поскольку интерес является неотъемлемым, атрибутивным элементом деятельности, постольку имеется полное основание признать его элементом содержания нормы права.

Проведенное нами краткое ретроспективное рассмотрение некоторых аспектов дискуссии о соотношении права и интереса показывает необходимость уделять самое пристальное внимание ее концептуальным основаниям. Это позволит участникам данной дискуссии добиваться большего согласования полей аргументации. Поле аргументации – это занимаемая каждым субъектом (пропонентом, оппонентом, аудиторией) позиция, включающая множество относящихся к аргументационному процессу компонентов: суждений, способов аргументации, фундаментальных принципов, пронизывающих рассуждения, хотя часто и не формулируемых в явном виде. Решение многих частных вопросов, образующих сложившуюся проблемную ситуацию, определяется одновременно концептуальным видением интереса и правопониманием участников данной научной дискуссии.

---

<sup>1</sup> Бабаев В.К. Общая теория права: Краткая энциклопедия / В.К. Бабаев, В.М. Баранов. – Н. Новгород, 1997. – С. 29.

**В.Б. Першин, А.В. Федулов**

*Першин Виктор Борисович – кандидат философских наук, доцент, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, профессор кафедры философии Нижегородской академии МВД России;*

*Федулов Андрей Владимирович – кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России*

## **О возрастании роли аргументационной деятельности в уголовно-процессуальной сфере**

Специфика осуществляемой в юриспруденции аргументационной деятельности определяется как особенностями самой аргументационной деятельности, так и нововведениями в отечественной юриспруденции. Имеется в виду прежде всего переход от принципа установления истины по делу к принципу состязательности сторон в судопроизводстве.

Эта новация совпала по времени с фазой активного развития теории аргументации и внедрения ее идей и терминологии в сферу юридической науки и практики. Следствием этого является возникновение не преодоленного пока противоречия в сфере судопроизводства. Данное противоречие в области судопроизводства состоит, на наш взгляд, в несоответствии принципа состязательности сторон и используемой в процессуальном праве и уголовно-правовом законодательстве терминологии, органично свойственной теории доказательства.

В доказательственном праве и теории доказательств как разделе уголовно-процессуальной науки определяются методологические основы доказывания, определяются понятия доказательства, доказывания, предмета доказывания, пределы доказывания и др. Общие положения доказательственного права изложены в гл. 5 УПК РФ. Заимствование юриспруденцией у логики термина «доказательство» сопровождается изменением его содержания. В логике под доказательством понимается *логическая операция* обоснования истинности какого-либо суждения с помощью других истинных и связанных с ним суждений. В процессуальном праве термин «доказательство» используется в ином смысле. Он применяется для обозначения источников сведений о фактических обстоятельствах и самих обстоятельствах, имеющих отношение к делу. Логическому термину «доказательство» здесь соответствует термин «доказывание».

Доказательственное право регулирует условия и порядок доказывания обстоятельств, имеющих значение для дела. Логический процесс доказательства в данной сфере нормативно урегулирован, что и составляет его специфику. Законодатель регламентирует доказательственную деятельность по сборанию, проверке и оценке доказательств. Доказательства, полученные с нарушением закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения.

Специфика доказывания в судебно-следственной деятельности связана также с осуществлением практической, материально-предметной деятельности по обнаружению, фиксации, проверке, группировке и оценке доказательств. Мыслительный, логический процесс с необходимостью объективируется в следственных и судебных действиях.

Специфика юридического доказывания сравнительно с логическим доказательством заключается и в значительной роли в процессе доказывания вероятностных, предположительных суждений. Логическое понимание доказательства предполагает использование только истинных исходных суждений (аргументов).

Логическая теория доказательств разработана и существует под знаком истины в ее корреспондентской интерпретации. Данная теория не распространяется на значительный по объему класс используемых в познавательной деятельности и коммуникативной практике модальных высказываний – проблематических, нормативных, аксиологических и др. Тезисом доказательства принимается суждение, обладающее свойством истинности. Тезисом аргументации может быть также и положение, к которому не применима корреспондентская концепция истины. В качестве такового может выступать, например, оценка, прогноз и проект, норма и т. п. Ответом современной науки на неудовлетворяемые теорией доказательств потребности активно развивающихся коммуникативных процессов является создание теории аргументации.

Теория аргументации в ее современном понимании, то есть как учение об убеждающей коммуникации, является преемницей классической риторики. Понимаемая как новая риторика и обозначаемая термином *неориторика*, она впитала в себя идею античной риторики об основополагающей роли

логического доказательства, дополнив ее средствами убеждения, свойственными психологии, этике, лингвистике, философии. Возрождению риторике в середине XX века способствовали научные труды современных зарубежных и отечественных исследователей – Х. Перельмана, Р. Гроотендорста, Ф. ван Еемерена, С. Тулмина, Г.И. Рузавина, А.А. Ивина и др<sup>1</sup>.

Научная разработка теории аргументации еще весьма далека от своего завершения. В современном состоянии она представляет собой не единую общепризнанную теорию, а множество различных вариантов, реализующих разные подходы к ее построению. Основными из них являются теория аргументации как междисциплинарное, комплексное учение и логическая теория аргументации, разрабатываемая в рамках формальной логики и именуемая до недавних пор теорией доказательств.

Принципиальная новизна теории аргументации сравнительно с теорией доказательств в том, что основополагающим понятием в ней становится не истина, а убеждение, поэтому основная роль в ней отводится внелогическим факторам. В отечественной литературе междисциплинарную трактовку теории аргументации как самостоятельного и комплексного учения наиболее последовательно проводит А.А. Ивин. Согласно мнению А.А. Ивина, теория аргументации вообще не считается частью или разделом логики. Она не может рассматриваться и как некая «прикладная логика»<sup>2</sup>. А.А. Ивин настаивает на том, что противопоставление «истина–ложь», важное для других областей знания, не является ключевым ни в аргументации, ни соответственно в ее теории: «Аргументы могут приводиться не только в поддержку тезисов, представляющихся истинными, но и в поддержку заведомо ложных или неопределенных тезисов. Аргументированно могут отстаиваться не только добро и справедливость, но и то, что кажется или впоследствии окажется злом»<sup>3</sup>. Теория аргументации имеет собственный, отличный от логики, предмет исследования. Логика изучает мышление, постигающее истину со стороны его формальной правильности. Теория аргументации имеет своим предметом *убеждение, представляющее собой веру* в то, что определенное высказывание (положение) должно быть принято в силу имеющихся оснований<sup>4</sup>. Убеждающая сила воздействия коммуникантов друг на друга не исчерпывается его логической составляющей. В аргументативной деятельности, наряду с логическими, применяются средства ряда других отраслей знания.

Теория аргументации отражает логико-коммуникативное взаимодействие, представляющее собой единство логических и внелогических компонентов. Этим обстоятельством и определяется ее междисциплинарный, комплексный характер. Логическая теория доказательств и теория аргументации являются самостоятельными, качественно отличающимися друг от друга конструкциями. Первая из них описывает диалог субъектов, не выходя за рамки интеллектуального, логического аспекта их взаимодействия. Своеобразие второй состоит в том, что она рассматривает логико-коммуникативное взаимодействие в единстве множества образующих его разнородных элементов духовного мира. Она рассматривает убеждающее воздействие процессом и результатом взаимодействия интеллекта, чувственно-эмоциональных проявлений, воли, верований, ценностных установок и иных духовных качеств коммуникантов. Поэтому понятия, сформировавшиеся в теории доказательств и приспособленные для достижения целей логического анализа, не способны выразить специфику убеждения. Более того, их применение в анализе аргументативной деятельности с их собственным логическим содержанием, наряду с понятиями теории аргументации, чревато возникновением терминологической путаницы, проистекающей из нарушения закона тождества.

Проведенный сравнительный анализ теории доказательств и теории аргументации показывает, что принципиальное различие между ними проходит по линии «истина – убеждение (вера)». Поэтому в области уголовно-процессуальной науки, процессуального права и судопроизводства адекватной принципу состязательности сторон будет терминология теории аргументации, а не теории доказательств, как раздела логики.

---

<sup>1</sup> См.: *Перельман Х.* Трактат об аргументации: новая риторика / Х. Перельман, Л. Олбрехт-Тытека // Язык и моделирование социального воздействия. – М., 1987 (1958); *Тулмин С.* Способы использования аргументации (1958); *Джонстоун Г.* Философия аргументации (1959); *Реале Д.* Западная философия от истоков до наших дней / Д. Реале, Д. Антисери // От романтизма до наших дней. – СПб., 1997. – С. 601–602; *Рузавин Г.И.* Логические основы аргументации. – М., 2003; *Ивин А.А.* Теория аргументации. – М., 2000.

<sup>2</sup> *Ивин А.А.* Логика для юристов. – М., 2004. – С. 220.

<sup>3</sup> Там же. – С. 213.

<sup>4</sup> См. там же. – С. 212.

*И.В. Петелина*

*Петелина Ирина Викторовна – кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой теории и истории государства и права Астраханского филиала Саратовской государственной юридической академии*

### **Специфика юридической аргументации в процессе преподавания теории государства и права**

Преподавание теории государства и права в вузе позволяет формировать у студентов теоретическую и историко-практическую базу для углубленного изучения всех иных юридических дисциплин, так или иначе связанных со сферой государственно-правовых и государственно-властных явлений, а также политико-правовых и политико-идеологических ценностей. Поскольку в теории государства и права освещаются основополагающие положения, наиболее существенные проблемы познания государства и права, делаются принципиальные выводы о государственно-правовой действительности, то данная дисциплина призвана решать достаточно серьезные задачи в рамках формирования высококвалифицированных юристов нового поколения, позволяя готовить специалистов, обладающих широкими и глубокими знаниями государства и права, способных активно включаться в формирование гражданского общества и правового государства и т. д.<sup>1</sup>

Сложность преподавания теории государства и права, прежде всего, определяется тем, что данная теоретическая наука, содержащая колоссальный объем информации в основном в виде абстрактных теоретических положений, начинает преподаваться с первого дня обучения «вчерашним» школьникам, имеющим, как правило, весьма слабое представление о сущности государственно-правовых явлений, взаимосвязи и взаимодействии между ними. Вместе с тем, преподаватели знают, что успех учебы в юридическом вузе во многом зависит от того, насколько полно, глубоко и прочно студенты усвоят в курсе теории государства и права основные исходные данные, овладеют логикой формулирования понятий, приобретут навыки выбора из предлагаемых различными правовыми школами определений то, которое, по их мнению, наиболее полно характеризует изучаемое явление и т. д.

Задача преподавателя – заинтересовать студентов с первого дня обучения. Теоретические знания с интересом и вниманием тогда воспринимаются студентами, когда преподаватель не просто транслирует их аудитории, а ищет формы и методы подачи материала, адекватные существующему в молодежной среде мировосприятию и способствующие эффективному освоению предлагаемого учебного материала. Профессиональный успех обеспечивается не только наличием у преподавателя теоретических знаний, но и способностью правильно организовать мыслительный процесс на основе соединения знаний и навыков из различных областей; умением создать атмосферу поиска решения научной проблемы; наличием опыта формирования у студентов собственной аргументированной точки зрения, отношения к тому или иному явлению, понятию, процессу.

Современные модели обучения предполагают актуализацию комплекса наиболее эффективных приемов, способов и методов убеждающего воздействия. Преподаватель должен построить процесс обучения таким образом, чтобы с одной стороны убедить студентов в правильности своих доводов, а с другой – научить их самостоятельно приходить к оптимальным решениям и правильным выводам. Такая модель взаимодействия со студенческой аудиторией требует от преподавателя высокого теоретического, практического и методического уровня.

Теоретически необходимым и практически значимым способом подачи учебного материала по теории государства и права является правовая аргументация, позволяющая задействовать не только систему знаний, но и иные факторы, такие как нравственные установки личности, ее социальные ориентации, эмоции, привычки, предпочтения, здравый смысл, ценности и т. д.

В современной науке имеются различные подходы к определению понятия аргументация. А.П. Алексеев определял аргументацию как социальную, интеллектуальную, вербальную деятельность, служащую оправданию или опровержению точки зрения, представленную системой утверждений, направленных на достижение одобрения у определенной аудитории<sup>2</sup>. По мнению Ю.В. Ивлева, «правовая аргументация заключается в обосновании какого-либо знания посредством других знаний или фактических данных (посредством нелогических доказательств) и средств логики»<sup>3</sup>. Более развернутое определение, но мало

---

<sup>1</sup> См.: Общая теория государства и права: В 3 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 2007. – Т. 1. – С. 20.

<sup>2</sup> См.: Алексеев А.П. Аргументация. Познание. Общение. – М., 1991.

<sup>3</sup> Ивлев Ю.В. Логика для юристов: Учебник. – 5-е изд., перераб. и доп. – М., 2010. – С. 199.

чем отличающееся от предыдущих по сути, предлагает Г.А. Брутян: «Аргументация – это способ рассуждения, в процессе которого выдвигается некоторое положение в качестве доказываемого тезиса: рассматриваются доводы в пользу его истинности и возможные противоположные доводы; дается оценка основаниям и тезису доказательства, равно как и основаниям и тезису опровержения; опровергается антитезис, то есть тезис оппонента; доказывается тезис; создается убеждение в истинности тезиса и ложности антитезиса как у самого доказывающего, так и у оппонентов; обосновывается целесообразность принятия тезиса с целью выработки активной жизненной позиции и реализации определенных программ, действий, вытекающих из доказываемого положения»<sup>1</sup>.

Не акцентируя внимание на различиях в подходах авторов к определению юридической аргументации, перейдем к характеристике ее особенностей в процессе преподавательской деятельности. Юридическая аргументация как способ установления истинности или ложности суждения в процессе преподавания теории государства и права выполняет следующие основные функции:

- 1) коммуникативную;
- 2) воспитательную;
- 3) познавательную;
- 4) социальной адаптации.

*Коммуникативная функция.* Форма аргументации чаще всего носит характер диалога, ибо аргумент не только доказывает свой тезис, но и опровергает антитезис оппонента, убеждая в правильности своего тезиса. Коммуникативная деятельность преподавателя проявляется в ходе речевого воздействия путем приведения таких доводов, которые способны убедить аудиторию в правильности своей позиции.

В классическом варианте презюмируется, что с одной стороны квалифицированный преподаватель транслирует учебный материал аудитории, а добросовестные студенты его получают (или должны получить). Современные подходы требуют от преподавателя умения проектировать оптимальную стратегию преподавания дисциплины и предлагают нетрадиционные виды лекционных занятий: лекция-диалог, лекция-пресс-конференция, проблемная лекция и другие виды занятий, нацеленные на повышение активности и коммуникабельности обучающихся. Классические лекции по теории государства и права сами по себе выполняют информационную функцию, но эффект установления контакта со студентами оптимально достигается именно в процессе занятий, проводимых в форме диалога.

Диалогическое общение строится как живой диалог преподавателя со студентами по ходу лекции на тех этапах, где это целесообразно, либо как внутренний диалог (самостоятельное мышление), что наиболее типично для лекции проблемного характера. На протяжении такого рода лекций преподаватель находится в постоянном контакте со студентами, подавая материал лекции в форме ответов на их вопросы. Проблемная лекция стимулирует повышение профессионального уровня и самого преподавателя. Студенты могут задать неожиданные и достаточно острые вопросы, на которые лектор должен дать обстоятельный, аргументированный ответ.

Следует учитывать, что студент по отношению к преподавателю не объект обучения, а равноправный субъект совместного творчества, складывающегося в процессе освоения новых знаний и практических навыков. Поэтому эффективность образовательного процесса может быть обеспечена активизацией диалогического общения, формированием познавательного интереса к содержанию учебного курса и профессиональной мотивации будущего специалиста.

*Воспитательная функция* сводится к тому, что приобретение навыков аргументации является наиболее быстрым и продуктивным способом повышения логической культуры мышления, которая, как известно, является важнейшим фактором достижения не только успехов в профессиональной деятельности, но и формирования будущего специалиста как личности. В обязанности преподавателя вуза входит не только учебно-методическая работа, но и осуществление воспитательных функций. Особенно остро проблема воспитания студенческой молодежи стоит в современном обществе, где огромную роль играют электронные СМИ.

Преподавателям хорошо известны методические трудности, которые возникают у студента-первокурсника, впервые соприкоснувшегося с теорией государства и права. Задача преподавателя преодолеть в сознании студентов возникающее со стихийной неизбежностью представление о «сухости», формальном характере, оторванности этой науки от жизни и практики.

Трудности испытывает не только студент, но и преподаватель, который должен использовать преподавание своей науки в том числе и в воспитательных целях. Достаточно сложно, преподавая учебную дисциплину, требующую поднятия на некоторую ступень абстракции, добиться ее эффективного воздействия на формирование характера и мировоззрение студентов, на регулирование их поведения.

Приемы юридической аргументации помогают преподавателю научить студентов обосновывать свою позицию, выделять главное и игнорировать второстепенное, строить доказательства, принимать

<sup>1</sup> Брутян Г.А. Аргументация. – Ереван, 1984. – С. 7.

взвешенные решения, а все это формирует личность. Убеждения, как известно, это не только представления о реальности, но и оценки, идеалы, нормы, цели. Воздействуя на них можно изменять поведение обучаемых.

*Познавательная функция.* Аргументация это интеллектуальная деятельность, состоящая в осмыслении спорных положений, выдвижении тезисов, подборе аргументов для их обоснования, доказательства, опровержения, критики.

Проблемные лекции, о которых мы уже упоминали, строятся таким образом, чтобы обусловить появление вопроса в сознании студента. В отличие от информационных лекций, которые излагаются в виде известного, подлежащего лишь запоминанию материала, проблемные побуждают студента к поисковой деятельности, в ходе которой задействованы мышление студента и его личностное отношение к усваиваемому материалу. Познавательная активность студентов выражается в логическом анализе текстов научной литературы; поиске ответов на проблемные вопросы; попытках соотнести теоретические проблемы с практикой их реализации; аргументации позиции того или иного автора либо своей собственной позиции, сформированной в процессе изучения различных подходов к решению данной проблемы.

Как верно в свое время заметил профессор Л.А. Арцимович, «студент это не сосуд, который надо заполнить знаниями, а факел, который нужно зажечь». Лекции проблемного характера отличаются углубленной аргументацией излагаемого материала и способствуют формированию у студентов самостоятельного творческого мышления, умения самостоятельно ориентироваться в потоке научной и политической информации, прививают им познавательные навыки.

*Функция социальной адаптации* способствует выработке у студентов умения аргументированно и грамотно вести дискуссию, адекватно воспринимать речь своего оппонента, распознавать логические и психологические уловки. Для будущего юриста чрезвычайно важно приобрести в вузе не только прикладные навыки и фундаментальные знания, необходимые ему для выполнения специальных функций и формирования собственных концептуальных представлений о сущности государственно-правовых явлений, взаимосвязи и взаимодействии между ними, но и научиться четко и ясно выражать мысли, обосновывать выдвигаемые тезисы, аргументированно и доказательно отстаивать свои позиции и интересы, то есть в конечном счете применять правила теории аргументации в научных дискуссиях, дебатах, прениях, деловых беседах и переговорах.

Достаточно часто приходится слышать, что массив полученных в вузе теоретических знаний не служит гарантией будущего профессионального успеха и, к сожалению, подобные утверждения зачастую небезосновательны. Сегодня, пожалуй, это одна из важнейших проблем юридического образования в России. Подготовке квалифицированного юриста – а это, прежде всего тот, кто в состоянии, выйдя из стен вуза, быстро освоиться в профессии – серьезно мешает отсутствие возможностей соединения и использования получаемых в вузе знаний для решения конкретной правовой проблемы (даже если это происходит в имитационной форме, а не в реальной жизни). Между тем правильная организация мыслительного процесса на основе соединения знаний теоретических проблем и умения их реализовать на практике – залог успешной адаптации выпускника в профессии.

Выпускнику вуза после того, как он начнет реально практиковать, требуется, как минимум, несколько лет для профессиональной зрелости. Между тем существует реальная возможность преодолеть этот недостаток отечественной системы подготовки кадров еще на этапе обучения в вузе. Социально адаптировать студентов помогают инновационные технологии в образовательном процессе: интерактивные занятия, деловые ролевые игры, мозговые штурмы, политико-правовые диспуты, «круглые столы», в ходе которых студенты сами выступают в качестве оппонентов, руководителей споров, ведущих, арбитров. В процессе такого рода занятий, студенты сознательно опираются на нормы рационального речевого общения и требуют их соблюдения от своих оппонентов в ходе полемики, приобретают определенные навыки ведения спора, осваивают основные приемы и правила ведения дискуссии, учатся аргументированно и доказательно отстаивать свои позиции и интересы, успешно вести деловые переговоры, побеждать в споре.

Помимо названных функций аргументации в процессе преподавания теории государства и права можно назвать: оценочную, стимулирующую, демонстрационную, критическую, развивающую и др.

Научить студентов обоснованно излагать свои доводы и убеждать другую сторону в их правильности может преподаватель, который сам в совершенстве владеет технологией аргументации. Убеждение предполагает такое воздействие преподавателя на волю и разум студента, при котором последние имеют возможность поступать по своему усмотрению, обладают свободой воли, могут сознательно и практически оценивать предлагаемые решения и доводы в их защиту.

Аргументационная деятельность ориентирована на рационально-логический анализ отношения между заключениями и аргументами, применяемыми для этого рассуждения, а также данных, с помощью которых эти заключения обосновываются. В процессе преподавания теории государства и права аргументационная деятельность, на наш взгляд, должна отвечать следующим требованиям:

1. *Аргументация предполагает диалог между преподавателем и студентом*, один из которых приводит доводы «за» или «против» какого-либо утверждения, второй активно на них реагирует. Аргументационная



деятельность в процессе обучения предполагает легализацию диалога как равноправного метода общения преподавателя и студента, с упором на сотрудничество, соавторство. Преподаватель не только признает право студента на собственное суждение, но и заинтересован в нем. По мнению Г.И. Рузавина, преподаватель может вступить в диалог с аудиторией для развития самостоятельности и активности мышления студентов, и вести его так, чтобы студенты сами выдвигали аргументы, анализировали и обосновывали их, прежде чем придти к истинному результату. Такая форма диалога, по его мнению, оказывается весьма эффективным средством в процессе обучения и образования<sup>1</sup>.

2. *Аргументация должна быть выражена в языковой форме и осуществляется в виде произнесенных или написанных утверждений*, предназначенных для подтверждения или опровержения какого-либо мнения. Стремление преподавателя убедить студента в истинности какого-либо теоретического положения всегда начинается с постановки проблемы. Затем происходит взаимодействие интенций преподавателя и аудитории. Преподаватель с помощью различных аргументов стремится склонить аудиторию на свою сторону, студенты оценивают представленные аргументы, выдвигают контраргументы и на этом основании строят свое поведение, вырабатывают собственную позицию по спорным вопросам. Убежденность аудитории возникает не вследствие каких-то предварительных представлений, мнений и ощущений, а в первую очередь от озвучивания преподавателем проблемы, его эмоционального посыла и, разумеется, аргументов, с помощью которых он старается убедить студентов в правильности своей позиции.

3. *Тезис, подлежащий аргументации должен быть четко и грамотно сформулирован*, понятен аудитории, не допускать многозначной трактовки и не меняться в процессе аргументационной деятельности.

4. Аргументация представляет собой *целенаправленную деятельность преподавателя по обоснованию некоторого утверждения*, приведения убедительных или достаточных оснований, в силу которых оно должно быть принято и, в конечном счете, усилить или ослабить убеждения студентов (студента).

Аргументация органически связана с процессом убеждения, именно поэтому ее следует рассматривать в первую очередь с точки зрения деятельностного подхода. Еще древние греки связывали процесс убеждения с коммуникативной деятельностью, с сообщением мыслей и чувств одних лиц другим, их взаимопониманием и взаимодействием. Основой процесса убеждения является аргументация, опирающаяся на рациональные и логические принципы, методы неформальной логики, активность аудитории в форме спора, диалога, дискуссии по обсуждаемому вопросу.

Изложение аргументов должно быть последовательным и обоснованным. Недостаточно только выдвинуть то или иное истинное положение, необходимо объяснить его, обосновать, а также сделать из него необходимые вытекающие выводы. Используемые в процессе аргументационной деятельности утверждения, примеры, должны быть понятными студенческой аудитории.

Эффективным средством, усиливающим степень логического подтверждения заключения могут выступать нравственные и эмоционально-психологические аспекты убеждения: характер, поведение, профессионализм, авторитет преподавателя, его эмоциональное воздействие на аудиторию, умение вызвать адекватные интенции студентов, их согласие с заявлениями и утверждениями говорящего, а также настрой аудитории, предоставление студентам возможности свободно выражать собственное мнение.

Убедить студентов в истинности заключения можно при условии, что предлагаемый преподавателем тезис основывается на разумных, обоснованных и достаточных аргументах. Следует избегать чрезмерности аргументов, которая может привести к обратным результатам и свести на нет усилия аргументатора.

5. *Правильность аргументации не может быть установлена механическим путем*. Воздействовать на взгляды и поведение студентов можно различными средствами и методами, начиная от принуждения и заканчивая убеждением и собственным примером. Можно добиться согласия студента с точкой зрения преподавателя посредством административного давления («могу предположить, что ваша позиция затруднит сдачу вами зачета или экзамена», «не советую спорить с экзаменатором» и т. п.). Таким способом можно достигнуть быстрого и непосредственного результата – заставить студента согласиться с позицией преподавателя, но убеждение в этом случае оказывается кратковременным и неэффективным. Аргументация как форма убеждения, ориентированная на логический анализ соотношения доводов и аргументов, используемых для обоснования тезиса с одной стороны и выводов и заключений, сделанных в процессе рассуждений, с другой – оказывает сильное и продолжительное воздействие на сознание студента. Осознание студентом собственной значимости, возможности поступать по своему усмотрению, самостоятельно оценивать предлагаемые решения и вести поиск доводов в защиту своей позиции стимулирует его познавательную активность, расширяет кругозор, вырабатывает необходимые в будущей профессиональной деятельности качества: принципиальность,

<sup>1</sup> См.: Рузавин Г.И. Методологические проблемы аргументации. – М., 1997. – С. 79.

честность, эрудированность, коммуникабельность, проницательность, настойчивость, целеустремленность, умение выделять главное, прогнозировать последствия принимаемых решений и др.

Кроме того, нельзя заставить студента поверить преподавателю и принять его точку зрения только при помощи изложения доказательств, подтверждающих правильность рассматриваемого тезиса. «Принуждать» соглашаться должны только разумные и достаточные аргументы.

6. *Аргументация должна быть убедительной.* Недостаточно доказать правильность того или иного подхода, необходимо убедить в ней студентов. Важно таким образом выстроить цепь рассуждений, чтобы изложение аргументов логически привело к признанию истинности тезиса. Как было отмечено бельгийским философом Х. Перельманом, «аргументация предполагает... «встречу умов» или, иными словами взаимодействие, в котором, с одной стороны, выступает воля оратора, который стремится не принудить, а убедить аудиторию, а с другой стороны, готовность последней слушать оратора<sup>1</sup>.

В процессе обоснования положений теории государства и права преподаватель может использовать аргументы, относящиеся к различным областям знания и практической деятельности, эмпирические и теоретические, абсолютные и сравнительные и т.п., важно выбрать из многообразия аргументов такие, степень обоснованности и правдоподобия которых обеспечит вероятность согласия аудитории. Следует также заметить, что сила аргументации, и весомость самих аргументов, в большой степени зависит от профессионализма преподавателя, его статуса, экспрессивности и эмоциональности его речи. Как показывает преподавательская практика, студенты в большей степени склонны доверять преподавателям с хорошей профессиональной подготовкой, являющимися практикующими юристами и в качестве аргументов, использующие не только абстрактные теоретические знания, но и практический компонент, тенденции правоприменительной практики и т.п.

7. *Аргументация должна быть рассчитана на соответствующую аудиторию.* Убеждать в правильности своего тезиса можно тех, кто способен адекватно воспринимать и рационально взвешивать представленные аргументы. По мнению большинства современных исследователей, процесс аргументации существенным образом связан с теми группами людей, которые составляют его аудиторию, и к которым эта аргументация адресуется. Выбирая те или иные методы и формы убеждения, преподаватель должен правильно оценивать особенности аудитории. В частности, учитывая, что теория государства и права преподается на первом курсе, следует иметь в виду возраст и практическое отсутствие политико-правового опыта у студентов-первокурсников. Используемые преподавателем аргументы должны быть понятны и приоритетны для сознания студентов этой возрастной категории. Эффективность аргументации преподавателя в конечном счете зависит от того, соглашается аудитория с его доводами или не соглашается. Такого рода согласие органически дополняет объективные критерии правильности и обоснованности аргументации.

Преподаватель теории государства и права несет ответственность не только за качественное предоставление образовательных услуг, знание своего предмета и трансляцию этих знаний аудитории, но и за правильную методическую организацию учебного процесса, подготовку студентов к освоению отраслевых юридических дисциплин, включающую в том числе выработку способности аргументированно отстаивать свою позицию по спорным вопросам.

В заключение следует отметить, что правовая аргументация выполняет важные функции и играет заметную роль в преподавании теории государства и права в частности и повышении эффективности профессионального юридического образования в целом. Приобретение навыков аргументирования уже на первом курсе позволяет студенту не только проявлять себя в качестве активного субъекта учебной деятельности, но и развить интеллект и способность к самостоятельному критическому мышлению, занять активную личностную позицию, использовать полученные знания в своей профессиональной деятельности, применять правила теории аргументации в научных дискуссиях, деловых беседах и переговорах.

---

<sup>1</sup> *Perelman Ch. Formal logic and Informal Logic / From Methaphysics to rhetoric. – Dordrecht, 1989. – С. 11.*

*И.Л. Петрова, М.Ш. Сеидов*

*Петрова Ирина Леонидовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Владимирского юридического института ФСИИ России;*

*Сеидов Мурат Шихвелетович – начальник оперативного отдела ФГУ ИК-6 УФСИН России по Астраханской области, соискатель кафедры государственно-правовых дисциплин Владимирского юридического института ФСИИ России*

## **Лингвоюридическая аргументация в правотворческой технике (синтаксический аспект инструктивного дискурса)**

Язык инструкций, как и юридический дискурс в целом, состоит из тех же элементов, что и литературная речь, и подчиняется общепринятым лексико-грамматическим правилам и закономерностям построения текста.

Представляется, что именно синтаксис, занимающий вершинное положение в иерархии языковых подсистем (морфология, лексикология, словообразование, морфемика, фонетика), тесно связанный с логикой, изучающей условия и законы мышления, с психологией, исследующей сами процессы образования мысли, играет определяющую роль в достижении точности изложения: принципы и правила грамматики являются образцами, по которым формы языка получают соответствие с универсальными формами мышления. Именно в синтаксисе, на уровне предложения, слово в языке юриспруденции выступает в единстве мысли и знака как логико-языковой феномен, функционируя в качестве средства правового регулирования. Поэтому при рассмотрении лингвоюридических особенностей инструкций целесообразно двигаться в направлении «сверху – вниз»: от синтаксиса к морфемному уровню (фонетика не может являться объектом анализа, так как она представляет собой одноплановую подсистему языка: имеет только план выражения – звуковой, но не имеет плана содержания).

Синтаксис рассматривается как система со сложной организацией, включающей два основных вида единиц: словосочетание (единицу докоммуникативного уровня) и предложение (единицу коммуникативного уровня).

Синтаксические единицы создают базу правовой коммуникации. Они служат непосредственно для общения субъектов права и соотносят сообщение, то есть норму права, передаваемую адресату акта правовой коммуникации, с объективной действительностью. Следовательно, лишь на синтаксическом уровне язык правовых актов обретает окончательную ясность.

В инструктивных предписаниях синтаксические единицы создают базу правовой (и не только) коммуникации.

Словосочетание традиционно определяют как непредикативное соединение на основе синтаксической связи слова с формой слова или формы слова с формой слова. В этом определении отражено основное свойство словосочетания, отличающее его от других синтаксических единиц: отсутствие модально-временной координации (предикативности). Эта синтаксическая единица в отличие от предложения не несет полной информации об объективной действительности. Таким свойством словосочетания определяются особенности употребления этой синтаксической единицы в языке инструкций.

В текстах различных наставлений словосочетание выполняет две функции. Во-первых, данная синтаксическая единица употребляется автономно в заголовках инструкций, и в этом случае, скорее, можно уже говорить о том, что перед нами односоставные номинативные предложения. Во-вторых, словосочетание в юридических текстах функционирует как неавтономная, подчиненная синтаксическая единица в составе предложения. При этом создатель текста должен учитывать тот факт, что в отличие от других сфер функционирования языка, где словосочетание может характеризоваться свойством неполноты, обязательным требованием к синтаксису юридического языка является максимальная полнота словосочетания. Это требование означает, что словосочетание в языке права должно иметь максимально возможное число зависимых компонентов.

В текстах инструкций, как и в правовых текстах в целом, большинство юридических понятий представлено в раздельнооформленном виде, то есть выражается словосочетанием, которое является сложным наименованием явлений действительности.

По характеру выражаемых синтаксических отношений в текстах инструкций присутствуют все виды словосочетаний, выделяемые и в общелитературном языке:

а) предмет и его признак (прилагаемая инструкция, государственная тайна, гражданский персонал, международные организации, процентная надбавка, федеральный округ, правовые подразделения,

служебное помещение, данные действия, специальное постановление, органы ФСИН) – атрибутивные словосочетания;

б) действие и его объект (изготовить копии, разъяснить экзаменатору, предлагать руководителем, открывать резидентам, направлять резиденту, изымать документы, вручать представителю, возлагать на руководителей, отмечать карандашом) – объектные словосочетания;

в) действие и действующее лицо или предмет (принимается руководителем, устанавливается комиссиями, проводится юридическим лицом, изучение работниками) – субъектные словосочетания;

г) действие и его признак (умышленно уничтожить, специально выделенные, свободно распоряжаться, осуществляется открыто и гласно, направляются для исполнения, систематизировать по срокам, истекают в течение недели, устно проинформировать) – обстоятельственные словосочетания;

д) синтаксические отношения, возникающие из потребности некоторых слов в смысловом дополнении (в двух экземплярах, более пятидесяти слов (не должно содержаться в телефонограмме), четыре документопотока, на двух страницах) – комплетивные (восполняющие) словосочетания.

В силу того, что словосочетания существуют не сами по себе, а функционируют в составе предложения, они уточняют и конкретизируют синтаксические отношения под влиянием словесного окружения (контекста) и в зависимости от коммуникативных целей высказывания. Это свойственно словосочетаниям с нечетко выраженным или совмещенными (синкретичными) отношениями. Поэтому, помимо названных выше основных видов словосочетаний по характеру выражаемых синтаксических значений, выделяются следующие разновидности словосочетаний: *определятельно-обстоятельственные* (ниже указанные, ранее изданные, проведение в ходе проверки, хранение в судах, проживание за границей), *субъектно-определятельные* (Указ Президента, приказ директора, подпись руководителя), *объектно-обстоятельственные* (не допускается без штампа, указывается в постановлении, предусмотрено в распоряжении), *определятельно-объектные* – и таких самое значительное количество в инструктивных предписаниях (тексты приказов, работник подразделения, нарушение законодательства, данные о нарушении, опись документов, возврат средств, выплата довольствия, контроль за выполнением, приложение к Инструкции, решение об отказе).

Как и в нейтральном, публицистическом стилях, стиле художественной литературы, официально-деловой стиль инструктивного дискурса распределяет все словосочетания на две группы: с разрешимым синтаксическим синкретизмом и неразрешимым<sup>1</sup>. И здесь обращается особое внимание на то, что, в отличие от указанных выше стилей, инструкция в подавляющем большинстве случаев имеет дело с синкретизмом разрешимым, что объясняется повышенным вниманием авторов к точности, ясности и однозначности излагаемого материала.

Остановимся теперь на основной синтаксической единице – предложении, которое в отличие от слов и словосочетаний обладает коммуникативным свойством, то есть сообщает о событиях реальной действительности.

Формальный минимум предложения в большинстве случаев не обеспечивает его смысловую полноты, когда речь идет о конкретизирующем уровне правового регулирования, на котором одной из главных форм выражения различных предписаний является инструкция. Поэтому основная информативная нагрузка в текстах инструктивных предписаний распределяется между второстепенными членами предложения, то есть простые предложения оказываются значительно распространенными и нередко осложненными.

К синтаксическому уровню выражения отвлеченно-обобщенного значения относятся пассивные конструкции – одно из средств реализации категории залога (в международной терминологии – диатезы). В данных конструкциях, которые встречаются в текстах инструкций в большом количестве, позицию подлежащего занимает форма именительного падежа, обозначающая объект действия, а субъект выражен дополнением в форме творительного падежа – такая конструкция называется трехчленной (есть объект, действие, которое на него направлено, и субъект, совершающий это действие): *выслуга лет для назначения надбавки устанавливается комиссиями, сотрудниками полиции составляет акт, наличные денежные средства вносятся судебными приставами-исполнителями и др.* При этом употребление страдательного залога в текстах инструкций часто характеризуется эллипсисом (опущением) формы творительного падежа, обозначающей субъекта действия – и пассивная конструкция в таком случае становится двухчленной (остаются представленными только объект и направленное на него действие), то есть такой, в которой смысловой центр высказывания полностью сосредоточен на объекте действия: *состав сотрудников указывается в постановлении, заключение составляется в одном экземпляре, акт составляется в случае нарушения, сотрудникам выплачиваются премии и др.*

Специфичной является и типология сказуемого в юридическом дискурсе. Для инструкций, как и для законодательных текстов в целом, характерны непростые формы сказуемых (двухкомпонентные и многокомпонентные); простые глагольные сказуемые нечасто встречаются в анализируемых текстах

<sup>1</sup> Петрова И.Л. Синтаксис в праве. – Владимир, 2007. – С. 87.

и, как правило, они выражены безличными глаголами с постфиксом «-ся» (*делается, производится, выносятся и др.*). Использование неоднословных сказуемых (*ведомственные инструкции могут разрабатываться, (предметы) не могут храниться, (залог) может применяться, (подозреваемые и обвиняемые) могут содержаться, имеет право предъявить (претензии), должны быть согласованы, могут быть установлены, могут быть назначены, (выслуга лет) должна быть пересмотрена; вправе обратиться, вправе отказать*), видимо, достигает максимально детальное расчленение обозначаемых действий и процессов, что обеспечивает четкость, точность и ясность инструктивной мысли.

В регламентированном процессе принятия инструкций многие ситуации обладают высокой степенью повторяемости. Для их обозначения в юридическом языке каждый раз используются одни и те же синтаксические конструкции с одинаковым лексическим наполнением – речевые стереотипы (клише, штампы), которые легко воспринимаются и быстро распознаются при передаче той или иной типовой информации: *настоящая инструкция, в установленном порядке, контроль за выполнением возложить на.., инструкция определяет порядок, утвердить прилагаемую (настоящую) инструкцию и др.*

Такова в целом лингвоюридическая аргументация правотворческой техники в области синтаксиса инструктивного текста.

**А.В. Петрянин**

*Петрянин Алексей Владимирович – кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

## **Аргументация ответственности за совершение преступлений экстремистской направленности**

Актуальность выбранной темы определяется тем, что преступления экстремистской направленности в настоящее время отмечены ежегодным ростом и высоким уровнем общественной опасности. Об этом говорят как руководители государства, так и представители правоохранительных органов и науки. Однако, кроме констатации данного факта, в настоящее время определить их точное количество по объективным причинам невозможно. Активное распространение анализируемых преступлений в первую очередь обусловлено расслоением российского общества на классы, порождающим социальное неравенство, распространением общественных объединений, пропагандирующих экстремизм, а также правовыми пробелами в регламентации ответственности за преступления экстремистской направленности. Только выработка современных и эффективных легитимных методов противодействия отдельным формам экстремистских проявлений может повлечь снижение темпов роста анализируемых деяний. Примером может стать процесс принятия Государственной Думой РФ поправок в Федеральный закон от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»<sup>1</sup>, прошедший 5 июня 2012 года. В частности, в рамках его принятия было обсуждено более 400 поправок, породивших массу дискуссий, в результате чего заседание длилось порядка 12 часов и в момент голосования зал заседаний покинули представители Коммунистической партии и ЛДПР. Однако закон был принят. При этом считаем, что одним из достижений, непосредственно направленным на борьбу с экстремизмом, стало принятие нормы, запрещающей использование масок лицами, участвующими в митингах.

В рамках же действующего уголовного законодательства юридическая аргументация ответственности за преступления экстремистской направленности, с нашей точки зрения, должна быть построена через призму определения рассматриваемой группы преступлений.

Этот вопрос сегодня является весьма дискуссионным и соответственно сложным, так как для этого необходимо четкое установление их признаков, что в настоящее время невозможно.

Так, законодательную дефиницию преступлений экстремистской направленности мы находим в примечании к ст. 282<sup>1</sup> УК РФ, где отмечено, что под ними понимаются преступления, совершенные по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы, предусмотренные соответствующими статьями Особенной части настоящего Кодекса и пунктом «е» ч. 1 ст. 63 настоящего Кодекса<sup>2</sup>.

Из данного определения мы видим, что в основу рассматриваемой группы преступлений положена только лишь мотивация преступного поведения, что, по нашему мнению, недостаточно для отнесения деяния к таковому. Мотив – это лишь побуждение, провоцирующее противоправное поведение, что усиливает общественную опасность, но не дает возможности для непосредственного определения круга деяний, и по этой причине только мотив не может быть единственным критерием отнесения деяний к рассматриваемой группе.

В науке уголовного права также отсутствует единый подход к определению рассматриваемой группы преступлений.

Так, по мнению В.В. Ревинной, преступления экстремистской направленности – это «преступления, совершенные по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы, предусмотренные в качестве квалифицирующих признаков соответствующими статьями Особенной части настоящего Кодекса, а также преступления, образующие понятие экстремистской деятельности (экстремизма), в Федеральном законе «О противодействии экстремистской деятельности», и другие преступления, совершенные по мотивам, указанным в пункте «е» ч. 1 ст. 63 УК РФ»<sup>3</sup>.

Е.П. Сергун вообще исключает необходимость закрепления в Уголовном кодексе понятия «преступления экстремистской направленности» при этом акцентируя внимание на том, что данная дефиниция

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 25. – Ст. 2485.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

<sup>3</sup> Ревина В.В. Экстремизм в уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 84.

обязательно должна войти в понятийно-категориальный аппарат науки российского уголовного права<sup>1</sup>, считая при этом, что при квалификации рассматриваемой группы преступлений достаточно лишь мотива, непосредственно указанного в п. «е» ч. 1 ст. 63 УК РФ.

По нашему мнению, предлагаемый подход может быть подвержен критике по причине того, что преступления экстремистской направленности должны определяться не только с учетом особой мотивации преступного поведения, а также с учетом значимости нарушаемых при их совершении общественных отношений, что и предопределяет их самостоятельную разновидность, указывающую на особый вид и уровень общественной опасности.

Однако, раскритиковав потребность нормативного закрепления рассматриваемой дефиниции, Е.П. Сергун предлагает авторское определение преступлений экстремистской направленности, которое может быть использовано в науке уголовного права. По его мнению, «преступление экстремистской направленности – это совершаемое на почве нетерпимости к основополагающим принципам демократии уголовно наказуемое деяние, направленное против политического режима и основ конституционного строя демократического государства, или преследующее цель демонстрации своей враждебности к охраняемым государством демократическим ценностям, дополнительным непосредственным объектом посягательства которого могут выступать жизнь и здоровье людей по дискриминационным признакам, общественная безопасность, а также мир и безопасность человечества».

По мнению Р.М. Узденова, преступления экстремистской направленности – это деяния, совершенные по экстремистским мотивам и (или) в экстремистских целях<sup>2</sup>. Считаем, что положив в основу два критерия, отражающих исключительно субъективную сторону преступления, автор предлагаемой дефиниции не в полном объеме раскрыл сущность экстремизма, так как, с нашей точки зрения, только в совокупности мотивов, целей и нарушенных в процессе их реализации объекта можно определить, а было ли совершено преступление экстремистской направленности.

Ряд ученых, например, И.И. Бикеев и А.Г. Никитин, предлагают наиболее кардинальный подход к определению преступлений экстремистской направленности. По их мнению, к таковым также могут относиться в том числе и преступления, совершаемые по мотивам мести или корысти<sup>3</sup>. Считаем, что предлагаемый подход является наиболее ошибочным, так как полностью ломает представление об экстремизме как самостоятельной форме противоправного поведения.

Считаем, что в основу дефиниции «преступления экстремистской направленности» должны быть положены два критерия, дающие возможность для четкого определения рассматриваемой группы деяний. Полагаем, что в качестве таковых должны выступать объект и мотивация преступного посягательства.

Поэтому, учитывая все законодательные и доктринальные подходы к определению преступлений экстремистской направленности, хотелось бы выразить авторскую точку зрения, с учетом концепции, вложенной нами в дефиницию «экстремизм». ***Преступления экстремистской направленности – это виновно совершенные общественно опасные деяния, направленные на подрыв общественной безопасности, конституционного строя и мира и безопасности человечества, и основанные на политических, расовых, этнических, национальных, религиозных и экономических мотивах.***

В этой связи считаем необходимым в целях определения характера и уровня общественной опасности, а также назначения соизмеримого наказания в целях повышения эффективности уголовного законодательства развести между собой преступления, совершаемые на основе политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной мотивации и преступления экстремистской направленности, в основу которых, кроме мотива, должен быть положен и конкретный объект преступного посягательства, что и усиливает общественную опасность деяния и отличает их от предложенной выше категории преступлений.

По нашему мнению, основная проблема определения преступлений экстремистской направленности заключается в первую очередь в том, что в законодательстве отсутствует понятие экстремизма, содержащее его конструктивные признаки.

И в данном случае критике в первую очередь должен быть подвергнут специально созданный для борьбы с изучаемым негативным явлением Федеральный закон от 25 июля 2002 года № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности»<sup>4</sup> по следующим обстоятельствам.

Во-первых, анализируемый закон вообще не содержит не понятия, не признаков экстремизма, а лишь определяет запрещенные виды деятельности, перечень которых неоднократно уточнялся. Определив данный список запрещенной законом деятельности, законодатель тем самым ушел от перечисления

<sup>1</sup> Сергун Е.П. Экстремизм в российском уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. – Тамбов, 2009. – С. 129.

<sup>2</sup> Узденов Р.М. Экстремизм: криминологические и уголовно-правовые проблемы противодействия: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 193.

<sup>3</sup> Бикеев И.И. Уголовно-правовой анализ законодательства о противодействии экстремистской деятельности и некоторые вопросы его совершенствования / И.И. Бикеев, А.Г. Никитин // Следователь. – 2007. – № 4. – С. 3.

<sup>4</sup> Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3031.

исчерпывающего перечня деяний, содержащих в себе проявления экстремизма. Данный подход породил проблемы применения как самого Закона, так и Уголовного кодекса, ибо не дает возможности четкого определения круга преступлений экстремистской направленности. При этом критерии, заложенные в самом законе, характеризуются высоким уровнем расширительного толкования и бланкетности. В частности, например, признавая террористическую деятельность разновидностью экстремистской, анализируемый нормативно-правовой акт отсылает нас к Федеральному закону от 6 марта 2006 года № 35-ФЗ «О противодействии терроризму»<sup>1</sup>, который закрепляет в себе виды деятельности, относящиеся к террористической.

Также, с нашей точки зрения, подлежит сомнению следующий подход, нашедший свое отражение в рассматриваемом Законе. В соответствии с п. 1 ст. 1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности» любое деяние, совершенное по мотивам, указанным в п. «е» ч. 1 ст. 63 УК РФ, признается экстремистским.

Исходя из вышеизложенного, по формальным признакам любое общественно опасное деяние, являющееся преступным, можно отнести к экстремистскому, так как данный вид поведения запрещен законом и соответственно является не просто крайней мерой, а мерой, выходящей за рамки дозволенного, так как чаще всего еще и содержит в себе мотивы, закрепленные в п. «е» ч. 1 ст. 63 УК РФ. С нашей точки зрения, данный подход является весьма радикальным и неправильным, так как не отражает особенностей изучаемого явления, что еще раз подтверждает необходимость разграничения преступлений, основанных на вышеизложенной мотивации, и непосредственно экстремистских деяний. То есть законодатель при создании указанного нормативно-правового акта не заложил в него основной концептуальной идеи, отражающей непосредственную сущность экстремизма, в качестве которой, с нашей точки зрения, должен выступать объект посягательства.

Во-вторых, обращаясь к этимологии понятия, хотелось бы констатировать, что наиболее существенным недостатком современного восприятия экстремизма с учетом положений, закрепленных в Федеральном законе «О противодействии экстремистской деятельности»<sup>2</sup>, является использование термина «экстремизм» как синонима словосочетания «экстремистская деятельность», о чем прямо указано в ст. 1 вышеназванного Закона, закрепляющей основные понятия.

Суффикс «-изм» в рамках формирования самостоятельных слов используется по нескольким направлениям.

При образовании существительных с суффиксом «-изм» называют общественно-политические и научные направления, системы, качества, склонности, связанные с тем, что названо мотивирующим словом<sup>3</sup>.

Также суффикс «-изм» под ударением при добавлении к существительному образует существительное мужского рода со значением идейного течения, направления мысли, стиля, характера действия и т. п.<sup>4</sup>

Еще одним распространенным толкованием суффикса «-изм» является, то, что он образует существительные, обозначающие состояния, качества, названия учений и общественных течений<sup>5</sup>.

Вышеуказанные подходы к образованию слов с суффиксом «-изм» указывают на невозможность использования терминов «экстремизм» и «экстремистская деятельность» в качестве синонимов. Мы считаем, что в основу определения признаков экстремизма должен быть положен подход, объясняющий экстремизм как определенное состояние (идеология).

Завершая анализ Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности», считаем необходимым констатировать, что российскому законодателю не удалось определить содержание экстремизма<sup>6</sup>, что и явилось причиной отсутствия законодательной дефиниции рассматриваемого явления, хотя потребность в нем в его правовом смысле совершенно справедлива<sup>7</sup>.

Доктринальные подходы к определению исследуемого явления также весьма различны. Например, вот ряд из них. Так, Е.П. Сергун отмечает, что экстремизм означает «предел», «край» чего-либо. Экстремизм не выходит за какие-либо «рамки», а условно является допустимой «границей» этих «рамок». Таким образом, если сводить этимологию экстремизма к сущности понятия «*extremus*», то под экстремизмом следует понимать термин, обозначающий предел, край, границу относительно определенных пространственных, временных и иных величин, условно принятых за «нормальные»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Российская газета. – 2006. – 10 марта.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3031.

<sup>3</sup> [http://irgali.narod.ru/files/znashenia\\_suffiksov.htm](http://irgali.narod.ru/files/znashenia_suffiksov.htm)

<sup>4</sup> <http://www.platira.ru/>

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> См.: Александров А.И. Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности: история, современность, перспективы, проблемы. – СПб., 2003. – С. 481.

<sup>7</sup> См.: Залужный А.Г. Экстремизм: сущность и способы противодействия // Современное право. – 2002. – № 12. – С. 31.

<sup>8</sup> Сергун Е.П. Экстремизм в российском уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. – Тамбов, 2009. – С. 22–23.



Полагаем, что данный подход является небесспорным, исходя из сущности экстремизма как исключительно негативного явления, которое по определению правомерным быть не может.

По мнению Д. Назирова, «экстремизм означает негативную крайность, не созидательную, а социально деструктивную. В отличие от экстремальности, экстремизм всегда несет с собой личностное начало, которое характеризуется эгоцентризмом и своеволием. Экстремистскими можно называть такие действия, которые превышают необходимую степень воздействия, независимо от используемых средств: физического насилия, морального принуждения, экономического давления, ибо при таком воздействии нельзя не осознавать последствий и не быть злоумышленником»<sup>1</sup>.

В.В. Ревина рассматривает крайность экстремизма как идеологию, выражающуюся в нетерпимости к оппонентам и оправдывающую их насильственное подавление<sup>2</sup>.

А.С. Ржевский, поддерживая вышеуказанную позицию, предлагает в целях восполнения пробела, возникшего в связи с отсутствием понятия «крайние меры» в определении экстремизма, понимать под ними действия, совершаемые общественными или религиозными организациями и объединениями, направленные на достижение своих целей, сопряженные с насилием, отрицающие общечеловеческие ценности и порядок в обществе в целом<sup>3</sup>.

Аналогичной позиции придерживается А.Г. Хлебушкин, указывая, что крайний – это выходящий за какие-либо рамки, нормы<sup>4</sup>. Отметим, что данная концепция нашла свое отражение не только в научных исследованиях, но и в справочной литературе: например, в Большом энциклопедическом словаре под экстремизмом предлагается понимать приверженность к крайним радикальным взглядам, идеям и целям, достижение которых осуществляется нелегитимными, насильственными средствами и методами<sup>5</sup>.

Вышеуказанное предопределяет необходимость выработки иного, более точного понятия, отражающего выход за рамки дозволенного.

Считаем, что в рамках определения круга рассматриваемых деяний особое внимание необходимо уделять значимости общественных отношений, страдающих в результате совершения преступлений экстремистской направленности.

Мы считаем, что в качестве таковых могут выступать только те общественные отношения, которые непосредственно ставят под угрозу в целом безопасность государства. И по нашему мнению, в качестве таковых должны выступать общественная безопасность, конституционный строй, мир и безопасность человечества. Предлагаемый нами подход даст возможность определения круга исследуемых деяний и возможность отграничения преступлений экстремистской направленности от смежных составов преступлений.

Осознавая это и проведя комплексный анализ современных подходов к определению экстремизма, закрепивших в себе ряд концептуальных особенностей экстремизма, предлагаем с учетом этимологии понятия, выделить те его признаки, которые, с нашей точки зрения, отражают сущность изучаемого явления.

*Первым конструктивным признаком экстремизма, по нашему мнению, является необходимость рассматривания исследуемого института как определенного динамически изменчивого состояния политической борьбы.*

*Второй признак должен отражать исчерпывающий перечень сфер, подверженных экстремистским посягательствам. С нашей точки зрения, это сферы, направленные на обеспечение общественной безопасности, нормального функционирования конституционного строя, а также мира и безопасности человечества.*

*Третий признак включает в себя мотивацию совершения преступления. В качестве таковой должна рассматриваться политическая, расовая, этническая, национальная и религиозная мотивация.*

*Четвертый признак определяет экстремизм исключительно как преступную деятельность.*

Основываясь на вышеизложенных признаках рассматриваемого явления, предлагаем авторскую дефиницию экстремизма: **это состояние (идеология) преступной политической борьбы, направленное на подрыв общественной безопасности, конституционного строя и мира и безопасности человечества, основанное на политических, расовых, этнических, национальных, религиозных и экономических мотивах.**

В целях разграничения экстремизма в зависимости от характера и степени общественной опасности экстремистских проявлений предлагаем в рамках действующего уголовного законодательства использовать словосочетание «преступный (криминальный) экстремизм».

<sup>1</sup> Назиров Д. Проблемы терроризма, религиозного экстремизма и пути их преодоления: Дис... д-ра филос. наук. – Душанбе, 2009. – С. 113.

<sup>2</sup> См.: Ревина В.В. Экстремизм в российском уголовном праве: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 19.

<sup>3</sup> См.: Ржевский А.С. Экстремизм и его проявление в Уголовном кодексе России (уголовно-правовая характеристика): Дис... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2004. – С. 9.

<sup>4</sup> См.: Хлебушкин А.Г. Преступный экстремизм: понятие, виды, проблемы криминализации и пенализации: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 18–19.

<sup>5</sup> См.: Большой энциклопедический словарь. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1998. – С. 1395.

Данный подход представит возможность разграничения экстремизма как запрещенного вида деятельности на преступный и административно-правовой проступок, что подтверждается в том числе и результатами проведенного интервьюирования. По вопросу: «Как вы воспринимаете экстремизм: как преступление или административное правонарушение?», 96,2% опрошенных отметили, что экстремизм – это преступное поведение.

Мы считаем, что данный подход как исключит существующие дискуссии по этимологическому содержанию рассматриваемого явления, так и предоставит возможность определения четких границ экстремизма.

Отсутствие общепризнанного понятия экстремизма и его признаков и соответственно преступлений экстремистской направленности не дает возможности в полной мере определить круг деяний экстремистской направленности, что также является благоприятным условием распространения этой группы преступлений.

**О.А. Петрянина**

*Петрянина Ольга Александровна – преподаватель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

## **Легализация проституции: за и против**

И к сифилису, и к проституции общество всегда относилось с затаенною брезгливостью...

*В.М. Тарновский*

В современном обществе отношение к проституции граждан разнятся, и это не зависит от их принадлежности к конкретной социальной группе. При этом наше общество можно поделить на три категории: первая – противники проституции, относящиеся к ней либо с брезгливостью, либо с безразличием; вторая – лица, в силу различных жизненных обстоятельств потребляющие сексуальные услуги; и третья – лица, оказывающие сексуальные услуги за вознаграждение, включающие в себя тех, для кого проституция является основным и единственным доходом, а также тех, для кого данные доходы являются дополнительными.

Несмотря на то, к какой социальной или возрастной группе относится человек, вопрос о легализации проституции для него является актуальным. И после поднятия данной проблемы люди подключаются к активному обсуждению и доказыванию своей точки зрения.

Стоит вспомнить, что в 2003 году на рассмотрение Государственной Думы депутатом А.Ю. Вульфом был внесен на рассмотрение проект Федерального закона № 403261-3 «О регулировании платных услуг сексуального характера». На данный проект обрушилось много критики как со стороны депутатов, так и со стороны ученых.

В статье 2 законопроекта вводились такие понятия как «платные услуги сексуального характера», «потребитель» и «исполнитель». В ч. 1 ст. 2 под «платными услугами сексуального характера» понимаются услуги, предоставляемые исполнителем с целью удовлетворения сексуальных потребностей потребителей в различной форме, не запрещенной законодательством Российской Федерации<sup>1</sup>.

В части 2 ст. 2 дается понятие «потребителя» – физическое лицо, имеющее намерение заказать либо заказывающее и использующее платные услуги сексуального характера исключительно для личных нужд. В части 3 ст. 2 указывается, что «исполнителем» является лицо, оказывающее услуги сексуального характера потребителям по возмездному договору. На основании ст. 3 законопроекта «исполнителем» в оказании платных сексуальных услуг может быть лицо, достигшее 18-летнего возраста и имеющее право на свободное использование своих физических данных и имущества для не запрещенной законом экономической деятельности по оказанию платных услуг сексуального характера.

Форма организации и деятельности «исполнителя» на основании ст. 4 законопроекта определяется законодательством субъектов Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Также законопроектом предусматривалась ответственность за ненадлежащее оказание платных услуг сексуального характера. Под ответственность попадали как «исполнители» так и «потребители», и на основании ст. 5 законопроекта могли нести уголовную или административную ответственность.

Хотелось бы отметить, что авторы данного законопроекта некорректно сформулировали цели, указанные в ст. 2 о признании прав граждан на предоставление и получение платных услуг сексуального характера в условиях контроля этих услуг со стороны государства. В своей пояснительной записке к проекту Федерального закона автор ссылается на ст. 20 Конституции Российской Федерации, что каждый человек имеет право на жизнь, а следовательно каждый имеет право на сексуальную ее разновидность. Представляется, что законодатель в данную статью Конституции РФ вкладывал иной смысл. Сексуальная жизнь это дело сугубо индивидуальное, выражающееся в отношениях между полами. Жизнь человека – высшая социальная ценность, охраняемая законом. Право на жизнь является естественным и неотъемлемым<sup>2</sup>. Во Всеобщей декларации прав человека провозглашаются «ценность человеческой личности» и право каждого человека на жизнь (ст. 3)<sup>3</sup>. В Международном пакте о

<sup>1</sup> См.: Проект № 403261-3 федерального закона «О регулировании платных услуг сексуального характера» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Конституция Российской Федерации. Комментарий / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. – М., 1994. – С. 133.

<sup>3</sup> См.: Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. В.А. Картанкин, Е.А. Лукашева. – 2-е изд., доп. – М., 2002. – С. 38–39.

гражданских и политических правах обращено внимание на неотъемлемость этого права, его охрану законом и недопустимость произвольного лишения жизни (ст. 6)<sup>1</sup>. Конституция Российской Федерации исходит из этих положений.

Вышеизложенное дает нам право констатировать, что право на сексуальную жизнь не является разновидностью права на жизнь, закрепленного в ст. 20 Конституции РФ.

Также авторы законопроекта ссылаются на ст. 34 Конституции РФ, согласно п. 1 которой каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности<sup>2</sup>. Из вышеизложенного вытекает, что каждый гражданин на основании Конституции РФ может использовать свои сексуальные способности для легального заработка денег. Субъектами любой предпринимательской деятельности, в соответствии с законодательством, могут быть как юридические, так и физические лица. Однако в данном законопроекте четко не оговорено, кто именно может оказывать услуги сексуального характера.

Главное, по мнению авторов законопроекта, эта предпринимательская деятельность должна быть не противозаконной, цивилизованной и подконтрольной государству. Хотя в финансово-экономическом обосновании данного законопроекта авторы говорят о пополнении государственного бюджета в результате налогообложения услуг сексуального характера<sup>3</sup>, данный факт не отражен в самом проекте ФЗ. Считаем, что это должно было найти свое отражение в проекте путем закрепления отчисления налогов в пользу государства как обязанности исполнителя услуг сексуального характера, с указанием процента данных налоговых сборов.

Вообще, экономическая отдача легализации проституции очень сомнительна, так как деньги, поступившие бюджет от оказания услуг сексуального характера, в большинстве случаев будут уходить на выплату социальных гарантий для лиц, работающих в данной сфере услуг. Например, выплата пенсий, больничных листов, оплата обучения профессией, связанной с общественно-полезным трудом. Государство как контролирующий орган должно продумать механизм устройства на работу лиц, которые в силу своих физических и психических возможностей уже не смогут оказывать услуги сексуального характера.

