ISSN 2073-5022

# ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

1
2011

THE GLOBAL COMPACT
WE SUPPORT

МИИ

Международный исследовательский институт

# ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

Всероссийский научно-теоретический журнал
издается с 2009 г., выходит 4 раза в год

1(9)

2011

THE GLOBAL COMPACT
WE SUPPORT

МИИ

**Всероссийский научный журнал**
**“Вопросы правоведения”**
**зарегистрирован в Федеральной службе**
**по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций.**
**Свидетельство о регистрации**
**ПИ № ФС77-35637 от 17 марта 2009 г.**

**Журнал включен**
**в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий,**
**в которых должны быть опубликованы основные научные результаты**
**диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук**
**(решение Президиума Высшей аттестационной комиссии**
**Минобрнауки России от 19 февраля 2010 года № 6/6)**

**Учредитель и издатель:**
**Международный исследовательский институт, г. Москва**

**Адрес редакции:**

**115563, Москва, а/я 77, МИИ**
**Тел. +7-495-509-67-82**

**www.mii-nauka.com**
**info@mii-nauka.com**

**Подписные индексы:**
**Объединенный каталог “Пресса России” - 11892, 40661**

**© Составление.**
**Международный исследовательский институт, 2011**

**Главный редактор:**

А. А. Тедеев — доктор юридических наук, кандидат экономических наук, директор Международного исследовательского института

**Заместитель главного редактора – шеф-редактор рубрики «Правовая мысль прошлого»:**

Ю. В. Пуздрач — доктор юридических наук, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Московского гуманитарного университета

**Редакционный совет:**

И. Н. Барциц — доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации

И. Л. Бачило — доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующая сектором информационного права Института государства и права Российской академии наук

Н. Е. Борисова — доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор, директор Научно-педагогического института прав человека и ювенологии Российского государственного социального университета

А. В. Брызгалин — кандидат юридических наук, Генеральный директор Группы компаний «Налоги и финансовое право»

Е. Ю. Грачева — доктор юридических наук, профессор, проректор по учебной работе Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина

В. Н. Григорьев — доктор юридических наук, профессор, ученый секретарь Московского университета Министерства внутренних дел Российской Федерации

А. Э. Жалинский — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Государственного университета – Высшей школы экономики

А. Я. Капустин — доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Российского университета дружбы народов

М. А. Краснов — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Государственного университета – Высшей школы экономики

В. М. Лебедев — доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой природоресурсного и экологического права Томского государственного университета

| | |
|---|---|
| Е. Р. Россинская | доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, директор Института судебных экспертиз Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина |
| Т. А. Сошникова | доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса и социальных отраслей права Московского гуманитарного университета |
| Ю. Н. Старилов | доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета |
| Г. А. Тосунян | доктор юридических наук, кандидат физико-математических наук, профессор, Президент Ассоциации российских банков |
| В. А. Туманов | доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, Советник Конституционного суда Российской Федерации |
| А. С. Туманова | доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения Государственного университета – Высшей школы экономики |
| М. А. Федотов | доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, Чрезвычайный и Полномочный посол Российской Федерации, Советник Президента Российской Федерации, руководитель Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности |
| Х. Хаджиев | доктор юридических наук, профессор, судья Европейского суда по правам человека |
| В. Е. Чиркин | доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, главный научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права Российской академии наук |
| И. Г. Шаблинский | доктор юридических наук, кандидат философских наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Государственного университета – Высшей школы экономики |
| Н. Г. Шурухнов | доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Академии права и управления Федеральной службы исполнения наказаний Российской Федерации |

# От редакции

Стремясь в целях наиболее успешного достижения задач, преследуемых журналом, к всестороннему и полному освещению научных проблем, редакция не стесняет авторов и членов своего редакционного совета в возможности высказать на страницах журнала «Вопросы правоведения» теоретические воззрения, которые не вполне совпадают с точкой зрения редакции.

Плата за публикацию материалов в журнале не взимается ни в какой форме.

Перепечатка материалов, опубликованных в журнале, допускается только с письменного разрешения редакции.

# Содержание

**Вопросы правовой доктрины**

***Чиркин В. Е.*** (доктор юридических наук, профессор) Российский федерализм в Евразии: элементы сравнительного анализа 8

***Саидов А. Х.*** (доктор юридических наук, профессор) Источники права и сравнительное правоведение 25

**Точка зрения**

***Тощенко Ж. Т.*** (член-корреспондент Российской академии наук, доктор философских наук, профессор) Кентавр-проблема в познании и преобразующей деятельности человека 43

***Дойников И. В.*** (доктор юридических наук, профессор) Об экономической роли государства в условиях модернизации российского общества 62

***Осипян Б. А.*** (кандидат юридических наук, доцент) Достоинство человека как высшая духовно-нравственная правоохраняемая ценность 85

***Либанова С. Э.*** (кандидат юридический наук, доцент) Проблемы обеспечения высшей конституционной ценности и пути их решения 102

***Гетьман-Павлова И. В.*** (кандидат юридический наук, доцент) Наука международного частного права: постглоссаторы – предшественники Бартоло да Сассоферрато 126

***Морозова В. В.*** Американские доктрины коллизионного права в кодификациях международного частного права Квебека и Луизианы 159

***Голоскоков Л. В.*** (доктор юридических наук, профессор) Сетевое право и его принципы 183

***Панченко П. Н.*** (доктор юридических наук, профессор) Презумпция знания уголовного закона и свобода экономической деятельности 201

**Проблемы положительного права**

***Белоусова Е. В.*** (кандидат юридических наук, доцент) Конституционно-правовая и муниципально-правовая ответственность как виды публично-правовой ответственности органов местного самоуправления 215

***Талапина Э. В.*** (кандидат юридических наук, доцент) Правовые проблемы государственного управления в условиях информатизации общества 229

***Данилова Н. В.*** (кандидат юридических наук, доцент) Предмет и содержание муниципального земельного контроля 246

***Осипов М. Ю.*** (кандидат юридических наук) Проблемы совершенствования учета нормативно-правовых актов 258
***Джиоев Р. Ф***. Правовое регулирование деятельности общественных представительных (консультативных) молодежных органов в процессе формирования гражданского общества в зарубежных странах 265
***Шурухнова Д. Н.*** (кандидат юридических наук, доцент) Понятие, назначение, сущность и виды административно-правовых режимов 273
***Беженцев А. А.*** (кандидат юридических наук, доцент) Деятельность органов образования по предупреждению административных правонарушений несовершеннолетних: законодательство и практика 297
***Шевченко Г. Н.*** (доктор юридических наук профессор) Проблемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями 311
***Медведев Е. В.*** (кандидат юридических наук, доцент) Особенности определения причинной связи в составах нарушения правил обращения с источниками повышенной опасности 326
***Ульянов Д. В.*** Криминалистическая характеристика злоупотреблений должностными полномочиями 334
***Меркулов М. С.*** Взаимодействие следователя с органами дознания и другими государственными органами при расследовании краж, совершенных несовершеннолетними в группе 341
***Махнибородa И. М.*** Современные подходы к определению сущности международного процессуального права 346
***Пилипсон Э. Г.*** (докторант, Латвия) Международная подсудность в международных соглашениях 363

## Правовая мысль прошлого

***Ильин И. А.*** Основные задачи правоведения в России 378

Сведения об авторах 405
Правила представления рукописей авторами 409

# Вопросы правовой доктрины

## Российский федерализм в Евразии: элементы сравнительного анализа

**Российский федерализм; Евразия; особенности; сравнительный анализ**

***В. Е. Чиркин***

***главный научный сотрудник Института государства и права РАН, заведующий кафедрой публичного права Академического правового института, доктор юридических наук, профессор***

## *Федерализм в мире, Евразии и России*

На евразийском пространстве расположены 12 из 28 федеративных государств мира[1]. Пять из них находятся в Европе (Австрия, Бельгия, Босния и Герцеговина, Германия, Швейцария), шесть – в Азии (Индия, Малайзия, Объединенные Арабские Эмираты, Пакистан, Ирак по Конституции 2005 г., Непал), одно государство

[1] В данной статье речь идет о федеративных государствах как об особой форме государственно-территориального устройства. В зарубежных работах, особенно политологических, термины федерализм и федерация применяют также к другим явлениям, иногда к структуре некоторых крупных общественных организаций. Точное число федеративных государств установить довольно сложно. Некоторые государства не названы в конституциях федеративными, но по форме государственно-территориального устройства являются по существу таковыми (например, ЮАР в соответствии с Конституцией 1996 г.). Танзания, напротив, называется Объединенной Республикой (на англ.яз. – United, как и США) и состоит как бы из двух субъектов федерации, но ее основная часть (Танганьика) не имеет некоторых важнейших признаков субъекта федерации, в частности, своих органов публичной власти и управляется центральными органами государства. Элементы федерализма имеет Папуа – Новая Гвинея (у ее 19 провинций есть свои конституции и др.). Федеративные государства евразийского пространства имеют соответствующие определения в конституциях. Такое положение содержится и в Конституции Ирака 2005г., хотя фактически федерация не создана.

– Россия занимает часть Европы и часть Азии. Остальные 14 федераций расположены в Америке, Африке и Океании. В совокупности евразийские федерации занимают около шестой части суши Земли, в них проживает почти четверть населения планеты.

Федеративные государства Евразии неодинаковы по размерам территории, численности населения, экономическому потенциалу, уровню развития. Среди них находится крупнейшее по размерам территории государство мира – Россия. Пакистан в 20 раз меньше России, а Бельгия – в 550. Индия занимает второе место в мире по численности населения (после Китая), в 2010 г. почти 1,2 млрд.) человек (оценка), Германия – 16-е (82 млн.), а Босния и Герцеговина – 119 (4 млн.) из 195 государств, по которым дается статистика. Третье место в мире по ВВП принадлежит Германии (впереди США и с 2011 г. Китай, обогнавший Японию), третье место по индексу человеческого развития (качеству жизни) среди федераций занимает Швейцария (из федераций впереди Австралия и Канада)[1]. Среди евразийских федераций есть небольшие, но высокоразвитые государства (Австрия, Бельгия), страны среднего уровня развития и государства, занимающие низовые места в таблицах индекса развития человеческого потенциала (Индия – 134, Пакистан – 141). Россия находится на 71-м месте.

Евразийские федерации относятся к разным цивилизациям.[2] В подавляющем большинстве стран – это капиталистическая циви-

---

[1] В общем рейтинге 182 государств, составленном экспертами ООН в 2009 г., по данному признаку Швейцария занимает девятое место. См.: Statistics of the Human Develoment Reports (HDR). United Nation Development Programme. N.Y. 2009.

[2] В данном случае термин «цивилизация» не имеет оценочного значения (типа плохая или хорошая). Это – реальная данность, тот или иной способ организации жизни в крупных человеческих сообществах, независимо от того, нравится нам это или нет. Это образ жизни народа (народов), имеющий системный характер и опирающийся на одинаковые постулаты (в том числе на социальные нормы разного рода), которые считаются или которые требуется считать неопровержимыми. По имеющимся подсчетам существует 358 определений цивилизации, а их число в истории – 13 и более. Иногда говорят о двух существующих в мире цивилизациях: традиционной и современной. Некоторые политологи заявляют о единственной цивилизации, «индустриальной цивилизации», которая «стала универсальной» (*Gicquel J., Gicquel J.-E.* Droit constitutionnel et institutions politiques. 21-e éd. P., 2007.H. 29. Есть авторы, считающие, что Россия одна является особой цивилизацией. См. *Лукашева Е.А.* Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2009. С. 213. На наш взгляд, в настоящее

лизация на разных стадиях развития (в Бельгии и Швейцарии – на стадии социального капитализма), в ОАЭ – мусульманская цивилизация, в Пакистане средняя стадия развития капитализма с большими остатками мусульманской цивилизации, в Индии - либеральный капитализм с влиянием прежних цивилизаций (особенно в сельской местности), в России в доминирующей капиталистической цивилизации в форме олигархического капитализма сохраняются остатки влияния цивилизации тоталитарного социализма.

В большинстве евразийских федераций вся территория государства состоит только из субъектов федерации (есть также подвижная территория – корабли, самолеты под флагом государства др.), но в некоторых государствах есть и другие территориальные части (союзные территории в Индии, управляемая федерацией полоса племен в Пакистане, союзные территории в Мьянме и др.). Самое большое число субъектов федерации и России – 83 (после объединений в 2005–2007 гг.), наименьшее – в Боснии и Герцеговине – два субъекта федерации, хотя коллегиальный глава государства (Президиум Республики), состоит из трех человек (о порядке его формирования будет сказано ниже). Остальные федерации в Евразии имеют от трех (Бельгия) до 28 (Индия) субъектов федерации. Правда, в Бельгии наряду с тремя территориальными субъектами, организованными по этническому признаку, созданы также языковые сообщества, которые в определенной мере имеют некоторые признаки специфических субъектов федерации (об этом тоже будет сказано подробнее). В России существует шесть видов субъектов Федерации (республики, края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа и др.), возникших в особых условиях, в том числе и по субъективным причинам. Эта дробность, недостаточная экономическая и другая обоснованность формирования ее субъектов, как и сама структура Российской Федерации, образованная в особых условиях, простым переименованием в субъекты Федерации разных частей территории государства, в определенной мере случайно создают опреде-

---

время на планете существуют три цивилизации: капиталистическая ив ее разных формах (более 3 млрд. человек), мусульманская в формах мусульманского фундаментализма и «продвинутых» мусульманских стран (около 1,2 млрд.), тоталитарно-социалистическая (около 1,5 млрд., основную долю ее населения составляет Китай). Есть регионы других, остаточных цивилизаций, которые не оказывают существенного влияния на пути развития человечества.

ленные сложности для развития страны. В других странах субъекты федераций тоже создавались не по какому-то плану (кроме Индии при реформировании в 1956 г.), но по крайней мере названия субъектов федераций однотипны (исключение составляет Союз Мьянмы (бывшая Бирма), где по Конституции 2008 г. имеются два названия – штаты и регионы, не совсем ясна ситуация в Федеративной Демократической Республике Непал, конституция которой 2007 г. умалчивает о субъектах Федерации).

Сравнительному исследованию федеративных государств посвящено немного работ, хотя сравнительные исследования в конституционном праве начались именно с проблем федерализма. В конце 30-гг. XX в. американский компаративист У.Кларк, сетуя на почти полное отсутствие таких исследований, отмечал, что среди доступных ему работ на четырех языках, он нашел только сравнительные исследования по федерализму, и лишь два[1]. Теперь не только в зарубежной, но и в российской литературе есть сравнительные исследования федеративной формы государственно-территориального устройства, в том числе новые крупные работы по сравнительному исследованию субъектов федераций[2].

## *Общее в евразийских федерациях*

Федеративные государства на евразийском пространстве имеют главные общие признаки, присущие всем государством данной формы. Вместе с тем, они отличаются от США и латиноамериканских федераций, на которые федеративная форма США оказала большое влияние (хотя американские федерации тоже не во всем одинаковы, а Канада занимает особое место). Федерации в Евразии отличаются также от федераций в Океании (Австралия, Соединенные Штаты Микронезии). Такие отличия, как правило, не являются принципиальными. Иногда федерации Евразии имеют больше различий между собой (сравним, например, Бельгию и Пакистан), чем их отличия от федераций в Америке. Поэтому вряд ли можно сконструировать особое понятие евразийской федерации. Ниже мы употребляем этот термин для сокращенного названия, а не в качестве модельной характеристики. Современ-

---

[1] См.: *Clark W.* Comparative Constitutional Law // Bar Association Proc. 1939. № 54. P. 355–356.

[2] *Фарукшин М.Х.,Фарукшин А.Х.* Субъекты федераций: сравнительное исследование. Казань: Центр инновационных технологий, 2009.

ные модели федерации вряд ли стоит классифицировать по географическому признаку (Евразия и др.). Они иногда могут быть связаны с географическими признаками (например, все острова в Союзе Коморских островов (до 2002 г. – Исламская Федеративная Республика Коморские островов, которая относится к Африке) – субъекты федерации), но основу понятия той или иной модели федерации составляет не географический фактор, а другие признаки – симметрия или асимметрия федерации, централизация или децентрализация, степень учета национального, территориального, экономического и других признаков. Эти факторы видны при анализе разных групп федераций (об этом – ниже).

К федерациям Евразии применимо общее понятия федеративного государства. В российской литературе в разных изданиях суммарно названы 30 признаков федеративного государства. М.В. Глигич-Золотарева предлагает свести их к 24 и предлагает свое определение[1]. Оно в основном верно указывает общие параметры федеративного государства. Используя его, можно было бы с некоторыми уточнениями охарактеризовать федерацию как *регулируемую конституцией форму наиболее сложного государственно-территориального устройства, при которой существуют особые иерархические отношения государства и его составных частей – государственных (государствоподобных) образований, обладающих собственной публичной властью в пределах, установленных федеральной конституцией, самостоятельностью в решении внутренних вопросов, участвующих в решении вопросов федерального значения и несущих ответственность за нарушение федеральной конституции и федеральных законов в форме федерального принуждения.*

В определении несколько составляющих (признаков), их тоже довольно много, но не десятки. Во-первых, федеративная форма всегда регулируется конституцией. Хотя в редких случаях слова «федерация» в конституциях нет (поэтому слова «закрепленная конституцией» не совсем удачны), в федеративном государстве конституция всегда регулирует соответствующие отношения. Во всех евразийских федерациях (кроме Индии и Швейцарии) тер-

---

[1] См.: *Глигич-Золотарева М.В.* Теория и практика федерализма: системный подход. Новосибирск: Наука, 2009. С. 54 и 597. В различных изданиях, как указывает М.В. Глигич-Золотарева, было предложено 30 признаков федерации, она называет 24.

мин «федерация» есть. Индия имеет определение «союз». Швейцария официально называется конфедерацией, но давно превратилась в федерацию.

Во-вторых, в определении отмечается особая сложность федеративной формы государства и особый характер федеративных отношений. Унитарное государство тоже может иметь сложную форму государственно-территориального устройства, особенно если в его составе есть политическая (законодательная) автономия (а таких государств немало), но в федерации конституционно-правовые отношения особенно сложны и иные по характеру, в частности, из-за разных способов разграничения предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами. Это отмечается словом «наиболее» и находит далее выражение в характеристике отношений федерации и ее субъектов как отношений особого иерархического характера (об этих особенностях – ниже).

В-третьих, составными территориальными частями федерации являются особые публично-правовые образования. Иногда их называли государствами, например, союзные республики в составе СССР (в единичных старых конституциях земель ФРГ по отношению к ним сохранилось слово Staat (государство). Американский или индийский штат (state), испанский и португальский (Бразилия) estado – «государство», швейцарские кантоны в тексте Конституции на французском языке тоже названы государствами – états.[1] В ст.5 Конституции России республики в составе РФ в отличие от других субъектов РФ охарактеризованы как государства (в скобках).

Применение слова «государство» к субъектам федераций вряд ли верно. Штаты в США рассматривались как государства только в течение краткого периода во время и после провозглашения их независимости от Великобритании (в итоге – независимости США). Не случайно переводчики на русский язык Конституции США использовали по отношению к субъектам США не слово «государство», а неологизм «штат». Они понимали разницу. Теперь давно не считают, что на территории США кроме федеративного государства есть еще 50 государств, а, например, в Малайзии – 13, в Мексике – 31 и т.д. по числу штатов. Вряд ли можно также утверждать, что на территории России кроме РФ

[1] В иностранных языках все эти слова имеют и другое значение, но основным является «государство».

есть еще 21 государство (по числу республик в составе РФ). С подготовкой конституционных текстов нельзя обращаться вольно, а допущенные погрешности нужно исправлять, но без излишней спешки, предварительно научно разработав соответствующие понятия. Думается, что субъекты федераций можно охарактеризовать как *государственные* (государствоподобные) *образования*. Это отличает их от других публично-правовых образований (автономных, муниципальных и др.). И вряд ли субъектам РФ, их руководителям и научным работникам, диссертантам, защищающим работы о конституционно-правовом статусе республик, стоит обижаться на то, что республики в составе РФ не следует называть государствами, да еще суверенными (как это сохранялось в их конституциях довольно долго и после известного решения Конституционного Суда РФ 2000 г. об ошибочности таких положений[1], последнее из них было удалено из конституций республик в составе РФ только в 2009 г.).

Четвертая наиболее сложная составляющая в общем определении федераций (в том числе на евразийском пространстве) – вопрос о власти. На этой проблеме мы остановимся подробнее. Общепризнано, что суверенная государственная власть принадлежит федерации. Правда, в действующих конституциях Мексики 1917 г и Швейцарии 1999 г. (не будем вспоминать о прошлом, в том числе о недействующих ныне конституциях СССР, где говорилось о суверенитете союзных республик в составе СССР) упомянуто о суверенитете субъектов федерации Мексики и Швейцарии (соответственно ст.40 и 3), но говорится, что они суверенны в своих внутренних делах и в рамках федеральной конституции. Это, конечно, вовсе не суверенная государственная власть, тем более, что в этих конституциях говорится, что государство – это федерация (и только). Вместе с тем, бесспорно, что субъекты федерации, как публично-правовые образования, обладают определенной властью. Они имеют по конституциям (федеральным и собственным) свои исключительные полномочия, свои законодательные, исполнительные, судебные органы (в США – свою судебную систему). Какова природа этой власти и каковы ее пределы?

При решении первой части этого вопроса, обратимся к некоторым положениям марксистской теории и к их последующей трактовке. В современных учебниках по теории государства и

---

[1] СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 3117.

права при обсуждении вопроса о государстве обычно (теперь – реже) ссылаются на тезис Ф.Энгельса о том, что на первом месте среди признаков государства находится особая публичная власть. Словосочетание «публичная власть» пришло в советскую литературу, видимо, не из латыни, а, скорее всего, из немецкого языка (из работ Маркса и Энгельса, в работах их последователей оно почти не использовалось, обычно говорилось о государственной власти), но было использовано и истолковано не совсем верно. В 1884 г., исследуя происхождение семьи, частной собственности и государства, Ф.Энгельс писал, что в результате разложения первобытно-общинного строя и появления новых институтов общественная власть уступила место власти иного характера. Для ее обозначения Ф.Энгельс использовал словосочетание die öffentlicher Gewalt[1]. Эти слова выделены автором разрядкой (в русских изданиях - курсивом). На следующей странице Ф.Энгельс применяет по отношению к государству, как идентичные, также слова die Staatsmacht (государственная власть = государство+власть), die öffentlicher Macht и die Staatsgewalt[2].

Слова die Gewalt и die Macht, насколько мы можем судить, имеют в принципе одинаковое значение – власть. Слово же öffentlicher может обозначать и публичный/ая/ое, и государственный/ая/ое, а в некоторых сочетаниях, скорее, государственный/ая/ое, чем публичный/ая/ое. Например, die öffenlicher Angesteller – это государственный служащий (за рубежом употребляется и более широкое понятие – публичная служба, что может охватывать служащих субъектов федерации и муниципальных служащих, но обычно под этим понимается государственная служба).

Из сказанного можно сделать вывод: в современных условиях (в отличие от прежних времен, когда почти не было федераций и их субъектов, а муниципальными образованиями являлись лишь некоторые города по хартиям, жалованным еще монархами, и публичная власть по существу отождествлялась с государственной властью) отчетливо видно, что *понятие публичной власти не тождественно понятию государственной власти.* На разных ступенях организации публичных территориальных коллективов (организации населения, народа в определенных административных

---

[1] *Engels F.* Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates. Im Anschluss an Lewis H. Morgans Forschungen. Berlin, 1925. S. 141.
[2] Ibidem. S. 142.

границах) наряду с государственной властью, распространяющейся на все общество (она представлена на местах органами государства)[1] существует своя публичная власть населения, народа территориальных публичных коллективов, имеющая свои органы (органы субъектов федерации, автономных территориальных образований, муниципальных образований), распространяющаяся на территории таких коллективов. Положения о власти народа субъектов РФ в той или иной редакции есть во всех конституциях и уставах субъектов РФ. Не будем цитировать все или многие из них. Они однотипны. Сошлемся только на несколько примеров. В конституциях всех республик в составе РФ (кроме Степного уложения Калмыкии) говорится о народе республики как источнике государственной власти республики. Ст.10 Устава Калужской области 1996 г. гласит: «источником государственной власти в области являются ее жители»[2]. Аналогичную формулировку содержит ст.4 Устава Ставропольского края 1994 г. (лишь говорится о населении, а не о жителях)[3], Устав Мурманской области 1997 г. (говорится о народе и гражданах области), уставы автономных округов. Правда, во всех из них говорится о *государственной* власти (о точности такого положения мы скажем ниже). Публичная власть субъекта федерации во всех федерациях действует в рамках конституции и законов государства, в соответствии с разграничением предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами и на основе принципа верховенства федерального права. Это юридически установленные пределы публичной власти субъектов федерации. Законы федерации, иные федеральные акты, принятые в пределах полномочий федерации, обязательны для ее субъектов. При нарушении таких положений возможны федеральные санкции. Власть субъектов федерации не суверенна. Об этом уже говорилось на примерах конституций Мексики и Швейцарии, где употребляется слово «суверенитет». В России несуверенность власти субъектов РФ вытекает из положений Конституции РФ (в частности, ст.4, устанавливающей, что «суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию») и Заключительных и переходных положений, согласно которым не действуют нормы

---

[1] Общество – это тоже всеобъемлющий территориальный публичный коллектив в государственных границах.

[2] Уставы краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов Российской Федерации. Вып. 4. М., 1997.

[3] Там же. Вып. 1. М., 1994.

Федеративного договора (а они содержали положения о суверенитете республик в составе РФ), если они противоречат Конституции РФ. Такая трактовка подтверждено известными решениями Конституционного суда РФ 2000 г.[1]

Власть субъекта федерации находится в иерархических отношениях с федеральной властью как отношения части и целого, системы и ее элементов. Публичная власть субъекта федерации – государствоподобная, но не государственная власть, а власть государственного (государствоподобного) образования, *публичная государствоподобная власть*. Она отличается и от государственной суверенной власти, и от публичной автономной власти (территориальных автономий), и от публичной власти муниципальных образований (местного самоуправления). Все это хорошо видно при анализе законодательства и на практике.

Среди евразийских федераций только Конституция РФ содержит положения о государственной власти органов субъектов РФ. Ст.77 говорит о «системе органов государственной власти республик, краев, областей городов федерального значения, автономной области, автономных округов…». Ст.73 гласит, что вне исключительных предметов ведения и полномочий РФ и совместных полномочий РФ и ее субъектов «субъекты Российской Федерации обладают всей полнотой государственной власти». Аналогичные или подобные по смыслу положения есть и в других статьях Конституции (ч.3 ст.5 и др.). Вряд ли положения о множественности государственных властей в одном государстве верны. В одном государстве нескольких государственных властей быть не может. Каждая стремится к безусловному суверенитету, начинается противоборство со всеми вытекающими последствиями. России это хорошо известно.

В-пятых, субъекты федерации, как и другие публично-правовые образования, имеющие свою публичную власть, обладают определенной самостоятельностью, хотя в разных федерациях в разной степени. Это, видимо, бесспорно, и отчетливо видно при сравнении положения субъектов евразийских федераций (например, кантонов Швейцарии, без участия которых федеральные законы не могут приниматься, и штатов Индии, которые сами могут быть упразднены парламентом без их согласия). Главным в данном случае является не только то, что субъекты феде-

[1] СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 3117.

раций (их органы) самостоятельно принимают законы и иные правовые акты, обязательные для исполнения на их территории. Местные законы принимают также политические (законодательные) автономии, постановления, решения принимают органы муниципальных образований (в некоторых странах они называются тоже законами). Они тоже обязательны к исполнению на их территории. Основное состоит в конституционном *разграничении* предметов ведения и полномочий между федерацией (государством) и в установлении в новых федерациях *совместных* предметов ведения и полномочий (совместных полномочий нет в условиях дуалистического федерализма, при разграничении полномочий по дуалистическому принципу, но эта форма федерализма уже почти не существует, они всегда есть при современном кооперативном и конкурентном федерализме). В государстве, имеющем политические автономии совместных полномочий тоже нет (определенным исключением является Испания, но Испания – региональное государство, имеющее элементы федерализма). В государстве с автономными образованиями последним конституцией (законом) лишь *выделяются* некоторые сферы общественных отношений для собственного регулирования. В федерациях при использовании совместных полномочий верховенство имеет федерация (субъекты федерации могут принимать законы, иные акты по этим вопросам, если нет акта федерации, регулирующего такие отношения). Законы субъектов федерации, принятые в пределах их предметов ведения и полномочий, должны соответствовать конституции и законам федерации.

В-шестых, существуют различные формы участия субъектов федераций в решении общефедеральных вопросов. В отличие от некоторых других федераций Америки, Океании, Африки (Коморские острова, Сент-Китс и Невис, Соединенные Штаты Микронезии, Танзания) во всех евразийских федерациях существует особая палата для представительства интересов федерации. По общему правилу без нее не могут быть приняты законы федерации (преодоление вето верхней палаты нижней палатой[1] используется в очень редких случаях), а внесение поправок в конституцию и принятие наиболее важных законов (такие вопросы названы в конституциях) без верхней палаты вообще невозможно.

[1] Термины «верхняя» и «нижняя» палата имеют историческое происхождение. В настоящее время больше полномочий имеет нижняя палата.

Субъекты федераций участвуют в переговорах при заключении международных договоров, если это затрагивает их интересы, иногда имеют свои представительства при федеральных исполнительных органах, при назначении федеральными органами руководящих федеральных должностных лиц в субъекты федерации запрашивается мнение глав субъекты федерации, их правительств. Существуют многие другие формы такого участия.

В-седьмых, иерархические отношения федерации и ее субъектов находят, видимо, наиболее яркое выражение в существовании института федерального принуждения при нарушении субъектами федерации федеральной конституции и федеральных законов. Формы такого принуждения неодинаковы от жестких (например, введение чрезвычайного положения в субъекте федерации) до сравнительно мягких (резервирование закона субъекта федерации на усмотрение президента республики в Индии). Использовались они тоже неодинаково. В большинстве евразийских федераций формы федерального принуждения не использовались совсем, но в Индии было более 100 случаев введения президентского правления в субъектах федерации.

## *Главные особенности евразийских федераций*

Каждая федерация в Евразии имеет свои уникальные, неповторимые черты. В статье нет возможности рассматривать детали, остановимся только на принципиальных особенностях.

Издавна в марксизме-ленинизме в полемике с представителями других взглядов и в связи с оценкой имеющейся практики (в основном США, Швейцарии) выдвигался тезис: федерация может создаваться только в многонациональных странах и по национально-территориальному признаку. Создание федерации по территориальному признаку отвергалось. Первоначально российские большевики вообще считали федерацию нежелательным явлением (в том числе в России), и лишь жизнь заставила их изменить этот подход.

Некоторые федерации Евразии строятся по территориальному принципу с учетом исторических традиций (земли как субъекты федераций в Австрии, Германии, эмираты в ОАЭ, кантоны в Швейцарии), но все шире используется национально-территориальный подход в его языковом выражении или с учетом этнических факторов. С учетом языкового фактора была реорганизована в 1956 г. федерация в Индии, создана в 1993 г. федерация в Бельгии, по национально-территориальному принципу создана в

90-х гг. федерация Босния и Герцеговина, учтен этот принцип на части территории Российской Федерации (национальные республики в составе РФ, автономные округа и автономная область). Конституция Ирака 2005 г. также предусматривает создание федерации по национально-территориальному принципу[1]. Она говорит о будущих субъектах, не называя их и не определяя их число, но из текста видно, что одним из субъектов может быть Иракский Курдистан (если согласится). Да и в других федерациях (Малайзия, Пакистан) при создании субъектов федераций учитывался и по объективным данным этих стран не мог быть не учтен этнический или языковый фактор. В Швейцарии, где больше двух десятков кантонов, а языковых общностей практически три (носители четвертого, ретороманского языка составляют менее 1% населения) все же при создании кантонов языковая общность учитывалась.

Особое место занимает Бельгия, где части федерации своеобразны: территориальные и экстерриториальные. По Конституции 1994 г. созданы три территориальных региона (валлонский, фламандский и брюссельский). Нижняя палата избирается непосредственно всеми гражданами, имеющими избирательные права, по пропорциональной избирательной системе. В верхнюю палату сенаторы от трех регионов избираются отдельно и в разном числе тоже непосредственно гражданами и по пропорциональной системе нидерландской избирательной коллегией, французской избирательной и жителями Брюсселя. Кроме регионов в Бельгии созданы три сообщества по языковому принципу (французское, фламандское и германоязычное), все они представлены (путем назначения советами языковых сообществ и неодинаково) в верхней палате парламента. Сенаторов от сообществ в Бельгии 31 из общего числа 71.

В России в структуре федерации сочетаются национально-территориальный подход (республики, автономные округа, автономная область) и подход территориальный (края, области, города федерального значения).

Таким образом, практика показала, что в наши дни ни тот, ни другой подход нельзя абсолютизировать. Более того, новые евразийские федерации свидетельствуют, что в их структуре используются многие факторы, при формировании субъектов учитываются экономические данные, традиции, история этносов, иногда географические факторы и т.д. Решающим становится не какой-

[1] Constitution of Iraq. Baghdad, 2005.

то один признак, а *комплексно-территориальный подход*. Это особенно отчетливо видно на примере евразийских федераций. В Америке и Океании этого почти нет.

Среди федераций Евразии есть менее централизованные (Бельгия, Швейцария), достаточно централизованные (например, Германия), сильно централизованные (Индия. Пакистан). Какая-то степень централизации и возможность федерального принуждения (о нем говорилось) всегда необходимы для федеративного государства, ибо в нем всегда действуют центробежные процессы.

Все федерации Евразии имеют какие-то элементы асимметрии, абсолютно симметричных федераций по фактическому положению и даже юридическим признакам среди федераций в Евразии нет. Ближе всего к понятию «симметричная федерация» находятся Австрия, Германия и Швейцария, но и в них есть частично неравное представительство в верхней палате. В России представительство равное, но сами субъекты различаются по своим правовым характеристикам (достаточно указать, что республики в составе РФ Конституцией РФ названы государствами, имеют свои конституции, а остальные субъекты РФ – нет, у них основными законами являются уставы).

Почти во всех федерациях Евразии их субъекты по конституциям равноправны (иное правовое положение присуще несубъектам, о которых говорилось выше). В Индии, однако, два штата (Джамму и Кашмир и Сикким) занимают особое положение (законы, относящиеся к ним, федеральный парламент может принимать лишь с их согласия), а в некоторых небольших штатах (Нагаленд, Мегхалая и др.), с одной стороны, расширены полномочия назначаемого президентом республики (на деле – только по совету премьер-министра) губернатора, а, с другой стороны, им предоставлено право по некоторым вопросам руководствоваться не законами, а обычаями племен (охота, рыболовство и др.). Такие решения принимают советы племен (население обладает некоторым подобием территориальной автономии) с согласия губернатора штата. В России Конституция также предоставляет некоторые дополнительные права республикам в составе РФ, Они названы государствами в Конституции РФ, имеют конституции (другие субъекты РФ – уставы), свой государственный язык.

При провозглашении юридического равноправия субъектов федераций фактические различия между ними существуют и не могут не существовать. Они есть во всех государствах Евразии.

Субъекты федерации даже в одном государстве иногда различаются в десятки, а то и сотню раз по территории и населению (сравним земли Бремен и Баварию или Северный Рейн-Вестфалию в Германии, территорию Москвы и Якутии (Саха), численность населения Краснодарского Края и Ямало-Ненецкого автономного округа в России). Иногда они сильно различаются и по уровню жизни населения. Такие различия могут принять острейший характер. Например, в субъектах РФ дифференциация по среднедушевому финансовому доходу достигает 10,9 раза[1]. Конечно, особенно у сельских жителей, есть и иные доходы, однако, такие показатели нетерпимы и заявления (иногда и представителей федеральной государственной власти) о существовании равных шансов (равных прав) у всех субъектов РФ вряд ли достаточны. Принцип выравнивания социально-экономического положения субъектов РФ целесообразно закрепить в Конституции РФ, как это делается в некоторых других конституциях.

Право односторонней сецессии субъектов федерации не признается нигде (теперь такое положение после известного решения Верховного суда Каналы 1998 г.[2] все шире распространяется в правовых исследованиях). Уточняется также субъект сецессии: это не субъект федерации, а этнос (нация и др.), подвергающийся угнетению. Хотя положений о сецессии в федерациях Евразии нет, сецессия, мирная (Сингапур из Малайзии) и немирная (Бангладеш из Пакистана) имела место, что затем было признано конституциями Малайзии и Пакистана.

Все евразийские республики (их – 9) и большинство монархий (кроме ОАЭ) по конституциям являются парламентарными государствами. Это относится также к Ираку и Пакистану – парламентарным республикам по действующим конституциям, но на деле значительный период их истории прошел в условиях чрезвычайного, военного положения или в условиях тоталитарного режима (Ирак при Саддаме Хуссейне), когда правили «сильные личности». Парламентские формы правления в Ираке и Пакистане не реализуются и сейчас. Президентских республик среди евразийских государств нет, но особое место в классификациях занимает Россия. Конституция 1993 г. устанавливает такие взаимо-

---

[1] Российская газета. 2007. 28 сент.

[2] См.: Supreme Court of Canada. In the Matter of a Reference by the Governors in Council Consenting certain Question Relating to the Secession of Quebec from Canada // 1998. August 30.

отношения между главой государства, парламентом и правительством, которые придают ей особую форму *президентско-парламентарной* республики. В частности, президент назначает премьер-министра (председателя правительства) с согласия нижней палаты парламента. Возможен также, хотя и затрудненный (решение нижней палатой принимается дважды и в течение определенного срока) вотум недоверия правительству (одна попытка была, но не доведена парламентом до конца). Все это черты парламентарной формы. С другой стороны, уволить премьер-министра президент вправе по своему усмотрению (и без согласия парламента), что делалось президентом Б.Н.Ельциным много раз. Министров президент назначает самостоятельно и без утверждения парламента. Это черты президенциализма. На практике в России президент выполняет ключевую роль в системе высших органов государства.

Монархических федераций в Евразии три (Бельгия, Малайзия, ОАЭ), причем две из них уникальны. Малайзия – выборная монархия, где король, не обладающий существенными полномочиями (но все же с большими полномочиями, чем монарх в Бельгии), избирается по очереди из числа девяти султанов – наследственных глав штатов (четыре другие правителя штатов не являются султанами и в выборах участия не принимают).

ОАЭ – коллегиальная монархия, где глава государства – Совет семи наследственных эмиров субъектов федерации. Его председатель, которого часто в российской печати ошибочно называют президентом (у читателя может сложиться впечатление, что это президент республики) по Конституции ОАЭ 1996 г. особых полномочий не имеет. Теоретически он лишь председательствует на заседании Совета эмиров и выполняет представительские, координирующие. организационные полномочия, но им всегда избирается эмир крупнейшего эмирата Абу-Даби, занимающего около 90% территории страны. Его реальная роль велика. Парламента в ОАЭ нет, назначаемое эмирами Национальное собрание действует при правительстве как его совещательный орган по мусульманскому принципу аш-шура. Бельгия является парламентарной монархией с присущими этой форме отношениями высших органов государства.

Своеобразные формы главы государства присущи республикам Швейцарии, Боснии и Герцеговине. В обеих из них глава государства коллегиальный. В Швейцарии это – Союзный (т.е. федеральный) совет, выполняющий одновременно функции правительства. Он состоит из семи членов, которые назначаются пар-

ламентом с учетом представительства партий и групп кантонов. Его председатель – Президент республики избирается Союзным советом на один год и не имеет существенных полномочий, отдельных от Совета. В Боснии и Герцеговине глава государства – Президиум, сформированный по национальному признаку. Он состоит из трех человек – серба, боснийца и хорвата, избираемых парламентом по предложению его национальных групп. Председательствуют они по очереди.

Все евразийские парламенты имеют двухпалатную структуру. Нижние палаты избираются непосредственно гражданами, но в некоторых странах Востока есть резервированные нормы представительства для женщин, иногда довольно высокие (30% в Индии), для представителей иных национальностей (Пакистан), для зарегистрированных каст и племен (37 и 38 человек, что составляет в общей сложности приблизительно восьмую часть палаты в Индии). Верхние палаты формируются по-разному. Есть назначение (в Германии члены верхней палаты назначаются правительствами земель, в Индии используются косвенные выборы законодательными собраниями субъектов федерации, в России сочетаются косвенные выборы законодательными собраниями (один член Совета федерации), существуют прямые выборы верхней палаты гражданами субъектов федераций). При формировании правительства везде учитывается необходимость представительства крупных субъектов федерации, а во многих странах также национальностей.

**Библиографический список:**

1. Statistics of the Human Develoment Reports (HDR). United Nation Development Programme. N.Y., 2009.

2. *Gicquel J., Gicquel J.-É.* Droit constitutionnel et institutions politiques. 21-e éd. P. 2007.

3. *Лукашева Е.А.* Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2009.

4. *Clark W.* Comparative Constitutional Law // Bar Association Proc. 1939. № 54.

5. *Фарукшин М.Х.,Фарукшин А.Х.* Субъекты федераций: сравнительное исследование. Казань: Центр инновационных технологий, 2009.

6. *Глигич-Золотарева М.В.* Теория и практика федерализма: системный подход. Новосибирск: Наука, 2009.

7. *Engels F.* Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates. Im Anschluss an Lewis H. Morgans Forschungen. Berlin. 1925.

# Источники права и сравнительное правоведение

**источник права; правоведение; право; правопонимание**

***А. Х. Саидов***

***доктор юридических наук, профессор, директор Института (Национального центра) по правам человека Республики Узбекистан, председатель Комитет по демократическим институтам, негосударственным организациям и органам самоуправления граждан Законодательной палаты Олий Мажлиса (парламента) Республики Узбекистана***

Постановка проблемы. Тема «источники права» – комплексная, многоаспектная и междисциплинарная. Это обуславливается, прежде всего, следующими факторами. Во-первых, проблема источников права затрагивает общетеоретические представления о праве вообще, т.е. правопонимания, а они различны в разных национальных правовых системах. Во-вторых, источники права анализируются не только на уровне общей теории права и государства, но и в рамках отраслевых юридических наук, и тем самым исследование приобретает междисциплинарный характер. В-третьих, источники права исследуются также в науке международного права и взаимодействие и взаимовлияние источников национального и международного права имеют не только научно-теоретическое, но и практико-прикладное значение. В-четвертых, вопрос об источниках права имеет не только собственно юридическое, но и социально-политическое значение, что обусловлено тесной связью этого вопроса с проблемами демократии, законности и правосудия.

Источники права – одна из «вечных» тем сравнительного правоведения. В сравнительном правоведении источники права рассматриваются в двух аспектах. В первом аспекте источники права выступают в качестве критерия классификации национальных правовых систем в крупные правовые семьи. Во втором аспекте сравнительное правоведение использует источники права при характеристике основных правовых семей современности. При этом для

компаративиста важное значение имеет понятие и историческое развитие источников права, система источников права и тенденции ее развития в различных правовых семьях.

**Источники права как критерий классификации национальных правовых систем.** Проблема классификации национальных правовых систем на крупные правовые семьи является одной из основных проблем сравнительного правоведения, которая уже давно привлекает внимание компаративистов мира. Первые попытки классификации правовых семей относятся к началу XX века, т.е. к периоду «взлета» сравнительного правоведения в Европе. Одна из первых классификаций принадлежит французскому ученому А. Эсмену, который подразделял законодательство (или обычаи) различных народов, исходя из особенностей их «исторического формирования, их общей структуры и их отличительных черт»[1]. Классификация, предложенная другим французским компаративистом Х. Леви-Ульманом, основывалась на различных концепциях источников права[2].

В настоящее время общепринятой в мире является классификация классика французской компаративистики Р. Давида, которая основывается на идеологическом и юридическом критериях[3]. Признанный немецкий компаративист К. Цвайгерт классифицировал по юридическим «стилям», определяемым историей национальной правовой системы, специфической манерой правового мышления, особо значимыми правовыми институтами, характером источников права и их толкованием и, наконец, идеологическими факторами[4].

Из этого краткого обзора критериев классификации национальных правовых систем видно, что почти все авторы в качестве критерия берут источники права, хотя и учитывают и другие критерии юридического, а также данные социального и идеологического характера. Одним словом, наиболее распространенным является критерий классификации, основанный на концепции источников права. Выбор этот не случаен. Он обусловлен тем фактом, что классифи-

---

[1] *Esmein A.* Le droit compare et l'enseignement du droit. Paris, 1905.
[2] *Levy-Ullman H.* Sur les communications relatives au droit prive dans les pays etrangers. Paris, 1922
[3] *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. М., 1988.
[4] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. 1. Основы / Пер. с нем. М., 1998.

кация различных правовых систем может основываться в первую очередь на критериях, касающихся на различиях формы (следовательно, источников) права. Классификация, основанная на концепции источников права считается легкой и доступной для восприятия по причине своей простоты.

Концепция источников права в сравнительном правоведении зависит в значительной мере от общего понятия права (правопонимания), а именно в рамках частного права, и это объясняет, почему в конечном итого юридическая компаративистика подразделяет основные правовые системы на основе частного права, рассматривая такую классификацию в большинстве случаев как универсальную. Исторически именно частное право играло преобладающую роль при попытках классификации различных правовых систем. Такой путь закономерен, ибо именно в сфере частного права сравнительное изучение было больше всего связано с практическими потребностями.

Однако и публичное право позволяет классифицировать национальные правовые системы по правовым семьям, весьма отличным от тех, которые можно выделить на основе и в рамках частного права. Например, латиноамериканские страны с точки зрения классификации, разработанной на основе частного права, относятся, без сомнения, к романо-германской правовой семье. Но согласно классификации, основанной на публичном и особенно на конституционном праве, большинство этих стран принадлежит семье публичного права, представителем которой являются США, хотя они и не близки им в плане частного права.

Следует отметить, что очень трудно (если не невозможно) установить общий классификационный критерий и что даже классификация, основанная на концепции источников права, хотя и наиболее адекватная, далека от того, чтобы быть универсальной.

**Характеристика основных правовых семей на основе источников права.** В различных правовых системах разное значение придается закону, обычаю, судебной практике, доктрине, справедливости как разновидности источников права. При изучении зарубежных правовых систем надо знать, что наши представления об иерархии различных источников права не применимы к другим странам; что методы и рассуждения, используемые юристами для установления норм права и в процессе правоприменения в целом, весьма разнообразны.

Одна правовая система может носить религиозный характер, и никакой законодатель не может изменять нормы религиозного права. В других странах законы – лишь модель, которую считают естественным нарушать, если того требует обычай. В третьих странах судебному решению придается значение, выходящее за рамки данного процесса. Использование общих принципов права также может в некоторых правовых системах служить для того, чтобы подправить в ту или иную сторону формальную норму действующего права.

Все это многообразие источников права и особенности правопонимания надо знать в отношении национальных правовых систем, которые предполагается изучать на сравнительной основе. Дело усложняется тем, что выводы компаративистов об источниках права или способах толкования закона не всегда дают точное представление о реальном правопорядке, т.е. «права в действии». Так французская правовая доктрина утверждает, что судебная практика не является источником права. Тем не менее, в действительности при определенных обстоятельствах решения Кассационного суда или Государственного совета Франции часто играют роль не меньшую, чем закон.

Еще и сегодня в Англии закон охотно изображают как исключительный феномен в системе, которая является классической системой судейского права. Однако законы в Англии столь же многочисленны, и они играют там роль ничуть не меньшую, чем в романо-германской правовой семье. Их перестали толковать буквально и ограничительно, как это предписывалось старинными канонами. Остается верным лишь то, что английские юристы по-прежнему плохо чувствуют себя в присутствии правовых норм, сформулированных законодателем, и стремятся как можно скорее растворить их в судебных решениях, вынесенных в ходе применения этих норм.

Классическая теория фикха ислама не допускает, чтобы законодатель мог изменять нормы права, составляющие священное мусульманское право; это запрещение не препятствует тому, чтобы различными путями государство в мусульманских странах фактически парализовало действие той или иной нормы или подчинил ее применение различным условиям, не затронув ортодоксальных принципов[1].

---

[1] Подробнее см.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988; *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы

При рассмотрении источников права в рамках сравнительного правоведения следует уделять основное внимание показу того, что объединяет различные правовые системы современности. Исходным пунктом их общности является правовое регулирование различных общественных отношений. Поскольку национальные правовые системы равно эффективно регулируют национальные экономики (хотя и неравные по уровню развития), политические, социальные, культурные и иные отношения, поскольку не существует правовой системы внутренне лучше другой: есть только правовые системы, более и менее приспособленные исторически регулировать те или общественные отношения. При этом особо следует подчеркнуть равенство всех национальных правовых систем современности. Именно такой подход служит отправной точкой в критике европоцентристского подхода, преобладающего в западной юридической науке.

Общность национальных правовых систем проявляется и в исторических наслоениях одной правовой системы на другую, в их сосуществовании и соответственно взаимодействии. Так, характерный для мусульманского права институт кадиев (казиев, судей) уходит корнями в византийское право. Встречаются также самые неожиданные сочетания национальных правовых систем. В настоящее время в юридической литературе предпринимаются попытки выделить специфику российской правовой системы (принадлежность к византийскому праву (С.С. Алексеев), славянской правовой семьи (В.Н. Синкжов).

Один из моментов связи национальных правовых систем обусловлен добровольной рецепцией иностранных правовых институтов. Следует отметить и то, что нередко рецепция, кажущаяся добровольной, на самом деле является формой колониальной экспансии, например в африканском праве. Рецепция права выполняет функцию субсидиарного правообразования. Рецепция источников права – одна из форм рецепции права вообще[1].

Следует указать на трудности, которые мешают сравнению источников права различных правовых систем. К их числу можно отнести следующие. Первая, противоречие между позитивным правом и фактическим правопорядком, т.е. источниками права «в книгах» и

современности): Учебник. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2007; *Марченко М.Н.* Источники права. М., 2006 и др.

[1] См.: *Курышев Е.Ю.* Рецепция в российском праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

«в действии». Вторая важная проблема заключается в том, что когда ученый-юрист сравнивает источники права своей правовой системы и источники зарубежного права, то он, зная национальное право лучше, обычно невольно переносит, и далеко не всегда правомерно, его юридические конструкции на источники иностранного права. Третья проблема – европоцентризм, основанный на убеждении, что источники европейского «цивилизованного» права ни при каких условиях не может оказаться менее эффективными, чем источники права государств других континентов или правовых семей.

В сравнительно-правовом исследовании исходным моментом служит понятие источника права в юридическом смысле, т.е. формы выражения правовой нормы. В странах романо-германской правовой семьи формализованная, достаточно абстрактная законодательная норма преобладает над другими источниками права и имеет тенденцию к тому, чтобы подменить их полностью. Теория источников права отражает традиционную для них концепцию верховенства закона. Австрийские ученые-юристы строят свой анализ источников права на основе «чистой» теории Г. Кельзена и выводят понятие источника права из «основной нормы».

Источники права отражают особенности и своеобразие исторического развития национальных правовых систем. В качестве примера можно указать на специфику исторической эволюции скандинавского права. Более 100 лет большинство законодательных актов принимается в результате сотрудничества северных стран, одной из целей которого является унификация их законодательства. Если раньше такое законодательное сотрудничество касалось только частного права, то ныне оно охватило и сферу публичного права[1].

Или другой пример. После второй мировой войны система источников японского права сложилась под двойным влиянием романо-германской и англо-саксонской правовых семей и в значительной степени были реципированы их основные институты. Этому немало способствовала традиционная ориентированность японской элиты на творческое восприятие классических правовых доктрин, особенно в экономике и праве, умение быстро приспосабливать новинки к условиям и потребностям практики. В этом смысле весьма

---

[1] The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law. Budapest. 1982. P. 198; *Комаров А.С.* Источники права Швеции // Сов. государства и права. 1998. № 6.

развитые источники западного права нашли в Японии благодатную почву для успешного применения[1].

Японское право при известном сходстве его основных источников и юридических характеристик с правом Запада, пожалуй, в более эффективной форме откликается на утилитарные нужды социально-экономического и политико-правового развития страны. Особенно это наглядно проявляется, во-первых, в области семейного права, где был внедрен во всей своей полноте принцип как имущественного, так и других видов равноправия супругов; во-вторых, в области экологического права, где были учреждены специальные гарантийные фонды и пересмотрены критерии и основания ответственности за ущерб; в-третьих, в области договорного права, где были установлены почти безграничные возможности оформления договорных отношений при относительно ограниченном контроле за их исполнением со стороны государства и т.д.[2]

Такое «гибкое» применение источников права в условиях Японии отнюдь не случайно: японцам присущ прагматичный подход к выбору способов и средств правового регулирования во всех сферах жизни и деятельности, включая правовую систему.

В сравнительно-правовых исследованиях важное место отводится рассмотрению современной системы источников права. Все работы пронизывает сквозная проблема множественности источников права и их соотношения, места и роли в национальной правовой системе. В большинстве стран верховенство закона – важнейший элемент иерархического построения системы источников права. При этом центральное место в иерархии источников права занимает Конституция.

В рамках сравнительного правоведения источники права классифицируются в зависимости от органов, их издающих, и юридической силы. Классической считается различение четырех источников права: закон (нормативный акт), прецедент (судебный и административный), правовая доктрина, правовой обычай. Рассматриваются и такие вопросы, как действие источников права по лицам, во времени и пространстве, вступление в силу и отмена нормативных актов, их толкование, конституционный контроль.

---

[1] См.: *Инако Ц.* Современное право Японии. М, 1981; *Еремин В.Н.* К вопросу о типологической характеристике современного японского права // Сов. государство и право. 1977. № 3; Le sources du droit japanais. Geneve, 1978.

[2] См.: *Вагацума С., Ариидзуми Т.* Гражданское право Японии. Кн. I. М., 1983.

Каждый источник права, включая Конституцию, не абсолютен, а действует в системе права. В каждой национальной правовой системе есть основные источники права, а так же дополняющие их – субсидиарные. Каждый источник права выполняет специфические функции в правовой системе. Их взаимосвязь – итог многолетней правовой эволюции: накопления правотворческого опыта и совершенствования правоприменительной практики.

При сформировавшейся национальной правовой системе изменение видовой структуры источников права практически невозможно, так как каждый источник права системно связан с другим. Именно с этим связаны трудности с реализацией элементов прецедентного права в России и других постсоветских государствах.

Одной из особенностей романо-германской правовой семьи является законодательное закрепление перечня источников права. «Источниками права являются: законы, регламентирующие акты[1], обычаи», – гласит статья 1 Общих положений о законе, предпосланных Гражданскому кодексу Италии 1942 года[2]. Общие положения об опубликовании, толковании и применении законов в качестве исторических источников имеют Вводные разделы ГК Франции 1804 года[3] и Австрии 1812 года. Однако этим круг источников права не исчерпывается. Действующие Конституции этих стран – иерархически важнейшие источники права – привнесли в систему источников права весьма существенные новеллы. Они содержат несколько иную, а точнее более дифференцированную систему нормативных источников права. Однако здесь необходимо уточнить, что конституции дифференцируют не все виды источников, а лишь писаные. Они обходят молчанием ряд вопросов (обычай, иерархия источников), урегулированных ГК Франции, Австрии и Общими положениями о законе Италии, что несколько усложняет проблему.

В романо-германской правовой семье закон занимает центральное место. Подчеркнуто уважительное отношение к закону как основной форме выражения права, характерное для юридического позитивизма XIX века, сменилось в XX веке критической тенденцией в отношении закона и широким распространением требований свободы судейского и административного усмотрения. Трудно согла-

---

[1] Регламентарными актами считаются такие нормативные акты, которые в нашей юридической литературе принято обозначать как «подзаконные».

[2] См.: *Попов Н.Ю.* Источники итальянского права // Сов. государство и право. 1983. № 10. С. 126.

[3] Французский гражданский кодекс. СПб, 2004. С. 111–113. Вводный раздел ГК Франции называется «Об опубликовании, последствиях и применении законов».

сится с нигилистическими оценками закона и его роли в гражданском обществе, например, теми, которые давала американская «реалистическая школа».

Закон играет важную роль как основного источника в современную эпоху, особенно в свете возрастания государственного вмешательства, и «публицизацией права» более того, что идея верховенства закона соответствует принципу демократии. В европейских странах явно прослеживается тенденция стремления поднять престиж и роль судебной практики как источника права в романо-германской правовой семье. При этом усиленно критикуется юридический позитивизм и наблюдается назойливое разграничение права и закона, звучащее нередко чуть ли не как противопоставление. Отсюда в целом отрицательное отношение к кодификации законодательства.

Если в XIX веке глава исторической школы права Савиньи объявлял кодификацию врагом национального пути развития права, то во второй половине XX века Р. Давид упрекал кодификацию в том, что она вызвала к жизни национализм в среде права. Если Савиньи утверждал, что время кодификации (во всяком случае, для определенных стран) еще не пришло, то Р. Давид, напротив, полагал, что время кодификации (для стран романо-германской правовой семьи) уже прошло.

Действительно, создание развитых правовых систем в рамках национальных государств Европы связано с кодификацией. В XIX веке идея кодификации восторжествовала в Европе и утвердилось убеждение о том, что кодификация является наиболее совершенной формой выражения права. В самом создании национальных правовых систем нет ничего плохого. Это закономерный исторический путь развития права. При этом не следует смешивать национальный путь развития права в рамках национальной государственности с национализмом в праве.

В компаративистской литературе по вопросу о роли закона в системе источников права встречаются две основные точки зрения. Если одни считают закон ведущим источником права, наиболее адекватной правовой формой, то другие занимают как бы «буферную» позицию. Соглашаясь с тем, что закон играет ведущую роль, они вместе с тем оговаривают, что эта роль не является исключительной и не должна заслонять значение других источников права, прежде всего актов исполнительной власти, судебной практики и обычаев.

В работах современных компаративистов отмечается, что классические гражданские кодексы XIX – начала XX вв. претерпели

значительные изменения. Характерная черта послевоенной деятельности западного законодателя состоит в том, что он ограничился лишь «частными кодификациями»[1].

Наличие большого числа законов, регулирующих одну и ту же область общественных отношений, оформляющих порой один и тот же правовой институт и зачастую противоречащих друг другу, вызывает необходимость их систематизации. Официальная, законодательным путем проведенная инкорпорация различных нормативных актов (норм) порождает особую разновидность обычного закона, называемую сводным текстом. Официальное издание сводного текста влечет немедленную отмену всех тех норм, которые, имея тот же предмет регулирования, в данный текст не вошли. От сводного текста следует отличать частные компиляции нормативных актов, обычаев, судебных решений. Так появляются трудовой, аграрный, здравоохранительный и иные неофициальные «кодексы». Инкорпорации подобного рода могут как предназначаться для юристов-ученых и практиков, так и служить подспорьем законодателю в правотворческой деятельности, но нормативного значения они не имеют.

Р. Давид справедливо отмечает, что в американских «кодексах видят просто плод консолидации, более или менее удачной, а не основу для выработки и развития нового права как в странах романо-германской правовой системы»[2].

Наиболее развитой формой выражения права является кодифицированное право. Если рассматривать процесс формирования системы источников права в историческом аспекте, то очевидно что развитие происходило в направлении от менее совершенных форм источников права к более совершенным.

Широкие возможности кодификации существуют в сфере процессуального права и публичного права. Возможности кодификации в различных отраслях права различны. Разумеется, кодекс не в состоянии урегулировать все вопросы хотя бы какой-либо одной отрасли. Поэтому в соответствующих отраслях кодексам придается весьма важное, но отнюдь не исключительное значение. Причем кодекс ни в коем случае не следует отождествлять с понятием отрасли права. Отрасль права – это совокупность кодекса и основывающихся на нем иных законов. Всеобъемлющая кодификация невозможна. По из-

---

[1] The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law. Budapest, 1982. P. 49–50.
[2] См.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М, 1988. С. 378.