В данном случае хотелось бы обратиться к опыту Германии в части легализации проституции. В частности, официально зарегистрированные проститутки имеют право на ежегодный отпуск и оплату по больничному листу. Многие проститутки приходят в сферу секс-услуг на короткое время, для улучшения своего финансового положения, и не хотят оставлять никаких документальных свидетельств о себе и именно поэтому не может быть речи о медицинском и пенсионном страховании для них. Большинство женщин постоянно меняет место работы, меняя с ним и работодателя. Но некоторые проститутки, которые, как правило, уже давно этим занимаются, все же задумываются о пенсионном и социальном страховании и становятся «штатными сотрудниками»<sup>4</sup>. Проведенный опрос среди проституток Германии, работающих на законных основаниях, показал, что их работодатели не хотят признавать их права на оплачиваемый отпуск и больничные.

В то же время легализация проституции не решает вопроса о ее нелегальных формах. Так как большинство лиц, которые приходят в сферу секс-услуг, относятся к бедным слоям населения и желают заработать «легкие» деньги, они либо будут укрывать доходы, либо уйдут в подполье, на улицу. Также на улицу их может толкнуть и нежелание проходить медицинский осмотр при регистрации, так как они являются носителями венерических или иных хронических заболеваний, например, туберкулеза. Ни в одной стране, где проституция легализована, нет такого закона, на основании которого клиенты обязаны проходить медицинский осмотр или предоставлять свежие справки об отсутствии у них венерических заболеваний. Из этого следует, что медицинский осмотр только проституток не защищает их от заражения венерическими заболеваниями и СПИДом, которыми их могут заразить клиенты.

Согласно данным одного из исследований CATW, опрос проституток показал, что 47% клиентов ждут оказание услуг сексуального характера без использования контрацепции; 73% предлагали более высокую оплату за небезопасный секс и 45% проституток подвергались насилию со стороны клиентов после того, как они потребовали использование контрацепции<sup>5</sup>.

При регистрации проститутка теряет анонимность и становится более уязвимой в обществе. О ее профессии могут узнать ее знакомые, друзья и близкие родственники, что может нанести им психологическую травму. Так как мы родились и выросли в религиозном государстве и с детства нам прививали чувства стыда и любви к своим близким, проститутки не захотят, чтобы их родители узнали о их профессии, что также может толкнуть их на тайную деятельность.

<sup>1</sup> См.: Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. В.А. Карташкин, Е.А. Лукашева. – 2-е изд., доп. – М., 2002. – С. 54.

<sup>2</sup> См.: Конституция Российской Федерации. – М., 2012. – С. 8.

<sup>3</sup> См.: Финансово-экономическое обоснование Проекта федерального закона «О регулировании платных услуг сексуального характера» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> <http://www.deutsche-welle.com/dw/article/0,,2285069,00.html>

<sup>5</sup> <http://womencw.narod.ru/10.htm>

Проституция, как легальная форма деятельности, негативно скажется и на состоянии нравственности в обществе, будет способствовать деградации национальной культуры. В первую очередь под угрозу ставится институт семьи.

Особое внимание заслуживает то обстоятельство, что государство должно думать о правовых гарантиях для лиц, занимающихся данным видом предпринимательской деятельности. Насилие, которому подвергаются проститутки, как было, так и будет неотъемлемой частью сексуальной эксплуатации. Работодатели будут прибегать к насилию по различным причинам и с разными целями. Например, с целью пополнения и обновления штата проституток насилие будет использоваться для того, чтобы вовлечь лицо в занятие проституцией, сломить волю потерпевших. Насилие будет использоваться для наказания и утверждения превосходства работодателя. Нельзя забывать и о насилии со стороны клиентов. Проституток не спасут ни охранники, ни камеры наблюдения, которые будут стоять в борделях. Так как проститутка остается в комнате один на один с клиентом и случиться может все, что угодно. В обязанность охранников в первую очередь входит охрана целостности имущества заведения, а безопасность проституток уйдет на второй план.

В случае легализации проституции также увеличится поток мигрантов, желающих зарегистрироваться в роли индивидуального предпринимателя с целью оказания сексуальных услуг, и в связи с этим увеличится число лиц, болеющих венерическими заболеваниями и СПИДом. После отказа в регистрации они будут оставаться на территории Российской Федерации и заниматься проституцией нелегально, что будет способствовать распространению венерических заболеваний.

Рост нелегальной проституции повлечет рост преступности, в особенности женской. Проститутки во многих случаях являются соучастниками в совершении корыстных и корыстно-насильственных преступлений. Прослеживается связь проституции и с другими преступлениями, вплоть до деяний, посягающих на основы конституционного строя и безопасности государства. Будучи вовлеченными в разнообразные криминальные отношения, проститутки представляют собой одну из типичных групп риска с повышенной виктимностью<sup>1</sup>.

Стоит помнить и о том, что в последнее время увеличился интерес к сексуальным отношениям с использованием несовершеннолетних лиц. А, как известно, спрос порождает предложение и можно предположить, что даже в лицензируемых борделях можно будет найти несовершеннолетних лиц, оказывающих услуги сексуального характера. Рассматривая проблему детской проституции, хотелось бы привести в пример Нидерланды, где сама проституция легализована, но уровень детской проституции резко вырос. По оценке организации «Права ребенка» из Амстердама, число детей в проституции возросло за пять лет в 5 раз и, согласно оценке, по меньшей мере 7 тысяч детей привезены из-за рубежа. В основном это девочки из Нигерии. Также согласно данным исследования, проведенного организацией ЕСПАТ («Покончим с детской проституцией и торговлей людьми») для Национальной справки по детской проституции в Австралии, было отмечено усиление организованной коммерческой эксплуатации детей<sup>2</sup>.

При легализации проституции неизбежно появление конкуренции между заведениями, предоставляемыми услуги сексуального характера; владельцы данных организации будут вынуждены давать рекламу о удовлетворении особых наклонностей клиентов, что также будет унижать и уничтожать проституток как личность. Реклама, которыми будут пестрить газеты, интернет-сайты на молодое поколение будут действовать негативно, вследствие чего дети и подростки будут относиться ко всем женщинам как к существам второго сорта.

Например, правительство Швеции с 1999 года ввело в действие закон, запрещающий и преследующий покупку «сексуальных услуг». Данный правительственный подход преломляет мнение «спрос порождает предложение». Клиенты опасаются привлечения к уголовной ответственности, что дало уменьшение спроса на проституцию и привело к снижению роста уличной проституции в Швеции. За первые 2 года действия закона было осуждено 100 клиентов, оплачивающих услуги сексуального характера.

Данный опыт лег в основу последних изменений регионального закона об административных правонарушениях Белгородской области. На сайте Российской газеты 28 июня 2012 года появилась статья Валагина Антона, в которой он сообщает, что Белгородская областная дума внесла поправки в региональный закон об административных правонарушениях, о появлении новой статьи 6.24, согласно которой получение платных сексуальных услуг на территории области карается штрафом пять тысяч рублей<sup>3</sup>. Стоит сказать о том, что Белгородская область стала первопроходцев в борьбе за снижение спроса на покупку услуг сексуального характера в Российской Федерации.

<sup>1</sup> См.: *Конев А.Н.* О социально-политической, культурно-воспитательной и морально-правовой недопустимости легализации проституции в России // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. – 2011. – № 1 (14). – С. 205.

<sup>2</sup> <http://womencw.narod.ru/10.htm>

<sup>3</sup> <http://pda.rg.ru/2012/06/28/reg-cfo/intim-anons.html>

Также война клиентам проституток объявлена и в Белорусской Республике. Генпрокуратура Белоруссии предложила ввести административную ответственность за пользование услугами проституток и потребовала от МВД Белоруссии заблокировать доступ к сайтам, на которых рекламируются услуги проституток<sup>1</sup>.

В конце статьи хотелось бы поднять вопрос, о котором все при обсуждении легализации проституции забывают. А хотят ли сами проститутки, чтобы их «бизнес» был легальным? Проститутка вынуждена жить во лжи. Ложь – это основа ее «должностных инструкций», сама система взглядов обычных обывателей на проституцию построена на ложных представлениях, что «проституткам это нравится», что занимаются они этим «добровольно». Несмотря на то, что социологические опросы показывают, что большинство проституток пришли в сферу услуг сексуального характера добровольно, нельзя верить им полностью. Как было сказано ранее, сами проститутки запуганы и подвергаются насилию со стороны «работодателей», которые контролируют не только выход на работу, но и все, что проститутки говорят или делают. Подобно женщинам, которые подвергаются насилию в семье, проститутки отрицают факты насилия над собой, боясь расправы со стороны. Никто из проституток не хочет такой же судьбы для своих детей. Со слов женщин, которым удалось вырваться из паутины проституции: «Проституция лишила их права на счастливую жизнь, здоровье и женское счастье».

Легализация проституции не изменит нашего мнения ни о клиентах проституток, ни о самих проститутках.

---

<sup>1</sup> <http://banana.by/index.php?newsid=39922>

Д.Ю. Полдников

*Полдников Дмитрий Юрьевич – кандидат исторических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»*

## Научная доктрина и аргументация судебных решений в континентальной правовой традиции: эпоха формирования

Аргументация – одно из важнейших средств социальной коммуникации, призванное оказывать влияние на других, убеждать в истинности выдвинутого утверждения, побуждать к определенному поведению<sup>1</sup>.

Процесс убеждения предполагает сочетание различных способов взаимодействия между членами социума. При этом основой аргументации издавна принято считать приемы последовательного выведения умозаключений (логика) и эффектного их представления (риторика)<sup>2</sup>, хотя в современной науке теория аргументации продолжает развиваться как часть общей теории коммуникации, охватывающей самые различные (в том числе невербальные) способы взаимодействия между членами социума.

Право, являясь одним из важных инструментов воздействия на общество, также предполагает активное использование аргументации, прежде всего, с целью оправдания своего влияния в условиях рационально-легального типа легитимности (М. Вебер).

Поскольку основным средством взаимодействия в правовой сфере является устная и письменная речь, исключительное значение приобретает вербально-речевой аспект аргументации и формальная логика. Наиболее очевидным проявлением такой значимости служит нормативное закрепление правил доказывания (аргументации) в ходе правоприменительной деятельности<sup>3</sup>.

Связь аргументации и права, пожалуй, настолько важна, что может быть признана одной из *ключевых характеристик западной традиции права*, которую стоит добавить в перечень, составленный американским исследователем Г. Берманом<sup>4</sup>. Разумеется, подтверждение данного тезиса требует масштабного, обстоятельного исследования как континентальной, так и английской истории права. В рамках данной публикации мы ограничимся краткой иллюстрацией того, что *основы правовой аргументации были заложены правовой наукой средневекового общеевропейского права (ius commune) и заимствованы судами Западной Европы в Новое время*.

Вопреки расхожим представлениям о Древнем Риме как колыбели западной правовой традиции, сохранившиеся первоисточники не содержат следов сколько-нибудь развитой теории юридической аргументации как средства обоснования судебных решений или разъяснения и критики закона.

Собранные в Дигестах Юстиниана (VI в.) фрагменты *высказываний римских юристов* периода наивысшего развития римской юриспруденции (I–III вв. н. э.) указывают преимущественно на фактические обстоятельства того или иного казуса, а не на обоснование его юридической квалификации.

Один из наиболее полных фрагментов с принятым у римских юристов обоснованием – это комментарий Алфена Вара к Аквиллиеву закону о возмещении вреда, включенные в Дигесты (D. 9.2.52.2). Римский юрист подробно рассматривал фактические обстоятельства наезда повозки на раба, но ни словом не обмолвился о толковании положений закона. Алфен Вар рассмотрел казус с двумя груженными повозками, едущими вверх на Капитолий, первая из которых откатилась и толкнула вторую, а та в свою очередь покатила назад и раздавила мальчика-раба. Решая вопрос о том, кому хозяин раба может предъявить иск о возмещении причиненного вреда, римский юрист обсуждал лишь фактические обстоятельства: двинулись ли мулы первой повозки назад, поскольку погонщики первой повозки

<sup>1</sup> В новейшем философском словаре аргументация определена как «способ подведения основания под какую-либо мысль или действие... с целью публичной защиты, побуждения к определенному мнению о них или разъяснения; способ убеждения кого-либо посредством значимых аргументов». См.: Новоселов М.М. Аргументация // Новая философская энциклопедия. – М., 2010. – Т. 1. – С. 162.

<sup>2</sup> Аристотель первым из известных нам философов определил аргументацию как сочетание красноречия и искусства ведения спора (диалектики) и считал ее достоянием всякого свободного человека, не связанным с областью какой-либо отдельной науки (Аристотель. Риторика // Античные риторика / Под ред. А.А. Тахо-Годи. – М., 1978. – С. 15).

<sup>3</sup> Детализированные нормы доказательственного права действующих процессуальных кодексов России подкреплены развитой научной теорией доказательств в арбитражном, гражданском или уголовном процессе.

<sup>4</sup> Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. – М., 1994. – С. 25–27.

отскочили от нее с умыслом или они спасались от испуганных мулов? почему мулы пятились назад: их нечто испугало или они не в состоянии тащить в гору тяжелый груз? Однако в комментарии к Аквиллиеву закону нет анализа самих положений закона, условий возложения ответственности за возмещение вреда, толкования смысла основных понятий и т. д.

Во многих других фрагментах Дигест союзы «потому что», «поскольку», «ведь» также предваряют изложение фактических обстоятельств дела вместо правового обоснования предложенного решения.

В целом, ответы римских юристов выдержаны в стиле изречений авторитетных оракулов. Действительно, исследователи не раз отмечали высочайшее уважение римлян к фигуре юриста, который, по словам известного испанского романиста М.Х. Гарсиа Гарридо, олицетворял собой римский народный тип, а его дом являлся «оракулом всего города»<sup>1</sup>. Официальным признанием значения наиболее влиятельных и лояльных юристов стало предоставленное им право давать ответы от имени императора Августа, а затем и его преемников<sup>2</sup>.

Потребность в аргументации судебных решений оставалась слабо выраженной в условиях специфически организованного формулярного гражданского процесса периода наивысшего развития римского права. Развитию мотивировочной части решений препятствовали следующие обстоятельства:

- судей назначал судебный магистрат (претор) из числа граждан без специальных познаний в праве;
- наряду с назначением судей, претор передавал им особую записку (*формулу*), в которой проводил квалификацию спора между сторонами и предписывал судье вынести то или иное решение в зависимости от установленных фактических обстоятельств дела;
- решение судьи являлось окончательным<sup>3</sup>.

Развитие юридической аргументации в Древнем Риме сдерживалось также не критическим отношением римских юристов к установлению законов и обычаев предков. Показательны мнения двух юристов-классиков, помещенные в начало первой книги Дигест. «Не для всего, что установлено предками, может быть приведено основание», – утверждал Юлиан (D. 1.3.20). «И потому не нужно исследовать основания того, что устанавливается; иначе было бы разрушено многое из того, что представляется определенным», – продолжил мысль коллеги Нераций (D. 1.3.21).

В целом сохранившиеся в Дигестах высказывания правоведов классического периода римского права редко содержат ответы на вопрос «почему?». Критику юристы оставляли на долю судебных оракулов, таких как Цицерон. При этом, как метко отметил Ф. Шульц, на все призывы Цицерона реформировать римское право на началах логики и превратить его в искусство юристы отвечали молчанием<sup>4</sup>.

В *постклассический период* появились дополнительные препятствия развитию юридической аргументации в Римской империи. В числе наиболее значимых следующие тенденции:

- общее падение уровня юридической грамотности из-за потрясшего Римское государство и общество экономического и политического кризиса; «вульгаризация» римского права;
- превращение юристов из самостоятельных авторитетных оракулов права в безликих чиновников императорской канцелярии по мере усиления авторитарной власти.

Обе тенденции нашли отражение в законодательстве поздней Римской империи. В 426 году императоры Феодосий II и Валентиниан приняли так называемый Закон о цитировании (CTh. 1.4.3) мнений наиболее уважаемых юристов в судах: определили пятерых избранных, установили правила оценки их мнений в случае разногласий по одному и тому же вопросу, а также запретили ссылаться на тех юристов, кого они не упоминают в своих работах. Тем самым судей лишили возможности выбирать лучшее мнение юриста, облегчив им работу с древними источниками.

Император Юстиниан I логически завершил тенденцию по отбору и упорядочению действовавшего в VI веке права. Он предписал собрать в едином правовом памятнике все старое и новое цивильное право с внесением в него необходимых изменений и дополнений, запретил комментировать составленные таким образом сборники (Дигесты, Кодекс) и дополнять их во избежание искажений первоначального смысла<sup>5</sup>, а также предписал судьям выносить решения «не по чужим примерам, а по законам» (C. 7.45.13). Единственным творцом закона Юстиниан объявил императора (C. 1.14.12.5).

Отмеченные ограничения позднеантичного законодательства и общий упадок юриспруденции сделали невозможным существование не только правовой аргументации, но и правоведения как профессиональной сферы деятельности на территориях распавшейся Западной Римской империи с VI века.

<sup>1</sup> Цит. по: *Гарсиа Гарридо М.Х.* Римское частное право: Казусы, иски, институты / Пер. с исп.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М., 2005. – С. 76.

<sup>2</sup> Об этом см. свидетельство Помпония (D. 1.2.2.49) и Гая (Gai. 1.7).

<sup>3</sup> Апелляция решения появилась в рамках экстраординарного бюрократического процесса, который полностью вытеснил формулярный лишь после отмены последнего в 342 г. (C. 2.57.1).

<sup>4</sup> *Schulz F.* Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. – Weimar, 1961. – S. 65.

<sup>5</sup> Соответствующие запреты содержатся в конституциях об обнародовании собрания императорских конституций, то есть Кодекса (Deo auctore, § 12; 530 г.), и сборнике исправленных фрагментов произведений юристов-классиков, т. е. Дигест (Tanta; § 21, 533 г.). См.: Дигесты Юстиниана / Пер. с лат.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М., 2002. – Т. 1. – С. 33, 65–67.



Лишь в конце XI–XII веке в средневековой Западной Европе начал возрождаться интерес к римскому праву. На основе изучения Свода Юстиниана в Болонье сформировалась первая специализированная правовая школа, представители которой (гlossаторы) в ходе переосмысления древнеримского наследия создали теоретическую юриспруденцию, а вместе с ней и правовую аргументацию.

Составленный в VI веке Свод Юстиниана не подходил для прямого применения в повседневной жизни XII века, поскольку хозяйственный уклад и мировоззрение средневекового общества претерпели существенные изменения. Следовательно, требовались немалые усилия не только для понимания, но и для *переосмысления* позднеримского правового наследия<sup>1</sup>. С этой задачей не могли справиться ни знатоки обычного германского права или деградировавшего в раннее Средневековье римского права, ни немногочисленные на тот период королевские чиновники, ни погруженные в толкование Священного Писания теологи.

Осмыслением древнеримского правового наследия занялись профессиональные толкователи – болонские glossаторы и сменившие их во второй половине XIII века комментаторы.

Рабочим инструментом необходимого осмысления и переосмысления Свода Юстиниана в XII веке стала *схоластика*. Речь идет не только о методологии, но и об общенаучной парадигме зрелого Средневековья. Схоластика представляла собой сочетание теологического учения об иерархической структуре бытия с правилами древнегреческой формальной логики в изложении «последнего римлянина» Северина Боэция (ум. 524 г.), переводчика логических трактатов с греческого на латинский язык<sup>2</sup>.

В схоластической парадигме мир представлен пирамидой авторитетных истин и сущностей. В гносеологическом плане авторитетным текстам приписывается большая достоверность, нежели реальность, иными словами, утверждается приоритет Откровения и выведенных из него абстрактных суждений над эмпирическим знанием. Для glossаторов и комментаторов воплощением писаного разума стал Свод Юстиниана. Обнаруженные противоречия в самом непогрешимом тексте или в тексте и окружающей действительности следовало снять с помощью правил формальной логики<sup>3</sup>.

Благодаря схоластике средневековые юристы не только определили перечень авторитетных источников и общих мест в юридической аргументации, порядок изложения материала в учебных и научных целях, но и применимые в правовой дискуссии правила выведения умозаключений.

Для glossаторов и комментаторов юридической «Библией» стал Свод гражданского права Юстиниана, для специалистов по каноническому праву (канонистов) – Священное Писание и сборники церковных канонов (прежде всего, Декрет Грациана).

В ходе толкования правовых текстов и обоснования своих позиций средневековые юристы-схоласты опирались на общие места (топы) и специальные доводы из авторитетных источников и активно использовали правила позднеантичной формальной логики.

Достаточно подробно о схоластической аргументации glossаторов и комментаторов высказался болонский профессор Альберико де Розата (ум. 1360 г.). Предваряя свои комментарии к Кодексу Юстиниана, он, среди прочего, критиковал некоторых французских коллег за чрезмерное увлечение «толкованием науки (права) в символической, софистической и диалектической манере...»<sup>4</sup>. «В нашей науке», – продолжил обосновывать свою мысль правовед, – «когда речь идет о том, чтобы отрубить кому-то голову, по меньшей мере необоснованно, полагаю, использовать силлогизмы о форме, субстанции и акциденции<sup>5</sup>» и приводить «до такой степени углубленные в логику и софистические аргументы, которые имели лишь видимость правдивости».

По убеждению де Розата, источниками аргументов в юридическом дискурсе могут являться лишь «наши законы (т. е. Свод Юстиниана. – Д.П.), которые непосредственно касались предмета...», glossы и мнения наиболее уважаемых докторов XII–XIV веков.

Незаменимым инструментом в деле толкования источников болонский профессор признавал приемы формальной логики, такие как выведение «*заклучения от меньшего к большему, или от*

<sup>1</sup> Данная проблема анализируется в рамках феномена *рецепции римского права*. Актуальную литературу по данному вопросу см.: Полдников Д.Ю. Договорные теории glossаторов. – М., 2008. Причины рецепции до сих пор остаются предметом дискуссий в историко-правовой науке. См. прежде всего переизданную в нескольких публикациях полемическую статью: Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права // Вестник Московского университета. – Серия 11: Право. – 1998. – № 4. – С. 3–17.

<sup>2</sup> Тезис о *методологическом сходстве юриспруденции и традиционной теологии* выдвинул еще в 1906 году Г. Канторович. С тех пор данное утверждение остается общепризнанным, хотя и подверглось некоторым уточнениям. См. Herberger M. Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz. – Frankfurt, 1981. – S. 3 ff.

<sup>3</sup> Общую характеристику средневековой схоластики и ее применения в праве см.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. – М., 1994. – С. 142–153.

<sup>4</sup> Полный текст данного высказывания приведен в статье. См.: Полдников Д.Ю. От философии и права к философии права? (конфликт двух правовых школ *ius commune* XIII–XIV вв.) // История государства и права. – 2010. – № 20. – С. 44–46.

<sup>5</sup> Имеются в виду случайные признаки объекта в противоположность его сущности, субстанции.

противного, или иными способами, одобренными нашим правом». Под «иными способами» понимались, прежде всего, учения о понятии, о формулировке дефиниций, о делении понятий и проведении классификаций<sup>1</sup>.

К XIII веку у средневековых профессоров сложился общий порядок изложения материала в учебных и научных целях. Достаточно подробно его описал в комментариях к Дигестам Денарий Одофред (ум. 1265). Изучение Дигест состояло из следующих шагов:

- краткое изложение содержания каждого титула, предшествующее чтению самого текста;
- изложение сути каждого закона посредством буквального толкования;
- замечания и исправления к тексту;
- краткий повтор содержания законов;
- разрешение видимых противоречий посредством обращения к общим принципам права, а также путем проведения различий (деления понятий);
- повторное прочтение наиболее важных фрагментов закона<sup>2</sup>.

Приведенные мнения итальянских правоведов достаточно ясно указывают, что к XIV веку сформировался научный стиль юридического дискурса, предполагающий определенные общие места аргументации и правила умозаключений. Он разительно отличался от *немотивированных* решений обычных, сеньориальных и королевских судов Средневековья и раннего Нового времени и первоначально не пользовался поддержкой представителей публичной власти, стремившихся сохранить свободу усмотрения при отправлении правосудия.

Разработанная юридической наукой модель аргументации правовых позиций, по всей видимости, не находила широкого применения в практике западноевропейских судов вплоть до конца XVIII века. Судебные акты напоминали изречения оракулов: краткие, немотивированные и официально не публикуемые. Система правосудия и передачи знаний о праве вне университетов характеризовалась крайней разрозненностью и опиралась на иррациональное обычное право. Знатоки обычного права (шеффены, зацебароны и др.) «отыскивали» право, руководствуясь своим житейским опытом. Значимость их решений во многом зависела от общественного положения, поэтому шеффенами выбирали земельных аристократов, купцов, княжеских советников без юридического образования<sup>3</sup>.

В целом, представления о правосудии народов Западной Европы до рецепции римского права не способствовали принятию мотивированных решений. Историкам права не известно ни одного указа или распоряжения, которые прямо запрещали бы судьям немецких шеффенских судов или французских парламентов указывать основания решений. Однако, к примеру, высший суд Французского королевства (Парижский парламент) с одобрения королевской власти не рекомендовал судьям «раскрывать секреты рассуждений»<sup>4</sup>. Отрицательно к раскрытию мотивов судебных решений с XIII века относились и многие специалисты канонического права, разрабатывавшие основы римско-канонического процесса.

Однако аргументированный стиль правовых позиций, созданный в XII–XIV веках профессорами Северной Италии, постепенно начал оказывать влияние на судебную практику.

Ранее всего под влияние новой юридической науки попали суды Северной Италии благодаря таким факторам, как:

- динамичное экономическое развитие городов-коммун данного региона, нуждавшихся в детализированных общих «правилах игры»;
- политическая раздробленность и конфликты сторонников различных партий и группировок (сторонников германского императора, папства, городских богачей, цеховых ремесленников и т. д.);
- раздробленность действовавших до рецепции римского права обычаев городов, корпораций, торговцев и т. д.

Единственной общей правовой основой на Севере Италии могла стать университетская обработка источников римского и канонического права и их адаптация для практического применения в судах и в нотариальной деятельности в XIII–XIV веках. Универсальную правовую систему стали именовать «общим правом» (лат. *ius commune*) в отличие от местных обычаев и законов.

Так, *ius commune* изначально мыслилось «общим» для всего христианского мира: одна Римско-католическая церковь, одна Римская империя, одно римское право. Однако поначалу являлось «общим» только для самостоятельных городов-коммун Севера Италии и лишь в течение XIV–XVII веков распространилось во всех основных регионах континентальной Западной Европы.

<sup>1</sup> Подробнее о методологии основоположников Болонской правовой школы см.: *Полдников Д.Ю.* Договорные теории глоссаторов. – М., 2008. – С. 64–71.

<sup>2</sup> Цит. по: *Rashdal H.* The Universities of Europe in the Middle Ages. Bologna. – Oxford, 1936. – Vol. 1. – P. 218.

<sup>3</sup> Основные черты правосудия у германских народов до рецепции римского права см., например, в публикации известного немецкого историка права Ф. Виакера: *Wieacker F.* A history of private law in Europe with particular reference to Germany. Translated by Tony Weir. – Oxford, 1995. – P. 82–83.

<sup>4</sup> Подробнее см.: *Dawson J.P.* The oracles of the law. – Michigan, 1968. – P. 372. Примечательно, что вплоть до XIX века высшие судебные инстанции Англии также отказывались публиковать свои решения и раскрывать их мотивы.

Распространению общего права и интегрированной в него схоластической модели аргументации в Италии в значительной мере способствовали особенности судопроизводства в городах-коммунах. Политические конфликты с особой остротой поставили вопрос о беспристрастных и компетентных служителях Фемиды, не связанных с партийными группировками той или иной коммуны.

Беспристрастность судей обеспечивалась различными мерами, в числе которых:

- приглашение судей из других городов;
- короткий (как правило, годовой) срок исполнения судебных обязанностей;
- запрет участия судей в общественной жизни;
- угроза привлечения их к ответственности за неправомерное, и даже некомпетентное решение<sup>1</sup>.

Последняя мера основывалась на расширительном толковании высказываний римских юристов<sup>2</sup>. И именно она в наибольшей степени способствовала усвоению судьями схоластической аргументации, побуждая их обращаться за консультацией к компетентным правоведам. Более того, статулы самоуправляющихся городов Северной Италии прямо предписывали судьям руководствоваться доктринальными произведениями авторитетных ученых-юристов и даже позволяли им делегировать полномочия по разрешению дел докторам права.

Так, Томазо Дипловатацио (1468–1541) утверждал, что статут города Болоньи предписывал судьям следовать «глоссам, одобренным Аккурсием», в случае пробелов в статутном праве и Своде Юстиниана<sup>3</sup>. Аналогичное предписание закреплял статут Вероны. Он же предписывал консультирующему эксперту руководствоваться определенными источниками права под угрозой имущественной ответственности<sup>4</sup>.

«Названный юрисконсульт обязан дать заключение согласно форме статута в следующем порядке: во-первых, на основании статута и обычаев города Вероны, а в случае пробела, по римскому праву и ординарным глоссам, одобренным Аккурсием, а в случае противоречий в них, пусть даст заключение по глоссе, которую одобрил Дин (итальянский комментатор, ум. ок. 1300 – Д.П.). И пусть юрисконсульт, давший совет вопреки указанному выше, несет ответственность и будет обязан возместить ущерб, издержки и убытки, доказанные перед подеста (городским главой – Д.П.) Вероны или его заместителя...».

Городские статулы закрепили то, что ранее стало обычаем. В частности, автор трактата «Судебное зеркало» (1271) Гильельмо Дуранте называл «общейталийским обычаем» обращаться к *общему мнению знатоков права*<sup>5</sup>.

«Если не будет заседателя, с которым судья мог бы посоветоваться и решить дело, то по общему для Италии обыкновению (*secundum consuetudinem Italiae generalem*), с согласия сторон выбирают знатоков, которые изучат акты суда, и по их заключению (*dictum*) судья вынесет решение».

Учитывая частые пробелы в статутном праве и риск неверной интерпретации сложного Свода Юстиниана, предоставленная законом возможность обращаться за разъяснениями к ученым правоведам открывала широкую дорогу для влияния *ius commune* на действующее право и использования доктринальных аргументов в ходе осуществления правосудия.

Начиная с XIII века *ius commune* и схоластическая аргументация оказывают возрастающее влияние за пределами Северной Италии. Так, по мнению Ф. Мартинеса Мартинеса, постановления кортесов (сословно-представительного органа) в Бривиеске 1387 года «закрепили триумф общего права (*ius commune* – Д.П.) по отношению к национальному праву (Леона-Кастильского) королевства, закрепив возможность его официального применения, за незначительными ограничениями. Дверь была открыта, и адвокаты начали наводнять свои сочинения ссылками на римское и каноническое право, а также на мнения наиболее известных древних и современных им юристов»<sup>6</sup>.

В германских землях к XVI–XVII векам входит в употребление концепция «общего мнения докторов» (*communis opinio doctorum*), в отношении которого установилась презумпция большей истинности и которое приравнивалось к обычаю<sup>7</sup>. Ученые-юристы постепенно заменили знатоков обычного права (шеффенов), которые справлялись со своими обязанностями, пока судебные споры были простыми и повторяющимися. Однако в позднее Средневековье стали появляться новые общественные отношения, в которых у шеффенов не было опыта.

<sup>1</sup> См.: Dawson J.P. The oracles of the law. – Michigan, 1968. – P. 134–138.

<sup>2</sup> Из отдельных высказываний ведущих юристов-классиков в Дигестах Юстиниана следует, что условием привлечения судьи к ответственности за неправомерное решение являлся умысел (Ульпиан, D. 5.1.15.1). Однако провинциальный юрист Гай считал достаточной виной «некомпетентность» судьи (D. 50.13.6; 44.7.5.4). Его позицию поддержал Юстиниан в Институциях (Inst. 4.5 pr.).

<sup>3</sup> Diplovataccio T. Opus de praestantia doctorum. ed. Pescatore. – Berlin, 1890. – P. 168.

<sup>4</sup> См.: Fulgosio. Consilia. – Venetiis, 1576. – P. 245. – Consilium 201.

<sup>5</sup> Цит. по: Marongiu A. Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi // Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. – Milano, 1939. – Т. 3. – P. 450.

<sup>6</sup> Мартинес Мартинес Ф. Когда Европа была единой. Общее право, стиль итальянский, стиль французский и кастильское приложение // Древнее право. – 2005. – № 2 (16). – С. 158.

<sup>7</sup> Coing H. Europäisches Privatrecht. Bd. 1. Alteres gemeines Recht. (1500–1800). – München, 1985. – S. 124 ff.

Как и в Северной Италии, немецкие судьи обращались к доктрине авторитетных ученых-правоведов, дабы избежать ответственности за некомпетентные решения<sup>1</sup>. В XVI веке немецкий ученый Себастьян Медицес и его английский коллега Артур Дук уже разделяли позицию своих итальянских предшественников (Андреа Альчиато, Джакомо Менокио) относительно ответственности судьи, вынесшего решение вопреки общему мнению докторов. Так возникла практика направлять сложные дела из судов на юридические факультеты (нем. *Aktenversendung*), наиболее известные профессора которых образовывали «консультативную коллегия» (нем. *Spruchkollegium*)<sup>2</sup>.

Однако по мере утверждения абсолютистских монархических режимов в Западной Европе в XVII–XVIII веках судебные инстанции постепенно принимают у научной доктрины функции по аргументации правовых позиций. Абсолютные монархи стали рассматривать правосудие как важный инструмент общегосударственного управления, эффективность которого связывалась, прежде всего, с централизацией судебной системы и упорядочением источников права.

Именно в последние два века Старого порядка появляются или реорганизуются «большие трибуналы», или апелляционные инстанции, призванные содействовать единообразию судебной практики. Ее разрозненность удручала прогрессивно мыслящих интеллектуалов, но являлась неизбежным следствием непредсказуемости немотивированных решений судов, отсутствия каких-либо официальных сборников судебной практики и даже четкой иерархии правовых источников.

В значительной мере к непоследовательной судебной практике относится фраза философа-просветителя Вольтера: «Разве не абсурдно и не ужасно, что верное в одной деревне ошибочно в другой? Каким видом варварства следует назвать (состояние), при котором граждане должны жить по разным законам? Путешествуя по этому королевству, вы меняете право вместе с почтовыми лошадьми...».

В централизованном Французском королевстве апелляционные суды (парламенты) продолжали существовать с эпохи Средневековья. Однако к XVIII веку влияние их решений и численность судей заметно возросли<sup>3</sup>. По оценкам Дж. Доусона, в двенадцати парламентах королевства заседало около тысячи двухсот судей, контролировавших решения примерно пяти тысяч обычных судей. В Италии апелляционные суды создаются в столицах всех крупных государств полуострова: во Флоренции, Генуе, Милане и, прежде всего, папская *Rota Romana* в Риме. В южных Нидерландах высшим судом стал Большой совет в Мехелене, а в Республике Соединенных провинций важное значение приобрел Верховный суд Голландии, Зеландии и Западной Фрисландии. В Германии высшей апелляционной инстанцией с конца XV века номинально являлся Имперский камеральный суд<sup>4</sup>. Однако прогрессирующая политическая раздробленность привела к тому, что с XVI века его функции постепенно переняли некоторые суды территориальных княжеств<sup>5</sup>.

Наряду с формированием иерархии судебных инстанций государи Западной Европы предпринимали меры по упорядочению источников действующего права. Вплоть до кодификаций эпохи Просвещения основным инструментом такого упорядочения являлись «законы о цитировании»<sup>6</sup>. Данные законы определяли круг правовых источников, а значит, и допустимых аргументов, учитываемых при разрешении судебных споров.

Особенно показательно законодательство итальянских королевств XVIII века. Например, король Сардинии Виктор Амадей II Савойский (1720–1730) в 1723 году установил иерархию источников, на которых должно основываться судебное решение: королевские конституции, статуты, «общий закон» в смысле *ius commune*. При этом запрещалось ссылаться на «любых авторов» (т. е. докторов права), которые не основывают свои мнения на естественном разуме или разуме народов или на установлениях общего закона, или на решениях государственных судов королевства<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Dolezalek G.* Herrschende Lehre (communis opinio) // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. – Berlin, 1978. – Bd. 2. – Sp. 113–114.

<sup>2</sup> Подробнее см.: *Buchda G.* Aktenverseundung // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. – Berlin, 1971. – Sp. 84–87.

<sup>3</sup> См.: *Dawson J.P.* The oracles of the law. – Michigan, 1968. – P. 2.

<sup>4</sup> Благодаря правоведу Лаутербаху сложилась доктрина о том, что нижестоящие судебные инстанции не должны без веских соображений отступать от решений Имперского камерального суда и прочих высоких судов.

<sup>5</sup> Подробнее см.: *Dawson J.P.* The oracles of the law. – Michigan, 1968. – P. 273 sg. (о французских судах) и P. 185 sg. (о немецких судах), *Dähring E.* Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500. – Berlin, 1953. – Bd. 1. – P. 2 (о немецких судах); *Ranieri F.* Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Judikatur des Rechtsammergerichts im 16. Jh. – Köln; Wien, 1985); *Golra G.* I «grandi tribunali» italiani fra I secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia // *Il foro italiano*. – 1969. – № 94. – P. 629–632 (об итальянских судах).

<sup>6</sup> Данные акты получили название по аналогии с известной Конституцией 426 года римских императоров Феодосия II и Валентиниана о правилах цитирования работ юристов в судах (CTh. 1.4.3).

<sup>7</sup> См. *Marongiu A.* Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi // *Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta*. – Milano, 1939. – T. 3. – P. 460–461.

Крайне полезное в условиях политического и правового партикуляризма зрелого и позднего Средневековья «право юристов» в силу известной автономности по отношению к действующему праву, инертности и прогрессирующей сложности оказывалось помехой централизаторским устремлениям монархов и князей Западной Европы второй половины XVII–XVIII веков. По мере укрепления абсолютистского характера правления, государи Нового времени старались поставить под контроль функции формирования права и толкования законов.

Накануне буржуазных революций во всех странах Западной Европы (за известным исключением германских земель) высокие суды приняли на себя роль толкователей права и создателей доктрины. Они оттеснили на второй план авторитетных ученых-юристов, но переняли их схоластическую модель аргументации.

Несмотря на научную революцию XVII века, распространение идеологии рационального естественного права и Просвещения, именно схоластика составляла основу аргументационной модели судов Старого порядка. Жизнеспособность данной модели связана с рядом факторов. Прежде всего, юридическое образование в западноевропейских государствах вплоть до XIX века основывалось на изучении римско-канонического права и в гораздо меньшей степени учитывало действующие нормы<sup>1</sup>.

Например, во Франции эдикт о создании кафедр французского права издал лишь Людовик XIV в 1679 г. Однако, согласно проведенным исследованиям, эти кафедры долгое время оставались вакантными, а когда их занимали профессора, то преподавали спустя рукава из-за низкой оплаты и необходимости заниматься адвокатской практикой.

Средневековые правовые доктрины подкреплялись заучиванием постулатов аристотелевско-томистской философии и формальной логики в стенах университетов, тогда как взгляды Декарта, Спинозы, Локка и прочих противников схоластики становились предметом обсуждения в салонах.

Схоластическая аргументация вполне соответствовала мировоззрению основной части судейского сообщества и удовлетворяла их потребности по толкованию источников права и вынесению слабо мотивированных решений. Стоит заметить, что важное место среди источников вплоть до конца XVIII века занимала созданная с помощью все той же схоластики научная доктрина итальянских комментаторов, испанских вторых схоластов и представителей немецкой школы современного римского права<sup>2</sup>.

Новый стиль формулировки и аргументации судебных решений утвердился лишь после того, как позднефеодальное право было сметено буржуазными революциями. Разумеется, наиболее показательны в данном отношении опыт Франции. Существовавшая здесь при Старом порядке система 12 парламентов (апелляционных судов), основанная на научной доктрине ученых и толковании обычного права, оставалась децентрализованной и производила немотивированные решения. Парламенты считались суверенными судами и сохраняли независимость по отношению к Парижскому парламенту, который лишь номинально считался верховным судом королевства.

С началом революции в 1789 году во Франции были закрыты все юридические факультеты, преподававшие старорежимное право. На вновь открытых при Наполеоне факультетах объектом изучения стало уже новое, буржуазное право, основанное на общефранцузских кодексах и идеологии Просвещения.

Другим важным для развития юридической аргументации событием стало создание в 1790 году высшей судебной инстанции для всего государства – Кассационного трибунала. Данный трибунал (с 1804 г. – Кассационный суд) не только способствовал формированию единообразной судебной практики, но и создал новый стиль судебных решений. Оба обстоятельства были тесно связаны друг с другом<sup>3</sup>.

Еще одним отступлением от практики судопроизводства при Старом порядке стал Закон от 16–24 августа 1790 года, в соответствии с которым на всех судей Франции возлагалась обязанность указывать основания своих решений, цитируя текст применяемого закона. Кассационному же суду надлежало оценивать корректность применения того или иного закона в оспариваемом решении.

Впрочем, новый процессуальный закон не устанавливал каких-либо сложных требований к мотивировочной части судебных решений. Действительно, сложившийся в конце XVIII – первой трети XIX века стиль решений Кассационного суда отличался крайней лаконичностью. В первый год своего существования высшая судебная инстанция практически безмотивно констатировала несоответствие отменяемого решения суда той или иной статье закона без изложения содержания дела или доводов сторон.

Начиная с 1792 года в решениях Кассационного трибунала судьи начали копировать фразы из преамбул важнейших законов, связывать их с конкретным решением посредством союзов «учитывая, что...», «принимая во внимание...», а также перечислять основания принимаемого решения (статьи закона, документа, обстоятельства дела и др.).

<sup>1</sup> См.: *Arnaud A. -J. Les origines doctrinales du code civil français.* – Paris, 1969. – P. 45.

<sup>2</sup> Примеры схоластической трактовки институтов договорного права представителями указанных научных школ смотри в нашей монографии: *Полдников Д.Ю. Договорные теории классического ius commune (XIII–XVI вв.).* – М., 2011.

<sup>3</sup> *Halpérin J.-L. Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution française.* – Paris, 1987.

Кроме того, в годы революции судьи высокого суда начали излагать собственное *толкование* закона (используя, например, фразу «очевидно, что закон подразумевает...»). В первые годы деятельности Кассационного трибунала решения нижестоящих судов отменялись ввиду неверного толкования и применения норм закона, что, в свою очередь, побуждало судей более обстоятельно мотивировать свою правовую позицию.

О значении практики кассационного суда свидетельствует появление в конце XVIII – начале XIX века официального периодического издания «Журнал дю Палэ», а также частных сборников, основанных известными адвокатами Сире и Далло. Публикация решений, в свою очередь, стала важным инструментом распространения их нового стиля во Франции.

Формирование современного буржуазного стиля аргументации судебных решений можно считать состоявшимся после того, как закон от 1 апреля 1837 года предоставил Кассационному суду право предписывать нижестоящим судам определенное толкование закона (которому он сам не обязан был следовать).

Основными средствами судебной аргументации стали источники действующего права, анализ воли законодателя, ссылка на принципы естественного права, а также подспудный учет дореволюционной научной доктрины<sup>1</sup>.

Сочетание различных средств аргументации постепенно предоставило судам возможность широкого толкования применяемых норм, иногда даже вопреки буквальному смыслу закона (например, по вопросу легитимации внебрачных детей вопреки нормам Гражданского кодекса Франции).

Новый стиль составления и аргументации судебных решений Кассационного суда представлял собой разумный компромисс между немотивированными актами королевских судов при Старом порядке и чрезмерно краткими решениями 1790-х годов, с одной стороны, и длинными решениями высших судов английского общего права – с другой. Он получил широкое распространение не только в нижестоящих инстанциях Франции, но и во многих государствах, оказавшихся в сфере ее влияния в XIX веке.

С возложением на французских судей обязанности мотивировать свои решения во Франции и в других странах Западной Европы начался новый этап развития правовой аргументации. Учитывая значение аргументации для формирования западной традиции права, имеет смысл уделить самое пристальное внимание ее прошлому, настоящему и будущему как в научном плане, так и в сфере юридического образования.

К сожалению, отсутствие серьезных исследований истории и теории юридической аргументации в России, сопоставимых с публикациями Роберта Алекси, Нейла Маккормика, Дугласа Волтона и других<sup>2</sup>, влечет за собой недооценку важности данного предмета, а также обедняет программу подготовки юристов.

Восполнять данный пробел, очевидно, следует не только подготовкой научных публикаций, но и через организацию исследовательских групп с участием студентов, которые с первых лет обучения осознают важность аргументации в праве и в дальнейшем будут использовать приобретенные знания в своей практической и исследовательской деятельности<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Подробнее см.: *Beignier B.* La conscience du juge dans l'application de la loi au debut du XIX siecle. La jurisprudence au temps de l'Exegese; *Carbasse J.-M.*, La conscience du juge dans la tradition juridique europeenne / J.-M. Carbasse, L. Depambour-Tarride. – Paris, 1999. – P. 284–290.

<sup>2</sup> *Alexy R.* Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. Ausg. – Frankfurt a. M., 1991; *Walton D.N.* Argumentation schemes / D.N. Walton, Ch. Reed, F. Macagno. – Cambridge, 2008.

<sup>3</sup> Примером может служить созданная в 2012 году под руководством доцентов кафедры теории права и сравнительного правоведения НИУ ВШЭ А.М. Голощапова, Д.Ю. Полдникова и И.А. Шаповалова научно-учебная группа анализа правовой аргументации судебных решений по спорам об исполнении договорных обязательств в судах Российской Федерации, Германии, Франции, а также Англии и США. См.: <http://pravo.hse.ru/argumentation/>

**С.Б. Поляков**

*Поляков Сергей Борисович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного национального исследовательского университета*

## **Функции юридической аргументации в юридической практике**

В определении функции какой-либо вещи или явления используются понятия сущность, цель, назначение вещи или явления, функции которых подвергаются анализу. Функция рассматривается как процесс, деятельность в той или иной форме, одновременно направленная на реализацию цели существования вещи или явления и объективно показывающая их сущность и цели. «По делам их вы узнаете о них».

Юридическая аргументация сама является функцией субъектов правоотношений. Но у функции могут выявляться собственные функции. Так, например, анализируются такие функции юридической ответственности, как форма или проявление реализации функций права<sup>1</sup>, определяются функции актов толкования права (результатов деятельности по уяснению и разъяснению норм права)<sup>2</sup>. Поэтому постановка вопроса о функциях юридической аргументации вряд ли может быть дискуссионной. Вопросы заключаются в определении целей и содержания функций юридической аргументации, и отсюда – их видов и назначения, прежде всего, в юридической практике.

Юридическая аргументация является средством достижения правового результата в виде правового акта, нужного использующему ее лицу. Сущность юридической аргументации заключается в убеждении в правоте ее автора – участника правового спора. Она используется, во-первых, для достижения целей разных видов правовой деятельности – правотворческой и правоприменительной; во-вторых, для достижения целей субъектов права, отличающихся по своему месту в правоприменительном процессе. Следовательно, юридическая аргументация имеет разнопорядковые функции в зависимости от вида и субъектов правовой деятельности, в которой используется.

В полемике по правовым спорам юридическая аргументация называется тогда, когда в обоснование своей позиции лицо приводит положения законодательства и иных форм права. Доводы без ссылок на правовые нормы и их источники, квалификация фактов без указания на то, какие права и обязанности, предусмотренные нормами права, они порождают, изменяют или прекращают, получают заслуженные упреки в неюридическом характере аргументации. К юридической аргументации также следует относить и ссылки на принятые в правоведении правила юридической техники, способы толкования права, приемы решения коллизий права, не всегда непосредственно содержащиеся в нормативных правовых и судебных актах.

В ходе обсуждения и согласования проектов нормативных правовых актов помимо социально-экономических доводов в пользу или против проекта приводится значительное число аргументов об изменениях в системе законодательства в связи с внесением проекта, а также по вопросам юридической техники. Поэтому юридическая аргументация, безусловно, используется в процессе подготовки и принятия нормативных правовых актов.

По субъектам правотворческой деятельности вряд ли можно выделить разные функции их юридической аргументации. Содержание доводов не определяется ролью в названной деятельности. И авторы проекта нормативного правового акта, и лица, согласующие проект, и лицо, отклоняющее проект (например, Президент РФ в порядке ч. 3 ст. 107 Конституции РФ<sup>3</sup>) выражают свое отношение к проекту, убеждая друг друга в том, каким должен быть результат нормотворческого процесса. Направленность на общий предмет деятельности, а потому одна цель субъектов правотворческого процесса не позволяет выделить функции юридической аргументации в нормотворческой деятельности по их субъектам.

<sup>1</sup> Радько Т.Н. Юридическая ответственность как общая форма реализации социальных функций права // Юридическая ответственность в советском обществе: Труды ВСШ МВД СССР. – Волгоград, 1974. – Вып. 9. – С. 11; Липинский Д.А. Проблемы юридической ответственности. – СПб., 2004. – С. 81–82.

<sup>2</sup> Худолей К.М. Функции актов толкования конституций (уставов) субъектов РФ // Конституционное и муниципальное право. – 2007. – № 12.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 1996 года № 10-П «Отклонение федерального закона Президентом Российской Федерации, предусмотренное частью 3 статьи 107 Конституции Российской Федерации, означает принятое в течение четырнадцати дней с момента получения закона решение Президента Российской Федерации об отказе в его подписании (вето) с указанием мотивов такого отказа» // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 18. – Ст. 2253.

В правоприменительной деятельности заметны два рода субъектов: участники правового спора и правоприменитель, решающий этот спор. У первых одна цель – убедить правоприменителя в правоте своих притязаний на предмет спора. Правоприменитель должен убедить участников спора, что решил его в соответствии с законом на основе состязательности и равноправия сторон беспристрастно (ст. 120, ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 12 ГПК РФ, ст. 5, 8, 9 АПК РФ, ст. 15 УПК РФ, ст. 1.4 и 1.6 КоАП РФ). У него нет (не должно быть) своего материально-правового интереса в предмете спора, а, значит, нет общей цели с участниками спора. Это предполагает различие функций юридической аргументации участников правового спора и функций юридической аргументации правоприменителя, решающего этот спор.

Юридическая аргументация участника правового спора и в правотворческой, и в правоприменительной деятельности имеет два явно выраженных направления – обоснование своей правовой позиции и опровержение противостоящей(щих). Соответственно их следует назвать терминами, указывающими на цели: 1) показать юридическую правоту своих выводов и 2) несостоятельность доводов противника. Название функции для второй цели напрашивается: «опровергающая». Подобрать точный термин для первой функции сложнее. Для указания на собственную правовую позицию участника правового спора буквально подходит термин «собственная». Но словосочетание «собственная функция юридической аргументации» указывает не на цель аргументов участника спора в свою пользу, а на неизвестную самодостаточность юридической аргументации.

Правовая дискуссия по поводу нормативного правового акта возникает с нормотворческой инициативы, которая должна быть обоснованной, то есть содержать фактические и юридические аргументы в пользу предлагаемого проекта нормативного правового акта<sup>1</sup>. Юридическое дело возникает по инициативе истца, обязанного обосновать свои требования и их основания (ст. 131, 132 ГПК РФ, ст. 125, 126 АПК РФ), заявлений лиц, указывающих на основания и поводы для возбуждения административного или уголовного преследования, или процессуальных актов уполномоченных должностных лиц в защиту публичных интересов (ст. 28.1 КоАП РФ, ст. 140 УПК РФ). Таким образом, вначале появляется юридическая аргументация инициатора правового спора, обосновывающего свои притязания, а потому ее можно назвать первоначальной.

В ответ выдвигаются опровержения этих аргументов участниками правотворческого процесса (согласовывающими и обсуждающими проект), ответчиками, лицами, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, подозреваемыми и обвиняемыми. В дальнейшем лицо, инициировавшее правовой спор, приводит аргументы, с учетом полученных возражений уточняющие или дополняющие ранее высказанные требования и их основания либо непосредственно направленные на опровержение возражений. В ответ могут следовать аргументы также с учетом доводов первой стороны спора, уточняющих и дополняющих первоначальную позицию и опровергающих возражения против первоначальной позиции.

Буквальное значение слова «первоначальная» создает впечатление, что первоначальной может быть функция юридической аргументации только инициатора правового спора, в последующем вся юридическая аргументация в процессе обсуждения проекта нормативного правового акта или по юридическому делу имеет только опровергающую функцию. Однако можно заметить по конкретным делам, как на протяжении всего правового спора одна из сторон повторяет, например, в суде первой, апелляционной и кассационной инстанций без каких-либо изменений свою собственную позицию, не реагируя на уточняющие и опровергающие доводы противника. При таком процессуальном поведении ответчика его аргументация выполняет функцию повторения его первоначальной позиции, но никак не опровержения позиции истца. Таким образом, слово «первоначальная» корректно употребить не только к юридической аргументации инициатора правового спора, но и к доводам изначально высказанной позиции другой стороны спора.

Первоначальную функцию в названном значении могут нести доводы и не направленные на опровержение аргументов процессуального противника. Например, истец заявляет требования о солидарной ответственности ответчиков. В возражениях на иск один из них указывает на то, что истцом не приведены основания такой ответственности. Истец дополняет основания иска, указывая на обстоятельства, предусмотренные ст. 322 ГК РФ. Тем самым он уточняет свою первоначальную позицию, но не опровергает возражения ответчика, в которых пока не было утверждений об отсутствии в деле обстоятельств, предусмотренных ст. 322 ГК РФ, а только указывалось на отсутствие указаний на них в первоначальной аргументации истца.

Итак, юридическая аргументация участника правового спора имеет первоначальную и опровергающую функции. Отсутствие последней указывает на слабость правовой позиции участника правового спора и дает формальное основание для решения в пользу стороны, аргументы которой остались без опровержения, исходя из принципа состязательности судопроизводства.

В юридической аргументации следует выделять доказательства фактических обстоятельств, утверждения или отрицания фактов, предусмотренных нормой права (фактическая аргументация) и

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 1997. – № 33. – Ст. 3895.



доводы относительно выбора надлежащей нормы права, коллизий норм права, о наличии или отсутствии пробелов в праве и средствах их преодоления в деле и тому подобные аргументы, характеризующие стадию правоприменения, называемую установление юридической основы дела. Можно заметить, что в правоприменительных актах обычно ограничиваются указанием на отсутствие фактических аргументов по формуле: «Доказательств противного (стороной, не в пользу которой вынесено решение) не приведено». Редко встречается иная взаимная оценка доводов сторон и прямые указания на то, что юридическая аргументация по установлению юридической основы дела одной стороны не опровергнута другой стороной, а потому она положена в основу решения, исходя из принципа состязательности.

У правоприменителя не должно быть первоначальной функции юридической аргументации. Но можно привести такой пример из юридической практики автора.

В предварительном судебном заседании арбитражного суда по делу о возмещении вреда уничтожением и повреждением вагонов истца вследствие пожара на промышленном объекте ответчика судья с самого начала изложения позиции представителем ответчика трижды настойчиво перебивала его словами: «Не надо меня убеждать!». Отказывая в ходатайстве о приобщении к делу заключения специалистов по промышленной безопасности, сделавших вывод об эскалации пожара вследствие неисправности устройств вагонов истца, предотвращающих утечку газа, судья заявила: «У меня есть собственное представление о пожаре». Ею в предварительном заседании было заявлено об абсурдности ходатайств, направленных на установление степени вины владельцев взаимодействовавших источников повышенной опасности, мнение о нормах материального права, подлежащих и не подлежащих применению в деле.

Обнаружение первоначальной функции юридической аргументации суда (иного правоприменителя) должно быть безусловным основанием для отвода судьи или отмены правоприменительного акта, то есть влечь применение праввосстановительной санкции за нарушение требований п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод («Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела ...независимым и беспристрастным судом»), ст. 120, ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 12 ГПК РФ, ст. 5, 8, 9 АПК РФ, ст. 15 УПК РФ, ст. 1.4 и 1.6 КоАП РФ. Однако на практике это реализуется редко. Конкретизация нарушения указанных норм права путем введения понятия «первоначальная функция юридической аргументации суда», то есть указание судом доводов в обоснование решения, не приводившихся участниками спора, позволило бы точно квалифицировать названное правонарушение.

В ближайшее время Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) должен быть решен вопрос о приемлемости подготовленной автором настоящей статьи жалобы Черанева на нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции в его деле<sup>1</sup> следующими действиями суда. Он подал иск о возмещении имущественного вреда, причиненного ему как единственному участнику ООО, деятельность которого была прекращена вследствие его многолетнего уголовного преследования, закончившегося его реабилитацией и приговором к компенсации морального вреда.

В определении о назначении судебного заседания суд предложил ответчику – казне РФ в лице Министерства финансов РФ представить возражения относительно заявленных требований (с правовым обоснованием позиции), а также собственный расчет сумм, указанных в иске, если они оспариваются, и буквально разъяснил: «При непоступлении от ответчика возражений и расчетов ко дню рассмотрения дела, суд при разрешении спора будет принимать во внимание согласие ответчика с заявленными истцом требованиями». Эти слова были выделены в тексте определения увеличенным размером и жирностью шрифта. Однако вопреки требованиям закона и собственному же предупреждению ответчику суд в итоге отказал в удовлетворении иска по основаниям, которые ему не приводились, то есть самостоятельно сформулировал возражения против иска.

В жалобах по делу и в ЕСПЧ Черанев указывал, что свою позицию в опровержение иска в соответствии с принципом раскрытия доказательств суд ему не довел. Соответственно, он был лишен возможности изложить свою позицию и представить дополнительные возражения относительно доводов против иска (в порядке ст. 189 ГПК РФ), что он мог бы сделать, если бы эти доводы излагались ответчиком.

Суд кассационной инстанции в своем определении указал: «Возражения против иска ответчиком представлены не были, что является его правом, однако из этого не следует, что отсутствие возражений со стороны ответчика обязывало суд постановить решение об удовлетворении иска».

Судья областного суда, рассмотревший надзорную жалобу, в определении об отказе в ее удовлетворении, привел довод заявителя о нарушении права на рассмотрение дела беспристрастным судом, однако по существу их не высказал своей позиции, как и судья Верховного Суда РФ, также отказавший в удовлетворении надзорной жалобы.

<sup>1</sup> Европейский суд по правам человека письмом от 3 апреля 2012 года запросил у Черанева дополнительные материалы по жалобе № 17835/06 для рассмотрения в ближайшее время вопроса о приемлемости его жалобы.

Требования беспристрастности и независимости суда, состязательности судопроизводства, относящиеся ко всем правоприменителям, предполагают их обязанность подтвердить правильность аргументов стороны, в пользу которой выносится решение и опровергнуть доводы стороны, не в пользу которой решено дело. Закон требует от суда и административного органа мотивировать свое решение: привести в правоприменительном акте доказательства, на которых основаны его выводы об обстоятельствах дела и доводы в пользу принятого решения; мотивы, по которым он отверг те или иные доказательства каждой из сторон, принял или отклонил приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле; указать законы и иные нормативные правовые акты, которыми он руководствовался при принятии решения, и мотивы, по которым он не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле (ч. 4 ст. 170, п. 6 ч. 1 ст. 185 АПК РФ<sup>1</sup>, ч. 4 ст. 198, п. 5 ч. 1 ст. 225 ГПК РФ, ч. 4 ст. 7, пп. 4 и 5 ч. 1 ст. 305, пп. 2–5 ст. 307 УПК РФ, п. 6 ч. 1 ст. 29.10 КоАП РФ).

Доводы в пользу принятого решения, которые должны быть положительной оценкой аргументов стороны, в пользу которой решено дело, можно назвать содержанием положительной функции юридической аргументации правоприменителя. Мотивы, по которым правоприменитель отверг те или иные доказательства, не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, выражают опровергающую функцию юридической аргументации правоприменителя.

Необходимо определить признаки допустимости объема положительной функции юридической аргументации правоприменителя с целью соблюдения требований его беспристрастности. Это можно сделать указанием на возможности дополнения доводов стороны, в пользу которой выносится решение, и(или) формулированием запретов приводить собственные доводы. В качестве варианта можно предложить такую формулу: «Суд (орган, рассматривающий дело), приводя доводы в пользу принятого решения, может дополнять доводы лиц, участвующих в деле, ссылками на неуказанные ими источники права, содержащие положения, сходные с приведенными ими. Запрещается ссылаться на нормы права и правовые позиции, не приводившиеся лицами, участвующими в деле».

Здесь проявляется известное противоречие принципов законности (юридической истины) и состязательности судопроизводства. Должен ли суд признавать непровергнутые другой стороной доводы, противоречащие императивным нормам права? При конституционном закреплении состязательности судопроизводства (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ) и отсутствии в Конституции РФ упоминания принципа юридической истины ответ должен быть положительным. Иначе суд невольно становится пристрастным в пользу процессуальных иждивенцев. В вышеприведенном примере кассационная инстанция Пермского областного суда выразила позицию о допустимости пристрастности суда и правомерности решения об отказе в удовлетворении иска при отсутствии возражений со стороны ответчика.

Этот вопрос требует дополнительного обсуждения и точного решения для обеспечения беспристрастности правосудия. Тем более, что арбитражное процессуальное и гражданское процессуальное законодательство по-разному формулируют обязанности суда в доказывании.

Согласно ч. 2 ст. 56 ГПК РФ: «Суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой стороне надлежит их доказывать, выносит обстоятельства на обсуждение, *даже если стороны на какие-либо из них не ссылались*» (курсив мой. – С.П.). Это дает основания для формирования судом первоначальной функции своей аргументации.

Подобного нет в АПК РФ. В части 2 ст. 65 АПК РФ записано: «Обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права».

В наибольшей степени беспристрастность и профессионализм правоприменителя проявляются опровергающей функцией его юридической аргументации. Поскольку все решения правоприменителей могут быть обжалованы в суд, проблемы несудебных правоприменителей (административных органов) поглощаются проблемами судебного правоприменения.

Российской правовой системе давно известна проблема немотивированности судебных актов<sup>2</sup>. Отсутствие опровергающей функции юридической аргументации судебных актов указывает на их юридическую несостоятельность и на принятие решения не по юридическим, а по иным, то есть незаконным основаниям.

<sup>1</sup> Самое полное изложение приведенных требований. Представляется недостатком российской юридической техники разное по объему изложение требований к мотивированности правоприменительных актов в разных кодексах.

<sup>2</sup> Способна ли судебная система исправлять свои ошибки? // Российская юстиция. – 2003. – № 6. – С. 41–43; Митюшев В. Мотивированное решение // ЭЖ-Юрист. – 2005. – № 26. – С. 6; Султанов А.Р. О проблеме мотивированности судебных актов через призму постановлений Европейского суда по правам человека // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 2. – С. 11–13; Верещагин А.Н. Особые мнения в российских судах // Государство и право. – 2008. – № 2. – С. 22; Осин В.В. Есть ли в России судебный надзор? // Адвокат. – 2008. – № 3. – С. 42–63; Холодный В. Эффективный пересмотр // ЭЖ-Юрист. – 2009. – № 47. – С. 8, 9; Холодный В. О Дисциплинарном судебном присутствии и защите прав граждан // Адвокат. – 2010. – № 2. – С. 5–13; и др.

Заведующая детским садом Н. была уволена за систематическое нарушение дисциплины, выразившееся в неприменении в детском саду системы оплаты труда, введенной департаментом образования администрации г. Перми. Н. указывала, что согласно пп. 10 п. 2 ст. 32 Закона РФ от 10 июля 1992 года № 3266-1 «Об образовании» установление заработной платы работников образовательного учреждения, в том числе надбавок и доплат к должностным окладам, порядка и размеров их премирования относится к компетенции образовательного учреждения. То же установлено в Уставе детского сада. Неисполнение изданного с нарушением закона нормативного правового акта не является нарушением дисциплины.

Ответчиком указано, что постановление администрации г. Перми от 20 октября 2009 года № 705 «Об утверждении Положения об оплате труда работников муниципальных учреждений, подведомственных департаменту образования администрации г. Перми» подлежит обязательному исполнению на всей территории города в соответствии со ст. 53 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и Уставом г. Перми. Однако приведенный Федеральный закон не содержит нормы права, регулирующие отношения в сфере образования. Акты органов местного самоуправления не предусмотрены в системе законодательства Российской Федерации в области образования (ст. 3 Закона РФ «Об образовании»), регулирующего, в том числе, вопросы оплаты труда и социальной поддержки работников образовательных учреждений (пп. 10 п. 2 ст. 32, ст. 54, 55 Закона РФ «Об образовании»). Поэтому названный Федеральный закон не применим к правоотношениям работников образовательных учреждений, а акты органов местного самоуправления, изданные с превышением полномочий, определенных Законом РФ «Об образовании», не соответствующие ему и вторгающиеся в сферу регулирования федерального законодателя и законодателя субъекта Федерации, не подлежат применению в настоящем деле.

Суд отказал в удовлетворении иска о восстановлении на работе, заявленного по указанным основаниям.

В апелляционной жалобе истицы было указано, что ни в возражениях ответчика, ни в решении суда нет выводов о соотношении предметов регулирования Закона РФ «Об образовании» и Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Не указано, почему не подлежит применению в деле приводившаяся истицей правовая позиция Верховного Суда РФ о неправильном применении общих норм права, содержащихся в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», вместо применения специальных норм<sup>1</sup>. Вся аргументация суда ограничилась утверждением: «Доказательства того, что указанные нормативные акты (органов местного самоуправления. – С.П.) являются незаконными и не соответствующими действующему законодательству, суду не представлены»<sup>2</sup>. Этот довод не соответствует известным положениям теории права о стадиях правоприменения. Доказываются фактические обстоятельства дела. Определение соотношения нормативных правовых актов при их коллизии является задачей другой стадии – установление юридической основы дела, решаемой известными приемами решения таких коллизий. Позиция истца основана на приоритете специального закона над общим и вопреки утверждению суда, не соответствующему материалам дела, приведена в исковом заявлении и в письменных пояснениях. Какой прием решения коллизий правовых норм на этой стадии правоприменения использован судом, в решении не указано.

В апелляционном определении от 23 апреля 2012 года даже не был приведен этот ключевой довод апелляционной жалобы о соотношении общих и специальных норм права, не упомянуты приведенные нормы права, находящиеся в коллизии по делу, тем более не назван использованный прием решения коллизий правовых норм. Лишь сказано: «Доводы заявителя о том, что вопросы оплаты труда работников относятся к компетенции образовательного учреждения, в связи с чем введение новой системы оплаты труда органами местного самоуправления является незаконным, не состоятельны». Вся «несостоятельность» обоснована лишь тем, что ст. 144 ТК РФ в системе нормативных правовых актов, регулирующих оплату труда в муниципальных учреждениях, предусматривает акты органов местного самоуправления. О допустимости таких актов для оплаты труда в муниципальных учреждениях образования – ни слова.

В Постановлении от 20 июля 2011 года № 19-П Конституционный Суд РФ решил, что положения российского законодательства не предполагают привлечение судьи к дисциплинарной ответственности в виде досрочного прекращения полномочий судьи за судебную ошибку, если судья действовал в рамках судейского усмотрения и не допустил при этом грубых нарушений при применении норм материального и процессуального права<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 28 мая 2008 года за первый квартал 2008 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2008. – № 8. – С. 24.

<sup>2</sup> Решение Свердловского райсуда г. Перми от 17 января 2012 года по делу № 2-338/2012.

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 31. – Ст. 4809.

В пункте 3.2 мотивировочной части указанного Постановления говорится, что наряду с неумышленными судебными ошибками ординарного характера, которые не могут расцениваться как проявление недобросовестного отношения судьи к своим профессиональным обязанностям и служить основанием для применения к нему дисциплинарного взыскания, «законодатель имплицитно выделяет другой тип судебных ошибок, которые являются следствием некомпетентности или небрежности судьи, то есть недобросовестного исполнения им функции по отправлению правосудия, приводящего к искажению фундаментальных принципов судопроизводства и грубому нарушению прав участников процесса. Вынесение неправосудного судебного акта, хотя оно и не подпадает под признаки состава преступления, тем не менее может свидетельствовать либо о явной небрежности судьи, либо о его неспособности исполнять свои профессиональные обязанности, недопустимой при отправлении правосудия, а следовательно, являться основанием для применения к нему мер дисциплинарной ответственности как за однократное грубое нарушение, допущенное в процессе рассмотрения дела и вынесения судебного акта, так и за систематические нарушения, которые могут и не носить характера грубых, но в совокупности давать основания для вывода о явной недобросовестности или профессиональной некомпетентности судьи». Из этого, однако, неясно, что же все-таки является «грубым нарушением, допущенным в процессе рассмотрения дела и вынесения судебного акта», «грубым нарушением при применении норм материального или процессуального права».

В особом мнении к этому Постановлению судья Конституционного Суда РФ М.И. Клеандров, анализируя нормы права об ответственности судей, сделал, как представляется, обоснованный вывод: «Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по данному делу должно было:

– признать оспоренные положения, находящиеся в системном единстве норм, не соответствующими Конституции Российской Федерации в силу их неопределенности;

– содержать поручение федеральному законодателю во исполнение Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2008 года № 3-П и с учетом положений данного Постановления в ходе разработки законодательного акта, содержащего цельный организационно-правовой механизм производства, связанного с дисциплинарной ответственностью судьи, определить критерии, позволяющие отделить признаки дисциплинарного проступка судьи, совершенного (допущенного) им при рассмотрении конкретного судебного дела и вынесении по нему судебного решения, и должные повлечь его соответствующую дисциплинарную ответственность, от тех признаков дисциплинарного (и этического) проступка судьи, за совершение (допущение) которого при рассмотрении конкретного судебного дела и вынесении по нему судебного решения судья, как это установлено частью 2 статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации», не может быть привлечен к какой-либо ответственности, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность судьи в преступном злоупотреблении либо вынесении заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта;...».

Объективным основанием для вывода о грубом нарушении при применении норм материального или процессуального права является юридическая аргументация судебного акта, а именно отсутствие в нем опровергающей функции.

Грубым нарушением при применении норм материального или процессуального права следует считать умышленное нарушение процессуальных норм, что проявляется в отсутствии в судебном решении (приговоре):

- оценки доказательства, на которое ссылалась сторона, неудовлетворенная решением;
- оценки части показаний свидетелей или участников дела, на которые ссылалась сторона, неудовлетворенная решением;
- оценки сопоставления доказательств, на необходимость чего ссылалась сторона, неудовлетворенная решением;
- оценки доводов относительно выбора нормы права, подлежащей применению в деле, и способов преодоления коллизий и пробелов норм права, выявленных в деле.

Отсутствие оценки доказательств и доводов по применению норм права, предложенных суду стороной, не может быть ошибкой, потому что судья уклоняется от анализа представленных участниками дела доказательств и позиций по применению норм права и тем самым прямо нарушает обязанность, установленную для него законом (ч. 4 ст. 7, ст. 14, 15, 17, 87, 88 УПК РФ, ст. 12, 67 ГПК РФ, ст. 9, 71 АПК РФ)<sup>1</sup>.

Можно заметить, что судья, по жалобе которой было вынесено Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2011 года № 19-П, была привлечена к дисциплинарной ответственности в виде досрочного прекращения полномочий судьи за то, что при рассмотрении в апелляционном порядке уголовного дела не исследовала доводы апелляционных жалоб и представления, и Конституционный Суд РФ не принял решение о том, что ее дело подлежит пересмотру.

<sup>1</sup> Подробнее см.: Поляков С.Б. Отличие судебной ошибки от правонарушения судьи (на материалах оправдательного приговора) // Адвокат. – 2010. – № 5. – С. 5–10.

Таким образом, содержание юридической аргументации судебного акта позволяет отличить правоприменительную ошибку от правонарушения судьи, а именно отсутствие в ней опровергающей функции или обнаружение первоначальной функции, то есть указание судом доводов в обоснование решения, не приводившихся участниками спора. Тем самым содержание юридической аргументации объективно показывает, по юридическим или иным основаниям принято судебное решение, позволяет по вполне определенным названным критериям отделить дисциплинарный проступок судьи, совершенный им при рассмотрении конкретного судебного дела и вынесении по нему судебного решения, от ошибки или мнения при отправлении правосудия, за которые он не должен привлекаться к какой-либо ответственности.

Велик соблазн не только отсутствие опровергающей функции юридической аргументации, но и наличие доводов считать грубым нарушением при применении норм материального или процессуального права, если такие доводы не соответствуют обычной правоприменительной практике и общепринятым в юридической науке понятиям. Например, отказывая в удовлетворении ходатайства адвоката о прекращении уголовного дела в связи с отсутствием события преступления, а именно юридического факта, связывающего «потерпевший» банк и обвиняемого, который не возвратил деньги заемщику банка (свидетелю по делу), руководитель следственного органа привел такой довод: «Действительно, между банком и обвиняемым нет правоотношений, но это не означает отсутствия состава преступления». С этим доводом молчаливо согласились все судебные инстанции, постановившие и оставившие в силе обвинительный приговор, но не указавшие юридический факт, порождающий правоотношения между подсудимым и «потерпевшим» банком.

Однако, судебная практика меняется, и может оказаться, что судья не грубо ошибался, а торил дорогу правильному применению права. Ссылки на доктринальные источники почти отсутствуют в российских судебных актах. Представляется возможной экспертиза юридической аргументации правоприменительных актов для выводов о квалификации ее автора и формализация методики такой экспертизы, что может быть интересной научной задачей, имеющей практическое значение. Решение ее находится в исследовании содержания юридической аргументации. Но сложно придать юридическую силу такой экспертизе, утвердить авторитет и статус экспертов.

Как бы то ни было, содержание юридической аргументации правоприменительных актов независимо от желания правоприменителя дает представление о том, чем он руководствовался при вынесении решения, о фактической и юридической обоснованности решения, то есть является основанием для выводов (диагноза) о мотивах решения и квалификации правоприменителя. Поэтому нужно отметить диагностическую функцию юридической аргументации правоприменителя. Такая функция позволяет принимать решения о пересмотре правоприменительных актов.

Для инстанций, пересматривающих правоприменительные решения по жалоб лиц, не в пользу которых они вынесены, законом также установлена обязанность указать в постановлении мотивы, по которым отклонены те или иные доказательства и не применены законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле.

Арбитражный суд апелляционной инстанции должен указать мотивы, по которым он не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле, и не согласился с выводами суда первой инстанции, а суд кассационной инстанции – мотивы, по которым он не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле; мотивы, по которым он не согласился с выводами суда первой, апелляционной инстанций, если их решение, постановление были отменены полностью или в части (пп. 12 и 13 ч. 2 ст. 271, пп. 12 и 13 ч. 2 ст. 289 АПК РФ). Сходные, хотя и менее полные требования содержат кодексы, регулирующие производство в судах общей юрисдикции (п. 6 ч. 2, ч. 3 ст. 329, п. 8 ч. 1, ч. 2 ст. 388 ГПК РФ, ч. 2 ст. 367, п. 6 ч. 1 и ч. 2 ст. 388 УПК РФ ч. 2 ст. 30.7 КоАП РФ).

Из приведенных норм видно, что особенностью опровергающей функции инстанций, пересматривающих правоприменительные решения, является необходимость опровергать доводы, во-первых, участников юридического спора, во-вторых, правоприменителей нижестоящих инстанций, если их решения отменяются.

Добросовестная реализация апелляционными, кассационными и надзорными инстанциями всех функций юридической аргументации правоприменителя сводит на нет негативные последствия ошибки и грубые нарушения правоприменительной деятельности. Мотивированно оправдать явную ошибку без демонстрации собственного невежества нельзя. Поэтому они остаются в силе, как правило, путем игнорирования доводов участника юридического спора, во вред которому совершены ошибка или заведомо неправильное применение норм права. Отсутствие опровергающей функции в отношении доводов участников юридического спора в юридической аргументации инстанций, пересматривающих правоприменительные решения, диагностирует отказ в правосудии. И поскольку над надзорными инстанциями никого нет, диагностическая функция юридической аргументации надзорных инстанций не реализуется. Д. Локк писал, что те, кто сами судят о своем праве, сами поддерживают свое право, над которыми нет судьи, являются властвующими лицами, находящимися

в естественном состоянии, «при котором каждый, когда нет никого другого, сам является судьей и палачом»<sup>1</sup>.

Как известно, функция рождает орган. Диагностическая функция ненадлежащей юридической аргументации надзорных инстанций, являющейся фатальной для субъектов права, требует создания органа, проверяющего исполнение системами судов общей юрисдикции и арбитражных судов функции пересмотра постановлений судов, вступивших в законную силу, в порядке надзора, а именно наличие в постановлении судьи надзорной инстанции мотивированных возражений на все доводы надзорной жалобы и соответствие их закону и актам высших судов, с применением в отсутствие таковых праввосстановительных санкций: возложение обязанности на суд надзорной инстанции рассмотреть дело в порядке надзора.

В этих целях автором предлагалось формирование специальных коллегий по правонарушениям судебной власти из юристов, имеющих ученую степень доктора или кандидата юридических наук, не работающих в правоохранительных органах или адвокатами. Предметом рассмотрения таких коллегий должно быть выявление наличия или отсутствия опровергающей функции юридической аргументации в постановлениях судей надзорных инстанций (председателей судов), отказавших в удовлетворении надзорных жалоб о передаче дела в суд надзорной инстанции по жалобам лиц, подававших надзорную жалобу.

Полномочия таких коллегий могли бы быть такими: 1) отказ в удовлетворении заявления, если установлено, что по всем доводам надзорной жалобы дан полный и соответствующий законодательству и опубликованной практике Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ ответ; 2) признание нарушений судебными инстанциями требований закона об указании мотивов, по которым принимаются и отклоняются доказательства и доводы сторон, если доводы о нарушениях норм материального и процессуального законодательства, содержащиеся в надзорной жалобе, оставлены без ответа по существу в постановлении судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы, либо если мотивы отклонения доводов надзорной жалобы не соответствуют нормам материального и процессуального права и опубликованной судебной практике Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, с возложением обязанности на суд надзорной инстанции рассмотреть дело в порядке надзора.

Таким образом, коллегии, сходные по отсутствию принадлежности к судебному корпусу с судом присяжных, но юридически высокопрофессиональные в отличие от него, не подменяли бы профессиональный суд при рассмотрении конкретных дел, как суд присяжных, но контролировали бы соблюдение судами принципов и норм правосудия, то есть соответствие их своему предназначению.

Подводя итоги, следует указать следующее.

По видам правовой деятельности функции юридической аргументации можно разделить на используемые в правотворческой и в правоприменительной деятельности.

В правотворческой деятельности юридическая аргументация всех ее участников имеет первоначальную и опровергающую функции.

В правоприменительной деятельности следует выделять функции юридической аргументации участников юридического спора и правоприменителя.

Юридическая аргументация участников юридического спора имеет первоначальную и опровергающую функции.

Юридическая аргументация правоприменителя имеет положительную, опровергающую и диагностическую функции. Обнаружение в ней первоначальной функции указывает на нарушение принципов равноправия и состязательности судопроизводства и беспристрастности правоприменителя.

В законодательстве необходимо определить:

– отсутствие опровергающей функции в юридической аргументации участников юридического спора является основанием для принятия судом непровергнутых доводов другой стороны;

– отсутствие опровергающей функции в юридической аргументации правоприменительного акта является безусловным основанием для его отмены.

Для реализации диагностической функции юридической аргументации постановлений судей надзорных инстанций (председателей судов), отказавших в удовлетворении надзорных жалоб, необходим специальный внесудебный орган.

<sup>1</sup> Локк Д. Два трактата о правлении // Сочинения: В 3 т. – М., 1988. – Т. 3. – С. 313–314.

**М.П. Пронина**

*Пронина Мария Петровна – кандидат юридических наук,  
преподаватель кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России*

## **Правовая аргументация и ее использование в процессе доказывания по гражданским делам**

Юридическая аргументация (нормативная, правовая аргументация) – один из основных методов в юридической практике; система способов убеждения, которым присущи рациональный характер, социальная и диалогическая обусловленность, вербальная форма выражения.

Слово аргументация происходит от лат. *argumentatio* – приведение аргументов. Вся совокупность таких доводов (аргументов) и называется аргументацией.

Цель аргументации – принятие выдвигаемых теорий слушателями. Истина и добро, зло могут быть промежуточными целями аргументации, или частью доказательства, но не целью. А конечная цель – убеждение аудитории в правильности какого-то положения, предлагаемого ее вниманию, склонение ее к принятию определенной точки зрения, положения (тезиса), побуждение к размышлению, или действию.

Несмотря на то, что аргументация как практическое искусство существует очень давно, общество развивается, социальный фон существенно меняется, появляются новые формы аргументативных дискурсов и полемических взаимодействий, выдвигающие иные, чем например в античности, требования к спору, дискуссии, нарабатываются и накапливаются более точные способы анализа убеждающей речи. Все это требует разработки современной теории аргументации.

В становлении теории аргументации выделяются две волны. Первая – это начало исследований о сущности аргументации не на примере абстрактных математических моделей, а применительно к языковой аргументации, которая используется в гуманитарных дисциплинах, например, такой как юриспруденция. По времени эту волну связывают с Международным симпозиумом по философской аргументации (1963 г.) и работой Х. Перельмана (именно его книги «Новая риторика» дала название этапу становления собственно теории аргументации). Основатель бельгийской школы Х. Перельман вместе с Люси Ольбрехт Титекой заново «переоткрыли» ту часть логики Аристотеля, которую последний называл диалектикой. Они убедительно показали, что убеждение не может быть сведено к логическому обоснованию, поэтому в гуманитарной сфере современная логика практически бесполезна, а значит теория аргументации должна исследовать помимо умозаключений и приемы нелогического происхождения. Ведь в практике часто встречаются ситуации, когда с помощью, например, аналогий или «квазилогических» (похожих в какой-то степени на логические) аргументативных схем, у аудитории создается убеждение в корректности обоснования некоторой точки зрения, а следовательно, в ее приемлемости.

Вторая волна в развитии теории аргументации связана с именами голландских исследователей, таких как Ф. ван Еемерен, Р. Гроотендорст, Ф. С. Хенкеманс. Они рассматривали аргументацию как попытку изменить мнение аудитории. Ими была предложена концепция так называемой «прагматдиалектической теории аргументации», в которой аргументативный дискурс изучается с точки зрения критической оценки. Данный подход совмещает элементы диалектики с нормативным построением теории.

Аргументация связана с различными сторонами общественной жизни человека, поэтому она «измеряется» как теоретическими, так и практическими критериями. Аргументация вплетена во все структуры общественного процесса, она используется в противоборстве социальных доктрин и идеологий. Сегодня аргументация приобретает новые черты в гуманитарном знании, таких конкретных сферах приложения, как философия, мораль, политика, история и др. Все это делает изучение аргументации не только практически значимым, что очевидно для всех, но и теоретически необходимым.

Несмотря на то, что аргументация играет важную роль во всех сферах жизни, человека, особенно велика ее роль в профессиях, связанных со взаимодействием людей. Напрямую связано с аргументацией, искусство продаж и рекламы как убеждение покупателя приобрести именно данный товар, по данной цене, в данное время. Искусство политики также значительно зависит от возможности убедить избирателя поддержать его программу и проголосовать за него на выборах. Но особенно значима роль аргументации в деятельности юриста, который не может не стремиться, например, убедить судью в обоснованности позиции своего клиента либо повлиять на аудиторию с какой-либо иной целью, непосредственно затрагивающей перспективы человеческой жизни. Последняя оказывается прямо

зависимой от аргументов, которые должны быть эффективными, действительными, законными, обоснованными, весомыми.

Для юриста важно не только знание объекта и элементов аргументации, но и правил построения ее композиции, то есть группировки составных частей. Голландские ученые Ф. ван Еемеерен и Р. Гроотендорст выделяют три вида композиции аргументации: сочинительную, подчинительную и множественную<sup>1</sup>. Правильный и удачный выбор композиции юристом не только облегчает ее восприятие аудиторией, но и делает ее более эффективной.

Согласно профессору К. Лумеру (Италия), практически значимы следующие принципы представления юридической аргументации: ясность и однозначность; последовательность и логичность; достоверность; имманентность (постоянство); плюрализм и максимальная простота.

Из современной теории аргументации вытекает, что субъект юридической аргументации должен отвечать следующим основным требованиям: компетенции; серьезности; ответственности; честности; открытости для диалога с аудиторией.

Это значительно расширяет требования к логике юридического рассуждения, поскольку выходят за границы традиционно рекомендуемых для использования юристами законов логики: тождества, требующего, чтобы любая мысль имела устойчивое и вполне конкретное содержание; противоречия, запрашивающего ответ «да» и «нет» на один и тот же вопрос, в одно и то же время, в одном и том же смысле; исключенного третьего, гарантирующего истинность лишь у одного из двух противоречащих друг другу высказываний; достаточного основания, ориентирующего юриста на то, что его утверждения должны быть обоснованными другими истинными положениями. Конкретизируя требования закона достаточного основания в деятельности юриста, теория аргументации обращает внимание не только на необходимость обоснования некоторой точки зрения, но и на то, что бремя ее аргументации лежит на ее авторе.

Следует подчеркнуть, что важнейшей целью юридической аргументации является разрешение противоречий (конфликтов) между различными точками зрения. Помимо прочего, аргументация способна заставить человека изменить некоторую точку зрения, либо укрепить ее. С ее помощью можно достичь консенсуса и не дать перейти конфликту точек зрения в агрессивное противостояние людей.

В современной юридической и логической и учебной литературе феномен аргументации нередко отождествляется с процедурами доказательства (доказывания) в судебном процессе. Теоретическое и практическое значение доказывания и доказательств предопределило повышенное внимание к этой теме в науке гражданского процессуального права.

А.Ф. Клейнман рассматривал доказывание как процессуальную деятельность только сторон, состоящую в представлении доказательств, опровержении доказательств противника, заявлении ходатайств, участии в исследовании доказательств, а цель доказывания – убеждение сторонами суда в правомерности своих требований и возражений<sup>2</sup>.

К.С. Юдельсон и другие авторы определяли судебное доказывание как деятельность субъектов процесса по установлению при помощи указанных законом процессуальных средств и способов объективной истинности наличия или отсутствия фактов, необходимых для разрешения спора между сторонами. К субъектам доказывания относились суд и лица, участвующие в деле<sup>3</sup>.

Состязательное начало процесса предполагает, что определяющим в доказывании являются действия сторон – каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений (ч. 1 ст. 56 ГПК). Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле (ч. 1 ст. 57 ГПК).

Убедить – значит логическими доводами доказать или опровергнуть какое-либо положение, вызвать уверенность в том, что истинность тезиса доказана. Важными факторами убедительности являются убежденность в правоте своей позиции по делу и высокая культура его мышления.

Без всякого преувеличения можно утверждать, что техника доказывания – главное оружие юриста. В теориях судебного доказывания значительное внимание уделяется юридическим нормам, которые регламентируют процесс доказывания, характер доказательств, источников и способов их получения, их оценки с позиций юридического соответствия и допустимости. Интересы вызывают к жизни множество дополнительных факторов, существенно влияющих на процесс доказывания.

Процесс судебного доказывания в силу его состязательности имеет принципиально нелинейный и немонотонный характер. Так, в логике и математике доведение осуществляет один проponent<sup>4</sup>, который

<sup>1</sup> См.: Еемеерен Ф. ван Аргументация, коммуникация, ошибки / Ф. ван Еемеерен, Р. Гроотендорст; Пер. с англ. С.А. Чахоян. – СПб., 1992. – С. 328.

<sup>2</sup> См.: Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. – М., 1950. – С. 67.

<sup>3</sup> См.: Юдельсон С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. – М., 1951. – С. 114.

<sup>4</sup> Пропонент (англ. *proponent* от лат. *propono* – «предлагать») – тот, кто поддерживает и аргументирует тезис в дебатах.



придерживается какой-то одной линии аргументации и в принципе не ограничен временем и ресурсами. В гражданском процессе фактически мы имеем дело, как минимум, с линией доведения истца и ответчика плюс линией, принятой судом. Суд может полностью согласиться с аргументами каждой стороны и выбрать комбинированную линию аргументации, наконец, не согласиться с доводами ни одной из сторон. В случае апелляции в суд высшей инстанции им может быть выбрана новая линия доведения. В этом и заключается нелинейность судебных доказательств. Их немонотонный характер определяется самой состязательностью процесса. В принципе предполагается, что каждая из сторон добросовестно организует свою аргументацию, предполагая ее достаточной для обоснования своей позиции. Однако при сравнении аргументов в зале суда даже наиболее стройная аргументация может оказаться недостаточной и неудовлетворительной через как различную доказательную силу приведенных сторонами аргументов, так и возможность открытия неизвестных ранее обстоятельств дела.

Доказательство и опровержение, аргументация и критика чаще всего проводятся в процессе спора. В зависимости от типа спора применяются тот или иной вид аргументации или критики, те или иные приемы или уловки. По цели различают следующие виды спора: соревновательный судебный процесс (цель – обосновать правомерность или неправомерность иска при рассмотрении гражданских дел); научная и профессиональная дискуссия (цель – достижение истины); полемика (цель – спор ради победы). Спор ради победы еще называется эристичным. В эристичном споре противоположные стороны считаются не оппонентами, а противниками. В таких спорах считаются допустимыми многие приемы, недопустимые ни с логической, ни с моральной точек зрения.

Доказательства и аргументация играют важную роль в ораторской речи юриста в гражданском процессе. Как доказать правильность своей мысли? «Логическими доводами, использованием убедительных аргументов, компетентных мнений, имеющих целью вызвать убеждение»<sup>1</sup>. Да, безусловно. Убедительность судебной речи во многом зависит от качества аргументов. Судьи оценивают правильность мыслей прежде всего по степени значимости и ценности фактического материала. Только сила аргументов, их убедительность, имеют значение для полного внутреннего убеждения судей. Судебные ораторы должны сделать свою речь убедительной, а это предполагает высокий уровень ораторского мастерства.

Теперь следует сказать о расположении их в речи, о способе и методе аргументации – о демонстрации. Демонстрация, или способ доказательства – это форма логической связи между аргументами и тезисом. Это логическое рассуждение, совокупность умозаключений при выведении тезиса из аргументов. Продемонстрировать – значит показать, что тезис логически обосновывается аргументами и поэтому является истинным.

Обоснование тезиса может осуществляться путем прямого или косвенного доказательства. Прямое доказательство ведется непосредственно с помощью аргументов, без привлечения каких-либо противоречащих тезису допущений: дается прямая ссылка на аргументы, факты, подтверждающие что-либо, ссылка на общепринятую норму. В речи судебного оратора прямое доказательство используется, когда роль аргументов выполняют показания свидетелей, письменные документы, вещественные доказательства. Информационные доказательства (показания свидетелей, письменные документы) должны быть обязательно проверены, и их достоверность должна быть доказана.

Прямое обоснование может принимать форму дедуктивных умозаключений, индукции или аналогии.

Индуктивный метод предполагает изложение от частных фактов к установлению общих положений, это логический переход от аргументов к тезису. Особенно важно, чтобы оратор приводил впечатляющие конкретные факты. Индуктивный метод нередко используют при анализе экспериментальных данных, при оперировании статистическими материалами. Аргументами здесь являются, как правило, фактические данные.

Дедуктивный метод состоит в том, что частные положения логически выводятся из общих положений, правил, законов. Оратор опирается на те или иные известные научные положения, истинность которых не вызывает сомнения, или на нормы права и другие оценочные стандарты.

Демонстрация в форме аналогии – это обоснование тезиса, в котором формулируется утверждение о свойствах единичного явления. Аналогия состоятельна лишь тогда, когда два явления сходны между собой не в любых, а лишь в существенных признаках. На основе аналогии эксперты делают выводы из трансобиологических и дактилоскопических экспертиз.

Метод избирается судебным оратором в зависимости от материалов дела.

Косвенное доказательство (доказательство от противного) ведется путем выдвигания антитезиса (допущения) и установления его ложности. Затем на основании закона исключенного третьего делается вывод: поскольку тезис и антитезис исключают друг друга, то ложность антитезиса означает истинность тезиса.

<sup>1</sup> Барабаш А.С. Сущность уголовного процесса и его роль в формировании ответственности правонарушителя. – Красноярск, 1997. – С. 15.

Нередко судебный оратор использует косвенные доказательства, о трудностях пользования которыми говорил еще Н.П. Карабчевский; он же удачно сформулировал требования, предъявляемые к ним: «Косвенные доказательства, в отличие от прямых, могут быть очень тонкие, очень легковесные сами по себе, но одно внутреннее качество им обязательно должно быть присуще: они математически должны быть точны. Точны в смысле своей собственной достоверности, качества и размера. Другое непереносимое условие: чтобы эти малые сами по себе величины давали все-таки некоторый реальный итог, чтобы они составляли собой одну непрерывную цепь отдельных звеньев»<sup>1</sup>. Чтобы косвенное доказательство стало достаточным, необходимо соблюдение следующих условий: 1) факт косвенного доказательства должен находиться в причинной связи с исследуемым событием, то есть являться либо одним из условий, его вызвавших, либо обстоятельством, его сопровождавшим, либо его следствием; 2) обоснование тезиса путем косвенного доказательства всегда требует установления нескольких доказательств по делу, находящихся в соответствии между собой, в определенной связи.

Искусство аргументации предполагает также умение опровергать. Опровержение – это логическая операция, направленная на разрушение ранее состоявшегося процесса аргументации; это критика тезиса, установление ложности, несостоятельности или ошибочности тезиса процессуального оппонента.

Прямое опровержение тезиса строится в форме рассуждения, получившего название «сведение, к абсурду». Условно допускают истинность выдвинутого оппонентом положения и выводят логически вытекающие из него следствия: допустим, что оппонент прав и его тезис является истинным, но в этом случае из него следует... Если окажется, что это следствие противоречит объективным данным, то его признают несостоятельным. Далее делается вывод о несостоятельности тезиса.

Логические ошибки могут возникнуть в результате неумелой аргументации. Если аргументы не достоверны, обладают только вероятностью, то с их помощью невозможно обосновать достоверный вывод. Эта ошибка называется основным заблуждением, когда в качестве аргумента используется заведомо ложное положение, несуществующий факт и тому подобное в надежде, что этого никто не заметит. Опытный оратор, обнаружив хотя бы один непроверенный или сомнительный аргумент в речи оппонента, может легко опровергнуть всю систему его рассуждения.

В качестве аргументов не могут использоваться недоказанные, высказанные кем-то предположения, например, ложные показания свидетелей.

Доказательство несостоятельно и в том случае, когда аргументы недостаточны для обоснования тезиса: мне и думается, что данный факт доказан частично. Недостаточны аргументы и в таком примере: «Данное обстоятельство также подтверждается заключением судебно-медицинской экспертизы и другими материалами дела», так как нет конкретности из-за слова «другими».

Ошибки в аргументации вызваны отсутствием логической связи между аргументами и тезисом. Это так называемое мнимое следование.

Логика рассуждения находит выражение в конкретных языковых средствах, и это делает возможным определить типичные ошибки логики изложения, к которым ведет неточный выбор языковых средств.

Одной из причин нелогичности высказывания является употребление слов без учета их значения, например: «На нагрудном кармане брюк имеется брак» Надо: на переднем кармане. Нечеткая дифференциация понятий, подмена понятий также нарушает логику изложения: «Брак изделий – возложить на ответчиков». Или: «Возвращаясь из рейса, Коротков задремал, что явилось результатом его столкновения со стоящим недалеко от обочины столбом».

Сочетание слов не должно быть противоречивым. Нарушение логических связей между словами может создать непреднамеренный комизм: «Суд не может удовлетворить просьбу умершего о взыскании денег на погребение»<sup>2</sup>.

В заключение следует отметить, что юристу крайне важно владеть логикой рассуждения – уметь обосновывать свою правоту и логически доказывать несостоятельность тезисов оппонента. Судебная речь – одна из самых ответственных из всех речей. Ведь за выступлением судебного оратора часто стоит сама жизнь человека. Поэтому основная цель выступления оратора-юриста – воздействовать на суд, на аудиторию путем раскрытия новых фактов, расстановки соответствующих акцентов и, главное, за счет обращения к воображению и эмоциям слушателей.

<sup>1</sup> Карабчевский Н.П. Около правосудия. – СПб., 1902. – С. 108.

<sup>2</sup> См.: Граудина Е.В. Культура речи. – М., 1998. – С. 328.

**А.С. Прудников, Ю.А. Иванченко**

*Прудников Анатолий Семенович – доктор юридических наук, профессор, ученый секретарь Московского университета МВД России;*

*Иванченко Юрий Александрович – инспектор ученого совета Московского университета МВД России*

## **Правовая аргументация и ее значение в легитимации государственной власти**

В настоящее время проблема эффективности государственной власти является одной из основных проблем, стоящих перед современными государствами, в условиях, когда провозглашаемые ценности постепенно утрачивают свое значение в обществе, что в свою очередь обуславливает усиление нигилистических тенденций. При этом эффективность государственной власти зависит не только от реформационных процессов, но и от того, насколько этой власти доверяет население. Если эффективность государственного аппарата напрямую обусловлена доверием народа, тогда он получает обоснованную возможность применять организационный компонент власти.

Без согласия подвластных властвование становится неустойчивым и со временем все более эфемерным. Причем одни авторы признают исключительно добровольность признания государственной власти<sup>1</sup>, другие считают добровольность несущественным признаком в силу того, что признание зачастую бывает вынужденным<sup>2</sup>. Действительно, субъект государственной власти далеко не всегда может рассчитывать на добровольное подчинение ему. В данном случае властные отношения носят характер асимметрически структурированной связи и предполагают неравенство между субъектом и объектом власти<sup>3</sup>. Государственная власть основана на господстве одних, чья властная воля доминирует, и подчинении других, на которых она направлена. В результате в обществе возникает потребность в обосновании необходимости существования государственной власти в сфере властного принуждения и регламентированного насилия<sup>4</sup>. Это следствие неравенства сторон властных отношений и несовпадения их интересов, которое неизбежно заставляет субъекта власти прибегать к принуждению. А всякое насилие нуждается в оправдании, то есть если субъект государственной власти приобретает возможность принуждать, применять насилие, то добиться признания такого права означает приобрести легитимный статус. При этом попытки обоснования государственной власти приводят к вопросу ее аргументации в контексте взаимодействия власти и общества, в ходе которого происходит постоянная переоценка взаимных статусов и обязательств.

Аргументация как способ рационального обоснования является одним из основных методов в юридической практике. Особенности аргументации как вида человеческой деятельности является ее рациональный характер, социальная и диалогическая обусловленность, знаковая форма выражения<sup>5</sup>. Процесс обоснования государственной власти со стороны общества включает множество различных форм: правовую, политическую, идеологическую, социальную, экономическую, морально-нравственную и т. д. Аргументация государственной власти представляет собой многогранный и непрерывный процесс, в котором каждая из форм аргументации с одной стороны тесно связана с другими, а с другой, смена их приоритетности и значимости определяют динамику этого процесса.

Сегодня роль правовой аргументации государственной власти возрастает в силу того, что неправовые формы постепенно утрачивают свое легитимационное значение и выступают в качестве управления. Роль правового начала как формального резко возрастает. Право, являясь средством обеспечения доверия общества к государственной власти, закрепляет критерии правовой обоснованности управления обществом с одной стороны и гарантии социально-правовой защищенности с другой. Каждая норма, по сути, имеет некоторое легитимационное содержание, зачастую просто оправдывая государственную власть. Таким образом, право обеспечивает ожидания общества от государственной власти, особо нуждающейся именно в правовой аргументации в отличие от других социальных властей, а правовые формы на сегодняшний день являются наиболее предпочтительными по сравнению с другими формами аргументации.

---

<sup>1</sup> См., например: *Шабров О.Ф.* Политическая власть, ее эффективность и легитимность. – М., 2002. – С. 122.

<sup>2</sup> См.: *Ледяева О.М.* Понятие власти. Власть многолика. – М., 1992. – С. 26.

<sup>3</sup> См.: *Массинг О.* Господство // *Полис*. – 1991. – № 6. – С. 107.

<sup>4</sup> *Ачкасов В.А.* Легитимность власти в постсоциалистическом российском обществе. – М., 1996. – С. 5.

<sup>5</sup> См.: *Лисанюк Е.Н.* Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы // *Коммуникация и образование: Сборник статей / Под ред. С.И. Дудника*. – СПб., 2004.

Если подойти к аргументации как виду человеческой деятельности, очевидно, что убеждение является, по-видимому, лишь промежуточной задачей по отношению к принятию решения на основе принятого или отвергнутого в ходе аргументации мнения о государственной власти. На современном этапе основной задачей общей теории аргументации является исследование идеальных моделей рациональной аргументации государственной власти, в том числе рациональных критериев ее приемлемости, относящихся к различным сферам. Поэтому правовая аргументация рассматривается не только как частный вариант применения общей теории, но и как сфера действия особых институциональных норм и критериев, а именно, закона и права, институтов власти и правоприменения<sup>1</sup>.

С точки зрения логики правовое рассуждение есть часть аргумента. При этом аргументы считаются достаточными, если они дедуктивно обоснованны. Поэтому дедуктивная обоснованность выступает необходимым условием для рациональной обоснованности правовой аргументации. Важность критерия логической обоснованности состоит в том, что гарантией приемлемости заключения является правильность самого вывода и приемлемость посылок. В соответствии с логическим подходом к правовой аргументации, требование логической обоснованности вытекает из юридического требования, что юридическое решение должно основываться на общих нормах закона. Таким образом выполняется и моральный принцип универсализации.

Ряд авторов рассматривают аргументацию государственной власти как общественное отношение между обладателями власти и подвластными и как процесс, в ходе которого власть становится оправданной и законной в глазах подвластных. Так, Е.В. Реутов рассматривает процессуальную составляющую аргументации как систему, состоящую из следующих элементов: нетранслируемая официально цель, выраженная в сохранении стабильности политических институтов; результат, выраженный в достижении полной или частичной легитимности. Концепт легитимации, который характеризует динамический аспект легитимности, с одной стороны, представляет собой процесс приобретения властью легитимного статуса посредством определенных практик, направленных на агентов, располагающих ресурсами легитимации, на ценности, являющиеся основаниями легитимации, и на институты, посредством которых легитимация осуществляется. С другой стороны, легитимация предполагает явный или латентный процесс оценивания власти сообществом, который также выражен в ценностях массового сознания, функционировании институтов легитимации и действиях социальных агентов<sup>2</sup>.

Если рассматривать аргументацию как отношение, то она, скорее всего, представляет собой обмен специфическими ресурсами, обусловленными рядом оснований. Так, ценностное основание аргументации базируется на представлениях общественного сознания о месте, которое власть занимает в жизни общества. Инструментальное основание базируется на целях, которые ставят перед собой индивиды и группы, исходя из наиболее актуальных в данный момент социальных интересов. Институциональное основание рассматривается как согласие населения с институциональными основами власти – выборами, местным самоуправлением и т. д. Индикаторами этой аргументации являются: оценка эффективности деятельности отдельных властных институтов, индекс доверия политическим институтам, личное участие в функционировании институтов. Процедурное основание предполагает признание существующих правил игры на политическом поле. В основе процедурного основания аргументации лежит массовое признание возможности добиваться реализации своих интересов посредством легальных процедур. Персональное основание определяется степенью персонификации власти в массовом сознании, где критериями являются показатели доверия и одобрения деятельности в системе региональной и местной власти.

Необходимым основанием для теоретического осмысления процесса и результата аргументации государственной власти (легитимации) является построение ее модели. В научной литературе выделяется два варианта аргументации, проводимой государственной властью. Один вариант – когда государственная власть проводит политику, служащую интересам народа. Если она, используя веские аргументы, реализует программу в расчете на укрепление своей легитимности, то это не противоречит идее легитимности. Не противоречит ей и соответствующее информационное обеспечение таких мер накануне их реализации и после их осуществления. Политика легитимации власти как приобретение признания, доверия проводится государством через систему социализации личности, сферы воспитания, образования, культуры. Это вполне естественно, так как власть способствует формированию культуры населения, его информированности и законопослушания.

Второй вид аргументации – управление политическим сознанием населения, используя разнообразные формы воздействия, исходя из собственных целей. Для этого систематически отслеживается состояние и динамика общественного настроения, организуются соответствующие пропагандистские компании, проводится политика социального маневрирования. Современные социологи, акцентирующие

<sup>1</sup> См.: Лисанюк Е.Н. Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы // Коммуникация и образование: Сборник статей / Под ред. С.И. Дудника. – СПб., 2004. – С. 216.

<sup>2</sup> См.: Реутов Е.В. Легитимация региональной власти в Российской Федерации: структура и практики. – Белгород, 2007. – С. 10.

внимание на негативных проявлениях современной демократии, отмечают, что кризис института демократии носит сегодня не частный, а системный характер, в частности обусловленный превращением гражданского общества в общество массового потребления. Динамика воздействия на социальные процессы, истоки демократии сегодня шире и глубже за счет прогресса технических средств управления массовым поведением<sup>1</sup>. В этой среде зачастую власть применяет аргументы популизма, направленные на обеспечение популярности среди населения путем необоснованных обещаний, лозунгов и т. д. В результате подобной аргументации человек – объект воздействия – воспринимает предлагаемую ему объектом воздействия цель как истину, не подлежащую сомнению. Человек отождествляет себя с харизматическим лидером, что является высшей формой легитимации.

Уровень легитимности власти определяется, прежде всего, наличием и эффективностью каналов трансляции социальных ожиданий и оценок в отношении власти. Существование общественного признания государственной власти невозможно без каналов легитимации – средств выражения поддержки или критики власти. Наиболее значимыми каналами являются выборы, референдумы, социологические опросы и т. д. Каналы легитимации представляют собой способность двух субъектов коммуникации находить и устанавливать конкретные действия как отвечающие либо не отвечающие данным критериям. Вместе с тем, необходимо осознавать, что и чрезмерная рационализация механизмов легитимации власти ошибочна, так как в каждом сообществе соотношение власти и населения специфично в силу фактора политико-исторической традиции, а также отношения в обществе не только рациональны, но и иррациональны. По причине этого легитимность власти нетождественна ее эффективности<sup>2</sup>.

В научной литературе в качестве основного критерия легитимности используется критерий применения властью насилия. Но при этом необходимо иметь в виду различия в политической культуре обществ и различную степень легитимации насилия в политическом сознании. Другим критерием легитимности власти является степень соответствия функционирования власти сформированным в обществе нормам – как формальным, так и неформальным. Сложность использования данного критерия состоит в многообразии и противоречивости норм. Следование таким нормам, как правило, вряд ли может расцениваться как показатель легитимности по причине того, что эти нормы устанавливаются государством и не всегда могут поддерживаться обществом. В условиях институционализации демократических процедур электоральная активность может служить критерием легитимации.

Согласно диалектическому подходу, критерии рациональности определены в рамках теоретической модели правовой аргументации. Наличие такой теоретической модели делает возможным рациональную реконструкцию правовых аргументов в целях критического анализа аргументов. Одна из основных черт такой модели – асимметричность, которая обеспечивает первоначальный этап дискуссии. Симметричность означает либо согласие, либо абсолютное разногласие, то есть в обоих случаях дискуссия невозможна<sup>3</sup>. Приемлемость нормативной аргументации определяется на основе трех критериев: формального, материального и процедурного. Такие критерии приемлемости по существу ближе материальным аспектам оценки нормативной аргументации. К последней традиционно относятся несколько типов процедур. Прежде всего, аргумент должен основываться на действующей норме закона. Основными проблемами в этом аспекте считаются необходимость интерпретации нормы закона таким образом, чтобы требуемое правило логически следовало из нее, а также идентификация того, что считается в данном случае нормой закона, только норма, действующая в рамках существующего кодекса, или, помимо этого, действующая на основе прецедента. При этом в первом и во втором случаях процедура обоснования аргумента через норму закона является логической.

Таким образом, право непосредственно утверждает условия аргументации государственной власти, определяя свое значение в этом процессе как коммуникативной системы между органами государственной власти и гражданского общества (правовая аргументация). Однако правовые нормы зачастую имеют весьма неоднозначный статус и не всегда способствуют аргументации властных структур. Поэтому важно определить их место и роль в процессе обоснования того или иного явления государственной власти. Дело в том, что право по своей сути призвано влиять на характер и уровень эффективности государственной власти и функционально способствует формированию доверия к ней. Это проявляется, на наш взгляд, прежде всего, в процессе селективного формирования органов государственной власти и назначения государственных должностей, например президента, судебных органов, путем установления сроков, профессиональных цензов и т. д.

<sup>1</sup> См.: Скиперских А.В. Легитимация политической власти в России в условиях становления и развития федеративных отношений: Дис... канд. полит. наук. – Елец, 2003 – С. 26.

<sup>2</sup> См.: Реутов Е.В. Легитимация региональной власти в Российской Федерации: структура и практики. – Белгород, 2007. – С. 12.

<sup>3</sup> См.: Лисанюк Е.Н. Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы // Коммуникация и образование: Сборник статей / Под ред. С.И. Дудника. – СПб., 2004. – С. 221.

То есть право используется не только как средство легитимации (узаконения) государственной власти, но еще и устанавливает особые правила, например, отбора на замещение государственных должностей. Кроме того, право устанавливает формы контроля в различных сферах за соблюдением органами государственной власти интересов личности и общества в целом, что в конечном итоге является необходимым аргументом как предпосылкой формирования доверия населения к власти.

В этом ключе необходимо иметь в виду, что любая система, в том числе и государственная власть, стремится к самодостаточности, у нее на определенном этапе функционирования появляются собственные интересы, которые вначале отличаются от интересов тех структур, которые эту систему создали, а затем начинают отличаться от интересов государства, от интересов общества. Для того чтобы эти явления не происходили, необходимы всевозможные правовые формы контроля как аргументы государственного порядка.

Кроме того, в аргументационном процессе в отношении государственной власти право выступает инструментом обеспечения подлинного представительного характера законодательного органа. В этом находят свое проявление правовые основания народовластия, характеризующие полновластие народа, признание его единственным источником власти, а также свободное осуществление им этой власти в соответствии с его суверенной волей и коренными интересами.

Другим проявлением правовой аргументации государственной власти является ограничение власти в межличностных сферах. В данном случае речь идет о невмешательстве власти в свободную экономику, в межличностные отношения и т. д. Такая правовая гарантированность и провозглашение некой самостоятельности и независимости от государства, по нашему мнению, является одним из правовых средств обеспечения доверия к государственной власти. Таким образом достигается две цели: с одной стороны, обеспечиваются и гарантируются права и свободы, с другой – создается правовая основа для доверия властным институтам.

Конкретными организационными формами субъектов аргументации выступают, например, Центризбирком, электорат, субъекты социального контроля за деятельностью государственной власти (Общественная палата). Все они в современном демократическом правовом государстве не могут быть вне права. Их организационная структура предусматривается правом, и таким образом они приобретают формально-правовой характер.

В заключение следует отметить, что во всей системе социальной регуляции общественных отношений только право предстает в качестве официально выразителя государственной воли. Однако в процессе функционирования социальных систем присутствует ряд противоречий между деятельностью органов государственной власти, стремящихся к самовоспроизводству и к наибольшей свободе в принятии решений, и сущностным содержанием самой правовой установки, которая не может не ограничивать такие устремления. Именно сущностное определение характера процессов функционирования правовой системы – правовая аргументация может предстать в качестве эффективного средства разрешения противоречий между объективными законами развития общества и легитимационной оценкой деятельности органов государственной власти.

**М.А. Пшеничнов**

*Пшеничнов Михаил Александрович – доктор юридических наук, доцент, начальник кафедры конституционного и международного права Нижегородской академии МВД России*

## **К вопросу об аргументации гармонизации законодательства**

Эпиграфом статье вполне могут служить слова выдающегося немецкого философа Ф.Ницше: «Понятие «призрака» необыкновенно тонко характеризует особенность этих объектов: это не реальные, материальные предметы, это с психологической точки зрения вымыслы, продукты субъективной душевной жизни, которым, однако, придается характер объективного, субстанциального существования: истина, справедливость, красота, гармония, честь – вот некоторые из этих «призраков», любовь к которым издавна служила и служит одной из самых могучих движущих сил человечества»<sup>1</sup>.

Действительно, гармония и процесс ее достижения, тем более обоснования наличия, предстают весьма абстрактными, трудно «осязаемыми», в большинстве случаев исключительно субъективными субстанциями, использование которых в правовой сфере способно привести дополнительные трудности в неоднозначное развитие российского права.

Наиболее «популярным» в юридической науке взглядом на гармонизацию законодательства является ее определение как деятельности, относящейся к юридической технике. Между тем подобное отождествление справедливо лишь отчасти.

Фиксация только технико-юридической стороны гармонизации для раскрытия всей глубины и многомерности данного явления недостаточна.

Это не только сугубо технико-юридическая работа. Это выявление и сравнение состояния духа законов и всего законодательства. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 года № 3-П «По делу о проверке конституционности положений п. 2 ст. 278 и ст. 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго п. 4 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан»<sup>2</sup> гармонизация двух законов осуществлена на базе выявленного мировоззренческого понимания их единства: «Конституционно-правовой смысл положений п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона «Об акционерных обществах», выявленный в настоящем Постановлении, в силу статьи 6 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» является общеобязательным и исключает любое иное их истолкование в правоприменительной практике».

Цель гармонизации – обеспечение единообразия в подходах к согласованности, стройности, и, как минимум – непротиворечивости в системе законодательства.

Как отмечено в Докладе Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2005 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации»<sup>3</sup>, обеспечение работы по гармонизации законодательства Российской Федерации должно происходить по следующим направлениям:

- «федерального законодательства в разрезе отраслей и предметных областей применения;
- федерального законодательства и законодательства субъектов Российской Федерации, правовых актов органов местного самоуправления;
- законов Российской Федерации и законов Республики Беларусь;
- законодательства в рамках СНГ, ЕС, ВТО и других международных региональных и иных структур;
- сравнительный анализ тенденций развития зарубежного законодательства и законодательства Российской Федерации с учетом процессов глобализации, информатизации общества и применения глобальных сетей (типа Интернет) в документообороте».

Аргументом в пользу решения вопросов гармоничного взаимодействия отраслевого правового регулирования служит следующий факт – глубоко переплетаются системы публично-правового регулирования и регулирования частноправового характера. Предметные области и сферы отношений разных субъектов права не могут быть урегулированы без гибкого взаимодействия гражданского законодательства и законодательства конституционного, административного и экологического.

<sup>1</sup> Цит. по: Франк С.Л. Сочинения. – М., 1990. – С. 79.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 13. – Ст. 1209.

<sup>3</sup> См.: Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 8 февраля 2006 года № 36-СФ «О докладе Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2005 года "О состоянии законодательства в Российской Федерации"» // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 7. – Ст. 746.

Единство законодательной системы России нуждается в согласованности и иерархической зависимости федерального законодательства и законодательства субъектов Российской Федерации.

В данном случае важно подчеркнуть, что состав уровней гармонизации законодательства определяется не только структуризацией нормативного материала самого права (норма, акт, отрасль, федеральное законодательство и законодательство субъектов РФ, уровень законодательства и подзаконных и правоприменительных актов), но и построением системы государственного управления. Процесс гармонизации законодательства захватывает эти два организационных уровня нормотворчества и требует применения правил юридической техники в единых форматах и согласования законов по духу, целям и предметам ведения.

Гармонизация законодательства является сложным, многомерным, трудоемким и, главное, длительным процессом. Так же как изменчива социальная жизнь, так же изменчиво и российское законодательство. Раз и навсегда остановить эти взаимосвязанные процессы невозможно.

Поэтому необходимо выявление, по возможности, наиболее полное, постоянное и оперативное, расхождений, несогласованностей, специфики и особенностей, которые в общем смысле можно называть *проявлениями дисгармонии в законодательстве*. Гармония ни в одной сфере человеческого бытия не имеет заранее предустановленной формы. Тем более в такой формализованной сфере как законодательство, презюмировать наличие гармонии совершенно непозволительно. Поэтому путь к гармонии – это устранение препятствий, рассогласованностей, психологической дискомфортности и иных дефектов и изъянов, позволяющих в своей совокупности оценивать юридическое явление как *негармоничное*.

Преодоление и устранение дисгармонии является *основной целью гармонизации, главной предпосылкой и аргументом*, которые детерминирует этот процесс, вызывает его необходимость и актуализирует приоритетные направления. В законе до того момента, когда он будет подвергнут гармонизации, должны проявиться недостатки (*проявления дисгармонии*). Для «здорового» закона гармонизация вполне может оказаться вредной. Это означает, что гармонизация должна проводиться избирательно и только в отношении дисгармонирующих законов.

Таким образом, гармонизация ориентирована в первую очередь *на выявление и фиксацию дисгармонии закона*, как в аспекте взаимосвязей его внутренних элементов, так и в контексте сопряжения с иными нормативными правовыми актами.

Гармонизация преследует и другую не менее важную цель – цель сохранения традиций законодательства, а не их ломки в угоду субъективному усмотрению. Это предполагает оценку степени соответствия закона и его нормоустановлений состоянию реальных отношений, подлежащих регулированию на основе данного закона. Нельзя волевым порядком подправить закон, сблизить его по содержанию с аналогичным, взятым из иной социальной среды. Следовательно, гармонизация законодательства предполагает наличие объективных условий сближения отношений в той или иной сфере – наличие *оснований для гармонизации*.

В материальном плане гармонизация российского законодательства является результатом соприкосновения, частичного либо полного совпадения тех общественных отношений, которые входят в сферу правового регулирования каждого закона в отдельности.

Весомое, а порой и приоритетное, значение для гармонизации законодательства имеют международно-правовые интеграционные процессы. Происходит гармоническое (взаимозависимое) переплетение сфер регулируемых общественных отношений, их взаимодействие, что в свою очередь обуславливает гармонизацию соответствующих правовых регуляторов – российского законодательства и международного права.

Гармонизация пронизывает все без исключения отрасли российского законодательства. Так, по мнению Ю. Орлова, «состязательность в уголовном процессе должна не исключать, а предполагать активность суда в собирании доказательств и его обязанность принимать все меры к установлению истины по делу (подчеркну еще раз – в рамках предъявленного обвинения). Только в такой трактовке этот принцип будет находиться *в гармонии* с другими принципами и с конечными целями уголовного процесса»<sup>1</sup>.

На необходимость гармонизации неоднократно указывалось Президентом России. В Послании Федеральному Собранию Российской Федерации от 18 апреля 2002 года «России надо быть сильной и конкурентоспособной»: подчеркивается: «На плечи парламента ложится большая работа *по гармонизации нашего законодательства*, нашей правовой базы с нормами ВТО»<sup>2</sup>.

Гармонизация – феномен сферы правосознания, заключающий в себе антропологическую устремленность человека к гармонии. Однако это стремление применительно к правовой сфере имеет сугубо прагматический характер. Субъект стремится не просто к «красоте» законов, идеалу, эталону.

<sup>1</sup> Орлов Ю. Принцип состязательности в уголовном процессе: значение и пределы действия // Российская юстиция. – 2004. – № 2.

<sup>2</sup> Российская газета. – 2002. – 19 апреля.



Следует напомнить, что в эпоху социализма действовали уникальные «шедевры» нормотворческой техники, достаточно назвать Конституцию СССР 1937 года или 1977 года, которые признавались даже в капиталистическом мире той эпохи образцовыми актами.

В настоящее время субъекты осознанно подходят к оценке действующих правовых положений. Несовершенство регулятивных инструментов закона не может быть заменено его внешней атрибутикой, абстрактной терминологией. Разрыв между целью закона (реальной либо мнимой, теоретической или практической) и целью, которой пытаются достичь при его помощи – источник дисгармонии. В этой связи наличие дисгармонии становится главным аргументом гармонизации законодательства, вызывает ее реализацию на различных уровнях и сферах, обуславливает глубокое проникновение в область взаимодействия общества и государства, в общесоциальное и индивидуальное правосознание.

**В.В. Сверчков**

*Сверчков Владимир Викторович – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

### **Факторы, влияющие на обоснованность применения принудительных мер медицинского характера**

Проблема применения принудительных мер медицинского характера относится к числу межотраслевых проблем.

Российское уголовное законодательство не определяло и не определяет понятие «принудительные меры медицинского характера». Наряду с этим в структуру Общей части УК России 1996 года включена отдельная глава, посвященная данным мерам. Это глава «Принудительные меры медицинского характера». В указанной главе рассматриваются основания (ст. 97) и цели (ст. 98) применения принудительных мер медицинского характера, виды этих мер (ст. 99), порядок их применения (ст. 100–04). Особенности производства о применении принудительных мер медицинского характера определяются уголовно-процессуальным законодательством (гл. 51 УПК РФ).

Анализ основных теоретических и законодательных положений позволяет сформулировать дефиницию понятия принудительных мер медицинского характера.

*Принудительные меры медицинского характера* – это предусмотренные гл. 15 УК РФ меры государственного принуждения, назначаемые судом на основании медицинского заключения лицам, совершившим общественно опасные деяния и нуждающимся в медико-психиатрической помощи.

До 16 декабря 2003 года эти меры могли быть назначены и лицу, нуждающемуся в медико-наркологической помощи. Федеральным законом РФ от 8 декабря 2003 года № 162-ФЗ возможность применения принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим преступления и признанным нуждающимися в лечении от алкоголизма или наркомании, исключена (см. прежнюю редакцию п. «Г» ч. 1 ст. 97, ч. 2 ст. 99 УК РФ). Между тем Федеральным законом РФ от 29 февраля 2012 года № 14-ФЗ предусмотрена возможность применения данных мер к лицам, совершившим в совершеннолетнем возрасте преступление против половой неприкосновенности малолетнего и страдающим расстройством сексуального предпочтения (педофилией), не исключающим вменяемости (см. п. «д» ч. 1 ст. 97 УК РФ).

Принудительные меры медицинского характера<sup>1</sup>, или принудительные медицинские меры, сочетают в себе *юридическое и медицинское начала*. Первое начало выражается в том, что данные меры применяются на основании положений Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов. Второе начало находит отражение в исполнении указанных мер органами здравоохранения.

*Принудительность* мер медицинского характера заключается в применении их судом к совершившему общественно опасное деяние заболевшему лицу без его согласия, без согласия его родственников или законных представителей. Данные меры без согласия больного или его законного представителя могут быть применены и до решения об этом суда в соответствии со ст. 29, 32–34 Закона РФ от 2 июля 1992 года № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании».

В настоящее время судебная практика назначения невменяемым лицам, совершившим общественно опасные деяния, принудительных мер медицинского характера свидетельствует о *невысоком, но относительно стабильном* уровне рассмотренных судами РФ первой инстанции уголовных дел с применением этих мер в числе всех рассмотренных данными судами по существу уголовных дел. С 1987 по 2010 год доля указанных дел в общем числе всех рассмотренных судами России по существу дел не была меньше 0,71% и не превышала 1,01%<sup>2</sup>. И только в 2011 году эта доля сократилась до 0,66%.

Такая стабильность во многом обнадеживает правоведов-исследователей и правоприменителей. Однако проблема эффективного применения принудительных мер медицинского характера становится более острой в связи не с количественной, а с качественной характеристикой противоправного поведения невменяемых лиц.

<sup>1</sup> Думается, что в представленном виде термин является плеоназмом. Устранить речевое излишество возможно путем замены данного термина на «принудительные медицинские меры». Последнее выражение используют и другие авторы в качестве синонима «принудительные меры медицинского характера». См.: *Шишков С.* Исполнение принудительных мер медицинского характера (проблемы правового регулирования) // *Законность.* – 2007. – № 6. – С. 2.

<sup>2</sup> Здесь и далее по тексту использованы статистические данные, предоставленные Департаментом правовой информации Министерства юстиции России и Судебным департаментом при Верховном Суде РФ.