вестной формуле английского историка права Г. Мэна правовое развитие идет от «казуса» через «правовой обычай» к кодексам. Возникновение ранних кодексов не связывает с появлением письменности и имеет мало общего с современными формами права.

С позиции сравнительного правоведения важно отметить, что вопрос о соотношении «кодификационного» и «некодификационного» права не должен рассматриваться по принципу «или-или». Например, трудно согласиться с оспариванием правомерности утверждения, будто «французское право в основном – это кодифицированное право»[1]. Кодифицированное право вовсе не означает, что в нем не может быть кодифицированных разделов. Все дело в соотношении. Если в романо-германских правовых семьях преобладает кодифицированное право, то англо-американском общем праве – некодифицированное.

В странах романо-германской правовой семьи все более утверждается, что «не следует недооценивать значение неписанных источников права»[2]. Ученые-компаративисты романо-германской правовой семьи оценивают закон и обычай как два источника одного ранга. Некоторые из них полагают, что судейское право может возникать как один из видов обычного права, т. е. в процессе правоприменения[3]. Иногда судебная практика рассматривается как катализатор обычного права[4].

В странах романо-германской правовой семьи в последние полвека явно преобладает тенденция к признанию судейского права, и судебная практика изучается как разновидность правотворчества[5]. Они стремятся ответить на такие вопросы: какие судебные решения и почему могут быть и являются источником права и каково их соотношение с другими видами источниками права. В последние время все более утверждается мнение о том, что судебные решения мо-

---

[1] The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law. Budapest. 1982. P. 127.
[2] Ibidem. P. 80.
[3] Ibidem. P. 82.
[4] Ibidem. P. 32.
[5] Подробнее об этом см.: Interpreting Precedents: A Comparative Study. Aldershot etc., 1997. В российской юридической литературе по существу первой значительной работой является книга А.Н. Верещагина «Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004». См., также: *Марченко М.Н.* Источники права. М., 2005. С. 503–518; *Четвернин В.А., Юрко Г.Б.* Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. М., 2007. № 1.

гут быть признаны источниками права во всех правовых семьях, хотя и разными по происхождению, с разной обязательной силой и с разным механизмом их действия и применения[1].

В последнее время наибольшее распространение получила точка зрения, согласно которой обычное право признается только в случае, когда закон ссылается на него. Это придает обычаю обязательность, но не устраняет его особый природы как источника права. Так, в более чем в 50 статьях Гражданский Кодекс Италии отсылает к обычаю. Особую важность поэтому приобретают посвященные обычаю нормы Общих положений о законе. В частности статья 8, гласящая, что в вопросах, урегулированных законами и регламентарными актами, обычай имеет применение только при прямой отсылке, получила различное толкование в правовой доктрине. Наиболее распространена точка зрения, согласно которой на основе статьи 8 можно говорить только о санкционированном законом обычае. В этом случае, обычай занимает положение исключительно secendum legem. Встречается, однако, и мнение, что в вопросах не урегулированных законом, обычай обладает юридической силой сам по себе, т.е. обычай может занимать положение practor legem («наравне с законом»). Но возможна и такая ситуация, когда обычай может применен и contra legem. Так, например, своеобразно положение обычая в навигационном праве, где морской обычай превалирует над нормой ГК[2].

В романо-германской правовой семье все более открыто утверждается ведущая роль судебной практики в формировании и развитии права. Юридическая теория и практика в континентальной Европе отказались от взгляда на судью как на «подводящую машину», т.е. обязательного лишь подводить конкретный спор под определенную стадию закона. Отсюда – тенденция к расширению «свободного судейского усмотрения».

Общее право (Common Law) – это право судебной практики, и как таковое, оно включает не только систему созданных судами правовых норм, институтов и категорий (структурный элемент правового регулирования), но и своеобразный механизм правоприменения, в рамках которого суды разрешают споры, опираясь на цели и принципы, приемы и методы, выработанные в ходе развития общего права

---

[1] *Евстегнеева Г.Б.* Судебные решения как источник права: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2007. С. 6.

[2] См.: *Попов Н.Ю.* Источники итальянского права // Сов. государство и право. 1983. № 10. С. 130.

(функциональный элемент правового регулирования). В настоящее время основное место в общей структуре правового регулирования отведено статутному праву. Источники статутного права образуют систему строгой иерархической соподчиненности, упорядоченной судебным надзором. В процессе правоприменения происходит «поглощение» статутного права общим (судейским) правом. Конституционные и законодательные нормы подменяются прецедентами, ориентированными на разрешение конкретных споров и дел. В США конституции в процессе правоприменения обретают особую прецедентную форму. Таким образом, налицо две тенденции в развитии источников общего права. С одной стороны, статутное право развивается в рамках юридической техники, конструкций и категорий общего права. С другой – судебным решением, вынесенным на основе конституционных и законодательных норм, придается та же, прецедентная форма, что и собственно нормам общего права[1].

Общее право оказывает влияние на характер правовой нормы и на место источников в общей структуре правового регулирования в странах англо-саксонской правовой семьи. В структуре источников права прецеденты, закрепляющие собственно нормы общего права, следуют за законами и актами делегированного законодательства. Через суды происходит взаимодействие статутного и общего права, в процессе которого нормы статутного права в их прецедентной форме сближаются с нормами общего права.

В англо-американской правовой семье традиции и обычаи, нормы религии, морали и этики непосредственно вплетены судебной практикой через прецеденты, закрепляющие собственно нормы общего права, в единую структуру правового регулирования. Суды черпают или «обнаруживают» их в социальной действительности[2]. «Форма, в которой статут как эталон поведения влияет на общество, есть не что иное, как то толкование, которое даны статутам суды. Суды дают жизнь мертвым словам статута»[3]. Один из классиков американской школы права XX века Р. Паунд писал, что «статуты отступают перед устоявшимися навыками правового мышления, которое мы называем общим правом»[4].

**Источники права в постсоветском пространстве.** Источники права новых независимых государств, возникших в постсоветском

---

[1] *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. М., 2007. С. 119–120, 152.
[2] См.: *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. М., 2007. С. 121–123.
[3] *Gzay J.C.* The Nature and Sources of Law. Boston, 1963. P. 125.
[4] Цит. по: *Лафитский В.И.* Указ. соч. С. 127.

пространстве вполне могут быть отнесены к романо-германской правовой семье по следующим основным параметрам.

Во-первых, постсоветские государства – страны кодифицированного права. Основной источник права – законодательство, т.е. нормативные акты, издаваемые высшими органами государства. Основные отрасли права кодифицированы.

Во-вторых, строгая иерархия источников права. В целом система источников права включает: Конституцию, конституционные законы, обычные законы, подзаконные нормативные правовые акты, издаваемые центральными и местными органами власти и управления. В отношении национальной правовой системы, основанной на романо-германской традиции, особенно важным представляется наличие «классических» кодексов, т.е. кодексов, изданных по модели наполеоновских кодификаций. За последние 15 лет в постсоветских государствах приняты такие классические кодексы, как Уголовный, Уголовно-процессуальный, Гражданский, Гражданско-процессуальный и др.

В-третьих, принцип верховенства закона – важнейший элемент иерархического построения системы источников права. При этом особое значение имеет принцип верховенства Конституции. Это означает: запрет всякой деятельности, в том числе законодательной, противоречащей Конституции; главенство конституционных норм по отношению к традиционным критериям, средствам толкования и применения закона; обязанность всех нормотворческих органов действовать в развитие конституционных норм; особый характер принятия Конституции и усложненный порядок конституционного пересмотра; особую охрану Конституции, другими словами, наличие конституционного контроля.

В-четвертых, основные принципы судебной организации и судопроизводства. Судебная власть осуществляется через Конституционный суд, Верховный суд и Высший арбитражный (хозяйственный) суд, образующие единую судебную систему.

Законодатель постсоветских государств не следовал по пути послевоенной романо-германской законодательной традиции, т.е. частных кодификаций. Тот факт, что западный законодатель не пошел на коренные реформы кодексов, а ограничился частичными их исправлениями, что в свою очередь не могло не нарушить их внутренней структуры, усиливает позиции тех ученых-юристов, которые считают кодификацию, пройденным этапом правового развития и говорят о декодификации права[1].

---

[1] Irti N. L’eta della decodificazione. Milano, 1979. P. 106.

Становление национальных правовых систем постсоветских государств подтверждает общую закономерность правового развития. Речь идет о том, что публичное право быстрее меняется в период политических революций, частное право – в ходе социальных революций. В первом случае особенно велика роль элиты и мыслителей, которые формируют правообразующие идеи.

Если в период становления национальной суверенной государственности быстрее развивались отрасли публичного права, то в настоящее время активнее складывается рыночное законодательство, относящееся к частному праву. Происходит кодификация в области публичного права в таких отраслях, как конституционное, административное, уголовное право, законодательство о судебной системе, о гражданском, хозяйственном и уголовном судопроизводстве. Публично-правовая отрасль законодательства непосредственно выражает экономическую политику государства и влияет на гражданско-правовые, трудовые отношения, отношения природопользования.

Правовое регулирование рыночных отношений в основе своей относится к сфере частного права. Новые Гражданские кодексы постсоветских государств – основополагающий кодификационный акт частного права – регламентируют весь спектр имущественных отношений, включая в себя нормы о предпринимательской деятельности. Предпринимательское законодательство развивается как комплексный нормативный массив с учетом необходимости государственного регулирования, но с приоритетом частноправовых норм.

Из сферы классического гражданского права в постсоветском пространстве выделились отрасли трудового и семейного права и соответствующие отрасли законодательства, приняты Трудовой и Семейный кодексы. Налоговые и бюджетные отношения регулируются финансовым правом. Следует отметить, что в современных условиях расширяется сочетание частноправовых и публично-правовых подходов правового регулирования в различных отраслях права. Примером могут служить природоохранительное, а также земельное, водное законодательство. В то же время полностью утратило свое значение колхозное право.

В процессе правового регулирования социальной защиты населения кодифицируется законодательство, относящееся к социальной сфере жизни общества. Обособилось пенсионное законодательство. К нему примыкает развивающаяся система компенсаций и льгот, предоставляемых нуждающимся слоям населения. В связи с этим можно усмотреть выделение законодательства о социальном

обеспечении из состава трудового законодательства в самостоятельную отрасль. В социальном праве объединяются нормы и принципы правовой регламентации социального обеспечения и других сфер социальной защиты нуждающегося населения, а также специальное законодательство в области образования, здравоохранения, все более выходящее за рамки административного права. Они вправе занять место подотраслей социального права.

Таким образом, в постсоветском пространстве сложилась характерная для романо-германской правовой семьи система источников права, отраслей и многоотраслевого законодательства.

**Роль сравнительного правоведения в формировании теории источников права.** В настоящее время в теории источников права имеется значительное (большее, чем когда-либо ранее) число проблем, которые не могут быть изучены вне сравнительного подхода. Источники права соединяют элементы общего, особенного и единичного и в этом смысле абстрактную, так и весьма конкретную, в частности национальную природу права – явление общечеловеческой и национальной культуры, отражение тех или иных цивилизаций.

Глобализация, интеграционные процессы, развитие новейших информационных технологий оказывают значительное влияние на систему источников права. Налицо тенденция значительного увеличения «производства законов». Однако это не всегда обеспечивает эффективность законов. С другой стороны, заметна тенденция к концентрации чрезмерно разрозненных и ставших почти необозримыми нормативно-правовых установлений. Сильна тенденция к централизации и унификации законодательства в федеративных государствах и региональных межгосударственных образованиях.

До сих пор сравнительное правоведение концентрировало свое внимание на норме права, и, прежде всего законе (в широком смысле). Разумеется, представители различных правовых систем подходят к различным источникам права по-разному. Вместе с тем, сравнительное правоведение, как правило, не выходило за пределы законодательных и иных норм. В этой связи в известном смысле теория сравнительного метода, в том виде, как она существует сегодня, скорее может быть названа теорией сравнительного законодательства, чем теорией сравнительного правоведения. Мы далеки от того, чтобы отрицать важность и значимость такого объекта правового сравнения, каким является законодательство. Но сравнительное правоведение может дать много полезного и интересного при изучении действия и других источников права.

Традиционная проблематика сравнительного правоведения может быть расширена и в некоторых других направлениях. Так, в ряде случаев возникает необходимость в сравнительном исследовании источников национального и международного права. Длительное время как в общей теории государства и права, так и в науке международного права вопрос о соотношении и взаимовлиянии источников национального и международного права представлялся несущественным и считалось, что между ними нет серьезных точек соприкосновения. Эта позиция сейчас в юридической науке подвергается справедливой критике и отмечается необходимость серьезной разработки теоретических проблем взаимоотношений потенциального законодательства (в широком смысле этого слова) и норм международного права. Изучение взаимодействия источников национального и международного права пойдет на пользу и общей теории государства и права, отраслевых юридических дисциплин и науке международного права.

Представляется необходимым создать общую теорию источников права с учетом данных основных правовых систем современности, международного права и всех правовых дисциплин[1]. Это можно сделать только путем использования всего методологического арсенала сравнительного правоведения. При этом речь идет об общей теории источников права вообще, а не только одной национальной правовой системы (например, теория источников российского права) или одной правовой семьи (например, теория источников в странах англо-американского общего права), адекватно интерпретирующая источники права во всех основных правовых семьях и международном праве (например, прецедентная практика Европейского суда по правам человека).

Общая теория источников права призвана показать универсальный и равноправный характер источников права, известных в правовой истории. Это означает, что в одних национальных правовых системах одни источники права могут признаны как источники, а в других они не могут признаваться таковыми. Если в романо-германской правовой семье основным системообразующим признаком является верховенство писаного закона в иерархии источников права, то в англо-американской правовой семье таким признаком выступает прецедент.

---

[1] Серьезной попыткой создания общей теории источников права является солидная монография профессора М.Н. Марченко. См.: *Марченко М.Н.* Источники права. М., 2006.

Следует особо подчеркнуть структурно-функциональный характер теории источников права. Сравнительное исследование должно включать, во-первых, изучение системы источников действующего права (это задача энциклопедии и общей теории права, юридической логики, правовой кибернетики и т.п.); во-вторых, функций источников права (здесь важны обобщения философии права; экономические, политические, религиозные обоснования); в-третьих, структуры и функций реального правопорядка, т.е. источники права в действии (данными вопросами должна заниматься социология права с привлечением неюридических наук – психологии, антропологии и т.д.).

**Библиографический список:**

1. *Esmein A.* Le droit compare et l'enseignement du droit. Paris, 1905.
2. *Levy-Ullman H.* Sur les communications relatives au droit prive dans les pays etrangers. Paris, 1922.
3. *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. М., 1988.
4. *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. 1. Основы / Пер. с нем. М., 1998.
5. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988.
6. *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2007.
7. *Марченко М.Н.* Источники права. М., 2006.
8. *Курышев Е.Ю.* Рецепция в российском праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2005.
9. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М, 1988.
10. *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. М., 2007.

# Точка зрения

## Кентавр-проблема в познании и преобразующей деятельности человека[1]

**феномен; общественная жизнь; деятельность человека; парадокс**

***Ж. Т. Тощенко***

***член-корреспондент Российской академии наук, доктор философских наук, профессор, главный редактор журнала РАН «Социологические исследования», декан и заведующий кафедрой теории и истории социологии социологического факультета Российского государственного гуманитарного университета***

В XIX–XX веках естественные, социальные, гуманитарные науки обнаружили ряд парадоксов. Их определяли различными терминами (понятиями). Долгое время казалось: речь идет о разной их природе, об их несопоставимости и специфичности. Физики называли их волной-частицей и пространством-временем; биологи – фенотипом-генотипом; психологи – сознательным-бессознательным; лингвисты – синхронией-диахронией; математики – бинарной системой исчисления; писатели – потоком сознания, новым романом; художники – коллажами, инсталляциями, ассамбляжами; музыканты – классической–легкой музыкой; искусствоведы – ренессансом-барокко и иконологией-иконографией; историки – подвижной-неподвижной историей; философы – феноменологией-структурализмом; юристы – авторским правом-свободой слова[2].

Со временем выяснилось, что при кажущейся несравнимости они обнаруживали удивительное единство, что позволяло говорить о феномене, имеющим общую, хотя и парадоксальную природу. В попытке осмыслить открытое явление наука вернулась к

---

[1] Статья подготовлена в рамках проекта РФФИ № 04-06-80102.

[2] *Чучин-Русов А.Е.* Возвращение кентавров // Общественные науки и современность. 2004. № 4.

забытому термину, который ранее употреблялся в мифологии и в литературе. Речь идет о термине **кентавр-проблема**, который позволяет охватить единым понятием разнообразный класс процессов и явлений, встречающийся в познавательной и преобразующей деятельности человека.

На феномен кентавризма долго не обращали внимания или затрагивали попутно, в основном при анализе мифов. Этим объясняется то, что до сих пор нет научного анализа этого феномена, особенно если в общественной жизни обнаруживается сочетание несочетаемого в кентавр-явлениях, кентавр-процессах, кентавр-образах, кентавр-личностях.

Для обстоятельного анализа этого феномена совершим экскурс в прошлое.

## *Возможно ли сочетание несочетаемого?*

Напомню миф древней Греции: в фессалийских городах жило племя, мужчины которого никогда не спешивались с коней. Этот образ породил представления о ***кентаврах, сочетавших возможность объединения взаимоисключающих начал – человеческого и животного.*** Миф о человеке-лошади, представлявшем собой нечто единое, воплощен в художественных образах («битва с кентаврами»), в символах-знаках («созвездие Стрельца»), в мифах, сказаниях. Образ кентавров вдохновлял античное искусство, к нему обращались художники эпохи Возрождения (П.Веронезе, Б.Шпрангер, Г.Рени и др.), нового времени (А.Бёклин, О.Роден, Л.Коринта, П.Пикассо)[1].

В канве наших рассуждений важно не забыть *одно принципиальное положение*: кентавр реально никогда не существовал - он порождение фантастических представлений людей о неких мыслимых образах, явлениях и процессах. Образ кентавра отражал парадоксальное состояние сознания, порождавшего феномен, которого не было в реальном мире. Своеобразное осознание (представление) воображаемого мира воплощалось в образе, означавшем возможность совмещения несовместимого. Иначе говоря, ***кентавр – воплощенная несовместимость разных начал, каким-то образом преодоленная, что можно представить как метафору сочетания несочетаемого***.

Каковы причины возникновения данного образа? Просто фантасмагорическое видение реального мира? Или ограниченность познавательных возможностей человека? Или компромисс-

[1] Мифы народов мира. Т. 1. М., 1987. С. 638–639.

ное (алогичное?) объяснение исключительных, непознанных явлений? Если ограничиться одним приведенным примером, данное порождение человеческого разума можно отнести к разряду временных протуберанцев сознания. Но такое видение людьми окружающего мира отнюдь не исключение. Можно вспомнить о египетских ***сфинксах***, представление о которых жило в древней Элладе в виде крылатой полудеве – полульвице, обитавшей в пещере возле Фив. В древней мифологии мы встречаем и такое уникальное явление как ***химеры***, – причудливее кентавров и сфинксов: голова льва, на спине вторая голова – козы, а хвост то ли змеи, то ли дракона.

Такие порождения разума присущи практически каждому народу. У славян ***русалки – полудевы-полурыбы*** широко представлены в сказаниях, былинах, имеют хождение в рамках повседневного сознания. В мифологическом сознании русских, украинцев, белорусов живет ***леший*** **(**хозяин леса в шкуре со звериными атрибутами – рогами, копытами), ***домовой*** (старик, покрытый белой шерстью или превратившийся в кошку, собаку, иногда змею, крысу или лягушку)***, водяной*** (мужчина с чертами животного – лапы вместо рук, рога на голове)***, кикимора*** (злой дух, женщина-невидимка***)*** и другие чудища народных сказаний.

В религиозной мифологии мы встречаемся с ***ангелами*** – человекоподобными существами с крыльями, которые несут людям добро, благие вести, поддерживают в трудную минуту. Средневековая история сохранила представление об образах людей, которые оборачивались для их носителей бедами – ***колдунах, ведьмах***, воплощавших в себе человеческие и нечеловеческие начала. С ними жестоко расправлялись – убивали, сжигали на кострах, изгоняли.

Анализируя данное проявление человеческого разума, можно возразить, что эти примеры совмещения несовместимого существуют в воображении людей, в мифологии, в сказках тех времен, когда человек не научился выделять себя из окружающей природы, когда он и все вокруг него сливалось в образ неделимого мира. С точки зрения научного знания любой биолог скажет, что человек и конь (змея, лев, коза и т.д.) – существа разнородные, что у них разный набор хромосом и как виды они генетически несовместимы. Значит ли это, что кентавры существуют только в фантазии и никакого отношения к реальному миру не имеют? Но зачем, для чего человеческий разум создал такие образы? Только из-за ограниченности познавательных возможностей?

Более обстоятельный анализ свидетельствует, что в ходе познания окружающего мира человечество столкнулось с необходимостью дать объяснение не просто определенным противоречиям, их специфическим проявлениям, получившим название парадоксов, а их особым формам реального существования, по своей сути отражавшим проблему, возникшую в результате сопоставления данных наблюдения (опыта, исследования) и их мысленного анализа.

Приведем пример элементарных частиц атома, которые можно назвать микрокентаврами – электронами, позитронами. В самом деле, как представить себе, что элементарные частицы одновременно олицетворяют и частицы и волны, что противоречит не только классической физике, но и здравому смыслу, который отвергает такую двойственность как физическую бессмыслицу. А сколько драм сопровождало путь этого вывода, ибо ум ученых и их эксперименты долгое время порождали парадоксальности. Великие мыслители Макс Борн, Альберт Эйнштейн, Эрнест Резерфорд много лет не могли осмыслить противоречивость открытых ими явлений. Лишь Луи де Бройль, а затем Нильс Бор рискнули соединить несоединимое, согласно которому атом в нашем сознании предстал кентавром. Луи де Бройль доказал, что электрон способен пребывать в двух ипостасях – частицы и волны. Это была революция, положившая начало новейшему физическому мировоззрению[1]. Для объяснения этого явления Н. Бор обосновал принцип дополнительности, объяснявший «кентавристскую» природу атома, исходя из двух взаимоисключающих подходов, которые взаимодополняли друг друга, создавая целостную картину исследуемого явления. Однако, как доказали многие зарубежные и отечественные ученые, этот принцип не может быть безоговорочно применен ко всем явлениям природных и, особенно, общественных процессов.

Перечисляя проявления кентавр-проблем, можно привести пример суждения, а потом доказательства, осуществленного В.Гейзенбергом внешне абсурдного утверждения: А, умноженное на В, может не равняться В, умноженному на А. Перечень таких феноменов в истории науки, ее поисков и экспериментов можно продолжать. Наряду с этими казусами существовали и такие, которые подбрасывала сама природа, например, феномен НЛО (неопознанные летающие объекты), таящие в себе много взаимоис-

---

[1] *Трофимов Д.* Век Нобиля: люди и проекты // НГ-Наука. 2000. № 11. 20 дек.

ключающих положений, отраженных в столь же взаимоисключающих суждениях.

Д. Данин в книге-раздумье «Неизбежность странного мира» рассуждает: если бы человек смог двинуться в путь (только вперед) по Вселенной, через энное время он пришел бы в исходную точку, с которой начал свое путешествие. Абсурд? Нет, мы имеем особый случай (правда, гипотетический) парадоксальности, который отражает невозможность представить в нашем видении мира сочетание несочетаемого[1]. Иначе говоря, в новой истории открыты явления, которые нельзя объяснить противоречиями процесса познания. Наука столкнулась с реальными казусами, которые опровергали существовавшее прежде знание и которые в отличие от представлений о лешем или ведьме не исчезали.

При анализе кентавр-проявлений обратим внимание, что художественная мысль давно ввела в оборот приемы, характеризующие способность человеческого мышления распознавать и создавать сочетания несочетаемого, если это служит раскрытию странностей истории, человеческой жизни. Со времени Эллады известен стилистический прием **оксюморон** – «остроумно-глупое» – сочетание несочетаемого по смыслу. Так, у Л.Толстого мы находим «Живой труп», у И.Тургенева – «живые мощи», у А.Блока – «жар холодных чисел», у А.Ахматовой – «Смотри! Ей весело грустить такой нарядно обнаженной!». Согласитесь, у нас не возникает возражений против таких словосочетаний, мы не называем эти образы вздором, нелепицей, не испытываем недоумения, напротив, восхищаемся сравнениями и необычным словесным мастерством.

Подводя итог, можно сказать, что открыты явления в мире (в основном, в микромире, а в дальнейшем в обществе), которые предстали в общественном, групповом или индивидуальном сознании кентавр-проблемами, внеся коррективы в осмысление и трактовку многих ситуаций общественной жизни.

## *Кентавр-проблема как форма проявления парадоксов общественной жизни*

Прежде всего, ответим на вопрос: случайно ли это явление, имеет ли оно локальный во времени и пространстве характер, или оно порождено более глубокими причинами, чем это кажется на

---

[1] *Данин Д.* Неизбежность странного мира. М., 1964.

первый взгляд? И оправдано ли употребление в данном случае понятия кентавр-проблема?

На мой взгляд, мы встречается с особым классом феноменов общественной жизни, которые в самом общем виде можно охарактеризовать как «сочетание несочетаемого». Попытка выявить сущность и специфику каждого феномена потребовала осмыслить специфические моменты, которые как реальность духовной жизни человечества на предшествующих этапах его развития осмысливались или трактовались с иных позиций по сравнению с постулатами современной теории познания. Исследование кентавр-проблем позволяет обратить внимание на малоизвестные и спорные проблемы природы познания и преобразовательной деятельности, их взаимодействия, выявить ряд особенностей соотношения знания и реальности, условия достоверности и истинности знания.

Почему в общественной жизни образуются кентавры? Как их преодолевать и решать? Если анализировать симбиоз взаимоисключающих ориентацией в сознании и поведении человека или групп людей, то кентавризм можно объяснять по-разному. Прежде всего, еще раз напомню, что ***кентавр – особая форма противоречия, особое проявление парадоксов.*** Это не просто противоречие, которое присуще общественному или групповому сознанию. Это такое состояние сознания (и знания тоже), которое отражает сочетание несочетаемого. То есть разум не может объяснить одновременное существование двух (нескольких) взаимоисключающих начал. Следовательно, мы встретили класс явлений и процессов, которые имеют характерные особенности в познании мира.

Обобщая, скажу, что, ***во-первых, кентавр-проблема является особенной, специфической, но не исключительной формой парадоксальности,*** которая существовала на всех этапах развития человечества. Современное состояние общественного сознания и деятельности не избавляет от самых разных проявлений кентавризма. Более того, по мере проникновения в макро- и микромиры, в тайны общественной жизни мы все больше встречаем явлений и процессов, которые на прежнем уровне и при существующих методах познания невозможно объяснить.

***Во-вторых, кентавр-проблема отражает особый случай поиска ответа на непознанные объективные процессы.*** Они, как правило, возникают на стыке науки и практики, где наши познавательные возможности по каким-то причинам ограничены. По

мнению М.Поланьи, рождению парадоксов (кентавр-проблем) немало способствует отсутствие «логического моста» между теорией и фактами, ибо «в каждом акте сознания присутствует (в качестве насущно необходимого элемента знания – *Ж.Т.*) страстный вклад познающей личности»[1]. Теория неявного знания М. Поланьи объясняет многое в возникновении противоречий типов знания[2].

***В-третьих, для познания кентавр-проблемы очень важно применение принципа неопределенности***, ибо она может проявлять себя по-разному. Процессы, связанные с открытием принципа неопределенности, позволили Л. Ландау утверждать, что «*человек в процессе познания природы может оторваться от своего воображения, он может открыть и осознать даже то, что ему не под силу представить*» (курсив мой – Ж.Т.). Кентавр-проблема может существовать на подсознательном уровне, когда человек не подозревает, что является носителем парадоксального сознания и поведения. То, что он обладает кентавристским сознанием, очевидно для исследователя, а не для самого человека, который почти всегда не замечает свою противоречивую позицию, демонстрирующую иррациональный потенциал реально функционирующего сознания. Не менее редки ситуации в природе и обществе, когда встретившиеся исследователю феномены не могут быть объяснены предшествующим знанием. Тогда на первый план может выйти интуиция, гипотезы (нередко внешне абсурдные), ассоциации, когда решение проблемы в одной области знаний может быть перенесено и апробировано в другой, даже при кажущейся недопустимости такого приема.

***В-четвертых, особые трудности возникают при встречах не с естественнонаучной, а с социальной, политической, духовной кентавр-проблемой***. Исследуя феномен семантического дифференциала, В.Ф. Петренко показал, что у многих людей на уровне восприятия социалистических и либеральных ценностей происходит их смешение; на этой основе происходит создание кентавристических образований, которые трудно поддаются логическому объяснению[3].

---

[1] *Полани М.* Личностное знание. На пути к посткритической философии. Благовещенск. 1998. С. 19.

[2] См. Теория познания. В 4 т. Т. 4. Познание социальной реальности / Под ред. *В.А.Лекторского, Т.И.Ойзермана.* М., 1995. С. 16.

[3] См. *Петренко В.Ф.* Семантический дифференциал в политическом поведении россиян. М., 1998.

***В-пятых, кентавр-проблема имеет выраженную тенденцию к росту своих проявлений в период деформации общественных отношений, нарушенных социальных связей, нестабильности***. В период кардинальных общественных изменений она в определенной степени становится нормой, характерной для сознания и поведения людей.

***И, наконец, незнание или игнорирование кентавр-проблемных ситуаций в обществе обрекает политиков и обслуживающие их научные центры на ложные выводы, создает условия для провала их действий***, особенно тогда, когда они продолжают мыслить по принципу линейности развития, не видя не только противоречий, но и парадоксальности многих ситуаций.

Что касается изучения вновь открытых противоречий объективной реальности, уместно заявить: их выявление и обоснование существенно обогащает теорию познания. В частности, нуждается в уточнении то, как соотносится кентавр-проблема с законом единства и борьбы противоположностей, с универсальной формулой диалектики, которая допускает, предполагает, а порой и требует преобладания одного из противоборствующих начал над другим.

## *О типологии социальных кентавр-проблем*

Особенно трудно объяснимы ситуации, когда научное познание сосредоточено на проблемах общественной жизни, предстающих перед нами своеобразными социальными кентаврами. Внимательный анализ окружающей нас действительности вынуждает нас признать факт постоянных встреч с кентаврами. Они рождаются, функционируют, окружают нас повсеместно. Но с одной поправкой. Они проявляют себя в наших представлениях о непонятных и непознанных нами процессах и явлениях. Сам объект исследовательского интереса не всегда осознает свою «кентавричность».

По этой причине кратко охарактеризую несколько типов кентавр-проблем. В новейшей истории их специфической характеристикой стало то, что они проявились не в процессе умозрительных рассуждений, а обнаружены в природе и в обществе: были открыты *феномены, которые человек представлял для себя, для общества, для науки* ***в виде кентавр-явлений, кентавр-процессов, кентавр-образов, кентавр-личностей.***

Начнем с ***кентавр-явлений.*** Что, например, представляют собой современные российские профсоюзы? Это соединение двух групп, интересы которых разноплановы, разнонаправлены и

имеют противоположные ориентации – работодатели и работники. Попытки их примирить или соединить в органическое целое ни к чему не приводят (или дают кратковременный эффект). Противоположность интересов объясняет то, что профсоюзы в этом кентавр-явлении ничего собой не представляют, занимают соглашательскую позицию и не могут защитить интересы большинства. Или отражают точку зрения предпринимателей, подмявших под себя профсоюзы. Попытки построить независимые профсоюзы не получили распространения, в настоящее время по сути они не отличаются от традиционных для СССР профсоюзов. И таковыми они будут до тех пор, пока не разделятся на социальные объединения (союзы), отражающие интересы однородных групп. В этом смысле исследовательские программы призваны исходить не из того, как примирить или соединить неразрешимые противоречия, а признать принципиальные различия, несовместимость и по-иному выстраивать взаимодействия между ними[1].

Не менее кентавристична современная свобода слова. Практически она доступна тем, кто имеет деньги и власть. Т.е. эта свобода реальна для ограниченного круга, а остальной массе доступна гипотетически. Люди (в своей массе) могут высказать мнение только в непосредственном окружении, и результативность при этом фактически нулевая. Но довести свое мнение до сведения аудитории через телевидение, радио или газеты невозможно – доступ ограничен или закрыт, ибо в сфере воздействия на общественное сознание оперируют обладатели политического влияния и/или экономических возможностей. Но постоянно провозглашаемая свобода слова создает эффект присутствия. Поэтому 40% россиян полагают, что имеют возможность использовать свободу слова (В.Э.Бойков, 2004). Создается кентавр-явление – «свобода слова в обществе, в котором большинство фактически лишены этой свободы», что мало отличается от вековых традиций российского общества[2].

Перечисляя кентавр-явления, обратимся к примеру новых акционерных и частных предприятий. Они создавались по принципу: бывшим нефтяникам – нефтяные компании, бывшим маши-

---

[1] Проблемы профсоюзного движения описаны и проанализированы научным коллективом, возглавляемым Э.В.Клоповым и Л.А.Гордоном. См., например, Социологический калейдоскоп. Памяти Л.А.Гордона. М., 2003 и др.работы.

[2] О проблемах многоаспектной трактовки свободы см.: *Шабанова М.А.* Социология свободы: трансформирующееся общество. М., 2000.

ностроители – их заводы, бывшим банкиры – банки. Более того, многие топ менеджеры государственных предприятий создавали параллельный бизнес. Кентавр-объединения, построенные на взаимоисключающих началах, завершали существование одинаково: оттянув на себя заказчиков, финансы, доводили «чужое предприятие» до краха. Оно прекращало существование, часто оставаясь должником вновь выкормленного «упыря»[1].

Что характерно для кентавр-явлений?

***Во-первых, они предстают как факт***, который произошел, соединив взаимоисключающие начала. Эти начала имеют принципиальное значение и чаще всего характеризуются несовместимостью интересов вовлеченных людей, социальных групп с взаимоисключающими социальными целями.

***Во-вторых, кентавр-явления предстают как совмещение*** несовместимых начал. История (включая современную) знает, что для осуществления акций, особенно в борьбе за власть, объединялись взаимоисключающие по установкам и целям партии, союзы, организации.

***В-третьих, кентавр-явления выражаются через внешне несовместимые с привычным представлением акты поведения людей***, обладающих большим привлекательным эффектом. Например, поход Ельцина в районную поликлинику в период борьбы за власть и против советских привилегий был, по сути и форме, абсурдом. Он был рассчитан на внешний эффект, ибо этот акт никогда не стал нормой жизни Ельцина и его близких. По форме это действо сопровождалось армией журналистов, что подчеркивало абсурдность происходящего.

***И, наконец, кентавр-явление помогало скрывать или камуфлировать сущность происходящего***, того, что составляет содержание события, процесса. В этом смысле монетаризация льгот, в конечном счете, реализовывала принципы крайнего либерализма, пытаясь навязывать народу представление о его благе. Авторы реформы не только ничего не поняли, но и обиделись на «быдло», которое не понимает своего счастья.

***Вторую группу кентавр-проблем образуют кентавр-процессы***, характеризующие последовательность протекания тех или иных актов, действий. Возьмем, к примеру, процесс становле-

---

[1] См. подробнее: *Дубровинский А.* Техасская дуэль и русская рулетка // Новая газета, 2005, № 10.

ния демократии в России. Для одних (как В.Новодворская) – это самодовлеющая ценность, ради которой можно пожертвовать всем. Для других демократия – возможность ущемить стоящих на пути. Ради этого можно обозвать противников любыми терминами – коммунистами, националистами, «дерьмократами» и даже патриотами, понимая патриотов как негодяев. Для третьих – это возможность без всяких помех захватить куски чужой собственности, применять любые («демократические») пути сохранения власти. Для четвертых – это соединение преступных капиталов с властью, стремление обелить себя, перейти в иное состояние. Для этого сорта людей характерны ссылки на то, что многие капиталы в США были изначально преступными, но унаследовавшие их – добропорядочные граждане. Реально в России стал формироваться авторитарно-демократический кентавр: демократия для «элиты», демократически припудренный авторитаризм для остальных[1].

Какие черты характеризуют кентавр-процессы?

***Во-первых, кентавр-процессы можно разделить по сферам общественной жизни*** – экономика, политика, социальная и духовная жизнь. Так, для современной России характерны уникальные хозяйственные структуры. Бывшие колхозы и совхозы, предприятия, организации фантасмагорически соединяют социалистические и капиталистические начала, приемы социальной защиты, социальных гарантий, производства, управления. Порой такие кентавры-предприятия более жизнеспособны, устойчивы, чем их аналоги, держащиеся принципов только либеральной или только социалистической экономики[2].

***Во-вторых, кентавр-процессы можно разделить по стадиям их зарождения, развития и затухания (прекращения действия) или дальнейшего развития***. В этом смысле типична концепция конвергенции, которую долгое время отвергали как совмещение несовместимого. Сравнивая развитие систем капитализма и социализма, многие ученые не противопоставляют одну систему другой, а изучают возможности их взаимопроникновения, взаимообогащения. В СССР эту проблему планетарной значимости поставил академик А.Д. Сахаров. Реалии ряда западноевропейских стран показали, что в них в определенной степени реализованы социалистические и капитали-

---

[1] *Третьяков В.* Нужно ли спасать демократию? // Комс. Правда, 2004, 4 нояб.
[2] См. *Калугина З.И.* Парадоксы аграрной реформы в России: социологический анализ трансформационных процессов. Новосибирск, 2000.

стические принципы хозяйствования, общественной жизни. Выросло поколение людей, в том числе в нашей стране, которые убеждены в совместимости социалистических и либеральных начал. Их сознание, согласно исследованиям социологов, фиксирует общее этих мировоззрений – признание инициативы, поиска, необходимости социальной защиты, веру в технический прогресс и др. Люди видят нечто объединяющее взаимоисключающие позиции и дополняют их тем, что считают рациональным, значимым, важным в двух разных подходах. На этой основе получается кентавр-процесс, хотя в данном случае можно объяснять его существование и распространенность, а не просто констатировать парадокс. Следовательно, кентавризм в сознании и поведении человека можно преодолеть через поиск общих (и значимых) характеристик. В случае теории конвергенции можно говорить о начале сочетания несочетаемого.

***Третью группу кентавр-проблем образуют кентавр-образы***. Возьмем существующий Гимн России. Сохранив величественную музыку А.Александрова, С.Михалков в третий раз модифицировал слова. В результате наряду с отголосками социалистических идей усилен патриотический (националистический?) аспект с примесью бога (в светском государстве?!). Чем не кентавр-образ, который должен говорить о сущности государства, его основах, нацеленности на исторические задачи, а на деле являет причудливую смесь взаимоисключающих начал?

Образ жизни в российском обществе вынуждает сделать неутешительный вывод. С одной стороны, миллионы заняты своей работой и ведут жизнь, состоящую из обычных человеческих действий. С другой стороны, общество посредством СМИ навязывает иной стандарт жизни – богемный или девиантный. Экраны телевидения, радиопередачи, страницы газет и журналов полны восторженных рассказов о жизни киноактеров, спортсменов, банкиров, удачливых людей и в то же время – очерками из жизни преступников, проституток, бандитов. А где рассказы о жизни тех, кто растит хлеб, строит дома, делает машины, стоит у кульмана, проводит эксперименты, учит детей? В результате у подрастающего поколения искажено представление о реальности, складывается желание вести жизнь, совмещая несовместимое. Это приводит к массовым трагедиям, отклонениям, преступлениям. Иначе быть не может: пропаганда «халявного» образа жизни (выиграю миллион, достанется неизвестно откуда взявшееся наследство, обману, убью, ухвачу) или лжеромантики (продать ду-

шу или тело, но иметь деньги и успех). Экраны и страницы заполнены сообщениями о конкурсах песни среди заключенных, уголовников; сообщений о самодеятельности людей, которые ежедневно, постоянно ведут трудовую жизнь, растят детей, создают материальные и духовные блага и услуги, нет. Я не против воспитательного воздействия на уголовников, но если забывают нормальных людей, не стоит удивляться росту кентавристских намерений и желаний.

Какие черты характерны для данного типа лиц?

***Во-первых, они иррациональны по сути***, ибо являют соединение не просто взаимоисключающих, а враждебных начал, убивающих друг друга. Выход из преступного мира, наркомании, проституции так же редок и необычен, как возвращение новых русских к жизни простого труженика. Мудро присловье: «вышедшие из народа возвращаются в него только по приговору суда» (и то не всегда).

***Во-вторых, кентавр-образы создаются под воздействием эмоциональной компоненты.*** В сознании людей провоцируется зависть, жажда богатства без должной работы, стремление выделиться любым способом, болезненная реакция на неоправдавшиеся усилия. СМИ, глянцевые журналы порождают у части молодежи желание быть такими же, как герои страниц и экрана. Все средства хороши – важна цель: быть богатым, стать объектом поклонения, потребителем благ, которыми обладают избранные. Но СМИ молчат о тысячах загубленных жизней вследствие завышенных, авантюрных ожиданий.

***В-третьих, у кентавр-образов значительный зрительный потенциал***. Это в равной мере относится к богатым (дворцы, в которых они живут, курорты, где они отдыхают, одежда, которую носят и т.д.), так и к девиантным группам (особый стиль поведения, татуировки, репертуар песен и т.п.). Этот зрительный ряд продуцирует типы жизни, где огромную роль играют внешние эффекты, а не рациональное восприятие действительности.

***И в заключение о характеристике четвертой группы – кентавр-личностей***, которые воплощают в себе несовместимые, на первый взгляд, черты, что фиксируется многими исследователями.

Возьмем пример заводчика-фабриканта Саввы Морозова, видного представителя общественной жизни России конца XIX-начала XX веков. То, что наряду с успешным хозяйствованием он серьезно поддерживал деятелей культуры, меценатствовал, вряд

ли удивительно. Труднее объяснить его дружбу с большевиками, помощь деньгами революционерам. Одни пытались объяснить эту странность незаурядного человека капризом, прихотью, которые он мог позволить себе. Другие считали это эпатажем, вызовом окружению, образу жизни и ценностям, которые царили вокруг него и которые он не разделял. Третьи писали о кознях большевиков, которые, мол, обманули, ввели в заблуждение, надули Морозова. Но, может быть, С. Морозов кентавр? Его сознание и убеждения – яркий образец сочетания несочетаемого, но с позиций понимания действительности, которое преобладало тогда и которое продолжает во многом доминировать. Ведь до сих пор многие не могут представить, как могли уместиться в одном человеке разные стили мышления, взаимоисключающие ценности и ориентации, парадоксальные поступки.

Подобные примеры, когда человек живет в одном измерении, а исповедует идеи, отрицающие его происхождение, образ жизни окружающей среды, постоянно проявляются в реальности. Невозможно закрывать на них глаза. Парадоксальное, «кентавристическое» сознание и поведение характерно для многих исторических деятелей. Т. Мор, один из утопистов-социалистов, будучи канцлером Англии (1529–1532) и занимая другие важные посты в государстве, проповедовал идеи, несовместимые с его статусом и служебным положением. Таким же кентавром был христианский подвижник VIII в., автор большинства православных песнопений Иоанн Дамаскин, ни много, ни мало министр у калифа, естественно, мусульманина. Последний высоко его ценил и с большим сожалением расставался, когда Иоанн уходил в пустыню монашествовать.

Кентавристским сознанием и поведением можно объяснить феномен перехода после Октябрьской революции многих представителей дворянской и буржуазной культуры на позиции поддержки пролетарской диктатуры и Советского государства. Перейдя на позиции Советской власти, многие не отказались от уклада жизни и ценностей, которые исповедовали: они считали возможным служить и новым идеалам, хотя последние нередко исключали первые. Они не поносили прежние ориентиры, не отказывались них. Более того, они пытались следовать им (образ жизни, обслуга, понятие чести и достоинства, отвержение мещанства и т.д.). Возможно, сочетание несочетаемого, кентавризм и привел многих из них к трагическому финалу в 1930-е годы. По мнению их преследователей, здесь было только двуличие, созна-

тельное сокрытие истинных намерений, нежелание содействовать социалистическому строительству, быть «как все».

Кентавры есть и в сегодняшней жизни. Чем не кентавр предприниматель-коммунист? Если «нормальное» мышление отказывается признавать возможность сочетания несочетаемого, предпринимателя-коммуниста можно подозревать во всех смертных грехах: в симуляции (той или другой позиции), в фальсификации, в выполнении задания «беречь деньги партии», в желании подстраховать себя на случай прихода к власти коммунистов и т.д. Но это не объясняет еще один феномен: во фракции КПРФ в Государственной Думе процент предпринимателей был не меньшим (а во второй думе даже большим), чем в других фракциях, даже тех, кто претендовал на представительство либеральных взглядов («Яблоко», «Наш Дом – Россия», СПС). В этой связи примитивизм мышления демонстрировали ультралиберальные политики и журналисты, взявшись поносить депутатский корпус коммунистов, саму партию, якобы предавшую идеалы «истинного» марксизма. Они повторяют малограмотных деятелей Советской власти 1930-х годов, только с противоположным знаком, считая себя покорителями вершин образования. Кстати, это лишний раз подтверждает, что информация не гарантирует от кретинизма. Еще в Ветхом Завете, в книге Екклезиаста сказано: «...во многой мудрости много печали; и кто умножает познание, тот умножает скорбь».

Быть кентавр-личностями – удел многих участников смены общественно-экономических и политических основ функционирования общества в России. Тем более, что, полагает академик Б. Раушенбах, «всякий нормальный человек рождается с задатками кентавра»[1].

Личностный кентавризм выявлен социологическими исследованиями парадоксов современной общественной жизни. Суть данного феномена в том, что в условиях рыночных экспериментов массовым стало явление, когда один и тот же человек, одни и те же группы одновременно придерживаются взаимоисключающих социальных и политических суждений, ориентаций, одновременно исповедуют противоположные, противоречащие друг другу установки[2]. Причем, это не является чем-то умышленным, нарочитым или фальсифицирующим состояние индивидуального, группового или общественного сознания. Люди искренне не замечают вопиющего противоречия своих установок. Один и тот

---

[1] *Раушенбах Б.* Кентавр и не кентавр // Вестник РГГУ. Вып.1.Кентавристика: опыт сочетания несочетаемого. М., 1996.
[2] Подробнее см.: *Тощенко Ж.Т.* Парадоксальный человек. М., 2008.

же человек может быть одновременно социалистом и либералом, интернационалистом и шовинистом, монархистом и республиканцем. Иначе говоря, они своеобразными кентаврами, совмещающими взаимоисключающие взгляды и утверждения.

Сомнительны попытки политиков и прислуживающих им аналитических центров делить население (людей) на сторонников социализма или либерализма, монархистов или республиканцев, патриотов или интернационалистов. Реальные люди являются во многом кентаврами, воплощая в сознании и поведении взаимоисключающие взгляды и явления.

## *Методы исследования кентавр-проблем*

Для выяснения сущности и содержания выявленных типов кентавр-проблем применимы несколько методов. Приступая к их изложению, подчеркну, что кардинальные изменения в российском обществе привели к появлению новых характеристик общественного сознания и социальной практики, отличающихся от предшествующих состояний на предыдущих этапах их развития и функционирования. Данное положение принципиально в плане методологии. Его применение к кентавр-проблемам может привести к иным результатам и иному объяснению происходящего. Как отметил Ю.Р. Вишневский, такой подход в социологии молодежи позволит объяснить взаимоотношения поколений не с позиций передачи и усвоения опыта старших поколений, а с позиций обилия в поведении молодежи кентавристического. Это не мешает ей быть естественной, не считать себя ущербной и многообразно проявлять себя. Может быть, многие социальные процессы, рассмотренные с этих методологических позиций, дадут нам более достоверное знание?

При исследовании кентавр-процессов можно (и нужно) использовать ***количественные методы***, которые позволяют получить представительную информацию об основных или ведущих тенденциях, присущих сознанию и поведению большинства людей (в рамках общества, региона, города, села, организации и т.д.). Массовые всероссийские опросы позволили выявить кентавристские ориентации значительной части населения. «Часть тех, – утверждает Л.А.Беляева, опираясь на данные всероссийских исследований 1994, 1998, 2002 годов, – кто высказывается за реформы, одновременно поддерживает плановое ведение хозяйства, а те, кто против реформ, выступает за рыночную экономику»[1]. Количественные методы в этих исследованиях позволили

[1] *Беляева Л.А.* Стратегии выживания // Социол. исслед. 2001. № 6.

определить уникальное состояние, охарактеризовать его не как каприз, и не как исключение, а как своеобразную, нетипичную, но распространенную норму, которая характерна для сознания и поведения людей в период кардинальных общественных изменений. Вместе с тем, не во всех случаях можно получить достоверное и «глубокое» знание посредством количественных методов. Нередко они «хватают воздух», не всегда позволяют проникать в сущность изучаемых процессов и явлений.

Применительно к теме познания кентавр-проблем уместнее применять ***качественные методы (или, утверждают некоторые исследователи, качественной методологии, качественной парадигмы, качественного подхода***[1] –, которые позволяют получить более достоверную информацию. В данном случае не стоит говорить лишь о взаимодополняемости или последовательности применения – возможно, что только эти (качественные) методы позволят изучить кентавр-образы и кентавр-личности. Специфика объекта исследования – исходная предпосылка применения качественных методов. Другими методами социологической науки этот объект нельзя изучить. Иначе говоря, «количественный и качественный подходы определяются характером исходного материала, мерой его доступности»[2].

***Второй предпосылкой является обоснование и разработка теоретической и методологической концепции***. Качественное исследование это не энное количество произвольных текстов (событий, фактов, автобиографий) и даже их интерпретаций по принципу – наберем факты и что-то получим. При исследовании особого рода кентавр-личностей, которые названы мною фантомами, в качестве определяющего их облик выделено органическое сочетание социального и индивидуального в трех характеристиках – отношение к власти, капиталу и славе. Это позволило не просто создавать их психологический портрет, писать эссе, вести журналистское расследование, а выводить определенные типы личности[3]. Количественными методами нельзя познать таких фантомных личностей как Жириновский, Новодворская, Рыбкин, Шеварднадзе и т.д. Именно потому, что теория, концеп-

---

[1] Количественный и качественный анализ: органическое единство или автономия // Социол. исслед. 2004. № 9.
[2] Там же.
[3] *Тощенко Ж.Т.* Фантомы общественного сознания и поведения // Социол. исслед. 2004. № 12.

туальная модель задают угол зрения (О.Б.Божков), можно быть уверенным, что качественные методы не превратят исследования в произвольные суждения по поводу неких явлений и процессов.

***Третья предпосылка*** соответствия качественных методов требованиям науки, глубине проникновения в изучаемые явления – ***органическое сочетание социологических приемов исследования с социально-психологическими***. Последние позволяют обогатить не только количественные, но и качественные методы[1]. В случае кентавр-личностей это просто необходимо, ибо у каждой личности неповторимые характеристики. Возникающая сложность сочетания социальных и индивидуальных показателей при объяснении сознания и поведения типа личностей – это трудность исследователя, а не объекта исследования.

Кроме того, ***в кентавре взаимоисключающие начала дополняют друг друга.*** Это создает принципиально новый образ, не сводимый к составным частям. Он имеет самостоятельное значение и живет самостоятельной жизнью. Здесь принцип дополнительности предполагает, что социальное явление, процесс, образ могут быть объяснены и интерпретированы с различных, даже взаимоисключающих позиций, в целом образующих единый феномен. Так, человек может быть интернационалистом и шовинистом одновременно. В одном случае выясняется его отношение к одной или двум проблемам и фиксируется, к примеру, тяготение к интернационалистским убеждениям («я уважаю права каждого народа на свою культуру и язык»). А по другой проблеме человек демонстрирует националистические, шовинистические убеждения. Он считает их истинными для себя, искренне убежден в их достоверности («буду убивать людей конкретного народа» (указывается какого). Несмотря на взаимоисключающие позиции, человек и его общественное сознание единое, целостное образование, которое можно расчленить в процессе познания, но чего не делает субъект, – носитель этого сознания. Так, принцип дополнительности, признавая существование взаимоисключающего восприятия социальной действительности, все же предполагает, что в рамках общего подхода противоположные позиции необходимо исследовать, ибо только так достигается более полная и всесторонняя характеристика изучаемого процесса, явления, об-

---

[1] Подробнее см.: *Готлиб А.С.* Качественное социологическое исследование: познавательные и экзистенциальные горизонты. Самара, 2004.

раза, личности. Такой подход позволяет полнее, более системно и всесторонне представить явление или процесс, обладающие иными характеристиками, чем составляющие его элементы.

И в заключение. Возможно, прав писатель Д. А. Данин, который в 1948 г., готовя книгу «Неизбежность странного мира», написал: «Можно напророчить, хотя бы шутки ради, что когда-нибудь возникнет целая наука – кентавристика. Ее предметом будет тонкая структура парадоксов (и многое другое)»[1]. Это в значительной мере относится и к нашей науке – социологии.

**Библиографический список:**

1. *Чучин-Русов А.Е.* Возвращение кентавров // Общественные науки и современность. 2004. № 4.

2. *Трофимов Д.* Век Нобиля: люди и проекты // НГ-Наука. 2000. № 11. 20 дек.

3. *Данин Д.* Неизбежность странного мира. М., 1964.

4. *Полани М.* Личностное знание. На пути к посткритической философии. Благовещенск, 1998.

5. Теория познания. В 4 т. / Под ред. В.А.Лекторского, Т.И.Ойзермана. М., 1995.

6. *Петренко В.Ф.* Семантический дифференциал в политическом поведении россиян. М., 1998.

7. *Шабанова М.А.* Социология свободы: трансформирующееся общество. М., 2000.

8. *Дубровинский А.* Техасская дуэль и русская рулетка // Новая газета. 2005. № 10.

9. *Третьяков В.* Нужно ли спасать демократию? // Комс. Правда, 2004. 4 нояб.

10. *Калугина З.И.* Парадоксы аграрной реформы в России: социологический анализ трансформационных процессов. Новосибирск, 2000.

11. *Раушенбах Б.* Кентавр и не кентавр // Вестник РГГУ. Вып. 1. Кентавристика: опыт сочетания несочетаемого. М., 1996.

12. *Тощенко Ж.Т.* Парадоксальный человек. М., 2008.

13. *Беляева Л.А.* Стратегии выживания, адаптации, преуспеяния // Социол. исслед. 2001. № 6.

---

[1] *Данин Д.* Старт кентавристики // Вестник РГГУ. Вып.1. Кентавристика: опыт сочетания несочетаемого. М., РГГУ, 1996.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 1/2011

# Об экономической роли государства в условиях модернизации российского общества[1]

государство; модернизация; общество; услович; роль

*И. В. Дойников*

*доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права и процесса Московского городского университета управления Правительства Москвы*

## *Введение*

Значительный вклад в научное осмысление произошедшего с обществом и государством за последние двадцать лет внесла научно-практическая конференция «Концепция совершенствования законодательства в сфере рыночной экономики», которая состоялась 7 июня 2010 г. в Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

В условиях кризиса либерально-западного мировоззрения в юриспруденции, конференция в МГЮА заложила основы научного анализа совершенствования законодательства в сфере рыночной экономики в современных условиях.

Раскрывая основные положения Концепции развития предпринимательского (хозяйственного) законодательства, настоящая статья посвящена анализу экономической роли государства в условиях модернизации российского общества.

## *Необходимость модернизации*

Проведенные в России с 1991 года реформы, привели страну к тяжелейшим последствиям. Власть сначала просто отмахивалась от предложений об изменении курса, а затем стала утвер-

---

[1] Настоящая статья представляет собой научный доклад на секции «Предпринимательского права» на XI Международной научно-практической конференции «Проблемы методологии правовых научных исследований и экспертиз» в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова 2–3 декабря 2010 г.

ждать, что Россия и так поднимется с колен. Это утверждение основывалось на небывало высоких ценах на нефть, но глобальный кризис все расставил на свои места. Данные, подтверждающие крайне тяжелое положение экономики и социальной сферы хорошо известны. Они много раз приводились в публицистической, научной литературе и статистических отчетах[1].

Парадокс заключается в том, что выбор Россией стратегии перехода к рынку был сделан в конце 1991 года в пользу навязанной определенными западными кругами концепции «шоковой терапии», представляющей собой радикальный вариант крайне либерального подхода к вопросу экономической политики, выход из кризиса планируется властью в соответствии с рецептами все той же школой идеологического либерализма.

Влиятельность либералов во многом связана с тем, что антиобщественность и антигосударственность политики либеральных реформаторов объективно вынудила их во внутриполитической борьбе опираться на стратегических конкурентов России, платя за это последовательным попранием ее национальных интересов и искренней верой в то, что «солнце встает на Западе». Непосредственным проявлением этого в экономической политике стало направление денег российских налогоплательщиков в виде Стабилизационного (ныне Резервного) фонда на модернизацию не России, но ее стратегических конкурентов – экономик США и Евросоюза[2].

Наша властная и олигархическая элита, по мнению Президента Академии геополитических проблем Л. Ивашова, попала в подчинённое транснациональной олигархии и западным политическим силам положение.

В конце прошлого столетия родились новые войны, где военному вмешательству предшествует подчинение национальных элит.

В 2007 году тот же Бжезинский объявил, что российские чиновники содержат в западных банках не менее 500 миллиардов долларов незаконно вывезенных из страны капиталов. И всякого рода экстрадиции и задержания российских политиков, бизнесменов, «шпионов» – всё это напоминание нашей элите о её зависимом положении[3].

---

[1] Российский статистический ежегодник. 2009. М. 2009.
[2] *Глазьев С.* Родина в опасности. М., 2009. С. 154.
[3] *Ивашов Л.* НАТО… Кому оно надо? // Литературная газета. 2010. № 47–48.

## *Две системы обществознания*

В российском обществе сформировалось две системы мировоззрения. Одна система мировоззрения базируется на либеральных ценностях (представлена именами ученых Н. Злобина, С. Караганова, Я. Кузьминова, В. Мау, Е. Ясина и др.), другая базируется на традиционных для России духовно-нравственных ценностях (представлена именами ученых-обществоведов Л. Абалкина, С. Глазьева, С. Гончарука, А. Зиновьева, А. Панарина, С. Кара-Мурзы, С. Кургиняна, Д. Львова, В. Соловей и др.).

Наличие существования двух систем мировоззрения – это трансляция с июля 2010 года пятым каналом телевидения телепередачи «Суд истории». Передача была затеяна либералами как суд над советским периодом. Они пытались через эту передачу реализовать свою давнишнюю надежду на «красный Нюрнберг», на котором хотели распять советизм и сталинизм. Но произошло поразительное явление, когда вместо красного Нюрнберга по существу состоялся суд над российским либерализмом.

Вторым событием, обозначившим «водораздел» российского обществознания является длящийся третий месяц скандал, связанный с учебным пособием А.С. Барсенкова и А.И. Вдовина по истории России XX века. По инициативе Н. Сванидзе заседает Общественная палата, на историческом факультете Московского университета появляются эмиссары, объясняющие учёным, что они таковыми вовсе и не являются, раздаются требования уволить, запретить, лишить права преподавать, в ход пущены знакомые до боли ярлыки – враги, экстремисты.

Двадцать лет назад наши либералы, пишет профессор В. Соловей, любили цитировать вольтеровскую фразу о готовности отдать свою жизнь за чужую точку зрения, даже если с ней не согласны. Сейчас они чисто по-сталински затыкают рот любому намёку на инакомыслие. По стилю, содержанию и духу позорное судилище в Общественной палате до боли напоминало процессы 30-х годов. Прокурор и судья в одном лице, расписанный сценарий, заранее вынесенный приговор, принуждение к покаянию, крики одобрения с мест и общественное ликование. Ничего удивительного, ведь некоторые из участников позорного фарса не только духовными, но и семейными нитями связаны с людьми, организовывавшими травлю русских историков в 30-е годы.