Изучение следственно-судебной практики позволило прийти к выводу, что прекращенные уголовные дела в силу невменяемости лиц, как правило, были связаны с совершением серьезных *корыстных и насильственных* общественно опасных деяний, таких как кражи, грабежи и разбои при отягчающих обстоятельствах, убийства, хулиганские действия, умышленное причинение вреда здоровью людей, незаконный оборот/использование наркотических средств или психотропных веществ (их аналогов), растений (их частей), содержащих такие средства/вещества. Из всех совершенных этими лицами деяний *тяжкие и особо тяжкие* составили: в 1997 году – 62,39%, в 1998 году – 66,52%, в 1999 году – 70,71, в 2000 году – 72,48%, в 2001 году – 71,55%, в 2002 году – 69,83%, в 2003 году – 59,26%, в 2004 году – 51,95%, в 2005 году – 50,49%, в 2006 году – 49,41%, в 2007 году – 48,84%, в 2008 году – 48,17%, в 2009 году – 50,64%, в 2010 году – 51,68%; в 2011 году – 53,91%.

Нуждаются в применении принудительных медицинских мер вследствие психических расстройств, как правило, *молодые люди*, подверженные психозам и совершившие общественно опасные деяния. В основном это лица мужского пола 20–30-летнего возраста.

Иногда вызывают сомнения *объективность заключений экспертов-психиатров и обоснованность судебных решений* о применении принудительных мер медицинского характера. И это не случайно, поскольку нередко психическое расстройство лиц устанавливается в связи с совершением ими тяжких и (или) особо тяжких общественно опасных деяний<sup>1</sup>.

*Заключение* о психическом заболевании выносит эксперт-психиатр, после чего оно подлежит оценке судом в совокупности со всеми материалами дела для решения вопроса о невменяемости, о применении принудительных мер медицинского характера, об определении типа больницы, о передаче лица под опеку. Если в основу такой оценки положены недостаточно полные медико-документальные сведения, отсутствуют материалы, способные объективно подтвердить данные анамнеза, выдвинутого экспертами-психиатрами, то об освобождении лица от уголовной ответственности и о применении к нему принудительных мер медицинского характера вести речи не следует<sup>2</sup>.

Принимая решение о применении названных мер, суд в резолютивной части постановления указывает конкретную принудительную меру медицинского характера. Выбор же медицинского учреждения, в котором лицо должно проходить непосредственное лечение, входит в компетенцию органов здравоохранения<sup>3</sup>.

Изучение правоприменительной деятельности показало, что по уголовным делам, связанным с невменяемостью подсудимых, заключения экспертов-психиатров не всегда носят бесспорный характер. Иной раз приводятся противоречивые аргументы о необходимости применения принудительных мер медицинского характера. Например, эксперт указывает, что подэкспертный обнаруживает признаки врожденного малоумия в форме олигофрении в степени выраженной дебильности с психопатизацией личности по неустойчивому типу, что в связи с этим он не мог отдавать отчет своим действиям и руководить ими в момент совершения инкриминируемого ему деяния. Одновременно эксперт приходит к выводу, что подэкспертный какими-либо психическими заболеваниями не страдает, в момент совершения инкриминируемого ему деяния не находился в каком-либо временном расстройстве психической деятельности, в принудительном лечении не нуждается, рекомендуется наблюдение и лечение в условиях психоневрологического диспансера по месту жительства на общих основаниях<sup>4</sup>. Опираясь на данные выводы, следователь постановил уголовное дело по обвинению лица в совершении квалифицированной кражи производством прекратить за отсутствием в действиях этого лица состава преступления. Однако последние слова эксперта и решение правоприменителя наводят на мысль, будто бы речь идет не о лице, совершившем квалифицированную кражу, не о человеке, представляющем определенную опасность для общества и в силу своего малоумия способного повторить общественно опасное деяние, а о правопослушном пациенте, по собственной воле обратившемся за помощью к врачу. И кто знает, насколько тяжелым будет вред, причиненный следующей жертве?

<sup>1</sup> См., в частности: Определение Военной коллегии Верховного Суда РФ от 11 марта 2004 года № 3-58/03 по делу О. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2006. – № 1. – С. 28–29; Определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 апреля 1997 года по делу Васина // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1997. – № 10. – С. 8; от 27 июня 1996 года по делу Метлицкого // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1997. – № 2. – С. 11; Уголовное дело № 2510010 прокуратуры Вадинского района Пензенской области и постановление от 31 августа 2005 года о его направлении в суд для применения принудительных мер медицинского характера.

<sup>2</sup> См.: Определение Военной коллегии Верховного Суда РФ от 11 марта 2004 года № 3-58/03 по делу О. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2006. – № 1. – С. 28–29.

<sup>3</sup> См.: Ст. 442, 443 УПК РФ, а также п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 7 апреля 2011 года № 6 «О практике применения судами принудительных мер медицинского характера»; Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 23 апреля 1997 года по делу Вихрова // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1997. – № 12. – С. 6; Определение Судебной коллегии Верховного Суда РСФСР от 11 апреля 1989 года по делу Линицкого // Бюллетень Верховного Суда РСФСР. – 1990. – № 5. – С. 5.

<sup>4</sup> См. уголовное дело № 93238 СО 1 ГОМ Ленинского РУВД г. Н. Новгорода, прекращенное 9 апреля 1995 года.

Решения правоприменителей порой рожают парадоксальные вопросы. Например, может ли возникнуть *предварительный сговор* на совершение кражи чужого имущества между двумя невменяемыми лицами? Здесь возникают не менее парадоксальные ответы. По мнению судьи, не только может, но и виновные в этом (см. п. «а», «б», «в», «г» ч. 2 ст. 158 УК РФ) должны быть освобождены от уголовной ответственности<sup>1</sup>. Также имеют место решения, в которых правоприменители ведут речь о предварительном сговоре на совершение преступления между вменяемым и невменяемым (до совершения общественно опасного деяния) лицами<sup>2</sup>.

Трудно объяснить решение суда, освободившего обвиняемого в совершении квалифицированной кражи от уголовного наказания по причине его психического расстройства, возникшего после совершения преступления. При этом суд указал, что психическое расстройство обвиняемого не связано с возможностью причинения им вреда себе и другим гражданам, поэтому применение принудительных мер медицинского характера ему нецелесообразно. Суд направил материалы в органы здравоохранения для решения вопроса о лечении этого лица<sup>3</sup>.

Противоречивость выводов, указанных в экспертном заключении, с реальной степенью опасности состояния больного может иметь место из-за пренебрежения врачами-психиатрами сбором непосредственного объективного анамнеза. Сбор субъективных анамнестических сведений в психиатрии не всегда является эффективным и тем более решающим. Посредственный же сбор объективного анамнеза может привести к постановке неверного диагноза болезни подэкспертного хотя бы по той причине, что «львиную долю» информации эксперт черпает из материалов следствия, а следовательно, предоставивший сведения об обследуемом лице врачу-психиатру, не специалист в области психиатрии. Способы его опросов больного, близких и родственников последнего, характер полученной от них информации не могут в полной мере отвечать профессиональным интересам эксперта-психиатра и, в первую очередь, в силу того, что следователь и врач-психиатр преследуют разные цели сбора фактических данных. Именно потому, что неспециалиста в области медицины легко ввести в заблуждение относительно важных фактов, влияющих на постановку нозологического диагноза, либо утаить от него эти факты, а также в связи с тем, что опросы подэкспертного малоэффективны в период следственно-судебного производства по инкриминируемому ему деянию, эксперту нельзя ограничиваться изучением материалов уголовного дела и сбором субъективного анамнеза. В действительности же опросы экспертами свидетелей в пределах предоставленных им прав уголовно-процессуальным законодательством происходят все реже. Вместе с тем, при сборе информации о жизни заболевшего лица экспертами порой переоценивается роль его близких родственников, поскольку нередко они вводят в заблуждение экспертов вымышленными фактами.

Особое беспокойство вызывает то, что принудительные меры медицинского характера (в связи с совершением общественно опасных деяний) в отношении лиц, находящихся в психически болезненных состояниях, порой (как в приведенных примерах) не назначаются. Уголовные дела практически беспоследственно прекращаются по *реабилитирующему основанию* (как правило, за отсутствием состава преступления). При этом правоприменители в своих решениях указывают, что по характеру совершенного деяния и болезненному состоянию эти лица не нуждаются в принудительном лечении. Так, неоднозначно воспринимается решение следователя о прекращении уголовного дела за отсутствием общественной опасности подследственного в силу его невменяемости и сообщении в отдел здравоохранения по месту его жительства о психическом заболевании и совершенном общественно опасном деянии (без применения принудительных мер медицинского характера), если в результате общественно опасного поведения последнего погибли несколько человек и причинен вред здоровью еще одного человека<sup>4</sup>.

Однако несмотря на то, что указанные решения находят поддержку высшего судебного органа страны<sup>5</sup>, что действующее законодательство предоставляет суду право применения принудительных мер медицинского характера, а не возлагает на него для этого обязанность (см. ст. 97, 99 УК РФ), с данным положением дел трудно согласиться.

Возражения возникают и потому, что бесконтрольное поведение невменяемого правонарушителя не может не представлять опасности для общества. Более того, оно уже выразилось в совершенном

<sup>1</sup> См.: определение Ленинского районного суда г. Астрахани от 26 января 1998 года по делу А.В. Корчагина и Р.Т. Тайшева.

<sup>2</sup> См.: Постановление Большеболдинского районного суда Нижегородской области от 19 мая 2005 года по делу А.В. Шестакова; Определение Городецкого районного суда Нижегородской обл. от 18 октября 2002 года по делу Н.А. Дровнина; уголовное дело № 2003250192 СО при ОВД Южского района г. Южа Ивановской области по делу В.А. Крутикова и постановление от 13 июня 2003 года о направлении его в суд для применения принудительных мер медицинского характера.

<sup>3</sup> См.: определение Южского районного суда Ивановской области от 16 апреля 2002 года по делу В.А. Крутикова.

<sup>4</sup> См.: Уголовное дело № 85 СО при Навашином РОВД г. Навашино Нижегородской области, прекращенное 10 декабря 1999 года.

<sup>5</sup> См., например: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 5 августа 1998 года по делу Городнова // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1999. – № 7. – С. 11.

им общественно опасном деянии. Возражения появляются и в связи с тем, что даже к ограничено вменяемым правонарушителям применяется принудительное лечение (ч. 2 ст. 99 УК РФ) в то время, когда мы отказываемся от подобного воздействия на невменяемое лицо. Наконец, недоумение вызывает фактическое неприменение негативного стимула к причинителю вреда, безответственность за вредоносное поведение. За проступки даже малолетних детей, кстати, не осознающих, так же как и душевнобольные, противоправный характер своего поведения, расплачиваются их родители, усыновители или опекуны (ст. 28 ГК РФ), а мы ведем речь об общественно опасных деяниях взрослых людей.

Освобождение от уголовной ответственности невменяемого лица, причинившего вред в результате своего общественно опасного поведения, зачастую создает проблему *возмещения потерпевшему, заглаживания перед ним или его законными представителями данного вреда*, несмотря на то, нанесен ли ущерб чужой собственности, причинен ли вред здоровью потерпевшего или последний лишен жизни<sup>1</sup>.

Поскольку в соответствии со ст. 306 и 309 УПК РФ гражданский иск в уголовном деле может быть разрешен только при *постановлении приговора*, постольку указанный иск в отношении лица, совершившего общественно опасное деяние в состоянии невменяемости либо заболевшего после совершения преступления психическим расстройством, в том числе в отношении лица, к которому применены принудительные меры медицинского характера, не может быть рассмотрен по существу. Данный иск может быть предъявлен и рассмотрен в порядке гражданского судопроизводства<sup>2</sup>. Вместе с тем лица, находящиеся в психиатрическом стационаре, признаются *нетрудоспособными* на весь период пребывания в нем и имеют право на пособие по государственному социальному страхованию или на пенсию на общих основаниях.

Представляется необходимым прояснить сложившуюся ситуацию *de lege ferenda*. Если причинитель вреда до (во время) совершения общественно опасного деяния внезапно заболел душевным расстройством, свидетельствующим о его невменяемости, то следовало бы в судебном порядке возложить на него *обязанность возмещения вреда*, причиненного общественно опасным деянием, *по выздоровлению*. Если же лицо было признано недееспособным в силу психической болезни до совершения деяния, то было бы целесообразным *взыскать (за причиненный вред) с его опекуна, органа опеки*. Возможно, угроза материальной ответственности заставит этих наставников задуматься о последствиях бесконтрольности поведения психически больных людей и послужит причиной более жесткого ограничения пребывания последних в условиях свободного пространства. Подобная угроза должна с необходимостью существовать и в отношении *судей*, попустительствующих свободе действий невменяемых общественно опасных лиц.

Практика показывает: *чем тяжелее совершенное невменяемым лицом общественно опасное деяние, тем ярче выражается неспособность больного к добровольному лечению*, а зачастую и противодействие оному. Не секрет, что в курс лечения включено использование психотропных веществ. И применяются они в большей мере для усмирения пациента, для «вдавливания» его поведения в русло установленных общественных норм. Не является секретом и то, что на судебно-психиатрическую экспертизу часто поступают лица, находящиеся в *реактивных состояниях*. Здесь следственно-судебная практика справедливо идет по пути *приостановления уголовного дела до выхода (вывода) подозреваемого/обвиняемого из реактивного психоза*, причем суд на это время применяет в отношении данного лица принудительные меры медицинского характера (п. 4 ч. 1 ст. 208 УПК РФ)<sup>3</sup>. Такое решение

<sup>1</sup> См.: Постановление Большеболдинского районного суда Нижегородской области от 19 мая 2005 года по делу А.В. Шестакова; Постановление Канавинского районного суда г. Н. Новгорода от 21 января 2005 года по делу Л.В. Молоснова; Определение Городецкого районного суда Нижегородской области от 18 октября 2002 года по делу Н.А. Дровнина; Определение Городецкого районного суда Нижегородской области от 24 мая 2002 года по делу Э.А. Мигунова; Определение Вологодского городского суда Вологодской области от 4 июня 2001 года по делу М.В. Вершининой; Определение судебной коллегии по уголовным делам Свердловского областного суда от 2 августа 1994 года по делу В.Ю. Степанова; Определение судебной коллегии по уголовным делам Свердловского областного суда от 18 апреля 1994 года по делу Ю.Ю. Селенских; уголовное дело № 85 СО при Навашином РОВД г. Навашино Нижегородской области, прекращенное 10 декабря 1999 года.

<sup>2</sup> См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ № 49-005-86 по делу Мубаракшина // Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за IV квартал 2005 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2006. – № 5. – С. 10–11; Определение Военной коллегии Верховного Суда РФ № 1-019/04 по делу Алехина // Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за I квартал 2005 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2005. – № 10. – С. 14–15.

<sup>3</sup> См.: Определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 1 февраля 2007 года № 35-006-75 по делу С. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2007. – № 10. – С. 7–8; от 26 января 1999 года по делу Дзанхотова // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1999. – № 9. – С. 14; от 30 января 1992 года по делу Шельмакова // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1993. – № 1. – С. 7; Определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР от 30 января 1991 года по делу Вильданова // Бюллетень Верховного Суда РСФСР. – 1991. – № 10. – С. 5; от 4 октября 1971 года по делу Воротынцева // Бюллетень Верховного Суда РСФСР. – 1972. – № 3. – С. 10.

вполне обоснованно, поскольку во время нахождения лица в указанном состоянии эксперт не в силах решить поставленные перед ним вопросы, в частности, о вменяемости-невменяемости подэкспертного во время совершения им общественно опасного деяния. В отношении же выздоровевшего лица суд на основании медицинского заключения выносит постановление о прекращении применения принудительной меры медицинского характера и решает вопрос о направлении уголовного дела руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для производства предварительного расследования в общем порядке<sup>1</sup>.

Вместе с тем, остается скрытым ответ на иной вопрос, связанный с опасным состоянием невменяемого. И заключается этот вопрос в степени обоснованности решения судьи, применяющего принудительные меры медицинского характера с помещением больного в какую-либо из психиатрических клиник, например, с помещением в психиатрическую больницу общего типа лица, страдающего психическим расстройством и лишившего жизни другого человека<sup>2</sup>. Данный вопрос приобретает особую остроту в связи с противоречивой аргументацией решения правоприменителя, который в частности резюмирует, что совершенное невменяемым лицом являет собой тяжкое общественно опасное деяние и представляет значительную опасность для окружающих<sup>3</sup>.

В указанном случае с решением судьи о том, что больной «убийца» не нуждается в постоянном и (или) интенсивном наблюдении (ст. 101 УК РФ), согласиться крайне сложно. Такие решения наверняка создают почву для роста криминологического рецидива и совершения душевнобольными лицами новых, в том числе тяжких и особо тяжких общественно опасных деяний. Подобную почву создают требования и уголовно-процессуального законодательства. В частности: а) ч. 2 ст. 443 УПК РФ указывает на необходимость вынесения судом постановления о прекращении уголовного дела и об отказе в применении принудительных мер медицинского характера, если лицо не представляет опасности по своему психическому состоянию либо им совершено деяние небольшой тяжести<sup>4</sup>; б) ч. 3 ст. 443 УПК РФ обязывает суд при наличии оснований, предусмотренных ст. 24–28 УПК РФ, вынести постановление о прекращении уголовного дела *независимо от наличия и характера заболевания* лица, совершившего общественно опасное деяние<sup>5</sup>; в) п. 1 ч. 1 ст. 439 УПК РФ предписывает следователю вынести постановление о прекращении уголовного дела, если характер совершенного деяния и психическое расстройство лица *не связаны с опасностью* для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда. Остаются большие сомнения в справедливости и целесообразности данных законодательных положений.

Несомненно, существенное влияние на вероятность повторения общественно опасного деяния и тем самым на степень общественной опасности заболевшего лица оказывают этап болезни, ее длительность, течение, синдромальная и нозологическая характеристика, продуктивная и негативная фаза психоза; антисоциальные установки, криминальный опыт и алкогольная зависимость больного; механизм реализации общественно опасного деяния, ситуационные моменты<sup>6</sup>.

Таким образом, с *количественной* стороны доля рассмотренных судами РФ первой инстанции уголовных дел с применением принудительных мер медицинского характера в числе всех рассмотренных ими по существу уголовных дел не имеет тенденции к ощутимому увеличению или уменьшению. Выражаясь точнее, ее ежегодные количественные изменения находятся в пределах 0,16%. Это свидетельствует об относительной стабильности установления противоправного поведения лиц, обнаруживших тяжелые психические расстройства. О стабильности уместно говорить с полной уверенностью потому, что общественно опасные деяния данных лиц, как правило, не относятся к категории латентных, а имеют открытый (откровенный) характер.

Вместе с тем, обращаясь к *качественной* стороне противоправного поведения указанных лиц, приходится констатировать, что жесткость и дерзость инкриминируемых им деяний не ослабевает, по-прежнему большая часть (несмотря на ее уменьшение в 2001–2008 гг.) совершаемых ими общественно опасных деяний относится к категории тяжких и особо тяжких. Применение принудительных мер медицинского характера в связи со степенью опасного состояния невменяемых не имеет в должной мере эффективного влияния на качественное состояние противоправного поведения этих лиц.

<sup>1</sup> См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 мая 2009 года № 78-О09-47 по делу Р. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2010. – № 2. – С. 19–20.

<sup>2</sup> См.: Определение Судебной коллегии Верховного Суда РСФСР от 26 ноября 1984 года по делу Савина // Бюллетень Верховного Суда РСФСР. – 1985. – № 6. – С. 11.

<sup>3</sup> См.: Определение Борского городского суда Нижегородской области от 12 февраля 1998 года по делу № 1-164/98 А.В. Крицкого.

<sup>4</sup> См. также: Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за 2008 год // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2009. – № 8. – С. 28–29.

<sup>5</sup> См. также: Определение № 47-002-82 по делу Вишневого // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2003. – № 7. – С. 17.

<sup>6</sup> См.: *Первомайский В.Б.* Понятие «общественная опасность душевнобольного» в судебной психиатрии // Государство и право. – 1992. – № 7. – С. 64.

Думается, что характер принудительных медицинских мер в отношении невменяемых лиц должен зависеть также от степени общественной опасности совершенных ими деяний. При этом лицам, совершившим в состоянии невменяемости общественно опасные деяния, следовало бы назначать *принудительное* лечение, а лицам, совершившим к тому же корыстные или насильственные, тяжкие или особо тяжкие общественно опасные деяния, – *стационарное* принудительное лечение. Кроме того, при совершении душевнобольным умышленного тяжкого или особо тяжкого общественно опасного деяния против личности стационарное лечение целесообразно сопровождать *постоянным и (или) интенсивным наблюдением*<sup>1</sup>. Некоторые авторы предлагают законодателю установить правило, что все лица, совершившие такие особо тяжкие преступления, как многократные убийства и признанные невменяемыми, подлежат пожизненному нахождению в психиатрическом стационаре.

Работникам следственно-судебных органов необходимо создавать врачам-психиатрам условия *непосредственного* сбора объективного анамнеза для составления обоснованных экспертных заключений. Это возможно путем проведения правоприменителем совместно с врачом-психиатром опроса необходимых лиц, иного содействия в непосредственном получении нужной информации.

Важное значение для диагностирования психического расстройства имеет *наследственная предрасположенность* к психическим расстройствам. Научные исследования в области генетики свидетельствуют в частности о том, что ген шизофрении передается из поколения в поколение.

Наконец, высшей судебной инстанции России нужно разъяснить порядок применения ст. 21 УК РФ, в котором предусмотреть положения о *материальной ответственности* невменяемых лиц (по выздоровлении), а в некоторых случаях – их опекунов за вред, причиненный невменяемыми лицами в результате совершенных ими общественно опасных деяний.

Не следует недооценивать *раннее предупреждение* правонарушений невменяемых лиц. Наличие симптомов, свидетельствующих о психическом расстройстве, способном ввести человека в состояние невменяемости, является достаточным поводом для постановки лица на учет в психоневрологический диспансер с целью проведения профилактического лечения, ограничения его профессиональной деятельности.

---

<sup>1</sup> См.: Антонян Ю. Смертная казнь и ее альтернатива // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 100.

**М.В. Сорокин, О.Е. Сорокина**

*Сорокин Михаил Владимирович – преподаватель кафедры уголовно-исполнительного права Владимирского юридического института ФСИИ России;*

*Сорокина Ольга Евгеньевна – ассистент кафедры государственно-правовых дисциплин Владимирского государственного университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых*

## Юридические аргументы при исполнении уголовных наказаний

Прежде чем обратиться к рассмотрению юридических аргументов при исполнении уголовных наказаний в виде лишения свободы в России необходимо рассмотреть значение слова «аргумент».

Аргумент (лат. *argumentum*) – довод, доказательство<sup>1</sup>.

Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой дает следующее значение данному слову: «Аргумент – довод, основание, приводимые в доказательство чего-либо»<sup>2</sup>.

В этой статье мы попытаемся дать характеристику юридическим аргументам в правоуправляющей деятельности осужденных, содержащихся в пенитенциарных учреждениях России.

В целях реализации положений уголовного, уголовно-исполнительного законодательства Российской Федерации, мероприятий по совершенствованию деятельности уголовно-исполнительной системы, укрепления режима отбывания наказания, усиления надзора за осужденными основными задачами УИС являются, прежде всего, выработка единой методики в процессе профилактики и предупреждения пенитенциарных преступлений, а также в процессе организации режима и обеспечения надзора за лицами, отбывающими наказания в исправительных учреждениях.

«Ядро» правовой основы юридических аргументов, позволяющих регулировать правоуправляющее поведение в пенитенциарных учреждениях, составляют кодифицированные нормы федерального законодательства.

Основными пенитенциарной профилактики преступлений являются прежде всего нормы Уголовно-исполнительного кодекса РФ (далее – УИК РФ), которые условно можно разделить следующим образом:

1) нормы, содержащиеся в Общей части УИК РФ:

а) исправление осужденных и предупреждение совершения новых преступлений как осужденными, так и иными лицами (ч. 1 ст. 1 УИК РФ), определенные в качестве целей уголовно-исполнительного законодательства;

б) принципы уголовно-исполнительного законодательства (ст. 8 УИК РФ), к которым относятся рациональное применение средств принуждения, средств исправления осужденных и стимулирование их правоуправляющего поведения, соединение наказания с исправительным воздействием;

в) исправление осужденных и его основные средства (ст. 9 УИК РФ): формирование у осужденных уважительного отношения к человеку, обществу, правилам и традициям человеческого общежития, основное средство которого – воспитательная работа;

г) право осужденных на личную безопасность (ст. 13 УИК РФ), то есть конкретизация защищенности прав, законных интересов и жизненно важных ценностей (жизни, здоровья, достоинства) осужденных от посягательств и возможного причинения вреда в период пребывания в исправительных учреждениях;

2) нормы Особенной части УИК РФ, которые прямо предусматривают профилактические меры и условно делятся на две группы:

а) нормы, относящиеся к ранней профилактике:

– режим в исправительных учреждениях, обеспечивающий охрану и изоляцию осужденных, постоянный надзор за ними, исполнение возложенных на них обязанностей, реализацию их прав и законных интересов, личную безопасность осужденных и персонала (ч. 1 ст. 82 УИК РФ). Режим создает условия для применения других средств исправления осужденных (ч. 2 ст. 82 УИК РФ). Помещения, в которых проживают осужденные, могут подвергаться обыску, а вещи осужденных – досмотру (ч. 5 ст. 82 УИК РФ);

– технические средства надзора и контроля, которые администрация исправительных учреждений вправе использовать для предупреждения побегов и других преступлений (ч. 1 ст. 83 УИК РФ);

– перевод осужденных, признанных злостными нарушителями установленного порядка отбывания наказания (ст. 116 УИК РФ), в строгие условия отбывания наказания (ч. 3, 4 ст. 120; ч. 3, 4 ст. 122; ч. 3, 4 ст. 124 УИК РФ);

<sup>1</sup> <http://www.ozhegov.ru>

<sup>2</sup> <http://www.tolkslovar.ru>



– применение взысканий к осужденным, признанным злостными нарушителями установленного порядка отбывания наказания (ст. 116 УИК РФ), перевод в штрафной изолятор, помещения камерного типа и единые помещения камерного типа (п. «в»–«д» ч. 1 ст. 115 УИК РФ);

– перевод осужденных, являющихся злостными нарушителями установленного порядка отбывания наказания (ст. 116 УИК РФ), из исправительных колоний общего, строгого и особого режимов в тюрьму на срок не свыше трех лет (п. «в» ч. 4 ст. 78 УИК РФ).

При наложении на осужденного дисциплинарного взыскания за нарушение режима отбывания наказания он должен ознакомиться под роспись с принятым администрацией исправительного учреждения решением. Так, он должен расписаться в постановлениях о водворении в штрафной изолятор, переводе в помещение камерного типа, единое помещение камерного типа, одиночную камеру, переводе из облегченных в обычные или строгие, из обычных в строгие условия отбывания наказания. Все данные документы в последующем подшиваются в личное дело лица, отбывающего наказание в виде лишения свободы, и в дальнейшем будут являться юридическими аргументами при рассмотрении вопроса в суде об условно-досрочном освобождении из мест лишения свободы.

б) нормы, относящиеся к непосредственной профилактике:

– оперативно-розыскная деятельность, задачами которой являются: обеспечение личной безопасности осужденных, персонала исправительных учреждений и иных лиц; выявление, предупреждение и раскрытие готовящихся и совершаемых в исправительных учреждениях преступлений и нарушений установленного порядка отбывания наказания (ч. 1 ст. 84 УИК РФ);

– режим особых условий в исправительных учреждениях, который может быть введен при массовых беспорядках, а также при групповых неповиновениях осужденных (ч. 1 ст. 85 УИК РФ);

– меры безопасности, применяемые сотрудниками уголовно-исполнительной системы в случаях оказания осужденными сопротивления персоналу исправительных учреждений, злостного неповиновения законным требованиям персонала, проявления буйства, участия в массовых беспорядках, захвата заложников, нападения на граждан или совершения иных общественно опасных действий, а также при побеге или задержании бежавших из исправительных учреждений осужденных в целях пресечения указанных противоправных действий, а равно предотвращения причинения этими осужденными вреда окружающим или самим себе (ч. 1 ст. 86 УИК РФ)<sup>1</sup>.

Из числа федеральных законов, регулирующих юридические аргументы в сфере борьбы с пени-тенциарной преступностью и нарушениями режима отбывания наказаний, необходимо выделить Федеральный закон от 21 июля 1993 года № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы»<sup>2</sup>.

Данный нормативный правовой акт так же, как и УИК РФ, является базовым «фундаментом» правовой основы исполнения наказаний в виде лишения свободы, создает объективные предпосылки совершенствования правового обеспечения этого процесса. В тексте рассматриваемого Закона отражены основные принципы деятельности уголовно-исполнительной системы, ее организация, права и обязанности исправительных учреждений, входящих в ее состав, правовой статус сотрудников, порядок применения на территории исправительных учреждений оружия, физической силы и специальных средств.

Ведомственные нормативные акты (приказы, инструкции, распоряжения), конкретизируют и дополняют указанные выше законодательные нормативные правовые акты и конкретизируют юридические аргументы правопослушного поведения осужденных.

Инструкция по профилактике правонарушений среди лиц, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, утвержденная Приказом Минюста России от 20 ноября 2006 года № 333, закрепляет порядок проведения общей и индивидуальной профилактики с осужденными, содержащимися в местах лишения свободы и лицами, содержащимися под стражей.

В положениях Инструкции об организации службы по обеспечению надзора за подозреваемыми, обвиняемыми и осужденными, содержащимися в СИЗО и тюрьмах УИС закрепляется создание в тюрьмах условий, способствующих нормальному отбыванию наказания осужденными, а также даются основные понятия режима, надзора, правила обыска, досмотра и технического осмотра камер, а также действий личного состава при возникновении чрезвычайных обстоятельств<sup>3</sup>.

Юридические аргументы, затрагивающие вопросы взаимоотношений осужденных и работников исправительных учреждений, порядка изъятия у них запрещенных к использованию, приобретению и хранению в исправительных учреждениях вещей, предметов и продуктов питания закреплены в Правилах внутреннего распорядка исправительных учреждений<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации. – М., 2012. – С. 40–42.

<sup>2</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. – 1993. – № 33. – Ст. 1316.

<sup>3</sup> Приказ Минюста России от 3 ноября 2005 года «Об утверждении Инструкции об организации службы по обеспечению надзора за подозреваемыми, обвиняемыми и осужденными, содержащимися в СИЗО и тюрьмах УИС».

<sup>4</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2005. – № 47.

Говоря о нормативных правовых актах, регламентирующих порядок и условия отбывания наказания осужденными и касающихся режимных мероприятий, необходимо выделить такие как Приказ Минюста России от 13 июля 2006 года «Об утверждении Инструкции о надзоре за осужденными, содержащимися в исправительных колониях»; Приказ Минюста России от 23 июня 2005 года № 95 «Об утверждении Инструкции о надзоре за осужденными, содержащимися в воспитательных колониях Федеральной службы исполнения наказаний»; Приказ Минюста России от 25 августа 2006 года «Об утверждении Наставления по организации и порядку производства обысков и досмотров в исправительных учреждениях УИС, на режимных территориях, транспортных средствах».

На основании ст. 83 УИК РФ администрация исправительных учреждений вправе использовать технические средства контроля и надзора для предупреждения побегов и других преступлений, а также нарушений установленного порядка отбывания наказания. В Инструкции о надзоре за осужденными, содержащимися в исправительных колониях, дан образец расписки, которая отбирается у каждого вновь прибывшего в учреждение осужденного. В ней он информируется о том, что в отношении него администрацией учреждения будут использоваться аудиовизуальные, электронные и иные технические средства надзора и контроля в целях получения необходимой информации о его поведении. Данная расписка подшивается в личное дело и является сильным сдерживающим юридическим аргументом, влияющим на правопослушное поведение.

В соответствии со ст. 96 УИК РФ положительно характеризующимся осужденным, отбывающим наказания в виде лишения свободы в исправительных колониях и воспитательных колониях, а также осужденным, оставленным для ведения работ по хозяйственному обслуживанию в следственных изоляторах и тюрьмах, может быть разрешено передвижения без конвоя или сопровождения за пределами исправительного учреждения. Перед принятием данного решения в постановлении о предоставлении ему данного права осужденный расписывается, что правила поведения за пределами режимной территории ему объявлены и он предупрежден об ответственности за их нарушение, это также является юридическим аргументом правопослушного поведения.

На основании всего вышесказанного можно сделать следующий вывод: юридические аргументы при исполнении уголовных наказаний – это доводы к правопослушному поведению осужденных во время отбывания наказаний в исправительных учреждениях уголовно-исполнительной системы, закрепленные в нормативных правовых актах федерального и ведомственного характера, невыполнение которых влечет дисциплинарную ответственность, а также влияет на принятие решения судом при рассмотрении вопросов об условно-досрочном освобождении.

**Д.В. Сочнев**

*Сочнев Дмитрий Васильевич – доктор социологических наук, профессор, заведующий кафедрой экономико-правовых дисциплин Нижегородского института менеджмента и бизнеса*

### **Административно-правовая аргументация противодействия экстремизму**

В современной России одной из опасных форм экстремизма являются деструктивные массовые протестные акции в форме несанкционированных митингов, пикетирования и шествий.

В ряде субъектов Российской Федерации (прежде всего, в столичном регионе) регулярно проходят массовые общественно-политические мероприятия, организуемые политическими партиями и общественными организациями, склонными в той или иной степени к экстремизму. Речь идет о «маршах несогласных», «русских маршах», акциях прямого действия, которым придается демонстративный характер для максимального привлечения внимания общественности и средств массовой информации.

Основным фактором, способствующим росту социальной напряженности, является нарастание кризисных проявлений и связанные с ним увеличение количества безработных, снижение реальных доходов граждан страны (особенно незащищенных слоев) при сохраняющемся росте тарифов ЖКХ, цен на продукты питания, лекарства, транспортные услуги. На этом фоне закономерно наблюдается усиление протестных настроений в обществе и рост числа экстремистских проявлений. Протестные акции обретают более организованный характер, возрастает количество их участников, активно вовлекаются в протестную деятельность социально незащищенные слои населения. Основные акценты делаются на отстаивании прав трудящихся, инвалидов и пенсионеров.

Наиболее мощные протесты можно прогнозировать на востоке страны. Это связано с серьезными проблемами в металлургическом и машиностроительном секторах экономики Сибири, Забайкалья и Урала, повышением таможенных пошлин на подержанные иномарки, повышением экспортных цен на лес, ужесточением таможенного контроля за участниками эконом-туров в Китай, ростом тарифов ЖКХ, цен на продукты и энергоносители, что сильно ударило по доходам трудящихся. Центрами социальной нестабильности могут стать населенные пункты, в которых значительная часть населения занята на одном крупном производстве, где экономические трудности одного предприятия автоматически становятся проблемой для всех горожан. Таких точек в стране несколько десятков. Среди самых крупных моногородов – Липецк (Новолипецкий металлургический комбинат), Норильск (Норникель), Череповец (Северсталь), Нижний Новгород (ГАЗ), Тольятти (ВАЗ), многие города Урала и Кузбасса. По оценкам экспертов, сейчас в моногородах проживает более 20% населения страны, на их долю приходится более 40% ВВП России.

В ближайшее время следует ожидать увеличения числа несанкционированных общественных мероприятий также вследствие роста активности общественных движений и объединений.

Основные профсоюзы последние годы находились в хороших отношениях с местными органами власти, и, как правило, политические лозунги в своей деятельности не использовали. Однако процессы, связанные с экономическим кризисом (безработица, рост цен, невыплата заработной платы), заставляют их отступить с позиций лояльности к органам власти в сторону более активной защиты интересов членов профсоюзов. В связи с этим профсоюзы планируют основными лозунгами сделать «Зарплата! Работа! Достойная жизнь!», выступить против повышения цен и снижения уровня жизни населения.

Лидеры организаций правого толка имеют незначительное количество своих сторонников, однако они пытаются взять под свой контроль протестное движение, возглавляемое профсоюзами. Повысили свою активность, в частности, такие организации, как «Федерация автомобилистов» и «Движение против нелегальной иммиграции (ДПНИ)». ДПНИ в ходе протестных акций намеревается выдвинуть требования о необходимости регулирования миграционных потоков в Российскую Федерацию, а также сохранения рабочих мест для коренного населения России. Как правило, ДПНИ проводит свои акции в Москве и центральных регионах России. Федерация автомобилистов охватывает все регионы, наиболее сильное отделение имеется в Москве.

Адекватное противодействие любым экстремистским проявлениям должно предусматривать широкий комплекс организационных и практических мер со стороны различных властных государственных структур, в том числе и органов внутренних дел, располагающих собственным арсеналом средств и методов воздействия на этот вид преступности<sup>1</sup>. Рассмотрим, каковы же эти средства и методы.

---

<sup>1</sup> См.: Латов Ю.В. Системное противодействие радикальным экстремистским течениям в молодежной среде: Монография / Ю.В. Латов, Р.Б. Осокин, Д.В. Сочнев. – Тамбов, 2010.

В большинстве юридических источников экстремизм трактуется как деятельность общественных объединений, иных организаций и физических лиц, направленная на насильственное изменение конституционного строя Российской Федерации, нарушение прав и свобод граждан по политическим, расовым, национальным или религиозным мотивам, насильственный захват власти или насильственное удержание власти, нарушение суверенитета и территориальной целостности Российской Федерации, а также публичные призывы к совершению в этих целях противоправных деяний.

В теоретическом плане под экстремизмом понимается приверженность к крайним мерам и взглядам, стремление решать проблемы и достигать поставленные цели с применением самых радикальных методов, включая все виды насилия и террора. Международный опыт показывает, что наиболее опасными проявлениями экстремизма являются терроризм, деятельность незаконных вооруженных формирований, фашистские и расистские погромы.

На современном этапе развития российского общества наиболее распространенными проявлениями экстремизма являются:

– создание общественных объединений, в идейной основе которых лежат радикальные взгляды, проведение ими несанкционированных общественно-политических акций, попытки участия лидеров и участников экстремистских организаций в выборах органов власти различных уровней;

– распространение печатной, аудио- и видеопродукции, разжигающей социальную, национальную и религиозную вражду;

– деструктивная деятельность исламистских радикальных структур, направленная на разжигание национальной и религиозной нетерпимости к людям иной веры;

– вовлечение молодежи в неформальные объединения радикальной направленности и использование ее для достижения экстремистских целей;

– совершение тяжких и особо тяжких преступлений с целью разжигания социальной, национальной и религиозной вражды, дестабилизации общественно-политической ситуации в стране.

Российское законодательство содержит конкретные правовые нормы, предоставляющие правоохранительным органам значительные возможности для противодействия указанным выше проявлениям экстремизма. Эти нормы содержатся в Конституции РФ, Уголовном кодексе РФ, Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях, Федеральном законе «О полиции», «О противодействии терроризму», «О противодействии экстремистской деятельности», «О чрезвычайном положении», «О средствах массовой информации», «Об основах государственной службы Российской Федерации», «О статусе военнослужащих», «Об обороне», «О свободе совести и религиозных объединениях», «Об общественных объединениях» и некоторых других.

Наиболее часто проявления экстремизма отмечаются в ходе собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций. Ответственность за нарушение порядка их организации и проведения предусмотрена ст. 20.2 КоАП РФ по трем составам:

а) нарушение установленного порядка организации собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций;

б) нарушение установленного порядка проведения указанных массовых акций;

в) организация либо проведение несанкционированных массовых акций.

В настоящее время для проведения массового мероприятия достаточно лишь уведомить об этом местную администрацию<sup>1</sup>. Если не последовал специальный запрет на проведение публичной массовой акции, ее можно считать разрешенной.

Следовательно, сотрудники полиции могут предпринимать меры по предупреждению и пресечению массовой акции на начальной стадии лишь в двух случаях:

1) когда организаторами в установленные сроки не осуществлено уведомление местной администрации о предполагаемой массовой акции;

2) когда имеется специальное решение о запрете проведения конкретного массового мероприятия.

Нормой права установлена различная ответственность организаторов и участников массовых мероприятий. Сотрудник полиции обязан различать два указанных субъекта ответственности.

По первому составу проступка организаторами массового мероприятия признаются лица, подписавшие уведомление о предстоящем мероприятии, взявшие на себя организационные функции по извещению участников мероприятия о месте, времени и порядке его проведения, по подготовке необходимой атрибутики мероприятия, техническому оснащению, а также непосредственному руководству участниками в процессе его проведения<sup>2</sup>. Остальные лица, находящиеся в месте проводимого массового мероприятия, относятся к числу участников<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Ершов Е. Пять пунктов Болотной // Известия. – 2012. – 4 февраля.

<sup>2</sup> См.: Хлебушкин А. Г. Экстремизм: уголовно-правовой и уголовно-политический анализ. – Саратов, 2007.

<sup>3</sup> См.: Гришин А. Митинг оппозиции: Болотная уже забыла про «честные выборы». // Комсомольская правда. – 2012. – 6 февраля.

Вторым составом проступка, за который предусмотрена административная ответственность, является нарушение порядка проведения собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций<sup>1</sup>.

Порядок проведения массовых акций может быть нарушен путем:

- несоблюдения обозначенных в уведомлении условий (например, места, времени и иных обстоятельств, связанных с проводимым мероприятием);
- нарушения общественного порядка и безопасности в ходе проведения мероприятия (например, распитие спиртных напитков, мелкое хулиганство, оскорбление работников правоохранительных органов);
- ношения участниками мероприятия оружия, а также специально подготовленных или приспособленных предметов, которые могут быть использованы против жизни и здоровья людей, а также для причинения материального ущерба государственным, общественным организациям и гражданам;
- злостного неповиновения законному требованию работника полиции, народного дружинника, военнослужащего при исполнении служебных обязанностей по охране общественного порядка и обеспечению безопасности.

Примеры проведения несанкционированных общественно-политических акций подтверждают, что многие деструктивные силы пытаются использовать их в своих интересах, что и обуславливает в значительной степени агрессивность данных мероприятий. Кроме того, их организаторы всемерно используют фактор внезапности для того, чтобы максимально продлить сроки проведения несанкционированных акций, привлечь к участию в них большое количество людей, спровоцировать определенное число участников на неправомерные действия.

В этой связи органы внутренних дел, являясь основными субъектами обеспечения общественного порядка и безопасности, совместно с органами исполнительной власти, администрацией предприятий, организаций, учреждений, трудовыми коллективами, лидерами профсоюзных и иных общественно-политических организаций, партий и движений обязаны предпринять комплекс мер предупредительно-профилактического характера.

К их числу необходимо отнести:

- своевременный сбор и анализ информации о готовящихся акциях протеста, их причинах, времени, месте, целях и характере проведения, организаторах, составе участников, истинных намерениях и возможных последствиях;
- незамедлительное доведение данной информации до сведения глав администраций, прокуратуры и органов безопасности с конкретными предложениями по разрешению причин конфликтной ситуации;
- принятие с учетом складывающейся оперативной обстановки решения на охрану общественного порядка и безопасности, доведение его до исполнителей;
- подготовка личного состава к действиям в этих условиях;
- установление тесного взаимодействия территориальных органов внутренних дел и органов внутренних дел на транспорте с органами безопасности, прокуратурой, а при необходимости и подразделениями внутренних войск для уточнения задач на случай действий при чрезвычайных обстоятельствах;
- информирование о складывающейся обстановке и принимаемых мерах руководителей вышестоящего органа внутренних дел;
- проведение активной разъяснительной работы среди населения с использованием средств массовой информации о принимаемых органами государственной власти мерах по разрешению причин конфликтных ситуаций;
- активное использование методов оперативно-розыскной деятельности для сбора информации о намечаемых акциях и их организаторах;
- проведение комплекса мер профилактического характера по нейтрализации уголовно-преступного элемента и лиц, которые могут спровоцировать участников акций протеста на массовые неповиновения и беспорядки;
- приведение в боевую готовность необходимых сил, корректировка расчета сил и средств на случай обострения обстановки для выполнения оперативно-служебных задач.

С личным составом органов внутренних дел в этот период должна проводиться активная работа по повышению бдительности несения службы, корректного обращения с гражданами, строгому соблюдению законности<sup>2</sup>.

Сотрудники органов внутренних дел (патрульно-постовой службы, Государственной инспекции безопасности дорожного движения, участковые уполномоченные полиции), несущие службу на обслуживаемой территории, при обнаружении стихийного сбора группы лиц для публичного выражения своей позиции по тем или иным вопросам общественно-политической либо экономической жизни общества должны:

- принимать меры по установлению направленности массовой акции, состава участников и организаторов, наличия копии уведомления местной администрации о месте и времени ее проведения;

<sup>1</sup> См.: Чупров В.И. Молодежный экстремизм: сущность, формы проявления, тенденции / В.И. Чупров, Ю.А. Зубок. – М., 2009.

<sup>2</sup> Закатнова А. Митинг на Болотной площади / А. Закатнова, К. Новиков // Российская газета. – 2012. – 6 февраля.

- немедленно информировать об этом оперативного дежурного по органу внутренних дел;
- организовать и осуществлять наблюдение за поведением участников массового мероприятия;
- вступать в контакт с организаторами массового мероприятия с целью согласования действий по поддержанию общественного порядка и безопасности в ходе его проведения;
- разъяснять руководителям и участникам массового мероприятия условия, при наступлении которых органами внутренних дел будут приняты меры по прекращению проведения акции;
- выявлять круг должностных лиц, государственных и иных органов, в адрес которых выдвигаются определенные требования участниками массовых акций, и информировать об этом оперативного дежурного по органу внутренних дел.

Основными тактическими приемами несения службы на стадии возникновения массовых беспорядков должны быть наблюдение, сопровождение, воспрепятствование, обследование и регулирование. При этом решающее значение имеет создание и поддержание деловых отношений с организаторами массовых акций.

Серьезную обеспокоенность правоохранительных органов вызывают акции гражданского протеста, связанные с блокированием транспортных магистралей. Региональные власти, в значительной степени виновные в несвоевременном принятии мер по установлению причин несвоевременных выплат зарплаты и принятию мер к виновным, в таких ситуациях часто пытаются восстановить свой престиж, заявляя, что не допустят применения силы по отношению к участникам блокад.

В данной связи одной из первоочередных задач, стоящих перед правоохранительными органами, становится установление реальных виновников акций протеста и принятие исчерпывающих мер для привлечения их к ответственности<sup>1</sup>. В этих целях целесообразно создание межведомственных, в том числе следственно-оперативных и мобильных групп.

Необходимо определить круг лиц (в том числе представителей правоохранительных органов), которые информируют население и трудовые коллективы конкретных предприятий, учреждений, учебных заведений о принимаемых мерах к разрешению конфликтной ситуации (погашению задолженности по заработной плате, пенсиям, социальным пособиям, налаживании функционирования транспортных магистралей, воздушного сообщения и др.).

О действиях граждан, блокировавших (или намеревающихся заблокировать) транспортные магистрали, должны быть информированы глава администрации, прокурор, органы безопасности. Они должны принять самое активное участие в переговорном процессе и разъяснительной работе с участниками акции.

При перекрытии дороги, провокационных действиях, попытках блокирования железной дороги, начальник органа внутренних дел:

- должен немедленно ставить в известность начальника линейного органа внутренних дел;
- имеющимися нарядами полиции необходимо блокирование наиболее активной части участников акции;
- необходимо дать указание вызвать дополнительные силы.

За действиями участников акции протеста должно устанавливаться наблюдение, противоправные действия должны документироваться посредством видео- и аудиозаписи специальной группой сотрудников. Необходимо выявлять наиболее активных участников и организаторов противоправных действий.

Необходимо разъяснять участникам акции, что блокирование транспортных коммуникаций подпадает под действие ст. 20.18 КоАП РФ.

Если предупредительно-разъяснительная работа не приводит к положительным результатам, нарушители не прекращают свои действия, и развитие событий ведет к обострению обстановки, то руководитель органа внутренних дел по согласованию с руководством вышестоящего органа внутренних дел, администрацией города, прокурором, должен принимать решение о силовом пресечении незаконной акции.

Сотрудники полиции во всех случаях должны строго соблюдать требования закона, действовать решительно и профессионально, грамотно пресекать любые попытки со стороны участников акции обострить обстановку. В то же время необходимо стараться получить одобрение и поддержку нейтрально настроенных граждан.

Если участникам акций протеста удастся блокирование транспортных коммуникаций провести внезапно, и в результате создается угроза безопасности функционирования железнодорожного транспорта, причиняется крупный материальный ущерб, руководители органов внутренних дел должны проводить операцию по разблокированию незамедлительно.

При этом необходимо действовать максимально корректно. Участники акций должны быть предупреждены о начале силовых действий, однако любые переговоры с организаторами и наиболее активными участниками акций должны вестись лишь после разблокирования транспортных магистралей. По возможности следует создать согласительные комиссии, куда необходимо включать граждан, настроенных на несиловое решение конфликта.

<sup>1</sup> См.: Ратинов А.Р. Ответственность за разжигание вражды и ненависти. Психолого-правовая характеристика / А.Р. Ратинов, М.В. Кроз, Н.А. Ратинова. – М., 2005.

**Т.В. Стукалова**

*Стукалова Татьяна Владимировна – кандидат юридических наук, заместитель начальника кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России*

## **Виды подходов к юридическим аргументациям в уголовном процессе**

Аргументация как особая интеллектуальная деятельность лежит в основании рационального познания и общения.

Развитые формы рациональности демонстрирует научное мышление, которое по своей изначальной природе направлено на поиск оснований и логически безукоризненных следствий из них. Прошедшие строгую проверку аргументационные процедуры в методологии науки возводятся в ранг доказательств, реализующих идеалы ясности, точности, строгости, последовательности, непротиворечивости, и, главное, – логически принудительной необходимости.

Высшие критерии определенности и строгости предъявляются к логическим и математическим доказательствам. В других, менее точных дисциплинах вырабатываются свои специфические требования к отбору аргументов, определенности понятий и надежности выводов.

Научные доказательства составляют лишь часть доказательных рассуждений или аргументаций.

В аргументационной деятельности два главных действующих лица: аргументатор и реципиент. Термином «аргументатор» обозначается лицо, осуществляющее аргументацию. Термином «реципиент» (адресат) – лицо, которому она адресована.

Аргументация относится к гуманным средствам воздействия на человека. Реципиент обладает свободой воли, он может принять аргументы или отвергнуть их. В аргументационной деятельности реципиент не является объектом жесткого управления. Цель этой деятельности – внутреннее принятие тезиса аргументатора реципиентом.

На убеждения человека можно воздействовать насильем, пыткой, гипнозом, внушением, подсознательной стимуляцией, психотропными средствами, наркотиками. Эти методы воздействия явно выходят за рамки аргументационных. К неаргументационным средствам относятся также приказы, угрозы, все виды физического воздействия, «промывание мозгов».

Конечно, к сфере уголовного судопроизводства абсолютно не применима аргументация, нарушающая права человека, унижающего человеческое достоинство личности.

Самым крайним проявлением действия и бездействия, унижающая человеческое достоинство, причиняющего сильную боль, является пытка.

В международном праве под пыткой принято понимать «любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за эти действия, которое совершило оно, или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия» (ст. 1 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство обращения или наказания 1984 г.<sup>1</sup>).

Методы, нарушающие права и свободы личности, категорически запрещены в уголовно-процессуальной деятельности.

Аргументация предполагает наличие доказательства, однако не сводится к нему. Доказательство – логическая основа аргументации. При этом для аргументации требуется наряду с доказательством еще и убеждающее воздействие. Вынуждающий, механический характер доказательства, его безличность составляют главное отличие доказательства от аргументации. Аргументация имеет невынуждающий характер, ее правильность не может быть установлена механическим путем. Сравнивая результаты аргументации и доказательства иногда говорят: «доказал, но не убедил».

Доказательство – это логическая операция обоснования истинности какого-либо суждения с помощью других истинных и связанных с ним суждений. В доказательстве выделяют три элемента: 1) доказываемое положение – тезис; 2) суждения, с помощью которых обосновывается истинность тезиса, – аргументы, или доводы, или основания доказательства; 3) логическая связь тезиса с аргументами – демонстрация.

---

<sup>1</sup> См.: Права человека и судопроизводство: Сборник международных документов. – Варшава, 1997. – С. 121.

В качестве аргументов в логике могут быть использованы: 1) достоверные факты; 2) законы науки; 3) ранее доказанные теоремы; 4) аксиомы и постулаты; 5) определения.

Для того, чтобы доказательство достигало своей цели, нужно соблюдать некоторые правила, или требования, относящиеся к элементам доказательств.

### **Требования к тезису в теории аргументации:**

1. Тезис должен нуждаться в доказательстве. Бессмысленно пытаться доказывать очевидные вещи, определения понятий, констатации фактов, аксиомы и постулаты.

2. Тезис должен быть ясным и точным. Многие слова естественного языка являются многозначными и расплывчатыми, что обуславливает неясность тезиса. Кроме того, следует иметь в виду, что в качестве тезиса лучше брать частные суждения, а не общие. Частное суждение легче доказать и труднее опровергнуть.

3. Тезис должен оставаться одним и тем же на протяжении всего доказательства. Распространенная ошибка – подмена тезиса. Менее распространенная – потеря тезиса.

### **Требования к аргументам в теории аргументации:**

1. Аргументы должны быть истинными суждениями, причем их истинность должна быть доказана. Нарушение этого требования, связанное с использованием ложного аргумента, называется «основным заблуждением». Ошибка, связанная с использованием, может быть и истинного, но еще не доказанного аргумента носит наименование «предвосхищение основания».

2. Истинность аргументов должна устанавливаться автономно, то есть независимо от тезиса. При нарушении этого требования мы имеем дело с ошибкой, известной как «круг в обосновании» или «круг в доказательстве».

3. Совокупность аргументов должна быть непротиворечива. Если аргументы противоречат друг другу, то, по крайней мере, один из них ложен, а ложные аргументы ничего не доказывают.

4. Совокупность аргументов должна быть достаточной для вывода тезиса. Один аргумент почти никогда не дает обоснование тезиса, его доказательная сила мала. Но несколько аргументов, находящихся во взаимной связи, способны создать прочную логическую основу для вывода тезиса. Однако не следует злоупотреблять количеством аргументов. Иногда полагают, что чем больше доводов привлекут к обоснованию своего тезиса, тем лучше. Это не так. Среди неряшливо подобранных аргументов могут оказаться ложные, необоснованные, противоречащие друг другу и даже доказываемому тезису. В таком случае доказательство может рассыпаться. Аргументов должно быть достаточно для вывода тезиса и не более того. Каждый лишний аргумент ослабляет доказательство. Важно не количество аргументов, а их весомость.

### **Требования к демонстрации в теории аргументации:**

Это обычные требования к умозаключениям. В повседневной жизни часто случается так, что, высказав некоторые аргументы, человек присоединяет к ним свой тезис с помощью слов: «таким образом», «отсюда можно заключить», «поэтому» и т. п. Однако сами по себе эти слова не создают логической связи между аргументами и тезисом, нужно еще показать, что тезис действительно связан с аргументами определенными видами умозаключений и эти умозаключения корректны. Ошибки, связанные с нарушением правил умозаключений, носят общее название «не следует»: тезис логически не вытекает, не следует из аргументов.

**Требования к тезису, аргументам и демонстрации в уголовном процессе.** В процессе приведения и доказывания аргументов участниками уголовного судопроизводства действует «золотое правило» – «О + ЗД», которое расшифровывается, как «относимость плюс допустимость, достоверность и достаточность».

По отношению к оценке доказательств в уголовном процессе, доказательство считается **относимым**, если сведения, составляющие содержание доказательства, указывают на факты и обстоятельства предмета доказывания или на иные обстоятельства, имеющие отношение к делу или принимаемому решению. Поскольку установление обстоятельств, необходимых для разрешения дела, чаще всего достигается через установление иных обстоятельств, так называемых «промежуточных доказательственных фактов», то определение их относимости нередко требует от правоприменителя его суждения о том, может ли данное обстоятельство иметь значение для установления других обстоятельств по делу и, наконец, тех обстоятельств, которые указаны в общем предмете доказывания.

Доказательство считается **допустимым**, если оно отвечает следующим критериям:

- 1) сведения получены из предусмотренного законом источника;
- 2) сведения получены и зафиксированы в установленной законом процессуальной форме;
- 3) сведения получены надлежащим субъектом доказывания.

**Достоверность** как элемент оценки доказательств означает оценку соответствия имеющихся сведений фактам объективной реальности. Она лишена формальных критериев, и здесь полностью действует принцип свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению субъекта, осуществляющего расследование.

Фактически с этих позиций участники уголовного судопроизводства оценивают: не сфальсифицированы ли сведения, которые должны быть объективированы как доказательства, по отношению к тем



или иным действительным фактам и обстоятельствам дела. Вывод о достоверности или недостоверности оцениваемого доказательства достигается лишь путем его сопоставления с другими доказательствами по делу.

**Достаточность** отражает качественную характеристику имеющейся системы доказательств с позиций ее достаточности для обоснования того или иного вывода или процессуального решения, принимаемого в ходе производства по делу. Естественно, критерии достаточности объективно различны для разных процессуальных решений и выводов. Для одних решений достаточно той или иной степени вероятности вывода (решение о возбуждении уголовного дела, постановление о привлечении в качестве обвиняемого), для других – объективно необходима достоверность итоговых решений (обвинительный приговор), которая не имеет степеней своего выражения и означает достоверность знания о фактах и обстоятельствах дела. Поэтому критерий достаточности изначально отнесен к внутреннему убеждению публичных процессуальных органов, ведущих уголовный процесс, формирующемуся в процессе непосредственного исследования доказательств по делу.

**Виды доказательства в теории аргументации.** Обоснование тезиса в ходе доказательства может осуществляться прямо или косвенно. Поэтому различают два вида доказательства.

**Прямое доказательство** – это обоснование тезиса аргументами без помощи каких-либо дополнительных построений. Цепь рассуждений в этом случае начинается с аргументов и с логической необходимостью приводит к признанию истинности тезиса. Другими словами, при прямом доказательстве необходимо найти такие убедительные аргументы, из которых логически вытекает тезис.

**Косвенное доказательство** – это обоснование истинности тезиса с помощью антитезиса – суждения, противоречащего тезису. Мы обосновываем ложность антитезиса и, опираясь на закон исключенного третьего, гласящего, что из двух противоположных суждений одно обязательно истинно, тем самым доказываем истинность противоречащего ему утверждения – тезиса. Выделяют два вида косвенного доказательства.

**Апагогическое косвенное доказательство** (от противного), основанное на применении закона исключенного третьего. Оно состоит в том, что мы начинаем выводить из антитезиса следствия и показываем, что некоторые из этих следствий (хотя бы одно) противоречат известным истинным положениям (фактам). Таким образом, принятие антитезиса ведет к противоречию (к абсурду), поэтому его следует признать ложным. Но тогда тезис необходимо признать истинным.

**Разделительное косвенное доказательство** состоит в построении разделительного суждения, элементами которого являются доказываемый тезис и некоторые несовместимые с ним утверждения (так сказать, антитезисы). Затем показывают, что за исключением тезиса все элементы разделительного суждения ложны. Следовательно, нужно признать тезис истинным.

**Виды доказательства в уголовном процессе.** Доказательства по отношению к предмету доказывания классифицируются на прямые и косвенные.

**Прямые доказательства** – это доказательства, которые прямо указывают на событие преступления, виновность лица в его совершении и другие обстоятельства, входящие в предмет доказывания.

**Косвенные доказательства** указывают на иные обстоятельства, не входящие непосредственно в предмет доказывания по делу, однако дающие основание для определенных выводов о данных обстоятельствах (показания свидетелей о конфликтных взаимоотношениях обвиняемого с потерпевшим, о том, что лицо, обвиняемое в совершении преступления, видели не месте преступления и т. п.).

В отличие от прямых процесс доказывания при помощи косвенных доказательств нередко носит двух- или трехступенчатый характер (и более), когда только посредством целой системы косвенных доказательств удается «выйти» на обстоятельства и факты предмета доказывания. Поэтому процесс доказывания при помощи косвенных доказательств требует соблюдения ряда условий:

- 1) они должны образовывать систему (косвенных) доказательств;
- 2) внутри этой системы (косвенные) доказательства не должны противоречить друг другу;
- 3) они должны быть объективно достаточны для выводов о доказанности определенных обстоятельств предмета доказывания.

**Критика аргументации.** Критика – это логическая операция, направленная на разрушение ранее состоявшегося процесса аргументации. По форме выражения критика бывает неявной и явной.

Неявная критика – это скептическая оценка позиции проponentа без конкретного анализа недостатков и точного указания на слабые места. Сомнение выражают в такой форме: «Ваши идеи мне представляются сомнительными». Просьбу об уточнении и конкретизации такой критики обычно оставляют без ответа.

Явная критика – указание на конкретные недостатки, выявленные в аргументации проponentа.

По направленности явная критика может быть трех видов: деструктивная, конструктивная и смешанная.

**1. Деструктивная критика** – это критика, направленная на разрушение аргументативного процесса путем критики тезиса, аргументов или демонстрации.

1. **Критика тезиса** – весьма эффективная по разрушительной силе операция, цель которой – показать несостоятельность тезиса. Такая критика называется опровержением тезиса. Тезис расценивают как заведомо ложный, если проponent заранее знал об этом, но тем не менее отстаивал его, создавая

видимость аргументации. Ошибочным тезис будет в том случае, если проponent заблуждался относительно действительного логического статуса своего утверждения.

**2. Критика аргументов.** Поскольку аргументация – это обоснование тезиса с помощью ранее установленных положений, то следует пользоваться доводами, истинность которых не вызывает сомнений. Такая критика показывает необоснованность его тезиса. Сомнения в правильности доводов переносятся и на тезис, который логически следует из аргументов и тоже расценивается как сомнительный, в случае установления ложности аргументов тезис безоговорочно считается необоснованным и нуждается в новом, самостоятельном подтверждении.

**3. Критика демонстрации** – третий способ деструктивной критики. В этом случае показывают, что в рассуждениях проponentа нет логической связи между аргументами и тезисом.

Указанные способы критики применяются не только в качестве самостоятельных операций, но и в различных сочетаниях.

По своей познавательной функции деструктивная критика служит действенным средством выявления недостатков в рассуждениях проponentов. В одном случае это ложный или ошибочный тезис, в другом – неубедительно или неверно подобранные аргументы, в третьем – неряшливая либо специально запутанная демонстрация.

**2. Конструктивная критика** – это обоснование опponentом собственного тезиса с целью опровержения альтернативного утверждения проponentа.

В случае конструктивного подхода опponent не занимается деталями – отдельными аргументами, слабыми местами и неточностями в рассуждении проponentа.

Стратегия конструктивной критики: четко и развернуто представить тезис своего выступления, показать, что этот тезис не просто отличается от утверждений проponentа, а противоречит ему как альтернативный; сосредоточить усилия на подборе аргументов в пользу выставленного тезиса, чтобы максимально воздействовать на проponentа и аудиторию.

Конструктивная ориентация в критике позволяет опponentу использовать тактику выбора: аудитории и экспертам предлагается самим сделать выбор из двух представленных предложений – тезиса проponentа и антитезиса опponentа. Такой подход отличается объективностью и корректностью в отношениях между субъектами аргументативного процесса.

**3. Смешанная критика** – это критика, сочетающая конструктивный и деструктивный подходы.

Рассмотренные виды критики успешно используются стороной защиты и стороной обвинения в судебном разбирательстве.

**Опровержение. Виды опровержения.** Опровержением называется логическая операция установления ложности или необоснованности положения, выдвинутого в качестве тезиса.

Цель опровержения – разрушение выдвинутого доказательства. Доказательство может существовать без опровержения, но опровержение само по себе не существует: нужно сначала что-то утверждать, что-то доказать – только тогда появляется материал для опровержения. Поскольку доказательство состоит из трех элементов, критика может быть направлена на каждый из них.

Опровержение тезиса заключается в показе его ложности.

В случае прямого опровержения условно допускают, что выдвинутый тезис истинен. Затем выводят из него следствия и сравнивают их с установленными положениями, фактами или другими утверждениями защитника тезиса. Если обнаруживают противоречие между выведенными следствиями и известными истинными утверждениями, то заключают, что эти следствия ложны. Следовательно, и тот тезис, из которого они получены, также должен быть признан ложным. Такой способ опровержения тезиса называют «сведением к абсурду».

При косвенном опровержении обосновывают собственный тезис, который формулируют как противоречащий доказываемому тезису. Если доказательство оказывается удачным, то это свидетельствует о ложности тезиса противника как утверждения, противоречащего доказанному истинному утверждению.

Опровержение демонстрации заключается в показе того, что тезис не следует из приведенных аргументов, что в выводе допущена логическая ошибка. Если это удастся, то тем самым дискредитируется все доказательство.

Наконец, третий способ опровержения доказательства заключается в критике аргументов: показав ложность или необоснованность доводов противника, делают вывод о том, что тезис не доказан.

Следует иметь в виду, что обнаружение ошибок в демонстрации или разоблачение ложности одного из аргументов хотя и разрушает доказательство, но отнюдь не свидетельствует о ложности выдвинутого тезиса. Тезис может быть истинным положением, просто оно не было доказано. Когда же опровержение демонстрации или аргумента выдают за опровержение тезиса, то есть за обоснование его ложности, то совершают ошибку «подмены тезиса», опровергнув одно, выдают это за опровержение совсем другого.

Рассмотренные виды опровержения успешно используются в уголовно-процессуальной деятельности.

Таким образом, теория аргументации имеет большое значение для процесса выдвижения и поддержания доказательств в рамках уголовно-процессуальной деятельности правоохранительных органов.

**В.И. Тарайко**

*Тарайко Валерий Иосифович – кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Северного (Арктического) федерального университета имени М.В. Ломоносова (г. Архангельск)*

### **Аргументация теории предупреждения экологических преступлений**

Учитывая весомую роль вопросов противодействия экологической преступности в деле обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, рассмотрение и разрешение проблем предупреждения экологической преступности требует разработки отдельной целостной теории.

О ней уже неоднократно говорили ученые, но не пришли к единому мнению о ее содержании. Так, по мнению Г.Ф. Хохрякова, в ее основу надо положить «самые прочные камни», то есть необходимо отобрать те средства и способы предупреждения, которые: во-первых, внутренне не противоречивы; во-вторых, отличаются от других; в-третьих, имеют длительную историю существования. К ним относятся закон, наказание, система уголовной юстиции в ее действии, некарательные средства воздействия, а также сознание в такой форме проявления, как правовое<sup>1</sup>. При этом, на наш взгляд, в этот перечень должна быть включена система административного производства и воздействия, выступающая в превентивной роли от дальнейшего нарушения, в том числе уголовного законодательства. Также, говоря о сознании и отношении личности к совершению или совершаемым экологическим преступлениям, важно указывать на нравственно-правовое сознание, ведь данный вид преступлений, их предупреждение, требует проникновения в умы и сердца людей, чтобы сберечь нашу планету для будущих поколений.

Кроме того, при построении и аргументации теории предупреждения экологической преступности следует помнить, что «любая практическая деятельность, направленная на повышение эффективности средств воздействия на экологическую сферу, на сокращение экологических правонарушений невозможна без проведения систематической и глубокой научной проработки всего комплекса проблем, от решения которых зависит применение неблагоприятных тенденций в данной сфере, без объективного анализа состояния преступности в сфере экологии, изучения достаточно подвижных механизмов ее экономической обусловленности, определения стратегии и тактики использования всех средств и методов предупреждения»<sup>2</sup>.

Особого внимания в этой сфере заслуживает исследование, проведенное Е.Г. Клетневой, посвященное вопросам детерминации и предупреждения экологической преступности. На его страницах автор выделяет основные принципы построения теории предупреждения экологической преступности:

1. Единство межотраслевого понятийного аппарата (особенно в отношении категорий «преступность», «причины преступности», «предупреждение преступности»).
2. Синтез криминологических и экологических знаний.
3. Преемственность исторического криминологического опыта.
4. Принцип экологического реализма.
5. Соответствие общесоциальных и специально-криминологических мер предупреждения экологической преступности общей концепции устойчивого развития мирового сообщества<sup>3</sup>.

В отношении их содержания следует остановиться на некоторых аспектах. Так, представляется, что на сегодняшний день различные отрасли науки, особенно юридической, действительно занимаются «перетягиванием одеяла» и утверждением собственной значимости за счет введения новой терминологии и наполнения новым содержанием уже имеющихся понятий, в том числе разработанных учеными других отраслей наук. На наш взгляд, касаясь предмета настоящего исследования, наиболее приемлемо говорить о правоохранительной деятельности в отношении преступлений и преступни-

---

<sup>1</sup> См.: Хохряков Г.Ф. Криминология. – М., 2002. – С. 445.

<sup>2</sup> См.: Ведерникова О.Н. Основные криминологические системы современности (сравнительный анализ) // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 37–40.

<sup>3</sup> См.: Клетнева Е.Г. Экологическая преступность в Российской Федерации: понятие, причины, условия и предупреждение: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 123–140.

ков, как о противодействии преступности, исключив из оборота термины «борьба с преступностью»<sup>1</sup>, «контроль над преступностью»<sup>2</sup>, «выдавливание преступности»<sup>3</sup>, которые нередко используются в криминологической литературе, но не являются полноценными и сущностно раскрывающими эту деятельность.

Конечно, за этими позициями скрываются разные взгляды на возможность (или невозможность) принципиального устранения преступности из жизни общества<sup>4</sup>. Но в данном случае следует поддержать один из тезисов, выдвинутый в криминологической литературе, о том, что, рассматривая понятия «профилактика», «предотвращение», «пресечение» и «предупреждение», как собственно и понятия «борьба с преступностью», «контроль над преступностью», «выдавливание преступности», «противодействие преступности», надо ориентироваться не только на тексты словарей русского языка, этимологию содержащихся в нем понятий, сколько на правоприменительную практику, реальную деятельность правоохранительных органов и иных субъектов предупреждения преступности, субъектов раскрытия преступлений, расследования и рассмотрения уголовных дел в суде, а также на соответствующий нормативный правовой материал.

Термин «противодействие преступности» включает в себя все содержание, которое необходимо для определения основных направлений деятельности правоохранительных органов в рассматриваемой сфере, и, прежде всего, предупреждение, раскрытие и расследование преступлений, а также производство по уголовным делам в суде и исполнение приговора, направленное на применение наказания и возмещения вреда, причиненного преступлением.

Вполне возможно в этом отношении разделить точку зрения Е.Г. Клетневой о том, что наряду с указанным нами термином можно использовать в научном обороте термины «стратегия» и «тактика»<sup>5</sup>. Стратегия предполагает наличие общей концепции, определение не только ближайших, но и отдаленных целей и способов их достижения, разнообразных мер, пригодных для применения в различных условиях. Исторически этот термин используется в военном лексиконе, но имеет более широкое значение. Стратегия – искусство руководства общественной или политической борьбой. Криминологи всегда писали, что стратегически важен примат предупредительных мер – воздействие на причины и условия преступности. Именно это препятствует массовому воспроизводству фактов преступного поведения<sup>6</sup>. В рамках стратегии разрабатывается тактика предупреждения преступности. Тактика представляет собой часть стратегии, это совокупность средств и приемов для достижения намеченной цели.

В свою очередь, важно определиться с термином «предупреждение преступности».

Конечно, первоначально необходимо отметить, что предупреждение является составляющей противодействия преступности и в целом представляет собой «целенаправленное воздействие государства, общества, физических и юридических лиц на процессы детерминации и причинности преступности в целях недопущения вовлечения в преступность новых лиц, совершения новых криминальных деяний, расширения криминализации общественных отношений»<sup>7</sup> или «деятельность государственных и общественных органов и организаций, направленная против преступности с целью удержания ее на социально терпимом уровне посредством устранения или нейтрализации порождающих ее причин»<sup>8</sup>.

Ряд авторов рассматривают термины «предупреждение», «профилактика» и «превенция» как синонимы<sup>9</sup>. Другие полагают, что «профилактика», «предотвращение», «пресечение» и «предупреждение» не могут быть тождественны друг другу, а соотносятся как вид с родом, отмечая, что в самом деле, термины «предупреждение», «профилактика», «предотвращение» (преступности, преступлений) применимы как взаимозаменяющие, но не без детализации соответствующих понятий, ведь отожде-

<sup>1</sup> См.: Коробеев А.И. Уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы / А.И. Коробеев, А.В. Усс, Ю.В. Голик. – Красноярск, 1991. – С. 7; Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2007. – С. 380–415.

<sup>2</sup> См.: Шестаков Д.А. Об управлении преступностью // Проблемы совершенствования использования уголовных наказаний / Под ред. А.И. Васильева. – Рязань, 1992. – С. 12–13; Забрянский Г.И. Социология преступности не совершенлетних. – Минск, 1997. – С. 90; Соловьев В.С. Сочинения: В 2 т. – М., 1990. – Т. 1. – С. 386–387.

<sup>3</sup> См.: Овчинский С.С. Оперативно-розыскная информация. – М., 2000. – С. 367; Овчинский А.С. Интрузивно-системная преступность как один из основных факторов финансово-экономических кризисов и социально-политической нестабильности в России // Организованная преступность в России: философский и социально-политические аспекты. – М., 1999. – С. 195–219; Водько Н.П. Уголовно-правовая борьба с организованной преступностью. – М., 2000; Лунеев В.В. Институциональная организованная преступность // Организованная преступность в России: философский и социально-политические аспекты. – М., 1999. – С. 57–67.

<sup>4</sup> См.: Хохряков Г.Ф. Криминология. – М., 2002. – С. 413.

<sup>5</sup> См.: Клетнева Е.Г. Экологическая преступность в Российской Федерации: понятие, причины, условия и предупреждение: Дис... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 127.

<sup>6</sup> См.: Криминология / Под ред. А.И. Долговой. – М., 2002. – С. 418.

<sup>7</sup> Криминология / Под ред. А.И. Долговой. – М., 2001. – С. 431–432.

<sup>8</sup> Криминология / Под ред. В.Н. Бурлакова, Н.М. Кропачева. – СПб., 2003. – С. 179.

<sup>9</sup> См., например: Криминология: Учебное пособие / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой. – М., 1994. – С. 56; Криминология / Под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова, С.В. Степашина. – СПб., 1999. – С. 235.

ствление указанных терминов не позволяет понять всей сложности и специфики различных направлений противодействия преступности, сущности каждого из направлений, ибо упрощает и огрубляет смысл конкретизации различных в своей основе видов деятельности<sup>1</sup>.

С наших позиций, основанных на результатах проведенного теоретико-методологического исследования и изучения правоприменительной практики, противодействие преступности и предупреждение преступности представляет собой многоуровневую деятельность и включает профилактику преступности, предотвращение и пресечение преступлений. По мнению отдельных ученых, главное отличие профилактики, предотвращения и пресечения состоит «в их временной дистанции от совершения преступлений и в степени интенсивности, динамичности»<sup>2</sup>. Однако, на наш взгляд, принципиально важно, разграничивая данные понятия, при рассмотрении профилактики изучать вопросы общесоциальных мер предупреждения преступности, а при изучении специально-криминологических мер предупреждения преступлений говорить о предотвращении и пресечении преступлений.

Здесь же требуется акцентировать внимание на том, что указанные выше соображения для их полноценного усвоения теорией и правоприменительной практикой должны быть закреплены в законодательстве. Так, в настоящее время, процесс предупреждения преступности не имеет самостоятельной правовой базы. Существующие правовые нормы разбросаны по различным отраслям законодательства и зачастую не согласованы между собой. По нашему мнению, давно назрела необходимость в кодификации законодательства о предупреждении преступности либо в виде отдельного кодекса, либо федерального закона, где следовало бы предусмотреть правовую регламентацию всей системы предупреждения преступности: основания для проведения профилактической работы, средства и меры предупредительного воздействия, компетенцию субъектов, контроль за их деятельностью, обязательность криминологической экспертизы проектов решений органов власти и управления в области социально-экономической политики и т. д. Федеральной целевой программой по усилению борьбы с преступностью на 1999–2000 годы была даже предусмотрена разработка Федерального закона «Об основах государственной системы предупреждения преступлений». Но конкретных мер от исполнительной и законодательной власти не последовало.

Справедливо отмечает А.И. Алексеев, что предупреждение преступления – сложный, многоаспектный процесс, обладающий определенными характеристиками целостности, являющийся неким единством в различиях. Отсюда велико значение его комплексного рассмотрения, выделения составляющих элементов, их классификации по различным основаниям, интегративной оценки, то есть многого из того, что присуще системному анализу<sup>3</sup>.

Предупреждение преступности – это система мер, предпринимаемых государственными органами, общественными организациями, представителями власти и другими лицами, направленных на противодействие процессам детерминации преступности, имеющих целью ресоциализацию потенциальных преступников, предотвращение совершения новых преступлений<sup>4</sup>.

Все сказанное, полностью относится к экологической преступности, с особым указанием, как уже отмечалось выше, на вопросы нравственно-правового воспитания населения, на включенность не только государственных органов, но и общественных объединений и организаций, всего населения в процесс предупреждения экологической преступности, устранения и нейтрализации причин и условий экологического кризиса, предотвращения экологической катастрофы, а также конкретных экологических преступлений.

Современные проблемы правоприменительной практики в области противодействия экологической преступности требуют также синтеза криминологических и экологических знаний, который позволит развиваться и уголовному праву и соответственно уголовному процессу, криминалистике, оперативно-розыскной деятельности.

При криминологическом подходе преступление рассматривается, во-первых, в контексте одновременно условий внешней для человека среды и характеристик самого человека; во-вторых, не как одномоментный акт, а как определенный процесс, развертывающийся в пространстве и времени<sup>5</sup>.

Необходимость применения такого криминологического подхода к экологической преступности, по мнению Б.Б. Тангиева, в настоящее время обусловлена тем, что масштабы человеческой деятельности уже не могут сосуществовать с благоприятной окружающей средой. Необходимо регулировать

<sup>1</sup> См.: Аванесов Г.А. Криминология. – М., 1984. – С. 336.

<sup>2</sup> Организация деятельности органов внутренних дел по предупреждению преступлений / Под ред. В.Д. Малкова, А.Ф. Токарева. – М., 2000. – С. 13.

<sup>3</sup> См.: Алексеев А.И. Криминология: Курс лекций. – М., 1998. – С. 180.

<sup>4</sup> См.: Курганов С.И. Криминология. – М., 2007. – С. 80; Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2007. – С. 435; Криминология: Учебник / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, В.В. Лунева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – С. 185.

<sup>5</sup> См.: Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой. – М., 2003. – С. 58.

взаимодействие человека и природы с целью предотвращения нанесения ей еще большего ущерба и, как следствие, сохранения человечества как вида<sup>1</sup>.

Поскольку экологические преступления относятся к той категории преступных посягательств, социальная опасность которых в целом не подтверждается официальными статистическими данными, то в рамках экокriminalологии может проводиться криминологический анализ всего разнообразия окружающей среды, экологических кризисных явлений, возросших противоречий человека и окружающей среды, причин совершения экопреступлений и масштабов хозяйственного воздействия на окружающую среду.

Накопленный опыт исследований по решению комплексных криминологических, уголовно-правовых проблем в области охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов, а также дальнейшая необходимость экологизировать правовые приоритеты России послужили научной основой формирования нового междисциплинарного направления криминологии – природопользования и охраны окружающей среды – экологической криминологии.

Экокriminalология, как новое научное направление, зарождается на стыке многих отраслей знания, образуя, своего рода экокriminalологический правовой комплекс, включающий и использующий методы и знания, накопленные, прежде всего, криминологией, уголовным правом, экологическим правом, социологией, биологией, психологией, философией, а также информатикой, медициной и другими науками, которые характеризуются определенной предметной и концептуальной целостностью, своими собственными исследовательскими средствами и подходами.

В настоящее время невозможно правильно решать проблемы экологической преступности и возрастающего рецидива по отдельным составам экологических преступлений на основе традиционных методов. Более того, использование устаревших методов для решения усложнившихся задач по предотвращению экологической катастрофы может привести к негативным последствиям и необратимым процессам, определяющим фактором которых является экологическая преступность с причинами и условиями, ее порождающими.

Начало XXI века уже показало всю остроту этих проблем и приоритетные направления, очевидные уже сейчас во всем мире, что подтверждается многими фактами и данными (техногенные катастрофы, разлив нефти в Мексиканском заливе и т. д.). Структурной особенностью решения этих проблем в развитии любого цивилизованного правового государства является их комплексность, которая может быть представлена в виде конгломерата, включающего в себя криминологию (со всеми составляющими уголовно-правового цикла), экологию и политику.

Дальнейшее устойчивое развитие российского общества в благоприятной окружающей среде практически невозможно без экологизации права, в том числе конституционного, поиска новых экологически безопасных технологий и последовательного создания, при необходимости усовершенствования социально-правовых и политических институтов, где основная доминанта будет облечена принципами экологичности и экологизации. В достижении искомых результатов значимую роль будут играть новые научные направления и разработки, которые будут носить не только теоретический, но и прикладной характер.

Исследование на стыке наук позволит нам создать твердую научно-методологическую основу теории противодействия экологической преступности. При этом важно сохранить преемственность исторического опыта. В советской криминологической доктрине была достаточно детально разработана теория предупреждения преступности, выделяющая несколько уровней предупреждения: общесоциальный и специально-криминологический (или индивидуальный). Сегодня существует потребность в четком балансе и комплексном применении мер общего и специального предупреждения; целесообразно отдавать предпочтение только тем или иным мерам, как это, к сожалению, ярко наблюдается на примере реформирования системы МВД России, когда за пробелы государственного управления, социально-экономического дисбаланса, имущественного расслоения и деформации населения отвечает рядовой сотрудник. Система предупредительных мер не должна ограничиваться какой-то одной сферой, особенно касаясь общей профилактики преступности. Участвовать в предупреждении экологической преступности, должно все общество: от государственных органов и общественных организаций – до каждого гражданина.

При этом, конечно, основой эффективного применения мер противодействия, в том числе предупреждения экологической преступности, является их теоретическое обоснование с созданием прочной правовой базы и разработкой методических рекомендаций правоприменителям.

На основании вышеизложенного можно сформулировать следующие выводы:

1. Разработка эффективного механизма противодействия экологической преступности требует комплексного исследования, всестороннего осмысления сущности, содержания, характерных признаков экологических преступлений, изучения государственной политики в сфере экологии и приро-

<sup>1</sup> См.: *Тангиев Б.Б.* Экологическая криминология и ее концепция противодействия экологической преступности // *Безопасность бизнеса.* – 2007. – № 3. – С. 44–48.

допользования, а также в сфере правоохранительной деятельности, и других вопросов. При этом важнейшее место среди них занимают проблемы предупреждения преступности.

2. Рассмотрение и разрешение проблем предупреждения экологической преступности требует разработки отдельной целостной теории, учитывая роль вопросов противодействия экологической преступности в деле обеспечения национальной безопасности Российской Федерации.

В ее основу должны быть положены: закон, наказание, система уголовной юстиции в ее действии, система административного производства и воздействия, выступающая в превентивной роли от дальнейшего нарушения, в том числе уголовного законодательства, некарательные средства воздействия, нравственно-правовое сознание (данный вид преступлений, их предупреждение, требует повышения правовой культуры, экологической культуры, чтобы сберечь планету для будущих поколений), а также систематическая и глубокая научная проработка с современных позиций развития мировой цивилизации, с учетом объективного анализа состояния преступности в сфере экологии всего комплекса практической деятельности, направленной на повышение эффективности средств воздействия на экологическую сферу, на сокращение экологических правонарушений.

3. Для единства межотраслевого понятийного аппарата, необходимого для теории предупреждения экологической преступности, определим:

– термин «противодействие преступности» включает в себя все содержание, которое необходимо для определения основных направлений деятельности правоохранительных органов в рассматриваемой сфере, и, прежде всего, предупреждение, раскрытие и расследование преступлений, а также производство по уголовным делам в суде и исполнение приговора, направленное на применение наказания и возмещение вреда, причиненного преступлением;

– предупреждение преступности, как и противодействие ей, представляет собой многоуровневую деятельность и включает в себя профилактику преступности, предотвращение и пресечение преступлений. С наших позиций, основанных на результатах проведенного теоретико-методологического исследования и изучения правоприменительной практики противодействия преступности, важно, разграничивая данные понятия, при рассмотрении профилактики изучать вопросы общесоциальных мер предупреждения преступности, а при изучении специально-криминологических мер предупреждения преступлений – говорить о предотвращении и пресечении преступлений.

4. Современные проблемы правоприменительной практики в области противодействия экологической преступности требуют комплексного системного изучения механизма противодействия экологической преступности с учетом достижений наук экологического права, теории права и государства, уголовного права и криминологии, уголовного процесса и криминалистики, а также теории оперативно-розыскной деятельности и судебной экспертизы.

**А.В. Терновцов**

*Терновцов Александр Валерьевич – преподаватель кафедры теории государства и права Юго-Западного государственного университета*

## **К вопросу об аргументации юридической отсрочки по российскому законодательству**

В современной России во многих сферах социальной инфраструктуры открываются возможности использования богатого арсенала технико-юридических средств регулирования общественных отношений, легального воздействия на их направленность и динамику. Среди весьма распространенных и высокоэффективных правовых инструментов, оказывающих реальное действенное управленческое, правовое и морально-психологическое воздействие на ход социального развития, выступает юридическая отсрочка.

Между тем аргументация введения юридической отсрочки является фактически не исследованным явлением современной правовой действительности. Будучи значимым звеном понятийного арсенала российского права, отсрочка пронизывает многие предметные области правотворческого и правоприменительного процессов. На первый взгляд, обоснование использования данного компонента механизма правового регулирования представляются не слишком сложными в мировоззренческом осмыслении, а потому не требует детального законодательного обеспечения. Однако при таком подходе многие важнейшие стороны функциональной ценности юридической отсрочки остаются «в тени» и, как следствие, сам феномен из разряда законных, правомерных средств вполне может трансформироваться в антисоциальное, порой коррупционное средство, позволяющее злоупотреблять правом, как рядовым гражданам, так и должностным лицам.

Юридическая отсрочка как особый вид деятельности государства должен иметь строго определенные, законно установленные границы и уровни обеспечения, обрести прочные контуры среди полномочий органов государства и должностных лиц. Однако нередко таковые носят дискреционный характер. Например, статья 31.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ<sup>1</sup> закрепила полномочие по реализации отсрочки: «При наличии обстоятельств, вследствие которых исполнение постановления о назначении административного наказания в виде административного ареста, лишения специального права или в виде административного штрафа невозможно в установленные сроки, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, могут отсрочить исполнение постановления на срок до одного месяца».

Юридическая отсрочка – комплексный общеправовой институт, требующий четкой фиксации оснований ее использования в системе российского права и должного научно-методологического освещения.

В современном российском законодательстве юридическая отсрочка предстает в качестве предоставляемой либо устанавливаемой уполномоченным органом или должностным лицом возможности исполнения определенным субъектом своей обязанности или реализации права в более поздний срок. Часть 1 статьи 64 Налогового кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ<sup>2</sup> закрепила, что «Отсрочка или рассрочка по уплате налога представляет собой изменение срока уплаты налога при наличии оснований, предусмотренных настоящей главой, на срок, не превышающий один год, соответственно с единовременной или поэтапной уплатой суммы задолженности».

Отсрочка или рассрочка по уплате федеральных налогов в части, зачисляемой в федеральный бюджет, на срок более одного года, но не превышающий три года, может быть предоставлена по решению Правительства Российской Федерации.

В случае, предусмотренном статьей 64.1 настоящего Кодекса, отсрочка или рассрочка по уплате федеральных налогов на срок, не превышающий пять лет, может быть предоставлена по решению министра финансов Российской Федерации».

Имеются в российском законодательстве и примеры закрепления отдельных оснований введения юридической отсрочки. Так, часть 10 статьи 93.2 Бюджетного кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 года № 145-ФЗ<sup>3</sup> определяет, что «Под реструктуризацией обязательств (задолженности) по бюджетному кредиту понимается основанное на соглашении предоставление отсрочек, рассрочек исполнения обязательств, а также прекращение первоначального обязательства с заменой его другим обязательством между теми же лицами, предусматривающими иной предмет или способ исполнения».

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1. – Ч. 1. – Ст. 1.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3824.

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3823.



Аргументация юридической отсрочки нередко базируется на необходимости преодоления чрезвычайной (непреодолимой) политической либо правовой ситуации, исключающей возможность внесения оперативных изменений в действующий нормативный массив ввиду неопределенности дальнейшего развития событий. Подобная отсрочка предполагает «ожидание» наступления более благоприятных условий, когда станет возможным согласование, с одной стороны, государственных интересов, а с другой – общественной необходимости, потребности. Так, в соответствии со статьей 202 Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup> предусмотрены обстоятельства приостановления течения срока исковой давности: «1. Течение срока исковой давности приостанавливается:

1) если предъявлению иска препятствовало чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство (непреодолимая сила);

2) если истец или ответчик находится в составе Вооруженных сил РФ, переведенных на военное положение;

3) в силу установленной на основании закона Правительством Российской Федерации отсрочки исполнения обязательств (мораторий)».

Аргументом в пользу введения отсрочки выступает возможность более рациональной и оптимальной подготовки субъектов к реализации своих прав и обязанностей. Отсрочка введения в действие нормативного правового акта как особая разновидность технико-юридических приемов устранения формально-логических противоречий правовой сферы позволяет предотвратить или преодолеть юридические противоречия и коллизии. В конечном счете, это во многом предотвращает потребность во внесении в правовые акты многочисленных изменений и дополнений в будущем.

Действующее российское законодательство закрепляет многообразные основания отсрочки. Статья 398 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ<sup>2</sup> установила основания для отсрочки исполнения приговора: «1. Исполнение приговора об осуждении лица к обязательным работам, исправительным работам, ограничению свободы, аресту или лишению свободы может быть отсрочено судом на определенный срок при наличии одного из следующих оснований:

1) болезнь осужденного, препятствующая отбыванию наказания, – до его выздоровления;

2) беременность осужденной или наличие у нее малолетних детей, наличие у осужденного, являющегося единственным родителем, малолетних детей – до достижения младшим ребенком возраста четырнадцати лет, за исключением осужденных к ограничению свободы или лишению свободы на срок свыше пяти лет за тяжкие и особо тяжкие преступления против личности;

3) тяжкие последствия или угроза их возникновения для осужденного или его близких родственников, вызванные пожаром или иным стихийным бедствием, тяжелой болезнью или смертью единственного трудоспособного члена семьи, другими исключительными обстоятельствами, – на срок, установленный судом, но не более 6 месяцев».

Потребность в скрупулезной аргументации юридической отсрочки определяется и тем фактом, что таковая реализуется как в сфере публичного, так и областях частного права. В первом случае проявляется императивность оснований юридической отсрочки, их безоговорочность, жесткость условий и порядка реализации, что предполагает детальную законодательную проработку всех нюансов с целью предупреждения, как правило, должностных злоупотреблений (необоснованная отсрочка, привилегированная отсрочка).

В сфере частного права основания реализации отсрочки во многом носят субъективный, оценочный характер. Здесь юридическая отсрочка служит, в том числе, предпосылкой обретения определенных благ или устранения лишних обременений, желаемым результатом со стороны контрагентов. Соглашая таким образом свои действия с другими участниками отношений, субъекты-источники юридической отсрочки добиваются большей гибкости своих взаимосвязей.

Наличие детальной аргументации юридической отсрочки определяется ее глубокими переплетениями со многими смежными правовыми феноменами. Совершенно очевидно, например, что юридическая отсрочка тесно переплетается с юридической ответственностью.

В этой связи принципиально важно для повышения эффективности реализации юридической отсрочки законодательно зафиксировать круг ее субъектов и адресатов, уточнить характер взаимодействия с иными юридическими и неюридическими явлениями, раскрыть технико-юридические формы реализации. Весь механизм юридической отсрочки должен обрести четкие законодательные очертания. Недопустимым представляется «самовольная» (в порядке властной инициативы) реализация данного инструментария. Подобное деяние должно квалифицироваться не иначе как должностное злоупотребление с привлечением должностных лиц к юридической ответственности.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 52. – Ч. I. – Ст. 4921.

С.С. Тихонова

Тихонова Светлана Сергеевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права юридического факультета Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского

## Аргументация в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации: влияние на авторитет делегированного толкования уголовного закона

Делегированным (легальным, разрешенным) толкованием закона именуется правоинтерпретационная деятельность уполномоченных субъектов, осуществляемая в специальной процессуальной форме и направленная на вынесение решений, закрепляемых в интерпретационных актах. Интерпретационные акты, имеющие статус официальных документов, обязательных для использования адресатами, выполняют информационную функцию, так как переводят положения действующего законодательства на понятный адресатам язык высказываний, приближенных к практическим ситуациям, формируя правовоположения («прообразы юридических норм»<sup>1</sup>) – нормативные положения, характеризующиеся большей степенью конкретности по сравнению с толкуемой правовой нормой<sup>2</sup>. Основная цель делегированного толкования – обеспечение единообразного понимания содержания норм права и достижение их одинакового применения на территории Российской Федерации.

Делегированное толкование уголовного закона осуществляют в Российской Федерации специально уполномоченные на это высшие судебные органы – Конституционный Суд РФ (согласно ст. 125 Конституции РФ) и Верховный Суд РФ (согласно ст. 126 Конституции РФ). Правовая позиция Верховного Суда РФ по вопросам содержания уголовного закона вырабатывается на заседаниях Пленума Верховного Суда РФ. Интерпретационный акт, содержащий руководящие разъяснения уголовного закона, имеет форму *постановления* и принимается в рамках специальной законодательно закрепленной процедуры: открытым голосованием большинством голосов членов Пленума Верховного Суда РФ (ч. 3 ст. 60 действующего Закона РСФСР «О судостроительстве РСФСР» от 8 июля 1981 года). Принятое постановление публикуется в Бюллетене Верховного Суда РФ. Опираясь на положения действующего Закона РСФСР «О судостроительстве РСФСР», следует сказать, что разъяснения Пленума Верховного Суда РФ имеют обязательную силу для органов и должностных лиц, применяющих уголовный закон. Императивный характер разъяснений Пленума Верховного Суда РФ (*коллегиальных судебных правовых позиций*)<sup>3</sup> отражается в самих постановлениях, пестрящих формулировками: «судам надлежит», «следует понимать» и т. п. «Подобные разъяснения обладают государственной обязательностью, авторитетом высшего судебного органа и оказывают непосредственное регулирующее воздействие на всю судебную практику. Их несоблюдение влечет отмену судебных актов, вынесенных без учета положений, содержащихся в руководящих разъяснениях»<sup>4</sup>. Как отмечает А.В. Мадьярова, авторитет мнения Верховного Суда РФ обеспечивается в организационном плане через механизм кассационного и надзорного пересмотра решений нижестоящих судов вышестоящими, среди которых высшим, имеющим право «последнего слова» в споре является именно Верховный Суд РФ. Это и порождает «психологическую зависимость» судей от мнения Верховного Суда РФ.

В Проекте Федерального закона «О нормативных правовых актах Российской Федерации» (ст. 81 в редакции второго чтения в 1999 году) и в проекте Федерального конституционного закона «О Верховном Суде РФ» 2000 года (ст. 17) также специально оговаривается, что *разъяснения Верховного Суда РФ являются обязательными для судов на территории Российской Федерации*. В то же время в Концепции судебной реформы в Российской Федерации говорилось о необходимости развивать внутреннюю свободу судей, критиковалась их склонность при обнаружении неясностей в законе руководствоваться разъяснениями руководящих органов<sup>5</sup>. «Нижестоящий судья должен иметь право на самостоятельное толкование закона, если его внутреннее убеждение не согласуется с разъяснением

<sup>1</sup> Власенко Н.А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. – 2009. – № 12.

<sup>2</sup> См.: Общая теория права: Курс лекций / Отв. ред. В.К. Бабаев. – Н. Новгород, 1993. – С. 382.

<sup>3</sup> См.: Власенко Н.А. Судебные правовые позиции (основы теории) / Н.А. Власенко, А.В. Гринева. – М., 2009. – С. 52, 89.

<sup>4</sup> Общая теория права: Курс лекций / Отв. ред. В.К. Бабаев. – Н. Новгород, 1993. – С. 381.

<sup>5</sup> Концепция судебной реформы в Российской Федерации. – М., 1992. – С. 12, 25.

высшего суда»<sup>1</sup>. В развитие данной концепции А.В. Мадьяровой разработано предложение о дополнении Общей части УК РФ специальной главой 2<sup>1</sup> «Толкование уголовного закона». Одна из статей данной главы предположительно должна именоваться «Толкование уголовного закона в разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики». В самом тексте данной статьи предлагается указать, что «толкование положений настоящего Кодекса, данное в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации, не является обязательным для судов, иных органов и должностных лиц, применяющих Кодекс, и учитывается при уяснении его положений исходя из внутреннего убеждения лица, применяющего закон». Подобные инновационные предложения направлены на повышение статуса *профессионального* толкования уголовного закона (как административного, так и судебного), представляющего собой необходимый элемент деятельности по применению уголовно-правовых предписаний и осуществляемого либо непосредственно в процессе правоприменения либо в порядке обобщения юридической практики с целью обслуживания правоприменительных процессов<sup>2</sup>. Среди стран – членов СНГ рекомендательный характер разъяснений высшей судебной инстанции страны законодательно закреплен в Республике Молдова (Закон Республики Молдова «О Высшей судебной палате» от 26 марта 1996 года № 789). Однако целесообразность подобных нововведений в России вызывает большие сомнения. Несмотря на то, что анализ праворазъяснительной деятельности Пленума Верховного Суда РФ показывает наличие в принимаемых им постановлениях спорных положений, дезориентирующих как ученую общественность, так и правоприменителя<sup>3</sup>, утрата единообразного понимания содержания уголовно-правовых предписаний, **исключение координирующей функции Пленума Верховного Суда РФ неизбежно скажется на утрате единообразия в применении уголовного законодательства на территории Российской Федерации.**

В этой связи, как представляется, речь должна идти не об отмене императивности толкования уголовного закона Пленумом Верховного Суда РФ, а о повышении убедительности суждений высшей судебной инстанции, исключении у научных и практических работников сомнений в целесообразности расширения или экономии уголовной репрессии за счет избранного Пленумом Верховного Суда РФ способа толкования. Действительно, реализация государственно-властной воли при осуществлении делегированного толкования не может основываться только на принуждении. И степень доверия к правильности интерпретации уголовного закона Пленумом Верховного Суда РФ во многом определяется тем, насколько оно убедительно, а значит – обосновано.

Именно убеждение – предмет юридической аргументации, представляющей собой особую интеллектуальную деятельность, которая лежит в основании рационального познания<sup>4</sup>. Не случайно по результатам социологического опроса, проведенного А. В. Мадьяровой, около 95% опрошенных выступает за снабжение постановлений Пленума Верховного Суда РФ объяснениями по поводу сделанных им выводов.

Потребность в разъяснении уголовного закона Пленумом Верховного Суда РФ возникает в связи с вскрывающейся в процессе осуществления правосудия судами Российской Федерации неясностью его положений (двусмысленность, неконкретность, противоречивость), порождающей расхождение в судебной практике, а следовательно, и правовую нестабильность. При этом Пленум Верховного Суда РФ может избрать в издаваемых им руководящих разъяснениях уголовного закона вариант правоинтерпретации, поддерживаемый наименьшим количеством судов («власть закрепляет за текстом один из смыслов в качестве истинного»<sup>5</sup>). Поэтому несмотря на то, что информационно-аналитической базой формирования правовой позиции Пленума Верховного Суда РФ служит обобщение российской судебной практики (в том числе периодические (квартальные, годовые) обзоры кассационной и надзорной практики самого Верховного Суда РФ и его коллегий), а также анализ судебной статистики, неверно рассматривать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ в качестве одной из форм обобщения практики.

В целях оперативного выхода из ситуации вскрытой объективной смысловой неоднозначности уголовного закона без ущерба для процесса правоприменения в правовой доктрине каждой страны мира определяется ведущий принцип толкования уголовного закона правоприменителем. Во многих странах это унаследованный от римских юристов *принцип строгого толкования (strict construction)* уголовного закона – против государства, в пользу свободы индивида, в направлении наименьшей уголовной репрессии<sup>6</sup>. «Принцип строгого толкования соотносится с нормой контрактного права,

<sup>1</sup> Карпов Д.В. Конституционно-правовые основания актов судебной власти: технико-юридический аспект // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. – Н. Новгород, 2000. – С. 483.

<sup>2</sup> См.: *Вопленко Н.Н.* О понятии и функциях правотворческого толкования // Правовая политика и правовая жизнь. – 2003. – № 1. – С. 73.

<sup>3</sup> См.: *Голубева М.Л.* Судебная ошибка: теоретико-прикладной анализ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2009. – С. 10, 27.

<sup>4</sup> См.: Теория и практика аргументации. – М., 2001. – С. 3.

<sup>5</sup> *Александров А.С.* Юридическая техника – судебная лингвистика – грамматика права // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. – Н. Новгород, 2000. – С. 105.

<sup>6</sup> См.: *Козочкин И.Д.* Роль судебной практики в регулировании уголовно-правовых отношений в США // Справедливость и право. – Свердловск, 1989. – С. 87.

согласно которой при двусмысленном понимании решение принимается против той стороны, которая писала контракт. Уголовные и налоговые законы пишет государство, поэтому оно и проигрывает во всех случаях наличия двусмысленности»<sup>1</sup>. Следует отметить, что принцип строгого толкования нашел законодательное закрепление и в ч. 2 ст. 3 УК Республики Беларусь: «нормы Кодекса подлежат строгому толкованию». В отечественной уголовно-правовой науке также разработано предложение о дополнении Общей части УК РФ специальной главой 2<sup>1</sup> «Толкование уголовного закона», в статьях которой пояснялись бы условия и порядок реализации принципа строгого толкования при интерпретации уголовного закона<sup>2</sup>. Однако в настоящее время на официальном уровне в Российской Федерации подобное предписание отсутствует, и ведущим принципом толкования уголовного закона остается принцип *целесообразности расширения или экономии уголовной репрессии*. Но целесообразность относительна (не является абсолютной в смысле полного совершенства), имеет исторический характер (связана с конкретными условиями, от которых зависима)<sup>3</sup>. Таким образом, в России доминирует **динамическая доктрина толкования** – оно проводится «в соответствии с реалиями современных событий общественной жизни и меняющимися условиями функционирования государства и права»<sup>4</sup> по формуле: **новые условия – новый смысл закона**<sup>5</sup>.

Очевидно, что целесообразность расширения или, напротив, экономии уголовной репрессии за счет правоинтерпретации должна основываться на оценке криминальной ситуации в России. Объективность такой оценки в определенной степени гарантирует участие в заседании Пленума Верховного Суда РФ Генерального Прокурора РФ и Министра юстиции РФ, а также иных лиц по приглашению Председателя Верховного Суда РФ – представителей министерств, ведомств, научных учреждений, общественных организаций и т.д. Соответствующая оценка должна быть дана Пленумом Верховного Суда РФ перед началом процесса интерпретации уголовного закона и, желательно, текстуально отражена во вводной части его постановлений. Отражение оценки криминальной ситуации в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ позволит уяснить причины отступления от буквы уголовного закона в процессе его толкования, а также причины изменения позиции Верховного Суда РФ по одним и тем же вопросам с течением времени при неизменности самого уголовного закона.

Так, например, при разъяснении Пленумом Верховного Суда РФ юридического содержания встречающегося в различных статьях УК РФ квалифицирующего признака «с использованием служебного положения» в соответствующих постановлениях вопрос о том, требуется ли дополнительная квалификация содеянного по совокупности с должностными преступлениями или преступлениями, совершаемыми лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческой или иной организации, как правило, не затрагивался (п. 11 Постановления от 17 января 1997 года № 1 «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм», п. 23 Постановления от 18 ноября 2004 года № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем», п. 23 Постановления от 15 июня 2006 года № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», п. 27 постановления от 27 апреля 2007 года «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака», п. 24 Постановления от 27 декабря 2007 года № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», п. 10 Постановления от 28 июня 2011 года № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности», п. 17 Постановления от 9 февраля 2012 года № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности»). Подобное умолчание свидетельствует об отсутствии необходимости в квалификации содеянного по совокупности. В данном случае действует устойчивое универсальное правило квалификации «при конкуренции части и целого», согласно которому при конкуренции состава, охватывающего содеянное в целом, и норм, предусматривающих ответственность по совокупности (идеальной), приоритет имеет норма, устанавливающая ответственность за единое составное преступление.

Конечно, вместо умолчания целесообразнее было бы использовать прием текстуального подтверждения действия данного правила квалификации в конкретном случае. Так, например, в п. 10

<sup>1</sup> Davies J. Legislative Law and Process in a Nutshell // West Publishing Co., 1986. – P. 307.

<sup>2</sup> См.: Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. – СПб., 2002. – С. 371–373.

<sup>3</sup> См.: Горин А.Е. Соотношение принципов справедливости и целесообразности при реализации юридической ответственности // Юридическая наука, образование и практика: актуальные проблемы: Сборник научных статей. – Н. Новгород, 2009. – Вып. 3. – С. 97; Казакевич Т.А. Целесообразность и цель в общественном развитии. – Л., 1969. – С. 39.

<sup>4</sup> Лазарева В.А. Пределы (границы) официального нормативного толкования норм права // Правовая политика и правовая жизнь. – 2009. – № 1 (34). – С. 163.

<sup>5</sup> См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М., 1960. – С. 495.

Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 года № 14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения» при разъяснении юридического содержания квалифицирующего признака «с использованием служебного положения», предусмотренного ст. 256, 258, 260 УК РФ, было специально отмечено, что «содеянное следует квалифицировать только по указанным нормам об экологических преступлениях без совокупности со статьями, предусматривающими ответственность за должностные преступления, либо за злоупотребление полномочиями лицами, выполняющими функции в коммерческой или иной организации». Однако в п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2008 года № 8 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации)», при определении юридического содержания аналогичного по формулировке квалифицирующего признака «с использованием служебного положения», предусмотренного ч. 3 ст. 210 УК РФ, уже говорится о том, что «действия должностных лиц надлежит квалифицировать по совокупности преступлений, предусмотренных частью 3 статьи 210 УК РФ и соответствующими статьями Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации за совершенное конкретное преступление». Аналогичное разъяснение дается и в п. 23 пришедшего ему на смену постановления от 10 июня 2010 года № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)». И важно понять, чем объясняется подобное исключение из общего правила.

По всей видимости, повышенная общественная опасность деятельности высокоорганизованных групповых форм соучастия послужила основой изменения подхода Пленума Верховного Суда РФ к вменению стандартного квалифицирующего признака. Не случайно в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2008 года № 8 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации)» особо подчеркивалось, что «организованная преступность в ее различных проявлениях посягает на общественную опасность, жизнь и здоровье граждан, собственность, нарушает нормальное функционирование государственных, коммерческих и иных организаций и общественных объединений». Однако целесообразно было бы указать взаимосвязь оценки криминальной ситуации с избранным направлением интерпретации уголовного закона Пленумом Верховного Суда РФ.

Анализ руководящих разъяснений, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, свидетельствует о том, что в них встречаются все три вида толкования уголовного закона – буквальное, ограничительное и расширительное.

Известно, что *буквальное толкование* – это толкование в точном соответствии со словесными выражениями, использованными законодателем. Действительно, первым шагом в содержательном анализе любой правовой проблемы является обращение к тексту закона и попытка понять его, исходя из буквального смысла нормы<sup>1</sup>. Однако, несмотря на то, что «природа республиканского правления требует, чтобы судья не отступал от буквы закона»<sup>2</sup>, следует признать существование ситуаций, когда правильность буквального толкования крайне маловероятна. Поводом для отступления от буквального толкования может явиться сама *специфика юридического языка*<sup>3</sup>. Именно в таких ситуациях действует «золотое правило» толкования: *закон нужно применять так, чтобы избежать абсурдного решения*.

В этой связи весьма показательным примером является п. «Г» ч. 2 ст. 61 УК РФ предусмотрено такое смягчающее уголовное наказание обстоятельство, как наличие у виновного малолетних детей. Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 11 января 2008 года № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» совершенно справедливо ограничил условия учета данного обстоятельства. Согласно п. 8 указанного Постановления соответствующее смягчающее обстоятельство не подлежит учету в случае совершения виновным преступления в отношении своего ребенка. Благодаря примененному Пленумом Верховного Суда РФ ограничительному толкованию была исключена абсурдная ситуация смягчения ответственности субъекту за счет специфического статуса потерпевшего.

*Ограничительное толкование* (interpretatio restrictiva) – это толкование, получаемое путем мысленного добавления в интерпретируемое текстовое выражение новых признаков, отсутствующих в тексте, за счет чего достигается сужение объема данного выражения.

*Расширительное (распространительное) толкование* (interpretatio extensiva) – это толкование, получаемое путем мысленного исключения из интерпретируемого текстового выражения каких-либо признаков, наличествующих в тексте, за счет чего достигается увеличение объема данного выражения. Так, например, в выражении «совершение финансовых операций и иных сделок» (ч. 1 ст. 174 УК РФ «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами

<sup>1</sup> См.: *Соболева А.К.* Топическая юриспруденция. – М., 2002. – С. 86–133.

<sup>2</sup> *Марченко М.Н.* Проблемы теории государства и права: Учебник. – М., 2005. – С. 688.

<sup>3</sup> См.: *Эбзеев Б.С.* Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. – 1998. – № 5.

преступным путем», ч. 1 ст. 174<sup>1</sup> УК РФ «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления») использование законодателем союза «и» должно буквально толковаться как совершение виновным сделок и того и другого вида для наличия всех признаков состава преступления. Однако в п. 19 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 года № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» указывается, что «по смыслу закона ответственность по статье 174 УК РФ или по статье 174<sup>1</sup> УК РФ наступает и в тех случаях, когда виновным лицом совершена лишь одна финансовая операция или одна сделка с приобретенными преступным путем денежными средствами или имуществом». Таким образом, соединительное (конъюнктивное) уголовно-правовое предписание в процессе интерпретации Пленумом Верховного Суда РФ фактически трансформировано в разделительное (дизъюнктивное), чем расширена сфера применения ст. 174–174<sup>1</sup> УК РФ. Очевидно, решение об отступлении от «буквы» уголовного закона было принято Пленумом Верховного Суда РФ для того, чтобы не блокировать правоприменительный процесс в ожидании, пока избранная законодателем языковая форма, не соответствующая его действительной воле, будет изменена им самим. Но какой-либо мотивировки подобного решения, в том числе оценки криминальной ситуации, требующей немедленного выхода из созданного законодателем положения невозможности буквального толкования ст. 174–174<sup>1</sup> УК РФ, в самом тексте Постановления Пленума Верховного Суда РФ не наблюдается.

Примером расширительного толкования уголовного закона может служить и толкование термина «вымогательство» в п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе». Дефиниция юридического термина «вымогательство» дана непосредственно в ч. 1 ст. 163 УК РФ. Следовательно, согласно логическому закону тождества при последующем употреблении данного термина в статьях Особенной части УК РФ (ст. 226, 229, 290 УК РФ и т. д.) он должен употребляться все в том же значении. Однако в нарушение первого закона логики Пленум Верховного Суда РФ в процессе праворазъяснительной конкретизации (терминологической, понятийной) расширяет понятие вымогательства за счет отнесения к нему имущественного требования под угрозой совершения любых 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 интересов». О причинах подобного отступления от логических правил толкования уголовного закона можно догадываться: рост количественных показателей взяточничества и коммерческого подкупа влечет необходимость усиления ответственности, особенно в случаях использования психологических методов воздействия на третьих лиц в целях получения незаконного вознаграждения, и т. д. Но соответствующую зависимость необходимости усиления уголовной репрессии от существующей криминальной ситуации в стране целесообразнее было бы отразить текстуально в самом Постановлении Пленума Верховного Суда РФ.

Следует отметить, что в отечественной уголовно-правовой науке давно известно предложение о введении в УК РФ запрета на расширительное толкование уголовного закона<sup>1</sup>. Однако нельзя забывать, что расширительное толкование УК РФ далеко не всегда означает расширение тем самым уголовной репрессии. Возможен и противоположный результат.

Так, согласно ст. 62 УК РФ «Назначение наказания при наличии смягчающих обстоятельств» при наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктами «и» и (или) «к» ч. 1 ст. 61 УК РФ, и отсутствии отягчающих обстоятельств срок или размер наказания не могут превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ. Разъясняя вопрос о количестве смягчающих обстоятельств, необходимом для применения соответствующего правила назначения уголовного наказания, Пленум Верховного Суда РФ в п. 9 Постановления от 11 января 2008 года № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» указывает следующее: «По смыслу закона правила, изложенные в ст. 62 УК РФ, могут применяться судами при наличии хотя бы одного из перечисленных в пунктах «и» и (или) «к» части первой статьи 61 УК РФ смягчающих обстоятельств, если при этом отсутствуют или не признаны судом отягчающие наказание обстоятельства». Несмотря на употребление в ст. 62 УК РФ «Назначение наказания при наличии смягчающих обстоятельств» терминологического сочетания «смягчающее обстоятельство» во множественном числе, применение Пленумом Верховного Суда РФ принципа целесообразности при толковании УК РФ влечет расширение сферы применения интерпретируемого уголовно-правового предписания (кстати, аналогичный вопрос о количестве отягчающих обстоятельств, упоминающихся в соответствующем уголовно-правовом предписании, Пленумом Верховного Суда РФ обойден).

Примером расширительного толкования, влекущего повышение гуманизации правоприменительной практики, может служить и разъяснение Пленума Верховного Суда РФ относительно предельных

<sup>1</sup> См.: Кленова Т.В. Принципы уголовного права и принципы кодификации в уголовном праве // Государство и право. – 1997. – № 1. – С. 56.

сроков лишения свободы, назначаемого несовершеннолетним за совершение одного или нескольких преступлений. Согласно п. 21 Постановления от 11 января 2008 года № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» при назначении наказания в виде лишения свободы необходимо учитывать, что несовершеннолетним, совершившим тяжкие преступления в возрасте до 16 лет, независимо от времени постановления приговора, как за отдельное преступление указанной тяжести, так и по их совокупности может быть назначено наказание на срок не свыше шести лет. Как далее отмечается в постановлении «этой же категории осужденных, совершивших особо тяжкие преступления, а также иным несовершеннолетним, достигшим шестнадцатилетнего возраста, максимальный срок лишения свободы за одно или несколько преступлений, в том числе по совокупности приговоров, не может превышать десяти лет». Таким образом, Пленум Верховного Суда РФ расширяет сферу применения ч. 6 ст. 88 УК РФ, распространяя указанные в ней сроки лишения свободы на случаи совершения несовершеннолетними нескольких преступлений. Однако причины такого подхода, безусловно, основанные на оценке криминальной ситуации в России, на количественно-качественных показателях преступности несовершеннолетних, не указаны в данном Постановлении, что, как представляется, является недостатком.

Аналогичным недостатком обладало и Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 года № 7 «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних», в котором помимо прочего даны руководящие разъяснения относительно юридического содержания признаков составов вовлечения несовершеннолетнего в совершение преступления (ст. 150 УК РФ) или антиобщественных действий (ст. 151 УК РФ). В период действия УК РСФСР 1960 года, предусматривающего уголовную ответственность за аналогичные преступления, моментом окончания вовлечения признавалось начало фактического участия вовлеченного лица в общественно опасной деятельности. Официальное разъяснение на этот счет было представлено в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 3 декабря 1976 года № 16 «О практике применения судами законодательства по делам о преступлениях несовершеннолетних и о вовлечении их в преступную и иную антиобщественную деятельность»<sup>1</sup>. Вероятно, применив правила языкового толкования уголовного закона, высшая судебная инстанция страны пришла тогда к выводу о том, что употребляющееся законодателем отглагольное существительное «вовлечение» происходит от глагола совершенного вида «вовлечь», то есть «привлечь к участию в чем-нибудь»<sup>2</sup>, иными словами, означает деяние, доведенное до логического завершения. Однако в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 года № 7 «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних» уже отмечалось, что преступления, ответственность за которые предусмотрена ст. 150–151 УК РФ, считаются оконченными независимо от того, совершил ли несовершеннолетний какое-либо из противоправных действий.

По всей видимости, высшая судебная инстанция посчитала существительное «вовлечение» произошедшим от глагола несовершенного вида «вовлекать», который означает процесс совершения деяния, не доведенный до логического завершения. Таким образом, момент окончания вовлечения был перенесен на более раннюю стадию – начало процесса побуждения лица к общественно опасной деятельности, на действия взрослых, направленные на формирование у лиц, не достигших 18 лет, стремления и готовности совершать преступления или иные антиобщественные действия. О причинах такого кардинального пересмотра смыслового наполнения термина «вовлечение» высшей судебной инстанцией страны можно было только догадываться: рост преступности несовершеннолетних ставил задачи усиления ответственности взрослых за негативное влияние на психику подростков и т. д. Но целесообразнее было указать данные причины во вводной части соответствующего постановления.

Каковы же причины возврата в настоящее время к советской трактовке момента окончания вовлечения несовершеннолетних в совершение преступлений либо антиобщественных действий? В пункте 42 Постановления от 1 февраля 2011 года № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности несовершеннолетних» говорится о том, что «преступления, ответственность за которые предусмотрена статьями 150 и 152 УК РФ, являются оконченными с момента совершения несовершеннолетним преступления, приготовления к преступлению, покушения на преступление или после совершения хотя бы одного из антиобщественных действий, предусмотренных диспозицией части 1 статьи 151 УК РФ (систематическое употребление спиртных напитков, одурманивающих веществ, занятие бродяжничеством или попрошайничеством)». И мы опять вступаем в область догадок, поскольку не имеем ни одного аргумента относительно причин изменения позиции относительно момента окончания преступления от Пленума Верховного Суда РФ.

Представляется, что введение в постановления Пленума Верховного Суда РФ установочных положений, которые снимали бы вопросы представителей теории и практики применения уголовного

<sup>1</sup> См.: Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. – М., 1995. – С. 150.

<sup>2</sup> Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1994. – С. 85.

закона относительно причин отхода от ранее имевшей место позиции Пленума Верховного Суда РФ, может осуществляться одновременно с процессом сокращения в постановлениях количества повторов нормативно-правовых предписаний различной отраслевой принадлежности. Как правило, такой повтор оформляется в постановлениях вводной вставкой следующего типа: «обратить внимание судов на необходимость исполнения требований закона о...» (однако такая вставка может и отсутствовать). Так, п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 года № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» начинается словами «в соответствии с частью 1 статьи 34 Конституции Российской Федерации каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности». Пункт 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 января 2007 года № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» начинается словами «в соответствии со статьей 47 УК РФ лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью может назначаться в качестве основного либо дополнительного наказания». Далее по тексту данного постановления повторы уголовно-правовых предписаний наблюдаются в п. 5–6, 19, 28, 40 и 46. Подобные примеры встречающейся информационной избыточности можно продолжать и дальше.

Не следует считать насыщение постановлений Пленума Верховного Суда РФ информацией, непосредственно не относящейся к разъяснению содержания текста УК РФ, неоправданным. Действительно, большую часть постановления должны занимать *интерпретационные нормы* – особые подзаконные организационно-вспомогательные правила применения толкуемых нормативно-правовых предписаний, рассчитанные на неограниченное число случаев<sup>1</sup>. Однако безусловную пользу имеют и встречающиеся в постановлениях *рекомендации организационно-тактического характера*. Так, например, в п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2008 года № 8 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации)», посвященном анализу оснований освобождения от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 210 УК РФ, подчеркивается, что «в постановлении (определении) о прекращении уголовного дела следует указать, какие конкретные действия, способствовавшие раскрытию или пресечению преступления, были учтены судом». В пункте 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 года № 14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения» судам напоминается о том, что «в необходимых случаях в целях правильного разрешения вопросов, требующих специальных познаний в области экологии, по делу должны быть проведены соответствующие экспертизы с привлечением специалистов: экологов, санитарных врачей, зоологов, ихтиологов, охотоведов, почвоведов, лесоводов и других». В пункте 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 3 апреля 2008 года № 3 «О практике рассмотрения судами уголовных дел об уклонении от призыва на военную службу и от прохождения военной или альтернативной гражданской службы» перечисляются обстоятельства, свидетельствующие о намерении лица избежать возложения на него обязанности нести военную службу (неоднократные неявки без уважительных причин по повесткам военного комиссариата на мероприятия, связанные с призывом на военную службу, и т. д.). В пункте 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 года № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» перечисляются обстоятельства, свидетельствующие о направленности умысла виновного на причинение смерти потерпевшему (ранения жизненно важных органов и т. д.).

Что касается объема содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ *разъяснений уголовно-политического характера*, то он должен быть увеличен, а их содержание более конкретизировано. Так, довольно развернуто оценка криминальной ситуации в России дается во вводной части Постановления 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». Противодействие незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов рассматривается в нем в качестве важной проблемы национальной безопасности. Далее отмечаются сохраняющийся высокий уровень незаконного распространения наркотиков среди населения страны, особенно в детской и молодежной среде, активное вовлечение в сбыт наркотиков несовершеннолетних, женщин и безработных, увеличение в незаконном обороте доли высококонцентрированных и синтетических наркотических средств и психотропных веществ.

Следует еще раз подчеркнуть, что достижение основной цели делегированного толкования уголовного закона – обеспечение единообразного понимания его предписаний и достижения их одинакового

<sup>1</sup> Следует отметить существование в отечественной уголовно-правовой науке позиции, согласно которой акт, содержащий руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, не может рассматриваться в качестве акта нормативной правоинтерпретации. См.: *Панько К.К.* Методология и теория законодательной техники уголовного права России: Монография. – Воронеж, 2004. – С. 66.



применения на территории Российской Федерации – невозможно без повышения убедительности суждений высшей судебной инстанции. Ценность юридической аргументации, представленной в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, для науки и практики была бы бесспорна. При этом одним из возможных доказательств правильности правовых рассуждений, целесообразности расширения или экономии уголовной репрессии за счет избранного Пленумом Верховного Суда РФ способа толкования уголовного закона может являться оценка криминальной ситуации в России на момент принятия соответствующего постановления.

Дальнейшее же использование существующего подхода к изложению руководящих разъяснений уголовного закона в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ без какой-либо аргументации неизбежно повлечет увеличение недоверия к правильности его решений. Возможно и обвинение Пленума Верховного Суда РФ в осуществлении законотворческой деятельности, а значит – в превышении полномочий, предоставленных ч. 5 ст. 19 ФКЗ от 31 декабря 1996 года №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»<sup>1</sup>, предусматривающей, что Верховный Суд РФ лишь дает разъяснения по вопросам судебной практики, осуществляет правоинтерпретационную деятельность.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 1997. – № 1. – Ст. 1.

О.Д. Третьякова

*Третьякова Ольга Дмитриевна – кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Юридического института Владимирского государственного университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых*

## Некоторые аспекты аргументации юридической конвергенции отечественного и западноевропейского образования

Роль образования в современном обществе и государстве трудно переоценить. Эта система отношений находится под пристальным вниманием государства. Сегодня в России только на федеральном уровне регламентации данных отношений посвящено более 500 нормативно-правовых актов<sup>1</sup>. И, тем не менее, несмотря на повышенное внимание государства к сфере образования, в ней имеется немало проблем, многие из которых связаны с юридической конвергенцией (сближением) систем образования России и стран Европы. Важную роль в обеспечении направленности данных процессов играет аргументация необходимости сближения систем образования.

В свое время Д.А. Медведевым было декларировано, что российское образование, в том числе и юридическое, наряду с большими человеческими ресурсами, территорией, природными богатствами, является одной из фундаментальных составляющих суверенитета и самобытности России, позволяющих ей сохраняться в качестве государства, с которым принято считаться на международной арене. Богатство образовательного, научного, творческого достояния России дает ей видимые преимущества для создания конкурентоспособной, основанной на интеллекте и знаниях, экономики<sup>2</sup>.