Логика прозрачна: сначала затыкают рты, затем изымают книги, потом их бросают в костёр. Начинают с требования абсолютной свободы, а приходят к поддержке абсолютного рабства. Вот эволюция отечественного либерализма, описанная ещё Достоевским[1].

## *Какое общество возникло в результате реформ*

В Посланиях Президента РФ Федеральному Собранию Российской Федерации в 2009 г. и в 2010 г. используется термин «умное общество», которое будет создано, термин «**умное общество**», является идеологемой (по своему содержанию и назначению являющуюся рекламным политическим «слоганом»). Ответ на вопрос какое общество создали, находится в определении причины распада Советского Союза.

По мнению И.Н. Радионова, Советский Союз потерпел сокрушительное поражение, в «холодной войне», ибо не смог оказать сопротивления агрессии совершенно нового типа, которой он подвергся[2]. В этой войне, а точнее, агрессии, использовались не общевойсковые и танковые дивизии и армии, не удары с воздуха и с моря, а непрерывная, внешне невидимая череда «ударов» по общественному сознанию. Это была информационно-психологическая война США в союзе с «пятой колонной» внутри СССР. Война против СССР и его союзников. Исполнители отдельных этапов этой агрессии опирались на крупномасштабные научные разработки, детально изучали методы воздействия и характеристики общественного сознания, в то время как в СССР не было даже элементарного понимания сути происходящего. События этой агрессии, их истинный смысл не осознавались окружающими. Многие не поняли, что с ними произошло, все случилось как бы помимо их воли. В такой агрессии воздействие на сознание людей осуществляется как извне, так и изнутри страны, причем именно последнее имеет решающее значение на завершающем этапе.

В настоящее время информационно-психологическая агрессия продолжается. Речь идет уже о непосредственном существовании России, об окончательном захвате ее сырьевых и энергетических ресурсов, о полном развале обороноспособности[3].

---

[1] *Соловей В.* Историкам шьют дело // Литературная газета. 2010. № 37.
[2] Родионов И.Н. – Генерал армии, Министр обороны Российской Федерации, 1996–1997 гг.
[3] *Родионов И.Н.* Завтра. 2009. № 47.

Для анализа общества созданного в результате реформирования, методологическое значение имеет формационный подход, использующий следующие научные категории: социально-экономическая формация (феодализм, капитализм, социализм и т.д.), общественно-экономический уклад, система хозяйства и т.д.

Углубляющийся социальный регресс России, как считает историк В. Соловей, далеко не случаен, а вполне закономерен. Он – прямое и неизбежное следствие возникшей в стране новой социальной системы. Интеллектуальные пошляки и жулики списывают наши проблемы на трудности переходного периода. На самом деле переход уже завершился. Просто это был переход не к лучшему, как нам его представляли, – к цивилизованному капитализму и политической демократии, а к худшему – социальному варварству, массовой нищете и бедности, культурной и антропологической деградации.

Социолог Владимир Шляпентох, выходец из СССР, ныне работающий в США, опубликовал книгу «Современная Россия как феодальное общество», в которой показывает проявления феодальных отношений в разных сферах жизни в России. Книга дает достаточно полную и убедительную картину.

Основные черты неофеодализма или феодального капитализма[1]. **Во-первых**, по мнению В. Шляпентоха, самое важное следствие – в России нет устоявшегося права собственности, основные усилия кланов направлены на защиту «своего» и захват «чужого», а не на развитие. То развитие, которое мы наблюдаем, во многом обманчиво – захватывается и используется ранее накопленный потенциал. Например, бурное развитие алюминиевой промышленности обернулось катастрофой на Саяно-Шушенской ГЭС. Оказалось, что электроэнергию продавали дешевле, чем нужно, за счет износа оборудования. Бурное развитие строительства в Новосибирске, например, объяснялось захватом общественной земли под частное строительство (точечная застройка, застройка парков и т.д.). Основной подход феодального бизнесмена – «выжать» из захваченного ресурса максимум возможного не заботясь о восстановлении.

Низкий горизонт планирования – **второе следствие** «неофеодализма». Причем горизонт планирования меняется в разы в зависимости от ситуации в стране, но даже в лучшие годы он ред-

---

[1] *Шляпентох В.* Современная Россия как феодальное общество. М., 2008.

ко превышал несколько лет. Особенность российской экономики такова, что существенная часть инфраструктуры требует наличия горизонта планирования, исчисляемого десятилетиями. Этого требует как география России, так и наследство, доставшееся от СССР.

**Третье следствие** – монополизм. Формально большинство субъектов экономики действуют в рамках свободного рынка. Однако очень многие отрасли платят «дань» кланам. Рассмотрим такую модель: клан обладает правом «пускать» или «не пускать» фирмы на рынок. Фискальная политика клана проста: он старается поднимать «цену за вход» до тех пор, пока общая сумма поступлений не перестает расти (фирмы начинают уходить с рынка). Тем самым он экспериментальным путем нащупывает «оптимум». Большого ума для этого не надо.

Как реагируют фирмы? Они увеличивают цены на свой товар, пока не достигается «монопольная цена», обеспечивающая максимум изъятия денег из населения.

В результате мы наблюдаем странную картину: фирм много, а «накрутки» у всех очень высоки и конкуренция не работает.

И **четвертое**, – коррупция в России будет неискоренима, пока политико-экономическая система носит феодальный характер. Хотя бы по той простой причине, что её реальное содержание находится в прямом противоречии с идеологемами, лежащими в основе российского законодательства.

Когда местная власть применяет на выборах административный ресурс, или принуждает бизнес к «социальной ответственности» неправовыми методами, когда милиция разгоняет пикеты оппозиционеров или подбрасывает наркотики активистам – это происходит в рамках выполнения «феодальных обязательств». Власть не в силах разрешать подобные отступления от закона «в интересах государства» и запретить их в личных интересах.

**В пятых –** возможна ли модернизация? Феодальная система хороша для удержания власти. Она крайне проста, устойчива, обладает множественными инструментами воздействия, так как не ограничена правом и законами. Но вот эффективное управление в современном понимании этого слова в феодальной системе невозможно.

Либералы рассчитывают в деле модернизации на частную инициативу и призывают дать больше свободы бизнесу. Однако в рамках феодализма ослабление центром хватки будет рассмотрено «баронами» как право больше оставлять себе. На модернизацию не пойдет ни копейки.

Сторонники проектного подхода призывают делать централизованные вложения в тот или иной инфраструктурный проект. Но, как мы уже видим на примере Сочи и Владивостока, кланы начинают нешуточную борьбу за контроль над ресурсами, идущими на проект. И вовсе не для более эффективного их использования.

Феодал воспринимает предоставленный ему ресурс как свою вотчину, как дань, как плату за лояльность. Слова «модернизация», «инфраструктурный проект», «точка роста» ничего для него не значат. Он не вчера родился в этой стране и прекрасно знает, по каким правилам надо играть.

**В шестых** – есть ли выход? Очевидно, что феодальная политико-экономическая система находится в крайнем противоречии с представлением большинства народа о себе и о России. Мало того – она противоречит взглядам большинства участников системы.

Большая часть жизни большинства людей не связана с данной системой. Чего стоит только тот факт, что пока что нет даже широкого осознания её характера.

Наемные работники, хоть бюджетной, хоть небюджетной сферы не несут бремени не только налогоплательщиков, но и прямой выплаты дани феодальным кланам. Все эти поборы осуществляются косвенно. Зарплата меньше, чем могла бы быть, цены на хлеб, на проезд в транспорте, на коммунальные услуги – выше. Нефть, газ, уголь, лес – проходят мимо обывателя, как и деньги за них, а потому не раздражают.

«Неофеодализм» – это вариант феодализма «софт», он базируется не столько на насилии, сколько на равнодушии обывателя и высокой степени конформизма. Элементы угнетения и грубого принуждения практикуются в основном внутри системы. В случаях массового возмущения обывателей неофеодальная система, как правило, отступает.

В материалах Первого Российского экономического конгресса, который прошел в декабре 2009 года в МГУ им. М.В.Ломоносова, ведущими учеными-экономистами высказаны рекомендации по изменению экономической роли государства[1]. Основными направлениями изменения экономической роли государства являются: повышение роли государственного регулирования экономики, оптимизация размеров государственной собст-

---

[1] Зыкова Т. Кто проспал кризис. Ученые диагностируют состояние российской экономики//Российская газета. – 2009.- 8 декабря.

венности, совершенствование механизма закупок для государственных нужд[1].

## *Кризис общетеоретических положений государства и права*

В Институте современного развития было представлено исследование – «Модели посткризисного развития: глобальная война или новый консенсус?» В его основе – опрос 247 экспертов из 53 стран мира, который проводили с ноября 2009 года по январь 2010 года. Эксперты, политологи, журналисты, ученые, не понаслышке знакомые с мировыми тенденциями и прогнозами, делают два вывода. Первый – Россия будет переживать довольно сложные времена. Но у нас большое население, мощные минерально-сырьевые запасы, мы обладаем ядерным оружием.

Отсюда второй вывод: эксперты практически единодушно отмечают кризис модели государственного управления в России, ее недостаточный уровень по сравнению с теми, которые применяются в наиболее эффективных странах и экономиках. Довольно медленно идет модернизация, отход от минерально-сырьевой направленности, переориентация на инновационное развитие[2].

С экономической точки зрения современная Россия, несомненно, представляет собой failed state, то есть «несостоявшееся государство». Экономические основы которого, характеризуются «ссуженным» воспроизводством, приватизацией земельной и сырьевой ренты «правящей элитой», низким уровнем оплаты труда и уравнительным характером пенсионного обеспечения, отсутствием амортизационной политики, где износ основных фондов её промышленности достигает почти 80%, деиндустриализации – высокотехнологичные производства с высокой прибавочной стоимостью, прежде всего советская «оборонка», практически уничтожены. Тотальным контролем олигархическими структурами российской экономикой, вывозом олигархами из страны значительной части прибыли и оборотных средств, ростом с 2002 по 2009 год внешних обязательств корпораций более чем в 12 раз, с 24 до 294 млрд. долл.[3]

---

[1] См. *Дойников И.В.* Актуальные проблемы управления государственной собственностью // Вопросы правоведения. 2010. № 2, 3.
[2] *Юргенс И.* Время пошло // Российская газета. 2010. № 78. 14 апр.
[3] *Кричевский Н., Иноземцев В.* Постпикалевская Россия: новая политэкономическая реальность // Известия. 2009. 17 авг.

Для социальной структуры современной России, по мнению социолога Кургиняна С.Э., – характерно, наличие антисоветской тоталитарной секты, отрицающей все принципы либерализма – объективные доказательства, безусловное уважение к большинству, к чужой позиции. В этой связи такую идеологию, скорее, следует называть либероидной. Тоталитарная антисоветская секта, одержимая этой идеологией, – она-то и ведёт общество на заклание. В ядре этой секты – ну, скажем, тысяча особо привилегированных либероидов. К ним примыкает сотня тысяч просто привилегированных либероидов. А ещё есть 900 тысяч непривилегированных, но очень упорных либероидов. Это меньшинство, которое не превышает миллиона человек, хочет властвовать над остальными – перепись ещё не прошла – ну, скажем так, 145 миллионами[1].

Мировоззренческую основу современного правоведения составляют идеи и взгляды, основанные на либеральном фундаментализме (доктрины – гражданского общества, плюралистической демократии, потребительского общества и социального дарвинизма, фактически политической философией правящего класса стала идеология периферийного капитализма). Эффективность любой национальной доктрины развития определяется совместимостью института экономики с реальными природными и культурными условиями страны. Попытки механического копирования форм, развившихся в совершенно иной культурной среде, никогда не могут дать хорошего результата.

Слепо копируя чужой опыт и следуя чужим рецептам (МВФ), в итоге оказались далеки от современной модели высокоразвитой экономики. В России сформировалась хорошо известная в экономической и политической литературе и широко распространенная в слаборазвитых странах Африки и Азии модель, для которой характерно резкое социальное неравенство, концентрация богатства в немногих руках и нищета большинства населения.

Ведущую роль формирования афро-азиатской модели развития сыграла юридическая наука, вооруженная теорией либерально-западного происхождения – «государство ночной сторож», воплощенное в проведенной административной реформе.

В экономической и юридической литературе обсуждается проблема размера участие государства в распределении общественного продукта. Международный валютный фонд опубликовал

---

[1] Кургинян С.Э. Страна не хочет умирать//Литературная газета № 44 2010.

доклад, где приводятся данные, охватывающие более чем столетний период. В таблице, составленной МВФ, данных по России нет, поэтому они воспроизводятся по другим источникам и путем экстраполяции. В экономической литературе о доле государственных расходов в СССР называется примерно 65%[1].

Государственные расходы в процентах от ВВП

| Среднее по 11 странам | 1870 г. | 1913 г. | 1960 г. | 1998 г. |
|---|---|---|---|---|
| (Швеция, Франция, Бельгия, Италия, Нидерланды, Германия, Норвегия, Англия, Япония, Австралия, США) | 10,1 | 11,8 | 29,1 | 45,0 |
| Россия | | | 65 | 11 |

Что следует из таблицы? Первое – это непрерывный рост доли государства в распределении всего произведенного в стране.

Второе, что бросается в глаза, это особый, выходящий из эволюционного ряда путь развития российской экономики.

Общеизвестно, что теоретико-правовая наука переживает глубокий кризис. Фундаментальные научные разработки фактически прекратились, а правовая наука сводится к комментаторству позитивного права. Тотальный кризис общества повлек глубокий кризис правоведения.

Проблема перехода современной России, по мнению Горшенина В.В., от социализма марксистско – ленинского толка теоретически не разработана, по этому работы затрагивающие вопросы правового регулирования экономики в современной России отличает недооценка либо полное игнорирование исторически переходного характера российского общества, права и экономики[2].

Кризис правосознания, основанного на либерально-западных ценностях, охватил буквально все общество. Тупик позитивизма, в котором оказались правовая наука и правовое образование привели к необходимости разделения курса теории государства и

---

[1] *Дойников И.В.* Проблемы гражданского и предпринимательского права в Послании Президента РФ Федеральному Собранию России в 2009 году // Гражданское право. 2010. № 1. С. 10–11.

[2] *Горшенин В.В.* Теоретические аспекты правового регулирования экономики в переходных обществах (на примере постсоветской России): Дис. … канд. юрид. наук. М., 2009. С. 3.

права на три учебные дисциплины: введение в специальность (энциклопедия права), философия права и социология права.

Узкие рамки учебного процесса вынуждают либо придерживаться одной теории, что входит в противоречие с требованием программы, либо раскрывать отдельные темы и проблемы, используя различные методологии, что приводит к эклектике[1]. Сказанное переводит общую теорию государства и права в разряд исторических анахронизмов. В настоящее время проводится реформирование номенклатуры научных специальностей научных работников, где под шифром 12.00.00 указана отрасль – «Юридические науки». Вполне логично предложить исключить из первой группы специальностей (12.00.01): «теория государства и права», «история государства и права», «история правовых учений» – «теорию государства и права». Данное предложение восстанавливает положение, существовавшее в юридической науке до 1917 г.

## *Изменение роли государственного регулирования экономики*

Огромное значение для модернизации экономики имеет государственное регулирование экономики. Этой проблемой занимаются ученые экономисты и юристы. Большинство работ, посвященных этой проблеме, строятся на методологии либерального подхода, ограничивая экономическую роль государства. В юридической литературе, в большинстве работ, государственное регулирование сводится к административно – правовому регулированию, низводя государственное регулирование экономики до действия Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля».

Другой подход, характерен для науки предпринимательского права, где государственное регулирование экономики определяется как деятельность государства в лице его органов, направленную на реализацию государственной экономической политики с использованием специальных средств, форм и методов. Соответствующая деятельность направлена на упорядочение отношений в рыночной экономике[2]. Здесь налицо функциональный подход, по-

---

[1] *Сорокина Ю.В.* Государство и право: философские проблемы: Курс лекций. М., 2004. С. 32–33.

[2] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 72–73/

скольку речь идет о деятельности органов государства, направленной на реализацию государственной экономической политики.

В настоящее время законодатель активно использует категорию «государственное регулирование», например в Федеральном законе № 381-ФЗ « Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», так же основы государственного регулирования используется в Федеральном законе № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства».

Разработка Концепции развития гражданского законодательства представителями либерально-цивилистического направления юриспруденции (С.С. Алексеев, А.Л. Маковский, Е.А. Суханов, В.Ф. Яковлев и др.) исходит из частно-правовой концепции регулирования экономики и не позволяет осуществлять публично-правовое регулирование с позиций защиты национальных интересов России[1].

Решение создать Концепцию развития предпринимательского (хозяйственного) законодательства должно способствовать разработке теории правового регулирования хозяйственной деятельности, включающей в себя:

1. Правовое регулирование горизонтальных отношений: субъекты хозяйствования, имущество хозяйствующих субъектов, осуществление хозяйственной деятельности (сделки, представительство, ответственность), хозяйственная деятельность в отраслях и сферах народного хозяйства.

2. Правовое регулирование вертикальных отношений: правовые основы государственного регулирования функциональных видов экономики: планирование и прогнозирование, конкуренции, технического регулирования, ценообразование, инвестиционной деятельности, бухгалтерского учета и аудита .

Конституция Российской Федерации (в статье 71, пункт ж) содержит требование установление правовых основ единого рынка. Это понятие включает гражданское, финансовое, валютное, кредитное, таможенное, банковское и ценовое законодательство. Указанный перечень отраслей законодательства предполагает разработку правовых основ единого рынка в Концепции развития хозяйственного законодательства[2].

---

[1] Подр. см.: Предпринимательское право. 2010. № 2. Приложение к журналу № 2. С. 2–10.

[2] *Дойников И.В.* Теоретические проблемы разработки хозяйственного (предпринимательского) законодательства // Образование и право. 2010. № 8 (12).

*Предметом* государственного регулирования экономики должны стать общественные отношения, в которых проявляется фактор государственного планирования, управления и контроля.

В широком смысле государственное регулирование включает в себя виды экономической политики: таможенной, налоговой, валютной, финансово-кредитной и другие виды, с точки зрения предмета хозяйственного (предпринимательского) права выходящее за него.

В узком смысле государственное регулирование включает в себя: правовое регулирование конкуренции (данные отношения должны действовать в частно – правовом, капиталистическом секторе экономики и не распространяться на некоммерческий сектор экономики), ценообразования, качества продукции, работ, услуг (законодательство о техническом регулировании), инвестиционной деятельности, аудита и бухучета. Необходим пересмотр всего законодательства в перечисленной сфере, так как большинство законов представляют либо зону «мертвого права», либо являются основой «теневой экономики»[1].

Государственное регулирование экономики является институтом предпринимательского (хозяйственного) права и составляет важную часть теоретического содержания хозяйственно правовой школы В.В. Лаптева – В.К. Мамутова (теория правового регулирования хозяйственной деятельности). Модернизация российской экономики предполагает разработку законопроекта о государственном регулировании экономики.

В функционировании рыночной экономики капиталистического типа имеются разные ориентиры. Один из них – сторонники либерализма – полагают, что экономическая свобода, основанные на ней конкурентность, гибкость, динамизм всех хозяйственных институтов выступают непосредственной производительной силой, т.е. прямо определяет экономическую эффективность. Такой подход получил название – идеология радикального неолиберализма или либерал-монетаризма.

Сторонники другого подхода, который основан на идеях британского экономиста Дж. Кейнса. Кейнс пришел к выводу, что капиталистическая рыночная экономика не является саморегулирующейся, для ее оптимального функционирования необходимо

---

[1] *Воронин Г.П.* Не вводите в заблуждение Президента России! Техническое регулирование спустя семь лет // Представительная власть – XXI век. 2010. № 2–3. С. 25–27.

постоянное вмешательство государства. Эффективность подходов Кейнса подтверждена практикой послевоенного развития в ряде европейских стран (Германия, Франция и др.), где идеи кейнсианства, дирижизма разделяются многими экономистами поныне.

Основные направления антикризисной стратегии развития российской экономики, по мнению академика РАН С.Ю. Глазьева, предполагают перечень мер реализации антикризисной стратегии: 1) создание системы стратегического планирования; 2) приведение налогово-бюджетной политики в соответствии с задачами опережающего развития; 3) формирование национальной финансово-инвестиционной системы; 4) стабилизацию финансового рынка; 5) стабилизацию цен и поддержку конкуренции; 6) меры по защите и расширению внутреннего рынка и сохранению производственного потенциала; 7) меры по развитию инфраструктуры и др.[1]

Как пример, положительного регулирования рыночной экономики, среди стран СНГ, можно привести опыт Украины, принявшей в 2003 году Хозяйственный кодекс. Хозяйственный кодекс Украины включает раздел «Основные направления и формы участия государства в сфере хозяйствования», который включил в себя опыт правового регулирования экономики стран Евросоюза[2].

В 2009 году Торгово-промышленной палатой РФ была подготовлена Концепция правовой основы предпринимательской деятельности[3]. Концепция состояла из 6 глав и 35 разделов. В каждом разделе содержался анализ состояния, основные тенденции и проблемы развития законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность, а также конкретные предложения по его совершенствованию. В конце каждого раздела был приведен список нормативных правовых актов, находящихся на рассмотрении в Правительстве Российской Федерации, внесенных в Государственную Думу или подлежащих разработке.

Концепция наряду с совершенствованием правовой основы предпринимательской деятельности содержала вопросы государственного регулирования в сфере экономики (пункт 1.11) и вопросы национальной безопасности Российской Федерации в со-

---

[1] *Глазьев С.Ю.* Стратегия опережающего развития России в условиях глобального кризиса. М. 2010. С. 238–249.

[2] Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий/ Под общ. ред. А.Г. Бобковой. Харьков, 2008. С. 35–143.

[3] Сайт Торгово-промышленной палаты // http://www.tpprf.ru

циально-экономической сфере, Обеспечение безопасности предпринимательской деятельности (пункт 1.12). Указанная концепция не была воспринята органами исполнительной власти Российской Федерации и повторила судьбу других проектов.

Использование термина «государственное администрирование» в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года предполагает выявление сущности и содержания данного понятия. Прежде всего, стоит обратить внимание на его этимологию, поскольку это объективно связано с социальным явлением, обозначаемым понятием администрирование (лат. *administration* управление). Имея латинское происхождение, данный термин стал универсальной характеристикой такого вида деятельности, которая совершается с участием властных субъектов ради достижения определенных общественно значимых целей. По сути, администрирование отождествляется с государственным управлением, в рамках которого субъекты исполнительной власти повседневно и буднично руководят хозяйственно-экономическими, социально-культурными и административно-политическими процессами, осуществляя возложенные на них управленческие функции[1].

Деятельность указанных органов по руководству хозяйственным, социально-культурным и административно-политическим строительством ранее называлась государственным управлением. После того, как юридически было закреплено разделение государственной власти на три ветви – законодательную, исполнительную и судебную, – вместо термина «государственное управление» стали употреблять термин «исполнительная власть». Вместе с тем в законодательстве федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Федерации часто называются органами, осуществляющими государственное управление. Хотя понятия эти весьма близки, поскольку исполнительная власть реализуется в виде государственного управления, однако следует учитывать, что понятие «государственное управление» шире понятия «исполнительная власть», так как некоторые управленческие функции выполняются и другими органами государственной власти наряду с их главными функциями. Так, органы судебной власти наряду с осуществлением

---

[1] Материал для параграфа 5. Изменение роли государственного регулирования экономики настоящей статьи подготовлен Тютиником И.Г. научным сотрудником центра правовых исследований и консалтинга Финансового Университета при Правительстве Российской Федерации.

правосудия – своей главной функцией – одновременно осуществляют при рассмотрении конкретных дел контроль за законностью актов органов исполнительной власти и внутреннее управление, выражающееся в руководстве деятельностью аппаратов судов и других судебных работников.

Государственное управление как определенного рода социальная деятельность понимается в широком и узком значениях. В широком смысле – это организующая, упорядочивающая деятельность государства, государственное регулирование различных общественных отношений путем деятельности любых государственных органов всех ветвей власти. В узком (организационно-правовом) смысле – это административная, исполнительно-распорядительная деятельность государства, связанная с реализацией исполнительной государственной власти как одной из ветвей государственной власти, осуществляемая системой специальных государственных органов исполнительной власти или органов государственного управления[1].

Управление – это различные способы воздействия субъекта (нескольких субъектов) на объект (объекты), изменяющие положение, поведение, свойства или качества объекта. При этом под управлением чаще всего понимают воздействие, которое имеет целевое назначение и при котором объект поддается регулированию[2].

В связи с этим интерес приобретает соотношение понятий «государственное управление (администрирование)» и «государственное регулирование».

Можно согласиться с мнением Ю.М. Козлова о том, что государственное управление по своей юридической сути есть регулирующая деятельность[3]. Этот вывод является методологическим для проведенной научно-исследовательской работы проблемы[4] в Финансовом университете при Правительстве РФ.

---

[1] См.: Административное право: Учебник / Под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2004. С. 21–22; Административное право / Под ред. Г.В. Атаманчука. М.: Юристъ, 2003. С. 47–48; *Конин Н.М.* Административное право Российской Федерации / Н.М. Конин, В.В. Журик, М.П. Петров. М.: Норма, 2005. С. 107–108; *Чиркин В.Е.* Государственное управление. М.: Юристъ, 2002. С. 11–12; *Чиркин В.Е.* Публичное управление. М.: Юристъ, 2004. С. 21–24.

[2] См.: *Чиркин В.Е.* Государственное управление. М.: Юристъ, 2002. С. 7.

[3] Административное право: Учебник / Под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2009.

[4] Отчет о научно-исследовательской работе по теме: «Совершенствование правового обеспечения государственного администрирования в сфере инновации-

Приведенные позиции представителей науки государственного управления, административного и предпринимательского права позволяют сделать вывод о том, что государственное администрирование в сфере экономики представляет разновидность государственного управления и ему присущи все признаки последнего.

## *Совершенствование механизма закупок для государственных нужд*

В Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации в 2010 году закон о госзакупках объективно назван «коррупционным». Причина провала правовой политики в этой сфере, во-первых, в игнорировании публично-правовой природы поставки для государственных нужд, во-вторых, абсолютизация конкурсного подхода к размещению заказов, в-третьих, культивирование нежизнеспособного явления под названием «бюджетное предпринимательство» и игнорирование возможностей государственного сектора экономики.

В Концепции развития гражданского законодательства отмечается, лишь то, что многочисленные в том числе серьезные экономические правонарушения на стадии становления рыночной экономики, часто совершавшиеся под прикрытием норм гражданского права выявили недостаточную для новых условий завершенность в законе ряда классических гражданско-правовых институтов, таких как недействительность сделок, создание, реорганизация и ликвидация юридических лиц, законные проценты, уступка требований и перевод долга, залог и др.[1]

Нестабильность гражданского законодательства объясняется, прежде всего, как справедливо отмечает В.К. Андреев, тем что ГК РФ, благодаря усилиям его разработчиков, взял на себя непосильную ношу своего рода экономической конституции. Появление Налогового, Бюджетного, Земельного, Лесного, Жилищного кодексов, федеральных законов об акционерных обществах, рынке ценных бумаг, банкротстве (несостоятельности), защите конкуренции, приватизации государственного и муниципального

---

онной экономики». Руководитель НИР, главный научный сотрудник, д.ю.н., профессор И.В. Дойников // Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации. М., 2010. С. 188.

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009. С. 23–24.

имущества, развития малого и среднего предпринимательства и многих других федеральных законов показала, что ГК РФ не может выполнить эту роль, ввиду того что нормы о предпринимательской деятельности развивается не по правилам содержавшимся в ГК РФ, нормы последнего изменяются после принятия соответствующих законов, связанных например, с реструктуризацией электроэнергетики, железнодорожного транспорта[1].

К сожалению, в Концепции развития гражданского законодательства не нашло отражение наблюдающееся в последнее время в ряде капиталистических стран стремление установить строгие требования закона и включение таких критериев как публичный порядок, добрые нравы. Даже в таких странах с традиционно провозглашаемым требованием соблюдения законности, как Франция или Германия в последнее десятилетие все больше мере толкование договоров в решении споров включаются такие критерии как публичный порядок[2].

В Гражданском кодексе РСФСР 1922 года очень важную роль играла статья 30 ГК, которая признавала недействительными сделки, совершаемые с целью, противной закону или в обход закона, или направленные к явному ущербу для государства. Это положение ГК Д. И. Курский (народный комиссар юстиции РСФСР) называл одной из самых боевых статей кодекса[3].

В действующем Гражданском кодексе РФ статья 169 ГК содержащая нормы о совершении сделок с целью, противной основам правопорядка и нравственности закрепляет публичный характер интересов нарушаемых подобными сделками, и позволяет говорить о них как об антисоциальных сделках. Круг таких сделок формируется судебной практикой, взгляды которой в этих случаях зависят от политических и социально-экономических факторов, господствующих в обществе и государстве[4]. В реальности круг таких сделок в судебной практике чрезвычайно мал, несмотря на существование криминального и «теневого сектора

---

[1] *Андреев В.К.* Сущность и структура предпринимательского права // Предпринимательское право. Приложение к журналу. 2010. № 3. С. 10–11.
[2] *Давид Р., Жофре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 2010. С. 52–56.
[3] См. *Курский Д.И.* Избранные речи и статья. М., 1948. С. 73.
[4] См. Постановление Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. № 22. «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением ст. 169 ГК РФ» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 5.

экономики», о чем свидетельствуют опубликованные материалы Центра антикоррупционных исследований и инициатив «Транспеpенси интернешнл – Россия». Сотрудники Центра исследований определили уровень коррупции в 178 странах. Россия оказалась на 154-м месте – среди африканских государств. Ежегодный совокупный доход российских коррупционеров составляет около 300 миллиардов долларов. Среди наиболее коррумпированных отраслей, по данным общественного мониторинга, – использование земельных ресурсов, доступ к коммунальным благам, строительство и фармацевтика, особенно государственное обеспечение лекарствами. Появилась целая каста «неприкосновенных» – со своей иерархией, связями, правилами.

Основным способом коррупционной добычи стало «распиливание» триллионов бюджетных средств. Большущий кусок пирога получают за простой росчерк пера в контракте. Известен случай, когда коррупцией стал едва заметный кивок головой – за ужином в московском ресторане «Пушкинъ». В результате конкретная компания получила крупный подряд, а дочь чиновника «выиграла» грант на обучение в Оксфорде.

Появился даже новый термин, чисто российский – норма отката. С него начинается разговор об участии в проекте. Причем растет эта норма как на дрожжах. В «нулевые годы» в строительстве она составляла 15–20 процентов. В середине десятилетия, по сведениям Ассоциации застройщиков, увеличилась вдвое. А сегодня доходит до 50–70 процентов стоимости проекта. Строят на оставшиеся деньги. Канул в Лету и популярный когда-то прейскурант: кому давать и сколько. Серьезные вопросы решаются по безналу – через участие в проекте. К его реализации подключают, например, лишнюю компанию – по оказанию тех же консалтинговых услуг, которые нельзя «пощупать». Оформляют фирму на безработную жену крупного чиновника, и льются туда денежки ручьем, если не рекой, и ходят все в шелках – не подкопаешься[1].

Теорией экономической безопасности разработаны критерии и пороги экономической безопасности, имеющие прямое отношение к категории основы правопорядка, закрепленных 169 статьей ГК РФ, так в Управлении экономической безопасности аппарата Совета Безопасности Российской Федерации был подго-

---

[1] *Борисов С.* От конвертов к откатам // Российская газета: Федеральный выпуск. 2010. № 5355(276). 7 дек.

товлен «Примерный перечень показателей для разработки критериев и параметров (пороговых значений) экономической безопасности Российской Федерации, включающий в себя[1]:

1. Показатели, характеризующие общий экономический потенциал (объем валового внутреннего продукта (ВВП): в целом; на душу населения; на единицу территории т.д.)[2].

2. Показатели, характеризующие экономическое обеспечение обороноспособности (затраты на оборону в процентах к ВВП и по отношению к основным геополитическим соперникам; размер мощностей оборонной промышленности по отношению к уровню минимальной достаточности согласно оборонной доктрине и т.д.).

3. Показатели, характеризующие способность экономики к самостоятельному развитию (расходы на НИОКР, на млн. населения, по отношению к ВВП, к развитым странам, среднемировому уровню и т.д.).

4. Показатели уровня жизни населения (уровень потребления основных видов продовольствия, непродовольственных товаров, обеспеченности жильем и услугами отраслей непроизводственной сферы (в сравнении со странами ОЭСР и среднемировым уровнем); доля населения с уровнем потребления ниже минимально допустимого и т.д.).

5. Показатели безопасности финансовой системы (уровень инфляции; дефицит бюджета в процентах к ВВП и т.д.).

6. Показатели, характеризующие внешнеэкономическую независимость страны (доля импорта во внутреннем потреблении важнейших групп товаров и доли экспорта в отечественном производстве (продовольствие, непродовольственные ГНП, транспортные средства, сырье и материалы, машины и оборудование) в сравнении с максимально допустимым уровнем и т.д.).

7. Показатели, характеризующие дифференциацию субъектов Федерации по уровню экономического развития по отношению к границам политической устойчивости (средний и максимальный уровень дифференциации субъектов Федерации по уровню экономического развития (ВВП на душу населения) и т.д.

---

[1] Примерный перечень показателей для разработки критериев и параметров (пороговых значений) экономической безопасности Российской Федерации // Экономики и жизнь. Московский выпуск. 1996. № 37. сент.

[2] Подр. см. Экономическая безопасность России: Общий курс: Учебник / Под ред. В.К. Сенчагова. 2-е изд. М., 2005. С. 72–77.

8. Показатели, характеризующие управленческие аспекты экономической безопасности (управляемость экономических процессов: соответствие годовых прогнозов социально-экономического развития реальным результатам; уровень выполнения доходной части бюджета; соблюдение критериев экономической безопасности и т.д.)

В статье 26 (3-2) Федерального закона № 95-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» введен перечень показателей для оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти субъекта РФ, который утверждается Президентом Российской Федерации[1].

Практическое значение для обеспечения основ правопорядка (публичного экономического правопорядка), предусмотренного статьей 169 ГК РФ, в сфере государственных закупок имеют теоретические положения, разработанные проектом Концепции развития предпринимательского (хозяйственного) законодательства[2]: теория предпринимательского (хозяйственного) публичного права, теория государственного предпринимательства (Дойников И.В.), разработка теории коммерческих организаций (включая правовой статус госкорпораций, госкомпаний, ГУПов, АО с государственным участием, теория юридического лица публичного права (В.Е. Чиркин), теория предпринимательского договора (теория публично-правовой сделки).

**Вместо заключения.** В момент окончания написания данной статьи, в Российской газете был опубликован материал Председателя Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькина «О борьбе с организованной преступностью»[3]. По словам В.Д. Зорькина, криминализация общества достигла в России таких масштабов, что угрожает конституционному строю страны, ставит под вопрос её будущее и грандиозные планы модернизации.

---

[1] Указ Президента Российской Федерации от 28 июля 2007 г. № 825 «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъекта РФ».

[2] См. Концепция совершенствования законодательства в сфере рыночной экономики. Материалы научно-практической конференции «Концепция совершенствования законодательства в сфере рыночной экономики», 7 июня 2010 г. в Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина // Предпринимательское право. 2010. № 3. Приложение к журналу.

[3] *Зорькин В.Д.* Конституция против криминала // Российская газета. Столичный выпуск. 2010. № 280. 10 дек.

«Вопрос об эффективности ведущейся борьбы с криминализацией – это вопрос о том, сохранится ли Россия в ближайшие десять лет..., – пишет В.Д. Зорькин.

«Все грандиозные планы в сфере развития, они же планы по модернизации России, рухнут, коль скоро государство не сможет защитить своих граждан от криминального произвола», – подчёркивает В.Д. Зорькин.

Глава Конституционного суда напоминает, что сращивание власти и криминала по модели, которую сейчас называют «кущёвской» характерно не только для Краснодарского края. То же самое происходило в Новосибирске, Энгельсе, Гусь-Хрустальном, Березовске и т.д. По его словам, речь идёт, по сути, о «замещении криминалом важнейших функций, подлежащих ведению государства и гражданского общества», и «последствия такого замещения не просто тревожны, а ужасны». Если прецеденты такого рода станут нормой, «государство превратится из криминализованного в криминальное». Это будет означать, что общество разделится на две части, где «хищники» будут составлять меньшинство, а «ходячие бифштексы» – большинство, которое, «отчаявшись, станет мечтать вовсе не о демократии, а о железной диктатуре, способной предложить хоть какую-то альтернативу криминальным джунглям».

«Государство, не способное защитить своих граждан от массового насилия со стороны бандитов и коррупционеров, обрекает себя на деградацию, – подчёркивает В.Д. Зорькин. – Именно на деградацию, а не на стагнацию, как утверждают многие».

По его мнению, следует внимательно проанализировать мировой опыт, в частности, опыт США, где, по крайней мере дважды в XX веке – в начале 30 и в 60 годы – сталкивались с аналогичной проблемой. «Затягивание начала такой борьбы с оргпреступностью катастрофически подрывает главный базис существования России – основы её конституционного строя, – подчёркивает В.Д. Зорькин. – Наш долг сегодня состоит в том, чтобы признать остроту и масштабность угрозы, нависшей над российском обществом».

«Декриминализация социальной, экономической и политической жизни – сейчас главная наша задача в защите прав и свобод граждан, в утверждении конституционного правопорядка», – заключает Председатель Конституционного Суда РФ.

Поддерживая и разделяя направленность статьи В.Д. Зорькина, в необходимости борьбы с криминалом и проявлениями «теневой

экономики», необходимо обратить внимание на несвоевременность либеризации уголовного законодательства в сфере экономики.

**Библиографический список:**

1. *Глазьев С.* Родина в опасности. М., 2009.
2. *Ивашов Л.* НАТО… Кому оно надо? // Литературная газета. 2010. № 47.
3. *Соловей В.* Историкам шьют дело // Литературная газета. 2010. № 37.
4. *Шляпентох В.* Современная Россия как феодальное общество. М., 2008.
5. *Горшенин В.В.* Теоретические аспекты правового регулирования экономики в переходных обществах (на примере постсоветской России): Дис. … канд. юрид. наук. М., 2009.
6. *Сорокина Ю.В.* Государство и право: философские проблемы: Курс лекций. М., 2004.
7. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
8. *Воронин Г.П.* Не вводите в заблуждение Президента России! Техническое регулирование спустя семь лет // Представительная власть – XXI век. 2010. № 2–3.
9. Административное право: Учебник / Под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2004.
10. Административное право / Под ред. Г.В. Атаманчука. М.: Юристъ, 2003.
11. *Конин Н.М.* Административное право Российской Федерации / Н.М. Конин, В.В. Журик, М.П. Петров. М.: Норма, 2005.
12. *Чиркин В.Е.* Государственное управление. М.: Юристъ, 2002.
13. *Андреев В.К.* Сущность и структура предпринимательского права // Предпринимательское право. Приложение к журналу. 2010. № 3.
14. *Давид Р., Жофре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 2010.

# Достоинство человека как высшая духовно-нравственная правоохраняемая ценность

**достоинство человека; ценность; конституционные права; свободы; богообразность; призвание; свободное самоопределение**

***Б. А. Осипян***

***кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ***

> Человекообразное существо, которое не сознаёт и не признаёт абсолютной ценности Образа своего Создателя – Господа Бога, не способен также поистине сознавать смысл своего богоданного и богообразного достоинства и, следовательно, в отличие от просвещённого, образованного и ответственного человека не способен сознательно и добровольно совершать достойные этого Образа правомерные поступки, которые придали бы его земному существованию положительный смысл, выходящий за пределы пространства и времени всякой разумной плотской жизни.

Единая мера истины, красоты, блага, совершенства, милосердия и справедливости должна стать эталоном всякой производной от него ценности, достоинства и свободного развития жизни каждого благоразумного человека. Эта мера должна быть заложена в сердце и разуме каждого человека как путеводитель в нелегком пути его жизни; она должна стать всеобщим критерием человеческой чести и достоинства, а также иных высоких и прекрасных человеческих качеств и способностей.

Душа человека несравненно ценнее и дороже всего того, что он имеет и может приобрести на земле[1]. Поэтому заповеди: «не делай себе идолов, не достойных названия, или кумира»[2] являются призывом для всех людей не унижать своего высокого человече-

---

[1] Библия. Новый завет. Матф., 16:26.
[2] Библия. Ветхий завет. Исход., 20:4-6.

ского достоинства и не купиться ни на какие временные мирские ценности и соблазны, которые не стоят уплаченной за спасение человеческих душ бесценной крови Спасителя нашего Иисуса Христа. «Человек, который в чести и неразумен, – говорится в Священном Писании, – подобен животным, которые погибают»[1]. «Человека, который не понимает своего достоинства, – писал св. Августин, – можно сравнить со скотиной бессмысленной и уподобить ей»[2]. Такой человек не имеет веры в своего Искупителя, не способен осознавать своего богодостоинства и не готов умножить и вернуть своему Создателю полученный им кредит жизни, здоровья, свободы, талантов и т.д. вместе с надлежащими процентами личной благодарности. Такому человеку трудно доверять, т.е. ответить ему определенной мерой той веры в Господа Бога, которой он не имеет в себе, равно как и нельзя доверчиво вступать в сделку с духовным банкротом и нравственным расточителем.

Однако во всех случаях любой человек, как нерукотворное создание Божие по своему врожденному абсолютному достоинству более ценен и достоин, нежели другая вещь на этом свете. Человеческое достоинство возрастает вместе с Образом[3] и Идеей Бога, а идея Бога – вместе с каждым призванным быть достойным этого Образа Божия человеком. Естественный человек или языч-

---

[1] Библия. Ветхий завет. Пс., 48:21.

[2] *Августин*. О граде Божием. Минск; М., 2000. С. 198.

[3] Следует заметить, что русское слово «образование» происходит от коренного слова «Образ» и означает не что иное, как личностно и общественно значимое благо, под которым понимается нравственно мотивированный и социально организованный целенаправленный процесс духовного становления и интеллектуального развития каждого человека, его воспитания и обучения для пользы и в интересах как самого получающего образование человека, так и его семьи, общества и государства в целом. Слова «а также совокупность приобретаемых знаний, умений, навыков, ценностных установок, опыта деятельности и компетенций, определенных объема и сложности» следует исключить из текста данного положения, так как «совокупность приобретаемых знаний… и прочее», хотя и являются необходимым средством для получения образования, сами по себе не составляют понятия «образование». Например, мы не можем назвать начинённые разнообразными знаниями компьютеры или обладающие многоразличными способностями роботы «образованными компьютерами или роботами», хотя образованные люди обычно обладают определёнными знаниями, способностями и навыками. Такое определение понятия «образования» было предложено мною для введения в статью 2 проект федерального закона «Об образовании в Российской Федерации», который был недавно рассмотрен отделом конституционного права ИЗиСП при Правительстве РФ.

ник измеряет себя и других людей самим собой и требует всякие удобные для своего бессмысленного существования мыслимые и немыслимые права и свободы, стараясь не накладывать на себя каких-либо обременяющих себя обязанностей в отношении к своему Создателю, своему духу, своим ближним и дальним. Он всегда от всей души завистливо старается быть независимым и господствовать над другими, нисколько не задумываясь о своей рабской зависимости от собственных страстей и пороков. В действительности он не знает и не хочет знать и пользоваться истинной свободой, но, будучи порабощён своими плотскими страстями, пытается поскорее сделать своим рабом своего ближнего. «Но кто победит свои пороки, – писал св. Августин, – того не сможет победить и человек. Ибо побеждается только тот, у кого противником отнимается то, что он любит. Следовательно, кто любит только то, что не может быть отнято, тот, несомненно, непобедим и уже не терзается никакой завистью»[1].

Эти мысли св. Августина перекликаются с библейскими заповедями: «Если кто захочет судиться с тобою и взять у тебя рубашку, отдай ему и верхнюю одежду» и «от взявшего твое, не требуй назад»[2]. Дело в том, что, как заметил св. Августин, «несчастна всякая душа, привязанная к смертным вещам», и «блажен, кто желает и имеет доброе; если же хочет худого, то несчастен, хотя бы и имел... Горе мирскому счастью, двойное горе: от страха перед бедой, от ущербной радости. Горе мирской беде, двойное горе: от тоски по счастью, от жестокости беды. Так искушается жизнь человеческая, искушается повсюду и всегда. ...Совершенный человек не нуждается ни в чем; но если есть то, что является необходимым для тела, он пользуется им, если нет, недостаток в том не сокрушает его. Ибо всякий мудрый силен, а всякий сильный не боится ничего. Поэтому мудрый не боится ни телесной смерти, ни болезней, для лечения и избежания которых необходимо то, в чем может у него оказаться недостаток. Но он, впрочем, не перестает пользоваться этим надлежащим образом, если оно у него есть. Глупо допускать то, чего можешь избежать»[3].

Почти у всех великих мыслителей разных времен и народов образ достойного и благородного человека в своей сущности един. По

---

[1] *Августин*. Об истинной религии. Теологический трактат. Минск, 1999. С. 497.
[2] Библия. Новый завет. Матф, 4:40; Лука, 6:30.
[3] *Августин*. Об истинной религии. Теологический трактат. Минск, 1999. С. 13, 120, 701, 132.

Конфуцию, достойные и благородные люди имеют благоговение перед Небом, великими и мудрыми, тогда как недостойные и низкие люди не имеют страха перед Небом, не знают Его воли и велений, презирают мудрых людей и оставляют без внимания их слова. Первые стремятся к основе, и перед ними открывается правильный путь; вторые – ползают по поверхности вещей. Первые постоянно испытывают чувство долга и законопослушны; вторых влечет только выгода и обустройство личной жизни. Первые живут в согласии с людьми, но не следуют за ними; вторые – следуют за людьми, но не живут с ними в согласии. Первые движутся вверх; вторые – вниз. Первым можно доверять большие дела и о них нельзя судить по мелочам; вторым – нельзя доверять большие дела, но о них можно судить по мелочам. Достойные и недостойные живут по разным принципам и потому не могут найти общего языка»[1].

Достоинство любого человека исходит из единого духовного и родового начала, которое влечет потенциально равных, но реально различных людей к единению в своем Создателе-Боге. Достоинство человека есть отражение Святого Духа в каждом человеке, самая истинная, дорогая и неотъемлемая собственность каждого человека, ибо все его богоданное имущество, дом, деньги, должность, слава и физические качества могут в одночасье быть отняты щедрым Богом или жадными людьми, кроме его достоинства, от которого он только сам может необратимо и безвозвратно отказаться. Именно через осознание своего абсолютного и бесценного достоинства человек может осознать свое Божественное призвание и предназначение, меру своей истинной самостоятельности и свободы духа, идею своего ответственного самоопределения, целостности своей одухотворенной плоти, преодолеть в себе всякую раздвоенность и превратиться из сущностного «ничто» в «нечто» существенное, из потенциальной или «дурной» бесконечности в реально-актуальную смысловую бесконечность. Недаром русское слово «Человек» означает «чело», или лик, человека к «вечности» – к качественно иному, всевременному или надвременному измерению. И именно это иное, нездешнее и не сиюминутное качество превращает каждого человека из выживающего или доживающего существа-индивида в настоящую «Личность» с некоторыми предопределёнными правами и свободами, которые необходимы для реализации достойной человека жизни.

---

[1] *Конфуций*. Беседы и высказывания (Лунь Юй). Древнекитайская философия. В 2-х т. Т. 1. М., 1972. С. 140–168.

В этом контексте в статью 2 Конституции РФ так же, как и в соответствующие общепризнанные международно-правовые документы, с которых вслепую списано множество других национальных Конституций, необходимо внести соответствующие поправки, которые закрепят конституционные и иные права и свободы человека не в качестве высшей ценности, а лишь в качестве необходимых юридических средств для реализации абсолютного достоинства человека[1]. В этой связи следует напомнить, что в процессе защиты прав и свобод личности российские органы правоохранения и правосудия обязаны учитывать то, что основные права и свободы человека не являются самоцелью и тем более высшей правоохраняемой ценностью, как это буквально провозглашено в статье 2 Конституции РФ, а лишь производными и необходимыми средствами для проявления и защиты абсолютного достоинства каждого человека, для повседневной реализации его личного призвания и жизненного предназначения[2].

Человеческое достоинство, как духовно-нравственно правоохраняемая ценность, по своему изначальному происхождению и характеру абсолютно и неумолимо и потому не может измеряться какими-либо иными относительными и временными параметрами: его врожденными или приобретенными качествами, талантами, репутацией или общественным мнением, а только образом Создателя, Его сущностью и благодатью. Оно имеет безусловное значение и представляет собой неприкосновенный святой храм Божий, ибо этот храм – каждый человек[3], который изначально создан по образу и подобию Бога, воспитан и образован на Его Слове и неизменных духовно-нравственных заповедях. Достоинство каждого человека раскрывается также посредством идеи, заключённой в дне Страшного суда, которая предполагает, что человеческая жизнь имеет определенную цель и назначение и потому человек ответствен за их реализацию в течение временной своей земной жизни. Только посредством осознания и усвоения этих духовных ценностей человек может достигнуть полноты своего богочеловеческого достоинства и свободы, ответственно и успешно реализовать свое призвание, назначение и нравственный долг, придать

---

[1] Подробно см.: *Осипян Б.А.* Права и свободы человека как средство реализации его достоинства и призвания // Церковь и время. 2007. № 4.

[2] *Осипян Б.А.* Добровольное следование человека своему духовному призванию как важнейшая правоохраняемая ценность // Современное право. 2011. № 4. Дух правометрии, или основание межерологии права. М., Юрлитинформ, 2009.

[3] Библия. Новый завет. 1 Кор., 3:17.

своей жизни некий положительный смысл. Этот процесс гениальный немецкий композитор Л. Бетховен выразил так: «Нет ничего прекрасного, как приближаться к Божественному и распространять лучи его на всё человечество»[1]. В этом прекрасном и выражено неистребимое желание и стремление всякой творческой души к вечному благу и истинному бессмертию, к постоянному самообновлению и самообогащению, к соразмерности нашего ежедневного поведения с изначальной божественностью нашей природы. Отмечая, что жажда бессмертия свойственна только тем мужчинам, душа которых беременна плодом любви и творчества, О. Вейнингер небезосновательно полагал, что «Бах, Бетховен, Гете и другие гении имели потребность веры в бессмертие души человеческой, души творческой»[2].

Великий немецкий мыслитель Иммануил Кант[3], благоговея перед двумя бесконечностями – звездным небом над головой и моральным законом в душе человека, говорил, что вера в Бога и бессмертие человеческой души делают нравственный закон и поведение высшим благом: «Если признать, что чистый моральный закон как явление, безусловно, обязателен для каждого, то честный человек может, конечно, сказать: я хочу, чтобы был Бог, чтобы мое существование в этом мире имело свое продолжение и вне природной связи в мире чистого рассудка, чтобы, наконец, мое существование было бесконечным»[4]. Разумеется, сам по себе человек и его существование без Сущего, т.е. Бога, хотя бы даже и временно-бесконечное, не имеет абсолютного смысла и высшей духовно-смысловой ценности. Поистине высшей ценностью может быть только человек с надлежащим богодостоинством и стремящийся к вечной жизни, а не к вечному телесному или даже бесплотному бессмысленному существованию на земле. Дело в том, что дух и разум жизни и логика существования, хотя и тесно взаимосвязаны[5], тем не менее, между ними имеется существенная разница. Существование человека может иметь место и без осознанного смысла, любви, веры и надежды, тогда как настоящая жизнь, несмотря на ее продолжительность, может быть только любовной,

---

[1] *Роллан П.* Жизнь Бетховена. М., 1964. С. 87.
[2] *Вейнингер О.* Пол и характер. М., 1997. С. 121, 123.
[3] Указанное имя на иврите означает «с нами Бог».
[4] *Кант И.* Сочинения. В 6-и т. М., 1963–1966. Т. 4(1). С. 499, 479.
[5] Дело в том, что без телесного существования не может быть реальной жизни на земле.

верной и надежной, способной вместить в себе сущностную полноту вечности и бесконечности. В этом смысле качество и продолжительность истинной человеческой жизни, в отличие от плотского существования, определяются мерой восприятия и внимания сущности Божия – Подателя истинной жизни.

У богоодаренного человека, наряду с прагматической ежедневной рутиной жизни, имеется также глубокая духовная жизнь со своим свободным и поступательным ходом к своему высокому призванию и реализации определенного, выходящего за пределы земного существования, смысла, которому подчинена вся его личная жизнь с ее благосостоянием и утилитарными возможностями. Высшее благосостояние такого человека состоит не только и не столько в мере его приспособленности к повседневному существованию, беззаботности и комфорту, сколько в мере правильного и целесообразного использования человеком всех богоданных ему средств и возможностей для успешного продвижения по спасительному пути, который ведет к жизни благой, красивой, истинной и вечной. Логика сердца приводит человека к свободной жизни, а логика прагматического рассудка обеспечивает только выживание и поддержание своего существования из поколения в поколение в порочном круге временно-пространственной «дурной бесконечности». Логика жизни состоит в проистекающей из свободного духа акции (созидательного действия) человека, а не в той или иной его реакции (безбожного и бесплодного своеволия) против акции другого или реакции на внешние условия жизни. Сущность жизни состоит в Сущем и в истинной ответственной перед Ним свободе, а не в своевольном рабстве пред своими или чужими похотями, в долговечном наслаждении, а не в бессмысленном страдании, в давании полученного от Него, а не в притязании на получение чего-то от кого-то. В этом свете уже давно набившее всем оскомину выражение «акция протеста» содержит противоречие в самом себе (contradictio in adjecto), ибо акция выражает имманентную волю и согласие субъекта сделать что-то созидательное, а протест – его несогласие и противление чему-то, т.е. своевольную реакцию на внешний раздражитель.

Качество жизни того или иного человека или народа может быть правильно оценено не только и не столько по их возрастной биографии или хронологической истории, сколько по наличному состоянию и содержанию их духа, по мере ежедневной реализации

их способности любить, верить и надеяться на лучшее и прекрасное будущее, из которых и складывается их истинная биография или история, постоянно обновляющаяся и оживляющая все внутри и вокруг себя. Жизнь любящих, верящих, мыслящих и надеющихся людей представляет собой самосознающееся истинное счастье, которое таинственно связано со Вселенной, сотворенной и открытой Богом для людей. Они, переполненные божественной сущностью, достаточно сильны, творчески деятельны и не имеют повода для страдания и ропота, ибо всегда имеют, что отдавать, при этом ни в чем не нуждаясь. Более того, даже страдания таких людей являются очистительной для них жертвой для получения бесценного дара святости и спасения в вечной жизни. О таких людях, к которым он сам принадлежал, св. апостол Павел убедительно писал: «Нас почитают обманщиками, но мы верны; Мы неизвестны, но нас узнают; нас почитают умершими, но вот, мы живы; нас наказывают, но мы не умираем; нас огорчают, а мы всегда радуемся; мы нищи, но многих обогащаем; мы ничего не имеем, но всем обладаем»[1].

Представляется, что достойный человек вмещает в себя в равной мере духовную жизнь всех слоев населения: крестьян, рабочих, учителей, руководителей, духовных лидеров, пророков и избранников Бога. В нем гармонически сочетаются все виды и масштабы совершенств единого социального организма, он желает и способен понимать всех и может управлять всеми, но никто, кроме Господа Бога, не может понять его или сделать его своим рабом. Как известно, различные виды даров и талантов исходят из одного и того же Духа Божия[2], и потому каждый должен служить и исполнять свои обязанности согласно своему призванию и полученным для этой общей цели дарам, чтобы тем самым подтвердить свою готовность, пригодность и верность к избранию и спасению, как живая часть целого – безмерного Бога. В этом состоит и смысл русского слова «Счастье».

На пути к истинному счастью и свободе, к которым мы все призваны, самым главным является то, чтобы не соблазниться и не путать между собой разнопорядковые (основные и производные) ценности, не поменять бесценный бриллиант на блестящее, но дешевое стекло, не следовать за бесплотной и разъедающей дьявольской прелести, лишенной любви и веры в добро, терпения и дос-

---

[1] Библия. Новый завет. 2 Кор., 6:8-10.
[2] Библия. Новый завет. 1 Кор., 12:4.

тоинства, «ибо таковые лжеапостолы, лукавые делатели принимают вид апостолов Христовых, сам Сатана принимает вид Ангела света»[1]. Человеку достойному свойственна постоянная устремленность к некой трансцендентной деятельности и потребность в творческой активности, без которой невозможно сближение положения дел на земле с небесной гармонией по надлежащим (объективным) законам истины, красоты и добра. Достойный человек не продает подобно Исаву своего врождённого права первородства[2] за чечевичную похлебку, не допускает поглощение духовных ценностей плотскими и материальными, но сам одухотворяет и оценивает мирские ценности (богатство, власть, славу, и т.д.), указывая их истинное место, смысловое назначение и благое применение на этой обезображенной первородным грехом и все же изначально прекрасной земле.

Люди, живущие сознания, достоинства, любовного созидания, короче – без Бога, вольно или невольно лишают себя сладких и оздоровительных плодов духовной жизни; их жизнь не имеет в себе истинной и постоянной силы, целостности и положительного смысла. Вместо того чтобы иногда зарабатывать деньги как средство и целеустремлённо жить, они предпочитают постоянно зарабатывать деньги и иногда тщетно пытаются жить от случая к случаю согласно стихиям мира сего. Вся жизнь таких человекообразных существ сумбурна, бессвязна, отрывочна и потому не может представлять собой изначально большой духовной ценности, которой они, созданные по образу и подобию Бога, должны и могут быть удостоены. Только целостные и достойные Образа и Подобия своего Создателя люди могут показать истинный пример благой, красивой и осмысленной жизни на земле, имеющей адекватное продолжение в качественно иных измерениях «чело»-«вечной» жизни.

На самом деле основанием любого юридического, или конституционного права и свободы человека является духовная презумпция богообразности и богодостоинства каждого здорового, сознательного и разумного человека (Homo Sapiens), необходимость его свободного и ответственного самоопределения согласно его личному призванию, духовно-нравственному назначению и смыслу жизни. В смысле абсолютного достоинства человека свобода есть средство для следования человеком своему духовному призванию и жизненному предназначению. Св. апостол Павел говорит: «К

---

[1] Библия. Новый завет. 2 Кор.,11:14; 2 Кор., 11: 13-14.
[2] Библия. Ветхий завет. Быт., 25:27.

свободе вы призваны, братия; только смотрите, чтобы она не стала служить угождению плоти; но любовью служите друг другу, ибо весь закон в одном слове заключается: «люби ближнего твоего, как самого себя». Если же друг друга угрызаете и съедаете, берегитесь, чтобы вы не были истреблены друг другом. Я говорю: поступайте по духу, и вы не будете исполнять вожделений плоти».[1]

Свобода, как имманентное свойство Самого Создателя нашего, является следствием истинной любви, веры, духа и ответственности перед Богом и себе подобными – обществом. Это неотъемлемое свойство изначально даровано Богом своим сознательным и разумным чадам, сотворенным по Его образу и подобию. Без этого свойства – свободной воли – люди не имели бы того абсолютно высокого достоинства, ответственности и исключительной ценности, которую они имеют среди прочих живых творений Бога. «Господь есть Дух; а там, где Дух Господень, там свобода»[2], – сказано в Новом Завете Священного Писания. В этом отношении мера внутренней свободы человека определяется мерой его способности сознавать и любить своего Создателя и своего ближнего, т.е. мерой его истинного призвания и социального назначения[3].

Дело в том, что Творец создал человека (Homo) из глинозема (humus) по Своему образу и подобию и, будучи Сам абсолютно свободным, милостиво предопределил ему быть свободным существом, а также и венцом Своего творения, дал ему свободную волю и возможность совершения грехов и ошибок, равно как и сознание и чувство-способность отвечать за свои поступки перед Собой, своей подсудной только Себе совестью и своими ближними – семьёй, обществом и государством[4]. Первый человек, Адам, был сотворен в идеальных условиях рая и был изначально призван к свободе, однако, будучи призванным и избранным, он не смог остаться верным своему прирожденному призванию и ответственно пройти предложенное ему испытание в эдемском саду. Из-за слабовольной и безответственной уступки соблазненной гордости

---

[1] Библия. Новый завет. Гал., 5: 13.
[2] Библия. Новый завет. 2 Кор., 3: 17; 4: 7.
[3] О едином смысловом контексте различных русских слов (сознание, созидание, достоинство, право, закон, суд, правосудие, государство и т.д.) подробнее смотрите в моей статье «Русский язык как ключ к познанию духа русского права» // Современное право. 2007. № 9. С. 23–29.
[4] См.: *Осипян Б.А.* Семья, церковь и государство как сотрудники Господа Бога // Право и жизнь. 2006. № 12.

своей невоздержанно любопытной жены Евы он удалился от своего оригинального, истинного образа и жизненного призвания жить праведной и благодатной жизнью в райских кущах.

Полная свобода выбора Адама под влиянием обмана со стороны змея-искусителя привела его к совершению «первородного греха», отпадению от благодати Божия и праведной человеческой жизни. Тем не менее, существенным и содержательным моментом библейской истории грехопадения человека стала свобода выбора между истинной свободой, ведущей к праведной и блаженной жизни, – и грехом, ведущим к болезни и смерти. В Евангелии от Иоанна сказано: «... И познаете истину, и истина сделает вас свободными»[1]. Поскольку Бог есть реальность бесконечной истины, благой и прекрасный Образ для духовно-нравственного становления и пожизненного развития каждого человека по богоданной его мере, то вектор истинной свободы направлен на постижение и достижение этого Высшего Образа и Его Сущности, т.е. на постоянном приближении к самому себе в богообразии.

Очевидно, что истинная свобода не есть процесс бегства и освобождения от своей богочеловеческой сущности и достоинства, от выполнения своего пожизненного призвания и духовно-нравственного долга, а, напротив, есть процесс приобщения к своему совершенному Образу в Боге. С этой точки зрения свобода представляет собой способность сознавать бесконечную истинность непреходящих заповедей Бога и самостоятельно контролировать свое духовное состояние и поведение в соответствии с ними. Достоинство и свобода всегда имеют целью что-то положительное, высокое, совершенное и ценное, а не то, чего следует избежать или от чего следует суетно укрываться или отвлекаться посредством разнообразных суетных дел и ежедневных развлечений. Поэтому никакая свобода сама по себе, без любви, истины и веры в Бога и доверия к ближнему своему, не может иметь положительного содержания, нравственного мотива и цели и, наконец, жизненного смысла. Возможно поэтому, высоко оценивая человеческую свободу, Цицерон предпочитал более то, «чтобы хорошее дело встретило противодействие, чем было допущено дурное»[2], ибо всякая правомерная свобода поддерживается непреходящей и неизменной идеей права, несмотря на то, что она всегда имеет свою меру ответственности.

---

[1] Библия. Новый завет. Иоанн, 9: 32.
[2] *Цицерон*. Диалоги. О государстве. О законах. М., 1966. С. 147.

Если свобода воли Бога, как Творца, абсолютна, то свобода воли человека, как творения, относительна и потому ограничена объективными (Божественными) законами предопределения и благодати (харизмы) Божией. При нарушении пределов своей свободы человек для его же собственного блага наказывается свыше и ставится на свое место. Человек, имея автономию воли по отношению к своим ближним, в действительности не автономен от своего Создателя, как живая ветвь, исходящая от живого дерева, иначе он неизбежно может засохнуть и потерять жизнь. «Мое предопределение – это основа моей свободы; в формировании моего предопределения участвует моя свобода, – писал П. Тиллих. – Судьбу имеет только тот, кто имеет свободу. Вещи не имеют никакой судьбы, ибо у них нет свободы»[1]. В этом смысле человек без свободы не может иметь истинного человеческого достоинства и является, по сути, подневольной тварью.

Реальная свобода человека может открыться только в познании истины своего бытия и достойном следовании ей всей своей душой, разумением, волей и образом повседневной жизни. Только в стремлении быть похожим на своего Отца-Создателя и в следовании живому примеру Его единородного Сына и действию Духа Святого человек способен стать свободным от мирской суеты и стать действительным со-трудником Бога, стать «творящим творением», ответственным субъектом своей судьбы и высокого жизненного предназначения. Только в этом случае он перестанет быть объектом своих произвольных похотей, своевольных и разрушительных страстей.

Поистине свободен тот человек, который смог освободиться от искушений своей греховной плоти, кто, как сказано в Св. Евангелии, «распял плоть со страстями и похотями» своими и уже готов с любовью, жертвенно самоотдаться служению Богу и своим ближним[2]. Истинная свобода духовна, она начинается с внутренней свободы человека и обращает свои требования не к другим людям, а прежде всего к самому себе. Это свобода противна свободе плотских страстей, измышлений и дел. Истинная, т.е. ответственная свобода есть реальная возможность делать только то, что достойно богоданному человеческому образу, и воздержаться от замышления или совершения искажающих этот святой образ и унижающих человеческое достоинство поступков.

---

[1] *Тиллих П.* Систематическое богословие. СПб, 1998. С. 199.
[2] Библия. Новый завет. Гал., 5:24. Рим., 13:8-10; Гал., 5:14.

Истинно свободный человек, например, всегда доволен тем, что он имеет, и не боится потери своего социального или имущественного положения. Будучи вполне довольным всем своим благосостоянием, он по благодати Божией имеет несравненно меньше материальных потребностей, нежели его богатые, но ненасытные собратья, и в то же время обладает несравненно большими способностями и трудолюбием, нежели его материально нуждающиеся, но бездарные или ленивые собратья. Это позволяет ему самостоятельно распоряжаться своим временем и бережно использовать отведенное ему время для служения Богу на пути своего призвания и назначения, перевести из потенциального в реальное свою личность, все свои жизненные силы и энергию, исполнить свой жизненный долг и смысл.

Истинно свободный человек идет в направлении и в такт (ритм) с вечностью, а не в ногу с «лукавыми днями», изменчивыми и обманчивыми обстоятельствами и кратковременьем своей земной жизни, которое неопределенно и неуловимо, как ветер, ибо он одарен мужеством быть и оставаться самим собой, стать тем, кем он по своему высокому сознанию и призванию должен стать, а не приспосабливаться к «злобе дня» или к повседневным суетным дрязгам своей бренной жизни. Он не стремится брать от мирской жизни все, что может, и при этом потерять самое ценное на свете – себя и душу свою, поскольку он знает, что он свободен и изъят из рыночного товарооборота так называемого «гражданского общества» – скопища своекорыстных самоублажателей, с его «рыночной экономикой»: такого человека невозможно купить или продать, ибо он уже раз и навсегда куплен бесценной кровью Христа-Спасителя.

В отличие от истинно религиозного, духовно связанного со своим Создателем, человека, который постоянно чувствует свою ответственность следовать достойному ему призванию, безбожный и бессовестный человек по-плебейски стремится во всем казаться таким же «счастливым», как и все его несчастные и собраться в унынии и отчаянии. В этом смысле прав был Зенон, который сказал, что достоинство и свобода – это состояние, которого достигают не все, а только мудрые, а всем остальным она неведома.[1] По словам Х. Ортеги-и-Гассета, «человек элиты проводит жизнь в служении, чувствуя внутреннюю потребность; он ищет себе ново-

[1] Афоризмы о юриспруденции. М., 1999. С. 84.

го задания, более трудного …Отличительная черта благородного человека не права, не привилегии, а обязанности, требования к самому себе»[1]. Великий русский мыслитель и писатель Ф.М.Достоевский также считал, что свободно и достойно живет только тот, кто находит радость в исполнении своего долга, и кто с любовью относится к тому, к чему себя принуждает. «Подавлять в себе долг, – писал он, – и не признавать обязанности, требуя в то же время прав себе, есть только свинство»[2].

Об истории человеческого достоинства и свободы И.Кант писал так: «История природы начинается с добра, ибо она произведение Божие; история свободы – со зла, ибо она дело рук человеческих»[3]. Тем не менее без свободы воли и выбора, а также реальной возможности совершить ошибку человек не может стать и оставаться богообразным и достойным творением Бога, Который Сам абсолютно свободен и хочет видеть вокруг Себя Себе подобных Своих творений также свободными. Более того, право на ошибку или сознательное совершение греха вовсе не исключает последующей ответственности[4] человека за свои действия, его обязанности всегда руководствоваться истинным, полезным для своего блага и для других на пути реализации своего призвания и смысла жизни.

«Кто вникает в закон совершенный, закон свободы, – говорится в Писании, – пребудет в нем, будучи не слушателем забывчивым, но исполнителем дела, блажен будет в своем действии»[5]. В этой связи К.Ясперс отмечает, «большинство людей на земле еще не знает, что такое свобода. Глупо обращаться с ними так, словно они уже свободны... Спиноза считал, что некоторые народы, например, турки, неспособны к политической свободе»[6]. Поэтому свобода воли истинна лишь в той мере, в какой она позволяет каждому человеку реально приблизиться к своей изначально предопределенной сущности, богочеловеческому образу и достоинству, а не отдаляться своенравно от нее в служении различным идолам мирской суеты и зла. «...Освобождает от всего Тот, служить Которому в высшей степени полезно для всех, и в служении Которому,

---

[1] *Ортега-и-Гассет Х.* Восстание масс. М., 1994. С. 121.
[2] Афоризмы о юриспруденции. М., 1999. С. 96.
[3] *Кант И.* Трактаты и письма. М., 1980. С. 50.
[4] См.: *Осипян Б.А.* Основание и система правовой ответственности // Современное право. 2007. № 5. С. 77–85.
[5] Библия. Новый завет. Иаков, 1: 25.
[6] *Ясперс К.* Куда движется ФРГ. М., 1969. С. 72–73.

совершенно угодном, заключается единственная свобода», – писал св. Августин[1]. Кто независим от Бога, зависит либо от своих бушующих страстей и похотей, либо от своеволия других своих покровителей; он не может иметь высокого достоинства человека и все его помыслы и поступки в основном будут недостойными.

Более крайнюю позицию в этом вопросе имел М.Лютер, который утверждал, что человек имеет свободу воли только в отношении того, что ниже него, его сознания и воли. «То, что совершается без Божьей благодати, писал он, – не есть благо. Отсюда следует, что свободная воля без Божьей благодати ничуть не свободна, а неизменно оказывается пленницей и рабыней зла, потому что сама по себе она не может обратиться к добру»[2]. Иными словами, М.Лютер видел волю человека в рабстве и служении либо у Бога, либо у дьявола, полагая, что в данной альтернативе третьего не дано (tertium non datur). Пелагий же усматривал в воле человека абсолютную свободу. Выбирая позицию «золотой середины», Эразм Роттердамский признавал меру и того и другого в гармоническом сочетании Божьей благодати и свободы человеческой воли, которая все же имеет место и действие в пределах благодати, ибо «Бог производит в вас и хотение и действие»[3].

По мнению Лейбница, «... самая совершенная свобода скорее состоит в том, чтобы ничто не мешало действовать наилучшим образом»[4], ибо выбор наилучшего делает человека свободным в полной мере, потому «нет худшего рабства, чем рабство людей, лишенных разума»[5]. «Человек, – писал О. Вейнингер, – становится ся свободным только тогда, когда он сам превращается для себя в верховный закон»[6], т.е. в субъект собственной жизни и соучастника всех своих чувств, идей, слов и поступков.

Мера, или масштаб свободы каждого человека или народа зависит от их призвания и исторического назначения, полноты их любви и веры и иных потенциальных возможностей. «Для чего моей свободе быть судимой чужой совестью?»[7] – риторически

---

[1] *Августин*. Об истинной религии. Минск, 1999. С. 296.
[2] *Лютер М.* по кн.: Э. Роттердамского. Философские произведения. М., 1987. С. 333, 336.
[3] Библия. Новый завет. Филипп., 2: 12-13.
[4] *Лейбниц. Г.* Сочинения. В четырёх томах. М., 1982–1989. Т. 1. С. 467.
[5] Там же. Т. 2. С. 42.
[6] *Вейнингер О.* Пол и характер. М., 1997. С. 183.
[7] Библия. Новый завет. Иоанн., 10: 29.

вопрошается в Новом Завете Священного Писания. Посему истинная свобода человека заключается в его способности всегда стараться делать правильный выбор, расположить свое сердце к истинному и вечному благу. Как говорит св. апостол Павел, «все мне позволительно, но не все полезно; все мне позволительно, но ничто не должно возобладать мною»[1]. Истинно свободный человек отличается от безбожного и бессовестного невежды или злоумышленника тем, что не употребляет свои возможности во зло себе и другим или для прикрытия зла, но использует его для личного служения Богу и своим ближним по благодати животворящего духа[2].

Некоторые религиозные мыслители рассматривали свободу достойного человека как его призвание даже в мирской жизни, а их успехи в их профессиональной деятельности считали конкретной формой свободной и ответственной самореализации, ответ на призыв Бога для верного служения Ему и другим людям, как основной ориентир его повседневный и целой жизни, как явный признак предызбранности его к спасению своей души в вечной жизни. Слову «профессия» они придавали изначально духовный смысл, который состоит в ежедневном деятельном и плодотворном продвижении человеческой личности к Богу в надежде на свое трудолюбивое и деятельное освобождение и спасение своей души в вечной жизни.

На основании изложенного считаем нужным предложить ряд существенных поправок в главу вторую Конституции РФ[3], а также же в соответствующие положения по правам и свободам человека, которые содержатся во всех международно-правовых документах[4],

---

[1] Библия. Новый завет. 1 Кор.,6:12.

[2] Библия. Новый завет. 2 Петра, 2:16; Гал., 5: 15; 2 Кор., 2: 6.

[3] Например, в части 1 статьи 21 Конституции РФ необходимо контекстуально уточнить духовное понятие абсолютного достоинства человека в его соотношении с правами и свободами человека. Именно такой подход укажет на неправомерность части 2 статьи 21 Конституции РФ, которая по недоразумению разрешает проводить медицинские, научные и иные опыты на человеке при его «добровольного согласия». Никакой человек как образ и подобие Бога-Создателя не может быть вправе решать вопросы о начале или конце своей жизни или о риске своим здоровьем по каким-то корыстным, невежественным и иным неправомерным соображениям. Такие вопросы уже предрешены надлежащим образом, и эти правомерные решения имеют непреходящий характер.

тах[1], в которых смысл основных прав и свобод человека, к сожалению, дан в безбожно усечённом виде, неполно и искажённо, без учёта абсолютного достоинства человека как высшей правоохраняемой ценности, которая предопределяет характер и объём всех общеизвестных прав и свобод человека.

**Библиографический список:**

1. *Августин*. О граде Божием. Минск; М., 2000.
2. *Августин*. Об истинной религии. Теологический трактат. Минск, 1999.
3. *Конфуций*. Беседы и высказывания (Лунь Юй). Древнекитайская философия. В 2-х т. М., 1972.
4. *Роллан П.* Жизнь Бетховена. М., 1964.
5. *Вейнингер О.* Пол и характер. М., 1997.
6. *Кант И.* Сочинения. В 6-и т. М., 1963–1966.
7. *Цицерон*. Диалоги. О государстве. О законах. М., 1966.
8. *Тиллих П.* Систематическое богословие. СПб, 1998.
9. Афоризмы о юриспруденции. М., 1999.
10. *Ортега-и-Гассет Х.* Восстание масс. М., 1994.
11. *Ясперс К.* Куда движется ФРГ. М., 1969.

[1] Имеется в виду Всеобщая декларация прав человека 1948 года, Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека 1950 года, Пакты о правах человека 1966 года и множество производных от них признанных так называемым «мировым сообществом» международно-правовых документов и положений договоров относительно прав и свобод человека как высшей правоохраняемой конституционной ценности, а не как необходимых средств для защиты абсолютного достоинства каждой человеческой личности.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 1/2011

# Проблемы обеспечения высшей конституционной ценности и пути их решения

**обеспечение; гарантирование; интегрирование; гражданское обществ; базовые принципы-гарантии**

*С. А. Либанова*

***кандидат юридических наук, доцент, докторант УрГЮА, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Курганского государственного университета***

«Правовое государство – это не только конституционная цель, поставленная в ст. 1 Конституции РФ, но и средство, практически уникальное, единственно эффективное для решения других конституционных задач – задач формирования демократического общества, общества эффективной рыночной экономики, общества с федеративным устройством государства, общества, в котором главной ценностью конституционно провозглашен человек, его свободы, права, а государство стало субъектом, обязанным реализовать и обеспечить эти высшие ценности»[1].

**Человек – это, прежде всего** индивид со своей жизнью, достоинством, естественными и духовными потребностями. **Из таких людей с их сложным миром, бытием и складывается общество.** Исследование и предложение механизма обеспечения конституционных прав человека подразумевает обеспечение прав и свобод всего гражданского общества, а в итоге конституционализации России. Сорок восемь статей Конституции РФ, закрепленных во второй главе, определяющих основы правового статуса личности в России, посвящены определению прав и свобод человека и гражданина[2], принципу их нерушимости, функциональным задачам государственных органов и должностных лиц. Именно в ст.2 Конституции РФ перед государством поставлена

---

[1] *Яковлев В.Ф.* Выступление на III сессии Европейско-Азиатского правового конгресса // РЮЖ. 2009. № 4. С. 13

[2] Прим. автора: Используемый далее термин «конституционные права» подразумевает конституционные права и свободы не только человека (гражданина, личности, индивида), но и права и свободы самого гражданского общества.

сверхзадача, решаемая в порядке исполнения ст. ст.15,17,18 по обеспечению вышей конституционной ценности – защите прав человека на основе законов и Конституции РФ, в соответствии с нормами и принципами международного права. Эти основополагающие, ключевые конституционные ценности, требуют неукоснительного обеспечения институциональной системой общества в целом во всех сферах жизнедеятельности человека.

В период финансово-экономического кризиса, военно-политических конфликтов, экологических и техногенных катастроф, значительной поляризации населения по уровню доходов, правового нигилизма, недоверия к судебной власти, игнорирования выборов органов представительной власти, криминализации гражданского законодательства и многих других процессов, несущих новые угрозы и риски для развития человека, общества и государства, требуется доктринальная концепция конституционно – правового механизма обеспечения прав и свобод человека. Далее сокращенно будем именовать предлагаемый механизм – конституционным механизмом обеспечения или КМО, подразумевая сразу три глобальных объекта обеспечения: конституционализма в России, прав гражданского общества, конституционных прав и свобод каждого человека. Предлагаемый КМО является моделью опережающего развития, призванной обеспечить эффективное реформирование на рубеже веков, предполагающее изменения право- и политико-институционального «контура», обеспечивающей высокий уровень легитимации среды, позволяющей эффективно реализовать не только существующие меры правового регулирования и обеспечения законности институциональными системами общества, но и выработать новые. Сконституированый, рассматриваемый как конституционная модель, конституционный идеал существования гармоничных взаимоотношений государства, человека и общества, состоящий из пяти основных элементов КМО (1. объекты защиты – конституционные права и свободы человека и общества; 2. субъекты защиты: государственные органы, государственно-общественные органы, общественные правозащитные объединения и организации, в том числе институт адвокатуры; человек; 3. основания защиты – международные нормы по правам человека и закрепленные в источниках отрасли конституционного права; 4. базовые принципы-гарантии Конституции РФ, 5.пути и методы обеспечения), представляет систему правовых способов, методов и средств воздействия на общественные отношения, основанную на базовых

принципах-гарантиях Конституции РФ, обеспечивающих соблюдение конституционных прав всеми субъектами государства и общества, объединенными единой кросс-культурной[1] целью в понимании истины – признания высшей ценностью человека, его прав на основе верховенства права в правоприменительной деятельности. Обеспечение гарантирования конституционных прав человека должно стать неизбежным в правовом и социальном аспектах, следуя лингвистическому толкованию[2]. Предлагаемая автором концепция КМО может быть рассмотрена как концепция механизма неизбежности исполнения обязанностей всеми субъектами гарантирования конституционных прав.

Охрана прав и свобод — это состояние их правомерной реализации под контролем и надзором государственных и общественных институтов, но без их вмешательства, защита — состояние препятствия в их реализации, но не нарушения. Охрану и защиту осуществляют правозащитные институты общества и государства, относимые к правоохранным. При нарушении прав требуется их восстановление, предполагающее действие правовостановительных органов, обладающих властными полномочиями, реализующими их под непрерывным общественным надзором институтов гражданского общества (общественного контроля не может быть, т.к. нет властных полномочий) за обеспечением конституционных прав человека[3].

Исследование системы конституционных принципов и гарантий защиты прав человека сегодня требует не углубления в анализ конституционного закрепления, а выявления конституционных возможностей неизбежности обеспечения их реальной защи-

---

[1] *Мацумото Д.* Психология и культура. СПб: Питер, 2002. С. 10.

[2] Прим. автора: В толковом словаре Ожегова дается следующее определение исследуемых понятий: гарантировать – (от фр. Garanti) – взять на себя обязанность за что – либо; гарантия – обеспечение, ручательство; обеспечивать – гарантировать, сделать что-нибудь неизбежным (*Ожегов С.И.* Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1981). На первый взгляд, существенные признаки «гарантии» – это ручательство и обеспечение, а «обеспечение» имеет существенными признаками «гарантию» и «ручательство». «Ручательство» равно «гарантии» и «обеспечению», то есть данные понятия являются синонимами, однако использование глаголов гарантировать и обеспечивать сопряжено с различными действиями: гарантировать – возлагать обязанность; обеспечивать – делать неизбежным. Использование конструкции «обеспечить гарантию» возможно в значении «сделать неизбежным возложение обязанности».

[3] См.: *Либанова С.Э.* Адвокатура Российской Федерации в механизме конституционного гарантирования защиты прав и свобод: Монография. Курган: Курганский пограничный институт ФСБ РФ, 2009.

ты. Сутью КМО является обеспечение реализации высших системных базовых принципов-гарантий Конституции РФ[1]: правовластия – легиспотенции[2] (ч.2 ст.4 ч.1 ст.15), гарантированности и защищенности государством человека как высшей ценности (ст.2) и народовластия[3](ч.2 ст.3, 32), осуществляемого непосредственно народом, через органы власти и местного самоуправления в интересах народа. Приверженность конституционным ценностям играет стабилизирующую роль, поэтому их обеспечение должно стать неизбежным.

Повышенную значимость и актуальность исследование КМО имеет как потенциальная возможность исключения самих нарушений конституционных прав со стороны органов системы публичной власти в силу экономической нецелесообразности и эффективной общественной демокурии[4]. От парадигмы: «нарушенные конституционные права и свободы должны незамедлительно восстанавливаться» следует перейти к парадигме «нарушить конституционные права и свободы невозможно». Обеспечение реализации предлагаемой парадигмы при помощи эффективной деятельности КМО возможно путем тесного взаимодействия и взаимоконтроля его субъектов.

Теоретическая модель КМО как механизма обеспечения гарантирования конституционных прав в свете ст. 2,15,17,18 Конституции РФ заключена в следующих положениях:

1.Это – реализация и признание всеми в качестве базового принципа-гарантии Конституции РФ высшей ценностью для государства и общества человека;

---

[1] Принцип-гарантия (ст. 2) не только гарантированный конституционный принцип, не только принцип конституции, а принцип, неизбежно обеспечивающий действие конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека и гражданского общества на базе ст. 15 Конституции в соответствии с механизмами международно-правовой защиты прав человека и в России.

[2] Прим.автора от лат.legis-закон, право; potentia -власть. Латинско-русский словарь / Авт.-сост. К.А. Тананушко. Мн.: Харвест, 2005. С. 483, 647.

[3] *Либанова С.Э.* Глава 7 параграф 2 «Власть права, реализуемая путем общественного профессионального надзора над властью чиновников в механизме обеспечения конституционных прав» в Международной коллективной монографии «2000–2010 годы: эволюция и генезис структуры социально-политических отношений в России и за рубежом»: В 3-х т. Том 1 /Под общ. ред. Д.П.Пискарева и И.Е.Пискаревой. М., 2010. С. 272.

[4] От лат.kurij – надзор и democ-народ, народонадзор.

2.Это – четкое законодательное закрепление механизма обеспечения неизбежности гарантирования конституционных прав человека и гражданского общества на основе нравственного категорического императива общества;

3.Это – обеспечение неизбежности нравственного категорического императива общества субъектами институциональных систем государства и гражданского общества, первоначально из-за применения принудительных мер при нарушении прав человека на основе второго базового принципа-гарантии Конституции РФ – верховенства права (легиспотенции), в последующем по привычке, в силу нравственного правового воспитания;

4.Это – законодательное гарантирование гармоничного взаимодействия институциональных систем государства и общества через материальное поощрение и улучшенное федеральное и региональное финансирование;

5. Это – активное использование и внедрение передового международного опыта в сфере конституционных отношений между государством и обществом, государством и человеком.

Для доказательства необходимости предлагаемого автором КМО, сопоставим предложенную теоретическую модель с целями и задачами Конституции РФ, отметив слабую степень гарантированности и защиты конституционных прав в России, обусловленную неэффективностью реализации конституционных принципов в системе конституционных гарантий, обосновав правомерность введение новой концептуальной категории «базовые принципы-гарантии Конституции РФ», призванной сделать конституционное гарантирование неизбежным через эффективное обеспечение реализации в деятельности субъектов КМО.

С момента принятия Конституции РФ прошло семнадцать лет. За этот период было принято множество законов, призванных обеспечить эффективную реализацию социально – экономических конституционных прав, но необходимое правовое поле для их обеспечения еще не создано. Одна из глобальных проблем кроется в несоответствии действующего законодательства Конституции РФ, его пробельности, вторая, в способах правоприменения законов, не соответствующих Конституции РФ.

Требуется создать и внедрить систему неизбежности обеспечения гарантирования конституционных прав. Подробно остановимся на двух концептуальных моментах, обеспечивающих эффективность предлагаемого КМО:

*1.предложение новой категории «базовые принципы-гарантии Конституции РФ»;*

*2. обоснование отсутствия как такового общественного контроля, предложение эффективных путей реализации общественного надзора (демокурии).*

1.Исследование КМО базируется на расширении конституционно-правового смысла существующего терминологического фонда путем введения в него новой категории *«базовые (базальные) принципы-гарантии Конституции РФ»,* отличающейся от ранее предложенных в науке категорий «принципы Конституции РФ», «принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей», «гарантии-принципы». Под базовыми принципами-гарантиями Конституции РФ, закрепленными в ст.ст.2, 3 ч.2 ст.4, ч.2, ч.1 ст.15, нами предлагается понимать гарантированные конституционные принципы, прямо закрепленные в Конституции РФ, одновременно в качестве принципов и гарантий. Полагает, что именно эти принципы и одновременно гарантии их реализации обладают базальной властью[1], являются базовыми, призванными неизбежно обеспечить действие КМО, соответствующими механизмам международно-правовой защиты прав человека. Неэффективность правоприменения конституционных принципов и гарантий, принципов и гарантий самой Конституции РФ[2], позволяет автору аргументировать необходимость введения принципиально новой понятийной категории «базовых принципов-гарантий Конституции РФ» *как организационно-правовых основ интегрирования институциональных систем государства и гражданского общества в сфере обеспечения неизбежности гарантирования конституционных прав.*

Принятие и использование новой концептуальной категории, и введение ее в существующий терминологический фонд позволит пересмотреть как процессы законотворчества, так и правоприменния без сложной и длительной ревизии всего действующего законодательства на соответствие его Конституции РФ, а главное обеспечить реализацию конституционных ценностей в деятельности всех правоприменителей.

---

[1] См.: базальная власть от греч. Basis-основа. Большой энциклопедический словарь. М.: Большая Российская энциклопедя, 1998. С. 91.

[2] Прим автора: нами различаются принципы и гарантии непосредственно закрепленные в Конституции РФ от иных.

Вопрос о гарантиях в праве давний и небесспорный. Ряд исследователей предлагают воспринимать гарантии в качестве *разновидности правовых средств, обеспечивающих реализацию прав и исполнение обязанностей*. В этом случае гарантии трактуются либо как предоставление судебной защиты прав[1], либо как эффективная правоприменительная деятельность компетентных органов, а также как совершенное законодательство. Некоторые ученые связывают правовые гарантии с обеспечением законности или гарантиями реализации норм[2]. Часть авторов утверждают, что законность – только часть правовых гарантий реализации прав и исполнения обязанностей[3]. В их числе Н.И. Матузов, А.В. Мицкевич, полагающие, что юридической гарантией является деятельность государственных органов и организаций, связанная с охраной прав от незаконных посягательств[4]. Другие авторы связывают гарантированность с закономерностями политического строя, состоянием экономической и правовой систем[5].

*Полагаем возможным дать комплексное определение гарантий, как правовых средств и способов обеспечения реализации прав и исполнения обязанностей, используемых в деятельности институциональных систем общества в целом, соответствующих конституционным принципам, обусловленных закономерностями политического строя, состоянием экономической и правовой систем.*

Исходя из разделения функций права на регулятивные и охранительные[6] среди юридических гарантий прав принято различать *гарантии реализации и гарантии охраны.* К первой группе относятся: пределы прав, их конкретизация в текущем законодательстве; юридические факты, с которыми связывается их обладание и непосредственное пользование; процессуальные формы реализа-

---

[1] См.: *Farran C.O.* Atlantic democracy. Edinburgh, 1957. P. 183–185.

[2] См.: *Керимов Л.А.* Обеспечение законности в СССР. М., 1956; *Самощенко И.С.* Охрана режима законности советским государством. М., 1960; Правовые гарантии законности в СССР / Под ред. М.С. Строговича. М., 1962.

[3] См.: *Максименко С.Т.* Осуществление гражданских прав и обязанностей: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1970. С. 160.

[4] См.: *Матузов Н.И.* Субъективные права граждан в СССР. Саратов, 1966. С. 130; *Мицкевич А.В.* Субъекты советского права. М., 1962. С. 86.

[5] См.: *Максименко С.Т.* Указ. соч. С. 133; *Мицкевич А.В.* О гарантиях прав и свобод советских граждан // Советское государство и право. 1963. № 8. С. 25.

[6] *Алексеев С.С.* Общая теория права: учеб.-2-у изд..перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 132.

ции; меры поощрения и льготы для стимулирования правомерной и инициативной их реализации. Вторую группу юридических гарантий составляют конституционный контроль и надзор; меры защиты и меры ответственности виновных за нарушение прав и свобод личности; процессуальные формы осуществления контроля и надзора; средства предупреждения и профилактики нарушений прав личности и другие правовые средства. Именно гарантии реализации и охраны в первую очередь базируются на принципах Конституции, что представляется важным для обоснования легитимности пополнения терминологического фонда.

Для выделения среди множества гарантий, именно базовых принципов-гарантий Конституции РФ, предложим следующую классификацию гарантий: 1.Гарантии законности: 1.1.Объективные условия: экономические; политические; идеологические; социальные; правовые; 1.2.Субъективные факторы: состояние правовой науки; эффективность деятельности политического руководства и др.; специальные средства, обеспечивающие режим законности; 1.3.Юридические: организационные, предназначенные для обеспечения законности; 2. Гарантии прав человека (система условий, средств и способов, обеспечивающих всем и каждому равные правовые возможности для выявления, приобретения и реализации своих прав и свобод[1]): международно-правовые (планетарные); внутригосударственные; регионально-международные (сообществ); автономные[2].

Правовые гарантии прав непосредственно связаны с правоприменительной деятельностью государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц, общественных объединений, самих граждан, основанной на конституционных принципах, в первую очередь законности. Законность является одновременно и принципом и гарантией Конституции РФ и базируется на власти права. Обязанностью государства является признание, соблюдение и защита конституционных прав. Правоприменительная деятельность, по мнению С.С.Алексеева, представляет собой систему разнородных действий основного и вспомогательного характера, обеспечивающих претворение предписания

---

[1] *Уваров А.А.* Конституционные основы прав человека в Российской Федерации // Вестник ОГУ. 2005. № 3. С. 12.

[2] *Перевалов В.Д.* Теория государства и права: Учебник. М.: Высшее образование, 2008. С. 357, 364.

правовых норм в жизнь[1]. Соблюдение конституционных принципов является обязательным для всех субъектов правоприменительной деятельности, призванных обеспечить реализацию конституционных гарантий.

Слово «принцип» заимствовано русским языком в XVIIв. из французского и немецкого языков и восходит к латинскому (« principium» –начало, основа).[2] В философской литературе принцип определяется, во-первых, как непосредственное обобщение опыта и фактов, результатом которых является основная мысль, идея, служащая для построения теории, и, во-вторых, как закон науки, поскольку в нем выражаются существенные и необходимые отношения действительности[3]. Принцип рассматривается как *основное начало, на котором построена научная теория, как определенная методологическая или нормативная установка, правило и постулат*[4]. Принципы имеют объективный характер, они обусловлены природой и обществом. И.Кант истолковывал принцип субъективно: он различал принципы институциональные (только для эмпирического употребления) и регулятивные (только для практического использования). В качестве высшего принципа всего миропорядка он рассматривал всеобщую этическую норму, призванную направлять волю и поведение каждого индивида как разумного существа (знаменитый нравственный категорический императив)[5]. Полагаем, что к базовым принципам-гарантиям Конституции РФ можно отнести: гарантированность защищенности государством человека как высшей ценности (ст.2,18), народовластие (ст.3, 32), осуществляемое непосредственно народом, через органы власти и местного самоуправления в интересах народа, т.е. каждого человека и развития гражданского общества, при верховенстве Конституции РФ на всей территории России (ч.2ст.4,ст.15). Три, выделенные нами, институционально-регулятивные базовые принципы-гарантии Конституции РФ, представляют нравственный категорический императив всего общества. Понятие принципов рассматривается учеными как специфичный универсальный методологический ключ к решению той

---

[1] *Алексеев С.С.* Общая теория права: Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 525.
[2] Этимологический словарь русского языка / Под ред. Шанского Н.М., Бобровой Т.А., 1994. С. 254.
[3] *Сичивица О.М.* Методы и формы научного познания. М., 1972. С. 77.
[4] *Голованов В.Н.* Законы в системе научного познания. М., 1970. С. 81–82.
[5] *Кант И.* Метафизические элементы учения о добродетели. СПб,1809. С. 133.

или иной научной задачи[1]. Нравственная оценка права, его соответствие моральным критериям, обоснованно на наш взгляд, признается основополагающим принципом права как явления[2].

Тесная взаимосвязь принципов и гарантий Конституции РФ прослеживается в ст. 18, отражающей *принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей,* имеющий генетическую связь с международно-правовым принципом уважения прав человека и его основных свобод, закрепленным во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 г. *Принцип гарантированного осуществления прав и свобод является системой условий, средств и способов, обеспечивающей их реализацию*. Главная его ценность и одновременно ущербность, на наш взгляд, заключается в том, что он предполагает наличие системы разнородных гарантий в отличие от предлагаемой нами концепции принципа-гарантии Конституции РФ.

Требуют глубокой проработки методологические, гносеологические и системные подходы к принципам права, в первую очередь к основополагающим принципам Конституции РФ, способным обеспечить неизбежность реализации конституционно гарантированных прав через конституционно-правовые механизмы конституционализации России.

Основания легитимности введения в существующий терминологический фонд новой категории «базовые (базальные) принципы-гарантии Конституции РФ следующие:

1.Конституционные функции, т.е. действия субъектов КМО по обеспечению неизбежности реализации гарантированных конституционных ценностей, к которым относятся сама Конституция РФ, ее принципы, положения, презумпции, могут эффективно осуществляться на основе единовременного сочетания принципов и гарантий Конституции РФ, обеспечивая эффективность реализации конституционных целей правоприменения.

2.Деление конституционных гарантий на общие и специальные (общей гарантией служит закрепление прав человека Конституцией РФ).

---

[1] См.: *Бунге М.* Причинность: место принципов в современной науке. М.,1962.
[2] *Цибулевская О.И.* Принципы права: нравственное измерение. Принципы Российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты / Под ред. Н.И. Матузова, А.В.Малько. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2010. С. 176–199.

3.Деление гарантий на гарантии Конституции РФ, имеющие особенности и конституционные, являющиеся базовыми для других видов правовых гарантий.

4.Признание за некоторыми конституционными принципами роли общих конституционных гарантий (принцип всеобщности и неотчуждаемости прав человека (ч. 2 ст. 17), единство прав, свобод и обязанностей, равенство всех перед законом, гарантированность и защищенность государством указанных в Конституции РФ прав и свобод.

5 Юридическими гарантиями прав являются лишь те правовые нормы, которые содержат определенные средства и способы, при помощи которых достигается беспрепятственное пользование правами, защита прав, их восстановление при нарушении.

6. Наличии трех уровней обеспечения гарантий: конституционный, законодательный, практический, реализуемый в локальном регулировании и праве на судебную защиту, дополняемых международными (надгосударственными) средствами защиты в случае недостаточности мер национальной защиты[1]. Учеными рассматривает обеспечение гарантий на основе принципов, а нами предлагается рассматривать их как единое целое.

*Необходимость введения новой категории обусловлена следующими причинами:*

1.Существующая система обеспечения неизбежности реализации конституционных прав не эффективна и является тормозом процесса конституционализации России.

2. Дискуссионностью вопроса о гарантиях, определяемых нами как базовые принципы-гарантии Конституции РФ, призванные обеспечить неизбежность реализации Конституции в сфере гарантирования конституционных прав при правоприменении.

3. Обеспечение гарантирования конституционных прав человека и общества определяется через гарантии и гарантирование, реализуемое посредством обеспечительной деятельности различных субъектов, в первую очередь, наделенных властью, выполняющих регулятивные и охранительные функции[2].

---

[1] См.: *Бережной В. А.* Конституционные принципы и права в сфере труда и их защита в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

[2] См.: Д.В. Карпов полагает, что гарантирование – разновидность обеспечения, т.е. такой особенной формы всеобщего взаимодействия элементов действительности, при которой одни элементы (или продукты их деятельности) выступают условием существования или функционирования других элементов.

4.Требуется выработать способы обеспечения неизбежности гарантирования конституционных прав человека и общества. Необходимый порядок обеспечительной деятельности практически отсутствует, поэтому робкая попытка разработать концепцию построения такого механизма, решая глобальную проблему, принципиально важна.

5.Выделение трех базовых принципов-гарантий обеспечения прав человека, уже закрепленных в Конституции РФ, призвано обеспечить эффективную деятельность КМО как системы.

6.Обеспечительно – гарантирующие нормы только предписывают осуществление субъективных прав и обязанностей в процессе правового регулирования, но не делают реализацию неизбежной для всех правоисполнителей и правоприменителей[1].

7. *Анализ существующих в науке мнений, классификаций гарантий и определения гарантирования позволяет сделать вывод о том, что обеспечение прав человека рассматривается в двух смыслах: широком и узком. В широком понимании обеспечение прав человека рассматривается как создание государством гарантий их осуществления, включающее их охрану (статический аспект обеспечения), защиту и восстановление (динамический аспект обеспечения). Под обеспечением прав человека в узком смысле рассматривают деятельность органов государственной власти и местного самоуправления, граждан и их объединений, способствующую реализации принадлежащих человеку прав. Требуется внедрить* конституционные средства обеспечения в фактическую деятельность обязанных субъектов. Анализ Конституции РФ позволяют ввести новую категорию «базовые принципы-гарантии Конституции РФ», синтезировав категории «принципы и гарантии Конституции РФ».

---

По его мнению, гарантии призваны осуществлять специальное (повышенное) обеспечение, выступая дополнительными мерами, средствами и способами, целенаправленно создающими, в комплексе, требуемые условия (среду) существования и функционирования обеспечиваемого объекта. *Карпов Д.В.* Проблемы конституционно-правового гарантирования правозащитной функции судебной власти в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000. С. 12.

[1] Исходим из позиции В.Д. Перевалова, отмечающего, что обеспечительные нормы содержат предписание, гарантирующее – осуществление субъективных прав и обязанностей в процессе правового регулирования. *Перевалов В.Д.* Теория государства и права: Учебник. М.: Высшее образование, 2008. С. 357, 364.

8.Дополнительным, восьмым основанием как необходимости, так и легитимности предлагаемой новой концепции, является классификация конституционных гарантий, данная А.А. Уваровым, выделившим гарантии-принципы[1]. В отличие от гарантии-принципа, предложенного ученым полагаем, что принципы-гарантии обращены не только к законодателю, но и правоприменителю, причем в первую очередь, т.к. принципы Конституции РФ являются основополагающими принципами в деятельности всех правоприменителей, обязанной соответствовать требованиям Конституции РФ (ст.4,15). Справедливо на первое место поставить принцип – начало, основу, а затем гарантию – правовое средство, обеспечивающее реализацию основополагающего. Нормы, в которых сформулирован правовой принцип – это нормы сущностного порядка, правила применения иных правил, концентрирующих не одно конкретное правило, а одновременно несколько, законодательные директивы, логически связанные с остальными частными нормами права, концентрированно фиксируют подходы к правореализации и правоприменению. Кроме регулятивной способности нормативные принципы способствуют правоисполнению, так как в случаях затруднения в правоприменении с их помощью становится возможным уяснить содержание обычных юридических правил[2]. Как в правоприметельной, так и в законотворческой деятельности базовые принципы-гарантии Конституции РФ позволят на концептуальном уровне создать качественно однородный, отвечающий всем необходимым в демократическом обществе потребностям и интересам человека закон, применяя его в точном соответствии с конституционными ценностями и международными требованиями в сфере обеспечения прав человека. Именно принципы конституционного права лежат в основе конституционно-правового обеспечения конституционных гарантий. «Эти принципы, – как указано в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 г., – обладают высшей степенью нормативной обобщенности, предопределяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед

---

[1] *Уваров А.А.* Конституционные основы прав человека в Российской Федерации // Вестник ОГУ. 2005. № 3. С. 10.

[2] *Комиссарова Е.Г.* Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства. Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 17.

иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права»[1]. Объектом КМО являются права и свободы человека и общества, гарантированность которых должна стать неизбежной благодаря действию предлагаемого нами КМО. *Следовательно, гарантии обеспечения этих прав наитеснейшим образом должны сочетаться с принципами обеспечения прав человека на всех законодательных и правоприменительных уровнях:* (международное законодательство, конституционное, отраслевое, корпоративное; межгосударственные отношения, внутригосударственные, корпоративные).

Субъектами конституционного гарантирования обеспечения прав, прямо закрепленными в Конституции РФ являются органы местного самоуправления (ст. 12)[2]; человек (ст. 17, 28, 29, 44, 46, 48); гражданин (особые гарантии от связи с государством ст. 19, 35, 37, 61 и государство – ст. 17, 28, 29, 44, 46, 48). Конституционные принципы построения и деятельности органов государственной власти в РФ — это закрепленные в российской Конституции исходные начала, лежащие в основе функционирования этих органов. К ним относятся: приоритет прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, 7 Конституции РФ); народовластие (ст. 3); федерализм (ст. 5); разделение властей (ст. 10, 11); законность (ст. 15); деидеологизация (ст. 13); светскость (ст. 14) и др.

На базе этих конституционных принципов нами рассмотрено действие КМО, но в отличие от существующих вариантов различных механизмов, предлагаемый автором конституционный механизм обеспечения преследует целью обеспечение неизбежности гарантирования государством конституционных прав как основы деятельности институциональных систем общества в целом. Неизбежность обеспечивается за счет неукоснительного соблюдения всеми органами системы публичной власти и институтами гражданского общества, как в законотворчестве, так и правоприменении трех базовых принципов-гарантий Конституции РФ, рассматриваемых как главная составляющая для иных, указанных выше принципов Конституции РФ и всех конституцион-

---

[1] СЗ РФ. 1993. № 814. Ст. 508.

[2] Прим. автора: Органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти (ст. 12 Конституции), они зависят от государственной власти, но самостоятельны в пределах полномочий, которыми она (власть) их наделила. Далее в исследовании исходим из того, что подчиненный вид публичной власти – муниципальная власть является продолжением на местах главенствующего в стране вида публичной власти – государственной власти.

но-правовых принципов. Не соблюдение или нарушение нравственного категорического императива должно являться необходимым и достаточным основанием для признания незаконными всех решений и действий должностных лиц, органов государственной власти всех ветвей и уровней вышестоящими органами без обращения человека в суд. Именно три базовых принципа-гарантии Конституции РФ помогут добиться единства в правоприменении, став основополагающими в деятельности судов.

Соблюдение базовых принципов-гарантий Конституции РФ обеспечивается путем взаимодействия институциональных систем государства и общества через взаимный надзор, переходящий в контроль, приводя к развитию гражданского общества, права которого соблюдаются правовым государством. Реализуя ст.2 Конституции РФ в жизнь, субъекты предлагаемого механизма, взаимодействуя, реально способны охранять, защищать, а главное, эффективно восстанавливать конституционные права, создавая условия неизбежности восстановления и *невозможности нарушения их в будущем из-за экономической нецелесообразности, нравственной непрестижности и неизбежности экономического, административного и уголовного наказания.* Акцент делается на взаимонадзор и даже взаимоконтроль.

2.Для этого требуется решить проблему с отсутствием единого мнения в юридическом сообществе относительно понятий «контроля и надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека» и непосредственно «контроля и надзора». Значительная часть ученых-юристов считает указанные понятия тождественными[1], с чем не представляется возможным согласиться, основываясь на различном результате реализации полномочий субъектов. М.А. Шафир отмечал, что между конституционным контролем и конституционным надзором существуют определен-

---

[1] См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть // Отв. ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1996. С. 72; *Чиркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Юрист, 1997. С. 43–48; *Еременко Ю.П.* Контроль за конституционностью законов в СССР // Труды Высшей следственной школы МВД СССР. Волгоград, 1969. Вып.1. С. 107; *Коток В.Ф.* Конституционная законность, конституционный надзор и контроль в СССР // Вопросы советского государственного (конституционного) права. Труды. Т. 82. Вып. 2. Ч. 2. Иркутск, 1972; *Шульженко Ю.Л.* Правовая охрана Конституции. М, 1991. С. 6; Насырова Т.Я. Конституционный контроль. Казань: Изд-во Казанского университета, 1992. С. 16; *Златопольский Д.Л.* Контроль за соблюдением конституции и конституционный суд в странах Восточной Европы // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1998. № 2. С. 39.

ные различия, орган, осуществляющий надзор, не может сам ни отменить незаконный акт, ни наказать нарушителя, ни тем более давать оперативные указания по устранению обнаруженных нарушений. Контроль заключается в самом непосредственном вмешательстве контролирующих в деятельность контролируемых[1]. Выделяя единые цели конституционного контроля и надзора, Б.С. Эбзеев обращает внимание на разные методы их достижения. Органы конституционного надзора способствуют разрешению конституционного спора, как правило, посредством решений парламента, а органы конституционного контроля, занимая самостоятельное место в системе разделения государственной власти, принимают решения, которые носят окончательный характер[2]. Подтверждением данной оценки служит деятельность Комитета конституционного надзора СССР, созданного в 1989г., обладающего ограниченными правами как органа конституционного надзора, который выявив неконституционность акта, не имел права его отменить. Отсутствие обязательности решений Комитета конституционного надзора снижало уровень правовой охраны Конституции. Подобная проблема имеет место и в отношении актов Конституционного суда РФ.

Представляется возможным не согласиться с точкой зрения И.Н. Кузнецова, отмечающего, что проводимое разграничение функций контроля и надзора в значительной мере носит условный характер, и деятельность по конституционному надзору во всех случаях остается одним из видов самого конституционного контроля[3]. Полагаем, что понятия конституционного контроля и конституционного надзора, субъектами которых являются государственные органы, не являются тождественными и их необходимо разграничивать. Полномочия и методы деятельности контролирующих и надзирающих органов различны независимо от сферы применения. Необходимо разграничивать и понятие *«общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека органами системы публичной власти»* с часто встречающимся в научной литературе термином *«общественный контроль»*, исходя из того, что субъектами общественного кон-

---

[1] *Шафир М.А.* Компетенция СССР и союзных республик. М.: Наука, 1968.
[2] *Эбзеев Б.С.* Конституция. Правовое государство. Конституционный суд: Учеб. пособие для вузов. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. С. 113.
[3] *Кузнецов И.Н.* Контроль за конституционностью актов высших органов власти и управления в социалистических странах Европы // Учен. записки ВНИИСЗ. М., 1969. Вып. 29.

троля и надзора, при их отожествлении, предполагаются правозащитные институты гражданского общества, не наделенные властными полномочиями, призванные обществом контролировать соблюдение его интересов органами власти. Целью реализации общественного надзора за обеспечением конституционных прав является обеспечение этих прав в соответствии с презюмируемыми Конституцией РФ ценностям. Институты общества, способные реализовать демокурийную функцию[1], призваны обеспечить реализацию самих конституционных прав в правоприменительной деятельности всех чиновников в интересах человека, а не власти. Сравнение результатов их деятельности с конституционным контролем и надзором обосновано единой сферой применения и целями обеспечения реализации гарантированных конституционных прав. Предлагаем исходить из следующего правоположения, полномочиями по осуществлению надзора за обеспечением конституционных прав человека обладают в той или иной мере все органы государства и даже некоторые институты гражданского общества, а контрольными функциями реально наделены только специализированные государственные органы. В основу разделения положен результат реализации их полномочий: для контрольных – окончательность и обязательность указаний, обеспеченная силой государств; для надзорных – предварительность и рекомендательность, требующая для реализации наличия властных полномочий.

Следовательно, общественного контроля за обеспечением реализации конституционных прав, исходя из результата деятельности, не существует, т.к. у институтов гражданского общества отсутствуют властные полномочия, а власти, основанной на знании права, при его нарушении не достаточно для восстановления самого права.

Данный концептуальный вывод позволяет выявить причины неэффективности деятельности ранее предлагаемых механизмов защиты конституционных прав:

1.Отсутствие общественного контроля тормозит эффективное функционирование демократических механизмов. Восстановле-

---

[1] Прим. автора: функция профессионально-правовой демокурии (от лат.kurij – надзор и democ-народ, народонадзор), обеспечивающая взаимодействие и взаимонадзор институциональных систем государства и гражданского общества. Предлагаемый термин четко фиксирует суть явления, отражая не простой общественный надзор, а профессионально-правовой, субъектом которого могут быть только особые институты гражданского общества.

ние конституционных прав через суд существенно затягивает саму процедуру их восстановления, делая ее малоэффективной и энерго-(здоровье, силы, нервы) и экономически затратной.

2.Отсутствие научно обоснованной законодательной базы для определения контуров системы органов общественного контроля и их полномочий.

3.Отсутствие концептуальных исследований самих понятий общественного контроля и надзора.

4.Использование термина «общественный контроль» законодателем без учета смыла и содержательной сущности[1].

5. Сам термин «общественный контроль» как феномен на протяжении многих лет активно разрабатывался в рамках управленческих наук[2]. Специфика управленческой деятельности накладывает определенный отпечаток на терминологический ряд, используемый в отрасли, и не может автоматически использоваться в правоотношениях, лишенных элемента соподчиненности, каковым являются отношения институциональных систем государства и гражданского общества.

6.В юридической науке при раскрытии содержания контроля исследуется прежде всего его внутренняя структура. Ю.И. Бондарь полагает, что контрольный процесс не ограничивается наблюдательными и проверочными процедурами, а содержит механизм

---

[1] См.: Федеральные законы «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (ст. 26), «Об обеспечении конституционных прав граждан РФ избирать и быть избранными в органы местного самоуправления» (гл. 4), «О радиационной безопасности населения», «Об охране атмосферного воздуха» (ст. 26), «Об охране окружающей среды» (ст. 68), «О системе государственной службы РФ» (абз. 8 п. 1 ст. 3 и др.) Федеральным законом общественная палата наделена полномочиями по осуществлению общественного контроля за деятельностью Правительства РФ и органов исполнительной власти, но содержание общественно-контрольной деятельности и функции для ее реализации в законе не раскрыты, что приводит к декларативности задач. В ст. 52 ФЗ «О полиции», предусмотрены органы общественного контроля.

[2] Прим. автора: Контроль определен как функции управления, завершающая стадия процесса управления, сердцевиной которой является механизм обратной связи. См., напр.: *Афанасьев В.Г.* Научное управление обществом. М., 1968. С. 234–241; *Атаманчук Г.В.* Государственное управление. М., 2000. С. 56; Государственное управление: основы теории и организации: Учебник: В 2 т. / Под ред. В.А. Козбаненко. 2-е изд., изм. и доп. М., 2002. Т. 2. С. 99; *Кочергин Е.А.* Основы государственного и управленческого контроля. М., 2000. С. 11; Социальное управление: Словарь. М., 1994. С. 74; Социальный менеджмент: Учебник. / Под ред. В. Н. Иванова, В. И. Патрушева. М., 1998. С. 79 и др.

применения мер ответственности за несоблюдение норм закона, при этом он отмечает участие в нем институтов гражданского общества, не подменяющих и не заменяющих контрольную деятельность государственных органов, а оказывающих им неоценимую помощь и поддержку в реализации государственной политики. Данное утверждение представляется спорным, так как при отсутствии государственно-властных полномочий институты гражданского общества не способны привлекать к ответственности чиновников.

7. Иллюзию возможности реализации общественного контроля вносит термин «социальный контроль», используемый для обозначения совокупности средств и приемов, с помощью которых общество гарантирует, что его члены, отдельные субъекты управления, социальные группы будут действовать в соответствии с установленными нормами и ценностями. Д. М. Овсянко отмечает: «Социальный контроль за деятельностью органов власти заключается в том, что уполномоченные на то государственные органы (законодательной, исполнительной, судебной власти) и общественные организации, используя организационно-правовые способы и средства, выявляют, не допущены ли в деятельности подконтрольных органов власти и их должностных лиц какие-либо отклонения от законности, а если таковые имеются, то своевременно их устраняют[1]». Вновь наблюдаем подмену терминов. Термин «контроль» применяется в отношении деятельности субъектов, как обладающих властными полномочиями, так и лишенных их, что не позволяет достичь эффективного результата.

8.Отстустиве единого научного подхода порождает не только безосновательную иллюзию наличия контрольных функций у институтов гражданского общества, но и довольно радикальные высказывания по поводу реализации контрольной функции государственного управления в научной литературе. Некоторые авторы предлагают сформировать самостоятельную контрольную ветвь власти, тесно связывая при этом классификацию функций государства с принципом разделения властей[2].

---

[1] *Овсянко Д.М.* Административное право. М., 1997. С. 145.

[2] *Морозова Л.А.* Современная российская государственность: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1998. С. 20; *Пожарский Д.В.* Государственный контроль и надзор как функция современного государства // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права: Сб. тезисов. М., 2003. С. 258.

Выявив проблемы отсутствия четкости в терминологическом определении таких важных понятий как общественный контроль и надзор, *определим практическую ценность проведенного исследования этих правовых категорий в обеспечении конституционных прав человека:*

1.Деятельность чиновников нуждается в надзоре со стороны общества в лице его институтов, способных выполнять конституционные функции, в т.ч. демокурийную. Результатом такого надзора может стать оценка профессиональной пригодности и нравственности чиновника, исходя из конституционных приоритетов и эффективная борьба с коррупцией.

2.Профессиональный общественный надзор за соблюдением конституционных прав человека значительно затруднит процесс взяточничества.

3. Соблюдение прав человека и демократических свобод, сочетание прав и свобод с ответственностью человека перед обществом, эффективная демокурия, формирование культуры сотрудничества на основе принципов партнерства между органами власти и организациями гражданского общества.

4.Гражданское общество обязано потребовать передачи ему хотя бы ограниченных надзорных функций в области обеспечения конституционных прав, т.к. их эффективная реализация до сих пор не обеспечена государством. Среди негосударственных субъектов системы обеспечения конституционных прав нет ни одного наделенного государством контрольно-надзорными функциями, обладающего правом дачи обязательных указаний для проведения проверки и отстранения от должности чиновника, нарушающего конституционные права и свободы, за исключением квазиинститута гражданского общества – суда присяжных.

5.Именно право должно быть единственным критерием установления истины при реализации демокурийной функции, переходящей в президентский и конституционный контроль специального общественно-государственного органа. Власть права – высшая власть, соответствие действующих законов основному – Конституции РФ. В. О. Лучин и Н. А. Боброва отмечают, что способность общества к контролю над властью – признак гражданского общества. Только контроль, приобретая правовые формы, способен подчинить власть праву, и только при условии существования гражданского общества государство оказывается «под правом», становится «правовым»[1].

---

[1] *Лучин В.О., Боброва Н.А.* Конституционный строй России: основные политико-правовые характеристики // Право и политика. 2003. № 10. С. 27.

6.Реализация базового принципа-гарантии Конституции – народовластия, требует законодательного закрепления функции общественного надзора за обеспечением конституционных прав всеми органами системы публичной власти и определения круга субъектов гражданского общества, способных его реализовать эффективно.

7.Общественный надзор, осуществляемый организованно и целенаправленно в рамках существующей политико-правовой системы путем эффективной деятельности КМО, позволит разрешить имеющиеся проблемы в отношениях человека и государства цивилизованно, используя определенные законом каналы взаимодействия и взаимной ответственности.

8.Порядок осуществления общественного надзора за деятельностью государственных органов предполагает определенные результаты его реализации: поиск фактов нарушения конституционных прав, а главное их восстановление и неизбежность привлечение нарушителей к ответственности.

9. Реализация функции общественного надзора должна иметь системный характер, определяемый по двум основным направлениям:

1. системное постоянство по времени и конституционное правоприменение во всех отраслях права;

2. интегрирование институциональных систем государства и гражданского общества.

9.1.Общественный надзор должен быть непрерывным и длиться до полного восстановления прав и привлечения виновного к ответственности с освещением в средствах массовой информации, во избежание повторов. Вся информация о самих фактах нарушения конституционных прав и свобод должна поступать непосредственно гаранту Конституции – президенту через подчиняющийся *ему напрямую специально созданный Комитет общественного надзора за обеспечением конституционных прав, именуемый конституционным комитетом общественного надзора (далее ККОН).*

Решить проблемы отсутствия властных полномочий, позволяющих восстанавливать нарушенные конституционные права у правозащитных институтов гражданского общества и даже у государственно-общественных (общественная палата и омбудсмен), сочетающееся с отсутствием обязанности у органов власти принимать к прямому исполнению рекомендации по обеспечению конституционных прав, возможно, путем создания специального

Комитета общественного надзора *за обеспечением конституционных прав человека* при Президенте РФ, имеющего особый общественно-государственный статус и порядок финансирования, наделенного надзорно-контрольными полномочиями, подобно суду присяжных заседателей. Вся информация о самих фактах нарушения конституционных прав должна поступать непосредственно гаранту Конституции РФ – Президенту РФ через подчиняющийся ему напрямую данный Комитет. Его деятельность может финансироваться из специального фонда президента «По обеспечению конституционных прав и верховенства действия Конституции РФ», распределяемых коллегиально президиумом Комитета, с последующим отчетом перед всеми членами, представителями исключительно профессионально-правовых правозащитных институтов гражданского общества, обладающих организационной и экономической независимостью от государственных структур, способных эффективно использовать власть права над всеми ветвями государственной власти. Целью его создания является реализация конституционного принципа прямого народовластия посредством права выразить общественное недоверие и принять мотивированный и обоснованный вердикт об освобождении от должности лиц, занимающих важные государственные посты в Федерации, регионах и муниципалитетах. Уровневая структура *ККОН* соответствует структуре органов власти. Освобождение от должности будет проводиться Президентом РФ или по его указанию соответствующим органом, в т.ч. назначенным им губернатором в регионе в отношении главы местной администрации лишь на основании вотума гражданского недоверия. Вотум доводится до Президента РФ при наличии принятого квалифицированным большинством *членов ККОН* решения об отстранении от должности чиновника, нарушившего конституционные права человека, закон, или не исполнившего закон с однозначным презюмированием трех базовых принципов-гарантий Конституции РФ. Основанием для отстранения от должности чиновника явится недоверие общества, выраженное через особые правовые институты гражданского общества, в том числе общественную палату, омбудсмена, ассоциацию юристов России и российскую адвокатуру. Окончательно вопрос о привлечении к административной или уголовной ответственности решат компетентные органы. Чтобы исключить в деятельность комитета возможность сведения политических и иных счетов, обязательно согласо-

вание решения до голосования с выдвинувшей представителя организацией и прозрачность самого голосования для всего общества. Важна бесспорность наличия факта нарушения или необеспечения конституционных прав, несоблюдение или нарушение трех базовых принципов-гарантий Конституции РФ. Основой для разработки Положения о предлагаемом комитете может служить Положение о Комитете народного контроля СССР.