Как видно из представленного текста, высшее должностное лицо в Российской Федерации указывал на качество и самодостаточность российского образования. В противоречие данной позиции выстраиваются обусловленные требованиями времени и политической необходимостью требования Совета Европы о конвергенции систем образования.

В связи с данным обстоятельством, для обоснования сближения систем образования, на мой взгляд, и была использована внедоказательственная теория юридической аргументации. Определяющее значение в разработке теории аргументации принадлежит ученым-логикам<sup>3</sup>. Отличие этой теории в сравнении с теорией доказательств в том, что важная роль в ней отводится и внелогическим основаниям построения моделей взаимосвязей явлений и отношений. Так, например, А.А. Ивин утверждает, что дихотомия «истина – ложь», важная для теории доказательств, не является основной ни в аргументации, ни, соответственно, в ее теории: «Аргументы могут приводиться не только в поддержку тезисов, представляющихся истинными, но и в поддержку заведомо ложных или неопределенных тезисов. Аргументированно могут отстаиваться не только добро и справедливость, но и то, что кажется или впоследствии окажется злом»<sup>4</sup>.

Теория аргументации имеет собственный, отличный от теории доказательств, предмет исследования. Теория доказательств взывает к мышлению и логике, постигающей истину со стороны ее формальной правильности. Теория аргументации имеет своим предметом убеждение. Следовательно, при аргументации совместно с логическими средствами применяются и другие формы убеждения, такие как: риторика, НЛП, устрашение и т. д. В связи с указанными обстоятельствами, будем опираться на классическое определение теории аргументации, как «комплексного учения о наиболее эффективных в коммуникативном процессе логических и внелогических методах и приемах убеждающего воздействия»<sup>5</sup>.

Представляется, что большинство коллизий при конвергенции систем образования России и Европы было снято с помощью теории аргументации, что в свою очередь породило целый комплекс производных проблем.

Применительно к странам Европы конвергенция права в сфере образования имеет межсистемный характер и осуществляется на сегодняшний день в парадигмальной форме.

<sup>1</sup> Данные получены автором на основании анализа базы данных нормативно-справочной системы «Консультант-Плюс» по состоянию на 1 апреля 2012 года.

<sup>2</sup> См.: Послание Федеральному Собранию РФ Президента России В.В. Путина // Российская газета. – 2007. – 27 апреля.

<sup>3</sup> См.: Ивин А.А. Теория аргументации. – М., 2000; Каверин Б.И. Логика и теории аргументации / Б.И. Каверин, И.В. Демидов. – М., 2005; Шипунова О.Д. Логика и теория аргументации. – М., 2005; Рузавин Г.И. Логические основы аргументации. – М., 2003; Перерва В.В. Логические основы аргументации. – М., 2004.

<sup>4</sup> Ивин А.А. Логика для юристов. – М., 2004. – С. 213.

<sup>5</sup> Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М., 2002. – С. 196.

Аргументация *парадигмальности* применительно к конвергенции права в сфере образования означает, что правовые системы сближаются на основе синтетической правовой аккультурации, причем чаще всего добровольного ее типа. В этом случае создается и берется за основу наднациональный правовой акт, обеспечивающий унификацию и высокое качество регулирования общественных отношений. Иными словами, правовая аккультурация – это один из способов «сближения» правовых систем, то есть вариант юридической конвергенции, на основании принципа подобия и следования *более совершенным образцам (парадигмам) регулирования* общественных отношений с помощью права (например, римское частное право, как одна из основных парадигм современной цивилистики отечественной и многих зарубежных правовых систем).

Основополагающий аргумент, лежащий в основе сближения отечественного права с правом Европы в вопросах регулирования сферы образования, это так называемая Болонская декларация.

Эта декларация была принята 19 июня 1999 года в Болонье. 19 сентября 2003 года в Берлине на встрече министров, курирующих высшее образование в 33 странах, было принято коммюнике, признающее Россию полноправным членом Болонского процесса среди сорока европейских государств.

Предложенная европейским сообществом парадигма сближения систем образования имеет неоднозначный характер как для России, так и для других европейских государств.

Например, в России, еще до принятия Болонского соглашения, в 1996 году наряду с традиционной подготовкой специалистов в Федеральном законе «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» было закреплено введение двухступенчатой системы обучения, обеспечивающей подготовку бакалавров и магистров. Несмотря на принятие данного Закона, параллельное существование новой для России системы образования и традиционной перевешивало «чашу предпочтения» у вузов, студентов и работодателей в пользу системы подготовки специалистов. После бурных дискуссий в 2007 году были внесены дополнения в Федеральные законы «Об образовании» и «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»<sup>1</sup>, согласно которым основные положения Болонской декларации вводятся в действие на территории Российской Федерации и подготовка специалистов практически прекращается (за небольшим исключением – в области медицинского, военного и ведомственного образования).

Думается, Болонский вариант опосредованной правом образовательной конвергенции, несмотря на сложности ее осуществления, представляет собой, с одной стороны, шаг России навстречу Европе с целью обретения союзников в конкурентном противостоянии мировой гегемонии США. По той же причине и страны Европы инициировали введение российской системы высшего образования в Болонский процесс. Планируемый результат данных реформ – повышение мобильности населения стран Европы для перехода от интеграции государств к реальной интеграции самих граждан. Этот процесс можно осуществить в два этапа. Первый этап – сближение уровней образования в различных государствах, создание общеевропейской системы образования с сочетаемыми национальными компонентами и направлениями подготовки, близкими сроками обучения и его качеством. Второй этап – корректировка законодательства, позволяющая выпускнику любого европейского вуза поступать на работу в любой стране Европы.

В России нововведения, связанные с присоединением к Болонскому процессу, осуществляются по нескольким направлениям.

Прежде всего, должно выдаваться разработанное ЕС общеевропейское приложение к диплому о высшем образовании. Это приложение должно автоматически и бесплатно предоставляться каждому студенту-выпускнику.

Кроме того, с целью совместимости с европейскими критериями следует скорректировать перечень специальностей и направлений подготовки студентов.

Необходимо ввести в России единый для всей Европы механизм освоения студентом содержания образования в виде Европейской системы перевода кредитов (ECTS). В России эту систему можно использовать на двух уровнях. Первый уровень – формальное введение зачетных единиц (кредитов). На этом этапе существующая система оценки трудоемкости освоения различных дисциплин в часах аудиторной нагрузки пересчитывается в зачетные единицы. В документах при таком применении ECTS трудоемкость может указываться как в часах, так и в зачетных единицах<sup>2</sup>.

Второй уровень в отличие от первого потребует существенных реформ. Его основой становятся не часы, а кредиты (зачетные единицы). Уже простая смена единиц измерения трудозатрат приводит к значительным изменениям.

<sup>1</sup> Федеральные законы «Об образовании» и «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в ред.: от 5 февраля 2007 года № 13-ФЗ, от 9 февраля 2007 года № 17-ФЗ, от 20 апреля 2007 года № 56-ФЗ, от 26 июня 2007 года № 118-ФЗ, от 30 июня 2007 года № 120-ФЗ, от 21 июля 2007 года № 194-ФЗ, от 18 октября 2007 года № 230-ФЗ, от 24 октября 2007 года № 232-ФЗ, от 1 декабря 2007 года № 307-ФЗ, от 1 декабря 2007 года № 308-ФЗ, от 1 декабря 2007 года № 309-ФЗ, от 1 декабря 2007 года № 313-ФЗ.

<sup>2</sup> См.: Письмо Минобрнауки России от 28 ноября 2002 года № 14-52-988 ин/13.

Значительно упрощается система учета деятельности преподавателей и студентов, порядок расчета заработной платы, стоимости обучения и т. д.

Вместе с тем, несмотря на имеющиеся позитивные моменты, сближение отечественного права с западными правовыми системами в вопросах регулирования образования помимо положительных моментов порождает и проблемы.

Во-первых, формальные показатели говорят о том, что сегодня преобразования в системе образования более важны для государств Западной Европы, нежели для России.

Во-вторых, европейские страны стремятся создать самую качественную систему образования в мире. Об этом заявлено в Болонской декларации. Однако пути повышения качества образования в ней не представлены.

В России борьба за качество образования – это аргумент конвергенции правовых систем и систем образования – в последнее время выходит на первое место. Так, едва вернувшись в Кремль, президент В.В. Путин подписал Указ «О мерах по реализации государственной политики в области образования и науки», в котором сказано, что правительству РФ нужно «обеспечить проведение до конца декабря 2012 года мониторинга деятельности государственных образовательных учреждений в целях оценки эффективности их работы, реорганизации неэффективных государственных образовательных учреждений, предусмотрев при реорганизации таких учреждений обеспечение права обучающихся на завершение обучения в других государственных образовательных учреждениях»<sup>1</sup>.

В целом государство выстраивает качественную аргументацию конвергенции систем образования, однако, при этом некоторые его представители аргументируют перестройку системы образования в «европейском ключе», от противного, от самого процесса, а не от качественного результата. Так, например, генеральный секретарь Российского союза ректоров Ольга Валентиновна Каширина в статье «Studio ergo sum» утверждает: «Подготовка специалистов не является самоцелью в современной социально-экономической реальности. Важно, прежде всего, какие условия для жизни общества создаются с помощью тех или иных социальных институтов. И задача вузов – формировать эти условия максимально приближенно к идеальным, как с помощью подготовки высококвалифицированных кадров, так и с помощью научно-внедренческой деятельности в рамках малых хозяйственных обществ»<sup>2</sup>.

Важной составляющей аргументации сближения систем образования является экономические факторы и перевод образования на самокупаемость и самофинансирование. С 1 июля 2012 года начинает в полном объеме действовать знаменитый уже Федеральный закон 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»<sup>3</sup>, который обеспечивает правовой механизм перевода на коммерческие рельсы всей социальной сферы, включая образование, здравоохранение и культуру. Власть преобразует большинство бюджетных учреждений в «автономные организации», финансирование которым будет выделяться регионами и муниципалитетами под определенный госзаказ.

В целом использование теории аргументации при конвергенции образовательных систем России и Западной Европы, как видим, дало свои плоды и, де-юре, конвергенция состоялась. Вместе с тем, хотелось бы обратить внимание на следующие факты.

Первое. По справедливому мнению некоторых аналитиков, сфера образования в последние годы стала полем самого настоящего сражения между сторонниками его реформирования и их противниками. Противники – профессионалы, родители, общественность; сторонники – главным образом чиновники и обслуживающие их интересы «исследовательские структуры» – продавливают «реформу», несмотря на широкие протесты. То, что делают с образованием в Российской Федерации – это разрушение, сознательное или по глупости, некомпетентности и непрофессионализму, но разрушение. Одной из линий противостояния «реформе» образования была и есть критика Закона об образовании, других нормативных актов, выявление их слабых мест, нестыковок и т. д.<sup>4</sup>

Второе. Уровень вузовской автономии в европейских странах значительно выше, чем в России, что на практике может породить коллизии в правовом обеспечении реформ.

Третье. Для адекватной конвергенции образования, образовательные стандарты должны носить глобальный характер и отвечать тенденциям конвергенции правовых систем в общемировом масштабе. Положения Болонской декларации не в полной мере отвечают общемировым тенденциям развития образования. Фактически Европа «плетется в хвосте Америки», пытаясь ее догнать и под нее подстроиться. Не разработана единая методика преподавания. Не разработаны единые критерии качества образования.

<sup>1</sup> <http://kremlin.ru/acts/15236>

<sup>2</sup> [http://www.ng.ru/ideas/2012-05-16/7\\_study.html](http://www.ng.ru/ideas/2012-05-16/7_study.html)

<sup>3</sup> Российская газета. – 2010. – 12 мая.

<sup>4</sup> Фурсов А. «Реформа» образования и ее подоплека // [http://www.ng.ru/ideas/2012-06-03\\_study.html](http://www.ng.ru/ideas/2012-06-03_study.html)

Четвертое. Существующая недоказательная аргументация конвергенции образования в большей степени направлена на реализацию внутриевропейских проблем: получение Западной Европой дешевой высококвалифицированной рабочей силы, поддержка собственных вузов за счет увеличения числа обучаемых из Восточной Европы и т. д.

Пятое. Как показывает практика последних лет, отказ от существовавшего строгого административного контроля за преподаванием порождает хаос и противоречивость в формах, методах, содержании преподаваемых дисциплин.

Шестое. Экономическая аргументация сближения систем образования и перевод образования в разряд «услуги» не только не способствует улучшению качества образования, а скорее наоборот, его снижает и является стимулом для развития коррупции в сфере образования.

Седьмое. Отечественное юридическое образование преимущественно сориентировано на решение внутренних проблем государства, подготовку юристов, работающих внутри страны. Объем юридического материала не позволит готовить грамотных юристов, одинаково хорошо разбирающихся в отечественном, зарубежном и международном законодательстве.

Как видим, к сожалению, юридическая конвергенция систем образования России и Западной Европы не вполне отвечает общемировым тенденциям и национальным интересам России и не во всем позитивна для системы образования в целом и подготовки юристов в частности.

**Н.А. Трусов**

*Трусов Николай Александрович – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и международного права Нижегородской академии МВД России*

### **Роль аргументации в критике содержания права**

Действующее право далеко не всегда соответствует доминирующим в обществе ценностям, идеалам, представлениям о добре и справедливости. Такое несоответствие может быть как изначальным (с момента принятия нормы права и вступления ее в юридическую силу), так и последующим. Так, первоначальное несоответствие может иметь место в случае лоббирования, когда субъект правотворчества, откровенно игнорируя волю большинства субъектов, принимает норму права в узкокорыстных интересах какой-либо весьма влиятельной группы. Нередко рассматриваемый вид несоответствия детерминируется низким уровнем профессионализма субъекта правотворчества, недостаточно глубоким знанием предмета правового регулирования, игнорированием правил законодательной техники. В основе последующего несоответствия лежат причины объективного характера. Так, правовые нормы, верно отражавшие на момент их принятия и вступления в действие потребности и интересы большинства населения государства, соответствовавшие доминирующим в обществе ценностям, идеалам и убеждениям, вследствие изменений, происходящих в общественных отношениях, могут устареть, утратить эффективность и даже начать приносить вред.

Однако независимо от того, имеет место первоначальное или последующее несоответствие содержания права доминирующим в обществе ценностям и идеалам, такой факт должен быть, прежде всего, установлен. Эта непростая задача решается посредством критического анализа содержания действующего права<sup>1</sup>.

Критика содержания права позволяет обнаружить (выявить) в содержании права противоположные потребности и интересы, раскрыть их и дать им соответствующую оценку. Критика содержания права позволяет успешно вести борьбу за отражение в нормах права воли и интересов различных социальных субъектов, ценностей и идеалов, доминирующих на данном историческом этапе, объективно сложившихся общественных отношений. Критика содержания права является важнейшим инструментом разрешения противоречий, выявления и искоренения недостатков в законодательстве.

Таким образом, способствуя разрешению диалектического противоречия в правообразовании, критика содержания права является важным правовым феноменом политико-правовой реальности государства. В этой связи исследование критики содержания права является не только теоретически актуальным, но и практически значимым.

Являясь сложным комплексным и многогранным явлением, критика содержания права напрямую или опосредованно связана со многими другими юридическими явлениями.

Наиболее близким по природе и неизменно сопутствующим критике содержания права является феномен правовой аргументации. Диалектика их взаимодействия такова, что оба феномена не могут существовать друг без друга, являются неизменными и взаимодополняющими друг друга. С одной стороны, критика содержания права в качестве одной из своих стадий имеет правовую аргументацию («аргумент в критике»), с другой стороны, правовая аргументация требует критического анализа («критика как аргумент»), также критика представляет собой логическую операцию, направленную на разрушение ранее состоявшегося процесса аргументации («критика аргумента»). Таким образом, следует заключить, что результат соотношения данных феноменов и их диалектика будет завесить от подхода автора к исследуемому им процессу и явлению.

Для того чтобы понять, какая роль отводится правовой аргументации в критике содержания права, следует обратиться к анализу самого феномена критика содержания права.

Этимологически слово «критика» (от греч. *kritike* – искусство разбирать, судить) означает «суждение». В свою очередь, слово «суждение» тесно связано с понятием «суд». Судить – это, с одной стороны, значит рассматривать, рассуждать о чем-нибудь, анализировать какой-либо объект, пытаться понять его смысл, его связь с другими явлениями, словом, совершать некоторое обследование предмета. С другой стороны, судить означает делать окончательный квалифицирующий вывод об объекте, то есть либо осудить его, отвергнуть, либо оправдать, признать положительным, причем, конечно, этот

---

<sup>1</sup> См.: Толстик В.А. Борьба за содержание права: Монография / В.А. Толстик, Н.А. Трусов. – Н. Новгород, 2008. – С. 45–46.

суд может быть аналитическим, то есть одни элементы объекта могут быть признаны положительными, а другие – отрицательными. Поэтому всякая критика, если она хочет быть основательной, включает в себя не только подробное рассмотрение предмета, но и приговор о нем<sup>1</sup>.

Анализ энциклопедической литературы позволяет представить критику в трех аспектах. А именно:

- 1) разбор (анализ), обсуждение чего-либо с целью дать оценку;
- 2) отрицательное суждение о чем-либо, указание недостатков;
- 3) проверка достоверности, истинности, подлинности чего-либо (напр., критика текста, критика исторических или нормативных источников)<sup>2</sup>.

Принимая во внимание тот факт, что указание недостатков в отрицательном суждении требует анализа объекта, в отношении которого делается суждение, а проверка истинности, подлинности или достоверности текста тем более не мыслима без анализа, то становится очевидным, что в основе критики лежат два относительно самостоятельных и при этом тесно взаимосвязанных процесса: *анализ и оценка*.

Анализ (греч. *analysis* – разложение, расчленение), процесс мысленного или фактического разложения явления на составляющие<sup>3</sup>, применительно к критике подразумевает структурирование явления на части для выявления и осмысления недостатков критикуемого явления в целом или какой-либо его части и указание отдельных достоинств, если таковые имеются.

Заметим, что критика в первую очередь несет в себе *негативный оттенок*, так как по сути своей является *отрицательным суждением* о чем-либо, и только затем позитивный. Указание достоинств критикуемого явления, если таковые имеются, является признаком объективной критики, с другой стороны, замалчивание таковых в совокупности со слабой или вовсе отсутствующей аргументацией – верный признак критиканства, в отличие от объективной критики социально-негативного явления. Таким образом, мы не разделяем позицию тех ученых, которые видят в критике только лишь отрицание и отрицают при этом указание на возможные достоинства критикуемого явления.

Позитивный аспект в критике проявляется не только в том, что отдельные части критикуемого явления могут быть признаны верными, истинными, подлинными, отражающими интересы большинства населения государства, доминирующие общественные отношения, но и в указании способов, путей, вариантов преодоления выявленных недостатков, дефектов, ошибок, изъянов и пр. В этой связи следует согласиться с позицией А.А. Воротникова, который под правом личности на критику понимает «возможность законными средствами публично бороться с недостатками, тормозящими прогрессивное развитие общества, и причинами, их порождающими, способствовать их устранению, утверждению социальной справедливости и предлагать пути решения назревших проблем (курсив наш. – Н.Т.) по различным вопросам государственной и общественной жизни»<sup>4</sup>.

По мнению американского философа М. Уолцера, критика не просто ставит под сомнение устройство общества (это не только и не столько недовольство существующим положением вещей, сколько элементарная форма самоутверждения определенных социальных групп), но всегда предполагает стремление преодолеть «поставленный диагноз»<sup>5</sup>.

Оценка представляет собой мнение, суждение о качестве, достоинстве, значении чего-либо<sup>6</sup>. В свою очередь, мнение – это суждение, выражающее оценку<sup>7</sup>. Суждение – это высказывание, выражающее отношение говорящего к содержанию высказываемой мысли и связанное с убеждением или сомнением в ее истинности или ложности<sup>8</sup>.

С.И. Ожегов видел в оценке мнение о ценности. Оценить – это значит «высказать мнение, суждение о ценности или значении чего-нибудь»<sup>9</sup>.

Критерии ценности выражаются в нравственных принципах и нормах, идеалах, установках критикующего и целях критики. «Нет ничего на свете, – говорит А. Луначарский, – что было бы хорошо или дурно само по себе. Вне соотношения с каким-либо чувствующим организмом ничего не имеет цены.

<sup>1</sup> См.: Луначарский А.В. Собрание сочинений: В 8 т. – М., 1967. – Т. 8. – С. 333.

<sup>2</sup> См., например: Большая советская энциклопедия: В 49 т. / Гл. ред. Б.А. Введенский. – М., 1953. – Т. 23. – С. 431; Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под общ. ред. Л.И. Скворцова. – 24-е изд. – М., 2003. – С. 300; Российский энциклопедический словарь: В 2 кн. / Гл. ред. А.М. Прохоров. – М., 2001. – Кн. 1. – С. 768; Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – 3-е изд. – М., 1982. – Т. 2. – С. 130; и др.

<sup>3</sup> См., например: Российский энциклопедический словарь: В 2 кн. / Гл. ред. А.М. Прохоров. – М., 2001. – Кн. 1. – С. 58; Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. – 4-е изд. – М., 1989. – С. 5; и др.

<sup>4</sup> Воротников А.А. Право на критику как элемент правового статуса и правового положения личности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 1991. – С. 12.

<sup>5</sup> См.: Walzer M. The Company of Critics. Social Criticism and Political Commitment in the Twentieth Century. – N.Y., 1988.

<sup>6</sup> См.: Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – 3-е изд. – М., 1982. – Т. 2. – С. 730.

<sup>7</sup> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под общ. ред. Л.И. Скворцова. – 24-е изд. – М., 2003. – С. 347.

<sup>8</sup> См.: Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. – 4-е изд. – М., 1989. – С. 1299.

<sup>9</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под общ. ред. Л.И. Скворцова. – 24-е изд. – М., 2003. – С. 475.

Оценивать что-нибудь значит устанавливать отношения между объектом и субъектом, с точки зрения которого оценивают»<sup>1</sup>.

Таким образом, можно констатировать, что применительно к критике оценка представляет собой мнение, суждение о достоинстве, значимости и ценности критикуемого явления, его соответствии определенным принципам и нормам морали. Это своеобразный «приговор», который является логическим завершением критического суждения. В оценке концентрируются итог познания критиком явления, основные выводы о его достоинствах и недостатках. Она может быть положительной или отрицательной и определяется социальной позицией, мировоззрением, уровнем культуры, интеллектуального и нравственного развития субъекта критики, целями и мотивами осуществления критического анализа.

Итак, критика представляет собой интеллектуально-волевою деятельность по анализу явления, направленную на выявление его достоинств и недостатков с целью дать ему оценку. Осуществить критический анализ явления означает поставить его под сомнение (усомниться) относительно какого-либо критерия. Поставить под сомнение его истинность, верность, объективность, справедливость, отражение интересов большинства, мнения народа, полезность, пригодность, рациональность, эффективность и пр. Критическая оценка является закономерным следствием критического анализа, выраженная в критическом суждении.

Объектом критического анализа могут выступать различные явления объективной действительности. В зависимости от объекта критики различают: литературную критику, музыкальную, политическую, философскую, критику искусства, текста и др. Наряду с указанными направлениями критики отдельно выделяют критику права. В свою очередь, критика права, будучи широким комплексным и разноаспектным направлением в критике, также полинаправлена. Так, в зависимости от объекта критического анализа в рамках критики права можно выделить ряд самостоятельных направлений (например, критика правопонимания, критика источников права, критика правообразования, критика реализации права, критика юридического процесса, критика юридической практики, критика правосознания и др.), среди которых наиболее существенное место, на наш взгляд, занимает критика содержания права. Безусловно, все направления критики права органически взаимосвязаны и находятся под взаимным влиянием.

Говоря о критике права, нельзя не упомянуть о популярном на Западе течении «критические исследования права» (КИП) – *Critical Law Studies Movement (CLS)*. Движение КИП стихийно сформировалось в 1970-е годы преимущественно в американских элитарных юридических учебных заведениях – Гарварде, Итоне, Йейле, Станфорде. Представителями КИП являются такие теоретики права, как Р. Унгер, А. Маккитайр, Г. Саалмен, Г. Минда, Л. Бендер, Р. Ковер, Д. Кеннеди, С. Уинтер, Д. Корнелл, Х. Дэлтон, К. Креншоу, К. Маккиннон и др.<sup>2</sup>

Исходная идея этого движения состоит в том, что право радикально (глобально) неупорядоченно (*indeterminate*) в том смысле, что действующие юридические нормы редко, если вообще когда-либо, логически или казуально предопределяют исход конкретных дел<sup>3</sup>. Представители движения подчеркивают значение идеологии в формировании права. По их мнению, содержание права в либеральных демократиях необходимо отражает «идеологическую борьбу между социальными классами, в которой конкурирующие концепции правосудия, справедливости и социальной и политической жизни приходят к компромиссу, усечению, порче и так согласовываются»<sup>4</sup>. Неизбежным следствием этой борьбы является внутренняя противоречивость, проникающая в самые глубинные основания права.

Сторонники этого течения утверждают, что право, будучи сконструированным политической идеологией доминирующей социальной группы, изначально предвзято, в нем отражены преимущественно интересы стоящих у власти. Они настаивают на том, что принципы и нормы права, хотя и были задуманы нейтральными, несут смысловую нагрузку, предпочтительную для состоятельных слоев общества. При этом, кроме экономически обеспеченных слоев общества, в приоритетные для права и правового мышления категории попадают мужчины в противовес женщинам, белые в противовес другим расам, лица традиционных сексуальных предпочтений в противовес иным и прочие большинства в противовес меньшинствам. В связи с этим исторически развиваются такие направления исследований, как право и экономика (*Law and Economics*), феминистская критика (*Femme-Crits*), расовая критика (*Race-crits*) и прочее<sup>5</sup>.

Критику содержания права, являющуюся разновидностью критики права, отличает специфический объект. Объектом критики содержания права является содержание права, при этом непосредственно критическому анализу подвергаются законы и подзаконные нормативные правовые акты, их проекты.

<sup>1</sup> Луначарский А.В. Этюды. – М.; Пг., 1922. – С. 57.

<sup>2</sup> См.: Воротилина Т.Л. Постнеклассическая перспектива в западной и российской традициях понимания права: современное состояние и тенденции: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 98.

<sup>3</sup> См. там же. – С. 96.

<sup>4</sup> Altman A. *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin* // *Philosophy and Public Affairs*. – 1986. – Vol. 15. – № 2. – P. 221.

<sup>5</sup> См. подробнее: Воротилина Т.Л. Постнеклассическая перспектива в западной и российской традициях понимания права: современное состояние и тенденции: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 98–111.



Критический анализ в данном случае подразумевает выявление и осмысление недостатков нормативных правовых актов, их проектов, указание достоинств, установление истинности и ценности их содержания (норм права). Проблема истинности норм права впервые на теоретическом уровне фундаментально была исследована В.М. Барановым<sup>1</sup>. Обосновав постановку проблемы в законодательстве, автор показал место и роль характеристики истинности нормы права (т. е. отдельного элемента его содержания) в системе иных свойств правовой нормы.

По его мнению, истинность представляет собой интегративное свойство явления, выражающее проверяемую практикой меру пригодности его содержания и формы в виде познавательно-оценочного образа отражать тип, вид, уровень либо элемент развития в конкретных условиях места и времени человеческой деятельности. Ложность, в свою очередь, выражает несоответствие и влечет вредные социальные последствия<sup>2</sup>. Таким образом, истинность нормы права характеризует степень, уровень соответствия нормы права потребностям прогрессивного общественного развития, общечеловеческим, национальным и личным потребностям.

По-другому воспринимает такую характеристику В.И. Гойман. Свойство закона, которое характеризует соответствие его установлений общественным ожиданиям, потребностям и интересам участников регулируемых отношений и при этом отвечает объективным закономерностям развития общества, прогрессивному характеру деятельности, общечеловеческим ценностям и приоритетам, он называет свойством социальной адекватности<sup>3</sup>.

Ценность нормы права, как и ее истинность, также являлась предметом исследования. Так, по мнению Л.И. Петрухина, ценность нормы права есть не что иное, как «соответствие нормы действительным потребностям общества»<sup>4</sup>. По мнению И.Н. Сенякина, «суть социальной ценности любого нормативного предписания проявляется в его способности объективно отражать процессы общественного развития, его классовую направленность»<sup>5</sup>. В.М. Баранов полагает, что ценность правовой нормы есть «способность служить целью и средством для удовлетворения научно обоснованных, социально справедливых прогрессивных, положительных общечеловеческих потребностей и интересов граждан, а также их законных объединений»<sup>6</sup>.

Критику содержания права как самостоятельное направление в критике права характеризует также специфическая цель – показать соответствие или несоответствие содержания текущего законодательства потребностям и интересам населения, доминирующим в обществе ценностям и идеалам, объективно сложившимся общественным отношениям.

Основная задача критики содержания права – оказать влияние на законодателя и законотворческий процесс в нужном субъекту критики направлении. Решение поставленной задачи предполагает разработку механизма учета критических замечаний и предложений в законотворческой деятельности компетентных государственных органов и ответственности за ее игнорирование. Вопрос о разработке юридического механизма учета критики законодательства в науке уже ставился. В 1990 году В.М. Баранов писал, что «требуется создание развернутой, гибкой, многоуровневой системы критики действующих юридических норм. Детальной разработке подлежит юридический механизм обеспечения критики законодательства, официальной оценки и реагирования на нее, ответственности за ее игнорирование. Доказательная критика существующих изъянов действующих норм права должна рассматриваться как определенный социальный вклад и соразмерно поощряться»<sup>7</sup>.

При этом не стоит забывать, что за оценкой в критике всегда стоят потребности и интересы конкретного субъекта критики (будь то человек, социальная группа или организация), определяющие его позиции, точки зрения и, как следствие, характер критической оценки. В.И. Ленин называл эту черту критики партийностью, которая заключается в необходимости при всякой оценке события прямо и открыто становиться на точку зрения определенной общественной группы и сознательно защищать ее, утверждая классовые интересы<sup>8</sup>. Конечно же, сказанное не означает, что правовую норму, в целом нормативный правовой акт можно оценивать как угодно, не считаясь с его объективным смыслом. Однако важно подчеркнуть, что вокруг этого смысла и сущности возможна полемика, что может существовать не одна, а несколько вполне допустимых оценок.

<sup>1</sup> См.: Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. – Саратов, 1989.

<sup>2</sup> См. там же. – С. 14, 231.

<sup>3</sup> См.: Гойман В.И. Действие права (методологический анализ). – М., 1992. – С. 75.

<sup>4</sup> Петрухин И.Л. Теоретические основы эффективности правосудия / И.Л. Петрухин, Г.П. Батуров, Т.Г. Моршакова. – М., 1979. – С. 170, 195.

<sup>5</sup> Сенякин И.Н. Ценностная характеристика специальных норм советского права // XXVI съезд КПСС и актуальные проблемы советской юридической науки и практики. – Саратов, 1982. – С. 79.

<sup>6</sup> Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. – Саратов, 1989. – С. 266.

<sup>7</sup> Там же. – С. 16.

<sup>8</sup> См. подробнее: Ленин В.И. Полн. собр. соч. – Т. 1. – С. 419; Никифоров В.М. Критика и самокритика в партийной организации. – Л., 1973. – С. 6.

На субъекта правотворчества оказывают влияние множество факторов. Одним из таких факторов является критика содержания права. Но сама по себе критика содержания права не может напрямую повлечь изменение, хотя бы частичное, содержания действующего права. Однако посредством нее субъект критики воздействует на общественное мнение и субъекта правотворчества, который, в свою очередь, имеет возможность это сделать. Субъект правотворчества может либо воспринять доводы критики, либо проигнорировать их. Следовательно, и правовые последствия критики содержания права выступают в двух видах: влекущие изменение содержания действующего права и не влекущие соответствующих изменений.

Эффективность критики содержания права, а, следовательно, и ее правовые последствия, детерминируются множеством факторов, среди которых субъект критики, форма критики, предмет критики, политическая и социально-экономическая ситуация в государстве и некоторые другие. Одним из наиболее значимых факторов выступает правовая аргументация. Точнее достоверная, объективная, логически выстроенная и последовательная правовая аргументация критических рассуждений, суждений и умозаключений.

Степень значимости аргументативного компонента в критике содержания права такова, что его отсутствие или слабость может нивелировать иные факторы, воздействующие на компетентный субъект правотворчества. Так было, например, при попытке Государственной Думы ФС РФ принять федеральный закон «О Знамени Победы» без соответствующего размещения на историческом красном полотнище советских символов в виде позолоченных звезды, серпа и молота. Вместо этого предлагалось на красном полотнище разместить белую пятилучевую звезду без серпа и без молота, что, очевидно, вообще и даже близко не соответствует исторической правде. То, что красное знамя с белой звездой совсем не похоже на подлинное знамя Победы, не смущало думцев-единоросов, которые объяснили это «символом Знамени Победы»<sup>1</sup>. «Наши отцы и деды воевали с красным полотнищем с серпом и молотом, его водружали над Рейхстагом, и Знамя Победы должно выглядеть именно так», – заявил сенатор Николай Рыжков<sup>2</sup>. В итоге Совет Федерации ФС РФ наложил на закон вето, но Госдума 6 апреля 2007 года его преодолела и закон был отправлен на подпись Президенту РФ.

Критика содержания данного акта повсеместно усиливалась в отсутствие слабой аргументированности необходимости принятия «символа Знамени Победы» в понимании единоросов, в связи с чем Президент Российской Федерации В.В. Путин все-таки не подписал данный закон. «В связи с многочисленными обращениями ветеранских организаций, касающимися данного федерального закона, считаю необходимым проведение по нему дополнительных консультаций», – говорится в письме В.В. Путина спикерам обеих палат российского парламента Сергею Миронову и Борису Грызлову<sup>3</sup>.

Дело закончилось тем, что редакция закона была изменена, а историческая правда восторжествовала. В соответствии с Федеральным законом от 7 мая 2007 года № 68-ФЗ «О Знамени Победы»<sup>4</sup>, «Знаменем Победы является штурмовой флаг 150-й ордена Кутузова II степени Идрицкой стрелковой дивизии, воодруженный 1 мая 1945 года на здании рейхстага в городе Берлине» (ч. 1, ст. 1), а «вид копий Знамени Победы должен соответствовать виду Знамени Победы» (ч. 3, ст. 2).

Под «аргументацией» понимают операцию обоснования каких-либо суждений, в которой наряду с логическими применяются также речевое, эмоционально-психологические другие внелогические методы и приемы убеждающего воздействия. Методы убеждающего воздействия анализируются в различных науках: логике, риторике, психологии, лингвистике. Совместное их изучение является предметом особой отрасли знания – теорией аргументации (ТА), представляющей собою комплексное учение наиболее эффективных в коммуникативном процессе логических внелогических методов и приемах убеждающего воздействия»<sup>5</sup>.

В процессе критики содержания права в аргументации нуждается выдвигаемый проponentом (участником, выдвигающим и отстаивающим определенное положение) критический тезис. Для этого проponentом приводится целый ряд и выстраивается целая цепочка доказательств. Аргументами в процессе доказывания (логической операции обоснования истинности какого-либо суждения с помощью других истинных, связанных с ним суждений) могут выступать различные по своему содержанию суждения: теоретические или эмпирические обобщения; утверждения о фактах; аксиомы; определения и конвенции<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См., например: *Родин И.* Знамени Победы быть! / И. Родин, Н. Меликова // [http://www.ng.ru/politics/2007-04-18/1\\_win.html](http://www.ng.ru/politics/2007-04-18/1_win.html)

<sup>2</sup> См.: Совет Федерации одобрил закон о Знамени Победы // <http://pub.tagora.grani.ru/Politics/Russia/Parliament/Sovfed/m.121552.shtml>

<sup>3</sup> См.: Путин отклонил закон «О Знамени Победы» // <http://pub.tagora.grani.ru/Society/m.121008.html>

<sup>4</sup> См.: Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 20. – Ст. 2369.

<sup>5</sup> *Кириллов В.И.* Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – Изд. 5-е, перераб. и доп. – М., 1999. – С. 195–196.

<sup>6</sup> См. там же. – С. 196, 199–201.

Процесс аргументации всегда предполагает предварительный анализ имеющегося фактического материала, статистических обобщений, свидетельств, научных данных и т. п. Слабые и сомнительные аргументы отбрасываются, наиболее веские синтезируются в стройную и непротиворечивую систему доводов. Предварительная работа проводится при этом с учетом особой стратегии и тактики аргументации.

Особенность аргументативного процесса в критике содержания права состоит в том, что нуждающееся в обосновании критическое суждение, выступающее тезисом, является заключением вывода и формулируется заранее, а суждения об аргументах служат посылками вывода.

В критике содержания права, как и в любом споре один из участников подтверждает отстаиваемое положение, связанное с предметом спора. Однако, это не лишает его противника (оппонента) подвергнуть ответной критике выдвинутый проponentом критический тезис, выдвигая собственные контраргументы. При этом оба они решают одинаковую задачу: убедить противостоящую сторону принять доводы и перейти на его позицию, или хотя бы отказаться от своей собственной.

Таким образом, эффективность аргументативного процесса в критике содержания права выражается в максимальном убеждающем его воздействии на компетентного субъекта правотворчества или, по меньшей мере, на иных заинтересованных субъектов права с целью активизации борьбы за содержание права. Только так достигается цель критики содержания права и решается ее основная задача. Достижение таких результатов предполагает создание оптимальных условий для объективного и беспристрастного обсуждения спорных правовых норм.

Важное значение в аргументативном процессе принадлежит не только выбору способов аргументации (дедуктивное умозаключение, индуктивное обоснование, аналогия, установление ложности умозаключения и пр.), но и субъектам, осуществляющим критический анализ содержания права.

Субъектами критики содержания права выступают любые субъекты права, будь то физические или юридические лица (государственные органы, органы местного самоуправления, коммерческие и некоммерческие организации), осуществляющие критический анализ на основе философско-эстетических взглядов и социально-идеологической позиции, которая, безусловно, отражается в критическом анализе и воздействует на его своеобразие.

Всех субъектов критики содержания права можно разделить на два вида: 1) критик-обыватель и 2) критик-профессионал.

Когда мы говорим о критике-обывателе, то имеем в виду, прежде всего, человека (вне зависимости от его гражданской принадлежности), жителя определенной местности. Данный вид субъектов критики характеризуется отсутствием специальных познаний в области политики и права, отсутствием опыта работы в области юридической практики. Критический анализ содержания действующего права осуществляется на основе житейского опыта, повседневной жизни, массового правосознания, исходя из интересов жителей данной местности и т. п. Подобная непрофессиональная, народная критическая оценка очень важна и ничем не заменима. Ее мы можем встретить на страницах печатных изданиях, например, в «Российской газете» есть рубрика, посвященная письмам читателей, где граждане нередко выступают с критикой того или иного проекта или уже принятого нормативного правового акта.

Когда мы говорим о критике-профессионале, то должны иметь в виду две его разновидности. С одной стороны, это ученый-правовед или коллектив ученых, которые анализируют и оценивают нормы права в статьях, монографиях, устных и письменных обсуждениях принятых нормативных правовых актов и их проектов (научно-теоретическая критика). А с другой стороны, такая интерпретация может исходить от лиц, сведущих в конкретной области права или государственной деятельности, имеющих большой опыт работы в сфере юридической практики (научно-практическая критика).

Анализ содержания нормативного правового акта, его смысла и сущности, моделирование динамики развития общественных отношений – это более сложная задача, чем простая оценка явления, так как здесь от критика требуются более глубокое постижение содержания, проникновение в замысел законодателя, внимание к тексту в мельчайших подробностях. Подобный анализ может дать только критик-профессионал.

Однако не стоит забывать, что пользуясь разными хитростями и софизмами, ловкий демагог, играя на жизненных интересах народа, может убедить население, обычных граждан в верности явно несправедливого решения. Подобные примеры встречаются довольно часто. Именно поэтому в любом диалоге, споре, дискуссии следует учитывать компетентность субъекта критики и полагаться на те бесспорные доводы и общепризнанные логические методы рассуждений, на которые опираются важнейшие методы аргументации.

*А.М. Хужин*

*Хужин Альфир Мисхатович – кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России*

## **Юридическая аргументация невиновного поведения в правоприменительной деятельности**

Невиновное поведение является сложным правовым явлением и не всегда может быть установлено и квалифицировано на первичных этапах правоприменения. Исследование характера субъективного отношения лица к совершенному акту нарушения является трудоемким и требующим весьма серьезной юридической аргументации. Обратим внимание на проблему о том, как и каким образом возможна юридическая аргументация в процессе доказывания невиновного поведения в правоприменительной деятельности?

При определении юридической (правовой) аргументации как научной категории мы придерживаемся взгляда Е.А. Макеевой, предлагающей понимать под этим «познавательный способ убеждения в истинности (ложности) того или иного рассуждения, справедливости (несправедливости) заключения суда, виновности (невиновности) обвиняемого, характеризующийся преимущественно вероятностным логическим выводом, диалоговостью и направленностью на правовую аудиторию»<sup>1</sup>.

Не увлекаясь рассуждениями о сущности и содержании юридической аргументации, будем подходить к этому правовому явлению, как приему юридической техники, ценность которого заключается в средствах убеждения, в нашем случае – в доказывании невиновного поведения лица. Именно доказывание, как процесс диалектического познания доказательств и их обоснования, выступает механизмом (средством) юридической аргументации по конкретному делу.

Если на первых стадиях процесса установления и квалификации невиновного поведения, юридической аргументации отводится лишь «статическая» роль, выраженная в документальной фиксации правонарушающих фактов и обстоятельств, то в процессе облечения этой деятельности в процессуальную форму ей придается динамика. В сфере частного права активное «включение» юридической аргументации происходит на стадии возбуждения гражданского или арбитражного судопроизводства, в публичном праве, еще раньше – с момента возбуждения самого дела (уголовного, об административном или налоговом правонарушении). В любом случае, процесс юридической аргументации обуславливается в убеждении наличия достаточных оснований для проведения юрисдикционной процедуры установления обстоятельств конкретного дела, правоотношений его участников, вынесения законного и обоснованного постановления по нему. По своему содержанию на этой стадии правоприменения юридическая аргументация превращается в процесс доказывания. В свою очередь, «доказывание как процесс познания происходит с помощью особых сведений – доказательств»<sup>2</sup>.

Существенная роль в юридической аргументации отводится тем доказательствам, которые могут иметь юридическое значение и составляют предмет доказывания. Так, согласно ст. 73 УПК РФ, в общий предмет доказывания по уголовному делу, независимо от последующей юридической квалификации относят: событие преступления; виновность лица в совершении преступления; обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого; характер и размер вреда, причиненного преступлением; обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния; обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание; обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания; обстоятельства, подтверждающие, что имущество, подлежащее конфискации. Из указанного перечня в процессе юридической аргументации невиновного поведения для нас представляют наибольший интерес факты и обстоятельства, свидетельствующие о виновности/невиновности лица.

Необходимо учитывать, что в уголовном процессе понятие виновности/невиновности определяется несколько шире, нежели в гражданском или арбитражном процессе, а также сути понимаемого явления с нашей стороны. Понятие виновности лица в совершении преступления (п. 2 ст. 73 УПК) охватывает две группы обстоятельств: а) причастность лица к совершению преступного деяния, то есть самоличность совершения его данным лицом; б) наличие вины – психического отношения лица к своему

<sup>1</sup> Макеева Е.А. Правовая аргументация как объект гносеологического анализа: Автореф. дис... канд. филос. наук. – М., 2003. – С. 10.

<sup>2</sup> См.: Исаенкова О.В. Доказательства и доказывание / Гражданский процесс: Учебник / Под ред. А.А. Демичева. – М., 2009. – С. 105.

противоправному поведению и его последствиям, имеющего форму умысла или неосторожности<sup>1</sup>. Широкое понимание виновности/невиновности фактически объединяет процесс юридической аргументации наличия либо отсутствия субъекта и субъективной стороны состава преступления. Поэтому, для нас представляет интерес лишь вторая составляющая этого правового явления, когда мы говорим о доказывании вины/отсутствия вины, в буквальном понимании психического отношения лица к совершенному деянию.

Следующим, не менее важным моментом, в процессе доказывания вины/невиновности лица в совершенном деянии является непосредственная сфера процессуальных отношений и действующих в них презумпций. Речь идет о действии в сфере публичного права презумпции невиновности, а в частноправовой – презумпции виновности. В рамках изучаемых вопросов мы акцентируем внимание на необходимость в публично-правовой сфере опровержения презумпции невиновности посредством юридической аргументации вины лица, а в частноправовой сфере – презумпции виновности, путем юридической аргументации отсутствия вины лица. Данный вывод свидетельствует только о распределении бремени доказывания участников процесса, когда в публично-правовой сфере обязанность аргументации вины изначально лежит на стороне публичного (уголовного, административного, налогового и т. п.) преследования, тогда как в частноправовой сфере отсутствие своей вины доказывает сам нарушитель. В остальном, являясь равными в правовом отношении участниками, сами заинтересованные стороны и лица, на основе принципа состязательности, должны доказать законность и обоснованность своих притязаний по вопросам, имеющих значение для правильного разрешения дела. Неукоснительное соблюдение правил о состязательности и соблюдении требований о распределении бремени доказывания также способствуют повышению эффективности правоприменения в процессе юридической аргументации невиновного поведения лица.

Итак, в процессе юридической аргументации доказательств невиновного поведения в сфере публично-правовых отношений, в первую очередь собираются, фиксируются, проверяются и оцениваются доказательства вины/отсутствия вины лица в совершении преступления. Исходя из предмета доказывания, к прямым доказательствам вины/невиновности лица могут быть отнесены: показания самого подозреваемого (обвиняемого), показания потерпевшего, свидетеля, заключения и показания эксперта или специалиста, вещественные доказательства. Рассмотрим данные источники доказательств подробнее.

Показания подозреваемого (обвиняемого) могут быть разделены на показания, в которых он признает свою вину в предъявленном обвинении (признание обвиняемого), и показания, в которых обвиняемый своей вины не признает (отрицает свою вину в совершении преступления). В буквальном понимании признание (непризнание) вины подозреваемым (обвиняемым) должно свидетельствовать о знании и понимании факта правонарушения и самого характера отношения лица к совершенному деянию.

Признание обвиняемым вины – это сообщаемые обвиняемым сведения о фактических обстоятельствах совершения преступления, изобличающие его и подтверждающие его виновность, полученные в форме показаний по уголовному делу по правилам, предусмотренным уголовно-процессуальным законодательством<sup>2</sup>. Следует учитывать, что признание вины требует тщательной процессуальной проверки достоверности соответствующими доказательствами, и не всегда может служить безусловным юридическим аргументом вины лица в совершенном деянии. Более того, признание вины может быть следствием добросовестного заблуждения или самоговора.

Показания потерпевшего относятся к числу прямых доказательств, если содержат сведения, входящие непосредственно в предмет доказывания по делу и имеющие достаточные данные о фактах виновного/невиновного поведения лица. Судебная практика показывает, что бывают случаи, когда потерпевший является единственным очевидцем совершенного преступления, и тогда показания потерпевшего по делу приобретают исключительное значение для выявления обстоятельств по уголовному делу<sup>3</sup>. Показания потерпевшего о невиновном характере поведения лица, нашедшие надлежащее процессуальное закрепление, являются важнейшим аргументом для признания отсутствия в деяниях лица состава инкриминируемого преступления.

Показания свидетеля также относятся к числу прямых доказательств вины/невиновности нарушителя в совершенном деянии. Особое значение имеют показания свидетеля, непосредственно наблюдавшего факт совершения правонарушения и действий подозреваемого (обвиняемого). В соответствии со ст. 79 УПК РФ свидетель может быть допрошен о любых обстоятельствах, относящихся к уголовному

<sup>1</sup> Смирнов А.В. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский; Под общ. ред. А.В. Смирнова. – 5-е изд., перераб. и доп. – М., 2009.

<sup>2</sup> О сущности, содержании и особенностях признания обвиняемого см. подробнее: Касаткина С.А. Признание обвиняемого: Монография. – М., 2010.

<sup>3</sup> См.: Ибрагимов И.М. Правомерные возможности защиты прав потерпевшего в российском уголовном процессе. – М., 2008.

делу. Если он не может указать источник своей осведомленности либо основывает свои показания на догадке, предположении, слухе, то такие показания в силу ч. 2 ст. 75 УПК РФ являются недопустимыми. Необходимо иметь в виду, что показания свидетелей не могут быть использованы в качестве доказательств признания обвиняемым своей вины и являются недопустимыми во всех случаях<sup>1</sup>. Свидетельские показания могут содержать доказательственную информацию и об отсутствии вины в деяниях подозреваемого (обвиняемого). Нередко данные показания могут являться основными (прямыми) доказательствами невиновного поведения лица при последующем рассмотрении дел в суде<sup>2</sup>. В таких случаях суды справедливо и обоснованно выносят оправдательные постановления по основанию доказанности отсутствия вины лица.

Особое значение в качестве источника доказательства имеет заключение эксперта или специалиста. Если заключение эксперта выражается в представленных в письменном виде содержании исследования и выводах (п. 1 ст. 80 УПК РФ), то заключение специалиста представляет собой суждение по вопросам, поставленным перед ним (п. 3 ст. 80 УПК РФ). Необходимо отметить, что эксперт или специалист не уполномочены формулировать выводы по правовым вопросам, в том числе о вине/невиновности субъекта, однако это обстоятельство не лишает их права, в пределах предмета исследования, предоставлять компетентные сведения о характере поведения лица. Специальные познания в области субъективного состояния лица в момент совершения преступления (заключения психолога, психиатра) могут служить основанием для дальнейшей оценки следственными органами или судом о наличии вины/отсутствии вины в деяниях лица.

Вещественные доказательства также могут нести в себе информацию о фактах и обстоятельствах, подтверждающих либо опровергающих виновный/невиновный характер поведения лица. Предметы и документы, в которых содержатся сведения об отсутствии намерения совершать правонарушающие действия (личный дневник, аудио- и видеозаписи, переписка) могут быть в процессуальном порядке приобщены к делу в качестве вещественных доказательств. Аргументирующее значение о вине/невиновности лица могут иметь иные сведения и факты, обладающие признаками относимости и допустимости по конкретному делу (протоколы следственных и судебных действий, документы).

Таким образом, досудебная юридическая аргументация в сфере публичного производства по делу будет заключаться в процедуре доказывания со стороны правоприменительного органа (следствия, дознания). В контексте действия презумпции невиновности отсутствие доказательств вины лица либо наличие доказательств невиновности, имеющих аргументирующее значение, будут являться основанием для прекращения дела и соответствующего преследования лица. Например, отсутствие вины лица в производстве по делу об административном правонарушении или уголовному делу является обстоятельством, требующим прекращения административного (ст. 24.5, 28.9 КоАП РФ) или уголовного (ст. 24, 27 УПК РФ) преследования соответственно. Более того, недоказанность вины либо обоснованные сомнения в виновности лица также должны выступать основаниями прекращения дела. Так, согласно п. 4. ст. 1.5 КоАП, неустранимые сомнения в виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, толкуются в пользу этого лица, то есть такое деяние признается актом невиновного поведения.

Полагаем, что основными направлениями повышения эффективности правоприменительной деятельности в досудебном производстве по отношению к предмету нашего исследования должны являться: 1) точная реализация норм процессуального и материального права, регламентирующих основания и процедуры установления, квалификации и доказывания акта невиновного поведения; 2) повышение квалификации и профессионализма сотрудников, занимающихся правоприменительной деятельностью; 3) четкая и достаточно определенная процедура прекращения производства по делу при наличии достаточных доказательств, свидетельствующих о невиновности лица, неустранимых сомнениях в его виновности либо недоказанность вины.

Правоприменительная деятельность по юридической аргументации в процессе досудебного производства, безусловно, не ограничивается доказыванием. Аргументация невиновного поведения лица складывается из всей совокупности правоприменительных действий, анализа и оценки доказательств, внутреннего убеждения правоприменителя, результатов психофизиологических исследований. Немаловажное значение имеет само поведение нарушителя, его психическое реагирование при проведении правоприменительных процедур<sup>3</sup>. Умение учитывать совокупность всех этих факторов

<sup>1</sup> См.: Чурилов Ю. Допустимое свидетельство вины // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 3.

<sup>2</sup> См., например: Определения Московского городского суда: от 26 сентября 2011 года по делу № 22-11763; от 8 августа 2011 года по делу № 22-8926/11; от 28 февраля 2011 года по делу № 22-2065 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> См, например: Еникеев М.И. Следственные действия: психология, тактика, технология: Учебное пособие / М.И. Еникеев, В.А. Образцов, В.Е. Эминов. – М., 2011; Еникеев М.И. Коммуникативная деятельность следователя // Юридическая психология. – 2007. – № 2; Баринов С.В. Психофизиологическое исследование с использованием полиграфа (к вопросу о методах изобличения преступника) / С.В. Баринов, В.М. Юрин // Российский следователь. – 2006. – № 11; Корнеева А.Н. Оценка относимости показаний потерпевшего // Общество и право. – 2010. – № 2. – С. 220–223.

также является залогом повышения эффективности правоприменительной деятельности в установлении, квалификации и доказывании невинного поведения в досудебном порядке.

В частноправовых отношениях, процесс досудебного доказывания лежит на заинтересованном лице и не предусматривает механизма расследования (дознания), как составной части правоприменения. Однако следует учитывать, что суд (арбитражный или общей юрисдикции) может оказывать содействие лицам, участвующим в деле, в собирании доказательств, но и в этом случае речь уже будет идти о судебном доказывании. Судебное доказывание осуществляется при помощи (содействии) суда или непосредственно самим судом, поэтому внесудебное доказывание в частном праве может осуществляться в рамках стадии установления судом предмета доказывания и стадии собирания доказательств. В любом случае, как справедливо отмечает М.К. Треушников, доказывание как деятельность по установлению фактических обстоятельств дела в их правовом значении имманентна правосудию по гражданским, уголовным и любым другим делам, и без этой деятельности правосудие как таковое немислимо<sup>1</sup>.

Не настаивая на юридических тонкостях проводимых процедур на каждой стадии того или иного судопроизводства, отметим лишь общие закономерности судебного доказывания, которые могут способствовать повышению эффективности правоприменения в отношении невинного поведения при отправлении правосудия.

Следует учитывать, что в судебном процессе по гражданским и арбитражным делам действует презумпция виновности нарушителя, что, в свою очередь, перераспределяет бремя доказывания отсутствия вины в своем деянии на ответчика. От того, насколько аргументированно и обоснованно будут приводиться доказательства невинного поведения со стороны нарушившей стороны, настолько высока вероятность признания за этим лицом такого факта и соответствующего решения. Поэтому эффективность правоприменения напрямую связана с деятельностью суда в установлении обстоятельств дела с помощью судебных доказательств и аргументации участников процесса в целях правильного и своевременного его рассмотрения и разрешения.

Итак, в рамках судебного доказывания по гражданским и арбитражным судам можно выделить следующие этапы (стадии): 1) определение предмета доказывания; 2) собирание доказательств; 3) исследование доказательств; 4) оценка доказательств. В юридической литературе имеются иные подходы к понятию и видам судебного доказывания, что, собственно говоря, принципиально не изменяет общий смысл и последовательность этого процесса<sup>2</sup>.

При определении предмета доказывания определяется совокупность фактов, которые необходимо установить суду для правильного и своевременного разрешения дела, вынесения законного и обоснованного решения. Суд и участники дела знакомятся с имеющимися доказательствами и нормами материального и процессуального права. Уже на этапе определения предмета доказывания, судом может быть выявлены обстоятельства, свидетельствующие о безосновательности притязаний истца и невинном поведении ответчика. Однако в процессуальном плане эти правоприменительные решения (акты) будут вынесены в качестве постановлений, например, об отказе в принятии искового заявления, возврате искового заявления (ст. 135 ГПК РФ, 129 АПК РФ) или оставлении искового заявления без движения (ст. 136 ГПК РФ, 128 АПК РФ). Эффективность правоприменительной деятельности на этом этапе будет заключаться в правильном определении предмета доказывания по делу, то есть установлении фактов, имеющих юридическое значение.

При собирании доказательств каждая из сторон, а также иные участники дела представляют суду доказательства для дальнейшего подтверждения либо опровержения фактов, входящих в предмет доказывания. В случае если представление необходимых доказательств для этих лиц затруднительно, суд по их ходатайству оказывает содействие в собирании и истребовании доказательств (ст. 57 ГПК РФ, ст. 66 АПК РФ). В связи с этим, «инициатива и активность суда в собирании доказательств выступают в качестве надежной гарантии вынесения обоснованных и законных судебных решений»<sup>3</sup>, что, безусловно, влияет на эффективность всего механизм правоприменения.

При исследовании доказательств судом совершаются следующие непосредственные и непрерывные действия по каждому делу: заслушивание участников дела, допрос свидетелей, осмотр письменных и вещественных доказательств, прослушивание аудиозаписей и просмотр видеозаписей. В рамках действия презумпции виновности нарушителя, доказательствами, свидетельствующими о невинном поведении, в первую очередь могут являться показания самого ответчика, свидетелей, подтверждающих отсутствие умысла или неосторожности в действиях нарушителя, а во-вторых, – недостаточная

<sup>1</sup> См.: Треушников М.К. Новеллы о доказательствах в гражданском судопроизводстве России // Гражданский процесс: теория и практика. – М., 2008. – С. 292.

<sup>2</sup> См.: Кайзер Ю.В. Этапы судебного доказывания в гражданском и арбитражном процессах // Российский юридический журнал. – 2010. – № 6. – С. 137–145.

<sup>3</sup> Треушников М.К. Активность суда в собирании доказательств в гражданском процессе // Гражданский процесс: теория и практика. – М., 2008. – С. 28.

аргументированность позиции самого истца. Заключение эксперта (специалиста), письменные и вещественные доказательства, аудио и видеозаписи могут подтверждать факт того, что лицо в конкретной ситуации предприняло все меры внимательности и осмотрительности, какие от него требовались в возникшей ситуации. Так, нередко при исследовании доказательств, суды ссылаются на отсутствие вины ответчика на основании заключения эксперта формулировкой: «Отсутствие вины ответчика подтверждено экспертным заключением»<sup>1</sup>. Полагаем, что тщательная и кропотливая работа суда по исследованию доказательств, в том числе подтверждающих невиновное поведение лица, служит залогом повышения эффективности правоприменения.

При оценке доказательств происходит завершающий этап судебного доказывания. Основываясь на исследовании и анализе доказательств, суд оценивает их по своему внутреннему убеждению и выносит свое решение. Осуществляя оценку доказательств, суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности. При этом каждое доказательство подлежит оценке судом наряду с другими доказательствами.

Процессуальная сторона оценки доказательств выражается в фиксации результатов оценки в судебном решении. В мотивировочной части решения суда приводятся доводы и аргументы принятия одних доказательств в качестве средств обоснования выводов, отказа от других и (или) предпочтение перед другими доказательствами (если имеются в деле) и иных обстоятельств дела, имеющих доказательственное значение (отсутствие доказательств, наличие преюдиций, фикций, общеизвестных фактов, презумпций). Как правило, судебное решение, в котором нашло свое обоснование невиновное поведение лица, в гражданском и арбитражном процессе является мотивированным отказом в удовлетворении требований истца (заявителя). Данное обстоятельство не означает, что судебное решение является окончательным актом правоприменения и не может быть в дальнейшем обжаловано в установленном процессуальном порядке. К сожалению, дальнейший пересмотр судебных решений, в том числе обосновывающих невиновное поведение лица, трудно отнести к элементам повышения эффективности правоприменения, несмотря на возможность реализации этого права со стороны участника процесса. Достижение же судом верного знания о фактических обстоятельствах по делу, в том числе о невиновном поведении лица, не нашедшего своего опровержения при контрольной оценке доказательств вышестоящими судами, является показателем эффективности проведенных правоприменительных процедур.

Следует отметить, что эффективность правоприменительной деятельности не ограничивается процедурой доказывания невиновного поведения. Выполняя задачи надлежащего государственно-правового обеспечения и гарантирования правореализующих действий субъектов права, правоприменитель должен обеспечить не только форму юридической оценки фактов невиновного поведения и соответствующих мер правоохранительного характера, но и создать соответствующие условия для дальнейшего предотвращения (минимизации) аналогичных ситуаций, как у самого лица, так и у других участников правоотношений. В любом случае, невиновное поведение является определенной правовой аномалией, свидетельствующей о несоответствии субъективного и объективного состояния правопорядка. *Возможность предотвращения, предупреждения и минимизации таких актов правового поведения* также будет влиять на аргументированность эффективности правоприменительной деятельности.

Немаловажное значение в повышении результативности и рациональности правоприменения в этой сфере отводится самим критериям и показателям эффективности. Как верно отмечает Е.А. Мамай, «друг без друга критерии и показатели немыслимы и неприменимы: недостатки полученных фактических данных предопределяют невозможность полноценного их исследования, какие бы критерии при этом не избирались; недостатки избираемых критериев влекут, в свою очередь, потерю важной составляющей, имеющейся в информации и, как следствие, бедность, неполноценность исследования как такового»<sup>2</sup>. Поэтому принципиальное значение будут иметь установленные критерии и показатели эффективности правоприменительной деятельности при установлении, квалификации и доказывании невиновного поведения.

Парадокс заключается еще в том, что аргументация отсутствия выявленных фактов невиновного поведения – есть свидетельство эффективности правоприменения, но и их выявление – не менее важный показатель этой результативности и рациональности. В связи с этим принципиальное значение будет иметь критерии и показатели, по которым следует оценивать эффективность

<sup>1</sup> См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 7 сентября 2010 года по делу № А65-4907/2008; Постановление ФАС Московского округа от 19 сентября 2011 года по делу № А40-131718/10-7-1123; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 8 июня 2011 года № 18АП-4892/2011 по делу № А76-10327/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> Мамай Е.А. Эффективность правоприменительных процедур (теория, практика, техника): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2011. – С. 28.