9.2. В систему органов охраны права наравне с правоохранительными органами государства входят правозащитные институты гражданского общества, способные эффективно реализовать демокурийную функцию в тесном взаимодействии с государственными органами, наделенными контрольные полномочия, обеспечивая гармоничное интегрирование институциональных систем общества в целом.

Развитое гражданское общество – это определенное состояние общественных отношений, при которых создается возможность для участия всего народа и каждого человека в государственном управлении, надзоре за этим управлением, путем взаимодействия с контролирующими органами власти по привлечению нарушителей к ответственности.

Конституционно-правовая природа демокурии проявляется в том, что при ее осуществлении используются нормы права для разрешения конкретных юридических ситуаций в соответствии с базовыми принципами-гарантиями Конституции РФ. Следовательно, эффективно демокурийная функция может быть реализована только профессиональными знатоками права. Демокурия возможна как за активным, так и за пассивным использованием права, но результативной она может быть только предотвращая нарушение прав с помощью власти закона, а точнее его знания и уведомления об этом чиновника.

*Можно классифицировать основные признаки демокурии за обеспечением конституционных прав человека органами системы публичной власти как*: 1. Самостоятельного вида надзора; подвида конституционного надзора, исходя из реализации результата и глобальных целей – обеспечения гарантирования конституционных ценностей; 2. Одного из видов социального контроля; 3. Функции наблюдения, предупреждения, просвещения в праве; 4.Формы обратной связи институциональных систем гражданского общества и государства; 5.Организационно-юридического средства обеспечения режима конституционной законности; 6. Особого

вида процесса реализации конституционных прав человека, а в итоге гражданского общества и конституционализации России.

Общественный надзор как самостоятельная демокурийная деятельность выражается в сознательной, целенаправленной, профессионально-правовой работе по повышению эффективности работы механизма государственной власти, а также по улучшению взаимодействия субъекта и объекта надзора. Только независимый профессионально – правовой общественный надзор способен эффективно реагировать на нарушения, устранять их, а также способствовать восстановлению и реализации конституционных прав через вотум недоверия, донесенный до гаранта Конституции РФ профессионалами в знании права на базе права.

Обеспечить эффективный общественный надзор за соблюдением нравственного категорического императива в правоприменительной и правовосстановительной деятельности всех субъектов КМО и эффективную реализацию принципа Конституции РФ – прямого народовластия, являющегося базовым принципом-гарантией Конституции РФ в рамках действия КМО могут институты гражданского общества, отличающиеся профессиональным знанием права всеми членами, способные успешно формировать общую и правовую культуру населения, выполнять обеспечительные, охранительные, защитные, информационные, воспитательные, медиативные функции, а также демокурийную функцию, а в отдельных случаях и функцию демоконтроля (суд присяжных)[1].

**Библиографический список:**

1. *Яковлев В.Ф.* Выступление на III сессии Европейско-Азиатского правового конгресса // РЮЖ. 2009. № 4.
2. *Мацумото Д.* Психология и культура. СПб: Питер, 2002.
3. *Либанова С.Э.* Адвокатура Российской Федерации в механизме конституционного гарантирования защиты прав и свобод: Монография. Курган: Курганский пограничный институт ФСБ РФ, 2009.
4. *Керимов Л.А.* Обеспечение законности в СССР. М., 1956.
5. *Самощенко И.С.* Охрана режима законности советским государством. М., 1960.
6. *Максименко С.Т.* Осуществление гражданских прав и обязанностей: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1970.

---

[1] См.: *Либанова С.Э.* Конституционно-правовые основы деятельности адвокатуры в обеспечении прав и свобод человека в Российской Федерации: Монография. Курган: Изд-во Курганского гос.ун-та, 2010.

# Наука международного частного права: постглоссаторы – предшественники Бартоло да Сассоферрато[1]

**международное частное право; постглоссатор; предшественник; Бартоло да Сассоферрато**

***И. В. Гетьман-Павлова***

***кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права факультета права НИУ «Высшая школа экономики»***

Становление международного частного права (далее – МЧП) как обособленной, обретающей собственные «крылья» области права и правоведения, первые шаги в этом направлении представляют собой поиск способов преодоления коллизии статутов, формирование коллизионных норм, а затем и коллизионного права[2]. Среди источников международного частного права доктрина права всегда занимала особое место. Как источник МЧП наука появилась на несколько столетий раньше национального закона, и при поиске решений, регулирующих частноправовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, доктрине всегда отводилось важнейшее значение. Начало науки МЧП было положено в конце XII–XIII вв. представителями школы глоссаторов. Знаменитая глосса «о болонце в Модене» стала первой постановкой коллизионных проблем, колыбелью науки международного частного права. Однако в полной мере доктрина МЧП начала развиваться в конце XIII–XIV вв., и ее родоначальниками можно считать ученых – представителей школы постглоссаторов (комментаторов, консилиаторов).

Школа глоссаторов господствовала до половины XIII в., но во второй половине XIII в. она потеряла свое влияние. После Аккур-

---

[1] Работа выполнена при поддержке гранта исследовательских проектов 2010 г. факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

[2] *Звеков В.П.* Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

сия, собравшего в своей глоссе[1] («Глосса Аккурсия», 1260 г.) результаты глоссаторских трудов, продолжается научная работа, но наряду с римскими текстами внимание ученых привлекает сама Глосса, и начинается ее параллельное изучение. За два столетия накопилось огромное число глосс, дававших разнообразные и противоречивые толкования Кодификации Юстиниана. Выявилась необходимость разобраться в различных суждениях и установить «общее мнение сведущих» (communis opinio doctorum)[2]. Кроме того, по мере роста практического применения римского права в судах нужно было приспособить римские правоположения к особенностям средневековой жизни. Обе эти задачи достигались путем специальных разъяснений глосс или комментариев к ним. Этот вид литературно-юридических произведений дал новое имя их авторам: глоссаторов сменили постглоссаторы, или комментаторы. В истории юриспруденции период господства школы постглоссаторов обозначается 1260–1450 гг.[3]

В школе постглоссаторов римское право было «очищено» и подвергнуто переработке, подготовлено для дальнейшего развития, систематизировано и приведено в состояние, «резко контрастирующее с хаосом дигест и с казуистическим и эмпирическим духом юристов Рима»[4]. Постглоссаторы стремились практически использовать римское право, приспособить его решения к новым условиям. Основателями школы постглоссаторов считаются испанский ученый Раймонд Луллий (1234–1315) и француз Жак де Равиньи.

Глоссаторы застали только первые городские статуты, и их интересовали прежде всего коллизии между римским и статутным правом. Постглоссаторы жили и творили в период расцвета статутного законодательства, в разработке которого они принимали самое активное участие. Уже в XIII–XIV вв. огромное значение и влияние имели их комментарии и монографии, относившиеся к нормам действовавшего тогда местного права. Ученые

---

[1] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. Пг., 1915; *Вольф М.* Международное частное право. М., 1948; *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений. Юрьев, 1901; *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. СПб, 1900 // СПС КонсультантПлюс; *Мережко А.А.* Наука международного частного права. Киев, 2006.

[2] *Тарановский О.В.* Энциклопедия права. Рига, 1923.

[3] *Барон Ю.* Система римского гражданского права. СПб, 1909.

[4] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988.

не могли не учитывать и не принимать во внимание местные источники – лангобардское право, законодательство северо-итальянских городов-государств и их правовые традиции.

***Однако как и в эпоху глоссаторов предметом научного изучения было только каноническое и римское право, а не туземное право данного народа.*** Наука права была оторвана от позитивного права. Изучение обычаев, ордонансов князей и императоров интересовало судей и практикующих юристов. Ни обычаи, ни ордонансы не привлекали внимание тех, кто размышлял о праве и писал о нем. Средневековые юристы отзывались о туземном праве как о «злом, неразумном обычае», как о праве диких животных, скотском, нечеловеческом и несправедливом, называли его «ослиным правом». Некий doctor juris canonini Петр из Андлау (середина XV в.) высказывал изумление, что в немецких судах правосудие отправляется «неученой толпой», по «jus incertum» (обычаям), а не по «справедливейшим (римским) законам». В судебных архивах города Росток была найдена запись: «Здесь оканчивается ростокское городское право и начинается здравый человеческий разум». ***Во всех случаях юристы ссылались на римское право, хотя далеко не всегда в нем можно было найти нужное решение. Начала туземного права либо просто вытеснялись юристами, либо истолковывались по началам римского права***[1]**.**

В университетах презирали разнобой и варварский характер обычаев и считали единственно благородным и нужным изучение и преподавание только настоящей науки права, при помощи которой можно определить метод для того, чтобы открыть основы общей для всех справедливости. Этот метод видели в изучении римского права, которое в трудах комментаторов выступало как всеобщее право цивилизованного мира.

Несмотря на подобные убеждения, постглоссаторы были прежде всего трезвыми юристами-практиками, прекрасно осознававшими необходимость становления и развития местного городского права, нового регулятора позитивной жизни. Они осознавали, что римское право не содержит ответов на все вопросы реальной действительности, что в этом «писаном разуме» есть лакуны и противоречия, что «злое, неразумное и ослиное» статутное законодательство отражает объективные потребности общества и должно играть приоритетную роль, роль lex specialis по

---

[1] См.: *Азаревич Д.* Система римского права. СПб, 1887.

сравнению римским правом – lex generalis Средних веков. Вопросы столкновений городских статутов – говоря современным языком, коллизии разнонациональных законов – впервые подверглись научному осмыслению и изучению в трудах тех итальянских и французских юристов XIII–XIV вв., от которых ведет свое начало новая европейская юриспруденция. Постглоссаторы приспособили тексты римских источников к потребностям современного им общества; и в области коллизионного права выработали многие правила, которые закреплены в современном законодательстве и живут в современном правосознании.

Первой научной постановкой коллизионных проблем считается глосса (впоследствии названная «о болонце в Модене») из сборника «Глосса Аккурсия», сделанная неизвестным глоссатором к Конституции 380 г. императоров Грациана, Валентиниана и Феодосия «Об утверждении веры в Святую Троицу». Начальные слова Конституции – «мы желаем, чтобы все народы, коими правит власть нашей милости, обретались в той вере, которую Божественный Апостол Петр передал римлянам» – неизвестный автор снабдил следующей глоссой: «Доказательство, что, если бы житель Болоньи был привлечен к суду в Модене; он не должен быть судим на основании статутов Модены, которым он не подчинен, так как (текст) говорит: управляемые властью нашей милости». Это толкование, как ни искусственно оно по существу, явилось первым звеном в длинной цепи попыток подойти к разрешению конфликтных вопросов, опираясь на тексты римского права[1]. С конца XIII в. и до XVIII в. все ученые, освещавшие коллизии законов, начинали свои рассуждения с первых слов Конституции «cunctos populos» и глоссы «quod si Bononiensis». Начало этой многовековой традиции положили постглоссаторы.

Нам известны 136 имен представителей этой школы[2]. По мнению Т. Марецоля, из их числа «заслуживают быть упомянутыми, вследствие научного и практического значения, которые приобрели для того времени их сочинения, следующие писатели: Одофред, который составляет как бы переход от предыдущего периода к настоящему; затем: Вивиан, Дин, Мугеллан, Яков Аренский, Петр a bella Pertica, Цин, Альберик de Bosciate, в особенности же Bartholus de Saxo Ferrato и, наконец, Baldus de Ubaldis»[3].

---

[1] См.: *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. М., 1924.
[2] См.: *Муромцев С.А.* Рецепция римского права на Западе. М., 1885.
[3] *Марецоль Т.* Учебник римского гражданского права. М., 1867.

Бартоло да Сассоферрато справедливо считают самым блестящим представителем школы комментаторов. Многие авторы вообще всех постглоссаторов (в том числе и тех, кто был учителями Бартоло и писал задолго до его рождения[1]) называют «бартолистами». Это свидетельствует о неоспоримом авторитете Бартоло, его величайшем таланте, затмившем всех его современников: «Наиболее значительным и влиятельным из комментаторов был Bartolus... Его труды почти повсеместно играли решающую роль в развитии юридических понятий. В центре средневековой истории права стоят не Ирнерий, не кто-либо из глоссаторов, а именно Бартол. Его комментарии подчинили себе практику. Он был лучшим творцом общего итальянского права»[2]. Бартоло считается родоначальником признанным основателем международного частного права как науки и как практической доктрины[3].

Однако труды Бартоло да Сассоферрато появились не на пустом месте, и в вопросах коллизии законов у него было много предшественников. М. Вольф, в частности писал: «Возможно, что его [Бартоло] заслуги в области международного частного права были несколько переоценены, так как его предшественники не только подготовили ему дорогу, но и сами сделали немало».

В XIII–XIV вв. целый ряд юристов, итальянцев и французов, профессора университетов в Болонье, Флоренции или Тулузе, Монпелье и Орлеане, занимались вопросами конфликтного права. Можно назвать больше десяти писателей, из которых каждый внес свою лепту в новую науку[4]. Из всех постглоссаторов – предшественников Бартоло – наибольшую роль в развитии и становлении науки МЧП сыграли Жак де Равиньи, Пьер Бельперш, Чино де Пистойя, Альберик де Рошате, Жан Фабер. Методология исследований этих авторов была построена на основе анализа конкретных коллизионных казусов, римских текстов и доктринальных точек зрения.

---

[1] Более того, «бартолистом» называют и глоссатора Одофреда (XIII в.), а предшественников Бартоло Жака де Равиньи и Пьера Бельперша, умерших до рождения Бартоло, называют его «последователями». См.: История государства и права зарубежных стран: Учебник. Часть 1 / под ред. Н.А Крашенинниковой, О.А.. Жидкова. М., 1998.

[2] *Зом Р.* Институции: учебник истории и системы римского гражданского права. СПб, 1897.

[3] См.: *Нольде Б.Э.* Очерк международного частного права / Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев, 1912.

[4] См.: *Брун М.И.* Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11. М., 1911.

Жак де Равиньи (Якобус из Ревиньи, Якоб де Равани – Jacobus de Ravenna, Jacques de Revigny, Jacobus de Ravanis; род. 1210 или 1215, ум. 1296) – французский юрист, приобретший в свое время громкую славу. Он «был бенедиктинским монахом и аббатом, считался за "magnus philosophus" и "erat magister in theologia antequam inciperet leges"»[1]. Современники утверждали, что он являлся настолько «тонким и великим специалистом в гражданском праве, каких в то время больше не было во всем мире»[2]. Жак де Равиньи учился в Болонье у знаменитого глоссатора Якоба Балдуина. В.Э. Грабарь пишет о «некоторой духовной связи» Равиньи с другим глоссатором, французским легистом Плацентином – они оба не принадлежали к ортодоксальному направлению глоссаторской школы и были близки к канонистам[3]. Равиньи служил профессором в университете Тулузы, где преподавал римское право. У него учился известный постглоссатор Кин, который, в свою очередь, был учителем Бартоло. Скончался Равиньи на посту епископа Вердена.

Наряду с Раймондом Луллием Жак де Равиньи считается родоначальником нового (комментаторского) направления средневековой юриспруденции. Характерной чертой этих ученых, наложившей определенный отпечаток на все постглоссаторское направление, было то, что оба прежде всего являлись философами и богословами и лишь на втором месте – юристами. В связи с этим основная мысль их трудов – это мысль об особом методе или искусстве, посредством которого можно с разумной необходимостью вывести из общих понятий непреложные истины и прежде всего – истины христианского вероучения. В юриспруденции основной идеей Равиньи также была мысль о возможности выведения из общих принципов права его частных положений.

Равиньи первым применил в юриспруденции современный ему философский метод, т.е. схоластический, которым и характеризуется по преимуществу эпоха постглоссаторов[4]. С его именем связано и привнесение в Италию диалектики – из Франции, кото-

---

[1] *Покровский И.А.* История римского права. Magnus philosophus – великий философ; erat magister in theologia antequam inciperet leges – был магистром теологии, прежде чем занялся правом.
[2] *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.
[3] *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.
[4] *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. М., 2004 // civil.concultant.ru; *Коркунов Н.М.* История философии права. Пг., 1915.

рая являлась главным оплотом средневековой диалектики. Парижский университет был центром развития богословских наук. Диалектика находила здесь особенно благоприятное поле для своего развития, поэтому нет ничего удивительного, что новый метод раньше всего был усвоен именно французскими юристами. Первый опыт применения диалектики к изучению права был сделан Жаком де Равиньи.

В сфере коллизионного права Равиньи создал технику распределения комментариев по трем рубрикам: деликты, договоры и наследство1. Коллизионные вопросы наследования он связывал с законом места нахождения имущества. К сожалению, о том, как именно он решал конфликтные вопросы, практически ничего не известно непосредственно, а только по ссылкам на него последующих юристов – Чино да Пистойя, Альберик де Рошате, Бартоло. Как все его современники, он только искал ответ на предложенный вопрос в римских текстах, не пытаясь построить начала теории МЧП.

Наиболее важный вклад Равиньи в развитие науки МЧП – утверждение тезиса, что процессуальные вопросы должны разрешаться согласно законам места судебного разбирательства, а вопросы материального права – по законам места заключения договора. Это различие между нормами материального и процессуального права, впервые проведенное Балдуином и поддержанное Вильгельмом Дурантисом, не было одобрено многими итальянскими учеными, но было принято таким выдающимся французским юристом, как Равиньи. Возможно, в конечном итоге мнение Равиньи содействовало принятию данного постулата в Италии. Таково было начало нормы locus regit actum, которая берет свое начало из Дигест 21.2.6 и из Дигест 50 (где на самом деле ничего не говорится по этому вопросу)[2]. В то время применение правила locus regit actum не было ограничено только вопросами формы; оно также регулировало материальные условия, необходимые для действительности любого документа, и порождаемые этим документом последствия. Пьер Бельперш (Петрус Белльперш – Pierre de Belleperche, Petrus de Bellapertica, Petrus a Bella Pertica; год рождения неизвестен, ум. 1308) – французский юрист, ученик Жака де

---

[1] *Мережко А.А.* Наука международного частного права.
[2] См.: *Вольф М.* Международное частное право.

Равиньи. По мнению М.И. Бруна, Бельперш намного меньше, чем Равиньи, подвержен влиянию диалектического метода: «То, что в комментарии Бельперша … относится к конфликтным вопросам, нисколько не свидетельствует о его склонности к диалектике… Очевидно, ее надо искать в связи с вопросами, лежащими вне круга конфликтов законов»[1]. В качестве профессора Бельперш читал римское право в Тулузском и Орлеанском университетах. Принадлежал к «орлеанской школе» юристов, которая «отличалась слишком свободным отношением к тексту источников, за что и заслужила упрек со стороны Бартоло»[2]. В дальнейшем Пьер Бельперш был епископом в Оксерре и умер на посту государственного канцлера Франции.

Один из самых важных вопросов, занимавших всех постглоссаторов, заключался в том, чтобы установить соотношение автономных городских статутов, и «общего», т.е. римского права. Для ответа на него было необходимо определить юридическое положение отдельных частей Империи (городских общин Италии и целых стран – Франции, Англии). От обсуждения этого вопроса не мог уклониться ни один юрист, объяснявший Кодекс Юстиниана.

В эпоху постглоссаторов полностью отказывать независимым государствам в суверенной власти уже не представлялось возможным; спор шел только о том, должна ли независимость государств от императора быть признана de jure или только de facto. В связи с этим среди постглоссаторов сложилось три направления:

- строго консервативное, придерживавшееся империалистической позиции – доктрина всемирного единодержавия императора (Раниеро Форлийский);
- среднее, умеренное, de jure признававшее всемирное владычество императора, а de facto – существование многих суверенных государств (Бельперш, Чино да Пистойя, Бартоло). Это направление было господствующим среди постглоссаторов;
- новаторское, националистическое, de jure признававшее фактическую множественность суверенных государств (Жан Фабер, Ольдрадо).

Свои теоретические взгляды на отношения между Империей и отдельными государствами ученые излагали, комментируя

---

[1] *Брун М.И.* Очерки конфликтного права.
[2] *Коркунов Н.М.* История философии права.

упомянутую Конституцию «Об утверждении веры в Святую Троицу». Эта Конституция была обычным местом, к которому приурочивалось рассмотрение данной проблемы. Поводом служили ее начальные слова: «Мы желаем, чтобы все народы, коими правит наша милостивая власть…» («Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum…»). Для римских юристов было «вполне ясно, как ясно и для нас, что Императоры, издавая конституцию, имели в виду свои подвластные народы, т. е. **все** народы, жившие в пределах Римской империи»[1]. Для постглоссаторов это было не так просто. Они задавались вопросом, относятся ли слова императоров ко *всем* народам в пределах Империи, или же только к тем, которые действительно управляются велениями императора. Как считает В.Э. Грабарь, такое сомнение возникло ввиду отсутствия у постглоссаторов исторической точки зрения на римское право[2].

Начальные слова Конституции давали возможность различного толкования пространственных пределов императорской власти. Ограничительное предложение, приставленное к словам «все народы», позволяло сделать вывод, что не все народы подчинены императорской власти. Опираясь на слово «которые», сторонники независимости государства от Империи указывали, что сам император не считал себя властителем всех народов. Но подобное толкование находилось в противоречии с другими местами в Кодификации Юстиниана, где император именовался владыкой всего мира. Пьер Бельперш был первым, кому удалось найти выход из этого противоречия.

По праву, юридически, все народы подвластны императору, но фактически некоторые не повинуются ему, и он сам отказывается подчинять их своим законам. По мнению Бельперша, император поступает так по двум причинам. Во-первых, не повинующиеся ему народы признаются «низкими и недостойными внимания». Во-вторых, с практической точки зрения, народы, не признающие себя подвластными императору, не соблюдали бы его постановлений, которые «превратились бы в пустой звук и сделались предметом насмешек, чего не должно быть»[3]. Ставя к словам «все наро-

---

[1] *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.
[2] *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.
[3] Цит. по: *Грабарь В.Э.* Вопросы международного права в юридических консультациях Балда // Известия МИД. 1916. Кн. 5–6.

ды» ограничительное предложение, императоры желали указать, что их постановления обязательны лишь для тех народов, которые не только юридически, но и фактически им подвластны.

Как все его современники, Бельперш пытался решить коллизии законов исключительно по римскому праву: «Решительно не видно, чтобы он делал что-либо иное, кроме исканий ответа на предложенный вопрос в римских текстах»[1]. По уже сложившейся традиции, вопросы МЧП Бельперш излагает в комментарии к Кодексу Юстиниана. Однако в сравнении с Равиньи, круг проблем уже значительно шире: Бельперша интересуют вопросы, связанные с договорами, деликтами, завещаниями и наследованием по закону.

Вслед за Балдуином, Дурантисом и Равиньи Пьер Бельперш утверждает, что надо отличать процессуальные нормы от материально-правовых. Процессуальные вопросы должны регулироваться законом места судебного разбирательства, а вопросы материального права – законом места заключения договора. Например, гражданин Орлеана предъявил иск в г. Шатре к гражданину Парижа. Парижский кутюм предписывает, что вызов в суд должен быть письменный, а шатрский кутюм – устный. По мнению Бельперша, вопрос о форме вызова в суд – это процессуальный вопрос, следовательно, здесь нужно применить закон суда, т.е. lex fori. Как считает М. Вольф, данное решение представляет собой установление будущего принципа locus regit actum[2], повсеместно признанного в современном праве.

Бельперш задается вопросом: что делать, если по поводу договоров в форумах истца, ответчика и судьи действуют разные обычаи? Отвечая на этот вопрос, Бельперш рассматривает следующий казус: покупатель приобрел у продавца лошадь и требует поручительства по праву своей страны. Продавец отказывается дать поручительство, поскольку в его стране такие гарантии неизвестны. В этом случае не имеет значения ни домицилий истца, ни домицилий ответчика; должен применяться обычай места заключения договора. По сути, «это не более и не менее, как будущий принцип lex loci contractus»[3], до сих пор закрепленный в ряде законодательств (например, ст. 9.1 Вводного закона к ГК Бразилии). Бельперш высказывается в пользу принципа lex loci

---

[1] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.
[2] *Вольф М.* Международное частное право.
[3] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

contractus, приводя два аргумента: таково мнение «других докторов»; так вытекает из римских текстов.

Основное внимание в работах Бельперша уделено международному наследственному праву. Он исследует две проблемы: Имеет ли силу завещание, составленное по местному обычаю, по поводу наследования имущества, расположенного в местности, где такой обычай неизвестен? Имеет ли право лицо, назначенное наследником имущества, находящегося в одной провинции, наследовать имущество, которое находится в другой провинции и о котором в завещании ничего не сказано?

Для обеих ситуаций Бельперш предлагает одинаковое коллизионное решение: компетентным законом является lex rei sitae, а не lex loci actus. Например, в Англии обычай предоставляет все наследство старшему сыну, а французский кутюм делит наследство поровну между всеми детьми; некто умер в Англии, оставив имущество и во Франции; достанется ли это имущество старшему[1]? Бельперш утверждает, что английский закон, лишающий жену или младших сыновей права на наследство, не применим к имуществу, находящемуся во Франции, так как в соответствующий французский кутюм имеет реальный характер. Здесь Бельперш присоединяется к мнению других «докторов», что французское имущество будет разделено между всеми детьми.

По мнению Бельперша, чтобы завещание могло оказать свое действие на имущество, находящееся за границей, его форма должна соответствовать не lex loci actus, а lex rei sitae. Если кто-либо составит завещание во Франции при семи свидетелях, оно недействительно в Англии, где требуется 10 свидетелей[2]. Таким образом Бельперш предлагает применение принципа lex rei sitae в качестве в качестве основного начала для решения всех вопросов наследования недвижимости. И наследование по закону, и наследование по завещанию должны подчиняться закону места нахождения вещи.

Многие современники Равиньи и Бельперша упрекали их в пустом формализме, в злоупотреблении диалектикой, в увлечении схоластикой. На самом деле в их трудах есть только трезвое отношение к поставленным практическим вопросам и попытки дать на эти вопросы ответы, которые во многом будут восприня-

---

[1] См.: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

[2] См.: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права.

ты последующим законодательством. По мнению М.И. Бруна, «если упреки потомков по адресу всех комментаторов имеют какое-нибудь основание, то оно может лежать в других частях их трудов, а отнюдь не в их подходе к конфликтным вопросам. Решения этих вопросов требовала живая действительность, а не только школьное преподавание; решались эти вопросы с пониманием реальных потребностей жизни»[1].

Чино да Пистойя (Синус де Пистойя, Гвиттончино Синибалди, Цинус Пистойский – Guittoncino Sinibuldi da Pistoia, Cino da Pistoia, Cinus Pistoriensis; род. 1270, ум. 1335/36[2]) – итальянский поэт и ученый. Был студентом в Падуе и Болонье, изучал юриспруденцию. Как профессор «с выдающимся успехом» преподавал правоведение в университетах Тревизо, Сиены, Перуджи и Флоренции. Работал судьей в Риме, с 1307 г. – в своем родном городе Пистойе. Чино принадлежал к партии белых гибеллинов. Когда эта партия была изгнана, он также отправился в добровольное изгнание. Чино – прекраснейший лирический стилист своего времени, принадлежал к числу корифеев итальянской литературы XIV в.; его поэзию высоко оценивали Данте (главным образом за чистоту языка, чуждого диалектических примесей) и Петрарка (оплакал смерть Чино в сонете, посвященном его памяти).

Наряду с Ж. Равиньи и Р. Луллием Чино называют основоположником школы комментаторов; подавляющее большинство ученых считает его одним из самых видных постглоссаторов и ставит его имя рядом с именем Бартоло[3]. В Перудже Бартоло несколько лет слушал лекции Чино и на всю жизнь сохранил уважение к своему учителю. Вместе с Яковом Бутригарием и Раниеро Форлийским Чино подписал докторский диплом Бартоло. Он оказал наибольшее влияние на Бартоло, который выяснил и развил мысли учителя. Чино находился под сильным влиянием Бельперша; и благодаря Чино методы французской школы отразились на Бартоло.

Чино написал комментарий к Кодексу Юстиниана и приложил французскую юридическую диалектику XIII в. к толкованию

---

[1] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.
[2] Год смерти точно неизвестен – Э. Аннерс, например, указывает 1339 г. См.: *Аннерс Э.* История европейского права.
[3] *Зом Р.* Институции; *Муромцев С.А.* Рецепция римского права на Западе; *Хвостов В.М.* История римского права. М., 1907.

итальянской глоссы. Французские юристы впервые применили схоластический метод в науке права; Чино перенес в Италию их схоластическую юриспруденцию. Он считается в Италии «представителем новой школы» («moderniores»). Его важнейшее юридическое сочинение – «Lectura in codicem Justiniani» (1314 г.). Именно Чино выдвинул утверждение, что знаменитая глосса о том, что «болонца нельзя судить по статутам Модены, потому что он им не подчинен», является добавочной, т.е. «неизвестный глоссатор, вероятно уже после Аккурсия, начертал глоссу. Глосса эта… позднейшего происхождения»[1]. По мнению Чино, глосса предлагает только решение вопроса, «как и когда статуты обязывают иностранца».

Чино Пистойский, подобно Данте, был ревностным защитником прав императора на верховную власть в Италии, узурпированную папами. Одновременно он принадлежал к «умеренному» постглоссаторскому направлению и признавал фактический суверенитет отдельных стран и городских общин. «Ставя к словам «все народы» ограничительное предложение, императоры желали указать, что их постановления обязательны лишь для тех народов, которые не только юридически, но и фактически им подвластны», – Чино почти дословно повторяет мысль Пьера Бельперша.

В связи с этим Чино интересовал вопрос об обязанностях императора, в частности, о преемстве договорных обязательств государей. Ученый ставил вопрос в такой форме: «Если Император заключил договоры с каким-нибудь городом или бароном, обязаны ли, как он сам, так и его преемники соблюдать их»? Чино утверждает, что соглашение должно быть соблюдаемо, если оно заключает в себе естественную законность и справедливость. Если император заключает договор с подданными в интересах общего блага, то такие договоры не должны нарушаться преемником. Кроме того, «они обязаны соблюдать, ибо нехорошо нарушать верность слову … естественные права убеждают, что договоры должны быть соблюдаемы и … честность обязательна даже для государя… Договор государя есть закон»[2].

Кроме того, Чино был убежден, что государство заинтересовано иметь добрых граждан, поэтому вправе наказывать их за

---

[1] *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.

[2] Цит. по: *Грабарь В.Э.* Вопросы международного права в юридических консультациях Балда.

правонарушения, совершенные за границей. Такие взгляды соответствовали потребностям международной жизни. Интенсивные внешние сношения приводили к тому, что государство не могло относиться безразлично к действиям своих граждан на чужой территории, ибо они могли невыгодно отразиться на международном положении данного государства. При этом Чино считал, что к правонарушителю должен применяться его отечественный закон, а не закон страны суда или места совершения правонарушения. Кстати, подсудность, по мнению Чино, бесспорно определялась началом территориальности. Компетентным всегда признавался суд места совершения правонарушения.

Вслед за Бельпершем Чино чрезвычайно отчетливо показал, что один и тот же вопрос должен решаться по-разному с точки зрения материального и коллизионного права[1]. В сфере конфликтного права ученый исследовал коллизионные вопросы деликтов, договоров и наследования по завещанию и по закону. Основное внимание ученого привлекали коллизии в области наследственного права.

Чино излагает следующий казус: в Болонье статут требует для завещания 10 свидетелей; во Флоренции действует римское право, т.е. нужно 7 свидетелей. Болонец составил завещание во Флоренции по местному (т.е. римскому) закону. Назначенный наследник предъявил завещание в Болонье, чтобы получить находящееся в этом городе имущество. Будет ли завещание признаваться действительным в Болонье? В данном случае сказать, что решает место заключения договора, нельзя, потому что это не договор, а завещание.

Для решения казуса Чино анализирует ответы своих предшественников – Вильгельма Дурантиса, Равиньи и Бельперша. «Дурантис уже говорил об этом, но по своему обыкновению… он привел разные мнения и не дал своего»[2]. Жак де Равиньи утверждал, что всегда надо придерживаться обычая места нахождения имущество, и потому наследник по завещанию получит флорентийское имущество, а болонское пойдет к наследнику по закону. Это утверждение вроде бы противоречит правилу, что «нельзя умереть с завещанием для одной части имущества и без завеща-

---

[1] См.: *Мережко А.А.* Наука международного частного права.
[2] Цит. по: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

ния для другой». Однако, по утверждению Чино, это правило писаного, единообразного права не применимо при разнообразии статутов. Ввиду такого разнообразия вполне возможно, чтобы флорентийское имущество отошло по завещанию, а болонское – по закону. Возможны и два завещания – одно по флорентийскому праву, другое – по болонскому.

В принципе, решение Равиньи поддерживает Пьер Бельперш – когда в обоих государствах действует общее право, то наследник по завещанию должен получить все наследство. Таким образом, по вопросу о форме завещания Бельперш утверждает действие lex rei sitae. Начало lex rei sitae регулирует и наследование по закону. Мнение Бельперша о переходе наследства по закону на основе lex rei sitae Чино принимает, поскольку в данном случае статут непосредственно касается имущества.

По вопросу о силе завещания с точки зрения формы Чино высказывает иное мнение, утверждая повсеместное признание lex loci actus. Чино не согласен с Бельпершем, а присоединяется к мнению «некоторых новейших юристов, что назначенный наследник имеет право на все имущество, т.е. и болонское, потому что решающее значение имеет закон места, где составлено завещание»[1]. Отдавая предпочтение lex loci actus перед lex rei sitae, Чино предлагает более взвешенное решение; но это решение еще не имеет принципиального значения, поскольку рассматриваемый случай подразумевает конфликт между римским правом и статутом. Статут отступает перед римским правом, как более авторитетным.

Исследование коллизионных проблем показывает Чино таким же трезвым практиком, какими были его предшественники – французы Равиньи и Бельперш. Точно так же, как и они, Чино постоянно апеллирует к римским текстам и мнению сведущих. Точно так же он не может отыскать в римских текстах коллизионных решений (просто потому, что их там нет!). Точно так же, как все его предшественники (и последователи), он сначала решает конфликтный казус сообразно разуму, справедливости и потребностям практики, а потом подыскивает оправдание своего решения в отдаленных римских аналогиях и мнениях «авторитетов». Точно так же Чино практически не приводит собственной аргументации – ведь его собственное мнение ничего не значит по

[1] Цит. по: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

сравнению с римским тестом и знаменитыми контроверзами! И точно так же сформулированные им коллизионные начала – это уже востребованные самой жизнью необходимые решения, которые можно обосновать исключительно требованиями практической жизни и тем безусловным научным чутьем, научной интуицией, которыми так щедро были наделены и сам Чино, и его собратья-постглоссаторы.

Самым замечательным предшественником Бартоло следует, конечно, считать Альберика да Рошате[1] (Альберико Рошате, Альберик-да-Розате – Albericus da Rosate в. Rosciate, Albericus Rosciatus, Albericus de Rosate; год рождения неизвестен, ум. 1354). Альберик да Рошате, младший современник Чино, ученик Ольдрадо и Рикардо Маломбры. Альберик – один из всех постглоссаторов, который не был университетским преподавателем; он юрист-практик – адвокат в Бергамо; принимал активное участие в редактировании статутов этого города. Возможно, именно в связи со своей практической деятельностью Альберик написал первую специальную монографию о столкновении местных законодательств (статутов) – «Opus statutorum». Эта монография получила большую известность; в работах многих авторов подчеркивается, что Альберик признается инициатором современного международного частного права[2].

В литературе XVI – XIX вв. господствовало суждение, что все юристы XIV в. повинны в злоупотреблении диалектикой. Это обобщающее отрицательное суждение представляется некорректным – Альберик да Рошате с большим одобрением рассказывал, как его профессор Рикардо Маломбра высмеивал французов Жака де Равиньи и Пьера Бельперша за их «старания передать юридическую науку при помощи силлогизмов, софизмов и диалектики». По мнению Альберика, ни древние юристы, ни глоссаторы Азо, Булгар, Мартин или Одофред никогда так не делали, они рассуждали на основании текстов, близких к предмету исследования. Всем, кто изучает право, необходимо идти путем древних юристов и старых учителей, придерживаться римских текстов, глоссы и

---

[1] *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права.

[2] См.: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права; *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений; *Мережко А.А.* Наука международного частного права.

мнений авторитетных ученых. Нельзя обращаться к басням, силлогизмам, софизмам, которые создают только видимость истины.

Альберик утверждал, что его современники-диалектики прибегают к «расчленениям на оформленное и форму, на субстанции и акциденции, и аргументируют силлогизмами… В этом повинны не только современные ученые и адвокаты; эта болезнь заразила и богословскую науку; даже проповедники, забывая о Священном писании, обращаются к фигурам, философам, поэтам и басням; студенты более рады послушать субтильности и силлогизмы, чем полезное и истинное, а профессора их в этом поощряют»[1]. В своих Комментариях к Дигестам Альберик писал, что этот «неправедный» путь юристам указали богословы XIII в. Он отметил сходство приемов, которыми пользовались канонисты и легисты – как первые «непочтительно» поступали с цитатами из Священного писания, так последние «непочтительно» поступали с цитатами из Юстиниановой кодификации. В литературе XIX в. Альберика называли последним «верным хранителем старины», имея в виду, что он был последним итальянским юристом, устоявшим против новых приемов изучения права (против диалектики)[2]. Возможно, антагонизм Альберика так резок именно потому, что победа уже очевидно была на стороне новаторов.

Диалектический метод был необходимым средством в руках юристов, которым приходилось изощрять свой ум в приспособлении норм римского права к своеобразию действительной жизни. Удачное приспособление было возможно только при помощи свободного толкования римских норм и смело построенных умозаключений. Постглоссаторская юриспруденция широко пользовалась этими средствами. Комментаторы обращались с текстом римского права совершенно свободно, подбирая цитаты в подкрепление своих новых догматических построений, о которых римские юристы не имели никакого представления. Благодаря удачному подбору римских текстов, новые институты и теории, порожденные реальной действительностью, получили в глазах юристов правовой авторитет римской старины.

Как это ни парадоксально, Альберика тоже причисляют к диалектикам. Действительно, несмотря на свое отрицание этой методики, он разрабатывал право диалектическим методом, как и

---

[1] Цит. по: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.
[2] См.: *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.

большинство его современников. Однако «в этом не было ничего смешного или бесплодного; чтобы работа их сводилась к пустому формализму, чтобы они за покровом логических форм не замечали вовсе живых правоотношений, чтобы они различали и расчленяли только потехи ради, — это, когда в этом упрекают таких юристов, как да Рошате и Фабер, Бартол и Бальд, совершенно неверно»[1].

В сфере МЧП внимание Альберика главным образом привлекали конфликты о силе завещаний, о договорах и о праве наследования по закону, т.е. коллизионные вопросы в области договорного и наследственного права. Кстати, вопросы о форме завещания и о наследствах он называл «красивыми», «прекрасными». Как у всех предшественников Бартоло, исследование Альберика – это исследование конкретных казусов.

Купец из Бергамо, находясь по торговым делам в Венеции, там заболел и составил завещание по венецианскому статуту (завещание действительно при двух свидетелях). Купец умер в Венеции, его завещание было доставлено в Бергамо. Альберик задает вопрос: будет ли завещание признано действительным в Бергамо, по статуту которого требуется 7 свидетелей (такое же требование закреплено и в римском праве)? Как и все его современники, прежде всего ученый цитирует мнения других юристов, которые, естественно, опираются исключительно на римские тексты.

Мнение первое: завещание действительно, потому что «родилось в месте своего написания».

Мнение второе: завещание не имеет силы, потому что: статут обязателен только для подданных; в силу юридической фикции нельзя признать, что завещание составлено в Венеции, так как завещатель был там только временно (находился лишь «физически»), а «мысленно» он находился в Бергамо; не все живущие в Риме могли завещать как римские граждане, а только те, кто носил римскую тогу; обычай о смягчении завещательных форм применим только к жителям тех местностей, где грамотные люди – это редкость, т.е. только деревенские жители могут составлять завещания, противные общему праву[2].

---

[1] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

[2] Кстати, эта же самая норма императорской Конституции, разрешающей неграмотным жителям деревни совершать завещания по своим местным обычаям, другими комментаторами приводится в доказательство прямо противоположного положения – завещания, составленные по законам страны, где они совершены, должны быть повсеместно признаны действительными. См.: *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений.

Альберик поддерживает первое мнение, т.е. что завещание действительно. Он не приводит никаких собственных соображений в пользу такого решения, аргументируя его только ссылкой на мнение Чино: «Как акт о дарении может быть явлен и не в том месте, где находятся даримые вещи, так может быть принят во внимание и статут места составления завещания, хотя бы вещи находились в другом месте»[1]. Таким образом этот «прекрасный» вопрос Альберик решил в пользу lex loci actus. Мотивация подобного подхода – только перечень римских законов, на которые ссылаются как сторонники, так и противники применения lex loci actus.

Одновременно Альберик задается вопросом: имеет ли силу статут или обычай, по которому признается действительным завещание при двух свидетелях, т.е. устанавливающий меньшие требования, чем римское право? Нужно подчеркнуть, что отвечая на этот вопрос, Альберик рассуждает как самый убежденный диалектик. Ученый снова группирует аргументы «за» и «против», подтверждая их выдержками из римских текстов и мнениями других юристов. Аргументы «против»: 1) завещание ничтожно по римскому праву: обычай имел бы значение при отсутствии закона, а в данном случае закон есть и постановляет противоположное; 2) это рискованный и нерациональный обычай, потому что присутствие многих свидетелей требуется для предупреждения подлогов; 3) римское право прямо осуждает такой обычай, поэтому допускает его только в местностях, где практически нет грамотных людей; 4) нельзя утверждать, что обычай соответствует древнейшему порядку, потому что институт завещания введен цивильным правом, которое установило его форму и обряд 7 свидетелей.

Аргументы «за»: 1) обычай разумен, потому что осуществляется воля завещателя, т.е. полностью соблюдаются субъективные права; 2) сила и эффект завещания зависят не от числа свидетелей, а от того, насколько оно соответствует воле самого завещателя; 3) обычай воспроизводит древнее число свидетелей и отвечает природе вещей; 4) такие завещания признаются по каноническому праву.

Особо Альберик выделяет мнение Якова де Арепа (профессор в Падуе (1266) и в Неаполе (1296)), который ставил действительность обычая в зависимость от разрешения императора. Сам по

---

[1] Цит. по: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

себе это плохой обычай, потому что требование 7 свидетелей установлено во избежание подлогов; но если обычай введен с согласия императора, в силу дарованной Венеции специальной привилегии, то он имеет силу[1].

Сам Альберик считал, что в данном случае необходимо прибегнуть к различениям (типично диалектический прием): если обычай касается предмета, не предусмотренного законом, то он имеет силу при условии разумного характера и давности применения; если предмет обычая законом предусмотрен, то опять нужно различать: он не имеет силы, если закон его прямо отвергает; он имеет силу, если император его подтвердил.

Если обычай противоречит закону, дозволяя то, что законом запрещено, то нужно посмотреть, что чему предшествует (опять типично диалектический прием): если обычай сформировался раньше, то он силы не имеет, потому что «закон последующий отменяет закон предыдущий»; если обычай сформировался позже, то он имеет силу, но отменяет закон в только данной местности, а не в какой-либо другой. Однако и в этом случае обычай только тогда имеет силу, если он разумен и «не вводит в грех».

Альберик приходит к выводу, что венецианский обычай составлять завещание в присутствии всего 2 свидетелей имеет чрезвычайно разумный характер. Этот обычай введен для того, чтобы облегчить купцам составление завещаний, не отрываясь от своих дел. Он действителен, даже если император ничего о нем не знал, потому что он и сам бы допустил такое правило ради пользы своих подданных. Объяснение рациональности венецианского обычая, допускающего завещание с 2 свидетелями, предложенное Альбериком, основано исключительно на практических соображениях. По мнению М.И. Бруна, Альберик добавляет к своему решению «немного диалектики относительно пользы, которой желает Император для своих подданных…это так невинно и так малозначительно по сравнению с той тонкостью юридического чутья, которая помогает ему угадывать наиболее целесообразные решения»[2].

Создается ощущение, что Альберик боится высказывать свои собственные аргументы, выстраивать собственные теории. Он убежден в своей безусловной обязанности следовать римским текстам и мнениям «сведущих». Между тем, юриста-практика

---

[1] См.: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.
[2] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

Альберика интересовали и теоретические проблемы. Это хорошо видно на примере его исследования «часто встречающегося вопроса», обозначенного в знаменитой глоссе к Конституции «Cunctos populos», которая стала отправной точкой первых теорий международного частного права. В Модене житель Болоньи предъявил иск к моденцу; статуты истца, ответчика и судьи разные; какой из них является компетентным?

Альберик отрицает применение статута ответчика, потому истец не является подданным этого статута, для него статут необязателен. По той же причине не может быть компетентным и статут истца – он не обязателен для ответчика. Следовательно, нужно применить статут судьи. Это подтверждается и римскими текстами. При этом Алъберик совершенно точно замечает, что все эти тексты касаются только процессуальных вопросов и предполагают, что обе стороны подчинены одному и тому же муниципальному праву. Вслед за другими «докторами» он проводит различие между процессом и существом дела: для процесса компетентен статут места суда, для существа спора – статут места совершения договора. Альберик прямо поясняет, что он имеет в виду место исполнения договора, а не его заключения (как Пьер Бельперш). Альберик да Рошате первым сформулировал принцип lex loci solutionis, который в XIX веке был предложен Ф.К. фон Савиньи и до сих пор встречается в законодательстве (ст. 834 ГК Вьетнама 1995 г.).

Сформулированный принцип lex loci solutionis Альберик применяет к следующему казусу: по статуту Модены муж по смерти жены теряет все приданое; по статуту Реджо – только половину. Моденец женился на реджанке; брачный договор был заключен в Модене. В случае смерти жены муж обещал возвратить приданое в Реджо. В этом случае решает статут не Модены, а Реджо, потому что исполнение назначено в Реджо и нужно фингировать, что здесь же был заключен и сам договор[1].

Однако слава Альберика де Рошате зиждется на разрешении другого «прекрасного» вопроса – вопроса о наследовании по закону[2]. Наследодатель имеет имущество, находящееся в разных странах. Право какой страны надлежит применять для наследования по закону: право места происхождения наследодателя (lex

---

[1] См.: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

[2] См.: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права.

originis) или право места нахождения имущества (lex rei sitae)? Альберик опять приводит различные мнения и подчеркивает, что общего решения нет: одни стоят за применение lex originis, другие – за применение lex rei sitae. Сам он считает, что следует отдать предпочтение национальному принципу, но именно закону места происхождения наследодателя, а не закону его места жительства или места смерти. Только когда закон места происхождения не известен, можно применить закон места смерти наследодателя: «Наследство ab intestato должно переходить не по lex rei sitae и не по закону места, где наследодатель умер, а по lex originis, по закону страны его происхождения»[1].

По мнению Альберика, сторонники применения lex originis думают, что решает закон места смерти наследодателя. Это мотивируется тем, что наследники ab intestato получают наследство в силу молчаливой воли наследодателя; по римским текстам воля завещателя определяется местом, где сделано распоряжение. Данное правило следует применять и к молчаливым распоряжениям. Сам Альберик считает более правильным держаться закона места происхождения, поскольку наследник уподобляется кредитору, требование которого погашается вследствие слияния его личности с личностью должника-наследодателя. Такую мотивацию А.Н. Мандельштам называет «очень странной»[2]. Аргументы Альберика наглядно демонстрируют, что постглоссаторы сначала решали вопрос интуитивно, исходя из природы вещей, логики права и потребностей практики, и только потом искали себе оправдания и теоретические обоснования в отдаленных аналогиях римских текстов.

Декларируя применение национального принципа, Альберик высказывается за решение, которое является теоретически наиболее правильным. Подчинение всех вопросов наследования по закону одной коллизионной привязке – личному закону наследодателя – в настоящее время признается оптимальным способом регулирования. Такое решение закреплено во многих современных кодификациях МЧП (ст. 46.1 Закона Италии о реформе МЧП 1995 г., ст. 28 ГК Греции 1940 г.). Правда, современное регулирование понимает личный закон наследодателя как закон его домицилия или

---

[1] Цит. по: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права.

[2] *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права.

гражданства на момент смерти. Трактовка lex originis, предложенная Альбериком, современным законодателем не принята.

Старший современник Бартоло Жан Фабер (Иоанн Фабер, Жан Фабр, Жан Фор – Jean Faure, Johannes Faber; год рождения неизвестен, ум. около 1340 г.) – родился в Ангулеме (южная Франция); был профессором в Монпелье, затем – адвокатом в Ангулеме. П.Л. Карасевич называет Фабера одним из лучших практиков и знатоков французского обычного права[1]. Около 1328 г. он собрал старинные обычаи Ангулема и включил их в свои комментарии к Институциям и Кодексу Юстиниана. Наиболее известная работа Фабера – «Brevarium in Codicem».

В «Brevarium in Codicem» Фабер выступает одновременно как публицист и как юрист, интересующийся вопросами конфликтов законов. Эта работа интересна еще и тем, что в ней хорошо видно, насколько коллизионные вопросы имели в то время «второстепенное значение: они как бы лежали в стороне от большой дороги, по которой шла юридическая мысль эпохи»[2]. Как публицист Фабер является крайним диалектиком; как коллизионист он выступает скромным практиком. Его комментарий к Конституции о вере в Святую Троицу начинается с доказательства независимости отдельных государств от власти германо-римского императора.

Среди постглоссаторов Фабер принадлежал к новаторскому, националистическому направлению, признававшему юридическую силу фактической множественности суверенных государств. Ссылаясь на обычай, он высказывался против всемирной власти императора: «Я не думаю, чтобы Император имел, на основании общего права, власть вне тех пределов, в которых ему повинуются»[3]. В доказательство своего тезиса Фабер приводит масштабные, своеобразные и любопытные аргументы. Как положено, основные доказательства – это мнения «сведущих», выдержки из Священного Писания и римские тексты. Аргументацию Фабера можно представить в виде следующей схемы.

*Аргумент* – некоторые утверждают, что хотя власть императора фактически распространяется не на всех, юридически император должен властвовать над всеми; он только не хочет, чтобы его законы распространялись на тех, кто ему фактически не повинуется.

---

[1] См.: *Карасевич П.Л.* Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. М., 1875. [Электронный ресурс РГБ.]
[2] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.
[3] Цит. по: *Ященко А.* Международный федерализм.

*Контраргумент* – церковная область не подвластна императору не только фактически, но и юридически.

*Аргумент* – здесь речь идет о специальном случае – светская власть церкви установлена Богом, потому что и у еврейского народа она была раньше, чем возникла империя у язычников.

*Вывод* – все юридически подвластны Римской империи. Если кто-либо объявляет себя независимым от императора, то это должно быть оправдано или давностью, или концессией со стороны императора.

*Контрвывод* – ссылка на давность юридически недопустима, а концессия не может быть обязательна для преемника императора. К тому же император есть администратор, и потому он не может произвести отчуждения чего-либо от империи.

Таким образом Фабер доказывает, что для независимости отдельных государств должно быть какое-либо иное основание. Это основание он видит в том, что по общему праву избрание государя принадлежит народу; только народ может дать права избранным царям. Освобождение от власти римлян было вполне дозволено – как явствует из хроники, эта власть была насильственно узурпирована Юлием Цезарем. Всякому позволено самому восстановить свое право, если этого нельзя сделать при помощи высшей власти. Бог дозволил учредить империю, но источником власти и распорядителем остался народ. «В Божьих делах нет ничего нерационального и ничего злого; если бы римские императоры были от Бога, а не насильники и узурпаторы, то не было бы среди них настолько больше злых и глупых, чем добрых и мудрых. Писания свидетельствуют о том, как много святых и мудрых они перебили»[1].

Фабер утверждает, что ни юридически, ни фактически народы императору не подвластны. Те, кто сопротивляются императорам, обнаруживают высокий дух. Одновременно они доказали свое бессилие и трусость, потому что прошло уже столько времени, а им не удалось восстановить свое право и заставить императоров подчиниться. При этом Фабер признает, что некогда в силу общего права императоры имели основание властвовать над всем миром; но теперь, с дозволения Бога, империя раздавлена. Народы поставили других королей и государей, а именно народам принадлежит и право избрания, и право свержения государей[2]. Общий вывод – император ничего не может за пределами страны, где ему повинуются.

---

[1] Цит. по: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

[2] Просто поразительно, насколько эти слова, написанные в 1328–1340 гг., актуальны в 2011 г.!

М.И. Брун считает, что вся «эта тяжелая артиллерия диалектических доказательств нужна была автору, чтобы заключить, что статут необязателен для неподданных»[1]. Диалектические рассуждения заканчиваются в тот момент, как только Фабер от политических вопросов переходит к исследованию конфликтов законов. Круг интересующих Фабера проблем шире, чем у его предшественников. Ученого занимают коллизии в сфере деликтов, договоров, процесса, вещных и наследственных прав.

В области деликтов Фабера интересует вопрос об ответственности иностранца за проступок, совершенный на чужой территории. Если иностранец знал о статуте, он, безусловно, должен нести ответственность. Более сложная ситуация возникает, если иностранец о статуте не знал. Фабер приводит мнения «сведущих»: Динус (итальянский постглоссатор, профессор в Болонье; умер после 1298 г.) считал, что иностранец несет ответственность, если запрещенное статутом деяние было не дозволено само по себе (т.е. запрещено по общему праву); в противном случае статут для него необязателен; Жак де Равиньи полагал, что иностранец несет ответственность и в случае незнания статута, если этого требует общественная польза.

Сам Фабер решает, что иностранец, нарушивший статут по незнанию о запрещении, вообще не должен нести ответственность, за исключением своего грубого поведения.

По вопросу обязательности статута для договора, заключенного иностранцем, Фабер вслед за своими предшественниками проводит различие между материальными и процессуальными последствиями договора, т.е. между нормами материального и процессуального права. Материальные последствия регулирует закон места заключения договора; все процессуальные вопросы подчиняются закону страны суда. Кроме того, Фабер подробно разбирает вопрос о конфликте процессуальных правил писаного права и привилегий Парижского или Орлеанского судов, упоминая об особой практике французской курии.

Все предшественники Фабера интересовались коллизионными вопросами вещного права только в связи с наследственными или брачно-семейными отношениями. Фабер был первым, кто специально исследовал случай, когда статут касается не проступ-

---

[1] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

ка и не договора, а вещи. Он пришел к выводу, что в ситуации спора о праве выкупа проданной вещи компетентен lex rei sitae. Далее ученый разбирает казус: лицо проживает в одном месте, но имеет владения в другом месте, где действует римский обычай «о хлебе на корню»; обязателен ли для него этот обычай? Фабер отвечает: да, поскольку обычай касается вещи. Решение было бы иным, если бы обычай касался только личности. По мнению М.И. Бруна, такой ответ представляет исторический интерес: в нем зародыш будущей теории статутов[1].

По существу, различие между реальными и личными статутами впервые встречается именно у Фабера в его «Brevarium in Codicem». Бартоло, общепризнанный основоположник итальянской теории статутов, был знаком с трудами Фабера и с похвалой отзывается о них в первых строках своего комментария к Кодексу. Фаберовские личный и реальный статуты фигурируют и при ответе на вопрос о разграничении судебной компетенции: какой судья компетентен в случай нарушения статута? Если речь идет о реальном статуте, то компетентен судья по месту нахождения вещи; если речь идет о личном статуте – судья домицилия.

Наследственные коллизии также входят в сферу интересов Фабера. Как быть, если завещание составлено в месте действия одного статута, а наследственное имущество, расположено в месте, где действует другой статут? Отвечая на этот вопрос, Фабер соглашается с решением Вильгельма Дурантиса, но считает, что тот «не стоит на твердых ногах» (т.е. не уверен в правильности своего мнения и не может обосновать его доказательно обосновать). В обоснование собственного решения Фабер ссылается на сложившуюся практику: «Некто держит феод в пределах кастеллании, где один обычай относительно наследования, от господина другой кастеллании, где обычай другой; и вся юрисдикция в упомянутом феоде принадлежит господину… Решает… обычай места, где феод; вассал должен считаться членом той кастеллы, от которой он держит феод»[2].

Таким образом, по мнению Фабера, форма завещания подчиняется lex loci actus, но по вопросам раздела имущества и порядка наследования компетентен lex rei sitae.

---

[1] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.
[2] Цит. по: *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.

Фабер не обосновывал свои решения какими-либо теоретическими рассуждениями. Его аргументы – это традиционные ссылки на римские и канонические тексты, на мнения других юристов XIII и XIV вв., иногда – на местные обычаи и сложившуюся практику. Он предлагает собственные решения, «руководствуясь чутьем юриста, а не вкусами школьного философа». Большинство построений Фабера будет воспринято будущими теоретиками конфликтного права, но сам он не опирается на какую-либо теорию. Такое положение вещей естественно для первой половины XIV в. – коллизионые вопросы имели практическую, житейскую значимость, но судебная практика в этом отношении была крайне скудна, а правители (законодатели) и вовсе не интересовались регулированием частных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Вопросы конфликтов разнонациональных законов еще не были настолько актуальны и востребованы, чтобы пробудить теоретическую мысль, привести к формулированию обобщений и принципов.

***

Вплоть до Бартоло да Сассоферрато никто из его предшественников не смог (и даже не пытался) построить какую-либо теорию коллизионного права. Тем не менее, предшественники Бартоло заложили основание теории статутов, первой научной теории МЧП, единолично господствовавшей почти пятьсот лет. Постглоссаторам, «собственно, и принадлежит честь начала разработки доктрины статутов»[1]. Благодаря переработке римского наследия средневековыми юристами эта доктрина (в начале своего развития) содержала сильные элементы христианского универсализма и одновременно отличалась казуистичными и схоластичными методами интерпретации. Своего расцвета теория статутов достигла именно тогда, когда доктрина школы постглоссаторов развилась в полной мере; их теория статутов «впоследствии также стала методом частного международного права»[2]. Согласно этой все статуты должны быть классифицированы по видам, а затем для каждого вида должен быть установлен коллизионный принцип, т.е. коллизионные принципы следовало устанавливать,

---

[1] *Краснокутский В.А.* Международное частное право. М., 1910; *Казанский П.Е.*Учебник международного права, публичного и гражданского. Одесса, 1902.
[2] *Kalensky P.* Trends of private international law. Prague, 1971.

исходя из содержания соответствующих материальных норм гражданского права[1].

Бельгийский ученый XIX в. М. Лоран видел в работах постглоссаторов тенденцию считать все статуты личными. Эта тенденция восторжествовала в итальянской школе XIX в. и составила «главную славу» предшественников Бартоло: «Врожденные враги феодализма – юристы ломбардских городов, сделались защитниками личного статута, который они потом, конечно, пытались основать на римском праве, источнике всякой истины»[2]. Французский профессор А. Лэне утверждал, что итальянские юристы XIII–XIV вв. не имели никакой системы, а разрешали каждый отдельный случай согласно справедливости природе вещей; различие личных и реальных статутов было для них только одним из многих других подразделений[3]. Для самого А. Лэне высшим выражением справедливости является регулирование личного статуса иностранца по его национальному закону; и заслугу «итальянской доктрины» он видел в том, что она вела к этому идеалу. В австрийской литературе начала XX вв. было высказано мнение, что постглоссаторы исходили из идеи личной свободы и придавали особое значение правовой сфере личности[4].

В исследованиях XIX – начала XX вв. встречается утверждение, что первая теория «настоящей коллизии» была создана постглоссаторами, которые все законы делили на три группы статутов: statuta personalia, realia и mixta, соответственно тому, касаются ли права, охраняемые этими статутами, личности, ее имущества или других отношений[5]. В настоящее время уже общепризнанно, что это не так, – Жан Фабер провел только первое различие между реальными и личными статутами; теоретическое их построение впервые предложил Бартоло; класс смешанных статутов ввел в научный оборот д'Аржантре (XVI в.). В трудах предшественников Бартоло можно найти только зародыш теории статутов. Впоследствии эта теория, основанная постглоссаторами, из Ита-

---

[1] См.: Международное частное право: современные проблемы / отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1994.
[2] Цит. по: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права.
[3] *Laine A.* Introduction au droit international prive. P., 1888.
[4] *Dnistrjanskyi S.* Zur Geschichte und Theorie des Internationalen Privatrechts. Wien, 1929.
[5] *Брокгауз и Эфрон.* Энциклопедия.

лии проникла во Францию, Германию, Бельгию и Голландию. Во Франции данная доктрина господствовала до составления Кодекса Наполеона; голландские статутарии оказали огромное влияние на английскую и американскую юриспруденцию.

Постглоссаторы – предшественники Бартоло сформулировали целый ряд коллизионных принципов, присутствующих в современном законодательстве: lex fori, lex domicilii, lex loci actus, lex rei sitae, lex loci contractus, lex loci solutionis. В их трудах можно найти первые мысли о праве субъектов договора самим выбирать компетентное законодательство. Правило locus regit actum было выработано постглоссаторами специально для формы завещания, а затем распространено на все юридические акты. Коллизионное начало lex loci actus родилось как «favour», т.е. как благодеяние, уступка иностранцу в его интересах; по своему историческому происхождению оно имело факультативный характер[1]. Иностранец не был обязан руководствоваться местными законами о форме актов, он имел выбор между своим национальным и местным правом.

Прогрессивный характер конфликтных решений постглоссаторов лучше всего проявляется в сфере обязательственного права. Оптимальным образом потребностям роста коммерческих контактов соответствует применение «принципа индивидуальности к случаям, вовлекающим правоспособность договаривающихся сторон; то же самое было верно для законности права места заключения контракта»[2]. Применение к вопросам формы контрактов начала lex loci actus способствовало формированию гарантий, что коммерческая сделка заключена в надлежащей форме, и ее законность не может быть оспорена по формальным признакам.

Экономическая потребность требовала индивидуальных решений конфликтов и в то же время – установления коллизионных критериев, применимых ко всем типам отношений. Экономическая потребность объективно диктовала утверждение коллизионного принципа, который обеспечивал, что контрактами нужно управлять согласно закону места их заключения; личный закон контрагентов при этом не должен иметь значения. Применение lex loci contractus и lex loci solutionis способствовало установлению доверия между субъектами договора. Данные коллизионные

---

[1] См.: *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909.
[2] *Kalensky P.* Trends of private international law.

начала были сформулированы и развиты постглоссаторами. Текст, на котором постглоссаторы основывали свои аргументы – это два фрагмента из Дигест: «Si fundus» (Диг. 21. 2. 6) и «Contraxisse» (Диг. 44. 7.21)[1].

Во многом благодаря постглоссаторам принципы lex loci contractus и lex loci solutionis, независимые от личного статута сторон, закрепились в судебной практике того времени. Как только это произошло, реалии объективной действительности привели к утверждению нового принципа, возникшего из необходимости подчинения иностранцев процедурному закону страны суда вне зависимости от возможного заявления иностранного закона. Таким образом в международных коммерческих контрактах была проведена четкая грань между существом дела и формой слушаний, и созданы категории независимого материального закона, определенного *ad litem decidendam*, и процедурного закона *ad litis ordinationem*.

Средневековых юристов занимала и проблема методов применения судами иностранного права. В трудах постглоссаторов был сформулирован вопрос: чем должен руководствоваться суд при установлении содержания и применении иностранного закона – теми же процессуальными правилами, которые он использует в отношении законов своей страны, или правилами процесса, которые относятся к порядку установления фактических обстоятельств дела[2].

Постглоссаторами были сформулированы и основы теории о публичном порядке. Основным принципом, вдохновлявшим этих ученых, был принцип справедливости или природы вещей. Чаще всего справедливым им казалось такое решение, которое соответствовала цели или воззрениям данного территориального закона. По мнению А. Лэне, в этом учении заложены зачатки теории о публичном порядке[3].

Сам термин «публичный порядок» впервые на законодательном уровне появился только в Кодексе Наполеона 1804 г., однако категория «публичный порядок» своим появлением в инструментарии МЧП обязана трудам постглоссаторов[4]. В римском праве не существовало такого основания недействительности правоот-

---

[1] *Kalensky P.* Trends of private international law.
[2] См.: *Тимохов Ю.А.* Иностранное право в судебной практике. М., 2004 // СПС «КонсультантПлюс».
[3] См.: *Laine A.* Introduction au droit international prive.
[4] См.: *Гасымов С.З.* Недействительность сделок в международном частном праве. Дис… канд. юрид. юрид. наук. М., 2009.

ношений, как публичный порядок; в этом качестве использовалось нарушение добрых нравов. На основании римских текстов ученые XIII–XIV вв. сформулировали правило о недействительности сделок, направленных на «чрезмерное стеснение свободы личности должника или имеющих своей целью принудить его к принятию такого решения, которое должно быть выражением лишь собственного свободного убеждения»[1]. Это правило было воспринято в качестве постулата законодательством и судебной практикой европейских стран. Со времен постглоссаторов противоречие добрым нравам рассматривалось как безусловное основание для отказа в применении иностранного закона. Концепция добрых нравов стала предтечей теории публичного порядка и заложила ее основные принципы.

Постглоссаторы – предшественники Бартоло – являются основоположниками теории прикрепленности – первой из четырех главных идей, сформулированных юридической мыслью в поисках ответа на вопрос о причинах придания юридического значения иностранным правовым нормам[2]. В основе этой теории лежит представление, что нормы права прикреплены к объектам. Эта прикрепленность представляет собой качество, присущее праву как таковому, т.е. выступает как всеобщая закономерность. Национальное право должно (или не должно) придавать юридическое значение иностранным правовым нормам в зависимости от того, к какому предмету материального мира эти нормы прикреплены. Человек обладает способностью физически перемещаться из страны в страну, с ним перемещаются и прикрепленные к нему правовые нормы; следовательно, они должны приобретать юридическое значение в другой стране. Нормы права, прикрепленные к вещи, этим качеством не обладают, поскольку сами вещи в принципе не переезжают из страны в страну. Такие нормы не могут получить юридическое значение в другой стране. В XIII–XIV вв. утвердилось мнение, что нормы права непосредственно прикреплены к предметам материального мира.

Конструкция непосредственной прикрепленности основывалась на том, что правовую норму к предмету прикрепляют юридические

---

[1] *Афанасьев Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: *Рубанов А.А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.

по своей природе факты. Прикрепленность правовых норм к предметам материального мира – это нечто само собой разумеющееся. Здесь хорошо видно, что постглоссаторы воспринимали право как явление природы, стоящее на одном уровне с ее другими реальностями. Прикрепленность выступает как одна из разновидностей связей между всеми явлениями природы, и каждая норма воздействует на какой-либо предмет, оказываясь прикрепленной к нему («теория воздействия»). Кроме того, некоторые предметы порождают нормы права, что и создает их прикрепленность («теория порождения»)[1]. Вообще нормы права порождаются не человеком, а только вещами, причем недвижимыми. Для средневековых юристов мысль, что недвижимость обладает особой «правосоздающей» силой, была естественной, само собой разумеющейся.

Вслед за глоссаторами постглоссаторы рассматривали воздействие нормы права на предмет как явление, однопорядковое с физическим воздействием предметов друг на друга. В XIII–XIV вв. в юриспруденции было воспринято и развито представление, что воздействие правовой нормы способно переходить с одной вещи на другую, с ней связанную. Постглоссаторы вообще были убеждены, что все предметы материального права (в том числе человек) взаимосвязаны. Это выражено, в частности, в формуле «Глоссы»: «Движимое имущество приковано к костям». Данная связь присутствует, безусловно, в отношениях между документом, содержащим завещание, и наследственной массой. Это иллюстрирует утвержденная постглоссаторами юридическая сила завещания, составленного по местному статуту при участии 4 свидетелей (хотя по римскому праву было необходимо 7 свидетелей): «Статут воздействует на само завещание... и эффект как следствие переходит с завещания на все вещи»[2].

Постглоссаторы – авторы теории прикрепленности были юристами, средневековыми по своему мировоззрению. Они объективно не могли исходить из общих философских идей, а сама идея о прикрепленности правовых норм к предметам материального мира была вполне в духе того времени. Человек в современном им мире был прикреплен разветвленной сетью связей к земле, сеньору, общине, цеху, гильдии, церковному приходу. К это-

---

[1] См.: *Рубанов А.А.* Теоретические основы международного взаимодействия.
[2] Цит. по: *Рубанов А.А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем.

му постглоссаторы добавили прикрепленность людей и вещей к нормам права[1]. При этом концепция прикрепленности не давала постглоссаторам твердых критериев для решения главного практического вопроса: какая норма к какому конкретному предмету прикреплена? Отсутствие этого ориентира приводило к полностью субъективным, подчас сиюминутным решениям по вопросам юридической силы и применения норм иностранного закона. Однако для постглоссаторов мысль о прикрепленности отнюдь не была догмой, способной дать ответ на любые вопросы.

Заключить настоящее исследование хотелось бы словами известного австрийского исследователя международного частного права Ф. Мейли. В статье, посвященной анализу учений Вильгельма Дурантиса, Жана Фора и Альберика да Рошате, он написал следующее: «В свежих и полных силы красках они освещают те трудности, которые преподносила тогдашняя жизнь. И я уверен, что в их рассуждениях можно найти много «золотых зерен», которыми мы не должны пренебрегать. В этой школе мы всегда можем почерпнуть необходимое вдохновение, которое откроет нам и современность, и будущее»[2]. Ф. Мейли советует современным юристам обратиться в школу постглоссаторов, так именно благодаря этим ученым применение иностранного права в определенных случаях впервые было признано правовой обязанностью государства.

**Библиографический список:**

1. *Звеков В.П.* Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.
2. *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. Пг., 1915.
3. *Вольф М.* Международное частное право. М., 1948.
4. *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений. Юрьев, 1901.
5. *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. СПб, 1900 // СПС КонсультантПлюс.
6. *Мережко А.А.* Наука международного частного права. Киев, 2006.
7. *Тарановский О.В.* Энциклопедия права. Рига, 1923.

---

[1] *Галлимуллина С.К.* Применение иностранного права в международном частном праве: теория, законодательство и судебная практика Российской Федерации. Дис… канд. юрид. наук. Казань, 2006.

[2] *Meili F.* Uber das historische Debut der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechts // Bohm's Zeitschrift fur internat. Privat und Strafrecht. 1899. Bd. IX. [Электронный ресурс РГБ.]

# Американские доктрины коллизионного права в кодификациях международного частного права Квебека и Луизианы[1]

**Луизиана, Квебек, международное частное право, кодификация, коллизионные нормы, доктрина права, автономия воли, обратная отсылка, источники права**

***В. В. Морозова***

***аспирант кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права НИУ «Высшая школа экономики»***

Британская академическая традиция в целом, и философия права, в частности, сформировались под влиянием идей Фрэнсиса Бэкона (1561–1626), Джона Локка (1632–1704) и Томаса Гоббса (1588–1679). Все эти мыслители считали приоритетным средством постижения истины прежде всего опыт и индуктивное мышление. Верность суждения о той или иной проблеме, учили классики английского эмпиризма, зависит от постижения как можно большего количества ее деталей и особенностей, выясняемых путем активного воздействия на исследуемый материал, т.е. собственно путем эмпирического опыта.

Исторически вполне обоснован тот факт, что данная методика перешла в правовую доктрину США, а потому неизбежно повлияла на развитие права в сопредельных США государствах. Влияние и взаимопроникновение философской и юридической мысли тема сама по себе чрезвычайно интересная; однако в некоторых случаях она приобретает и дополнительные особенности. В связи с этим хотелось бы рассмотреть проблему формирования различных доктринальных школ международного частного права (далее – МЧП) в Новом свете и их преломление в правоприменительной практике на примере двух известных анклавов континентального влияния – Квебека (Канада) и Луизианы (США).

---

[1] Исследовательский проект № 10-04-0019 «Современная кодификация международного частного права» по конкурсу «Учитель – ученики» 2010–2011 гг. выполнен при поддержке Программы «Научный фонд ГУ–ВШЭ».

## *Основные коллизионные учения Нового Света в исторической перспективе их развития*

Прежде всего, следует отметить, что первая доктринальная работа, посвященная коллизионному регулированию и конфликтам законов, появилась в Новом свете в 1828 году. Ее автор Сэмюэль Ливермор (1786–1833)[1] принадлежал к поколению тех юристов, которые одними из первых стали американскими юристами в полном смысле этого слова, получив образование не в метрополии, а в пределах суверенной родины. Окончив Гарвард в 1804 г. и получив статус адвоката, С. Ливермор посвятил жизнь не только юридической практике в Новом Орлеане, но и научной деятельности. Не сделав формальной академической карьеры, он тем не менее заложил основы американской доктрины коллизионного права. С. Ливермор почти всю жизнь провел в Новом Орлеане и сталкивался в своей практике в основном с луизианским правом. Потому неудивительно, что его труд «Размышления о вопросах, вытекающих из противоречий между позитивными законами различных стран и народов»[2] (как и позитивное право Луизианы) отражает влияние французской правовой традиции и фактически воспроизводит основные начала европейской теории статутов[3].

Преемника С. Ливермора в доктрине коллизионного права, Джозефа Стори (1779–1845)[4], многое объединяло с новоорлеанским юристом. Также закончив Гарвард, Дж. Стори принадлежал к тем, кого условно можно назвать «новой американской аристократией». Его отец, которого Дж. Стори глубоко уважал на протяжении всей жизни и смерть которого пережил с большим трудом, принадлежал к организаторам и участникам Бостонского чаепития. Сам Джозеф впоследствии твердо стоял на позициях антифедералистов-республиканцев, сторонников Т. Джефферсона.

Конфликт между республиканцами и федералистами имел не только внутреннее, но и внешнеполитическое измерение, в том числе, и с правовой точки зрения. Федералисты, поддерживая Британию в борьбе против революционной, а впоследствии – и

---

[1] http://www.nh.gov.ru
[2] *Livermore S.* Dissertations on the Questions which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States & Nations. New Orleans, 1828.
[3] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 10.
[4] http://www.michaelariens.com

против наполеоновской Франции, настаивали на сохранении «в чистоте» принципов англосаксонской системы права. Республиканцы, напротив, с энтузиазмом относились к континентальному влиянию. Дж. Стори, своеобразный юридический рупор республиканской партии, в своих трудах также обращался к европейскому наследию. Особым вниманием с его стороны пользовалось учение о международной вежливости (comitas).

Перед Дж. Стори стояла неординарная задача. Продолжая линию С. Ливермора по части уважения континентальных традиций, он отверг возражения С. Ливермора против comitas – и совершил принципиальный доктринальный скачок. Джозеф Стори впервые связал международную вежливость с позициями утилитаризма[1], поставив во главу угла ее практические и экономические свойства. Невозможность дать четкое легальное определение comitas не являлась для Дж. Стори поводом к несоблюдению последней. В трактовке Дж. Стори конструкция «международная вежливость» – это прежде всего залог взаимности правосудия, а вовсе не форма квазипризнания суверенитета (как позиционировалось это понятие в период его зарождения в XVI в., во времена борьбы Голландии за независимость от Испании)[2].

Юристы конца XVIII – начала XIX вв. усматривали в повсеместном признании comitas угрозу единому американскому суверенитету, а Дж. Стори, напротив, толковал ее как залог уважения взаимных интересов федерации и штатов. Впоследствии именно такая позиция вошла в судебную практику. Судья Тэйни в деле Bank of Augusta v. Earle (1839 г.)[3] заявил, что применение comitas в интерлокальных коллизиях не менее желательно, чем в интернациональных. Одновременно необходимо отметить, что примерно до середины XIX столетия проблемы коллизий законов занимали в Новом Свете умы скорее юристов-теоретиков, нежели практиков. По определенной иронии судьбы это в немалой степе-

---

[1] Согласно утилитаристскому подходу, краеугольным камнем при принятии любого решения должна служить оценка прежде всего его практической полезности и значимости. Таким образом, наилучшей правовой нормой с точки зрения последовательного утилитариста будет та, которую проще всего применять и дешевле всего обеспечивать ее исполнение.

[2] *Корецкий В.М.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. М., 1948. С. 4.

[3] http://supreme.justia.com

ни связано именно с популяризацией идей С. Ливермора и Дж. Стори. Специфическое американское преломление теории статутов и доктрины международной вежливости стало применяться по отношению к концепции vested rights, унаследованной от английского права[1].

Наибольший вклад в разработку этой концепции внес английский судья и теоретик коллизионного права Роберт Филлимор (1810–1885)[2], писавший, что «все дело в том, чтобы права, приобретенные под господством законов одной страны, не сделались недействительными оттого, что приобретатель перенесет эти права под господство законов другого государства»[3]. Другой видный британский коллизионист, Альберт Дайси (1835–1922), вслед за Р. Филлимором фактически приравнивал доктрину приобретенных прав к коллизионному праву как таковому[4]. Таким образом, суд получал возможность, с одной стороны, охранять доказанное законное право иностранного лица. С другой стороны, местный суд избегал при этом применения чужого объективного права, формально оставаясь в рамках национальной правовой системы.

При трансплантации на американскую почву концепция приобретенных прав еще более укрепила свою связь с концепцией международной вежливости. Если в Англии обращение к приобретенному праву являлось проявлением доброй воли судьи, то в США применение данной конструкции фактически являлось легитимно обоснованным еще с XVIII столетия. В роли базиса для этой доктрины выступало толкование § 1 ст. IV Конституции США, согласно которому публичные акты, понимаемые как законы, решения судов и прецеденты в одних штатах должны иметь юридическое значение в других.

Американский подход к теории приобретенных прав имел тот же утилитарный акцент, что и доктрина comitas в трактовке Дж. Стори. Международная вежливость в интерлокальных разбира-

---

[1] Под vested rights подразумевается «приобретенное право», т.е. право, приобретенное согласно позитивному праву одной страны, но признающееся действительным в другой.

[2] Encyclopædia Britannica (Eleventh ed.). Cambridge University Press, 1910.

[3] Цит. по: *Корецкий В.М.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. М., 1948. С. 10.

[4] *Cosgrove, Richard A.* The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian jurist. London, 1980.

тельствах была тесно связана с учением о юрисдикции. «Власть одного штата должна была мирно и бесконфликтно сосуществовать с юрисдикцией другого штата при помощи точного определения того, куда тяготеет каждое конкретное правоотношение, имеющее в своем составе элементы разной государственной (штатов) принадлежности»[1]. Таким образом, особое значение приобретало место возникновения обязательства, ибо именно данная территория считалась имеющей наиболее тесную связь с обстоятельствами дела. В Англии теория приобретенных прав служила прежде всего юридическим инструментом для разрешения исключений (дел, в которых нельзя было рассмотреть без обращения к чужому объективному праву, обосновавшему право субъективное). В Америке теория приобретенных прав, составив с comitas нечто вроде доктринального конгломерата, легла в основу всей правоприменительной традиции.

Интересно отметить позицию Уильяма Тетли (р. 1927)[2] – ученого-коллизиониста, профессора канадского McGill University. Уроженец Квебека, У. Тетли (бывший одно время сотрудником Министерства налогообложения Квебека) помимо политической карьеры активно занимался наукой – в основном проблемами коллизионного и морского права. У. Тетли относил теории С. Ливермора и Дж. Стори к так называемым «отдельным учениям», основной целью которых была разработка универсальных коллизионных принципов.

Подходы У. Тетли, С. Ливермора и Дж. Стори наиболее явным образом повлияли на Гражданский кодекс Луизианы 1825 г. (в редакции Закона 1991 г. № 923). Здесь следует упомянуть, что Законом 1991 г. № 923 в Луизиане впервые в истории США была осуществлена кодификация коллизионного регулирования. Вместо ранее существовавших в Гражданском кодексе 1825 г. коллизионных норм ст. 14 и 15 главы 3 Вводного титула, в редакцию 1991 г. включена книга IV «Коллизии законов», вступившая в силу с 1 января 1992 г.[3]

---

[1] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США. Дис.... канд. юрид. наук. С. 30.
[2] http://www.assnat.qc.ca
[3] Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

ГК Луизианы активно инкорпорировал французские тенденции (в особенности применительно к lex personalis физического лица) и практически в полной мере воспринял идеи великого луизианца Дж. Стори. В его фундаментальном труде «Комментарии к конфликтам законов, зарубежных и внутренних»[1], который впервые увидел свет в 1834 г., были четко сформулированы четыре основных теоретических принципа разрешения коллизий законов: правовые нормы конкретной юрисдикции действуют только в пределах территории этой юрисдикции; или применяется только к гражданам этой юрисдикции; все государства (в случае с федеративным государством – субъекты федерации такого государства в пределах их юрисдикции) равны и независимы. Каждое из них может вести законотворческую деятельность самостоятельно как суверенные субъекты; только право данного государства может регулировать все отношения в пределах территории этого государства; каждое государство обладает эксклюзивной юрисдикцией на своей территории; ни одно государство не может связывать (обязывать) лиц или собственность вне пределов их территории.

Определяя в общих чертах основополагающие понятия территориальности, данные принципы заложили базу для «американского подхода» при определении международной вежливости. Каждое государство должно признавать законы других государств и рассчитывать на ответное признание его собственных законов – за исключением случаев, подпадающих под действие оговорки о публичном порядке. Подобные выкладки обеспечили твердое интеллектуальное обоснование для применения коллизионных привязок lex loci contractus и lex loci delicti commissi в контрактном и деликтном праве, а также для применения lex flagi в сфере международного частного морского права.

Особую роль американской юридической доктрины в вопросе применения lex flagi наглядно демонстрирует дело Lauritzen v. Larsen (1953 г.)[2]. Датскому моряку были причинены телесные повреждения по неосторожности на датском судне в кубинских территориальных водах. Апеллируя к тому, что личным законом судовладельца был американский закон, истец настаивал на при-

---

[1] *Story J.* Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic. Boston, 1834.
[2] http://supreme.justia.com

менении американского права. Однако в мотивировочной части судебного решения было сказано, что американская доктрина признает наиболее важным индикатором территориальности судна закон флага, и закон флага является наиболее универсальной и древней коллизионной привязкой в данной сфере. Ввиду этого в данном случае должно применить датское право. Таким образом, сугубо на основании доктринальных конструкций было вынесено решение не в пользу истца, который мог получить компенсацию за упущенную выгоду и «простой в службе» именно по американскому закону, но никак не по датскому.

Однако в целом судебная практика никогда строго не следовала основным положениям данной теории. Это обуславливалось спецификой американского судопроизводства с его принципом широкого судейского усмотрения, использованием различных способов толкования, абстрактных понятий «справедливость», «разумность» и «добросовестность». Свободно оценивая конкретные обстоятельства, суды могли существенно модифицировать применение позитивного права. В особенности явно это проявлялось в связи с проблемой обратной отсылки.

В современной доктрине МЧП обратная отсылка «означает, что избранное на основе коллизионной нормы страны суда иностранное право отказывается регулировать спорное отношение и отсылает обратно к закону суда»[1] либо к третьему закону. Однако данное определение оставляет открытым основной вопрос renvoi – что имеет в виду обратная отсылка: только материальное право страны суда, или она может быть направлена и на его коллизионные нормы? Здесь мы сталкиваемся с тем аспектом проблемы обратной отсылки, который в исторической перспективе демонстрирует ее особую значимость для рецепции американской доктрины права в Квебеке и Луизиане.

Термин renvoi, т.е. классическое понимание обратной отсылки, разработанное в континентальной (по преимуществу, во французской) доктрине, предполагает отсылку ко всему корпусу национального права другого государства, включая и его колли-

---

[1] *Крутий Е.А.* Реализация доктринальных подходов к решению проблемы renvoi в современных кодификациях международного частного права // Актуальные проблемы юридической науки и правоприменительной практики / Сборник работ участников II международной заочной научно-практической конференции аспирантов и молодых ученых. М., 2010.

зионные нормы. В таком случае применимым правом в итоге может оказаться и право третьей страны, а не страны суда и не страны, на чье национальное коллизионное право указала renvoi (так называемый феномен «дальнейшей отсылки»). Английская и американская доктрины renvoi понимают под обратной отсылкой именно эту многозвенную конструкцию; однако влияние французского права на квебекскую и луизианскую традиции сделало процесс рецепции подобного взгляда отнюдь не безоблачным[1].

В условиях господства теории vested rights классическая renvoi в континентальном понимании была невозможна. Поскольку приобретенное право может основываться только на материально-правовых нормах, в рамках этой концепции говорить об отсылке к коллизионному праву было бы абсурдом. Однако развитие частноправовых отношений с иностранным элементом в XIX столетии и развитие коллизионного права ставили перед доктриной новые вызовы. Они предполагали если не пересмотр, то, как минимум, смещение господствующих теорий «с пьедестала»; но дальнейший доктринальный поиск обещал быть долгим и многотрудным.

Первым коллизионистом, предложившим яркую и практичную альтернативу различным преломлениям концепции Дж. Стори, стал профессор Йельского университета Уолтер Уилер Кук (1873–1943)[2]. У. Кук принадлежал к плеяде основоположников школы «американского юридического реализма». Реалисты (к которым, помимо Кука, относились Андерхилл Мур, Чарльз Кларк, Уильям Дуглас, Леон Маршалл, Герман Олифант, Гессель Интема) впервые заявили о необходимость изучения права прежде всего как науки, и лишь затем – как средства разрешения практических проблем и коллизий[3]. Реалисты решительно разрывали онтологическую связь с прагматизмом как научным методом (впоследствии в полную силу проявившимся в «революции конфликтного права»). Тем не менее, они не отказывались от прагматизма – одной из основных особенностей понимания права в американской доктринальной традиции.

Выработанная У. Куком теория «локального права» была в высшей степени практична и гибка. Согласно ей, для спорящих

---

[1] *Борисова А.Н.* Доктрина обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства (renvoi). Дис. … канд. юрид. наук. М., 2008.
[2] http://openlibrary.org
[3] http://www.yale.edu

сторон важно предвидеть прежде всего поведение именно того суда, куда они намерены обратиться[1]; последнее же всегда основано на lex fori. Однако применяя национальное право, суд тем не менее как бы абсорбирует в него релевантную норму права того государства, с которым связано спорное правоотношение. Обстоятельства дела, рассматриваемые судом, выступают не в качестве приобретенных и внешних, а в качестве внутренних по отношению к стране суда, поскольку они являются прежде всего элементами правоотношения, этим судом анализируемого. Соответственно, объективным основанием для возникновения субъективного права, защищаемого вынесенным решением, является lex fori, т.е. локальное право[2].

У. Кук прежде всего ставил во главу угла «понятность» для суда применяемого иностранного права и компетентность конкретного суда в рассмотрении того или иного вопроса. Это не только отчасти снимало противоречия между господствующей доктриной и необходимостью признания концепции renvoi, но и положило начало доктрине forum non conveniens.

Основным апологетом теории forum non conveniens был Антон Эренцвейг (1906–1974) – младший современник У. Кука. Родившись и получив юридическое образование в Вене, А. Эренцвейг вполне естественным образом тесно связан с континентальной правовой традицией. Вынужденный покинуть Европу в 1937 г. из-за прихода к власти нацистов, после краткого периода преподавания в Англии (в Бристоле) он перебрался в Америку, где до конца своих дней работал в Университете Беркли[3].

Разработанная А. Эренцвейгом коллизионная теория основана на утверждении, что применение иностранной нормы может быть оправдано только в тех исключительных случаях, когда разнонациональный спор не имеет никакой связи со штатом суда, либо когда это помогает лучше понять и скорее урегулировать возникшие требования. При этом применяемая норма должна быть новой по сравнению с правом суда, предлагать неизвестное тому регулирование, и вместе с тем не отличаться слишком существенно. Здесь мы видим требование о соответствии иностранной нормы императивным нормам страны суда в лице норм о публичном по-

---

[1] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США.
[2] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США.
[3] *Ehrenzweig A.A.* Private International Law. N.Y.: Oceana Publications, Inc. 1967.

рядке, а также основных начал и принципов lex fori. Сама концепция forum non conveniens в узком смысле заключалась в признании за судом права отказать в принятии иска по двум причинам: недостаточной компетентности или чрезмерной территориальной отдаленности от предполагаемого правоприменителя.

Задолго до появления теории А. Эренцвейга принцип предпочтительного применения lex fori довольно детально и убедительно обосновывался в решениях многих американских судов. Здесь показательны рассуждения судьи Джастиса Холмса в связи с делом Slater v. Mexican National Railroad (1904 г.)[1]. В данном случае суд столкнулся с иском, предмет которого (причинение смерти по неосторожности американцу на мексиканской железной дороге) имел место в пределах мексиканской юрисдикции, в то время как и lex fori, и личным законом сторон являлось американское право. Сам факт предъявления иска в американском суде рассматривался судьей Д. Холмсом как обязательство, которое следует разрешать на основе lex fori. Поскольку истец основывал свои требования на мексиканском законе, иск был оставлен без удовлетворения. Как заявил суд в мотивировочной части решения, «компетенция техасского суда по отношению к данному делу… неоспорима, невозможно согласиться ни с каким доводом в пользу распространения на данный спор мексиканского закона»[2].

Против установления конкретных привязок к каждой возможной коллизионной ситуации выступали апологеты появившейся во второй половине XX в. теории «принципов предпочтения», связываемой в основном с именем Дэвида Каверса (1903–1988)[3] и послужившей основой американской «революции коллизионного права».

Декан юридического факультета Гарварда, Д. Каверс практически всю свою жизнь посвятил разработке проблем коллизионного права и пришел к решению столь же новаторскому, сколь и простому. Согласно ему, применению подлежит не то или иное национальное право в целом, а только конкретно применимая норма материального права. Суд обязан обосновать выбор того или иного регулирования с точки зрения предпочтительности

---

[1] http://supreme.justia.com
[2] http://supreme.justia.com
[3] http://www.nytimes.com

применительно к данному конкретному делу, изыскивая своеобразный политический баланс в отношениях между штатами.

Профессор Брейнерд Карри (1912–1965)[1] выражал схожую позицию в рамках своей концепции «анализа интересов». Будучи не только юристом, но и поэтом, Б. Карри выражал скепсис по отношению к старым догмам и не всякую коллизию признавал «подлинной». Б. Карри, как и Д. Каверс, говорил о замене процесса определения применимого законодательства поиском применимой нормы. Однако чтобы коллизия требовала подобного выбора, каждая из конфликтующих норм должна прямо претендовать на применение. Смысл коллизионного права Б. Карри рассматривал как вопрос выяснения (с использованием приемов юридической техники), интересу какой из конфликтующих юрисдикций следует отдать предпочтение. Однако установление существа «государственного интереса» Б. Карри (вразрез с англосаксонской традицией) отдавал на откуп законодателю, а не толкованию судьи[2]. Это, в известной мере, позволяет уподобить Б. Карри его предшественникам – представителям школы Дж. Стори.

В дальнейшем профессор Уиллис Риз (1913–1990)[3] попытался «примирить» эти два доктринальных течения – апологетику выбора конкретной нормы и апологетику выбора компетентной юрисдикции. У. Риз возглавлял рабочую группу по созданию американского Свода правил о конфликте законов 1971 г. Предыдущий Свод правил о конфликте законов 1934 г. имел сугубо рекомендательный характер и в основном был нацелен на приведение судебной практики различных штатов хотя бы к отдаленному подобию единообразия в правопонимании и исполнении судебных решений. Руководитель работ по составлению Первого свода Дж. Биль являлся большим поклонником концепции приобретенных прав, потому Свод в основном воспроизводил идеи Дж. Стори и его британских предшественников. Этот акт отнюдь не пытался заложить прочный фундамент американского коллизионного права, представляя собой только попытку упразднить такое положение вещей, при котором решение, вынесенное в суде штата, за пределами этого штата не признавалось и не испол-

---

[1] *Latty E.R.* Brainerd Currie, Five Tributes // Duke Law Journal, 1966. P. 2.
[2] *Latty E.R.* Brainerd Currie, Five Tributes // Duke Law Journal. 1966. P. 2.
[3] http://www.nytimes.com

нялось. Второй свод, напротив, должен был решить задачу протокодификационной работы.

У. Риз оказался перед сложной научной дилеммой – примирить классическую доктрину vested rights с новыми веяниями «революции коллизионного права». В этих целях он предложил концепцию наиболее существенной связи, или «группируемых контактов», которая предлагала суду 7 критериев для определения применимого права: требования интерлокальных и международных коллизионных норм; политика правоприменения, выраженная в нормах lex fori; политика правоприменения в заинтересованных в деле штатах, собственно причины их заинтересованности; защита обоснованных ожиданий сторон; фундаментальные вопросы и принципы, находящиеся в основе как конкретного правоотношения, так и релевантных отраслей права в целом; определенность, предсказуемость и единообразие результатов применения того или иного права; простота поиска и применения правовых норм.

Каждый из этих принципов следует приложить к тому или иному фактическому составу для получения наиболее подходящего результата[1]. Однако поскольку эта оценка все равно осуществляется в соответствии с императивными нормами права страны суда, трудно отрицать тяготение теории У. Риза – а вместе с ней и всего Второго свода правил о конфликте законов – к генеральной коллизионной привязке lex fori.

## *Коллизионное право Луизианы и американская доктрина права*

Говоря о коллизионном праве Луизианы, следует прежде всего отметить, что его кодификация – дело сравнительно недавнего времени. Вплоть до 1991 года нормы МЧП этого штата содержались во Вводном титуле к ГК 1825 г.[2] Кодекс был принят в период господства французских правовых традиций и доказал свою эффективность в эпоху победы сепаратистских тенденций после Гражданской войны 1861–1865 гг. В связи с этим создатели но-

---

[1] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США. С. 60–61.

[2] Здесь и далее цит. по: Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

вой редакции Гражданского кодекса Луизианы 1825 г. (а именно, редакции 1991 г.) вынуждены были инкорпорировать в новый закон не только основные положения главных американских коллизионных доктрин, но и элементы континентального влияния, лежащие в основе многих значимых прецедентов.

Анализируя положения ГК Луизианы 1991 г., необходимо отметить общую континентальную природу самого существования данного акта, однако сразу же можно выделить и несколько характерных «американских» особенностей. Первая из них затрагивает вопрос об ***отсылке***.

Европейская доктрина права усматривает в renvoi потенциальную невозможность определенно исходить из установленного правила, поскольку отсутствует уверенность, какое же право в итоге выпадет сторонам в качестве применимого. Подавляющее большинство европейских национальных кодификаций в той или иной степени разрешает применение и обратной отсылки, и отсылки второй степени, и всей системы отсылок в целом. Американская коллизионная доктрина по отношению к renvoi в общем и целом восприняла европейскую теорию. Однако устойчивая англосаксонская традиция концентрироваться на казуальных вопросах (отразившаяся в теориях А. Эренцвейга и Д. Каверса), оказала свое влияние и на внесенные в ГК Луизианы изменения.

Общая норма содержится в ст. 3517: «За исключением указаний об ином, когда согласно настоящей Книге применимым является право другого штата, это право не включает коллизионное право этого штата. Тем не менее, при определении штата, чье право является применимым к вопросу согласно статьям 3515, 3519, 3537 и 3542, коллизионное право вовлеченных иностранных штатов может быть принято во внимание». Формально Кодекс устанавливает «исключения» из положения о недопустимости обратной отсылки для общего правила о выборе применимого права (ст. 3515), по вопросам коллизионного регулирования статуса физических лиц (ст. 3519), договорных (ст. 3537), деликтных и квазиделиктных обязательств (ст. 3542). Однако эти исключения имеют такой характер, что в итоге получается разрешение применения отсылок в полном объеме (в том числе, третьей, четвертой и т.д. степеней), причем практически по всему спектру вопросов, входящих в сферу действия книги IV «Коллизии законов» ГК Луизианы. Такое широкое признание системы отсылок не известно ни одной европейской стране.

В статье 3515 закреплено «общее и остаточное правило» для определения применимого права. Основная коллизионная привязка – компетентным признается право того штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено. Этот штат определяется «посредством оценивания силы и уместности имеющих отношение к делу устремлений всех вовлеченных штатов в свете: (1) отношений каждого штата со сторонами и спором; и (2) устремлений и нужд междуштатных и международных систем, включая устремления поддержать законные ожидания сторон и минимизировать неблагоприятные последствия, которые могут следовать из подчинения стороны праву более чем одного штата».

К исключениям из данного правила относятся следующие вопросы: действительность брака (ст. 3520) определяется согласно праву места заключения брака с изъятиями, предусмотренными оговоркой о публичном порядке того штата, чье право будет применимо согласно ст. 3519; развод или разлучение супругов (ст. 3521), к которым применяется исключительно lex fori; статус движимого имущества при заключении либо расторжении брака (ст. 3523), к которому применяется право домицилия приобретающего супруга на момент приобретения; статус луизианской недвижимости при заключении либо расторжении брака (ст. 3524), к которому применяется lex fori безотносительно домицилия приобретающего супруга; статус после расторжения брака недвижимостей вне Луизианы, приобретенных одним из супругов в течение срока, когда он был домицилирован в Луизиане (ст. 3525), к которому применяется lex rei sitae; статус после расторжения брака движимостей и луизианских недвижимостей, приобретенных одним из супругов в течение срока, когда он был домицилирован в другом штате (ст. 3526), к которому применяется право места их приобретения; статус луизианских недвижимостей после смерти их собственника – супруга, домицилированного за пределами Луизианы (ст. 3527), который регулируется согласно праву домицилия умершего; действительность завещательного распоряжения (ст. 3528), которая наряду с lex fori может регулироваться правом штата составления завещания на момент его составления, либо правом домицилия завещателя на момент составления завещателя или на момент смерти, либо правом, которое было бы применено судами штата, в котором находятся не-

движимости (это явный пример отсылки не только к материальному, но и к коллизионному праву); дееспособность завещателя (ст. 3529), а также вопрос пороков воли, которые регулируются правом домицилия завещателя либо на момент смерти, либо на момент составления завещания (в данном случае дееспособность лишь по одному из этих законов является вполне достаточной); правоспособность наследника или легатария (ст. 3530), которая определяется согласно праву домицилия наследодателя на момент смерти; толкование завещаний (ст. 3531), к которому применяется право штата, прямо обозначенное либо явно подразумеваемое завещателем для этой цели, а при его отсутствии – право домицилия завещателя на момент составления завещания; наследование движимостей (ст. 3532) по закону и по завещанию, к которому применяется право домицилия завещателя на момент смерти; наследование луизианских недвижимостей (ст. 3533) по закону и по завещанию, к которому применяется исключительно право Луизианы (помимо норм об обязательной доле в наследстве, не применяющихся, если никто из наследников, имеющих право на таковую, не домицилирован в Луизиане, и если сам наследодатель при этом также не был домицилирован в Луизиане как на момент приобретения недвижимости, так и на момент смерти); наследование недвижимостей за пределами Луизианы (ст. 3534) по закону и по завещанию, а также вообще вещные права на недвижимости (ст. 3535), которые регулируется правом, которое было бы применено судами данного штата (еще один пример отсылки не только к материальному, но и к коллизионному праву); вещные права на материальные движимости (ст. 3536), которые регулируются lex rei sitae, определяемым на момент приобретения права; вопросы определения стандартов поведения и безопасности при исках из деликтов (ст. 3543), которые определяются согласно lex loci delicti commissi; вопросы распределения ущерба и финансовой защиты (ст. 3544), которые регулируются либо правом общего домицилия сторон, либо lex loci delicti commissi, либо правом места наступления вреда; ответственность за товар (ст. 3545), к которой в случае, если вред был понесен в Луизиане или если луизианский товар причинил вред лицу, домицилированному в Луизиане, хотя и находящемуся в момент нанесения вреда за ее пределами, применяется право Луизианы; освобождающая давность (ст. 3549), к вопросам которой за некоторыми исключениями применяется право Луизианы.

В сравнении, к примеру, со ст. 1190 ГК РФ, мы видим, что в ГК Луизианы не только не указывается, что отсылка может быть исключительно к материальному иностранному праву, но и сам круг отношений, к которым она применяется, значительно шире. Из этого можно сделать вывод, что на законодателя Луизианы не могли не повлиять подходы У. Кука и А. Эренцвейга к вопросу обратной отсылки как к средству расширения сферы применения своего собственного права. Система renvoi призвана обеспечивать потенциальный «рикошет» дела в сферу действия сначала наиболее тесно связанного с правоотношением права, а затем, путем обратной отсылки, – вновь к lex fori. На это указывает и то, что принцип наиболее тесной связи является в Луизиане основной коллизионной привязкой.

На меньший интерес вызывают нормы ГК Луизианы, разрешающие проблемы ***автономии воли сторон***. В американской доктрине автономия воли сторон впервые была закреплена лишь У. Ризом в Своде правил о конфликте законов 1971 года. До этого считалось, что данное коллизионное начало является совершенно ненужным, поскольку для определения применимого к договору права достаточно установить либо место заключения договора, либо место его исполнения – в зависимости от существа дела[1].

Практически все школы американского коллизионного права полагали излишней и даже прямо противоречащей основным принципам права передачу сторонам квазиправоустанавливающих функций. Впоследствии, начиная с конца 60-х гг. XX века, была воспринята концепция соглашения сторон как особого типа коллизионной привязки (§ 187 Свода правил о конфликте законов 1971 г.), обладающей большей юридической силой по сравнению с субсидиарными привязками, установленными законодателем.

Согласно вышеупомянутому § 187, право, избранное сторонами для регулирования их договорных прав и обязанностей, «будет применено, только если спорный вопрос подпадает под условие, которое стороны могли бы разрешить прямо выраженным положением своего соглашения»[2]. При этом избранное право применяется и в случаях, когда спорный вопрос не мог бы

---

[1] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США. С. 75.

[2] Цит. по: *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США. С. 75.

быть разрешен отдельным соглашением, за исключением нескольких специально оговоренных случаев. В их число попадает, во-первых, отсутствие разумных оснований у сторон для выбора данного права; во-вторых, оговорка о публичном порядке наиболее заинтересованного в исходе дела государства. Для отсылки к коллизионному, а не только к материальному праву иностранного государства требуется прямое выражение воли сторон[1].

От подобного сравнительно либерального общеколлизионного подхода ГК Луизианы достаточно далек. Автономия воли сторон фигурирует лишь в ст. 3540: «Все другие вопросы договорных обязательств регулируются правом, прямо избранным сторонами, или правом, на которое стороны ясно полагались, но исключительно в той мере, в какой это право не нарушает публичный порядок штата, чье право являлось бы иначе применимым согласно статье 3537». Автономия воли сторон в ГК Луизианы имеет характер не генеральной, а специальной и субсидиарной коллизионной привязки. Это, безусловно, не соответствует позиции Второго свода, но вполне отвечает классической американской доктрине коллизионного права. Как уже упоминалось, вплоть до У. Риза все ведущие американские коллизионисты отрицательно относились к автономии воли сторон. Таким образом, доктринальная позиция У. Риза в данном случае не оказала влияния на правовые нормы ГК Луизианы.

Самого внимательного рассмотрения заслуживает вопрос ***общих коллизионных подходов***, закрепленных в ГК Луизианы. Коллизионное регулирование в рамках данного акта далеко не столь стройно изложено и систематизировано, как это имеет место, например, в ГК Квебека. Тем не менее, ГК Луизианы отличается чрезвычайной последовательностью в одном вопросе – в пристрастии к «генерализации» коллизионных привязок. Это отражается в стойком стремлении максимально избегать специальных привязок и их расщепления

Говоря о праве, применимом к спорам из имущественных отношений, Кодекс тяготеет к применению и к движимостям, и к недвижимостям привязки lex rei sitae. Различие между ними касается только момента времени, на который определяется местонахождение вещи (применительно к недвижимости – на момент ее

---

[1] *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США. С. 75.

приобретения). Статья 3535 устанавливает, что вещные права на недвижимости, находящиеся в данном штате, регулируются правом данного штата. Вещные права на недвижимости, находящиеся в другом штате, регулируются **правом, которое было бы применено судами такого штата,** – таким образом, здесь также возможна отсылка к праву третьего государства. Однако вопрос о том, является ли вещь недвижимостью, определяется в соответствии с материальным правом штата, в котором вещь находится. Здесь мы видим жесткую коллизионную привязку, не допускающую дальнейших отсылок.

Вещные права на материальные движимости регулируются правом штата, в котором движимость находилась на момент, когда право было приобретено (ст. 3536). Право Луизианы имеет приоритет лишь в трех случаях: при применении оговорки о публичном порядке; обладатель права знал или должен был знать о перемещении вещи в пределы Луизианы; это необходимо для защиты интересов третьих лиц, которые добросовестно совершали сделки с вещью после ее перемещения в Луизиану.

Еще более «генерализаторским» выступает коллизионное регулирование обязательственных отношений. Из ст. 3537, устанавливающей общее коллизионное правило относительно договорных обязательств («любой вопрос договорных обязательств регулируется правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу»), явно видно желание законодателя декларировать применение к договорным (т.е. специальным отношениям) генеральной коллизионной привязки (ст. 3515).

Нормы ст. 3538, безусловно, значительно более специализированны, однако доля отношений, регулируемых ими, невелика в сравнении с долей обязательственных отношений, отданных на откуп генеральной коллизионной привязке. Согласно ст. 3538, вопросы формы договора рассматриваются согласно праву места его совершения, праву места его исполнения сообразно мере исполнения, праву общего домицилия или места коммерческого обзаведения сторон, либо исходя из автономии воли сторон. Однако ст. 3540 ограничивает автономию воли сторон публичным порядком страны применимого права, а ст. 3541 распространяет действие генеральной коллизионной привязки на все квазидоговорные обязательства и иные юридические действия.

Тот же принцип господствует и в регулировании семейных отношений. Формальная и материальная действительность брака регулируются одной привязкой – правом общего домицилия супругов (ст. 3520). При отсутствии общего места проживания как на момент рассмотрения дела, так и за все время брака, применяется право места заключения брака.

Таким образом, ГК Луизианы в общем и целом отражает как общие тенденции американской доктрины права (по вопросу обратной отсылки и вообще круга норм, подлежащих кодификации), так и позиции господствующих теорий по специальным вопросам (по вопросу автономии воли сторон). В этом смысле редакция 1991 г. является даже более консервативной, чем федеральный Свод правил о конфликте законов 1971 г. Открытым остается вопрос, вызвано ли это необходимостью неким «властным» образом переломить влияние континентальной правовой традиции в Луизиане, или реальная правоприменительная практика штата все больше и больше тяготеет к общеамериканским тенденциям.

## *Коллизионное право Квебека и американская доктрина права*

Несмотря на то, что Канада никогда не делила судебной и правовой системы с США, влияние англосаксонской доктрины права на этот регион всегда было велико. Учитывая как географическую близость Канады и США, так и их тесные экономические связи, неудивительно, что канадская правоприменительная практика нередко апеллирует к американским теоретическим выкладкам. Однако в случае с Гражданским кодексом Квебека 1991 г. (далее – ГК Квебека) все обстоит гораздо сложнее.

Гражданский кодекс Квебека, заменивший собой Гражданский кодекс Нижней Канады 1865 г., был принят 4 июля 1991 г. и вступил в силу 1 января 1994 г. в качестве главы 64 Собрания законов Квебека 1991 г. В книге десятой Кодекса «О международном частном праве» содержится почти 100 статей, посвященных регулированию как коллизий законов, так и международного гражданского процесса. Таким образом, «на сегодняшний день эта книга представляет собой единственную в Северной Америке полномасштабную и комплексную кодификацию международного частного права».

В сравнительном правоведении принято проводить определенную параллель между луизианским и квебекским коллизион-

ным правом. Действительно, и Луизиана, и Канада представляют собой примеры континентального влияния и тесного взаимодействия европейской и англо-американской правовых традиций. Однако в случае с Луизианой политическая конъюнктура требовала максимального преодоления французского влияния, а в Квебеке оно, напротив (на момент принятия Кодекса), активно постулировалось и пропагандировалось. Это не могло не найти отражения и в Кодексе как таковом.

Сравнивая ГК Квебека и ГК Луизианы в части регулирования коллизионно-правовых отношений, можно прежде всего отметить, что Книга X ГК Квебека «О международном частном праве» обладает четкой структурой, сходной с немецкими (например, вторая глава Вводного закона к Германскому гражданскому уложению 1896 г.) и швейцарскими (Федеральный закон о МЧП 1987 г.) актами. ГК Луизианы в сравнении с квебекской кодификацией довольно сумбурен. Различен и круг кодифицируемых норм; помимо коллизионных норм МЧП ГК Квебека включает и нормы международного гражданского процесса (далее – МГП).

Отличается и подход квебекского Кодекса к вопросу ***обратной отсылки*** – в Квебеке она по общему правилу не допускается (ст. 3080): «В случае, когда в соответствии с положениями настоящей Книги подлежит применению право другой страны, таким правом является внутреннее право этой страны, за исключением коллизионных норм». Возможно, правоприменительная практика отступает от этого правила. Как утверждает А.Н. Борисова, в отдельных случаях (по вопросам наследования и брака) канадские суды применяют обратную отсылку[1]. Однако норма, запрещающая отсылку к иностранным коллизионным нормам, является императивной. Поэтому обратная отсылка в понимании американской доктрины права (к коллизионным нормам и через них – к праву третьей страны) в рамках ГК Квебека невозможна.

В вопросах ***автономии воли сторон*** квебекское право, напротив, значительно более либерально, нежели луизианское. Само соглашение сторон о выборе применимого права толкуется точно так же, как и в Луизиане – как коллизионная привязка. Однако у квебекского законодателя нет необходимости преодоле-

---

[1] *Борисова А.Н.* Доктрина обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства (renvoi). Дис. … канд. юрид. наук. М., 2008.

вать мнение об автономии воли как об «излишней роскоши»; выбор права на основе соглашения сторон свободно инкорпорирован в ГК Квебека применительно к различным вопросам, преимущественно вещно- и обязательственно-правового характера.

Согласно ст. 3148 Кодекса, соглашение о выборе права либо арбитражное соглашение сторон обладает большей юридической силой, чем конгломерат прямо закрепленных в законе коллизионных привязок, при прочих равных условиях устанавливающих для личных имущественных исков юрисдикцию квебекского суда. Схожая норма зафиксирована и в ст. 3165, согласно которой, напротив, соглашение сторон обладает властью поместить в юрисдикцию квебекского суда изначально не относящиеся к нему правоотношения.

Не тяготеет ГК Квебека и к чрезмерной генерализации коллизионных привязок. Это можно заметить, говоря о праве, применимом к определению личного закона. ГК Луизианы тяготеет к подчинению данного вопрос генеральной коллизионной привязке (ст. 3519), лишь для юридического лица в качестве субсидиарной коллизионной привязки применяется трактовка деловой активности на территории Луизианы как домицилия в рамках регулирования деликтных обязательств (ст. 3542, 3548 ГК Луизианы). Законодатель Квебека, напротив, четко выделяет две коллизионные привязки специализированного характера. Личный закон физического лица определяется согласно праву его домициля, юридического лица – согласно теории инкорпорации (ст. 3083 ГК Квебека).

То же самое можно увидеть и на примере коллизионного регулирования действительности брака; формальная и материальная действительность в Квебеке регулируются отдельными привязками (ст. 3088). В части материальной действительности брак регулируется личным законом каждого из супругов, в части формальной действительности – правом места заключения брака либо правом страны домицилия или гражданства одного из супругов.

Генеральная коллизионная привязка вещно-правовых отношений – lex rei sitae (ст. 3097): «Вещные права и их оглашение регулируются правом места нахождения соответствующего имущества». Одновременно ГК Квебека устанавливает множество специальных субсидиарных коллизионных привязок для отдельных видов имущественных отношений. Так, относя наследственные отношения к вещным, квебекский Кодекс утверждает, что

наследование движимого имущества регулируется правом последнего домицилия наследодателя, в то время как наследование недвижимого имущества регулируется правом места нахождения имущества (ст. 3098).

Наследодатель может указать в завещании право, применимое к наследованию его имущества, но здесь автономия воли имеет далеко не полный характер. У лица имеется выбор между правом страны его гражданства либо его домицилия на момент осуществления выбора права или на момент смерти, а также lex rei sitae (применительно к наследованию недвижимого имущества). Также недопустима шикана – лишение подобным путем значительной части прав наследования супруга либо ребенка наследодателя.

Действительность обеспечения движимым имуществом также регулируется lex rei sitae на момент установления обеспечения, в то время как оглашение прав и его последствия регулируются lex rei sitae на момент обеспечения. Любое движимое имущество, в отношении которого отсутствует намерение оставить его в стране, в которой оно находится, может быть обременено обеспечением в соответствии с правом страны места назначения имущества. Действительность обеспечения, обременяющего телесное движимое имущество, обычно используемое более чем в одной стране, или обременяющего бестелесное движимое имущество, выводится за пределы действия коллизионной привязки lex rei sitae. Подобные случаи регулируются правом страны, в которой на момент установления обеспечения было домицилировано лицо, его предоставившее. Правом домицилия обеспечителя по общему правилу регулируется также оглашение прав и его последствия (за исключением обеспечения требований или бестелесных движимостей).

Обязательственные отношения также регулируются специальными коллизионными привязками. К форме юридического акта применяется право места его совершения (ст. 3109). В качестве субсидиарной привязки выступает lex rei sitae (применительно к вещественному предмету договора) либо право домицилия одной из сторон на момент совершения акта. Завещательное распоряжение может быть совершено в форме, предписанной правом домицилия или гражданства завещателя на момент совершения завещательного распоряжения или на момент смерти завещателя.

Тенденция к автономии воли сторон наиболее рельефно выражена применительно к обязательственным отношениям. Со-

гласно ст. 3111, любой юридический акт может регулироваться любым правом, прямо указанным в самом акте или вытекающим из него путем толкования – вне зависимости от наличия в акте иностранного элемента. Точно также право места проживания или делового обзаведения продавца либо покупателя (в зависимости от обстоятельств дела) применяется в качестве коллизионной привязки к продаже материальных движимостей лишь при отсутствии выбора права (ст. 3114).

Субсидиарно по отношению к автономии воли сторон закреплено применение права места проведения/нахождения аукциона или биржи (ст. 3135), права страны домицилия представляемого в исках из отношений представительства (ст. 3136). В общем и целом такой же схемы (автономия воли сторон плюс субсидиарные по отношению к ней специальные коллизионные привязки, по возможности четко казуально описанные) придерживается вся глава III десятой Книги. Автономия воли сторон в качестве генеральной коллизионной привязки применима и к отношениям из договоров с участием потребителя (включая иски из деликтов, сопряженных с подобными договорами), и к трудовым отношениям (ст. 3118), и к отношениям страхования (ст. 3119). Как видно, специфический американский скепсис в отношении автономии воли сторон отнюдь не был заимствован франко-канадской доктриной права.

Квебекский кодекс также знает целый корпус специальных коллизионных норм, не представленных в луизианском. В частности, это нормы о фидуции. Проблемам фидуции в ГК Квебека посвящены всего две статьи (ст. 3107 и 3108), однако для целей нашего анализа интересен метод решения в них коллизионного вопроса. Статья 3107 следует господствующей тенденции Кодекса отдавать приоритет автономии воли сторон. Однако в качестве субсидиарной коллизионной привязки она предлагает типично американскую конструкцию – «применимым является право, с которым фидуция имеет наиболее тесную связь».

Собственно, именно это положение и можно считать практически единственным примером рецепции американской доктрины права коллизионным правом Квебека. Ни в структуре акта, ни в подходе к определению и признанию renvoi, ни даже в общем коллизионном методе квебекский Кодекс не следует тем характерным чертам, которые можно было бы определить как результат американского научного влияния.

***

В итоге можно сделать однозначный вывод: ГК Луизианы значительно в большей степени рецепировал американскую доктрину коллизионного права, нежели ГК Квебека, который в большинстве случаев следует немецкой и швейцарской традиции.

С нашей точки зрения, сепаратистские тенденции Квебека не могли не оказать влияния на причины этого тяготения. Принятие в 2000 г. Закона о разъяснении («Закон о четкости референдума»), устанавливающего требования к обязательному для исполнения решению о сецессии, являются достаточно сильным правовым свидетельством актуальности этих течений. Наверное, своеобразное противопоставление европейского американскому играет здесь роль инструмента индивидуализации, способа сохранить не только правовую, но и социо-культурную идентичность франкоязычной Канады.

Основные черты американской доктрины права, следующей, в свою очередь, английской науке, практически не усвоены коллизионным правом Квебека. Право Луизианы, напротив, при формально схожих с Квебеком исторических обстоятельствах своего развития, сохраняет даже те консервативные доктринальные выкладки, вразрез с которыми идет даже федеральное рамочное законодательство (например, доктрина У. Риза об автономии воли сторон).

Следует ли ожидать дальнейшей ассимиляции луизианской правовой традиции и включения ее в общеамериканскую? В любом случае, внутренняя гармоничность и историческая обусловленность рецепции американской правовой доктрины так или иначе предполагает ее дальнейшее влияние на луизианское право и судебную практику. Все это делает нас свидетелями интереснейшего правового эксперимента по развитию смешанной правовой системы на базе доктрины как основного источника МЧП.

**Библиографически список:**

1. *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США.

2. Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

3. *Борисова А.Н.* Доктрина обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства (renvoi). Дис. … канд. юрид. наук. М., 2008.

# Сетевое право и его принципы

**происхождение понятия сетевого права; принципы сетевого права**

*Л.В. Голоскоков*

***доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой «Финансовое и бюджетное право» Академии бюджета и казначейства Министерства финансов РФ***

Словосочетание «сетевое право» невольно порождает аналогию с устоявшимися названиями отраслей права: гражданское право, трудовое право и т.д. Однако понятие сетевого права в настоящее время находится в процессе формирования, и говорить о его соответствии какой-то новой отрасли права преждевременно, кроме того, акцент исследования на отраслевой трактовке данного понятия сводит сферу исследования лишь к потенциальной отрасли права с таким названием. В действительности речь идёт в большей степени о новом понятии общей теории права, в рамках которой и предстоит найти определение исследуемого феномена, причём понятие сетевого права как отрасли права с повестки дня не снимается, хотя это не первостепенный вопрос.

Феномен права является очень сложным, в разное время для его объяснения были созданы следующие концепции права: естественно-правовая, историческая, нормативистская, психологическая, социологическая. Эти концепции отражают соответствующие грани права, также и понятие сетевого права призвано отразить ту сущность феномена права, которая долгое время оставалась незамеченной современными учёными, хотя в давние времена различные мыслители иногда обращали внимание на сетевой характер права.

Наиболее раннее в истории права использование метафоры «сети» по отношению к законам содержится в древнейшем памятнике китайского народного песенного творчества «Ши цзин» («Книга песен»). Эту книгу исследователи относят примерно к XI–VII в. до н.э. – периоду, когда философские школы в Китае ещё не сложились. В песне царю Ю-Вану есть строки и поныне звучащие вполне актуально применительно к России:

«…Где родины моей оплот?
Мы страждем, гибнет наш народ:
Как червь, его грызёте вы,
Мученьям нет конца, увы!
Законов сеть и день и ночь
Ждёт жертв – и нечем им помочь!»[1].