правоприменительной деятельности. Все зависит от количественной и качественной оценки, характеризующей состояние объекта (критериями), с полученными данными (показателями). Одни и те же показатели могут свидетельствовать об эффективности деятельности одних правоприменительных органов и неэффективности других в зависимости от критериев оценки. Так, показатель выявления факта невиновного поведения в досудебном порядке будет являться критерием эффективности деятельности правоприменительного органа (дознания, предварительного следствия), тогда как тот же показатель, но полученный в результате судебного разбирательства, наоборот является критерием неэффективной работы этих же органов.

Критерий юридической аргументации уверенности отдельного лица в возможности правомерной реализации своих прав и обязанностей, а в случае невиновного поведения – в законной, компетентной и объективной работе правоприменительных органов по установлению, квалификации и доказыванию этого деяния, выступает конечным показателем эффективности правоприменительной деятельности.

**В.И. Червонюк**

*Червонюк Владимир Иванович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России*

### **Категория структуры права в общей юриспруденции: аргументация инновационного подхода**

**Постановка проблемы.** Структура права – фундаментальная базовая категория юридической науки. Между тем в юриспруденции ее значение недооценено и, по существу, заменено неравнозначным понятием «система права». Объяснения этому можно найти в сфере гносеологии. Ворвавшийся в первой половине XX века в отечественную науку системный подход оказал мощное влияние на всю обществоведческую мысль, юридическую в том числе. Понятие системы стало едва ли не самым употребляемым. Господство одного из системологических подходов – структурного (функциональный анализ в отечественной юриспруденции утвердился значительно позже) обусловило сведение системы права к понятию структуры. Подмена понятий, с одной стороны, не способствовала исследованию действительной нормативной структуры права, с другой – анализ системной природы права получил, может быть, за редким исключением, специфические предметные очертания.

Между тем композиция права с точки зрения таких его свойств, как системность и структурность, настолько важна, что без решения этой задачи практически невозможна сколько-нибудь отвечающая действительным потребностям современного общества систематика права<sup>1</sup>. Можно предположить, что и по этой причине в последние годы интерес к осмыслению структурно-системной организации права необычайно возрос. Не иначе как «диссертационным бумом» можно назвать количество защищенных по данной проблеме за относительно короткий промежуток времени кандидатских диссертаций; в различной интерпретации система права становится объектом научного анализа в докторских диссертациях. Логично было бы в этой связи предположить о формирующемся крупном научном направлении в современной отечественной юриспруденции. Однако истинность данного утверждения может вызвать вполне обоснованные сомнения в том случае, если мы попытаемся применить полученные результаты исследований для оценки нормативной структуры действующего российского права. Теоретические выводы в этом случае оказываются явно недостаточными для нуждающейся в радикальном усовершенствовании структурной организации действия права страны. Очевидно и по этой причине нормотворческие органы, прежде всего федеральная законодательная власть, неохотно прислушиваются к рекомендациям науки относительно как организации законодательной деятельности, так и систематики действующего законодательства.

**Аргументация методологического статуса системы права.** Разрешение этой достаточно сложной проблемы является предварительным условием теоретического осмысления проблемы структуры права. Как известно, общетеоретическое понятие системы права введено в научный оборот в ходе первой дискуссии о системе права. Потребности практики, таким образом, предопределили интерес к системной организации права, потребовавшей поиска объединяющего понятия, а вместе с этим определения критериев дифференциации системы права.

И практическое, и теоретическое понимание системы права было представлено с учетом так называемого отраслевого деления права. Система (точнее говоря, структура) права при таком (традиционном) подходе оказалась весьма упрощенной: нормы права – институты права, подотрасли – отрасли, блоки отраслей. Все компоненты, накладываясь один на другого, оказываются субординированными, напоминая эффект «матрешки»; связи между ними однозначно определено вертикализованы, представленная структура не соответствует реально существующим функциональным потребностям права. Очевидно, что в структурной организации права есть неоднородные и несубординированные элементы, соединение которых в единое целое подчиняется специфическим закономерностям, между этими элементами существуют определенные зависимости (связи), которые также не приобретают стохастический (вероятностный) характер. К сожалению, эти вопросы оказались за пределами научного анализа.

<sup>1</sup> В этой связи не иначе как недоразумением следует считать суждение о том, что «система», «системность» – понятия, которые используются просто традиционно, тогда как реальные объекты давно стали совокупностями. Это в равной степени относится и к системе права, и к правовой системе, и к системе источников права, и к системе законодательства» (См.: *Бошно С.В.* *Формы российского права.* – М., 2004. – С. 9).

Господствовавшая методология исторического материализма предопределила понимание системы права преимущественно как явления объективного характера, находящегося за пределами досягаемости влияния законодателя: «на структуру и развитие системы права преимущественное влияние оказывают объективные факторы, так как она отражает бытие, реально существующую систему правоотношений...». Систему права... «нельзя построить, сконструировать, создать»<sup>1</sup>. Следствий из таких посылок по меньшей мере два: во-первых, система права – явление сугубо объективное, оно складывается вне и помимо целенаправленной и специальной деятельности законодателя; во-вторых, система права – реальный феномен правовой жизни, она характеризует согласованное и соподчиненное строение права и его особый (системный) характер действия.

Отмеченные взгляды и основанные на них подходы к оценке объективности права остаются достаточно распространенными и в современных условиях. Считается, что у законодателя мало шансов изменить объективный ход формирования права, что он лишь оформляет реально сложившееся право и т. д., и т. п.<sup>2</sup>

Анализ проблемы показывает, что отмеченные выводы являются сильно преувеличенными и не отражают истинного положения дел. В действительности формирование права подчиняется иным закономерностям. Для доказательства достаточно обратиться к процессам формирования современного российского права, чтобы убедиться в том, насколько значимая роль в этом законодательных органов власти: именно федеральный законодатель по своему образу и подобию конструировал новое право, которое далеко не во всем том, что традиционно обозначается системой права, является совершенным. Обилие законотворческих ошибок на данном пути, политизация законотворчества, намеренное или неявно выраженное лишение его научных подходов способствовало тому, что правовая система оказалась отягощенной многими актами и даже нормативными массивами, которые пребывают в противоречии с принципом системного действия права. С точки зрения традиционного подхода это и есть система права, которая в таком представлении сложилась-де объективно. Действительное в этом случае выдается за желаемое, должное подменено сущим. Получается так, что результаты законодательной деятельности *a priori* лишены критики и признаются истинными, объективными. Такой подход крайне отрицательно влияет на качество принимаемых законов и не способствует формированию конституционной ответственности законодательного органа власти.

Активизация научного поиска, связанная с дискуссией по системе права, прошедшей в 80-е годы прошлого столетия, привела исследователей к разделению на противников и сторонников идеи системы права: часть из них в качестве радикального способа решения проблемы предложила отказаться от использования категорий отрасли права и системы права, соответственно используя для этих целей уже известные юридической лексике понятия «отрасль законодательства» и «система законодательства» (Р.З. Лившиц, В.П. Мозолин, В.Ф. Попондопуло, Ц.А. Ямпольская, Л.Б. Тиунова и др.)<sup>3</sup>.

Но отказ от одной крайности породил другую – абсолютизацию значения субъективного фактора. Бесперспективность такой теоретической «находки» очевидна, а значит, споры о системе права, ее составе, в частности, отрасли права, зашли в тупик, из которого при сохраняющихся подходах выхода нет.

Очевидно, что поиск истины лежит на пути *смены исследовательской парадигмы*. Представляется, что систему права следует понимать как интегрированное выражение содержания (юридического «состава») права, представленного 1) его внутренней организацией, или структурой права и 2) внешними формами выражения права, то есть юридическими формами (по общепринятой терминологии – источниками) выражения.

В предлагаемом понимании устраняются многие изъяны прежнего понимания. Прежде всего, система права воспринимается не как юридическая фикция, феномен, имеющий исключительно доктринальное значение, а как правовая реальность и фундаментальная категория юриспруденции. В этой же связи становится очевидной несостоятельность отрицания этой категории и возведение в абсолют понятия системы законодательства.

Признание в системе права в том числе субъективной составляющей позволяет оценивать действительное участие законодателя, его роль, влияние на качество принимаемых законов, просчеты и ошибки в законотворчестве и прочее, что имеет не только сугубо доктринальное, но и мировоззренческое значение: именно на общенациональный орган законодательной власти (государство в целом) возлагается ответственность за состояние законодательства и в целом качество действующей в стране системы права.

<sup>1</sup> Алексеев С.С. О теоретических связях классификации отраслей советского права // Советское государство и право. – 1957. – № 7. – С. 99.

<sup>2</sup> См., к примеру: Петров Д.Е. Отрасль права / Под ред. М.И. Байтина. – Саратов, 2004. – С. 13.

<sup>3</sup> См.: Система советского права и перспективы ее развития («Круглый стол» журнала «Советское государство и право» // Советское государство и право. – 1982. – № 6. – С. 56–57; 94–95; Лившиц Р.З. Отрасль права – отрасль законодательства // Советское государство и право. – 1984. – № 2. – С. 47; Тиунова Л.Б. Система правовых норм и отраслевое подразделение права // Правоведение. 1987. – № 4. – С. 67.

Приобретает реальное звучание и социальную значимость идея соотношения форм и структуры права<sup>1</sup>. С точки зрения заявленного понимания системы и структуры права становится возможным обнаружение закономерных связей между формами права и его структурными подразделениями – отраслями, институтами и иными нормативными комплексами. В свою очередь через познание структуры права получит новый импульс исследование форм права, определение их иерархии, видов, становится возможной переоценка тех форм значение которых длительное время либо гипертрофировалось, либо, напротив, недооценивалось. Гипотетически можно предположить, что каждой отрасли права соответствует своя система форм (источников) права. Однако вопрос о том, существует ли жесткая зависимость между формами права и соответствующей отраслью, все же остается открытым. Логичны в этой связи вопросы, имеющие не только научную, но и практическую ценность: есть ли у каждой отрасли свой набор форм и источников права; можно ли сформулировать закон такой связи или хотя бы обосновать формулу связи, выделив типовые характеристики такой зависимости; правомерно ли считать, что с появлением новых форм права (их особого сочетания) появляется и нормативное образование в виде самостоятельной отрасли? И наоборот: возможно ли существование массива норм, скажем, отрасли права при прежних формах права? Точно так же правомерен вопрос о том, влечет ли появление форм права появление группы норм, в виде взаимосвязанных институтов права.

Как известно, перечень форм права предельно обозначен – закон, обычай договор, прецедент. Означает ли это, что разные отрасли, за небольшими нюансами, имеют одни и те же формы своего выражения. Наверное, все эти вопросы имеют право на жизнь, а значит, проблема характера и меры зависимости отрасли права и ее форм требуют специального анализа. При обилии неясных вопросов, очевидно, что определенные формы права имеют определенные устойчивые связи с конкретной отраслью права, связи, которые приобретают закономерный характер.

С позиции отстаиваемого подхода уточняется роль и место статутного права (законодательства) в системе права – проблемы общей для всех без исключения современных стран, а вместе с этим становится понятной и роль законодателя (как позитивная, так и отрицательная) в формировании национальной системы права. Появится реальная возможность оценивать действительное участие законодателя, его роль, влияние на качество принимаемых законов, просчеты и ошибки в законотворчестве и пр. Повысится ответственность за всю сферу законодательства, усилится значение парламентского контроля за реализацией законов, в том числе за сферой подзаконного нормотворчества.

Признание того факта, что именно законодатель в решающей мере конструирует систему национального права имеет не только сугубо доктринальное, но и мировоззренческое значение: именно на общенациональный орган законодательной власти возлагается ответственность за качество законодательства (которое оказывается эквивалентным качеству законодательной деятельности) и состояние действующей в стране системы права; система права не есть результат игры сил, представляющих власть, она имеет объективный характер, но только по содержанию: законодатель действительно формирует, буквально создает структуру права, но он обязан это делать в соответствии с теми объективными требованиями, на которых основывается система права. Несомненно, при данном подходе становится возможным оценивать истинную роль законодателя в формировании национальной системы права, а в соответствии с этим определять меру его конституционной ответственности. Очевидно, что все это способно оздоровить правовую жизнь современного общества, усилить присутствие в нем конституционно-правовых начал.

**Структурность как свойство права. Категориальное значение структуры права.** Структура права и система права – явления разного порядка правовой системы. Если система характеризует право как выраженное вовне целостное интегративное образование, как единство формы и структуры права, то структура призвана отобразить внутреннюю архитектуру (организацию) права. В этом смысле как и система права, структура права приобретает самостоятельное значение в категориальном строе юриспруденции. Это обстоятельство чаще всего в нарушение методологических строгостей (принципов научного познания) не принимается в расчет авторами, фрагментарно обращающихся к проблеме. С их точки зрения логично считать, что «под системой права принято понимать... структуру права»<sup>2</sup>. «Под системой права понимается его объективно сложившаяся внутренняя структура, состоящая

<sup>1</sup> С позиции господствующих подходов проблема зависимостей структуры и форм права не имеет сколько-нибудь важного (как теоретического, так и практического) значения.

Обращает на себя внимание любопытный факт. Формулируя тему докторской диссертации соискателю, автор провел своеобразное «тестирование» своих коллег – специалистов по общей теории права (МГЮА, Российская академия правосудия и др.). Все они (притом вне зависимости от принадлежности к юридической школе) искренне считали, что проблемы взаимосвязи структуры и формы права не существует, поскольку речь идет об идентичных феноменах. Философичные замечания о внутренней и внешней форме права, действительно, укоренились в отечественном правоведении, но причина, как оказывается, все же заключена в консерватизме мышления, выступающего для его носителя своего рода методологическим «табу».

<sup>2</sup> Макуев Р.Х. Теория государства и права: Учебник – 3-е изд., изм. и доп. – М., 2010. – С. 335; Теория государства и права / Д.В.Березовский, А.В. Липень [и др.]; Под ред. А.В. Малько. – М., 2010. – С. 170–171.

из взаимосогласованных элементов (норм, институтов, подотраслей и отраслей права)». Как видим, разные учебники, к тому же изданные в разное время, различные авторы, а позиции – сходные, если не сказать точнее. Большинство же исследователей хотя и пишут о «структуре системы»<sup>1</sup>, так или иначе склоняются или к их отождествлению<sup>2</sup> или к поглощению системой права структуры права<sup>3</sup>. Упрощенно также понимание структуры права исключительно как совокупности внутренних характеристик строения права.

Отмеченное обращает внимание на то, что вопросы структуры права в теоретической литературе исследованы поверхностно<sup>4</sup>. Пожалуй, одной из самых заметных работ здесь можно выделить фундаментальную монографию С.С. Алексеева<sup>5</sup>. Сделанные в этой работе выводы не утратили своего значения и в новых социально-правовых условиях. Вместе с тем анализ проблемы при отсутствии необходимого как теоретического, так и практического материала обусловил своеобразный взгляд автора на проблему<sup>6</sup>; анализ структуры права в ряде случаев подменяется анализом системы права, из чего можно было бы предположить, что автор в принципе не возражал против такого понимания этих действительно самостоятельных феноменов права. Однако в своем труде на этот счет ученый неоднократно делает оговорки.

Что касается иных работ, где встречается упоминание о структуре права, то можно сказать, что влияние мэтра отечественного правоведения на проблему в них сказывается достаточно ощутимо.

Несколько выделяется «оригинальная теория» профессора В.П. Мозолина (так ее характеризуют авторы оригинального учебника по теории права)<sup>7</sup>, в которой не только не оставлено места отрасли права, но и подвергнута сомнению самостоятельность самой системы права. «Под системой российского права, – утверждает автор, – необходимо понимать внутреннее соединение взаимосвязанных и взаимодействующих между собой правовых общностей, основу которых составляет Конституция РФ...»<sup>8</sup>. Но в приведенном случае то, что автор обозначает системой, характеризует понятие структуры права. Авторы отмеченного выше учебного издания понятием структуры права не оперируют, впрочем, как и не оставляют интересующимся проблемой, собственного понимания системы права<sup>9</sup> (во всяком случае, в данном издании).

**Структурность как свойство права.** В философии аксиоматично положение о том, что бесструктурной материи нет; структурные уровни материи образованы из определенного множества объектов какого-либо класса и характеризуются особым типом взаимодействия между составляющими их элементами. Если структурность есть внутренняя расчлененность материального бытия, то структурность, как и системность, имплицитно присущее праву свойство. Структура права, следовательно, – это следствие внутренне присущих ему свойств, в том числе и такого свойства, как структурность.

<sup>1</sup> См.: Проблемы общей теории государства и права. – 2-е изд., пересм. – М., 2010. – С. 354.

Строго говоря, часто употребляемое юристами (а нередко и философами) словосочетание «структура системы» не корректно. Структура характеризует не систему, а собственно право; по этой версии, не система, а право состоит из набора элементов; соответственно не связи системы, а структурообразующие право элементы. Эти философичные поправки, на самом деле, оттеняют принципиальные расхождения между двумя этими феноменами. И в системологии, и в философии, при внимательном анализе, эти различия становятся понятными.

<sup>2</sup> «Отражением строения права, то есть его структур выступает категория системы права» (Синюков В.Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. – 2-е изд., доп. – М., 2010. – С. 396).

<sup>3</sup> Система права – «это... внутренняя структура права, которая выражается в единстве и согласованности составляющих его норм и одновременной их дифференциации на отрасли и институты», считает А.С. Шабуров (см.: Теория государства и права. – М., 1985. – С. 276). В новейших литературных источниках эта позиция не изменилась.

<sup>4</sup> Даже те авторы, которые по самому заявленному ими намерению обязаны были проникать в суть проблемы, обходят общими рассуждениями о структуре (см., например: Муромцев Г.И. О некоторых аспектах структуры права. Структура права: вопросы теории, истории и методологии: Материалы межвузовской научной конференции. 7 апреля 2004 года. – М., 2005. – С. 2–60; Азми Д.М. Правовая структуризация и систематика. – М., 2010).

Примечательно, что несмотря на очевидный философский уровень проблемы, она не становится предметом специального анализа в многочисленных работах по философии права (см., например: Габидулин Р.С. Философия права: Монография. – М., 2012; Иконникова Г.И. Философия права: Учебник для магистров / Г.И. Иконникова, В.П. Ляшенко. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2012; Малахов В.П. Философия права. Формы теоретического мышления о праве. – М., 2009). Видимо, сказывается отношение к фундаментальным проблемам аналитической юриспруденции, требующим точного правового анализа.

<sup>5</sup> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. – М., 1975.

<sup>6</sup> В этой связи критика Е.А. Лукьяновой в адрес С.С. Алексеева в ряде случаев выглядит безосновательной и лишней аргументации (см.: Лукьянова Е.А. Процессуальное право и его место в структуре права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М., 2000).

<sup>7</sup> См.: Лазарев В.В. Проблемы общей теории jus: Учебник для магистрантов юридических вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липень, А.Х. Саидов. – М., 2012. – С. 234.

<sup>8</sup> Мозолин В.П. Система российского права (доклад на Всероссийской конференции 14 ноября 2001 г.) // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 110.

<sup>9</sup> См.: Лазарев В.В. Проблемы общей теории jus: учебник для магистрантов юридических вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липень, А.Х. Саидов. – М., 2012. – С. 234–235.

Наличие данного свойства указывает на то, что право по своему объективному предназначению явление структурно организованное: его строение многоуровневое, структурные уровни образованы из определенного множества различных по объему и содержанию правовых элементов, отличающихся нормативно-юридической природой, иерархичностью, интегрированностью и дифференциацией, существующими между ними особыми типами взаимосвязей; структурное единство и интегративность составляющих право элементов (норм права) в решающей мере обусловлено заданными ему (праву) функциями, а также средой действия права. Структурные уровни права находятся в неоднозначно-линейных и вертикальных связях между собой; переплетение этих уровней в рамках правовой системы общества порождает представление о господстве случайности и хаотичности в правовой действительности. Однако внимательный анализ обнаруживает наличие в праве фундаментальной структурности – главных и второстепенных его компонентов, которые определенным образом субординированы, структурно упорядочены (оформлены), подчиняются действию соответствующих им закономерностей; каждая общность права образуется из ряда специфических структурных уровней, которые находятся не в беспорядочном их «наборе» в составе той или иной правовой общности, но в определенной связи, упорядоченности. Совокупность связей между элементами образует структуру права, устойчивые связи определяют упорядоченность всей системы права. Связи по горизонтали – координирующие, обеспечивают корреляцию (согласованность) структурных компонентов, ни одна часть системы не может измениться без изменения других частей; связи по вертикали – связи субординации, одни элементы структуры права подчиняются другим.

Таким образом, структура – это внутренняя организация права, которая способствует связи его элементов в единое целое, определяет (организует, обеспечивает) упорядоченность этих элементов. Структура – это и способ, закон связи элементов целого, система отношений элементов в рамках данного целого (В.И. Свидерский). Любая структура характеризуется элементным составом, наличием связей, инвариантностью (устойчивостью) во времени. Структура права – это одновременно и инвариантный (устойчивый) аспект его системы<sup>1</sup>; она отличается интегративностью, единством, функциональностью; важнейшее свойство структуры права – ее относительная устойчивость. При этом изменение структуры может быть как закономерным и управляемым, так и случайным, непредвиденным; композиция юридического материала, обусловленная стабильностью права, инвариантна – устойчива, постоянна, константна относительно вполне определенных изменений и преобразований.

Структура отображает юридический состав права, набор его элементов взаимосвязи между отдельными его компонентами. При этом структура отображает системный характер права лишь при определенных условиях – когда она как объединение (целостное нормативное образование) множества взаимосвязанных компонентов (структурных общностей) гармонизирована, внутренне организована, вследствие чего придает праву способность функционировать во внешней среде, достигая целей и задач правового регулирования. Право, значит, должно быть структурировано так, чтобы системный эффект его действия, что называется, был объективно предопределен (задан) самой его организацией. Именно в этом случае оно (право) приобретает характер функционирующей системы. В ином случае право представляет собой механическое соединение (совокупность), которое обеспечивает системный эффект действия лишь на локальных участках социального пространства.

**О концептуальных подходах к анализу структуры права.** Изучение проблемы показывает, что при анализе структуры права исследователь по меньшей мере обязан охарактеризовать ее с точки зрения: а) полноты и логической завершенности ее элементного состава, б) объективно заданных праву как внутренних связей (генетических, структурных, структурно-функциональных и др.) составляющих его компонентов, так и внешних, соотнеся между собой структуру и функции права, структуру и формы права, в) определения структурообразующих и ведущих частей в структурной организации права.

Согласно господствующему мнению, строение права, за некоторыми изъятиями, сводится к отраслевой структуре права. Право, по данной версии, состоит из базовых, или профилирующих, специальных (основной или первичные уровень) и комплексных отраслей права (вторичный или производный от основного уровень). Если по поводу первых основных отраслей вообще-то нет особых разногласий, то существование комплексных отраслей права ставится многими под сомнение. Тем не менее абсолютное большинство исследователей исходит из признания отрасли права основным компонентом структуры (в традиционном понимании – системы) права.

Наряду с господствующей позицией сформировался и иной подход, в соответствии с которым отрасль права не является структурной частью права; таковой является отрасль законодательства. Соответственно этому предлагается отказаться от использования данного понятия. Отдельные авторы предлагают компромиссную позицию: признать за системой права статус научной категории. В понимании А.В. Мицкевича, система права «есть не что иное, как доктринальная научная категория, которой

<sup>1</sup> См.: *Овчинников Н.Ф.* Принципы сохранения. – М., 1966. – С. 267; *Аверьянов А.И.* Системное познание мира. – М., 1985. – С. 51.

должна следовать (но далеко не всегда следует) *законотворческая практика и система законодательства*<sup>1</sup> (курсив мой. – В.Ч.).

На конференции по системе права, проходившей в 2001 году в Московской государственной академии права профессором В.П. Мозолиным была предложена иная конструкция построения («системы») права. По его мнению, «структурная система права в ее обобщенном виде состоит из трех уровней: конституционного права; основных «ветвей» права; правовых образований»<sup>2</sup>. Как видно, взгляд на проблему выглядит более чем радикально. Однако, предложив отказаться от признания отрасли права основным структурным компонентом права, заменив его понятием «ветвь права», ученый все же критерии выделения ветвей права, за некоторыми изъятиями предложил аналогичные тем, которые положены в основу структурирования права в его традиционной версии. В качестве основных критериев разграничения этих уровней выступают: сфера действия правовых норм, входящих в правовые общности соответствующих структурных уровней; характер и юридическая природа правоотношений, возникающих в результате правового регулирования социальных отношений в различных сферах жизнедеятельности общества и государства; регулирующие возможности указанных правовых норм<sup>3</sup>. Дальнейший анализ приводит к убеждению, что и предмет, и метод правового регулирования все же признаются в качестве основных критериев структуризации права.

«Каждая ветвь имеет свой предмет правового регулирования», «соответственно характеру правоотношения решается вопрос о методе каждой основной ветви права». Однако «такой метод ...должен вытекать из характера общественных отношений, регулируемого нормами соответствующей ветви права, то есть быть зависимым от предмета ветви или иметь вторичную по отношению к предмету классификационную природу критерия, определяющего понятие ветви права»<sup>4</sup>. Куда-то совсем затерялись сферы действия права, и автор все же склоняется к традиционному феномену – предмету правового регулирования.

Не отказывая автору в новизне его взгляда на проблему, отметим все же, что такой подход оставляет множество нерешенных вопросов и к тому же порождает новые, как представляется, в рамках предложенного им подхода неразрешимых.

Мне, как длительное время занимающемуся проблемами действия права, импонирует предложение автора об избрании одним из важных критериев деления права на важнейшие составляющие («ветви права») – сферы действия права. Однако не является ли это достаточно общим критерием, применение которого «одним темпом» отчекмыжит от действующей правовой системы целый ряд ее подразделений. Например, имущественные отношения являются предметом регулирования для гражданского права, земельного права. Если ранее (в советский период истории) только первым была присуща товарно-денежная форма, а земельное право отличалось отсутствием товарно-денежных отношений, на основании чего проводилось различие между ними, то ныне ситуация иная; может быть поэтому в перечне основных «ветвей» права у В.П. Мозолина не оказалось земельного права.

Спорным оказался статус у конституционного права. Если это не отрасль и не «ветвь» права, просто «уровень права», как считает автор, то как этот уровень формируется; какие критерии отнесения к нему тех или иных норм, институтов? Ссылка на Основной закон страны проблемы не решает хотя бы потому, что Основной закон применительно к ряду стран может вовсе и не быть при том, что конституции в таких странах в материально-правовом смысле существуют (таких стран относительно немало). К тому же и национальная конституция (основной закон) должна подчиняться более высоким критерием – общим принципам права, основным правам человека, которые не обязательно могут быть конституционно оформлены, отчего они не утрачивают характера основных – естественных, неотчуждаемых, то есть фундаментальных прав человека и гражданина.

Как-то не решен главный вопрос о так называемых комплексных отраслях права. Ну, отказались от отрасли права, найдя ей «заменителя»; равно как и упразднили понятие (явление?) комплексной отрасли права, заменив его понятием правового образования, хотя правовыми образованиями являются и нормы, и институты, и «ветви» права. Но тем самым их «размножение» не гарантируется. Проблема, таким образом, отнюдь не теоретическая, а большой практической значимости, осталась.

Как считает автор, «правовые образования» по юридическому составу состоят из правовых норм и институтов основных «ветвей» права. А как быть с муниципальным правом, которое отпочковалось (по мнению довольно большой группы юристов, в основном, муниципалистов) от конституционного права; ведь последнее не отнесено к основным ветвям права; из норм каких «ветвей» оно состоит?

<sup>1</sup> Мицкевич А.В. Система права и система законодательства // Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов. – М., 2001. – С. 336–337.

<sup>2</sup> Мозолин В.П. Система российского права (доклад на Всероссийской конференции 14 ноября 2001 г.) // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 110–111.

<sup>3</sup> См. там же. – С. 111.

<sup>4</sup> Там же. – С. 112.

По утверждению В.П. Мозолина, комплексные правовые образования нельзя относить к разряду «ветвей» права, поскольку они не обладают теми качествами, о которых говорилось выше», то есть они «беспредметны» и др. Но это не совсем так: к примеру, то же муниципальное право какой-то одной сферой действия не ограничивается; так называемое образовательное право характеризуется спецификой образовательных правоотношений, которые по юридической природе не уступают правоотношениям, возникающим на основе норм «основных ветвей».

И, конечно, один из наиболее значимых контраргументов связан с позицией автора в вопросе так называемого отраслевого деления права. Думается, что при структурировании права, в каком бы исполнении это ни было представлено, преждевременно и неоправданно отказываться от отраслевого деления права. Другое дело, что отраслевое построение (в том виде как оно представлено господствующим мнением): а) не должно исчерпывать всей структуры права; б) действительно отражать многоуровневый характер структурной организации права; в) основываться на современной правопонимании, не отторгать правообразований, не охватываемых содержанием позитивного права; г) быть ориентированным на потребности юридической практики, прежде всего в вопросах систематики позитивного права.

Как представляется, учет отраслевого деления соответствует сложившейся в отечественной юриспруденции правовой традиции, приспособлен к специфике российской правовой системы, отражает правовую ментальность юридического корпуса страны. Что очень важно, принцип отраслевого структурирования права попросту незаменим в сопредельных отраслях права, в особенности в вопросах определения критериев, границ правомерного и противоправного деяния, определения виновности и наказуемости за правонарушения. Это в особенности остро ощущают специалисты таких подразделений права, как уголовное и административное право в тех случаях, когда речь идет о криминализации или декриминализации деяния. Полемика, развернувшаяся не только в профессиональной среде юристов, но и среди широкой общественности по вопросу «о возвращении» в Уголовный кодекс такого состава преступления, как клевета, лишней раз доказывают это. Следовательно, теоретики права, а равно те ученые, которые с общетеоретических позиций исследуют проблему структуры и системы права, должны учитывать интересы сопредельных отраслей российского права. Отраслевое деление права все же позволяет более чем иные из предлагаемых вариантов решение данных вопросов с учетом научного знания.

При оценке рассматриваемой проблемы не имеет значения то обстоятельство, что «отрасль права – это отечественное изобретение»<sup>1</sup>. Отрасль права, если ее истолковывать с позиции аналитической юриспруденции, – это не что иное как некий набор средств регуляции (юридический инструментарий), применяемый к сходным, типичным, имеющим широкое распространение и повторяющимся жизненным (правовым) ситуациям, или, по сложившемуся в отечественной юриспруденции подходу, общественным отношениям. В этом проявляется уникальность действия права вне зависимости от факторов времени и пространства. В указанном смысле отрасль права (это явление может и не называться отраслью права) – отнюдь не отечественное изобретение. Можно сказать, что это «произведение» самого права. Правовое регулирование, что в Голландии, что в России мало чем отличается. Отличия – в технологиях применения средств регулирования, качестве производимого правового продукта и пр. Отечественным изобретением точнее назвать абсолютизацию предмета правового регулирования и, в частности, признание таковым в духе материалистической диалектики общественных отношений, которые лишь в конечном счете, опосредовано, могут выступать объектом регулирования. Ближайший (углубленный) взгляд на проблему позволяет рассмотреть в качестве объектов регулирования многообразные социальные интересы (как содержание отношений, действий, деятельности людей). Их согласование, «усреднение» в законе и есть собственно предмет законодательного регулирования (при том, что по своей сущности право – это согласованный интерес).

Симптоматично при этом, что воззрения автора анализируемой конструкции строения права на предмет правового регулирования остаются традиционными. Следовательно, то что профессор В.П. Мозолин называет несколькими уровнями, на самом деле охватывается одним уровнем, который уже имеет обозначение в юридической науке и квалифицируется отраслевым делением права.

Таким образом, вопрос о структурных рядах права или о его строении остается по-прежнему открытым.

**Структурные уровни, ряды права. Правовые общности.** Сформулированный доктриной вывод о многоуровневом характере строения права остается неизменным и соответствует закономерностям структурной организации права. Представляется, что структура права должна отвечать как минимум следующим требованиям: быть действительно многоуровневой, при том что каждый из уровней отличается относительной автономией и специфичностью структурных элементов; охватывать по возможности как можно более полный перечень элементов; отражать многообразие структурообразующих право связей.

<sup>1</sup> Синюков В.Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. – 2-е изд., доп. – М., 2010. – С. 396.



Если основываться на современном правопонимании, закономерностях действия права, то думается, что право может быть структурировано на четырех уровнях, которые соответственно можно обозначить, как 1) базовый, 2) основной, 3) субсидарный и 4) специальный. Каждому из этих уровней соответствуют определенные структурные ряды (или один структурный ряд). Структурный ряд в свою очередь может объединять одну или несколько правовых общностей.

1. *Базовый (фундаментальный уровень)* включает два структурных ряда, которые образуют соответственно права человека и принципы права. Данный уровень с точки зрения его юридического состава и предназначения права можно было бы обозначить *гуманитарным слоем действующего национального права*.

**Права человека в структуре права.** Признание прав человека структурообразующим компонентом права основано на том методологически важном постулате, что лежащая в основе прав личности свобода признается первичной клеточкой, первоосновой права (В.Ф. Гегель). Отмеченное предполагает усвоение структурообразующей роли прав человека в правовой системе.

Прежде всего такая роль усматривается в имеющем общерегулятивное значение конституционном императиве о признании личности, ее прав и свобод высшей конституционной ценностью, содержанием и смыслом законодательной деятельности (ст. 2 и 18 Конституции РФ). Права человека, таким образом, выступают той максимальной, которая в принципе обуславливает содержание законодательной воли и юридическое содержание принимаемых законов. Идея приоритета прав человека имплицитно является общей (родовой) целью законов. Такая цель обуславливает оценку эффективности действия закона с точки зрения результативности достижения данной цели и, кроме того, отмеченной цели должны соответствовать юридические средства ее достижения.

Принципиально важно то, что именно права человека как главный объект конституционно-правового регулирования придают конституционному праву особый юридический вес в национальной структуре права. Именно этот фактор, а не только национальная конституция страны, которая имеет по отношению к правам человека и их носителю подчиненное значение, обуславливают «ведущий» характер конституционного права во всей системе права. Это фактор в праве настолько сильный, что международное право и международные системы всей совокупностью норм и институтов призваны обеспечивать реальность и гарантированность прав и свобод человека и гражданина.

Права человека «обладают нормативным приоритетом перед демократией»<sup>1</sup>; воплощают в себе социальное начало определения высокого статуса человека. Через национальное законодательство и юридическую практику права человека воплощаются в гарантированных правовых нормах, юридических конструкциях и специальных правовых принципах, то есть обретают особенности, «которые характерны для материи, тела позитивного права...»<sup>2</sup>. Именно поэтому «...субъективные права и выражающие их юридические структуры призваны стать доминирующими, главенствующими в праве»<sup>3</sup>.

Основные права человека определяют меру свободы, закрепляют правовое положение личности в соответствующих отраслях права. Правовой статус граждан в трудовом, семейном, гражданском, административном и других отраслях права основывается на провозглашенных и гарантированных Конституцией правах, таких как право на труд, отдых, социальное обеспечение.

Права человека – это первичный и основной структурообразующий компонент структурной организации права. Именно под влиянием этого феномена формируются отрасли частного и публичного права. То значение, которое придается ему, вынуждает говорить о правах человека как особом нормативном слое в структуре современного права. Важно то, что в структуре современного права соблюдается своей однородностью достаточно значительный массив норм, обозначаемый в конституционной теории гуманитарным правом<sup>4</sup>.

Права человека придают смысл и системообразующий характер всему праву. Это обусловлено и тем обстоятельством, что они легитимируют многообразие интересов человека, которые выступают важнейшим и более неделимым объектом правового регулирования. Именно интересы структурируют право на крупные правовые общности, а внутри них на отдельные отрасли. Это обстоятельство в правоведении не оспаривается, принимается как аксиоматичное.

Как справедливо замечено, право потому и право, что оно по своей глубинной сути и предназначению говорит о правах. Это значит, что субъективные права, то есть правомочия, юридические возможности, которыми вместе с соответствующими гарантиями обладают конкретные субъекты, есть своего рода центр, узловой пункт содержания права, его структуры, к которому стягиваются все нити

<sup>1</sup> Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. – М., 1995. – С. 34.

<sup>2</sup> Алексеев С.С. Собрание сочинений: В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 4: Линия права. Концепция: Сочинения 1990–2009 годов. – С. 277.

<sup>3</sup> Там же. – С. 245.

<sup>4</sup> См.: Червонюк В.И. Гуманитарное право как составляющая современных правовых систем и самостоятельная ветвь правоведения // Первые милиейские чтения, посвященные 5-летию Московского университета МВД России: Сборник статей. – М., 2007. – С. 11–14.

правового регулирования, все частицы, атомы правовой материи, из которых в совокупности складывается исконное правовое содержание, его структура<sup>1</sup>.

**Принципы права в структуре права.** Это следующий структурный ряд права, имеющий как и все право, производный характер от прав человека. Принципы права – это предельные по уровню нормативного обобщения правового положения («нормы-принципы» позитивного права) или общепризнанные правовые идеи (фактические «нормы-принципы»), отображающие «дух» (смысл, сущность, природу) и особенности регулятивного действия права в различных сферах, зонах, участках правового регулирования; принципы права выражают субстанциональное в праве, это «сгустки» правовой материи, они заключают в себе значительный потенциал права, его энергию и позитивно преобразующие возможности в социальном пространстве; это встречающиеся в различных исторических условиях во всех или в большинстве национальных правовых систем нормы (И.И. Лукашук, С.В. Бахин), распространяющиеся на всю область действия права или применяемые в отдельных его сферах (зонах, участках). Принципы права, таким образом, есть часть действующего права, они характеризуются обязательностью, безусловностью, это правовой императив, связывающий действия и решения (акты) законодательных и правоприменительных органов, и правовой ориентир организации поведения широкого круга адресатов.

В этой связи с большим сомнением следует отнестись к оценке принципов права в качестве так называемого мягкого права, «...своего рода «вспомогательных», не способных служить основой самобытных правоотношений правил или критериев, действующих в «сфере права»...»<sup>2</sup>.

Конечно, действие принципов права отличается спецификой, равно специфичны и способы их «трансплантации» во внутрисударственное и международное право, что, однако, не является основанием для квалификации принципов права в качестве «доправа»<sup>3</sup>, пропедевтики права и т. п. Не углубляясь в оценку особенностей действия принципов права, заметим лишь, что в отличие от «обычных» правоустановлений реализация принципов права в определяющей степени зависит от правоприменительных органов и, главным образом, от судебной власти, высших судов в особенности. Очевидно, что либо они (суды) применяют принципы права, утверждая тем самым «открытый» характер всей правовой (и политической) системы страны; либо, напротив, они игнорируют («не замечают») правовой инструментарий, использование которого в особенности важно при отсутствии, конкуренции либо несовершенстве действующих юридических установлений, основываясь на принципах права.

Подобные действия (профессиональные ожидания) правоприменителя (судов) программируют поведение законодательных органов снабжать правовую систему законодательными актами, по своему содержанию идентифицируемых с инструкциями. Напротив, «неквалифицированное» или «квалифицированное молчание» законодателя уже провоцирует правоприменителя на бездействие.

Благодаря принципам права не вошедшие в основные отрасли права нормы удерживаются в структурной организации права, приобретая юридическую силу и регулятивное значение. Особое же положение принципов в структуре права заключается в том, что они представляют собой основополагающие регулятивные элементы структуры. Как глубинные элементы они и способны направлять развитие и функционирование всей правовой системе, определять линии судебной и иной юридической практики, способствовать установлению пробелов в праве, отмене устаревших и принятию новых юридических норм<sup>4</sup>. Отсюда и их характеристика в качестве «механизма саморегулирования в системе права» А.Ф. Черданцев), «командного отсека механизма правового регулирования» (Л.С. Явич).

Это первичные и одновременно общеправовые начала, которые, выражая первичную нормативность права, непосредственно воспринимают импульсы, идущие от экономики, политики и социальной жизни. Через это право оснащается социальным и юридическим содержанием (С.С. Алексеев)<sup>5</sup>.

Конечно, проблема признания тех или иных правовых положений принципами права существует и требует специального научного обсуждения. Одним из возможных ее решений может быть, как считает А.Ф. Черданцев, количественный признак: если руководящая идея пронизывает содержание более чем половины отраслей права, то она может рассматриваться в качестве принципа права; если идея пронизывает содержание более чем половины институтов права соответствующей отрасли, то она может рассматриваться в качестве принципа этой отрасли.

Строго говоря, не имеет значения то обстоятельство, в какой форме выражены принципы права, юридически оформлены они или пребывают в статусе фактических норм. И в том, и в другом случае они суть важнейшие, конституирующие право, его структурные части.

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Собрание сочинений: В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 4: Линия права. Концепция: Сочинения 1990–2009 годов. – С. 246.

<sup>2</sup> Скурко Е.В. Принципы права: Монография. – М., 2008. – С. 38–39, 40, 43 и др.

<sup>3</sup> Возникает вполне резонный вопрос о том, можно ли «доправо» признать в качестве права. Если оставаться в цепочке таких логических рассуждений, то с большим сомнением можно признать за принципами права юридическое значение.

<sup>4</sup> Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1981. – Т. 1. – С. 262.

<sup>5</sup> См.: Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: Монография. – М., 2012. – С. 137.

Если принципы права есть его (права) структурный элемент, то, подчиняясь структурным закономерностям всей организации они, казалось бы, должны также выстраиваться в определенную иерархию. Очевидно, что такая «иерархия», достаточно условная, может рассматриваться с точки зрения вертикального «среза» структуры права: принципы отдельного института, отрасли (подотрасли), общеправовые. В то же время, чтобы не быть беспринципным (логика научного познания исключает это), наверное, не следует изобретать «принципное право» (увы, но ни где-нибудь, а в одной из докторских диссертаций такое предложение сформулировано в качестве выносимых на защиту научных положений). Уточним: отмеченное касается исключительно фундаментальных, общеправовых принципов права, присутствие которых в структуре права уже само по себе придает ей (структуре) организованный характер.

2. *Основной уровень* образует действующее в стране позитивное право. Применительно к российскому праву можно сказать, что он соответствует отраслевому делению права, и охватывает несколько структурных рядов.

*Первый (генеральный) структурный ряд* занимает конституционное право, венчаемое Основным законом страны. Отнесение конституционного права к высшему структурному ряду обусловлено рядом существенных факторов специально-юридического свойства: объектом регулирования конституционного права, каковым являются основные права человека и гражданина и публичная (главным образом верховная) власть; формами выражения конституционных норм; преобладанием в нормативной структуре конституционного права общих, или исходных норм (принципов права, норм-деклараций, норм-целей, «норм-гарантий» и др.), которые получают дальнейшую конкретизацию во всех отраслях права; воплощением в формах конституционного права так называемых первичных норм, закрепляющих генеральные правовые режимы, применяемые в сфере действия иных отраслей права; определением общего правового статуса субъектов права; наличием общих (общерегулятивных) правоотношений, сторонами которых являются участники отраслевых правоотношений; необходимостью воспроизведения отраслевым законодательством дефиниций, иных общих положений, определенных в нормах конституционного права и др.

*Второй (высший) структурный ряд* занимают *основные правовые общности*; они совпадают с отраслевым делением права, охватывают своим содержанием так называемые базовые, или профилирующие и специальные отрасли права. Классификация внутри этого ряда на определенные классы отраслей права также важна. Представляется, что с точки зрения потребностей конституционной практики возможно подразделение отраслей права (включая базовые, или профилирующие, и специальные) на следующие три класса: *первый класс* – это отрасли регулятивного цикла: гражданское, административное, трудовое и финансовое право; *второй класс* включает отрасли охранительного свойства – уголовное право и полицейское право как часть административного права; *третий класс* отраслей права представлен процессуальным правом. Сохранение необходимых пропорций, доз присутствия отраслей права каждого из отмеченного классов в правовом пространстве страны представляется важной задачей правовой политики государства.

*Третий (низший) структурный ряд* охватывают *комплексные межотраслевые институты*, состоящие из норм материнских отраслей права первых двух структурных рядов и специальных норм. Если элементный состав двух первых уровней стабилен, то этот ряд подвижен, чрезмерно привязан к субъективному фактору в отличие от отраслей права, которые константны и в относительно изменяющихся условиях не изменяются качественно. По этой причине представляется несостоятельной конструкция комплексных отраслей права.

При ближайшем рассмотрении оказывается, что особенность так называемых комплексных отраслей права усматривается в том, что они сочетают в себе разнопорядковые отношения, к примеру, властно-организационные и имущественные, которые соответственно регулируются нормами разных отраслей права, причем как публично-правовыми, так и частноправовыми. Но такое сочетание само по себе не является достаточным основанием для выделения нормативного комплекса в самостоятельную отрасль права. Появление новой отрасли возможно лишь там, где требуется конструирование регулятивного инструментария, отражающего общие принципы и методы регулирования для всего комплекса норм. Имущественные же отношения, в какой бы сфере общественной жизни они не возникали – в связи ли с деятельностью транспортных, муниципальных и других предприятий, подчинены общим началам гражданского законодательства. Точно так же обстоит дело с властно-организационными отношениями, регулирование которых подчинено действию норм публичного права. Но если возникающие отношения не предполагают трансформации или видоизменения методов правового регулирования, то следует признать, что и специально-юридических условий для новой отрасли права (пусть даже и комплексной) не существует. Новая отрасль права не является плодом субъективных усмотрений, она может сложиться при тех условиях, что в реальной действительности возникают качественно новые общественные отношения, которые по предмету и методу правового регулирования не укладываются в уже существующие отрасли. Очевидно, что «спортивные», «таможенные», «транспортные», «предпринимательские», «муниципальные», «миграционные», «банковские»,

«ювенальные», «горные» и прочие отношения специфичными для отрасли права признаками не обладают: все они без исключения регулируются нормами «традиционных» (первичных, основных) отраслей права. Соответственно речь может идти о конструировании обособленного нормативного образования на базе существующих отраслей права, вычленения из них норм, относящихся к тому или иному виду деятельности, то есть о вторичном, комплексном, производном праве, но являющейся структурной общностью конкретной основной отрасли права. Понятно, что с учетом практической целесообразности и субъективного усмотрения возможно конструирование любых нормативно-правовых образований – «спортивного», «таможенного», «информационного» «сельскохозяйственного», «автотранспортного», «медицинского», «муниципального» права и пр. Но все эти нормативные образования охватываются уже известными понятиями – институт (субинститут), комплексный межотраслевой институт права, комплексная отрасль законодательства (она указывает на существующие несовпадения структуры и форм права).

Такой подход имеет не только важное теоретическое, но и практическое значение: юридическая доктрина призвана предопределять задачи нормотворческой деятельности государства с тем, чтобы российское право функционировало в качестве органичного целого. В соответствии с доктринальными представлениями о строении (структуре) права проводится систематизация и кодификация законодательства, устраняются несогласованности и противоречия в нем, решаются многие вопросы применения права, совершенствуется юридическая техника. В этой связи феномен комплексности отрасли, с одной стороны, препятствуют осмыслению системного законодательного регулирования, а с другой – дезориентирует законодателя относительно потребности в сфере кодификационных работ. Поскольку о самом факте существования обособленной области законодательства судят в основном по наличию самостоятельного кодифицированного акта или комплекса актов, связанных между собой отношениями координации и субординации, то вслед за квалификацией того или иного нормативного комплекса в качестве комплексной отрасли права следуют предложения о необходимости проведения «отраслевой» кодификации. К примеру, логичным развитием миграционно-правового регулирования считается принятие миграционного кодекса, вследствие чего оно якобы превратится в «полноценную отрасль права».

Так называемая комплексность отрасли права негативно влияет на правоприменительную практику: возникают проблемы, связанные с неоправданным использованием методов одной отрасли права, там, где объективно существует потребность в применении метода (инструментария) другой отрасли, иных способов и средств правовой регуляции. Так, чрезмерная публицизация муниципального права (то есть признание его отраслью публичного права) сдерживает, в частности, развитие гражданско-правовых отношений, использование рыночных рычагов в сферах экономической жизни, участниками которых выступают органы муниципальных образований, местные сообщества.

**Правовые общности.** Применительно к рассматриваемому уровню в зависимости от степени укрупнения нормативного материала и его юридической однородности в структуре права выделяются несколько *уровней правовых общностей* – консолидированные, основные и ассоциированные.

Наиболее крупные подразделения права объединяются понятием *консолидированных правовых общностей*. При этом выделяются парные и разнопорядковые консолидированные общности: публичное и частное право; регулятивное и охранительное право; материальное и процессуальное право. Выделение консолидированных правовых общностей принципиально важно для установления закономерных связей между основными подразделениями права – публичным и частным, охранительным и регулятивным, материальным и процессуальным.

Структура права не является произвольным образованием. Подчиняясь системным закономерностям, она формируется сообразно тем функциям, которые объективно призвано выполнять право. С этой точки зрения структурирование права подчинено функциям целого (права). В соответствии с осуществляемыми правом функциями – регулятивной и охранительной – все возможные правовые образования правовой структуры могут быть собраны в правовые общности регулятивного их охранительного профиля. На этом основании в структуре права обособляются своей специально-юридической (регулятивной) самобытностью две наиболее крупные правовые общности структурных подразделения права – регулятивное и охранительное право. Вопрос о том, являются ли эти общности реальным или идеальным правом решается по-разному. С.С. Алексеев считает, что реально «регулятивного права» и «охранительного права» нет<sup>1</sup>.

Надо, однако, иметь в виду, что такое построение права характеризует закономерные связи образующих его элементов, и в этой связи подчиняет и действие права этим закономерностям (точно так же как и наоборот: функции права определяют его структурность). Регулятивные нормы воплощены преимущественно в конституционном, гражданском, административном, финансовом праве; охранительные нормы концентрируются (так же преимущественно) в уголовном праве и в той части админи-

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Собрание сочинений: В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 2: Специальные вопросы правоведения. – С. 32–33.

стративного права, которая может быть названа полицейским правом. Во всяком случае, именно в этих двух отраслях права представлены наиболее жесткие средства правового принуждения.

Очевидно также существует мера регулятивной и охранительной энергии права, выход за пределы которой дезорганизует структурные связи права и не отвечает его действительному назначению: при усилении «дозы» охранительного права сила права может утратить свое значение, уступая праву силы; неудержный рост «объемов» регулятивного права, фетишизация правового инструментария в конечном счете также обессточивают силу (регулятивные возможности) права, ведут к правовой анемии. Вследствие того и другого происходит девальвация права, рост правового нигилизма в самых разных его проявлениях. Гармонизация регулятивных и охранительных начал в праве – это одновременно и обеспечение структурной устойчивости права и всей правовой системы в целом. Понятно, что правовая политика государства должна быть подчинена задаче обеспечения баланса регулятивной и охранительной энергии, концентрируя в законодательстве и «расходуя» эту энергию соответственно природе самого права.

*Основные правовые общности* могут быть сформированы с учетом генетических и функциональных связей главным образом вокруг профилирующих отраслей, образуя семьи отраслей права<sup>1</sup>. В соответствии с этим можно выделить: *государствоведческую семью права* (конституционное право, гуманитарное право, муниципальное право, конституционно-процессуальное право, судебный конституционный процесс) *цивилистический цикл общностей права* (гражданское право, трудовое, земельное, торговое и другие, а также гражданское процессуальное право и арбитражное процессуальное право), *семью административно-правовых общностей* (административное право, административно-процессуальное право, финансовое право и др.), *семью уголовно-правового цикла* (уголовное право, уголовно-исполнительное право, уголовно-процессуальное право). Выделение группы отраслей, образующих такие семьи может быть осуществлено и по иным основаниям.

*Ассоциированные правовые общности* – это особый пласт действующего права, который имеет подчиненный (производный) характер по отношению к основным правовым общностям и только в этом смысле может характеризоваться вторичной структурой права.

Право первых двух уровней жестко структурировано. Эта «жесткость» в определяющей мере обусловлена принципами структурной организации права: в структурный ряд права входят объединения норм, обладающие высокой степенью однородности. Вследствие и этого обстоятельство существования так называемых комплексных отраслей права оказывается невозможным: они выглядят инородным материалом в структурной организации права, на них не распространяются принципы этой организации.

Если не исходить из того, что государство «единственный источник права» (Р. Иеринг) или объявлять право «эманацией государственной власти»<sup>2</sup>, то структура национального права всякой страны, правда, в большей или в меньшей степени, представлена и непозитивным правом, составляющим *субсидарный уровень права*. Применительно к особенностям правовых систем различных стран данный уровень может быть представлен различными структурными рядами, которые соответствуют формам их выражения, способам правообразования. Соответственно данный уровень может охватывать *обычное (конвенциональное) право* (не меняет дела то обстоятельство, что в отдельных странах правовые обычаи могут быть инкорпорированы нормами позитивного права, как это, к примеру, предусмотрено ст. 5 ГК РФ); *доктринальное право*; *религиозные тексты* (религиозное право); *прецедентное право* (впрочем, тяготеющее к праву позитивному).

Наконец, *специальный уровень* структуры образует *логический инструментарий права*, в значительной мере посредством которого нормативные образования в праве приобретают характер устойчивого структурного образования; это связующий «материал», сцепляющий отдельные элементы права во взаимосвязанные и взаимоупорядоченные между собой структурные образования. Структурные ряды данного уровня образуют в особенности юридические аксиомы, логические норы, презумпции (прежде всего неопровержимые), юридические конструкции, иные нормативные обобщения. Словом, это все то, что характеризует «логику права» (С.С. Алексеев), это «логическая система права» (В.К. Бабаев). Благодаря логическому инструментарю, составляющие право элементы формируют правовую структуру (структуру права), характеризуя в своем единстве наличие у права такого свойства, как структурность; посредством логического инструментария право приобретает устойчивую функционально-логическую связь, в одинаковой мере важную для правотворчества и применения права.

Существует, правда, и иное мнение. По утверждению авторитетного ученого А.Ф. Черданцева, «...никакой особой логики права или юридической логики не существует...»<sup>3</sup>. В частности, «юридические конструкции – гносеологические категории, инструменты, средства познания правовых явлений»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Уже достаточно давно высказана мысль о том, что в праве существуют четыре семьи отраслей права. (См.: Алексеев С.С. Собрание сочинений: В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 2: Специальные вопросы правоведения. – С. 184 и след.). Однако состав предложенных семей права по происшествию времени требует существенных коррективов.

<sup>2</sup> Гумплович Л. Общее учение о государстве. – СПб., 1910. – С. 383.

<sup>3</sup> Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: Монография. – М., 2012. – С. 21–22.

<sup>4</sup> Там же. – С. 228.

Представляется, что логический инструментарий – это все же не область виртуального, ирреального мира; это и сфера идеального<sup>1</sup> и реального в праве; логический инструментарий одинаково важен и в области гносеологии и онтологии права. Так, с одной стороны, «юридические конструкции – это модель урегулированных правом общественных отношений или отдельных элементов, служащая методом познания права и общественных отношений, урегулированных им; они (юридические конструкции) выступают в качестве средств построения нормативного материала, средств юридической техники» (А.Ф. Черданцев). В то же время «юридические конструкции придают нормам права логическую стройность, способствуют полному, беспробельному, четкому регулированию тех или иных общественных отношений либо их элементов». Юридическая конструкция «представляет схему, на которую нанизывается нормативный материал»<sup>2</sup>.

Не менее важны для придания праву функционально-логической связи презумпции (в особенности неопровержимые презумпции), юридические аксиомы. В частности, юридические аксиомы ученые-юристы квалифицируют как «простые нормы права»; (А.И. Экимов); аксиоматический характер Общей части уголовного закона права признает В.М. Коган<sup>3</sup>; польские юристы К. Опалек и Я. Воленский, анализируя отношения между общими и специальными нормами, характеризуют право как «аксиоматическую дедуктивную систему».

Таким образом, присутствие данного структурного уровня в составе права чрезвычайно важно, становится возможным увидеть в праве глубинные внутренние, закономерно присущие и отображающие самобытный характер права, многообразные связи, конституирующие отдельные разрозненные элементы права (структурные элементы нормы – в нормативное предписание, норм права – в институты, институты – в отрасли, отрасли права – в крупные правовые общности) в организованное и объединенное, логически связанное целостное нормативное правовое образование. Можно сказать, что логический инструментарий права – это своего рода «единицы Хиггса», сцепляющие все различные, разнопорядковые и разноуровневые элементы правовой структуры в единое целостное и взаимодействующее образование; посредством этого исключается их хаотичное брожение и несистемное «поведение»; одновременно усиливается результативность действия права.

Несмотря на существующие разработки по проблемам логики, роль логического инструментария в структурной организации права требует дальнейшего углубленного осмысления. Это будет способствовать и повышению правовой культуры законодательных органов власти, подчинит их действия и решения структурным закономерностям права.

Подобно тому как современная научно обоснованная концепция системной организации материи выделяет три структурных уровня материи: микромир (мир атомов и элементарных частиц – предельно малых непосредственно ненаблюдаемых объектов), макромир (мир устойчивых форм и соразмерных человеку величин – земных расстояний и скоростей, масс и объемов) и мегамир (мир космических масштабов), могут быть (с определенными оговорками в отношении последнего уровня) выделены структурные уровни современного права: роль элементарных в нем частиц («юридический микромир») образуют первичные элементы правовой структуры – нормативные обобщения; право, выраженное в правовых общностях, сферы действия которых ограничены пределами территориального верховенства государства, образует *макроуровень права*; право, выраженное правовыми семьями, а равно региональными (для России прежде всего это конвенциональное право Совета Европы) и международными системами права образует *мегаструктурный уровень права*. Этот срез структуры права отличается субординационными связями: каждый последующий уровень подчиняется системным требованиям объединения права более высокого уровня. Так, система законодательства Российской Федерации (равно как и правоприменительная практика) не может развиваться без учета положений ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

Если в основу структурной организации права положены национальные правовые традиции, то институционализация правовой структуры выражается в правовых семьях – общего, континентального права и в других семьях. Такие правовые структуры также располагаются на мегауровне. Следует при этом иметь в виду, что наблюдаемый на разных континентах феномен правовой конвергенции вряд ли когда-либо приведет к образованию единой планетарной правовой структуры. Как считает С.С. Алексеев, взаимопроникновение элементов одной правовой системы в другие не отменяет того очевидного факта, что национальные правовые системы еще долгое время будут существовать автономно<sup>4</sup>.

Структура права может быть исследована и на уровне «элементарных микрочастиц». Очевидно, что как и всякий материальный субстрат, право в своей основе состоит из некоего вещества –

<sup>1</sup> «Идеальную структуру права образуют: логические нормы, правовые конструкции, подсистемы права» (Алексеев С.С. Собрание сочинений: В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 2: Специальные вопросы правоповедения. – С. 24, 30–31).

<sup>2</sup> Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: Монография. – М., 2012. – С. 228, 251.

<sup>3</sup> См.: Коган В.М. Логико-юридическая структура советского уголовного закона. – Алма-Ата, 1966.

<sup>4</sup> Алексеев С.С. Собрание сочинений: В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 5: Линия права. Отдельные проблемы концепции. – С. 518.

элементарной микрочастицы, отображающей самую регулятивную суть права, его силу, преобразующие возможности в социальном пространстве. Правовое вещество выделяется только теоретически, эмпирически оно не наблюдаемо и имеет опосредованное внешнее формально-юридическое выражение. Поиском этой частицы занимались многие исследователи, но в основном представители аналитической юриспруденции. Искомые величины являлись тем «кирпичиком», посредством которого создавалось все «юридическое здание».

Известно, что поиск таких исходных клеточек права мы обнаруживаем у представителей аналитической юриспруденции Г. Кельзена, Дж. Остина, Г.Л.А. Харта<sup>1</sup>. В отечественной теории права к этому обращался дореволюционный юрист Н.Н. Алексеев<sup>2</sup>. «Правовая структура есть то, что придает различным явлениям правовую форму. И, в частности, нормы права являются “правовыми” только потому, что в них отображается правовая структура. Мы называем “правовыми” нормами, в отличие от других видов норм, те, которые предполагают особого носителя (способность признания), в которых выражаются реализованные ценности и которые формулируются в особых определениях (права – обязанности)».

С.С. Алексеев в качестве таких первичных исходных и вместе с тем структурных элементов права (его нормативного «нерасщепляемого вещества»), выражающих собственно регулятивное своеобразие права как системы социальной регуляции указывает на общие дозволения и запреты<sup>3</sup>.

Таким образом, предлагаемый концептуальный взгляд на проблему структурной организации права, как представляется, отвечает требованию юридического сообщества, согласно которому «право должно предстать перед нами «в виде некоей пирамиды», а не «плоского массива переплетающихся норм», поскольку в пирамидальности заключено одно из условий внутренней согласованности составных элементов системы права<sup>4</sup>. Одновременно в структурную организацию права привносится социогуманитарный контекст, позволяющий отграничивать (структурно отмежевывать) право от неправа – неправовых законодательных актов, расширить структурную организацию за счет неопозитивного права и придать тем самым праву реально действующий характер, приведя структуру права в соответствие его функциям.

Что немаловажно, при таком подходе прерывается «цепная реакция» бесчисленного выделения новых «отраслей права». Тем самым утрачивают актуальность непрекращающиеся споры о критериях деления права на отрасли права, их количестве и пр. Организация права выстраивается, в том числе и через отрасли права, но полностью к ним не сводится. Строение права (его структура) принимает реальный, многоуровневый, сложноструктурный (сложносоставный) характер, не нивелируя существование отдельных его звеньев, не охватываемых отраслевым делением права.

---

<sup>1</sup> См. об этом: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ.; Под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. – СПб., 2007. – С. 28 и след.

<sup>2</sup> *Алексеев Н.Н.* Основы философии права. – СПб., 1999. – С. 48.

<sup>3</sup> См.: *Алексеев С.С.* Собрание сочинений. В 10 т. [+ Справоч. том]. – М., 2010. – Том 2: Специальные вопросы правоведения.