Фрэнсис Бэкон в труде «О достоинстве и приумножении наук», в афоризме LIII, (ссылаясь на Ветх. зав., Псалм. Давид., 11, ст. 6.) в 1623 году писал: *«Пророк говорит: "Он обрушит на них сети". Нет худших сетей, чем сети законов, особенно уголовных, они бесчисленны, с течением времени стали бесполезны, не освещают путь, а запутывают ноги путника»*[2]. А более ста лет назад К.П. Победоносцев отметил следующие сетевые свойства права: «Законы становятся сетью не только для граждан, но, что всего важнее, для самих властей, стесняя для них множеством ограничительных и противоречивых предписаний ту свободу рассуждения и решения, которая необходима для разумного действования власти»[3].

Было ли это случайным, что китайский, английский и русский мыслители, жившие в разные эпохи, использовали в размышлениях о праве одну и ту же метафору? Видимо, нет, ибо она наиболее точно отражала смысл явления и позволяла выявить важные признаки права, которые, тем не менее, не получили отражения в концепциях права. Возможно, причинами тому было следующее: никто не изучал сетевые аспекты права, поскольку в этом не возникло критической необходимости; сетевые свойства права были столь органично вмонтированы в феномен права и выполняли свои функции так чётко и незаметно, что не нуждались в особом осмыслении; сложность правовых отношений была не настолько высокой, чтобы мог проявиться дефицит сетевых свойств права.

Однако за последние десятилетия в сфере права накопились проблемы, которые вынуждают искать ответ на вопрос о модернизации права не только в обычных способах улучшения законов, что часто становится неэффективным по причине нехватки времени, квалифицированных специалистов, растущего вала законов,

---

[1] Ши Цзин: Древнекитайская философия: Собрание текстов. В 2-х т. М., 1972.
[2] *Бэкон*. Сочинения / Сост., общ. ред. и вступит. статья А.Л. Субботина. М., 1971. Т. 1. С. 520.
[3] *Победоносцев К.П.* Сочинения / Вступ. ст. А.И. Пешкова. СПб, 1996. С. 319.

которые противоречат друг другу и часто устаревают уже на выходе в свет, но и в новых направлениях, которые были недоступны всего 30–40 лет назад в связи с отсутствием информационно-коммуникационных технологий (далее – ИКТ), но которые теперь можно использовать так же, как это делают все иные науки и отрасли хозяйства и промышленности, кроме юриспруденции и сферы права, которые отстали в этом отношении катастрофически.

Это отставание заложено вовсе не технической невозможностью догнать, например, экономику, которая построена на математике и математических моделях, рассчитываемых на компьютерах, или различные производства, где компьютеры давно управляют сложными объектами и процессами, а неготовность правоведов принять новые способы модернизации права и определить в изменившемся мире его новое назначение – регулировать правоотношения в реальном времени на основе сопряжения сетевых компьютерных технологий с правовыми процессами и процедурами, найти в праве новые продуктивные абстракции и категории, которые могли бы стать рабочими конструкциями, связующими мир компьютерной техники и технологий и мир права, абстракции, которые подобно такому изобретению как в математике – число, могли бы позволять оперировать правовыми категориями, понятиями, нормами права не только юристам, но и компьютерам, чтобы автоматизировать процедуры и процессы, совершаемые ежедневно миллионами повторяющихся операций.

В последние годы мир перешёл в новое состояние, одной из характеристик которого является сетевой характер взаимодействия акторов, наличие организаций сетевого типа, сетевые процессы в экономике и т.д. Ни теория права, ни гражданское или информационное право понятие «сеть» почти не используют, перечисленные явления никак не отражают, не говоря уже о том, чтобы регулировать их в реальном времени или с опережением. Решение этой проблемы предлагается введением понятия сетевого права, определением его места в рамках общей теории права и в системе отраслей права и наполнением понятия сетевого права конкретными положениями, конструкциями, указывающими на способы решения больших групп проблем современного права.

Определить, что такое сети и сетевое право непросто. Во многих науках имеются проблемы с определением этих наук. Так, некоторые учебники по культурологии признают наличие

сотен определений культуры. Есть такие проблемы и в экономике. Похожая ситуация с определениями социальной сети у социологов. Например, Г.В. Градосельская пишет, что «в большинстве работ не приводятся чёткие дефиниции социальной сети. А если определение и дано, то оно, как правило, несопоставимо с определениями этого понятия у других авторов»[1], и далее поясняет, что «первоначально представления о сетях были интуитивны и метафоричны, но затем стали выражаться в более жёстких терминах алгебры, теории графов, и теории вероятностей»[2]. Тем не менее, представляется, что можно раскрыть понятие сетевого права как через описание его методов и принципов, так и через следующее определение, которое можно рассматривать в качестве первого приближения.

Под сетевым правом мы будем понимать право, которое будет регулировать общественные отношения, в электронных сетях различных видов и/или с помощью электронных сетей, поскольку такие общественные отношения чаще всего могут иметь свои особенности: высокая скорость протекания правовых процессов и процедур, исключительно адресное применение отдельных норм права (элементов норм права) в отношении конкретных субъектов права в сети, возможность правового регулирования некоторых правоотношений в режиме реального времени на основе мгновенной действующей правовой обратной связи, упреждающее правовое регулирование. Сетевое право должно закрепить правовое содержание построения и функционирования сети, объединяющей все лица, государство и его органы в единую сетевую структуру, в которой каждый субъект права будет находиться на прямой, мгновенно действующей правовой связи с государством, причём это взаимодействие должно производиться в режиме реального времени, а также иметь мгновенно действующую обратную правовую связь.

Современные ИКТ позволяют нам увидеть феномен права с информационных позиций – в виде *сетевого права*[3]. Такая новая категория помогает выявить древнейшую сущность права, кото-

---

[1] *Градосельская Г.В.* Сетевые измерения в социологии: Учебное пособие / Под ред. Г.С. Батыгина. М.: Издательский дом «Новый учебник», 2004. С. 3.
[2] Там же.
[3] См.: *Голоскоков Л.В.* Теория сетевого права / Под науч. ред. А.В. Малько. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006.

рое является изначально именно сетевым, то есть призванным объединять государство и его субъекты сетями правовых связей: вертикальными (публичное право), горизонтальными (частное право) и их разными комбинациями. Действенность этих связей всегда была основана на том, что личность непременно изучит и правильно применит нормы права. Однако растущий массив законов и сложности их реализации оставляют для этой идеальной картины всё меньше места в реальной жизни.

Теория сетевого права предлагает осуществить интеграцию права с ИКТ для укрепления тех правовых коммуникаций, имеющих психологическую и волевую основу, которые наиболее зависимы от таких человеческих слабостей как непонимание, забывчивость, ошибки, вольное толкование правовых норм или их умышленное нарушение, и усилить их надо электронными коммуникациями, которые обеспечат в некоторых важных случаях быстрое и точное, а не вероятностное исполнение отдельных норм права. Для этого правоведы должны найти те нормы права или их отдельные элементы, которые можно будет реализовывать с помощью электронной сетевой системы, а специалисты в области ИКТ – обеспечить автоматизацию правовых процессов и процедур технологиями.

Учёные лишь недавно осознали необходимость применения ИКТ в науке и отметили, что бумажная наука «всё более вытесняется "наукой электронной" (e-science), опирающейся на современные информационно-коммуникационные технологии»[1]. Р. Берринг в 1997 году писал: «Полная публикация законов – суть американского права, но эта главная компонента находится в процессе изменения, которое затрагивает все аспекты нашей культуры, и его влияние в первую очередь сказывается на праве: доминирующая роль, которую играла книга в представлении правовой информации, подходит к концу»[2], а Р. Сасскинд полагает, что «…юридическая практика и отправление правосудия в завтрашней правовой парадигме больше не будут во власти бумажных и печатных форм. Вместо этого правовые системы информационного

---

[1] *Цапенко И.П.* Электронная эпоха науки // Мировая экономика и международные отношения. 2005. № 8. С. 19.

[2] *Berring R.* Chaos, Cyberspace and Tradition: Legal Information Transmogrified // The Berkeley Technology Law Journal. Fall 1997. Vol. 12. Issue 12:2 // http://www.law.berkeley.edu

общества быстро разовьются под значительным влиянием как никогда более мощных информационных технологий»[1]. Однако для этого нужно улучшать не только информационное право, но качественно модернизировать и право в целом, и всю правовую систему, чтобы они соответствовали возможностям ИКТ.

Сетевое право должно быть основано на новых фундаментальных принципах, которые позволят быстро создавать востребованные жизнью нормы права или их отдельные элементы и доводить их до субъектов права, а также организовать в виде неразрывного акта процесс правотворчества и правореализации, имеющий мгновенно действующий механизм обратной связи со всеми субъектами права, на основе которого управляющий орган (вообще говоря – государство) сможет производить правовое регулирование в режиме реального времени *в тех сферах права, которые технологически будут готовы для применения в сети*.

Ключевой точкой сопряжения ИКТ, экономики и права представляется идея внедрения электронных паспортов, но на более высоком уровне применения ИКТ и права, чем это намечено делать в России. Логика перехода от бумажного к биометрическому и электронному паспорту подсказала нам следующий этап – «метапаспорт» – конструкцию, которая обеспечит коммуникацию личности с государством, физическими и юридическими лицами. Метапаспорт, как это мы последовательно предлагаем с 2000 года[2], должен был представлять собой интегрированный в сеть терминал (типа современного коммуникатора), заменяющий все иные документы и идентификаторы лица: паспорт, трудовую книжку, ИНН, пенсионное страховое свидетельство, документы об образовании, водительские права, страховой и медицинские полисы, банковские карточки; он должен обеспечивать осуществление расчётов по сделкам, выполнять функции налогового агента, который автоматически исчисляет и перечисляет в бюджет налоги с каждой совершаемой лицом сделки, учитывая его статус и полагающиеся ему льготы, субсидии, компенсации и т.п.

---

[1] *Susskind R.E.* The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology. N.Y., 1998. P. 292.

[2] *Голоскоков Л.В.* Будущие сетевые технологии права // Компьютерра. 2001. № 3. С. 46–47; *Голоскоков Л.В.* Концепция развития права и правовой доктрины государства в период формирования информационного общества // «ЧЁРНЫЕ ДЫРЫ» в Российском Законодательстве. 2003. № 1. С. 411–421.

Метапаспорт, следовательно, будет узлом электронной сети, через которую будет действовать сеть правовая, при этом для сферы права не особенно важно, как именно всё-таки он будет реализован технически – в виде отдельного прибора (устройства) или в виде системы распределённых устройств, их комбинаций или, может быть, даже при отсутствии конкретного прибора у субъекта права, когда субъект будет опознаваться автоматически и обслуживаться без предъявления идентификатора в виде паспорта, карточки или иного материального носителя.

Российская практика пошла по пути создания универсальных электронных карт, которые реализуют часть идей метапаспорта. В главах 5 и 6 Федерального закона от 27 июля 2010 года № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»[1] установлены правила использования ИКТ при предоставлении государственных и муниципальных услуг и организации деятельности по выпуску, выдаче и обслуживанию универсальных электронных карт. Некоторые предложенные нами выше функции будет выполнять универсальная электронная карта. Таким образом, наше предложение о метапаспорте начало реализовываться в 2010 году точно в соответствии с теорией сетевого права.

Любая наука включает в себя методологию, которая представляет собой совокупность принципов, приёмов научной деятельности, применяемых для получения объективных знаний. В своё время принципы сетевой экономики сформулировал К. Келли[2], так же и наша задача заключается в формулировании принципов сетевого права. Их количество и содержание могут уточняться по мере изучения феномена сетевого права и его соотношения с сетевой экономикой[3], – область, которую нужно продолжать исследовать правоведам и экономистам. Именно наличие принципов позволяет считать сетевое право цельной концепцией права, которая определяет направления дальнейшего формирования сетевого законода-

---

[1] Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

[2] *Kelly K.* New rules for the new economy: 10 radical strategies for a connected world. New York, N.Y.: Viking, 1998.

[3] См.: *Голоскоков Л.В.* К вопросу о модернизации информационной модели права: от сетевой экономики к сетевому праву // Вестник Самарской государственной экономической академии. 2004. № 3. С. 246–260; *Голоскоков Л.В.* Сетевая экономика и сетевое право: проблемы взаимодействия // Право и государство: теория и практика. 2006. № 5. С. 139–145.

тельства и задаёт магистральный путь развития права и законодательства в информационном обществе, определяет пути интеграции ИКТ и права, как это частично произошло в вышеупомянутом Федеральном законе № 31, который теперь можно считать одним из первых законов, формирующих сетевое законодательство. Последующие законы должны реализовывать принципы сетевого права, которых мы предлагаем тринадцать.

Первый принцип сетевого права допускает автоматизацию создания тех норм права (элементов норм права), которые обеспечивают гибкость оперативного управления в финансовой и налоговой сфере: налоговые ставки, таможенные пошлины, минимальный размер оплаты труда, минимальный размер пенсии, размеры сборов и пошлин, возможно и другие элементы норм, содержащие числовые параметры. Не все нормы, содержащие числовые параметры, могут и не все из них нуждаются в автоматизации создания или реализации. Применение данного принципа должно стать постоянно действующим началом части правовой политики, проводимой государством с целью строительства информационного общества, причём его значение будет возрастать прямо пропорционально количеству имеющихся норм права. Правовая жизнь ежедневно преподносит нам факты роста числа и сложности нормативных правовых актов, и поэтому применение принципа, который будет обязывать законодателя переводить хотя бы часть норм права (или их элементов) в сферу автоматизированного, полуавтоматического или автоматического создания и реализации, наполнит конструктивным содержанием одну из важнейших составляющих правовой политики на длительную перспективу.

Второй принцип вытекает из первого и состоит в необходимости постепенного перемещения разных элементов норм права в сферу автоматизированного, автоматического или полуавтоматического регулирования некоторых правовых отношений. Автоматически может исполняться, например, уплата налогов, сборов, пошлин, автоматизации можно подвергнуть составление и исполнение договоров, регистрацию сделок, отдельные процедуры третейского или арбитражного судопроизводства и др. Данный принцип был предложен нами в 2006 году[1], а в 2007 году Высший

---

[1] См.: *Голоскоков Л.В.* О перспективах применения сетевых технологий для автоматизации арбитражного процесса // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 5. С. 7–11.

арбитражный суд РФ приступил к совершенствованию системы судопроизводства путём перехода к электронному правосудию[1], то есть, именно к тому направлению, в котором мы последовательно предлагали модернизировать право и правовые процессы. В конце 2008 года Председатель Верховного Суда РФ В.М. Лебедев высказался о полезности законодательного введения обязательной видеозаписи всех судебных процессов[2] – предложение, которое мы неоднократно выдвигали ранее[3].

То, что начали реализовывать российские суды – это лишь часть идей теории сетевого права, всё остальное – впереди, и поскольку рост объёма и сложности законодательства будет происходить и далее, сфера действия этого принципа будет только расширяться. В нынешней системе права законодатель, как это было неоднократно, создаёт новый налог внезапно и с предельно большим размером налоговой ставки, например: 28% по НДС[4] или ставка подоходного налога 60%[5]. Такой жёсткий и исключительно фискальный стиль работы законодателя вынудил значительную часть российского бизнеса и граждан уйти в теневой сектор[6]. Точно так же и относительно быстрое снижение ставки единого социального налога с 35,6% до 26% создало проблему наполнения бюджета Пенсионного фонда РФ, которую Правительство РФ за все прошедшие годы так и не решило. Обратный ход законодателя с преобразованием ЕСН в страховые взносы и увеличением их ставок с 2011 года вызвал протесты бизнеса, и позиция эта оказалась настолько непродуманной и уязвимой, что власти стали час-

---

[1] См.: *Куликов В.* Арбитраж рассекретили // Российская газета. 2007. № 157. С. 8.

[2] См.: *Привалов А.* О спокойствии в судейском мире // Эксперт. 2008. № 48. 8–14 декабря. С. 14.

[3] См.: *Голоскоков Л.В.* Методы модернизации современного права информационными средствами // «Чёрные дыры» в Российском Законодательстве. 2004. № 3. С. 42–48; *Голоскоков Л.В.* Источники и ресурсы информационной модернизации права // «Чёрные дыры» в Российском Законодательстве. 2005. № 4. С. 271–286.

[4] См.: Закон РСФСР от 6 декабря 1991 г. № 1992-1 «О налоге на добавленную стоимость» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1991. № 52. Ст. 1871.

[5] См.: Закон РСФСР от 7 декабря 1991 г. № 1998-1 «О подоходном налоге с физических лиц» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 12. Ст. 591.

[6] По оценкам некоторых авторов теневая экономика в России составляет около 41% ВВП. См., например: *Никитин С.М., Степанова М.П., Глазова Е.С.* Теневая экономика и налогообложение // Мировая экономика и международные отношения. 2005. № 2. С. 25.

тично её отыгрывать назад, не дожидаясь наступления 2011 года. Фундаментальная причина этого – невозможность нынешнего права регулировать правоотношения в реальном времени.

Концепция сетевого права позволяет устанавливать ставки оборотных налогов (такие налоги наиболее удобны для работы в сети) на предварительно рассчитанном оптимальном уровне, но далее немедленно корректировать их в нужную сторону в реальном режиме времени. Поиском оптимумов по разным ставкам налогов на оборот товаров, услуг, движений капиталов специальный управляющий орган может заниматься 24 часа в сутки, мгновенно следуя за событиями или даже упреждая их.

Третий принцип. В Концепции правовой информатизации России упомянуты следующие направления: *«…кодификация и классификация, семантика и формализация нормативных предписаний, моделирование норм права на ЭВМ, стандартизация структуры и содержания нормативного акта,…проблемы создания тезаурусов, словарей и т.п.»*[1]. Третий принцип предлагает применять для разработки текстов законов подход, основанный на идее упрощения закона (правовых механизмов, процедур) путём интеграции права с сетевыми технологиями. Проблема упрощения законов существует давно. О проводимой в этом направлении работе К. Шмиттгофф пишет: «Управление Великобритании по упрощению процедур международной торговли (The United Kingdom Simplification of International Trade Procedures Board-SITPRO) создало в Великобритании разветвлённую систему экспортной торговой документации, объединённой в настоящее время в публикации, озаглавленной "Топ-форма" (TOP-Form)»[2].

Под упрощением мы будем понимать формализацию тех нормативных правовых актов (элементов норм права или норм права), которые должны обращаться в компьютерной сети, что необходимо для автоматизации (там, где это окажется возможным) их анализа и применения, для однозначного понимания и удобства использования. В этой связи представляет интерес по-

---

[1] Концепция информатизации России. Утверждена Указом Президента Российской Федерации от 28 июня 1993 года // САПП. 1993. Ст. 2521.

[2] *Шмиттгофф К.М.* Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. М., 1993. С. 53.

зиция Р.Д. Райта: «Нас не должно удивлять, что стилистическая простота может часто оставлять множество возможностей для судебного процесса, и в этом смысле оборачиваться сложностью… Максимизация стилистической простоты и минимизация порождаемой судебным процессом неопределённости одновременно желательные, но несовместимые цели»[1]. И хотя Р.Д. Райт делает итоговый вывод о том, что «поиски реального упрощения в праве остаются безнадёжными»[2], мы полагаем, что этот вывод не касается сетевого права, но применим к праву в целом в его традиционном понимании.

Необходимость упрощения текстов нормативных правовых актов для их компьютерной обработки сомнений не вызывает, однако, простота и сложность, обобщённость или конкретность нормы, как пишут Р. Давид и К. Жоффре-Спинози, может иметь следующие последствия: «Сформулировать правовую норму наиболее обобщённо – это значит сделать её менее точной и предоставить судьям широкие полномочия в применении этой нормы»[3].

Дело в том, что Р.Д. Райт рассматривает право, не разделяя его на такие компоненты как право в целом (его имеет в виду Р.Д. Райт) и внешнее проявление правовых процедур. Если бы программирование развивалось аналогично праву, то при работе над данным текстом автору пришлось бы составлять команды на каком-то языке программирования для выполнения простейшей операции с текстом. Однако его развитие пошло по логически правильному пути: пользователь может ничего не знать о том, как работает компьютерная программа, когда он одним нажатием клавиши совершает сложные операции с текстом. Это значит, что технологии, как и право, усложняются, но они же обеспечивают внешне простое взаимодействие человека с техникой.

ИКТ и сетевые технологии открывают возможность упрощения взаимодействия человека с правом автоматизацией правотворческих и правореализационных процессов путём сокрытия от пользователя сложных процедур и упрощения его внешнего взаи-

---

[1] *Wright G.R.* The Illusion of Simplicity: An Explanation of Why the Law Can't Just be Less Complex // Florida State University Law Review. Spring 2000. Vol. 27. N. 3. P. 735 // http://www. law.fsu.edu
[2] Ibid. P. 744.
[3] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 2003. С. 72.

модействия с правом. Нужно увидеть не только процесс усложнения, как Р.Д. Райт, а два процесса, которые должны будут происходить в сетевом праве: внешняя процедура взаимодействия субъекта с правом (процесс правореализации) должна упрощаться везде, где это окажется возможным, но за счёт этого внутренние правовые механизмы, скрытые от пользователя, могут и усложняться (а это и есть сфера действия выводов Р.Д. Райта). Пока немногие нормы права могут быть облачены во внешне удобную процедурную оболочку, автоматизирующую их исполнение, но задать стремление делать так во всех возможных случаях и будет составлять один из новых принципов сетевого права.

Четвёртый принцип может быть сформулирован как принцип необходимости разработки внутренне непротиворечивого законодательства, использующего по возможности единые для всех отраслей права определения и термины, отработанные не только с позиций юриспруденции, лингвистики, логики, но также и автоматизации правовых процессов. Это принцип единства и функциональной простоты техники исполнения новых законов и иных нормативных актов. Работы по классификации, кодификации, рубрикации, индексации идут и будут идти, но наша задача обратить на этот принцип внимание в связи с разработкой теории сетевого права: необходимо стандартизировать такие атрибуты нормативных правовых актов как их названия и нумерация для того, чтобы номер нормативного правового акта определял местоположение данного нормативного правового акта в системе сетевого права.

Для автоматизации правотворческих и правоприменительных процессов каждый абзац нормативного правового акта должен иметь свой номер, удобный для использования человеком в обычной практике, например для ссылки на этот номер абзаца в тексте иного нормативного акта, договора, искового заявления, кроме того, этот номер должен быть частью номера файла, под которым этот абзац, если он представляет собой минимальный объём законченной смысловой информации (сегмент), будет храниться в самой полной правовой базе данных. Тогда будет соблюдаться правило о том, что каждое высказывание в праве будет обособлено, иметь завершённую логическую конструкцию, и будет подлежать быстрому нахождению в базе данных, автоматическому анализу и сравнению с другими высказываниями.

Файловая система минимальных структурных единиц текста (сегментов) не позволит законодателю делать ошибки, заключающиеся в том, что в создаваемом законе будет сегмент текста, противоречащий смыслу другого сегмента. Специалисты констатируют: «Уровень законодательной техники настолько низок, что встречаются акты, в которых нормы противоречат друг другу внутри одного акта»[1]. Реализация принципа поможет решить эту проблему.

Пятый принцип вытекает из логики развития ИКТ, сетевого государства и сетевой экономики. Это принцип обязательности государственной регистрации всех сделок и движений капиталов в режиме реального времени. Реализация принципа сможет обеспечить: 1) возможность взимания налога с каждой сделки и движения капитала при государственной регистрации сделки (с каких сделок и движений капитала фактически будет взиматься налог – покажет экономическая целесообразность); 2) признание действительной каждой сделки (и в нужных случаях – движения капитала) только после осуществления государственной регистрации; 3) автоматическую проверку законности каждой сделки, выдачу субъектам сделки через сеть информации о правильном ходе проведения сделки, расчёта или движения капитала с целью не блокировать незаконные операции с выдачей субъектам сделки информации о правильных вариантах сделки; 4) автоматическую проверку до регистрации сделки того, соответствует ли сумма расхода данного субъекта сумме его реальных доходов; 5) создание массива ценной статистической информации в сфере экономики, налогообложения, финансовых потоков и т.д. В нашей концепции такая информация должна образовываться от непрерывного функционирования сети. Эта информация позволит строить эффективные модели управления государством, отдельными сферами экономики, отраслями промышленности, прогнозировать цены, спрос и предложение товаров и услуг, потому что это будет точная информация о зарегистрированных сделках, с которых уплачены налоги; 6) автоматический, полуавтоматический и человеческий (не машинный) анализ всей поступающей информации, которая будет представлять собой

---

[1] Введение в правовую информатику. Справочные правовые системы КонсультантПлюс: Учебник для вузов / Под общ. ред. Д.Б. Новикова, В.Л. Камынина. 3-е изд., доп. и испр. М., 2000. С. 65.

зарегистрированную картину состоявшихся сделок. Это будет делаться с целью отслеживания текущей экономической ситуации в стране, регионе, городе и выработки в реальном режиме времени новых налоговых ставок, сборов, пошлин для оперативного и точного правового управления на всех уровнях.

Шестой принцип – это принцип обеспечения обратной связи каждого субъекта права с государством или его органами в режиме реального времени. Он будет реализовываться наличием сетей и включением каждого субъекта в общегосударственную сеть. Принцип должен обеспечиваться наличием соответствующих императивных норм права, обязывающих государство организовать сетевую обратную связь с каждым гражданином.

Этот принцип лежит в основе построения информационного общества в странах, где идёт работа по его созданию. Одно из важных назначений данного принципа заключается в том, что он обеспечит информационные гарантии прав граждан непосредственно управлять государством, проводить гражданские форумы и референдумы.

Седьмой принцип заключается в необходимости построения системы сетевого права таким образом, чтобы при её работе максимально защитить человека от нарушения норм права: 1) путём автоматизации исполнения ряда норм (например, уплаты налогов, сборов, пошлин); 2) выдачей через дисплей персонального терминала заранее разработанных готовых шаблонов договоров в ходе сетевого взаимодействия контрагентов; 3) выдачей необходимых электронных адресов организаций или юристов в сложных случаях для получения профессиональной помощи; 4) путём автоматического (или по желанию субъекта) подключения в качестве правовых помощников информационных роботов (и-роботов).

Седьмой принцип обеспечит профилактику и упреждение правонарушений и преступлений, что снизит расходы на розыск преступников, на ненужные процессы в судах, уменьшит возможности чиновников извлекать из любой такой ситуации выгоду.

Восьмой принцип – принцип равенства ответственности гражданина и государства. Даже при автоматической сетевой корректировке действий лица в правильном направлении останутся возможности для злоупотреблений, возможны ошибки государства, чиновников, сбои в работе сетевой системы и т.п. Виновные стороны должны нести ответственность, и государство не должно

иметь привилегий. Необходимо переработать законы об ответственности государства таким образом, чтобы она корреспондировала идее автоматического удержания налогов, то есть увеличению объёма прав государства в данной сфере. Этому нужно противопоставить автоматическую ответственность государства, чтобы субъекты, платящие налоги, при ошибках государства автоматически получали бы от него соответствующие компенсации, штрафы и пени.

Девятый принцип состоит в том, что количество автоматически исполняемых элементов норм права (норм права) может быть равным или больше, чем количество автоматически генерируемых элементов норм права (норм права), поскольку если ускоренными способами создавать элементы норм права (нормы права), которые не будут иметь столь же быстрого способа исполнения, то в такой работе нет смысла.

Десятый принцип предлагает качественно иной способ генерации элементов норм права, который неизбежно потребует сетевое право. А.В. Поляков пишет: «Правовая норма всегда конституируется определённым **текстом, выраженным в языковой форме** (именно язык объективирует нормативную сторону права и вне языка она не существует»[1]. Такая парадигма является общей для разных правовых систем. Так, А. Рейли утверждает то же самое: «Право накрепко связано с текстом. Согласно господствующей тенденции в праве нет сомнения в том, что правовые тексты должны читаться дословно, насколько это возможно»[2]. Конечно, текстуальная форма права будет существовать неопределённо долго, но сетевое право должно будет основываться ещё и на новом принципе – генерации некоторых элементов норм права без письменной формы, но в форме электронной. Только такие элементы нормы права смогут регулировать быстротекущие процессы в сетевой экономике. Это не означает отмену фундаментальных постулатов права, но означает ввод новых.

Отсутствие письменной формы права не является чем-то совсем необычным. Перечисляя основные отличительные признаки правовых норм, А.В. Мицкевич отмечает: «Формальная оп-

---

[1] *Поляков А.В.* Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001. С. 479.
[2] *Reilly A.* Reading the Race Power: A Hermeneutic Analysis // MULR 19; (1999) 23 Melbourne University Law Review 476 // http://www.austlii.edu.au

ределённость права требует его **письменной, документальной формы**»[1]. Документальность сегодня может трактоваться более широко, чем в доинформационную эпоху, а именно, как документальность в письменной и в электронной форме, тем более, после появления Федерального закона «Об электронной цифровой подписи»[2]. В этом смысле формальная определённость права остаётся и имеет то же самое значение, меняется лишь скорость создания нормы, способ её записи, и не только скорость доведения её до субъекта, но и способ исполнения, который становится в некоторых случаях автоматизированным.

Одиннадцатый принцип предлагает максимально возможную замену человека автоматом в процессах контроля и организацию таких автоматизированных правореализационных процессов, которые исключат ошибочное применение права в принципе.

Двенадцатый принцип требует распределять в сети судей в системе будущего онлайнового арбитражного или третейского правосудия для обеспечения максимальной географической удалённости судьи от сторон для минимизации коррупции и влияния на судей местных и региональных властей.

Тринадцатый принцип – это принцип оптимизации в сетевом праве соотношения континуального и дискретного начал путём смещения к дискретным началам, являющимся основами оперирования информацией в сетях. В современном праве преобладают континуальные (от лат. continuum – непрерывное, сплошное) начала, а сетевое право должно использовать в максимальной степени слабо развитую в праве дискретность (от лат. discretus – прерывистый, состоящий из отдельных частей), которая является категорией, парной к континуальности. Именно на дискретных началах построены процессы компьютерной обработки информации. Поэтому право должно адаптироваться к сетевым технологиям и становиться сетевым.

Разница между традиционным понятием права и сетевым правом здесь принципиальна. Если в теории права норма права обращена к неопределённому кругу лиц, то сетевое право показывает

---

[1] *Мицкевич А.В.* Нормы права. Глава X // Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. Теория государства / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2000. Т. 2. С. 217.

[2] Федеральный закон от 10 января 2002 N 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» // Российская газета. 2002. № 6.

множество системно определённых вариантов, когда она будет обращена к точно определённому кругу лиц. Так проявляется различный метод учёта субъектов права и технологии взаимодействия с ними. Сегодня имеет место континуальный подход (есть неопределённое, бесконечное множество лиц и им адресована данная норма), а сетевое право предлагает дискретный подход, который означает, что в любой момент времени в сети известно, сколько имеется лиц, каков текущий статус каждого, и норма права будет адресована каждому конкретно и точно тогда, когда её нужно применить, причём реализация таких норм права или их элементов может быть частично или полностью автоматизирована.

Сетевое право предполагает наличие электронной сети, в которой все субъекты будут зарегистрированы, ибо иначе сеть не может быть организована технически, и объясняет, в чём заключалась одна из проблем права во все времена: к дискретному явлению применялся континуальный подход, то есть, всегда конкретным множеством лиц пытались управлять нормами права, адресованными неопределённому кругу лиц, по сути дела, никому конкретно, и поэтому каждое лицо делало вывод о возможности, целесообразности и допустимости применения к себе абстрактных норм права, если это лицо было в состоянии читать, если оно могло купить (приобрести) нормы права в виде текстов законов, если оно могло понимать правовые нормы и толковать их точно так, как законодатель, и если у него были все необходимые возможности для их реализации. Слишком много всяких «если», которые сильно снижают эффективность права. Теория сетевого права системно решает множество таких задач на теоретическом уровне и показывает пути их решения на практике.

Одна из таких задач – это правотворчество в сетевом режиме, когда проект закона могли бы создавать в сети, работая одновременно, множество учёных, практиков, специалистов министерств и ведомств, а также привлечённые для этого докторанты, аспиранты и лучшие студенты старших курсов. Задание на разработку закона могли бы давать, например, субъекты права законодательной инициативы, перечисленные в ст. 104 Конституции РФ, другие субъекты – министерства и ведомства, или же закон мог бы инициативно разрабатываться сувереном, которым является в соответствии со ст. 3 Конституции РФ многонациональный народ России: «Народ осуществляет свою власть непосредственно…». Координировать такую работу могли бы кафедры ведущих уни-

верситетов страны, что позволило бы решить следующие задачи: обеспечить непрерывный процесс правотворчества по множеству направлений и отраслей права, размещать проектирование законов в университетах на основе конкуренции научных школ (вузов, кафедр) с целью создания наиболее качественных проектов законов путём обсуждения на конференциях проектов, созданных разными университетами с различных позиций; обеспечить научно-практической работой самые квалифицированные научные кадры; втянуть в реальную научную и практическую работу студентов, аспирантов, докторантов, что поможет реализовать на практике их теоретические изыскания; дать возможность проявить инициативу широкому кругу лиц приобщиться к общему делу: res publica (дело народа).

Не нужно забывать, что форма правления противоположная республике – это правление монарха или иного правителя, наследующего статус главы государства тем или иным способом, а ст. 2 Конституции РФ установила в России ***республиканскую*** форму правления. Отрешённость народа от управления государством удаляет нас от республики, поэтому включение народа в общее дело – это главное условие возрождения страны, достигаемое средствами теории сетевого права.

Известно, что само по себе любое открытие в науке не является абсолютным благом, автоматически несущим процветание. Также и полное внедрение положений сетевого права и всех его принципов не гарантирует решения проблем, которые теоретически можно решить, поскольку при коррумпированной власти некоторые вопросы решить невозможно. Тем не менее, именно внедрение сетевого законодательства в налоговой сфере может стать ключом к решению проблемы полного сбора налогов, что даст возможность приступить к реализации всех остальных задач.

**Библиографический список:**

1. *Куликов В.* Арбитраж рассекретили // Российская газета. 2007. № 157.
2. *Привалов А.* О спокойствии в судейском мире // Эксперт. 2008. № 48.
3.*Шмиттгофф К.М.* Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. М., 1993.
4. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 2003.

# Презумпция знания уголовного закона и свобода экономической деятельности

**доступность уголовного законодательства; общеправовое правило; уголовное законодательство; преступления в сфере экономической деятельности; порядок опубликования законов; правовое просвещение населения; правовые учреждения**

***П. Н. Панченко***

***доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета – Высшей школы экономики, академик РАЕН, член РАЮН, член Российской криминологической ассоциации, руководитель Секции по уголовно-правовым вопросам Научно-консультативного совета при Нижегородском областном суде***

Уголовное законодательство не предусматривает общеправового правила презумпции знания закона как условия вины и ответственности в качестве самостоятельного уголовно-правового принципа. Не возведены в статус принципов и такие правила, как, например, недопустимость применения уголовного закона в отношении деяний, не предусмотренных им в качестве преступлений, но аналогичных по отдельным признакам тем, которые им предусмотрены в качестве таковых (недопустимость применения уголовного закона по аналогии[1]), недопустимость применения в отношении деяния вновь принятого более строгого закона и обязательность применения в отношения деяния вновь принятого более мягкого закона (обязательность придания обратной силы вновь принятому более мягкому закону и недопустимость придания обратной силы вновь

[1] В данном случае мы имеем дело с укоренившимся в уголовном законодательстве «сленгом» (ч. 2 ст. 3 УК РФ), который является неоправданным в силу не только его неопределенности, но и неверности по существу. Запрещается применение уголовного закона *по какой* аналогии, по аналогии *с чем, почему* запрещается… – все эти вопросы остаются недоступными для понимания в законодательной формулировке о том, что «применение уголовного закона по аналогии не допускается».

принятому более строгому закону[1]), не придание состоянию опьянения, независимо от его степени, значения обстоятельства, исключающего вину и ответственность (за исключением случаев, когда это состояние сочетается с состоянием невменяемости, в том числе обусловленным факторами, не связанными напрямую с состоянием опьянения), приоритет российских законов перед законами других государств, обязательность действия российских законов на территории всего Земного Шара – в отношении наших граждан и лиц без гражданства (постоянно проживающих на территории Российской Федерации), а также в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства (не проживающих постоянно на нашей территории), совершивших преступления, посягающие на российские интересы.

Формально нет принципа презумпции знания закона как условия вины и ответственности и в других, помимо уголовного, отраслях законодательства. Но так как по существу все с детских лет (и особенно в школьные годы) знают о том, что нельзя брать чужое, портить вещи, вредить кому-либо каким-либо иным образом, а тем более обижать, бить кого-то, и вообще недопустимо делать все, за что могут осудить люди, то каждый, совершая нечто предосудительное, психологически готов к тому, что за него придется, так или иначе, отвечать, в том числе собственными ущемлениями. И тем более каждому доподлинно известно, что ссылаться на то, что предосудительные действия совершены «по незнанию», «по глупости», как бы «само собой» – себе дороже: «получишь» и за допущенное плохое поведение, и за ту «глупость», которая к нему привела – чтобы впредь был, так сказать, умнее, расторопнее, предусмотрительнее.

---

[1] Использование в ст. 10 УК РФ словосочетания «обратная сила уголовного закона» тоже следует признать не корректным – прежде всего, из-за его двусмысленности. Буквальное его прочтение может навести на мысль о том, что закон в каких-то случаях действует *вопреки* своему прямому назначению, а именно не укрепляет правопорядок, а «разлагает» его, действует не *против преступления*, а *против тех ценностей*, на которые оно посягает, то есть, как иногда полагают некоторые не подготовленные к семинарским занятиям студенты-юристы, не… «против преступника», а… «за него». Было бы более правильным использовать в законе несколько иные формулировки, а именно такие: 1) недопустимость несвоевременного применения нового более строгого закона, то есть закона, вступившего в силу уже после совершения деяния и усиливающего его наказуемость (или устанавливающего его наказуемость вновь); 2) обязательность применения более мягкого нового закона, то есть закона, вступившего в силу уже после совершения деяния, но смягчающего его наказуемость (или вовсе ее устраняющего).

Все это вошло, можно сказать, в наши плоть и кровь, в само сердце, в сознание, душу. Применительно к правонарушениям сказанное приобрело характер неписаного правила, суть которого выражается обычно следующими всем известными словами: незнание закона не освобождает от ответственности за его нарушение. Справедливости данного правила учат и семья, и школа, и практика правосудия, и вообще все, что нас окружает.

Между тем, если говорить о сфере преступного поведения, то здесь, надо заменить, многие уголовно-правовые запреты формулируются в законе со ссылками на те или иные весьма специфические и к тому же меняющиеся правила. Это, например, запреты, формулируемые в бланкетных диспозициях уголовно-правовых норм, содержащих ссылки на меняющиеся нормы налогового, гражданского, административного, трудового и иного («внеуголовного») законодательства. Такого рода нормы, не теряя своей административно-правовой, гражданско-правовой или иной собственно отраслевой сущности, включаются при определенных условиях (например, при наступлении каких-либо тяжких последствий) в структуру соответствующих норм уголовного законодательства и становятся (хотя, понятно, и временно, лишь на время совершения соответствующего преступления и решения вопроса об ответственности за него) их неотъемлемой принадлежностью, органической составной частью, важным конструктивным признаком. Эти запреты касаются, в частности, крупных и особо крупных размеров ущербов, доходов, задолженности – например, в преступлениях в сфере экономической деятельности. Может быть, еще совсем недавно эти размеры были одними, а сегодня они становятся (в основном в связи с инфляционными процессами) уже совершенно другими.

Так, постоянно меняются крупный и особо крупный размеры неуплаченных налогов или сборов в составах налоговых преступлений. Если еще вчера они измерялись тысячами рублей, то сегодня – уже миллионами. Человек, ввиду, например, длительной зарубежной командировки, продолжительного нахождения на лечении, иных отвлечений или прочих извинительных обстоятельств, мог и не знать того, что его поведение, еще совсем недавно рассматривавшееся законом как вполне добропорядочное (или, по крайней мере, не выходящее за рамки дозволенного уголовным законом), в настоящее время уже признается преступлением – со всеми, разумеется, вытекающими отсюда последствиями. Наконец, человек мог

просто вовремя не сориентироваться в меняющихся условиях, а следовательно, и в правовой сути собственного поведения – в частности, по причине особенностей своего интеллектуально-волевого состояния (постоянного или временного).

Как быть, во всех этих случаях? С одной стороны, закон, определяя понятие вины и его форм, ничего не говорит о сознании лицом правовой запрещенности деяния, признаваемого преступлением, но с другой – совершенно очевидно, что законы пишутся именно для людей, и законодатель, конечно же, рассчитывает на то, что люди их читают, вникают в их суть, достаточно отчетливо понимают пределы разрешенного поведения. То есть мудрый законодатель (иным он, разумеется, и не может быть по самой своей сути), нацеливая свои законодательные нововведения на ту или иную сферу жизнедеятельности острие уголовно-правового контроля, исходит из того, что граждане, ознакомившись с новациями и верно уяснив их суть, будут соблюдать установленные новые правовые требования. Отсюда вытекает обязанность законодателя постоянно знакомить граждан с издаваемыми им правовыми новациями, подробно трактовать их смысл, значение и назначение, разъяснять их содержание, пропагандировать важность и необходимость прислушиваться к новым правовым требованиям, неукоснительно их соблюдать, быть готовым к тому, чтобы, в случае их нарушения, отвечать за это.

В данной связи вспоминается давний случай. Еще в советское время одним из сибирских судов был оправдан привлеченный к ответственности за самогоноварение (был такой период в нашей истории, когда данное деяние признавалось преступлением) 89-летний сельский житель. На высказываемые по его адресу в судебном заседании упреки прокурора в недопустимости подобных действий старик неизменно отвечал недоумением: а почему.., а где это сказано.., читать не умею.., да и газет в деревне никто не выписывает.., радио тоже нет.., о телевизоре только слышал от кого-то.., продукты для браги в магазине не покупаю.., денег на это нет.., пенсия маленькая, на жизнь ее едва хватает, да и необходимости в том нет – все необходимое для этого дела в огороде растет… «Губишь, – продолжает наседать прокурор, – свое драгоценное здоровье». «Да нет, – отвечает незадачливый подсудимый, – на здоровье пока не жалуюсь, скоро буду отмечать 90-летие… Дай бог и вам дожить до этих лет…». Постановляя по данному делу оправдательный приговор, суд сослался, на то, что привлекаемое к ответственности лицо не

осознавало общественной опасности совершаемых действий – ввиду преклонного возраста и ряда других обстоятельств, не позволивших лицу быть осведомленным в соответствующих правовых требованиях.

Этот подсудимый в чем-то напоминал «злоумышленника» из известного одноименного чеховского рассказа – человека, который никак не мог взять в толк, в чем же его все-таки обвиняют – ведь отвинченная им от железнодорожного полотна для удилища гайка, по его собственному представлению, никак не могла привести к крушению поезда. «Злоумышленник», помнится, был все же осужден. Но если вникнуть в описанную писателем ситуацию, то можно придти к выводу о том, что достаточных оснований для этого не было, так как никакого умысла (а тем более «злого») в его действиях не содержалось. Невежественный (в юридическом смысле) крестьянин не понимал не только запрещенности совершенных им действий, но и их общественной опасности. «… Нешто из-за одной отвинченной гайки крушение случится…», – недоумевал он. Заметим, что, ко всему прочему, во времена А.П.Чехова такие люди (жители сельской местности) сплошь и рядом были неграмотными. С законами их никто, понятно, не знакомил, само понятие «правовое просвещение населения» тогда вообще отсутствовало, а миссия священнослужителей в общении с прихожанами ограничивалась в основном лишь самыми общими взятыми из Библии поучениями – типа «не убий», «не укради» и т.п. Да и тогдашнее правосудие далеко еще не «доросло» до того понимания вины, которое свойственно современному правосудию.

Однако, несмотря на наш просвещенный XXI век – век освоения Космоса, сплошной грамотности населения, компьютеров и всеобъемлющей мобильной связи, Интернета, кабельного и спутникового телевидения, теле- и радиокоммуникационных систем, по существу поголовной автомобилизации и начала внедрения нанотехнологий, век, когда, благодаря широкой сети юридических вузов, едва ли не в каждом доме есть уже свой дипломированный юрист, ситуация с правовой грамотностью населения с тех пор в принципе все же мало в чем изменилась. Во-первых, изданиями законодательных, правительственных и иных официальных органов киоски не торгуют, так как их давно уже никто не покупает – и скучно, и накладно, и необходимости в их приобретении вроде бы особой не ощущается (жива еще в народе шутка: «Много будешь

знать – быстро состаришься»). Что касается радио и телевидения, то они давно уже напрочь устранились от своей прямой обязанности информировать население о новых законах. Предпочитают развлекать и веселить нас, да к тому же выкраивать время для рекламы. Депутаты же поддерживают «связь с народом» (если поддерживают вообще) только в периоды избирательных кампаний. А, во-вторых, в действующее законодательство вносится так много изменений, что уследить за всеми ими практически невозможно. Даже профессиональные юристы испытывают в этом определенные затруднения. В связи с чем, кстати, правовая работа все еще грешит ошибками, в том числе подчас весьма существенными. К тому же рядовые россияне настолько придавлены повседневными заботами, что ни на что другое у них просто не хватает времени.

Проблему правовой осведомленности наших граждан следует, как представляется, решать с нескольких сторон. Во-первых, само законодательство должно стать более стабильным. Нельзя его менять едва ли не каждый божий день. Если не грянула (не дай бог) война и не наступили еще какие-либо другие чрезвычайные обстоятельства, то новые законоположения должны, накапливаясь, публиковаться едиными пакетами с какой-то более или менее устойчивой периодичностью – допустим, раз в три, четыре или шесть месяцев. Во-вторых, законы должны готовиться на понятном, доступном для всех языке. В-третьих, одновременно с новыми законами должны публиковаться также их официальные комментарии (а не просто их доктринальные интерпретации). В-четвертых, целесообразно одновременно публиковать и сведения об общих принципах новых законоположений. Это существенно способствовало бы повышению уровня юридической грамотности населения. В-пятых, важно установить официальный запрет на введение законов в силу в день опубликования, так как в стране немало таких местностей, куда «Российская газета» (издание, оперативно публикующее официальные тексты новых законов) доходит только спустя дни, недели или даже месяцы (если, конечно, вообще доходит). В-шестых, требуется установить такой порядок, при котором опубликование новых законов сопровождалось бы и их реальным обнародованием, в том числе посредством прессы, а также лекций и индивидуальных бесед, которые проводились бы как опытными юристами, так и студентами-старшекурсниками юридических вузов. Кстати, здесь весьма сгодился бы и потенциал негосударственного высшего юридическо-

го образования, которое сегодня не обругивает (часто необоснованно) разве что только ленивый. Наконец, в-седьмых, пакеты новых законоположений со всеми необходимыми приложениями к ним должны, как представляется, бесплатно направляться в каждую семью, каждую квартиру, каждый индивидуальный дом – конечно же, под роспись.

Все это в совокупности не позволит нарушителю закона ссылаться на его незнание. Да и претензии государства на статус правового станут в этом случае более обоснованными, а следовательно, и более оправданными. Если еще в древнейшие времена короли и другие монархи обнародовали принимаемые установления обычно громогласно и повсеместно, заставляя свои боевые отряды объезжать буквально все селения, трубя сборы и с выражениями «Слушайте, слушайте, слушайте… И не говорите потом, что вы этого не слышали…» внедряли в сознание людей то, что от них требовала власть, то тем более сегодня мы должны тоже многое делать в этом же направлении – безусловно, трудном, но очень важном и крайне обязательном.

В данной связи представляется целесообразным во всех трех предложениях п. 3 ст. 15 Конституции РФ термин «опубликование» дополнить термином «обнародование» – естественно, с усилением акцента на последнем термине. Новая редакция данного пункта видится нам в следующем виде: «Законы и иные нормативные правовые акты подлежат обязательному официальному опубликованию для всеобщего сведения, а также их повсеместному обнародованию, состоящему, как минимум, в бесплатной доставке текстов официально опубликованных законов в каждую семью, каждый дом, каждую квартиру – с разъяснением сути опубликованных законов в специальных приложениях и непосредственно, то есть в форме публичных лекций, а при необходимости – и в форме индивидуальных бесед. Неопубликованные официально и должным образом необнародованные законы не применяются. Опубликованные и должным образом обнародованные законы вводятся в силу не ранее одного месяца после их полного обнародования (если обстоятельства не требуют более быстрого введения их в силу), а в необходимых случаях – не ранее трех, четырех, пяти или шести месяцев, если сложившиеся обстоятельства не требуют более продолжительных сроков введения опубликованных законов в силу – например, одного года, двух или трех лет. Опубликованный закон считается в полной

мере обнародованным после доставки его текста со всеми необходимыми комментаторскими и разъяснительными приложениями в каждый дом, каждую квартиру, семью (под роспись) и проведения соответствующей лекции, а при необходимости – еще и индивидуальной беседы по месту жительства гражданин. Любые нормативные правовые акты, в особенности затрагивающие права, свободы, законные интересы и обязанности гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения и должным образом не обнародованы».

Полагаем, что правило презумпции знания уголовного закона следует возвести (для правильного понимания данного закона и с учетом его особой строгости) в статус принципа уголовного законодательства – с закреплением его в этом законодательстве (например, в нововведенной ст. 5.1 УК РФ) в следующем виде:

«Статья 5.1. Принцип презумпции знания уголовного закона

Нарушение уголовного закона вследствие его незнания влечет уголовную ответственность на общих оснований, если такое незнание не касается запретов, формулируемых со ссылками на специфические и меняющиеся правила, относящиеся к другим отраслям законодательства, и не явилось следствием иных извинительных обстоятельств – например, не исключающих вменяемости интеллектуально-волевых особенностей нарушителя закона. Если такое незнание касается запретов, формулируемых со ссылками на специфические и меняющиеся правила, относящиеся к другим отраслям законодательства, или явилось следствием иных извинительных обстоятельств – например, не исключающих вменяемости особенностей интеллектуально-волевого состояния нарушителя закона, то суд, установив эти обстоятельства и признав их извинительными, принимает решение об отсутствии вины у лица, совершившего соответствующее деяние».

Особо важное значение имеет презумпция знания уголовного закона как условия вины и ответственности применительно к преступлениям в сфере экономической деятельности. Главные особенности рассматриваемого вопроса в отношении названных преступлений состоят, прежде всего, в том, что их составы, во-первых – многосложны (складываются из множества признаков, в том числе альтернативного характера), во-вторых – характеризуются экономическим содержанием, в том числе малоизвестным широкому кругу граждан (а часто – вообще ему неизвестным, уже в силу специфики самих ис-

пользуемых законом терминов: рынок, манипулирование рынком, инсайдерская информация, инвестор, ценные бумаги, реестр владельцев ценных бумаг, предпринимательская деятельность, система депозитарного учета, государственный кадастр недвижимости, акционер, совет директоров, наблюдательный совет, хозяйственное общество, юридическое лицо, единый государственный реестр юридических лиц, легализация имущества, приобретенного преступным путем, государственное пробирное клеймо, коммерческая, банковская, налоговая тайна, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара, сделка, конкуренция, кредит, кредитор, кредиторская задолженность, кредитные расчетные карты, иные платежные документы, экспортный контроль, таможенный контроль, средства таможенной идентификации, декларирование, банкротство, налоговый агент и др.), в-третьих – описаны с использованием бланкетных диспозиций, в-четвертых – содержат меняющиеся признаки, характерные для таких диспозиций, и, в-пятых – постоянно дополняются новыми составами.

Достаточно сказать, что только за четыре месяца 2010 года (апрель-июль) Федеральными законами от 7 апреля, 6 мая, 17 июня, 1 и 27 июля в главу 22 УК РФ («Преступления в сфере экономической деятельности») включено 15 нововведений, в том числе в девять статей внесены изменения (в ст. 169, 171, 174, 176, 184, 185, 191, 193 и 194), две статьи изложены в новой редакции (ст. 174.1 и 183.3), одна статья признана утратившей силу (ст. 173 – лжепредпринимательство), появились три новые статьи (ст. 170.1 – фальсификация единого государственного реестра юридических лиц, реестра владельцев ценных бумаг или системы депозитарного учета, ст. 185.5 – фальсификация решения общего собрания акционеров (участников) хозяйственного общества или решения совета директоров (наблюдательного совета) хозяйственного общества, ст. 185.6 – неправомерное использование инсайдерской информации).

Всего же за неполных полутора десятилетий действия УК РФ 1996 года в 22-ю главу Кодекса внесено более ста изменений. Ни одна статья данной главы не осталась без той или иной корректировки, а редакции ряда статей вообще заменены новыми. Десять статей включены в эту главу дополнительно (ст. 170.1, 174.1, 185.1-185.6, 199.1, 199.2), а три – признаны утратившими силу (уже упоминавшаяся статья 173, а также статьи 182 и 200). На данный момент глава 22 УК РФ насчитывает 39 статей, и их количество, как

можно предположить, еще будет пополняться – например, статьями об ответственности за банкротство, допущенное в силу грубой небрежности, за использование теневых форм ведения предпринимательской деятельности, за привлечение предпринимателем к своей (предпринимательской) деятельности должностных лиц, для которых занятие такой деятельностью запрещено законом, за использование при осуществлении предпринимательской деятельности преимуществ, обусловленных незаконными протекционистскими действиями[1]. Предполагается декриминализация незаконного ввоза в Российскую Федерацию культурных ценностей – с переводом данного деяния в ведение административно-правовой юрисдикции, и усиление ответственности за незаконный ввоз в Российскую Федерацию оружия, наркотиков, а также других предметов, веществ или устройств повышенной опасности, а равно запрещенных к ввозу в Российскую Федерацию документов, информационных, литературных или иных подобных материалов.

Обращает на себя внимание то, что почти все перечисленные выше новые законоположения (за редкими исключениями), включены в УК РФ с введением их в действие со дня опубликования. Устанавливая, так сказать, «молниеносные» сроки введения в действие уголовно-правовых новаций, законодатель, конечно же, не может не знать, что у россиян нет такого обыкновения, чтобы каждое утро идти к газетному киоску и покупать там свежий номер «Российской газеты». А получив его, первым делом знакомиться с новыми законоположениями. Тем более трудно на это рассчитывать, что люди по утрам обычно идут на работу, а не в газетные киоски. Киоски, которые, кстати, в это время еще закрыты. Когда же люди приходят

---

[1] В данной связи нельзя не упомянуть о миллиардерше Елене Батуриной, чье огромное состояние стало возможным благодаря протекционизму со стороны ее супруга – мэра Москвы Ю.М.Лужкова. Мэр, безусловно, лукавит, заявляя о том, что его супруга является настолько талантливым бизнесменом, что если бы она не была его супругой, то была бы раз в десять богаче. Но куда уж больше? Предоставленная Ю.М.Лужковым супруге «охранная грамота», избавившая «бизнесвумен» от проблем с заключением приоритетных договоров, с налоговиками, вымогателями взяток и прочими большими и малыми «помехами» обеспечила ей «режим максимального благоприятствования» и, тем самым, вознесла ее к вершинам мировых успехов в бизнесе. Но, оставаясь в зоне уголовно-правового контроля, как сама Елена Батурина, так и ее высокопоставленный супруг, едва ли могут рассчитывать на «охранную грамоту» со стороны высшего руководства страны. Пока еще принцип законности никто не отменял.

с работы, они уже закрыты. Домохозяйкам же, пенсионерам и тем более прочим малоимущим людям (малооплачиваемые категории граждан, безработные, бомжи, алкоголики, наркоманы, криминалитет и др. – в общей сложности таковых насчитывается в стране порядка 50-60 миллионов человек[1]) – не до «Российской газеты». Да и денег на ее приобретение у них нет. Не говоря уже о затруднениях с подпиской на это издание, дороговизна которой отпугивает, как известно, даже достаточно состоятельных людей. Получается так, что справедлива и сегодня известная еще с советских времен и казавшаяся тогда несколько циничной констатация, состоящая в том, что в нашей стране попасть «под статью» можно с такой же легкостью, что и под дождь, под снег, под трамвай или… под горячую руку распоясавшегося пьяного хулигана.

Почему же, спрашивается, законодатель все-таки идет на подобное крайне нерациональное (если не сказать – вообще абсурдное) решение? Причина этому может быть только одна: лишь такими грозными решениями правовое государство, как оно себя позиционирует в п. 1 ст. 1 Конституции РФ, может хоть как-то «напугать» наших далеко «неправовых», по общему правилу, граждан, то есть людей, основательно пораженных правовым нигилизмом. Таким образом, право до сих пор играет у нас роль не только «ночного сторожа», но в какой-то мере – еще и «огородного пугала». Чтобы снять с него этот позорящий жупел, надо не только отсрочить время введения в силу принятых и опубликованных законов – например, до одного, двух или трех месяцев (а в некоторых случаях и на более продолжительные сроки – скажем, на период от трех до шести месяцев или даже, если принимается, например, новый Кодекс – на период от одного года до трех лет), но и провести ряд других актуальных в рассматриваем плане мероприятий, в том числе, например, следующих.

Важно как можно основательнее освободить главу 22 УК РФ от составов со специальным субъектом, переведя их в значительной части в сферу административно-правовой юрисдикции. Уголовно-правовой контроль над соответствующей категорий лиц можно было бы оставить в основном в отношении случаев, когда контроль административно-правовой над соответствующими лицами оказы-

---

[1] Цифра эта заставляет задуматься. Если к ней прибавить чиновников и сотрудников иных непроизводительных сфер, то получится так, что в стране у нас действительно «один с сошкой, а семеро с ложкой». Надеемся, для экономистов (как и для других специалистов соответствующего профиля) сказанное станет достаточно интересной «информацией к размышлению».

вается по причине мягкого реагирования неэффективным. То есть предлагается шире использовать в уголовном законодательстве ту административно-правовую преюдицию, о которой говорил еще в своем ноябрьском (2009 г.) Послании Федеральному Собранию Российской Федерации Президент РФ Д.А.Медведев.

Надлежит также всерьез подумать о том, чтобы принятие всего отраслевого и межотраслевого законодательства, включая, разумеется, и законодательство уголовное, перевести в ведение регионов, а точнее – федеральных округов. Субъекты РФ, входящие в соответствующие федеральные округа, могли бы в этом случае «договариваться» между собой о том, какое именно им необходимо отраслевое и межотраслевое законодательство. Естественно, за федеральным центром было бы целесообразным в таком случае закрепить право принимать основы отраслей законодательства и основы соответствующих блоков межотраслевого законодательства, то есть принципы и иные общие положения названных отраслей и блоков. Так решался данный вопрос в бывшем СССР, так (или примерно так) он решается и сегодня в США. В огромном государстве, каким все еще является наша страна, расположенная в двух частях света, иной подход чреват излишней централизацией законодательной власти, что способно приводить (и подчас приводит) к сбоям, конфликтам центра с регионами, шаткости в регионах позиций федерального центра, не способного подчас обеспечить повсеместно достаточно прочный правопорядок. В случае реализации внесенного предложения Центральная Россия могла бы иметь свой федеральный уголовный кодекс (по типу американского федерального округа Колумбия), а остальные регионы – соответственно свои региональные уголовные кодексы (по региональным федеральным округам).

Но здесь возникает вопрос о том, а не ухудшит ли регионализация отраслевого и межотраслевого законодательства позиции граждан в их осведомленности относительно состояния данного законодательства в других регионах, где приходится им бывать в связи с командировками, отдыхом и прочими «житейскими» обстоятельствами. Полагаем, что не ухудшит. Ведь когда нам приходится выезжать по тем или иным причинам за рубеж, мы же не страдаем от того, что там действуют не такие, как у нас, законы. Просто при переездах люди ведут себя осмотрительнее. При необходимости они знакомятся с интересующими их законоположениями страны пребывания, становясь при этом, кстати, и более юридическими грамотными в целом.