<sup>4</sup> См.: Система права и перспективы ее развития. «Круглый стол» журнала «Советское государство и право» // *Советское государство и право.* – 1982. – № 7. – С. 70.

**А.Ю. Чупрова**

*Чупрова Антонина Юрьевна – кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и криминологии Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации*

### **Совершенствование санкций норм об ответственности за коррупцию в уголовном праве: аргументы «против»**

Появление нового вида штрафа, размер которого составляет величину, кратную стоимости предмета или суммы коммерческого подкупа или взятки, можно было бы расценить как обращение к действительно экономически выверенному методу воздействия на субъектов экономических преступлений, однако уже изначально позиция законодателя вызывает возражение.

Во-первых, не совсем понятно, почему законодатель в рамках борьбы с коррупцией так сузил свои усилия в антикоррупционной деятельности и направил их только на взяточничество и коммерческий подкуп, проигнорировав отраженный в международных правовых актах подход к содержанию понятия коррупции.

Международные документы, в том числе и ратифицированные Россией, рассматривают явление коррупции более широко. Так, Конвенция ООН 2003 года против коррупции относит к числу наиболее опасных и подлежащих криминализации в национальных законодательствах деяний, в частности, злоупотребление служебными полномочиями или служебным положением, то есть совершение какого-либо действия или бездействия в нарушение законодательства публичным должностным лицом при выполнении своих функций с целью получения какого-либо неправомерного преимущества для себя самого или иного физического или юридического лица (ст. 19 Конвенции). Для предупреждения подобных общественно опасных проявлений документ предлагает ряд мер, которые сводятся в целом к двум аспектам: ограничению возможности оставаться на службе и лишению возможности пользоваться неправомерными доходами<sup>1</sup>.

Европейские страны формируют свою политику противодействия коррупции в различных ее проявлениях на основе Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (ETS N 173) (Страсбург, 4 ноября 1999 года). Конвенция об уголовной ответственности детализирует содержание понятия коррупции, включая в него помимо подкупов должностных лиц и злоупотребление влиянием в корыстных целях (ст. 12 Конвенции)<sup>2</sup>.

Во-вторых, без внимания осталась и позиция граждан России, которые не сводят коррупцию исключительно ко взяточничеству и, тем более, коммерческому подкупу. Проводимые исследования восприятия коррупции гражданами, населением и представителям бизнеса свидетельствуют о том, что понятие коррупции не тождественно понятию взяточничества и трактуется значительно более широко. В 2010–2011 годах удалось изучить отношение к проблеме коррупции 6 931 человека из числа представителей бизнес-сообщества. В результате анкетирования было выяснено, что большая часть опрошенных предпринимателей (34%) рассматривает коррупцию как получение взятки; 32% – использование служебного положения в личных целях; 19% – хищение бюджетных средств; 13% – недобросовестное исполнение должностных обязанностей. Среди другой категории респондентов (опрошено 5 664 человека, в том числе 3 659 граждан и 2 005 государственных гражданских и муниципальных служащих) 35,4% опрошенных рассматривает коррупцию как использование служебного положения в личных целях, 31,3% считают, что это – получение взятки, 27,4% – хищение бюджетных средств, 4,8% – недобросовестное исполнение должностных обязанностей и 1,1% опрошенных рассматривают коррупцию как нечто иное, не раскрывая при этом смысла этого явления. Таким образом, опасность взяточничества не представляется гражданам более весомой в сравнении с другими должностными преступлениями, однако авторы законопроекта не уделили этому какого-либо внимания.

Наказание, которое может быть назначено за иные коррупционные преступления (ст. 285–285<sup>3</sup>, ст. 286, ст. 289, 292 УК РФ) изменений не претерпело, хотя опасность этих проявлений коррупции значительна, поскольку и они оказывают разрушительное, дестабилизирующее воздействие на все государственные институты, препятствуют поступательному развитию экономической и социальной сферы в России. Это обстоятельство ощущается гражданами, В ходе опроса предпринимателям было

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 26. – Ст. 2780.

<sup>2</sup> Информационно-аналитический бюллетень Национального Центра Бюро Интерпола в России. – 1999. – № 1 (27). – С. 53–60.



предложено определить последствия распространения коррупции в государственных и муниципальных структурах. По мнению опрошенных, коррупция нарушает права человека – 33%; ведет к замедлению темпов экономического развития страны – 25%; негативно влияет на уровень жизни населения – 18%; угрожает безопасности государства – 22%. Наиболее целесообразными и эффективными мерами по противодействию коррупции представители бизнес-сообщества и граждане называли усиление ответственности за коррупцию (введение более жестких санкций и обеспечение выполнение законодательства) – 33%, сотрудники государственных и муниципальных структур – повышение вознаграждения и социальных гарантий государственным гражданским и муниципальным служащим (57,8%).

Таким образом, исходя из логики противодействия коррупции, представляется целесообразным распространить кратную систему штрафов на все деяния, имеющие коррупционную основу, такие как злоупотребление должностными полномочиями, нецелевое расходование бюджетных средств, нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов, присвоение полномочий должностного лица, внесение в единые государственные реестры заведомо недостоверных сведений, незаконное участие в предпринимательской деятельности, служебный подлог, а не только на взяточничество.

В-третьих, не совсем понятно, какие доводы были положены в основу размера штрафа (от двадцати пяти тыс. рублей до пятисот млн рублей). Проведенное исследование показало, что размер взяток в виде денег, подарков или услуг, переданных представителям государственных и муниципальных органов за 12 месяцев 2010 года в 56% случаев составил менее 10 тыс. рублей (что говорит не только о низких ставках незаконных вознаграждений, но и о повсеместной распространенности бытовой коррупции, обусловленной необходимостью платить должностному лицу за выполнение им своих обязанностей), от 10 тыс. до 100 тыс. рублей передали 34% опрошенных, от 100 тыс. до 500 тыс. рублей – 6%, от 500 тыс. до 1 млн рублей – 3%, свыше 1 млн рублей – 1%. Так, приговором Ленинского районного суда г. Саратова от 17 июня 2011 года по уголовному делу № 1-251 М. была признана виновной в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 209 УК РФ (в редакции Федерального закона от 04 мая 2011 г. № 97-ФЗ) с назначением наказания в виде штрафа в размере сорокакратной суммы взятки, то есть в размере 62 000 руб., с лишением права занимать врачебные должности, связанные с экспертизой временной нетрудоспособности и выдачей листков нетрудоспособности сроком на 2 года. Таким образом сумма взятки составила одну тысячу пятьсот пятьдесят рублей.

В части 2 статьи 46 УК РФ подчеркивается, что штраф не может быть менее 25 тысяч рублей, что при небольшой сумме взятки (одна – полторы тысячи рублей) фактически повышает установленный в санкции нормы минимальный размер наказания в виде штрафа для таких преступлений небольшой тяжести как дача взятки и посредничество во взяточничестве (ч. 1 и 2 ст. 291, ч. 1 ст. 291<sup>1</sup> УК РФ), поскольку кратная величина минимального штрафа может быть существенно меньше означенной суммы. Таким образом, возникает коллизия между ч. 2 ст. 46 УК РФ и вышеуказанными нормами Особенной части.

В данном случае коллизия норм является следствием законодательной небрежности, и порождает такое правоприменительное состояние, когда две нормы равной юридической силы исключают действие друг друга. Часть 1 ст. 60 УК РФ устанавливает, что лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части УК РФ, и с учетом положений Общей части уголовного закона. Поскольку традиционно коллизии между нормами Общей и Особенной частей разрешаются в пользу норм Общей части УК РФ<sup>1</sup>, приоритетны положения ч. 2 ст. 46 УК РФ. Данную коллизию устранить не просто, поскольку сложившаяся в течение последних лет законодательная практика, ставит суды перед выбором: руководствоваться при назначении наказания положениями Особенной либо Общей части. К сожалению, зафиксированные в ст. 60 УК РФ общие принципы назначения наказания зачастую нарушаются.

Как справедливо отмечается в доктрине, в механизме уголовно-правового устрашения важную роль играют представления населения о надлежащей или ненадлежащей суровости наказания, коррелирующей с определенными видами преступных посягательств. Соответственно игнорирование требований общественного правосознания при построении и применении уголовно-правовых санкций вряд ли способствует эффективности уголовного закона<sup>2</sup>.

Формулируя норму, ч. 2 ст. 46 УК РФ, законодатель не принял во внимание ни категорию указанных деяний, ни реальные размеры коррупции, в которую, вольно или нет, оказались вовлеченными десятки миллионов граждан, ни то обстоятельство, что значительная часть мелких взяток передается

<sup>1</sup> См.: Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений». – Городец, 2007.

<sup>2</sup> См.: Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций. – Л., 1976. – С. 61.

от безысходности с учетом прямо выраженных пожеланий чиновника, ни крайне низкий жизненный уровень населения. В проведенном исследовании респонденты подчеркнули, что инициатива передачи взятки в 65,8% эпизодов исходила от должностных лиц, в 34,1% – от граждан, для представителей бизнес-сообщества эти цифры составили 79% и 21% соответственно. В данном случае в глазах общества взяткодатель выступает скорее в роли пострадавшей стороны, в силу чего не заслуживает столь сурового, не адекватного совершенному наказанию, не учитывающего установленного санкцией норм соотношения между величиной штрафа и размером взятки. Поэтому более справедливым было бы отказаться от фиксации в законе минимальной суммы кратного штрафа, назначаемого за преступления коррупционной направленности и не указывать в ч. 2 ст. 46 УК РФ нижний предел такого вида штрафа.

В-четвертых, законодатель не всегда учитывает при определении величины штрафа степень общественной опасности конкретного преступления.

Исходя из размера наказания можно сделать вывод, что активный коммерческий подкуп рассматривается законодателем как более опасное преступление, нежели дача взятки, в том числе и квалифицированная. Незаконные передача лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества наказываются штрафом в размере от десятикратной до пятидесятикратной суммы коммерческого подкупа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двух лет. Дача взятки без отягчающих обстоятельств влечет наказание в виде штрафа в размере от пятнадцатикратной до тридцатикратной суммы взятки, если сумма взятки является значительной, штрафные санкции возрастают и назначаются в пределах от двадцатикратной до сорокакратной величины взятки. Оба преступления (ч. 1 ст. 204 и ч. 1, 2 ст. 291 УК РФ) отнесены законодателем к категории средней тяжести, однако виновным в активном коммерческом подкупе (т. е. дающим) может быть назначено наказание до пяти лет лишения свободы, а субъектам дачи взятки (тоже дающим, но уже чиновникам), в том числе и в значительном размере – до трех лет лишения свободы. Очевидно, что субъекту преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 204 УК РФ потенциально угрожают более суровые правоограничения как имущественного, так и личного характера, нежели взяткодателю.

Аналогично обстоит дело и с квалифицированными составами активного коммерческого подкупа и дачи взятки. Коммерческий подкуп за заведомо незаконные действия карается штрафом в размере от сорокакратной до семидесятикратной суммы коммерческого подкупа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет либо лишением свободы на срок до шести лет в то время как дача взятки должностному лицу за совершение заведомо незаконных действий (бездействие) наказывается штрафом в размере от тридцатикратной до шестидесятикратной суммы взятки, при этом дополнительное наказание в виде дисквалификации не предусматривается, либо лишением свободы на срок до восьми лет.

Вызывает недоумение и объединение в одной норме – в ч. 2 ст. 204 УК РФ – неравнозначных по степени опасности квалифицирующих признаков: передача подкупа за выполнение незаконных действий или совершенное группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, тем более что в сходной норме – ст. 290 УК, эти квалифицирующие обстоятельства содержатся в разных частях статьи. Причем групповой способ дачи взятки рассматривается законодателем как особо квалифицирующее обстоятельство, что отражается в наказании в виде штрафа в размере от шестидесятикратной до восьмидесятикратной суммы взятки с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет либо лишения свободы на срок от пяти до десяти лет со штрафом в размере шестидесятикратной суммы взятки.

Судя по всему, в санкции ч. 2 ст. 204 УК РФ законодателем представлен некий симбиоз санкций ч. 3 и ч. 4 ст. 290 УК РФ, высчитана усредненная величина, призванная продемонстрировать уровень опасности этого вида коммерческого подкупа. Такие противоречивые законодательные конструкции, не учитывающие реальную опасность преступления, нарушают как принципы уголовного права (в частности, принцип справедливости), так и общие начала назначения наказания, требующие принимать во внимание в первую очередь опасность содеянного. Отмеченные коллизии приводят к трудностям в правоприменительной деятельности, и вполне может сложиться ситуация, когда в отдельных регионах России практика назначения и исполнения наказания в виде штрафа может сильно различаться. Как нам представляется, более правильно было бы разъединить эти признаки, включить их в самостоятельные части статьи, а санкции сформулировать с учетом реальной опасности таких деяний.

Содержание санкций свидетельствует, что коммерческий подкуп представляется авторам поправки в УК РФ явлением более опасным, чем взяточничество в форме дачи взятки. В то же время международные правовые акты, посвященные проблемам коррупции, акцентируют внимание на злоупотреблениях именно в публичной сфере, как наиболее опасных для интересов всего общества, поскольку их субъекты являются носителями широкого спектра правомочий во всех сегментах: экономике, управлении, политике, правоприменении, социальном развитии. Подкуп таких лиц ставит под угрозу систему правопорядка в государстве, нарушает права человека, подрывает базовые экономические

принципы, в силу чего государство во имя самосохранения должно жестко пресекать такие проявления. В любой стране мира участники коррупционных правоотношений сурово наказываются. В то же время коммерческая коррупция далеко не везде рассматривается как опасный вызов сложившимся в экономике правоотношениям, поэтому во многих странах не криминализована. Даже государства, являющиеся инициаторами принятия основных международных антикоррупционных актов, не усматривают в коммерческой коррупции опасности, свойственной преступлениям. Так, в США в отличие от взяточничества в сфере публичной администрации, предусмотренного УК во всех без исключения штатах и федеральным законодательством, «коммерческое взяточничество» наказывается не всегда. В федеральном законодательстве установлена уголовная ответственность лишь за получение незаконного вознаграждения служащими федеральных банков и некоторых других финансовых учреждений за предоставление ссуд, продление кредита и другие операции, благоприятствующие частным лицам, фирмам или корпорациям (раздел 18 Свода законов США, пар. 215 и 216). Служащие финансовых учреждений, виновные в этих преступлениях, могут быть наказаны лишением свободы на срок до одного года, а ответственность взяточдателей вообще не предусмотрена. В законодательстве тех штатов, где уголовно наказуемо коммерческое взяточничество, нормы о нем помещены в разделах об имущественных преступлениях, а само деяние трактуется как разновидность мошенничества, одна из форм обмана в области частного бизнеса.

С позицией зарубежных законодателей вполне можно согласиться, поскольку опасность тех, кто передает предмет подкупа лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, незначительна, особенно если это деяние совершено в небольших организациях. Нарушение этических норм ведения бизнеса, конечно, аморально, однако не разрушительно ни для экономики в целом, ни для отдельных экономических субъектов.

С позиции возможных экономических потерь для неопределенного числа участников хозяйственного оборота гораздо большую опасность представляют проявления бизнес-коррупции в крупных коммерческих структурах. В силу этого следует ограничить круг криминального получения коммерческого подкупа сферой крупного, в первую очередь финансового, бизнеса, а также корпораций, в числе акционеров которых присутствует государство. Последний кризис (2008–2010 гг.) показал как ведущую роль кредитно-финансовой сферы для экономики государства в целом, так и уязвимость этого сектора от внешних и внутренних воздействий, таких как действия клиентов банков, кредиторов и поведения самих служащих финансовых учреждений. В остальном бизнесе коммерческое взяточничество значительно менее масштабно, фрагментарно и не способно причинить серьезный вред состоянию и динамике развития экономики. Нарушение корпоративной этики и правил делового оборота вполне можно рассматривать как дисциплинарный проступок или административное правонарушение, влекущее дисквалификацию.

*Е.С. Шалюгина*

*Шалюгина Екатерина Сергеевна – адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России*

## **Аргументация объективных признаков организованного разбоя в действующем российском законодательстве**

Закон определяет разбой, совершенный организованной группой, как квалифицированный вид разбоя. Значит все признаки, характерные для основного состава разбоя, распространяются и на деяние, совершенное в составе организованной группы (п. «а» ч. 4 ст. 162). По уголовному законодательству России разбой характеризуется как нападение с целью хищения чужого имущества, соединенное с насилием, опасным для жизни или здоровья потерпевшего, или с угрозой применения такого насилия.

Изучение юридической литературы показывает, что российская уголовно-правовая мысль отличается разнообразием суждений об объекте разбоя. Так, Таганцев Н.С. утверждал, что разбой предполагает не только нарушение права собственности на вещь, но и насилие против лица, соединенное с определенной опасностью для личности<sup>1</sup>. Фойницкий И.Я. относил к объекту разбоя как имущество, так и человеческую личность. С его слов – имущество, со стороны юридической, может быть объектом преступных посягательств как конкретный предмет юридического господства человека, как одна из частей его правовой сферы. Преступная деятельность при похищении направляется против правовых отношений лица к имуществу. Для преступления необходимо нарушение конкретного права собственности на вещи<sup>2</sup>.

В советской уголовно-правовой литературе к объекту разбоя относили сначала имущество. Так, А.А. Жижиленко под объектом разбоя понимал имущество в смысле материальной вещи. Он говорил, что поскольку хищение есть посягательство на право собственности, необходимо, чтобы похищаемое имущество находилось в обладании другого лица<sup>3</sup>. В имуществе усматривал объект разбоя М.М. Исаев, к нему он относил вещь, то есть «материальный предмет внешнего мира, как неодушевленный, так и одушевленный»<sup>4</sup>. Непосредственным объектом разбоя признавали чужое имущество и авторы изданного в 1938 году учебника по советскому уголовному праву<sup>5</sup>. В литературе 50-х годов XX века к объекту разбоя наряду с имуществом стали относить и личность. Так, М.И. Бажанов уточнял, что непосредственным объектом разбоя является личное имущество и личность советских граждан<sup>6</sup>. Такого же мнения придерживался М.П. Михайлов: «Своеобразие такого преступления, как разбой, заключается в том, что происходит посягательство на два объекта... при разбое посягательство на чужое имущество должно быть соединено с насилием над потерпевшим. Поэтому непосредственным объектом разбоя помимо имущества являются жизнь, здоровье или телесная неприкосновенность граждан»<sup>7</sup>. Точка зрения Б.С. Никифорова отличалась от предыдущей. Он считал, что объектом разбоя является личная собственность граждан как определенное общественное отношение. Личное имущество граждан данный автор относил к предмету разбоя. Отличительную особенность разбоя он усматривал в том, что «вообще во всех случаях непременно имеется посягательство на личность»<sup>8</sup>. Мнение А.А. Пионтковского не совпадало с предыдущим, которое выражалось в том, что государственное или общественное имущество представляет собой непосредственный объект посягательства при хищении. Посягая на этот непосредственный объект, хищение тем самым посягает на производственные, экономические отношения социалистического общества, выражением которых и является принадлежность данного имущества государственному или общественным учреждениям или предприятиям, посягает тем самым на социалистический базис как общий объект хищения государственного и общественного имущества. Вместе с тем, А.А. Пионтковский, как и Б.С. Никифоров считал, что разбой есть одновременное посягательство и на государственное, общественное, личное имущество и на

<sup>1</sup> Таганцев Н.С. Уголовное уложение 22 марта 1903 года. – СПб., 1904. – С. 849.

<sup>2</sup> Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные. – Пг., 1916. – С. 163, 171, 234.

<sup>3</sup> Жижиленко А.А. Имущественные преступления. – Л., 1925. – С. 65, 102.

<sup>4</sup> Исаев М.М. Имущественные преступления. – М., 1939. – С. 18, 39.

<sup>5</sup> Советское уголовное право / Под ред. А.А. Герцензона, А.Н. Иодковского. – М., 1938. – С. 157.

<sup>6</sup> Михайлов М.П. Ответственность за кражу личного имущества граждан и за разбой по советскому уголовному законодательству. – Харьков, 1957. – С. 24.

<sup>7</sup> Михайлов М.П. Уголовная ответственность за кражу личного имущества и разбой. – М., 1958. – С. 121.

<sup>8</sup> Никифоров Б.С. Уголовно-правовая охрана личной собственности в СССР. – М., 1954. – С. 13, 31, 91.

личность советского гражданина<sup>1</sup>. К концу 60-х годов XX века в советской уголовно-правовой литературе утвердилось представление о разбое как о двуобъектном преступлении. Доминирующим стало суждение, что основным непосредственным объектом разбоя являются общественные отношения собственности (социалистической, личной), дополнительным – жизнь, здоровье человека.

В Уголовном кодексе РФ место этому преступлению отведено в главе «Преступления против собственности». В современном уголовном законодательстве объектом разбоя также считается посягательство не только на отношения собственности, но и на личность (жизнь и здоровье потерпевшего). Именно таким двуобъектным характером и определяется повышенная опасность этого преступления<sup>2</sup>.

Определив объект разбоя, остановимся на характеристике предмета этого преступления.

Факультативным признаком объекта преступления является предмет преступления. В русском языке «предмет» толкуется, во-первых, как всякое материальное явление, вещь. Во-вторых, как то, на что (кого) направлена мысль, какое-нибудь действие<sup>3</sup>. Определяя рассматриваемое понятие, Г.А. Кригер считает «предметом преступления то, что подвергается непосредственному воздействию со стороны преступника при посягательстве последнего на определенные общественные отношения социалистического общества»<sup>4</sup>.

В.Н. Кудрявцев рассматривает предмет преступления как вещь или процесс, служащие условием (предпосылкой) существования или формой выражения или закрепления конкретного общественного отношения, подвергающиеся непосредственному воздействию со стороны преступника<sup>5</sup>.

Объект и предмет преступления – понятия соотносительные, а не тождественные. «Предметом преступления против собственности может являться только имущество, то есть такие предметы (вещи) материального мира, в которых овеществлен дух человека»<sup>6</sup>. Таким образом, предметом разбоя являются те вещи, в связи с которыми или по поводу которых совершается разбой, то есть одежда, продовольствие, часы, кольца и т. д.

Предметом разбоя могут быть и такие вещи, которые сами по себе могут не иметь потребительной стоимости, но представляют определенные права на получение материальных благ, например, акции и другие ценные бумаги и документы.

Предмет преступления является непосредственно воспринимаемым материальным выражением непосредственного объекта и тесно связан с ним. Если основным объектом разбоя является собственность, то его предметом – чужое имущество. Оно должно обладать всеми теми признаками, которые присущи предмету любого хищения, – экономическими, юридическими, физическими. Однако вопрос о предмете разбоя требует уточнения. Направленность разбоя против общественных отношений собственности предполагает в качестве предмета чужое имущество, являющееся материальным выражением этих общественных отношений<sup>7</sup>.

Особенность разбоя состоит в том, что его состав сконструирован в законе как усеченный: факт изъятия имущества и причинение имущественного ущерба потерпевшему находятся за рамками объективной стороны этого преступления, разбой признается оконченным преступлением с момента начала нападения (п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 года № 29). Такое своеобразие состава делает невозможным стадию покушения на это преступление.

В законе не ограничен круг лиц, которые могут быть потерпевшими при разбое. В большинстве случаев разбойного нападения – это лица, в чьей собственности или владении, а также под охраной которых находится похищаемое имущество. В остальных случаях – это могут быть лица, которые не имеют никакого отношения к материальным ценностям, но, по мнению нападающих, могут послужить препятствием при завладении чужими материальными ценностями.

При этом наиболее опасно не то, что деяние посягает на отношения собственности или жизнь и здоровье человека, а то, каким способом совершается это деяние – нападение, соединенное с реальным применением насилия, опасного для жизни или здоровья потерпевшего или угроза применения такового. Под нападением при разбое, как правило, понимается внезапное применение насилия к потерпевшему. Форма такого насилия может носить как открытый характер, так и замаскированный (выстрел из засады, удар из-за спины и т. д.). Нападение может выражаться в воздействии на потерпевшего нервнопаралитическими, токсическими и орудманивающими средствами. Нападение является обязательным признаком разбоя, но единого подхода к оценке его юридической природы не

<sup>1</sup> Пионтковский А.А. Курс советского уголовного права. Особенная часть / А.А. Пионтковский, В.Д. Меньшагин. – М., 1995. – Т. 1. – С. 374, 466, 721.

<sup>2</sup> Научно-практические комментарии к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т. – Н. Новгород, 1996. – С. 429.

<sup>3</sup> См.: Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – М., 1999. – С. 580.

<sup>4</sup> Кригер Г.А. К вопросу о понятии объекта преступления в советском уголовном праве // Вестник МГУ. – 1955. – № 1. – С. 123.

<sup>5</sup> Кудрявцев В.Н. К вопросу о соотношении объекта и предмета преступления // Советское государство и право. – 1951. – № 1. – С. 126.

<sup>6</sup> Рарог А.И. Уголовное право России. Особенная часть: Учебник. – М., 2004. – С. 209.

<sup>7</sup> См.: Матвиенко И.В. Неприкосновенность жилища: декларация и реальность // Следователь. – 1998. – № 1. – С. 16.

выработано. Даже в судебных приговорах нападение не всегда находит свое отражение, а акцент смещается на насилие, которое является обязательным объективным признаком разбоя.

Согласно разъяснениям Пленума Верховного Суда РФ, под насилием, опасным для жизни или здоровья (ст. 162 УК РФ), следует понимать такое насилие, которое повлекло причинение тяжкого и средней тяжести вреда здоровью потерпевшего, а также причинение легкого вреда здоровью, вызвавшего кратковременное расстройство здоровья или незначительную стойкую утрату общей трудоспособности<sup>1</sup>. То есть это насилие, которое, не создавая возможности наступления смерти потерпевшего, причинило тяжкий, средний или легкий вред его здоровью.

Степень тяжести вреда, причиненного здоровью человека, устанавливается в соответствии с Правилами определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека<sup>2</sup>, и «Медицинскими критериями определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека»<sup>3</sup>. В данных нормативных актах под вредом, причиненным здоровью человека, понимается нарушение анатомической целостности и физиологической функции органов и тканей человека в результате воздействия физических, химических, биологических и психических факторов внешней среды.

Под тяжким вредом понимается: вред, опасный для жизни человека; потеря зрения, речи, слуха либо какого-либо органа или утрата органом его функций; прерывание беременности; психическое расстройство; заболевание наркоманией либо токсикоманией; неизгладимое обезображивание лица; значительная стойкая утрата общей трудоспособности не менее чем на одну треть; полная утрата профессиональной трудоспособности.

К вреду средней тяжести относятся: длительное расстройство здоровья и значительная стойкая утрата общей трудоспособности менее чем на одну треть.

К легкому вреду относятся: кратковременное расстройство здоровья и незначительная стойкая утрата общей трудоспособности.

При этом для определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека, достаточно наличия одного из квалифицирующих признаков. При наличии нескольких квалифицирующих признаков тяжесть вреда, причиненного здоровью человека, определяется по тому признаку, который соответствует большей степени тяжести вреда. В случае если множественные повреждения взаимно отягощают друг друга, определение степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека, производится по их совокупности.

Поверхностные повреждения, в том числе ссадина, кровоподтек, ушиб мягких тканей, включающий кровоподтек и гематому, поверхностная рана и другие повреждения, не влекущие за собой кратковременного расстройства здоровья или незначительной стойкой утраты общей трудоспособности, расцениваются как повреждения, не причинившие вред здоровью человека<sup>4</sup>.

Применение насилия при разбойном нападении, в результате которого потерпевшему умышленно причинен легкий или средней тяжести вред здоровью, охватывается составом разбоя и дополнительной квалификации по статьям 115 или 112 УК РФ не требует. В этих случаях содеянное квалифицируется по ч. 1 ст. 162 УК РФ, если отсутствуют отягчающие обстоятельства, предусмотренные частью второй или третьей этой статьи. Если в ходе разбойного нападения с целью завладения чужим имуществом потерпевшему был причинен тяжкий вред здоровью, что повлекло за собой наступление его смерти по неосторожности, содеянное следует квалифицировать по совокупности преступлений – по пункту «в» ч. 4 ст. 162 и ч. 4 ст. 111 УК РФ.

В случаях, когда в целях хищения чужого имущества в организм потерпевшего против его воли или путем обмана введено опасное для жизни или здоровья сильнодействующее, ядовитое или одурманивающее вещество с целью приведения потерпевшего в беспомощное состояние, содеянное должно квалифицироваться как разбой. Если с той же целью в организм потерпевшего введено вещество, не представляющее опасности для жизни или здоровья, содеянное надлежит квалифицировать в зависимости от последствий как грабеж, соединенный с насилием. Свойства и характер действия веществ, примененных при совершении указанных преступлений, могут быть при необходимости установлены с помощью соответствующего специалиста либо экспертным путем.

Если в процессе завладения имуществом, субъектом применяется газовый баллончик, то действия виновного квалифицируются как разбой, если по заключению экспертов содержащийся в баллончике газ создает угрозу жизни и здоровью потерпевшего.

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 года № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» (с изм. и доп., внесенными постановлениями Пленума от 6 февраля 2007 года № 7, от 23 декабря 2010 года № 31).

<sup>2</sup> Постановление Правительства РФ от 17 августа 2007 года № 522 «Об утверждении Правил определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека» // Российская газета. – 2007. – 27 августа.

<sup>3</sup> Медицинские критерии определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека: утверждены Приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 24 апреля 2008 года № 194н // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> Там же.

Итак, насилие опасное для жизни – это насилие, которое по своему характеру создавало объективную возможность наступления смерти потерпевшему, хотя намерения убить последнего у виновного не было.

Но какое именно насилие следует считать опасным для жизни и здоровья, зависит от конкретных обстоятельств дела. Например, удар ногой или даже кулаком, но в жизненно важные области тела, как то: в солнечное сплетение, или удар палкой по область головы, но в момент сопротивления потерпевшего, пришедшийся по руке, и, не причинив последнему никакого реального вреда здоровью. В это же время применение предмета, которым может быть причинена смерть потерпевшему (например, палка), не всегда будет считаться опасным для здоровья или жизни. Это будет зависеть от силы удара, его направления (на какую часть тела направлено: голова, рука, нога и т. д.), и с каким именно расчетом наносился удар.

Не является признаком разбоя насилие, примененное не как средство завладения имуществом, а совершенное на почве мести, из хулиганских побуждений, с целью сокрытия преступления и его следов, если даже у лица, подвергнутому насилию, похищается имущество. В этом случае между насилием и завладением имуществом отсутствует внутреннее единство, служащее основанием признания деяния виновного разбоем, саму сущность которого составляет единство посягательства и на личность и на личную собственность потерпевшего. Поэтому подобные действия должны квалифицироваться как соответствующее преступление против личности и по совокупности как кража или грабеж.

Опасным для жизни или здоровья нужно признавать такое насилие, которое вообще не причинило никакого вреда его здоровью, однако в момент его применения создавало реальную опасность для жизни или здоровья потерпевшего (попытка удушения, выталкивание из вагона движущегося поезда и т. п.)<sup>1</sup>.

Если же в результате причинения тяжкого вреда здоровью наступила смерть потерпевшего, в действиях виновного содержится совокупность разбоя и нормы, предусматривающей ответственность за причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшего смерть.

При совершении лицом во время разбойного нападения убийства потерпевшего, содеянное им следует квалифицировать по пункту «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ, а также по пункту «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ. При наличии в действиях виновного в разбойном нападении другихотячающих обстоятельств (например, разбой, совершенный группой лиц по предварительному сговору, с незаконным проникновением в жилище, с применением оружия и т. п.) эти признаки объективной стороны разбоя должны быть указаны в описательной части приговора<sup>2</sup>.

Так, приговором Кировского областного суда от 25 июля 2008 года, В. был осужден по п. «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ и по п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ – за разбойное нападение на С. и ее убийство.

Как установлено судом, В. 14 декабря 2007 года около 8 часов утра приехал к дому С. с целью совершения на нее разбойного нападения. На улице он нашел осколок кирпича с острыми краями, которым намеревался припугнуть С. в случае ее отказа передать ему деньги. Подойдя к подъезду, он позвонил в квартиру С. по домофону. С. впустила его в квартиру. Пройдя в прихожую, он достал кирпич и, угрожая им С., потребовал у нее денег. В этот момент С. побежала в комнату, догнав С., он нанес ей удары осколком кирпича в область головы, затем задушил. После этого с целью хищения денег он произвел в квартире обыск. Не найдя ничего ценного, покинул квартиру<sup>3</sup>.

В судебной практике насилием, опасным для жизни или здоровья, признаются (даже в случае отсутствия серьезных последствий) такие действия, как нанесение лежащему человеку ударов ногами, целенаправленное нанесение ударов в жизненно важные органы, перекрытие дыхательных путей, выталкивание на ходу из транспорта и т. д. Так существует прецедент, когда Верховный Суд признал разбоем, а не грабежом нападение, в ходе которого нападавшие сбили потерпевшего с ног и нанесли ему удары по голове и другим частям тела, в результате чего он потерял сознание. Суд постановил, что такие действия представляют собой насилие, опасное для жизни и здоровья.

В законодательном определении разбоя речь идет не только о фактическом применении насилия, но и об угрозе его применения. Из этого следует, что разбой может характеризоваться как физическим, так и психическим насилием. Психическое насилие при разбое заключается в угрозе немедленного применения насилия, опасного для жизни или здоровья потерпевшего. Угроза может выражаться словами, жестами, демонстрацией оружия или предметов, которыми может быть причинен вред здоровью. Цель угрозы – парализовать волю потерпевшего, принудить его передать имущество или не препятствовать его завладению. Если такая цель достигнута, то не имеет значения, что виновный не намеревался приводить угрозу в исполнение или же не имел фактической

<sup>1</sup> *Рарог А.И.* Уголовное право России. Особенная часть: Учебник. – М., 2004. – С. 23.

<sup>2</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 года № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» (ред. от 23.12.2010 г.).

<sup>3</sup> Кассационное определение Верховного Суда РФ от 24 сентября 2008 года № 10-о08-18 // СПС «Консультант-Плюс».

возможности ее осуществить. Существенным моментом для оценки юридической сущности деяния является субъективное восприятие самим потерпевшим характера выраженной в его адрес угрозы. Важно то, что потерпевший воспринял эту угрозу как реальную. То есть угроза при разбое является реальной и наличной, а значит не оставляющей у потерпевшего сомнений в том, что в случае неисполнения требований виновного она будет реализована, причем незамедлительно. Эта позиция находит отражение в высказываниях В.А. Владимирова: «Элементы разбоя могут составлять лишь такое физическое и психологическое насилие, когда по своему характеру физическое насилие было бы опасным для жизни или здоровья потерпевшего, а психологическое насилие выразилось в угрозе применить именно такое насилие»<sup>1</sup>.

Говоря о насилии как о средстве завладения имуществом при разбое и обычно предшествующим завладению по времени, а также в процессе изъятия или непосредственно после него, в целях удержания похищенного, мы помним о том, что акцент законодатель делает на способе совершения разбоя, а именно нападении. И разбой признается оконченным именно с момента совершения нападения независимо от того, успел ли виновный причинить вред личности и успел ли он завладеть чужим имуществом. Но, как мы отмечали ранее, под нападением при разбое, как правило, понимается внезапное применение насилия к потерпевшему. Внезапное – неожиданное, сиюминутное, а значит, мы можем сделать вывод о том, что нападение и применение насилия происходит практически одновременно. И отсюда возникает вопрос – имеет ли смысл отражать понятие «нападение» в диспозиции статьи, если даже в судебной практике смещение при квалификации деяния происходит в сторону насилия.

---

<sup>1</sup> Владимирова В.А. Квалификация преступлений против личной собственности. – М., 1968. – С. 101.



**И.А. Шаповалов**

*Шаповалов Иван Александрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»*

## **Проблема рациональности в правовой аргументации судебных решений<sup>1</sup>**

Проблема рациональности правовых явлений, на наш взгляд, является одной из ключевых проблем в понимании правовых явлений, их генезиса и правил функционирования. Устойчивое понимание права как явления сугубо рационального во многом не позволяет выявить содержательные характеристики правовых норм, правовых представлений, которые им предшествуют, и, самое главное, механизм взаимодействия права как нормативной системы социальной саморегуляции с поведенческой реальностью как на уровне конкретных индивидуальных поведенческих актов, так и на уровне социальном, уровне массового правового поведения всего общества.

Все дефиниции права и правосознания, так или иначе, определяют его как воплощение рациональности, строятся на убеждении в том, что по своей сущности право ничего внерационального в себе не содержит.

Вместе с тем, еще Н.М. Коркунов отмечал: «Возникновение права обусловлено сознательным наблюдением известных правил поведения как обязательных, но содержание этих первоначальных юридических норм не творится сознательно, оно дается бессознательно сложившимися обыкновениями»<sup>2</sup>.

В последние годы это представление трансформируется в новое понимание его как сложной открытой саморазвивающейся системы. Представления о системности права с неизбежностью сталкиваются, по крайней мере, в философии права с проблемой его неопределенности. В этом аспекте существует стремление понимать основы права в виде некоторых принципов, покоящихся в недрах самого права. Д. Саймон прямо подчеркивает: «Необходимо, чтобы право исходило из одной или нескольких главных предпосылок, которые рассматриваются как окончательные и авторитетные сами по себе. Иными словами, в каждой правовой системе надо отыскать некоторые устойчивые принципы, из которых вытекают все другие, но которые сами не нуждаются в обосновании»<sup>3</sup>.

Принципиальные основания права тем самым выносятся в сферу неких архетипов, внерациональных образов и смыслов мифологического сознания, а сущность права понимается «...как некоторая бесспорная данность, в целом неопределяемая, но безусловно ощущаемая»<sup>4</sup>. Сама логика генезиса и эволюции права оказывается внешней по отношению к правовой норме, действующей в настоящем. Последняя, следовательно, наделяется очень глубокой историей и соотносится с неким «первородным» сводом правил, создаваемых в далеком прошлом.

Несмотря на дискуссионность такого подхода, он с очевидностью поднимает вопросы не только соотношения рационального и иррационального в происхождении и развитии права во всем многообразии его аспектов, но требует определения соотношения должного и реального, а также отражения должного и реального человеческим сознанием, их рационализации.

Выделение критериев рациональности того или иного поведения/высказывания содержит в себе проблему выделения критериев рациональности самих критериев рациональности. Во избежание фрактального обоснования рациональности остановимся на различении двух типов рациональности по Ю. Хабермасу: *стратегическая рациональность*, выделяемая им на основе понятия «целерациональность» М. Вебера и *коммуникативная рациональность*, термин, во многом являющийся переосмыслением «ценностной рациональности» М. Вебера. Критерием первого типа рациональности является успех действия как достижение цели, критерием второго – «интерсубъективность понимания интенций»<sup>5</sup>, иными словами, взаимная *предсказуемость* поведения.

<sup>1</sup> В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта «Сравнительно-правовой анализ аргументации в судебных решениях по спорам об исполнении договорных обязательств (опыт общего права (Англия, США) и континентального права (Россия, Германия, Франция)», выполненного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012 году.

<sup>2</sup> Коркунов Н. Лекции по общей теории права. – СПб., 1890.

<sup>3</sup> Цит. по: Сковлский К.И. Право и рациональность // Общественные науки и современность. – 1998. – № 2. – С. 62–68.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Хабермас Ю. Техника и наука как «идеология» / Пер. с нем. М.Л. Хорькова. – М., 2007. – С. 66–67.

Такое различие имеет несколько недостатков. Первый из них справедливо отмечал Н. Луман: «В этом случае возникает проблема, что само понятие должно быть одним и тем же по обе стороны различения, если и там, и там речь идет о рациональности. На вопрос о том, какой у них общий компонент, насколько мне известно, нет ответа ни у Вебера, ни у Хабермаса»<sup>1</sup>. Каким образом может быть преодолена эта проблема? Н. Луман предлагает свою версию «системной рациональности» в той мере, в которой аспекты окружающего мира могут быть учтены в системе, однако оценить степень такого «учета» едва ли представляется возможным.

Стратегическая рациональность является основой для алгоритмизации поведения, возникновения технических норм, которые можно понимать как нормы, основанные на достижении цели. Их можно выразить в формуле: «Для того, чтобы получить такой-то результат, необходимо и достаточно совершить следующую последовательность действий». «За скобками» в этой ситуации остается рациональность самого целеполагания. Ю. Хабермас в этом вопросе апеллирует к «правилам предпочтения» (ценностным системам) и «всеобщим максимам», относя, таким образом, выбор целерациональных стратегий поведения к *коммуникативной рациональности*.

Символическое опосредование социальных ожиданий и интенций с целью их трансляции другим субъектам и создания оснований взаимодействия на основе предсказуемости поведения создает так называемые *институциональные рамки*, к которым Ю. Хабермас относит и систему права. Вместе с тем, само намерение достижения состояния предсказуемости при взаимодействии субъектов оказывается также и формой целеполагания. Таким образом, если интеракция, коммуникация создается на основе трансляции намерений *сознательно*, она оказывается в сфере *целерациональности*.

Вероятно, этот синтез целеполагания коммуникации и коммуникативных основ целеполагания проистекает из принципа стремления живых систем к самосохранению. Формирование «правил предпочтения» является целерациональным по отношению к условиям существования системы, а целерациональность коммуникации обеспечивает сохранение системного целого путем постоянного воспроизводства смыслов существования системы.

В этих условиях модальность долженствования, составляющая основу правовой нормы, оказывается диалектическим синтезом двух процессов: рационализации коммуникативного целеполагания и наполнения коммуникативной рациональности смыслами, составляющими идеальную основу существования правовой системы как целого, при этом правовую систему следует понимать в самом широком смысле как общество в целом, ведущее правовую жизнь.

Д. Юму приписывается различие сфер должного и реального, как совершенно самостоятельных и не связанных друг с другом. В юриспруденции эта идея наиболее последовательно проявилась в работах Г. Кельзена. На наш взгляд, эти сферы связаны друг с другом не чем иным как человеческим сознанием, которое именно в опосредовании этих связей можно назвать правовым. Правовая норма появляется только тогда, когда правовое представление, то есть представление о должном поведении в соответствующей ситуации, оказывается объективированной в соответствующие формы права.

В формировании и воспроизводстве правовых представлений действуют главным образом два механизма: объективации и закрепления. Поскольку правовые представления – продукт здравого смысла и форма познавательной деятельности в рамках обыденного сознания, постольку они есть некие символы, с помощью которых «маркируется», оценивается та или иная правовая ситуация. Вместе с тем, любое представление – это представление кого-либо и о чем-либо, оно не является в полной мере ни субъективным, ни объективным, являясь и тем и другим одновременно. Поэтому, правовые представления есть не только целеполагание или результат, они – суть такой процесс, с помощью которого регулируется поведение индивида, социальной группы или целого общества.

Господствующая в обществе иерархия правовых ценностей и норм, формирующая доминирующие мотивы правовой деятельности отражает некие единые для данной общности убеждения и идеалы, склонности и интересы. Базовым, конституирующим мотивом правовых представлений являются не нормы повседневной правовой практики, а некий государственно-общественный идеал, национальная или народная идея. Собственно отражение в правовых нормах той или иной систем ценностей оказывается критерием целерациональности содержания правовых норм. Вместе с тем, правовые представления той части общества, которая формально наделена полномочиями по изданию правовых норм, могут в этом, ценностном, аспекте не совпадать с массовыми правовыми представлениями, или даже исходить из постулируемой имитационной шкалы ценностей, не имеющей реального содержания или отношения к реальным целям, которые преследует правотворец.

Первая часть «дилеммы Йоргенсена» в формулировке А.А. Ивина ставит серьезную проблему выводимости заключений из императивных посылок, к которым можно отнести и правовые нормы: «Логическое следование принято определять в терминах истины (лжи) и несовместимости: заключение

<sup>1</sup> Луман Н. Введение в системную теорию / Под ред. Д. Беккера; Пер. с нем. К. Тимофеева. – М., 2007. – С. 196.

следует из множества посылок, если и только если истинность посылок несовместима с ложностью заключения. Императивы не обладают истинностным значением, поэтому они не могут быть заключениями логических выводов. Они не способны быть даже посылками таких выводов, так как и посылки должны иметь истинностное значение»<sup>1</sup>.

В этой связи методологически важным с точки зрения правовой аргументации оказывается презумпция истинности правовых норм, которая, впрочем, в реальности может быть опровергнута как раз сопоставлением содержания правовой нормы с общественным идеалом и системой ценностей и предпочтений. Однако к технике аргументации правоприменительных актов, и, в частности, судебных решений, данная проблема имеет отношение лишь постольку, поскольку допускается оценка самих норм, например, с точки зрения их формального действия в данный момент.

Однако такая презумпция вызывает некое логическое затруднение, поскольку в результате сфера должного приравнивается к сфере реального. Рассуждения об объективности и логической необходимости правовых норм оказываются, таким образом, не более чем идеологическим обоснованием такого смешения. В результате в правоприменительной практике мы сталкиваемся с ситуацией, при которой противоречащие друг другу высказывания о факте и содержании нормы одновременно оказываются истинными: высказывание о факте – в силу факта, высказывание о норме – в силу презумпции истинности нормы.

Вторая проблема связана с аргументацией, содержащейся внутри правовых норм. Если нарушение диспозиции некоторой регулятивной нормы является условием применения к нарушителю санкции нормы охранительной, то тогда суждение о необходимости исполнения регулятивной нормы является аргументом *ad baculum*, «к дубине». Сама по себе аргументация такого типа является логически ошибочной, следовательно, оказывается, что регулятивная норма, обеспеченная угрозой применения насилия, охранительной нормой, не является суждением, обладающим истинностным значением, что, во-первых, противоречит презумпции истинности нормы, а, во-вторых, делает невозможным выведение любых суждений из такой правовой нормы, включая суждения, содержащиеся в резолютивной части правоприменительных актов.

Непосредственно в правоприменительной деятельности суд выносит решение, содержащее индивидуально-властное предписание по конкретному делу, адресованное конкретным лицам, на основе правовых норм, то есть абстрактных неперсонифицированных императивных суждений, которые носят общий характер. При этом такие суждения сопоставляются с частными суждениями о фактических обстоятельствах дела, признанных судом установленными. При этом процедура установления судом фактических обстоятельств дела влечет формулирование суждений об этих обстоятельствах, которые могут быть, во-первых, как истинными, так и ошибочными в силу их онтологического статуса, а, во-вторых, являются суждениями о реальном, вводимыми судом в пространство должного. При этом сама оценка доказательств, свидетельствующих о наличии или отсутствии тех или иных фактических обстоятельств, является способом такого введения.

Формализованные правила оценки доказательств, то есть информации о фактических обстоятельствах дела, также вводят дополнительные критерии оценки истинности суждений, иногда противоречащие правилам формальной логики. Так, в ч. 3 ст. 64 АПК РФ указано, что «не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона»<sup>2</sup>, в ч. 2 ст. 55 ГПК РФ указывается, что «доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда»<sup>3</sup>, ч. 1 ст. 75 УПК РФ гласит: «Доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса»<sup>4</sup>. Правило допустимости доказательств ограничивает возможность доказывания, в то время как для формальной логики способ получения доказательства не имеет значения.

Положение об оценке доказательств, например, представленное в ст. 71 АПК РФ<sup>5</sup>, содержит ряд суждений, спорных с точки зрения целерациональности. Во-первых, субъективная оценка доказательств по внутреннему убеждению суда (то есть фактически судебного состава) субъективирует саму оценку. В этих условиях внутренние мотивы судебного состава, как правило, не находящие отражения

<sup>1</sup> Ивин А.А. Логика норм. – М., 1973. – С. 7.

<sup>2</sup> Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.

<sup>3</sup> Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.

<sup>4</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 4921.

<sup>5</sup> Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.

в судебном акте, становятся критерием истинности доказательства. Пределы судейского усмотрения в оценке доказательств ограничиваются только принципом всестороннего, полного, объективного и непосредственного исследования имеющихся в деле доказательств. При этом критерии всесторонности и полноты исследования не определены и являются оценочными понятиями, а сама по себе «полнота» является ограниченной, поскольку суд исследует только имеющиеся в деле доказательства, и не вправе выйти за их пределы путем самостоятельного изыскания, за исключением истребования доказательств; принцип непосредственности ограничивается тем обстоятельством, что суд, принимая, к примеру, документ, как правило, доверяет сведениям, представленным в документе, и не проверяет информацию, в нем содержащуюся, непосредственно. Также суд, не обладая специальными знаниями в иных отраслях, кроме юриспруденции, фактически не может оценить содержание экспертного заключения, хотя в соответствии с ч. 3 ст. 86 АПК РФ, например, обязан исследовать заключение эксперта наряду с другими доказательствами по делу, то есть в том числе обязан определить его достоверность<sup>1</sup>.

Вместе с тем, проблемы оценки доказательств в аргументации судебных решений являются темой для самостоятельного исследования и не могут быть приведены здесь в достаточной мере.

Исходя из структуры правовой нормы можно сделать вывод о том, какие факты подлежат доказыванию сторонами в деле, и, соответственно, должны быть оценены судом. Во-первых, это факты, описанные в гипотезе регулятивной нормы: условия правосубъектности участников общественного отношения, иные элементы фактического состава, влекущие правовые последствия, предусмотренные диспозицией соответствующей нормы. В исковом производстве это в первую очередь факты, являющиеся условием для возникновения обязательств, а также указывающие на момент возникновения обязательств. Во-вторых, это факты, свидетельствующие об исполнении или неисполнении юридических обязанностей, которые возникают на основании регулятивных норм. В исковом производстве это факты, свидетельствующие об исполнении обязательств, предусмотренных диспозицией соответствующей нормы, а также указывающие на момент исполнения, полноту исполнения (в том числе, как правило, денежную оценку объема исполнения) и надлежащий способ исполнения обязательств. В-третьих, это факты, свидетельствующие о наличии состава правонарушения, предусмотренного гипотезой охранительной нормы. В исковом производстве это определение не только самого состава деликта, но и определение правовых оснований применения отдельных санкций, например, договорной неустойки, поскольку для суда наличие или отсутствие соответствующего положения в договоре имеет значение не только права, но и факта.

После того, как доказательства сторон оцениваются судом, они подлежат описанию в судебном решении и таким образом вводятся в логическое пространство текста судебного решения. Поскольку суть судебного решения – вынести индивидуально-властное предписание, то есть вывести некое императивное суждение из нормы, то есть императивного суждения общего характера и оцененных фактических обстоятельств. Таким образом, резолютивная часть судебного решения оказывается по-прежнему в пространстве должного.

Требование законности и обоснованности судебного решения проистекает из презумпции истинности правовых норм. Правовые нормы, во-первых, основаны на правовых принципах, то есть некоем «предправе», и не должны являться, таким образом, целерациональными. Сами общественные отношения, на которые направлено правовое регулирование, с другой стороны, могут возникать на основе целерациональности. Для достижения тех или иных целей, например, получения прибыли, субъект общественных отношений может совершить определенный спектр действий. Это может быть, например, честное получение прибыли из производства и продажи товаров и услуг, но с точки зрения целерациональности самый простой и эффективный способ достижения такой цели, как получение прибыли, безотносительно действий других субъектов общественных отношений – это хищение. Вместе с тем, правовые нормы создают ограничения в средствах достижения целей и таким образом противоречат целерациональному поведению самих субъектов общественных отношений.

С другой стороны, правовые нормы создают коммуникативное пространство, пространство предсказуемости действий, поскольку спектр целерациональных алгоритмов сокращается до допустимых с точки зрения правовых норм. Таким образом создается возможность формирования ситуации социальных ожиданий, которые обеспечиваются возможностью притязать на совершение обязанным лицом определенных действий. В этих условиях участники общественных отношений могут выстраивать поведенческие стратегии в пределах этого коммуникативного пространства, либо, в случае, если спектр правомерных действий оказывается чрезмерно мал, выстраивать свое поведение вне зависимости от требований правовых норм. При этом обычно создаются конкурирующие

<sup>1</sup> Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.

с правом нормативные системы, которые допускают большее количество допустимых алгоритмов достижения целей, нежели позитивное право, а само позитивное право начинает «проигрывать в конкурентной борьбе» с такими нормативными системами. При попытке реализации санкций за деяния, которые являются нормальными с точки зрения обычая, позитивное право обычно также проигрывает, поскольку нормативная система обычая создает механизмы противодействия позитивному праву, которые едва ли могут быть преодолены силовыми средствами. Например, одним из таких механизмов является коррупция.

Вместе с тем, та часть государственного аппарата, которая обладает правом на правотворчество, может также выстраивать целеполагание и создавать правовые нормы в целях различных социальных групп, в том числе в собственных целях. В результате в одних сферах общественной жизнедеятельности появляется больше ограничений, нежели в других. Количество допустимых алгоритмов может менять возможности, а стало быть и поведение людей в конкретных сферах общественных отношений. Так, если усложнить процедуру доступа к тем или иным экономическим ресурсам (например, ввести лицензирование той или иной деятельности), то количество субъектов, для которых соблюдение процедуры будет доступно, сокращается. В результате созданием рамок интеракции достигается вполне целерациональный результат. При этом, чем больший объем полномочий у правоприменительных органов, чем больше создается правовых ограничений, и чем более неоднозначно и противоречиво законодательство, тем больше выгод может из этого извлечь сам бюрократический аппарат. В результате чиновнику оказывается выгодным большой массив «каучуковых» норм, которые могут содержать противоречия, а также большой объем охранительных норм. Создается ситуация, при которой толкование права может стать определенного рода «бизнесом», инструментом целерационального действия представителей государственного аппарата.

Последнее «вымывает» из пространства позитивного права те принципиальные, «предправовые», ценностные основы, которые соответствуют массовым правовым представлениям о должном и возможном поведении, низводят позитивное право лишь в ранг еще одной системы корпоративных норм – норм корпорации чиновничества, которые перестают восприниматься населением как общеобязательные. То есть таким образом «снимается» сама нормативность позитивного права, оно становится лишь инструментом реализации интересов бюрократической корпорации, «необязательной» для исполнения остальными, точнее, обязательной лишь в той мере, в которой они не противоречат нормативной системе «своей» корпорации и позволяют не подвергнуться реализации санкций.

В этом последнем аспекте самой сложной оказывается позиция правоприменительных органов, в особенности судебных органов, обязанных отпирать *правосудие*.

Стороны в исковом производстве преследуют свои цели, защищая свои интересы. При этом интересы одной из сторон как правило являются законными, но обосновывают законность своих требований и возражений обе стороны, притом каждая, как правило, ссылается на правовые нормы в обосновании своих требований или возражений. Суд обязан принять решение на основе правовых норм, юридически квалифицировав каждое из обстоятельств, которые он счел доказанными. Стороны при обосновании своей позиции аргументы правового характера выводят из конечной цели, то есть «решают задачу с готовым ответом». Фактически данная деятельность не носит правового характера, поскольку стороны презюмируют собственную правоту, выбирая правовые нормы исходя из требуемого результата. Тем самым стороны в исковом производстве действуют нерационально с точки зрения рациональности коммуникативной, пытаются одновременно доказать обратное.

Суд обязан действовать исходя из прав и законных интересов той стороны, чьи права нарушены. Ситуация усложняется, если обязательства нарушены в той или иной мере обеими сторонами, либо исходя из того или иного толкования правовых норм возможно принятие различных решений. При этом в исковом производстве суд связан пределами исковых требований. Таким образом, предмет и основание иска судом самостоятельно изменены быть не могут, и в случае выявления фактических обстоятельств, свидетельствующих о нарушении прав истца, но не связанных с предметом либо основанием иска, суд не вправе принимать решение, основываясь на этих фактах и их квалификации. В этой ситуации не применяются нормы, фактически подлежащие реализации, но не подлежащие применению в силу отсутствия у суда соответствующих полномочий. Такое ограничение зачастую лишает суд возможности должным образом квалифицировать фактические обстоятельства.

В результате суд принимает решение лишь исходя из исковых требований, не реализуя ни законный интерес истца (что противоречит целерациональности), ни подлежащую реализации правовую норму (что противоречит коммуникативной рациональности).

При юридической квалификации судьями отдельных фактических обстоятельств дела может возникнуть возможность квалифицировать отдельные факты, имеющие значение для дела, по-разному. Так, в

Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 25 марта 2010 года по делу № А33-14855/2009 договор, предметом которого является установка терминалов для оплаты мобильной связи в помещении, признается договором оказания услуг, а в Постановлении ФАС Московского округа от 10 декабря 2009 года № КГ-А40/12815-09 по делу № А40-94259/08-23-802 – договором аренды<sup>1</sup>. В таком договоре содержатся как признаки договора аренды, так и признаки договора оказания услуг, и попытка квалифицировать такой договор как один из поименованных в Гражданском Кодексе РФ договоров либо будет являться логической ошибкой, либо создает ситуацию правовой неопределенности, поскольку одинаковые факты квалифицируются по-разному. Правовая неопределенность влечет дальнейшую свободу толкования и по сути разрушает ситуацию предсказуемости, создаваемую в результате действия правовой нормы. Такая цель правового регулирования, как установление поведенческих рамок, не достигается, а любые алгоритмы действий в данном отношении в пределах одной юрисдикции не оказываются однозначно законными.

В том случае, если правоприменитель, например, суд, правильно установил все факты, имеющие значение для дела, верно их описал и оценил, количественно и качественно установленные фактические обстоятельства соответствуют гипотезе конкретной нормы, норма действует на момент как возникновения спорного отношения, так и на момент принятия решения, правоприменитель правильно выбрал эту норму в качестве основания для принятия решения, и логически верно вывел из нормы (императивного общего суждения) и описания факта (ассерторического частного суждения) заключение – формулировку решения, такое заключение может носить лишь характер императивного частного суждения. В силу общего характера нормы и частного характера фактических обстоятельств дела при вынесении решения возможно выведение заключений только дедуктивным способом. В силу императивной модальности общего суждения (нормы) возможно выведение частного заключения только императивной модальности. То есть само судебное решение при его вынесении остается в логическом пространстве должного.

Вследствие этого свойства индивидуальных предписаний возникает следующая проблема – проблема трансляции смысла императивного суждения правоприменительного акта из пространства должного в пространство реального. Наличие норм, которые определяют порядок исполнения судебных решений, в том числе норм, устанавливающих меры ответственности за бездействие должностных лиц в исполнительном производстве, эту проблему не решает в силу того, что сами эти нормы находятся в сфере должного. Более того, эту проблему не решает и возможность обжалования бездействия судебных приставов-исполнителей, поскольку судебное решение, обязывающее судебного пристава-исполнителя совершить определенные действия также находится в сфере должного, так как резолютивная часть его также является частным императивным суждением.

Из вышеизложенного логически должен следовать вывод о неисполнимости любой правовой нормы и любого правоприменительного акта, точнее, невозможности определения истинностного значения в пространстве реального результатов таких суждений, поскольку ассерторическое суждение, суждение о факте, невыводимо из деонтического модального суждения. Вместе с тем, является очевидным, что большая часть правовых норм и большая часть правоприменительных актов фактически реализуются, и их императивные положения приобретают характер реального в поведении субъектов, которым они адресованы. Получается, что соответствие правомерного поведения субъектов общественных отношений правовым нормам и основанным на них индивидуально-властным предписаниям правоприменителей – не более чем совпадение?

Вероятно, эта проблема, равно как и проблема соотношения двух типов рациональности в правовом регулировании, может быть решена следующим образом. Право как система коммуникативной рациональности основывается на ценностях, присущих данному обществу. Каким образом формируются эти ценности и каково их содержание для конкретного общества и государства – проблема, требующая самостоятельного исследования и рассмотрения, причем, вероятно, в аспекте целого ряда социально-гуманитарных наук с привлечением методологического арсенала точных наук. Однако, так или иначе, ценности, на которых основано право, формируются в массовом сознании. Представления о должном, как результат признания некоторых явлений и процессов ценностями, также формируются массовым сознанием. Представления о должном оказываются тем поведенческим основанием в сознании людей, которое влечет поведение, соответствующее моделям должного. Более того, сама модальность должностования, приписываемая некоему поведению, является основанием для характеристики этой части сознания как правовой.

Если представления о должном той части общества, которой приписана возможность издавать общеобязательные правила поведения, не совпадают с представлениями о должном населения в целом, то и результат такого расхождения – позитивное право – будет отличаться от права обычного – нормативной системы, которая независимо от деятельности уполномоченных органов и должностных

<sup>1</sup> Голощапов А.М. Проблемы аргументации в судебных решениях по спорам об исполнении обязательств // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2012. – № 1.

лиц, появляется в процессе самоорганизации. Если же наиболее общая модель справедливости игнорируется, и правовые нормы приобретают технический (в значении Ю. Хабермаса) характер, то есть характер норм, которые основаны на целерациональном поведении конкретных субъектов, то такое позитивное право перестает выполнять функцию формализованной рационализации коммуникативного взаимодействия людей, и, следовательно, перестает быть правом, а становится инструментом, в ряде случаев инструментом карательным. Правоприменитель оказывается в роли человека, который вынужден пользоваться этим инструментом и выбирать, какую из нормативных систем ему предпочесть: инструментальную, целерациональную систему позитивного права или интерактивную систему права обычного. Реализация же позитивного права, не основанного на ценностях общества, в любом случае является насилием.

В той же части, где позитивное право соответствует тем ценностям, на которых основано коммуникативное действие и правовые представления населения, оно исполняется в основном добровольно и, как правило, неосознанно.

Таким образом, аргументация судебных решений является рациональной лишь в том случае, если нормы, на основании которых такие решения вынесены, признаются большинством населения и обеспечивают предсказуемость поведения, то есть соответствуют принципу правовой определенности.

■

ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

Ежегодник

№ 7  
Часть 1

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 *Т.В. Булкина, В.Н. Николаева, Г.В. Сухова*  
Компьютерная верстка *Е.А. Мухиной*  
Дизайн обложки *К.А. Быкова*

Подписано в печать . Формат 60x84/8. Усл. печ. л. .  
Гарнитура Прагматика. Печать офсетная. Тираж 1000 экз.

Оригинал-макет подготовлен в редакционно-издательском отделе  
Нижегородской академии МВД России