В народе говорят: со своим уставом в чужой монастырь не суйся. И это – совершенно правильно. Даже в каждой отдельной семье существуют какие-то свои устои, нормы, правила, каноны, но, как известно, это отнюдь не мешает людям общаться, в том числе «дружить домами». Более того, это даже способствует установлению и укреплению межсемейных отношений (и межличностных тоже). Следовательно, в случае регионализации законодательства отношения между регионами станут, как можно предположить, еще более крепкими, еще более стабильными, ровными, более активно совершенствующимися. Россия, наконец-то, навсегда обретет издавна желанный для нее статус «единой и неделимой». В этом случае регионы могли бы взять на себя и все заботы по опубликованию и обнародованию новых законов, доведению их до всеобщего сведения, официальному их комментированию, разъяснению гражданам и т.д. Повысилась бы в регионах и научно-исследовательская активность, обеспечивающую высокую эффективность реализации законов, их устойчивое и полноценное развитие, достаточно полный учет региональных особенностей. Федеральный центр получил бы в таком случае и более широкие возможности для формирования принципов, общих положений и основных направлений общероссийской правовой политики.

Следует установить порядок, при котором за законодательными нововведениями закреплялись бы имена инициаторов их принятия – с указанием, разумеется, и имен разработчиков новых законоположений. Инициаторы нововведений могли бы публиковать в изданиях, содержащих тексты новаций, их развернутые обоснования, а разработчики новаций – кроме того, их главную суть, значение, назначение, важность, актуальность, порядок применения и т.д. Иначе получается так, что новые законоположения после их опубликования на какое-то время как бы «повисают в воздухе», поскольку их не понимают должным образом ни те, кто должен их соблюдать, ни те, кто должен их применять.

Кстати, еще и по этой причине теряется смысл в скоропалительном введении законодательных новаций в силу. Высказанное выше предложение о предоставлении гражданам времени, достаточного для осмысления сути законодательных нововведений (как и времени, необходимого правоприменителям для того же самого), может быть аргументировано, помимо прочего, еще и тем соображением, что такое время могло бы использоваться для целей акти-

визации деятельности юридического аналитического сообщества в направлении, с одной стороны, правового просвещения населения, с другой – организации правовой учебы тех категорий лиц, в отношении которых установлен соответствующий правовой (уголовно-правовой, административно-правовой или иной правовой) контроль, а с третьей – организации системы консультирования сотрудников правовых учреждений, осуществляющих соответствующую уголовно-правовую юрисдикцию.

Вся эта просветительская, учебная и консультационная работа могла бы осуществляться, в частности, преподавателями факультетов (отделов, отделений, других структур) повышения квалификации сотрудников соответствующих экономических структур и сотрудников соответствующих правовых учреждений юридических вузов и юридических факультетов институтов, университетов, академий. Если речь идет о правовой учебе сотрудников соответствующих экономических структур и консультировании сотрудников соответствующих правовых учреждений, то в отношении их возможны и заочные формы такой работы, но с обязательным собеседованием с преподавателем и, может быть, с проставлением соответствующих отметок в документах, отражающих успехи сотрудника в его профессиональном становлении. Наличие у сотрудников соответствующих экономических структур необходимых правовых знаний могло бы рассматриваться в качестве одного из важных лицензионных требований, а наличие таких знаний у сотрудников соответствующих правовых учреждений – в качестве одного из существенных требований, предъявляемых при решении вопроса о продвижении сотрудника по службе.

Ликвидация наблюдаемого в настоящее время процесса постоянного углубления правовой неграмотности лиц, работающих в экономических структурах и в связи с этим находящихся под жестким уголовно-правовым контролем – процесса, вызванного, прежде всего, валом законодательных нововведений, порождаемых условиями переходного периода, безусловно, придала бы реальную жизнь принципу презумпции знания закона как условия вины и ответственности в уголовном праве, и, конечно же, в значительной мере способствовала бы предупреждению и пресечению преступлений, совершаемых в сфере экономической деятельности, а следовательно, и повышению эффективности данной деятельности – деятельности, все еще судьбоносной для современной России.

# Проблемы положительного права

## Конституционно-правовая и муниципально-правовая ответственность как виды публично-правовой ответственности органов местного самоуправления

**органы местного самоуправления; публично-правовая ответственность; конституционно-правовая ответственность; муниципально-правовая ответственность; государственное принуждение**

***Е. В. Белоусова***

***кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Московского гуманитарного университета.***

Проблемы ответственности органов публичной власти неоднократно становились предметом исследования различными государствоведами. В теории права ответственность принято рассматривать в двух аспектах: позитивном (перспективном) и негативном (ретроспективном)[1]. Как отмечает М.А. Краснов, ученых-юристов, рассматривающих вопросы ответственности в публичном праве, условно можно разделить на две группы: сторонников только негативной (юридической по своему характеру) ответственности и сторонников ответственности «двухаспектной», включающей как негативную, так и позитивную[2]. При этом, как правило, под позитивной ответственностью понимается ответственная деятельность установленного круга субъектов по осуществлению определенных полномочий в соответствии с законодательством. А.С. Борисов трактует позитивную ответственность как ответственное отношение органов и должност-

---

[1] См.: Теория государства и права. М. 1998. С. 416.

[2] *Краснов М.А.* Ответственность в системе народного представительства. М., 1995. С. 6–7.

ных лиц местного самоуправления к своим обязанностям, добросовестное и эффективное их исполнение[1]. Таким образом, применительно к субъектам муниципальных правоотношений, думается, под позитивной ответственностью следует понимать осознание населением непосредственно либо органом местного самоуправления на основе внутреннего саморегулирования своей ответственности за добросовестное решение вопросов местного значения на основе принципа законности, а также за осуществление отдельных государственных полномочий, переданных на муниципальный уровень. Однако существует и негативный аспект ответственности, заключающийся в претерпевании неблагоприятных последствий, который также необходимо учитывать. В связи с этим можно утверждать, что ответственность органов местного самоуправления предполагает наличие правовой связи между властвующим субъектом и объектом управления, которая реализуется в праве властвующего субъекта применять государственно-принудительные средства воздействия. Их особенность заключается в том, что они применяются в отсутствие деликта (т.е. непосредственного нарушения нормы права) и при этом также отсутствует или не учитывается наличие (отсутствие) вины. Негативная ответственность, по мнению большинства авторов в сфере муниципального права, предполагает наступление неблагоприятных правовых последствий либо за принятые органами местного самоуправления противоправные решения, ненадлежащее осуществление своих задач и функций[2], либо за неисполнение или ненадлежащим образом исполнение своих обязанностей по отношению к другим участникам правоотношений[3], либо за совершенное правонарушение[4]. Также от-

---

[1] *Борисов А.С.* Ответственность местного самоуправления и ее виды // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 2. С. 12.

[2] *Кутафин О.Е., Фадеев В.И.* Муниципальное право Российской Федерации. М.: Проспект, 2006. С. 645; *Таболин В.В.* Муниципальное право. М.: Академия МВД России, 1997. С. 158; *Мокеев М.М.* Конституционно-правовая ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления. Дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С 56.

[3] *Постовой Н.В.* Муниципальное право России. М.: Новый юрист, 1998.

[4] См.: *Измайлова Е.В.* Юридические механизмы института ответственности в системе местного самоуправления. Дис. … канд. юрид. наук М. 2003. С. 72; *Пешин Н.Л.* Муниципальное право: Схемы и комментарии. Учеб. пособие. С.: Статут. 2001. С. 240; Муниципальное право Российской Федерации: Учебник для вузов / Под ред. проф. И.С. Бондаря М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право. 2002. С. 529; *Уваров В.А.* Об ответственности органов местного самоуправления // Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран / Под ред. С.А. Авакьяна. М.: Изд-во МГУ. 2001. С. 366; *Шугрина Е.С.* Муниципальное право: Учебник. М.: Велби, 2004. С. 292.

ветственность определяется как отрицательная оценка деятельности субъекта, в результате чего на него налагаются неблагоприятные правовые последствия в виде лишения политических, юридических или других интересов[1]. Подавляющее большинство авторов рассматривает ответственность исключительно в негативном аспекте, исходя из ее юридического (правового) характера, связывая с совершением незаконных действий. В связи с этим весьма неординарной представляется позиция В.С. Кашо, который предпринял попытку определить ответственность через сочетание позитивного и негативного аспекта, определив ее через призму муниципально-правовой ответственности как комплексный вид юридической ответственности, урегулированный нормами муниципального права, реализуемой государством, населением, физическими и юридическими лицами, а также самими органами и должностными лицами местного самоуправления в отношении субъектов местного самоуправления, включающей меры контроля, надзора, а при наличии муниципального правонарушения – меры государственного или общественного принуждения[2]. Таким образом, ответственность органов (должностных лиц) местного самоуправления реализуется, во-первых, как позитивная ответственность, то есть ответственная деятельность по решению вопросов местного значения, во-вторых, как негативная ответственность. Это нашло отражение в Европейской Хартии местного самоуправления, где сказано, что «местное самоуправление означает право и фактическую способность самоуправляющихся территориальных общностей осуществлять управление и решать в рамках законов под свою ответственность значительную часть государственных дел в интересах граждан, проживающих на соответствующей территории» (п.1 ст.3)[3], а также в российском законодательстве. Согласно дефиниции, закрепленной в п.1 ст. 2 Федерального закона 1995 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» местное самоуправление представляет собой деятельность населения под свою ответственность, осуществляемую непосредственно или через органы местного самоуправления. Одноименный закон 2003 г. № 131-ФЗ закрепляет аналогичную норму, определяя местное самоуправление как форму власти, обеспечивающую самостоятельное и

---

[1] *Соловьев С.Г.* Муниципально-правовая ответственность местного представительного органа: содержание и актуальные проблемы // Государственная власть и местное самоуправление. 2004. № 2. С. 5.
[2] *Кашо В.С.* Ответственность в системе местного самоуправления: Учеб. пособие. Красноярск, 2005. С. 22.
[3] СЗ РФ. 1998. № 15. Ст. 1695; 1998. № 36. Ст. 4461.

под свою ответственность решение населением непосредственно и (или) через органы местного самоуправления вопросов местного значения. В соответствии с п.2 ст. 1 Федерального закона от 6 октября 2003 г. N 131-ФЗ "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации": "Местное самоуправление в Российской Федерации – форма осуществления народом своей власти, обеспечивающая в пределах, установленных Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, а в случаях, установленных федеральными законами, – законами субъектов Российской Федерации, самостоятельное и под свою ответственность решение населением непосредственно и (или) через органы местного самоуправления вопросов местного значения исходя из интересов населения с учетом исторических и иных местных традиций"[1]. Исходя из смысла приведенной формулировки очевидно, что подразумевается ответственность населения "за порученное дело".

Вопросы наименования, природы и видовой принадлежности ответственности органов местного самоуправления в юридической науке являются достаточно дискуссионными. Как отмечает А.А. Кондрашев[2], в правовой литературе сформировалось четыре основных подхода к уяснению сущности ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления. Приверженцы первого подхода говорят об обособлении и автономном статусе муниципально-правовой ответственности, ссылаясь на специфику оснований, процедуры, круга субъектов, источников регулирования и особенностей применения мер принудительного воздействия к органам (должностным лицам) местного самоуправления[3]. Приводится и тот аргумент, что в теории государства и права ответственность приня-

---

[1] СЗ РФ. 2003. N 40. Ст. 3822.

[2] *Кондрашев А.А.* Особенности реализации конституционно-правовой ответственности в муниципальном праве Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 20.

[3] См.: *Шугрина Е.С.* Ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления // Российский юридический журнал. 2001. № 1. С. 109–111; *Измайлов Е.В.* Юридические механизмы института ответственности в системе местного самоуправления. Дис. … канд. юрид. наук. М. 2003; *Соловьев С.Г.* Муниципально-правовая ответственность местного представительного органа: содержание и актуальные проблемы // Государственная власть и местное самоуправление. 2004. № 2. С. 5–8; *Долгополова М.С.* Муниципально-правовая ответственность: проблемы правового регулирования и реализации. Дис. … канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С.34; *Чеботарев Г.Н.* Соотношение конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности в системе местного самоуправления // Российский юридический журнал. 2002. № 4.

то классифицировать по отраслевому признаку. Исходя из этого ряд авторов отмечает обособление конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности как самостоятельных видов юридической ответственности, объясняя это предметом и методом регулирования общественных отношений; функциями, которые выполняет отрасль права в общей системе права; спецификой статуса субъектов правоотношений; особенностями юридической природы неправомерного поведения в соответствующей сфере; характером предписаний, на базе которых возникает ответственность; особой процедурой ее реализации[1]. Ввиду этого конституционно-правовая ответственность определяется как самостоятельный вид юридической ответственности, осуществление мер которой (в виде различного рода неблагоприятных последствий для субъектов) не только устанавливается конституционно-правовыми нормами, но и направлено, прежде всего, на защиту конституционно-правовых отношений [2]. Муниципально-правовая ответственность с учетом того, что муниципальное право является комплексной отраслью права, определяется как комплексный институт юридической ответственности, которая состоит из норм первичных отраслей права и применяется в отношении субъектов публичной власти на муниципальном уровне[3]. «Муниципально-правовая ответственность – особый вид юридической ответственности, направленный на охрану интересов населения муниципального образования, законных интересов доминирующей части местного сообщества, данный вид ответственности обеспечен специальным набором санкций, применяемых к специальному субъекту (выборным, должностным лицам и органам местного самоуправления) за совершение особого вида правонарушения – муниципального правонарушения»[4]. Согласно второму подходу существование муниципально-правовой ответственности как самостоятельного вида ответственности отрицается; ответственность в муниципальном праве рассматривается как конституци-

---

[1] *Шугрина Е.С.* Особенности конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 5. С. 35.
[2] *Виноградов В.А.* Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности // Законодательство. 2002. № 10.
[3] *Алексеев И.А.* Содержание и виды муниципально-правовой ответственности // Журнал российского права. 2006. № 9. С. 62.
[4] Там же.

онно-правовая или ее разновидность[1]. При третьем подходе ответственность органов (должностных лиц) местного самоуправления рассматривается вне рамок муниципального права, ссылаясь на охрану муниципально-правовых отношений нормами классических видов юридической ответственности, имеющими межотраслевой характер применения[2]. Согласно четвертому подходу ответственность в муниципальном праве рассматривается как специфический вид юридической ответственности, который нельзя отнести ни к одному из существующих видов ответственности[3].

Дефиниция "муниципально-правовая ответственность" в юридической науке появилась лишь недавно в конце 1990-х гг. с выделением муниципального права в самостоятельную отрасль. Рассматривать ее как прочно вошедшую в научную терминологию нельзя, однако в учебной литературе она используется[4]. В законодательстве названное понятие также отсутствует, хотя было применено отдельными судьями Конституционного Суда РФ при характеристике санкций в отношении органов и должностных лиц местного самоуправления[5]. Сторонники ее обособления, как правило, ответ-

---

[1] См.: *Авакьян С.А.* Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности: проблемы России, опыт зарубежных стран / Под ред. проф. С.А. Авакьяна, М., 2001. С. 17–18; *Кондрашев А.А.* Особенности реализации конституционно-правовой ответственности в муниципальном праве Российской Федерации // Конституционноге и муниципальное право. 2008. № 20. Леви*н В.Ф., Пилипенко С.Г.* Соотношение категорий «ответственность» и «конституционно-правовая ответственность» в юридической характеристике местного самоуправления // Конституционно-правовая ответственность. М.: Изд-во Моск. Ун-та, 2001. С. 384; *Гришин В.В.* Основания и меры юридической ответственности органов местного самоуправления перед государством // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 4. С. 18–19; *Мокеев М.М.* Конституционно-правовая ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления. Дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 77.

[2] См.: *Выдрин И.В.* Муниципальное право России. М. 2004. С. 22-25; Мялковский С.С. Юридическая ответственность и местное самоуправление в Российской Федерации: теоретические и правовые аспекты. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 6–7.

[3] См. *Емельянов Н.А.* Местное самоуправление в Российской Федерации: конституционно-правовой и институциональный анализ. Дис.… д-ра юрид. наук. М., 1998. С. 290; *Пешин Н.Л.* Муниципальное право: схемы и комментарии. М., 2001. С. 243.

[4] *Шугрина Е.С.* Муниципальное право: Учебник. М.: ТК Велби; Изд-во Проспект, 2004. С. 292–300, 311–315.

[5] См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрука по делу о проверке конституционности отдельных положений

ственность органов и должностных лиц местного самоуправления перед государством относят к конституционно-правовой, а перед населением – к муниципально-правовой[1]. Еще одно различие конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности связывают с основаниями ответственности. Согласно мнению В.А. Виноградова, исходя из природы общественных отношений, регулируемых конституционным правом, основание конституционно-правовой ответственности (конституционный деликт) определяется следующим образом: "конституционный деликт – это деяние (действие или бездействие) субъекта конституционно-правовых отношений, не соответствующее должному поведению, предусмотренному нормами конституционного права, и влекущее за собой применение установленных мер конституционно-правовой ответственности[2]". По аналогии определяется и муниципальный деликт как деяние (действие или бездействие) субъекта муниципально-правовых отношений, не соответствующее должному поведению, предусмотренному нормами муниципального права, и влекущее за собой применение установленных мер муниципально-правовой ответственности. И, наконец, отличие проводится по санкциям, применяемым в том или ином случае. К муниципально-правовым санкциям относят: отзыв выборных лиц, отставка или роспуск, досрочное прекращение полномочий (меры муниципально-правовой ответственности). К конституционно-правовым санкциям – признание

---

Закона Красноярского края "О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления" и Закона Корякского автономного округа "О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления в Корякском автономном округе" // СЗ РФ. 2002. № 14. Ст. 1374.

[1] См. об этом: *Бабичев В.И.* Субъекты местного самоуправления и их взаимодействие. М.: ЗАО "Издательский дом "Восточный рубеж", 2000. С. 163; *Мокеев М.М.* Конституционно-правовая ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 77; *Уваров А.А.* Об ответственности органов местного самоуправления // Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран. М., 2001. С. 368; *Чеботарев Г.Н.* Соотношение конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности в системе местного самоуправления // Российский юридический журнал. 2002. № 4. С. 37–41; *Шугрина Е.С.* Особенности конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности органов и должностных лиц органов местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 5. С. 36.

[2] *Виноградов В.А.* Основание конституционно-правовой ответственности // Законодательство. 2003. № 2.

акта незаконным, отрешение от должности, роспуск, расформирование, переход полномочий органов местного самоуправления к органам государственной власти (введение временного государственного управления), досрочное прекращение осуществления органами местного самоуправления отдельных государственно-властных полномочий (отзыв государственно-властных полномочий), отмена (признание недействительным) актов либо юридически значимого результата (например, признание выборов недействительными, отмена результатов выборов, итогов голосования на референдуме, осуществляемые судом или избирательной комиссией, отмену регистрации кандидата на выборную должность, осуществляемую в результате правоприменительной деятельности избирательной комиссией или судебного органа, отмена (приостановление) правовых актов), отказ (например, отказ в регистрации кандидата, списка кандидатов, в проведении референдума и пр.) (меры конституционно-правовой ответственности)[1].

На наш взгляд, следует согласиться с позицией тех авторов, которые рассматривают публично-правовую ответственность органов местного самоуправления (прежде всего – представительных) как разновидность конституционно-правовой ответственности и указывают, что нет веских оснований настаивать на формировании в структуре муниципально-правового режима самостоятельного вида юридической ответственности[2]. Это вытекает из следующих положений. Сторонники обособления мунципально-правовой ответственности в обоснование своей позиции приводят мнение С.А. Авакьяна о том, что «наличие мер ответственности – такой же неотъемлемый признак отрасли, как и свои общественные отношения и свои нормы, их регулирующие»[3]. Однако следует учитывать, что

---

[1] *Шугрина Е.С.* Особенности конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности органов и должностных лиц органов местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 5. С. 36; *Соловьев С.Г.* Муниципально-правовая ответственность местного представительного органа: содержание и актуальные проблемы // Государственная власть и местное самоуправление. 2004. № 2. С. 5–8; *Он же.* К вопросу о составе муниципального правонарушения // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 2.

[2] *Князев С.Д.* Конституционная ответственность в муниципальном праве: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 2005. № 6. С. 82–83.

[3] *Авакьян С.А.* Актуальные проблемы конституционной ответственности // Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран. М., 2001. С.9.

отдельные общепризнанные отрасли права – финансовое, земельное, природно-ресурсное и пр. – не обладают собственной системой санкций, защиту их норм обеспечивают нормы других отраслей права. Кроме того, можно сослаться и на дискуссионность вопроса о самостоятельности муниципального права как отрасли права. По мнению А.А. Кондрашева, «муниципальное право… еще не сложилось в обособленную и однородную отрасль права. Муниципальное право – это подотрасль конституционного права, которая обладает определенной спецификой предмета регулируемых правоотношений, но отсутствие организационной самостоятельности метода правового регулирования и существенных отличий в основаниях и процедуре выделения применяемых мер ответственности не свидетельствует о возможности поставить на одну ступень конституционное и муниципальное право»[1].

Разграничение конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности по такому критерию как ответственность перед соответственно государством или населением также вряд ли можно полагать правомерным, поскольку ответственность перед населением следует рассматривать как конституционно-правовую[2]. В ст. 3 Конституции РФ закрепляется положение о том, что носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ, который осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления. Представляется, что данные конституционные положения можно рассматривать как основной конституционный принцип, который положен в основу ответственности органов местного самоуправления перед населением. При этом ответственность перед представительным органом, формируемым населением непосредственно или опосредованно (в отношении районного органа), также следует рассматривать как ответственность перед населением с учетом его представительного характера.

Кроме того, необходимо учитывать и особенности субъекта юрисдикции (население либо избиратели), который решает вопрос о

---

[1] *Кондрашев А.А.* Особенности реализации конституционно-правовой ответственности в муниципальном праве Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 20.

[2] Отдельные авторы их отождествляют. По мнению А.А Кондрашева «…ответственность перед населением является не чем иным, как той же ответственностью перед государством». Там же.

применении санкции. Принимая решение о применении санкций (отзыв депутата представительного органа, главы муниципального образования населением; досрочное прекращение полномочий главы муниципального образования в соответствии с п.6 ч.6 ст.36 реализуемое на основании обвинительного приговора суда соответствующим органом местного самоуправления; удаление главы муниципального образования в отставку на основании ст. 74.1, реализуемое представительным органом; выражение недоверия главе муниципального образования, реализуемое населением или представительным органом) население не обладает полномочиями обеспечить их исполнение, т.е. не обладает правосубъектностью правоприменителя. Реализация этих санкций обеспечивается актами органов публичной власти (представительным органом местного самоуправления – при прекращении полномочий депутата, главы муниципального образования, главы местной администрации, работающего по контракту) и государственным принуждением в том случае, если ответственный субъект отказывается добровольно выполнить волю населения, досрочно сложить депутатские или иные полномочия перед тем, кто его ими в свое время наделил. Справедливо утверждает Н.Н. Черногор, что привлекая к ответственности население использует соответствующее право, а не правоприменение[1]. Таким образом, представляется возможным согласиться с утверждением С.Д. Князева (хотя и с некоторыми оговорками, имея в виду особенности ответственности высших должностных лиц субъектов РФ), что «ни основания, ни процедура ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления перед населением и государством принципиально не отличаются от оснований и процедуры ответственности законодательных (представительных) органов государственной власти и высших должностных лиц (руководителей высших органов исполнительной власти) субъектов РФ, вследствие чего постановка вопроса о необходимости дифференциации муниципально-правовой ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления и конституционно-правовой ответственности органов и должностных лиц государственной власти представляется надуманной; что рассматриваемые сторонника-

[1] *Черногор Н.Н.* Проблема муниципально-правовой ответственности в российской правовой науке // Муниципальная служба: правовые вопросы. Научно-практический журнал. 2008. № 3. С. 36–40.

ми муниципально-правовой ответственности в качестве ее отличительных санкций отзыв депутата представительного органа местного самоуправления или выборного должностного лица местного самоуправления, а также роспуск представительного органа местного самоуправления и отрешение от должности главы муниципального образования (главы администрации) характерны не только для муниципально-правового регулирования. Они применяются и в отношении аналогичных субъектов публичной власти на региональном уровне»[1]. Наконец, следует отметить и то обстоятельство, что ни один из действующих нормативных правовых актов о местном самоуправлении не содержит упоминания о муниципально-правовой ответственности, в то время как конституционно-правовая ответственность, также не нашедшая отражения в действующем законодательстве, официально легализована Конституционным Судом РФ, неоднократно признававшим наличие ее мер в различных федеральных законах[2]. Поэтому вряд ли можно считать обоснованным утверждение Н.Н. Черногора (применительно к ответственности перед населением) о том, что «конституционной… ответственностью можно считать только ту ответственность, которая предусмотрена Конституцией РФ и конституциями субъектов РФ. В противном случае необоснованно излишне расширяется предмет конституционной ответственности. Поэтому следует различать конституционные основы юридической ответственности и саму конституционно-правовую ответственность[3]».

В соответствии с действующим законодательством, исходя их субъектов, перед которыми ответственным органы местного самоуправления и их должностные лица, выделяются следующие виды

---

[1] *Князев С.Д.* Конституционная ответственность в муниципальном праве: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 2005. № 6. С. 84.

[2] См., например, Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 апреля 2002 года № 8-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 запросами Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) и Совета Республики Государственного Совета – Хасэ Республики Адыгея» // СЗ РФ. 2002. № 15. Ст. 1497.

[3] *Черногор Н.Н.* Проблема муниципально-правовой ответственности в российской правовой науке // Муниципальная служба: правовые вопросы. Научно-практический журнал. 2008. № 3. С. 36–40.

юридической ответственности: ответственность перед населением; ответственность перед государством; ответственность перед физическими и юридическими лицами. По мнению Н.Н. Черногора, отмечающего, что субъектом, уполномоченным применять соответствующие санкции, является не население (и тем более не физические и юридические лица), а, как правило, государство в лице его органов, ответственность органов (должностных лиц) местного самоуправление правильнее подразделять в зависимости от охраняемого интереса[1]. По этому основанию можно выделить: ответственность за нарушение государственных интересов; ответственность за нарушение местных публичных интересов; ответственность за нарушение частных интересов. Два первых вида ответственности составляют публично-правовую ответственность, последний является разновидность частно-правовой (гражданско-правовой) ответственности. К субъектам ответственности за нарушение государственных интересов следует отнести, прежде всего, представительный орган и главу муниципального образования, к которым применяется санкция в виде досрочного прекращения полномочий (роспуск представительного органа, отрешение от должности главы муниципального образования). Представляется, что такая ответственность может наступать только на основании судебного решения – за неисполнение решения суда о приведение правовых актов в соответствие с законодательством (в отношении представительного органа и главы). Другим субъектом ответственности можно рассматривать местную администрацию, полномочия которой в определенных случаях осуществляют органы государственной власти субъекта РФ либо временная финансовая администрация (при образовании просроченной задолженности по исполнению бюджетных обязательств, нецелевом использовании субвенций при реализации делегированных полномочий). Применяются вышеназванные санкции органами государственной власти субъекта РФ (высшим должностным лицом субъекта РФ). В качестве субъекта ответственности перед государством можно назвать и такой муниципальный орган как избирательная комиссия муниципального образования, которая может быть расформирована соответствующим судом. Должностные лица местного самоуправления также отвечают за нарушение государст-

---

[1] *Черногор Н.Н.* Классификация ответственности (ее виды) органов и должностных лиц местного самоуправления в муниципально-правовой науке // Государство и право. 2007. № 11. С. 44.

венных интересов, однако, к ним применяются меры классической отраслевой ответственности – уголовной, административной и пр.

Ответственность за нарушение местных публичных интересов также связана с прекращением полномочий (роспуск представительного органа за неисполнение обязанностей представительного органа проводить заседания в течение трех месяцев, отзыв местного депутата, члена выборного органа, удаление главы муниципального образования в отставку). Вместе с тем, здесь имеются определенные особенности. Во-первых, субъектом в данном случае может выступать выборное лицо, не наделенное персонально публично-властными полномочиями и не имеющее возможности от своего имени принимать юридически значимые решения – депутат местного представительного органа, член выборного орган местного самоуправления). Во-вторых, основанием для наступления санкций не всегда является совершение правонарушения, установленное в судебном порядке. Если роспуск представительного органа за неисполнение обязанностей по проведению заседаний предполагает подтверждение данного факта судом, то удаление главы муниципального образования в отставку за неисполнение своих полномочий в течение трех месяцев, неудовлетворительную оценку его деятельности представительным органом по результатам его ежегодного отчета не связано с судебным решением. И, наконец, решение о привлечении к ответственности на нарушение местных публичных интересов принимается не государственными органами, а непосредственно населением или представительным органом местного самоуправления.

Исходя из вышеизложенного можно сделать следующие выводы: институт ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления недостаточно разработан в законодательстве РФ и субъектов РФ; в российской правовой системе наряду с четырьмя традиционными видами ответственности (уголовной, административной, дисциплинарной и гражданско-правовой) существует и самостоятельный вид ответственности – публично-правовая, не подпадающая под определение юридической ответственности, которую несут субъекты конституционно- правовых и муниципально-правовых отношений, к которым относятся органы публичной власти муниципального образования и выборные должностные лица; муниципально-правовая ответственность не является самостоятельным видом публично-правовой ответственности, она лишь разновидность конституционно-правовой ответственности; названная от-

ветственность имеет общественно-политическую природу и не всегда связана с государственным принуждением.

**Библиографический список:**

1. *Алексеев И.А.* Содержание и виды муниципально-правовой ответственности // Журнал российского права. 2006. № 9.

2. *Бабичев В.И.* Субъекты местного самоуправления и их взаимодействие. М.: Восточный рубеж, 2000.

3. *Борисов А.С.* Ответственность местного самоуправления и ее виды // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 2.

4. *Виноградов В.А.* Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности // Законодательство. 2002. № 10.

5. *Выдрин И.В.* Муниципальное право России. М., 2004.

6. *Краснов М.А.* Ответственность в системе народного представительства. М., 1995.

7. *Кутафин О.Е., Фадеев В.И.* Муниципальное право Российской Федерации. М.: Проспект, 2006.

8. Муниципальное право Российской Федерации: Учебник для вузов / Под ред. проф. И.С. Бондаря М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2002.

9. *Пешин Н.Л.* Муниципальное право: Схемы и комментарии. Учеб. пособие. С.: Статут, 2001.

10. *Постовой Н.В.* Муниципальное право России. М.: Новый юрист, 1998.

11. *Таболин В.В.* Муниципальное право. М.: Академия МВД России, 1997.

12. *Шугрина Е.С.* Муниципальное право: Учебник. М.: Велби, 2004.

# Правовые проблемы государственного управления в условиях информатизации общества

**государственное управление; информатизация общества; правовые проблемы**

***Э. В. Талапина***

***кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук***

Несколько лет переменного успеха административной реформы в нашей стране показали, что новое государственное управление (New Public Management) уже не мыслится без широкого применения информационных технологий. Именно этим объясняется «слияние» административной реформы и электронизации государственного управления – так, 10 сентября 2009 года ФЦП «Электронная Россия» была «переформатирована» под идею электронного правительства (теперь названная Программа изложена в новой редакции, от 9 июня 2010 года). Безусловно, возникает ряд проблем по правовому регулированию процессов государственного управления в условиях информационного общества. Мы остановимся на нескольких из них, наиболее актуальных.

## *1. От права на информацию – к открытости государственного управления*

Важнейшим институтом информационного права является право на информацию. Конституция РФ гарантирует свободу поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом (ст.29), равно как и право на доступ к информации (ст.24). Правда, в последнем случае речь идет о доступе к информации, непосредственно затрагивающей права и свободы конкретного гражданина, и «если иное не предусмотрено законом».

В толковании этих конституционных установок важную роль сыграл Конституционный Суд РФ. Во-первых, была пресечена попытка ограничить право на доступ к информации (Постановление от 18 февраля 2000 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности

пункта 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Б.А.Кехмана»): не допускается ограничение прав и свобод в сфере получения информации, в частности права свободно, любым законным способом искать и получать информацию, а также права знакомиться с собираемыми органами государственной власти и их должностными лицами сведениями, документами и материалами, непосредственно затрагивающими права и свободы гражданина, если иное не предусмотрено федеральным законом в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Во-вторых, именно Конституционный Суд распространил на объединения граждан (юридические лица) многие конституционные права – конституционные права человека и гражданина распространяются на юридические лица в той степени, в какой данное право по своей природе может быть к ним применимо (Постановление КС РФ от 24 октября 1996 года, Постановление КС РФ от 17 декабря 1996 года, Определение КС РФ от 22 апреля 2004 №213-0). Более конкретно право на поиск информации (статья 29, часть 4 Конституции РФ), реализуемое юридическими лицами, освещено в Определении КС РФ от 22 апреля 2004 г. №213-О «По жалобе общественного благотворительного учреждения «Институт общественных проблем «Единая Европа» на нарушение конституционных прав и свобод статьями 255 и 258 Гражданского процессуального кодекса РФ и статьями 2 и 5 Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан». Таким образом, право на доступ к информации («право знать») как граждан, так и их объединений имеет конституционную природу.

Административная реформа оказала ощутимое влияние на институт права на информацию. На наш взгляд, главным здесь является концептуальный пересмотр схемы взаимоотношений субъектов при реализации права на информацию, а именно переход от традиционной реализации права гражданина на получение информации к активности самих органов государственной власти в раскрытии информации о своей деятельности. В результате в науке появилась категория информационной открытости органов власти, под которой понимают такую организацию их деятельности, когда гражданам, их объединениям, коммерческим структурам, другим государственным и муниципальным органам обеспечивается возможность полу-

чать необходимую и достаточную информацию об их деятельности, принимаемых решениях и другую общественно значимую информацию при соблюдении установленных законодательством ограничений[1]. Доступ к информации рассматривается и как элемент «информационной свободы», включающей в себя свободу СМИ[2].

Этапы этого концептуального переосмысления прослеживаются и в эволюции законодательства в данной сфере. В Указе Президента РФ №2334 от 31 декабря 1993 года «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию» впервые был провозглашен принцип информационной открытости деятельности государственных органов. Однако путь законодательного закрепления открытости информации в государственном управлении оказался длительным. Помимо ФЗ от 13 января 1995 года «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации» и ФЗ от 20 февраля 1995 года «Об информации, информатизации и защите информации» действовали лишь разрозненные подзаконные акты.

Затем появилось Постановление Правительства РФ №98 от 12 февраля 2003 года «Об обеспечении доступа к информации о деятельности Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти», а также Постановление Правительства РФ от 28 июля 2005 года №452 «О Типовом регламенте внутренней организации федеральных органов исполнительной власти», где имеется отдельный раздел, посвященный порядку обеспечения доступа к информации о деятельности соответствующего органа. В литературе правительственное постановление 2003 года получило позитивную оценку, поскольку «сыграло свою положительную роль, продемонстрировав, что в Россию постепенно приходит понимание важности реализации «электронного правительства», повышения прозрачности государственных органов»[3].

В настоящее время названное постановление отменено в связи с вступлением в силу Постановления Правительства РФ от 24 ноября 2009 года №953 «Об обеспечении доступа к информации о деятель-

---

[1] *Терещенко Л.К.* Правовой режим информации. М.: Юриспруденция, 2007. С.150–151

[2] *Бачило И.Л. и др.* Концепция развития информационного законодательства в Российской Федерации // Государство и право. 2005. № 7. С. 50.

[3] *Комарова Т.Ю.* Законодательное регулирование доступа к официальной информации в Российской Федерации / В сб.: Теоретические проблемы информационного права. М., 2006. С. 126.

ности Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти», которое уже более функционально предписывает обеспечить не только само размещение сведений в сети Интернет, но и соблюдать при этом установленные сроки размещения информации (обычно 1–5 дней), а также достоверность и своевременное обновление размещаемой информации.

Разумеется, подзаконное регулирование не является достаточным; это скорее характеристика переходного, адаптационного периода. Начиная с 90-х годов, велась работа над разработкой проекта закона о доступе к информации, который бы впервые на законодательном уровне закрепил конкретные механизмы реализации этого права, единые для всей России и всех уровней власти. Апогеем этой работы стало принятие федеральных законов от 22 декабря 2008 года «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в РФ» и от 9 февраля 2009 года «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления».

Их появление воспринято экспертным сообществом в целом благоприятно, хотя имеются и спорные моменты. Один из наиболее дискуссионных вопросов – введение платы за предоставление информации (статья 22 ФЗ от 9 февраля 2009 года допускает возможность взимания платы за информацию). Высказано мнение, что поскольку государственные органы функционируют и создают информацию за счет бюджета, то есть на средства налогоплательщиков, повторное взимание средств с налогоплательщиков за доступ к информации представляется спорным. Платность информации противоречит в этой части и Рекомендации № REC (2002) 2 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам «Относительно доступа к официальным документам», согласно которой плата должна быть разумной и не превышать фактические затраты[1]. Замечание об излишней ориентированности на возмездность информации было высказано и Общественной палатой в ходе экспертизы проекта закона[2].

В связи с оценкой принятого закона нельзя не упомянуть и недостаток более широкого плана. ФЗ от 9 февраля 2009 года скон-

---

[1] *Комарова Т.Ю.* Законодательное регулирование доступа к официальной информации в Российской Федерации/ В сб.: Теоретические проблемы информационного права. М., 2006. С.127

[2] http://www.oprf.ru

центрирован (и вполне резонно) на открытости информации о деятельности органов власти как принципе обеспечения доступа к информации. Тем самым принципу, имеющему по своей сути общее значение, отводится служебная, вспомогательная роль. По нашему мнению, принцип открытости информации в государственном управлении должен быть закреплен в качестве принципа осуществления государственной власти. Отсутствие в базовых законах, регулирующих административные отношения, и даже в российской административно-правовой доктрине принципа открытости государственного управления, диссонирует с общемировыми тенденциями. По большому счету, данный принцип заслуживает закрепления на уровне Конституции. Пока же в традиционных учебниках по административному праву открытость информации в сфере государственного управления как таковая практически не выделяется.

Таким образом, мы находим лишь проявления информационной открытости власти в отдельных нормативных актах (как в ФЗ от 27 июля 2006 года «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»). Закрепление открытости в качестве нормативного принципа будет означать, что обеспечение транспарентности (прозрачности) государственного управления является делом государства, то есть обязанностью государственных и муниципальных органов власти, а сама государственная власть подконтрольна обществу.

Обобщая, отметим следующие принципиальные элементы открытости и прозрачности государственного управления: открытость информации о системе государственного управления и государственной и муниципальной службы; свободный доступ на государственную и муниципальную службу на конкурсных началах; открытость информации о деятельности органов власти, включая опубликование правовых актов, публичную отчетность органов, открытые заседания, освещение административного процесса принятия решений, обнародование результатов деятельности органов как нормативного, так и индивидуального характера (судебные и административные решения), консультации при принятии решений, прозрачность и доступность информации об управлении государственными расходами[1] и пр.; использование информационных технологий для

---

[1] *Полякова Т.А.* Информационная открытость как один из факторов в борьбе с коррупцией при построении информационного общества // Юридический мир. 2008. № 1.

освещения деятельности органов власти и «электронизация» административных процедур; судебная защита прав граждан и организаций при осуществлении государственного управления.

В отношении последней позиции стоит особо подчеркнуть, что открытость государственного управления предполагает налаженный процесс судебного обжалования действий чиновников, всех, без исключения (в идеале требующий создания административных судов). Открытость информации нуждается в охранительных нормах. В этом плане необходимо отметить появление в КоАП РФ статей 13.27 «Нарушение требований к организации доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления и ее размещению в сети "Интернет"» и 13.28 «Нарушение порядка предоставления информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления». Правда, они обеспечивают лишь один из элементов открытости государственного управления – открытость информации о деятельности органов власти.

## *2. Использование информационных технологий в государственном управлении*

В настоящее время использование информационных технологий легло в основу приоритетной политики, получившей наименование «электронное правительство».

Оформление последовательной политики «электронного правительства» в РФ началось в 2000 году с подписания Окинавской Хартии, а затем было продолжено принятием серии документов стратегического характера. В частности, это ФЦП «Электронная Россия» (2002–2010), утвержденная Постановлением Правительства РФ №65 от 28 января 2002 года, и Концепция формирования в РФ электронного правительства до 2010 года (одобрена распоряжением Правительства РФ №632-р от 6 мая 2008 года). Под электронным правительством в Концепции понимается новая форма организации деятельности органов государственной власти, обеспечивающая за счет широкого применения информационно-коммуникационных технологий качественно новый уровень оперативности и удобства получения организациями и гражданами государственных услуг и информации о результатах деятельности государственных органов. Таким образом, информационные технологии легли в основу новой организации деятельности органов власти.

В контексте федеративного устройства России необходимо упомянуть, что процесс информатизации в стране начат уже давно, и это не всегда имеет положительное значение. Так, статья 71 Конституции РФ определяет, что в ведении РФ находятся федеральные информация и связь. Соответственно, субъекты РФ самостоятельно решают эти вопросы на региональном уровне. Поэтому возникла проблема нестыковки информационных систем разных уровней власти, решению которой посвящена отдельная Концепция региональной информатизации до 2010 года (одобрена распоряжением Правительства РФ №1024-р от 17 июля 2006 года).

Долгое время названные документы вели параллельное существование. Теперь, в результате внесения изменений, они подчинены идее «электронного правительства», а также предоставлению публичных услуг с использованием информационных технологий. Программа «Электронная Россия» реализуется по пяти направлениям:

Переход на предоставление государственных услуг и исполнение государственных функций в электронном виде федеральными органами исполнительной власти.

Развитие инфраструктуры доступа к государственным и муниципальным услугам и к информации о деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Обеспечение решения задач государственного управления с использованием элементов электронного правительства.

Развитие инфраструктуры электронного правительства.

Создание системы управления реализацией мероприятий Программы.

В целом концепцию электронного правительства определяют три направления, известные мировой практике.

Во-первых, от правительства к правительству (G2G). К числу таких относятся проекты: создание межведомственных сетей, корпоративных и государственных баз данных, реестров введения электронного документооборота и т.п. В итоге облегчается поиск информации, обеспечивается экономия финансовых, временных, трудовых ресурсов, повышается достоверность, полнота и оперативность накапливаемой информации[1].

---

[1] *Ивойлова О.Ю.* Электронное правительство в формировании позитивного имиджа региона // Вопросы государственного и муниципального управления. 2008. № 3. С. 53

Во-вторых, от правительства к населению (G2C). Проекты: предоставление сведений о свободных рабочих местах, выдача свидетельств о рождении, регистрация и голосование избирателей, медицинская информация и т.п.

В-третьих, от правительства к бизнесу (G2B). Проекты: проведение государственных закупок, выдача лицензий и разрешений и т.п.[1]

Основным звеном в электронизации государственного управленческого процесса является электронный документ. Вопросы электронного документа и документооборота активно обсуждаются в российской литературе, при этом затрагиваются различные аспекты их применения российским бизнесом – электронная цифровая подпись, возможность использования электронного документа как доказательства в суде. Проблемам использования электронного документа в системе государственного управления в научной литературе уделяется недостаточное внимание; при этом необходимо отметить, что данные вопросы выделены в отдельный предмет исследований, проводимых в секторе информационного права Института государства и права РАН[2]. На практике система межведомственного электронного документооборота охватывает пока меньше половины ведомств. 22 сентября 2009 года Правительство РФ утвердило Положение о системе межведомственного электронного документооборота, что дает надежду на «ускорение» в данной области.

Отметим и проблему документирования информации, готовой к электронному обороту не на основе сканирования и дублирования форм документов (бумажные – электронные), а как первичная основа для информационного взаимодействия органов государственной и муниципальной власти[3].

Другим шагом в создании электронного правительства является создание сайтов органов публичной власти. Нужно заметить, что практика формирования официальных сайтов органов власти в России имеет не очень длинную историю. Более того, их создание даже

---

[1] *Жумаев Ю.Г.* Электронное правительство – максимальная эффективность управления государством // Правовые вопросы связи. 2009. № 1.

[2] *Семилетов С.И.* Правовые проблемы организации электронного оборота документов между органами государственной власти и иными субъектами (в секторах B2G и B2B) / В сб.: Информационное право и становление основ гражданского общества в России. М., 2008; *Его же.* Правовые проблемы инфокоммуникаций в России // Государство и право. 2010. № 8. С.63–74.

[3] *Бачило И.Л.* Государство социальное или сервисное? (информационно-правовой аспект) // Право. 2010. № 1. С. 11.

в какой-то мере стимулировалось самим гражданским обществом. Так, в 2005 году группа юристов, сотрудничающих с Институтом Развития Свободы Информации, инициировала серию судебного оспаривания бездействия ряда федеральных органов исполнительной власти, которые либо вовсе не создавали в Интернете свои официальные сайты, либо не размещали на них подлежащие опубликованию сведения. Предвидя неблагоприятную для себя перспективу, федеральные органы исполнительной власти мобилизовали свои усилия и в августе 2005 года открыли собственные сайты. Жалоба была отозвана[1].

Но наличие сайта еще не означает реализацию права на информацию, остается важным качественное содержание сайта. Теми же юристами была направлена жалоба на бездействие Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии, которое не выполняло Постановление Правительства РФ №594 от 25 сентября 2003 года «Об опубликовании национальных стандартов и общероссийских классификаторов технико-экономической и социальной информации» на сайте этого органа, так как на сайте агентства отсутствовали тексты национальных стандартов и общероссийских классификаторов. И суд вынес решение о том, что тексты государственных стандартов должны находиться в свободном сетевом доступе, после чего были внесены изменения в Положение об опубликовании национальных стандартов[2].

И, конечно, высшая форма электронной организации власти, – это электронное общение с гражданами и организациями. В Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации (утверждена Президентом РФ 7 февраля 2008 г.) поставлена задача к 2015 году довести долю государственных услуг, которые население может получить с использованием информационных и телекоммуникационных технологий, в общем объеме государственных услуг в Российской Федерации до 100%, а долю электронного документооборота между органами государственной власти в общем объеме документооборота – до 70%.

---

[1] См. подробно: *Павлов И.П.* Право граждан на доступ к информации о деятельности органов государственной власти и судебная практика его защиты / в сб.: Теоретические проблемы информационного права. М., 2006. С.139–142.

[2] *Монахов В.Н.* Место и роль структур гражданского общества в реализации конституционного института свободы массовой информации / В сб.: Информационное право и становление основ гражданского общества в России. М., 2008. С. 53.

С 1 января 2010 г. вступили в силу Правила организации деятельности многофункциональных центров предоставления государственных (муниципальных) услуг (МФЦ). Определено, что на базе центра предоставляется не менее 50 государственных (муниципальных) услуг по следующим направлениям: а) социальная поддержка населения; б) регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним; в) определение или подтверждение гражданско-правового статуса заявителя; г) регулирование предпринимательской деятельности.

Более подробно вопросы деятельности МФЦ освещаются в ФЗ от 27 июля 2010 года «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», главы 4 и 5 которого посвящены организации предоставления государственных и муниципальных услуг в многофункциональных центрах и использованию информационно-коммуникационных технологий при предоставлении государственных и муниципальных услуг, а глава 6 – организации деятельности по выпуску, выдаче и обслуживанию универсальных электронных карт.

Под предоставлением государственных и муниципальных услуг в электронной форме в законе понимается предоставление государственных и муниципальных услуг с использованием информационно-телекоммуникационных технологий, в том числе с использованием портала государственных и муниципальных услуг, многофункциональных центров, универсальной электронной карты и других средств, включая осуществление в рамках такого предоставления электронного взаимодействия между государственными органами, органами местного самоуправления, организациями и заявителями. Учитывая сказанное нами выше, для нас особенно важно, что в числе основных принципов предоставления государственных и муниципальных услуг названа «открытость деятельности органов, предоставляющих государственные услуги, и органов, предоставляющих муниципальные услуги».

«Внедрение» электронного общения с властью потребовало законодательных изменений. ФЗ от 27 июля 2010 года «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об организации представления государственных и муниципальных услуг»» предусматривает «электронную модернизацию» федеральных законов «О лицензировании отдельных видов деятельности», «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предприни-

мателей», «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» и других. Теперь и обращения граждан и экономических субъектов, и ответы им в самых разных областях деятельности могут осуществляться в электронной форме.

Развитие информационных технологий привело к их использованию и в такой традиционной «зоне ответственности» государства, как доведение содержания законов до своих граждан, что является исходной позицией для соблюдения принципа обязательности исполнения законов. Сейчас в мире традиционный печатный и электронный способы опубликования нормативных актов сосуществуют. При этом признание в последние годы за электронным способом опубликования официального характера основывается в большинстве случаев на приоритете бумажной версии в случае сомнений в их аутентичности. Электронное опубликование нормативных актов в качестве официального применяется при условии сохранения некоторого количества официальных бумажных копий (Бельгия, Эстония). Исключительно электронный порядок опубликования, достаточный для вступления акта в силу (без бумажного варианта), существует лишь в немногих странах (Франция, Швейцария), и касается ограниченного круга актов, носящих внутриорганизационный (ненормативный), узкоспециальный или индивидуальный характер.

Но справедливости ради необходимо отметить и другой подход, когда публикация актов он-лайн применяется как дополнительный инструмент, используемый государством для распространения правовой информации, и призвана решать прежде всего вопросы обеспечения доступа граждан к правовой информации, без придания такой публикации официального характера.

Такая постепенность в переводе опубликования в электронный формат объясняется, в том числе, тем, что первичное электронное опубликование может привести к нарушению принципа открытости информации и обеспечения доступа к ней. Такие условия, как недостаточная распространенность Интернета среди населения и различный уровень компьютерной грамотности, высокая стоимость Интернет-услуг, недостаточная опытность пользователей, способны сделать нормативные тексты недоступными, что перечеркивает основополагающие принципы демократического государства. Разуме-

ется, эти условия преодолимы, но требуют временных и финансовых затрат.

## *3. Информационная составляющая противодействия коррупции в государственном управлении*

Специализированные акты в сфере противодействия коррупции уделяют достаточно внимания информационной составляющей. Так, в Конвенции ООН против коррупции от 31 октября 2003 года выделены три направления в противодействии коррупции, связанные с информацией: ст.9 «Публичные закупки и управление публичными финансами» – предусматривает а) публичное распространение информации, касающейся закупочных процедур и контрактов на закупки, включая информацию о приглашениях к участию в торгах и надлежащую или уместную информацию о заключении контрактов, с тем чтобы предоставить потенциальным участникам торгов достаточное время для подготовки и представления их тендерных заявок; б) установление, заблаговременно, условий участия, включая критерии отбора и принятия решений о заключении контрактов, а также правила проведения торгов, и их опубликование; ст.10 «Публичная отчетность» – меры для усиления прозрачности в его публичной администрации, в том числе применительно к ее организации, функционированию и, в надлежащих случаях, процессам принятия решений, в том числе а) принятие процедур или правил, позволяющих населению получать, в надлежащих случаях, информацию об организации, функционировании и процессах принятия решений публичной администрации и, с должным учетом соображений защиты частной жизни и личных данных, о решениях и юридических актах, затрагивающих интересы населения; б) упрощение административных процедур, в надлежащих случаях, для облегчения публичного доступа к компетентным органам, принимающим решения; и в) опубликование информации, которая может включать периодические отчеты об опасностях коррупции в публичной администрации; ст.13 «Участие общества» – участие общества должно укрепляться при помощи таких мер, как: а) усиление прозрачности и содействие вовлечению населения в процессы принятия решений; б) обеспечение для населения эффективного доступа к информации; в) проведение мероприятий по информированию населения, спо-

собствующих созданию атмосферы нетерпимости в отношении коррупции, а также осуществление программ публичного образования, включая учебные программы в школах и университетах; г) уважение, поощрение и защита свободы поиска, получения, опубликования и распространения информации о коррупции.

ФЗ от 25 декабря 2008 года «О противодействии коррупции» затрагивает как чисто информационный аспект (комплексное использование политических, организационных, информационно-пропагандистских, социально-экономических, правовых, специальных и иных мер; обмен информацией по вопросам противодействия коррупции с международными организациями, обеспечение независимости средств массовой информации), так и специализированные информационные механизмы: обеспечение доступа граждан к информации о деятельности федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления; опубликование сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера государственных и муниципальных служащих.

Национальная стратегия противодействия коррупции (утверждена Указом Президента РФ от 13 апреля 2010 года) уточняет информационные мероприятия – необходимо внедрить в деятельность федеральных органов государственной власти, иных государственных органов, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления инновационные технологии, повышающие объективность и обеспечивающие прозрачность при принятии законодательных (нормативных правовых) актов Российской Федерации, муниципальных правовых актов и управленческих решений, а также обеспечивающие межведомственное электронное взаимодействие указанных органов и их взаимодействие с гражданами и организациями в рамках оказания государственных услуг.

Таким образом, в нормативных актах содержатся отдельные элементы противодействия коррупции, в которых значительную роль играет информационная составляющая, что однако не представляет из себя никакой системы.

По нашему мнению, необходимо реализовать в законодательстве целую систему правил, связанных с обращением информации, позволяющих успешно противодействовать коррупции. Эту систему мер можно назвать антикоррупционным информационным стан-

дартом; «введение антикоррупционных стандартов, то есть установление для соответствующей области деятельности единой системы запретов, ограничений и дозволений, обеспечивающих предупреждение коррупции в данной области» предусматривается в ФЗ от 25 декабря 2008 года «О противодействии коррупции». Составными частями антикоррупционного информационного стандарта являются: прозрачность и открытость государственного управления как общественно значимого процесса (прозрачность организации государственного аппарата и деятельности государственных и муниципальных служащих, в том числе самого процесса принятия управленческих решений, введение публичной отчетности органов власти); свобода и прозрачность информационного обмена в государственном управлении (определение режима служебной информации, создание особого информационного режима при предоставлении государственных услуг); обеспечение качества правовой информации, в том числе обязательная антикоррупционная экспертиза (ФЗ от 17 июля 2009 года «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»); создание специальных антикоррупционных информационных режимов (например, как в ФЗ от 21 июля 2005 года «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»); постоянное информирование о состоянии коррупции (выводящее как следствие на создание системы общественного контроля за органами власти, международный обмен информацией по противодействию коррупции, а также свободу СМИ).

Разумеется, все предусмотренные меры, а именно компоненты стандарта в виде запретов и ограничений, обязательно должны быть обеспечены нормами законодательства об ответственности.

## *4. Информатизация общества, государственное управление и глобализация*

Международное влияние на российское информационное и административное право безусловно велико. В свою очередь, глобализация во многом связана с развитием информационных технологий. Интернет, информационные технологии используются во всем мире технически одинаково. У государств остается небольшая свобода в их регулировании. В экономическом плане возрастают информационные обмены между странами; общепризнано, что главными дви-

жущими силами глобализации являются технический прогресс и государственная экономическая политика, направленная на либерализацию международных экономических отношений. Технологические нововведения в области транспорта, связи, обработки и передачи информации заметно сокращают издержки на ведение международного бизнеса. В этом плане особенно показательно развитие и правовое оформление международной торговли, где наряду с lex mercatoria начинает действовать lex electronica[1].

Считается, что глобализация приведет к тому, что в будущем общество уже не будет определяться только национальными признаками. Транснациональный характер будущего приведет к усилению региональной, муниципальной и локальной политики. Результатом глобализации является и само создание информационного общества.

Как отмечается в докладе Национального разведывательного совета США (2000) «Глобальные тенденции 2015», государство, оставаясь наиболее важным структурным элементом политики, подвергнется испытаниям глобализацией. Элементы глобализации (мощные и ничем не сдерживаемые потоки информации, капитала, товаров, услуг, людей, а также умножение и усиление негосударственных действующих лиц) станут испытаниями для власти. В то же время глобализация создаст спрос на более тесное многостороннее международное сотрудничество[2].

В административной сфере процессы глобализации привели к тому, что общие подходы к административным реформам в разных странах мало чем различаются. Одновременно используются более или менее сходные схемы электронизации власти. В научном плане ставится вопрос о глобальном административном праве, в котором рассматриваются и такие вопросы, как управление Интернетом, киберпространство, механизмы раскрытия информации, утверждается принцип транспарентности. Транспарентность необходима любому субъекту административной власти, как на национальном, так и на международном уровне; транспарентность стала поистине глобальной целью[3].

---

[1] *Delmas-Marty Mireille*, La mondialisation du droit : chances et risques, Recueil Dalloz, 1999, Chronique. P.45.

[2] Глобальные тенденции развития человечества до 2015 года / Пер. с англ. Екатеринбург, 2002. С. 56.

[3] *Fuentes Carlos Ivan*, Transparency as a Global Goal: towards an unity of principles in Global Administrative Law, Rapport for 4th Global Administrative Law Seminar (Italy, 2008).

Необходимо отметить глобальное влияние доктрины good governance или bonne administration («хорошее управление»). Наиболее наглядно роль информации и информационных технологий в государственном управлении иллюстрируют европейские акты, ведь Европа, по признанию самих европейцев, стала экспериментальной площадкой для правовой глобализации.

Так, в Кодексе хорошего административного поведения персонала Европейской Комиссии в отношениях с общественностью (Code de bonne conduite administrative pour le personnel de la Commission dans ses relations avec le public, 2000) признано ключевое значение информации. Именно информация о правах должна быть предоставлена надлежащим образом, для чего создаются центры документации или информации; при распространении информации должна обеспечиваться защита персональных данных. Белая книга европейского управления (Livre blanc de gouvernance européenne, 2001) предусматривает, что институции и государства-члены Евросоюза должны информировать как можно активнее широкую общественность о европейских вопросах. Информационные технологии играют в этом важную роль. Предусматривается, что сайт Евросоюза должен стать интерактивной информационной платформой, базой для диалога и дебатов, объединяя аналогичные сети во всех странах-членах ЕС.

Доктрина «хорошего управления» проникает и в договоры Европейского Союза, иногда это понятие в них даже расшифровывается. Например, согласно ст.9 «Соглашения Котону» (2000) о сотрудничестве ЕС с государствами Африки, Карибского бассейна и Тихого океана, хорошее управление – это «транспарентное и ответственное управление человеческими, природными, экономическими и финансовыми ресурсами в целях справедливого и устойчивого развития». Причем акцент делается на прозрачность процесса принятия решений[1].

Таким образом, глобализация сблизила и переплела многие институты информационного и административного права, приводя к качественной трансформации государственного управления.

---

[1] *Дольцер Р.* Хорошее управление: новый транснациональный путеводный образ государственности? / В сб.: Международно-правовые стандарты в конституционном праве. Ч. 2 / Под ред. И.А.Конюховой. М.: РАП, ИНИОН РАН, 2007. С. 125.

**Библиографический список:**

1. *Терещенко Л.К.* Правовой режим информации. М.: Юриспруденция, 2007.

2. *Бачило И.Л. и др.* Концепция развития информационного законодательства в Российской Федерации // Государство и право. 2005. № 7.

3. *Комарова Т.Ю.* Законодательное регулирование доступа к официальной информации в Российской Федерации / В сб.: Теоретические проблемы информационного права. М., 2006.

4. *Полякова Т.А.* Информационная открытость как один из факторов в борьбе с коррупцией при построении информационного общества // Юридический мир. 2008. № 1.

5. *Ивойлова О.Ю.* Электронное правительство в формировании позитивного имиджа региона // Вопросы государственного и муниципального управления. 2008. № 3.

6. *Жумаев Ю.Г.* Электронное правительство – максимальная эффективность управления государством // Правовые вопросы связи. 2009. № 1.

7. *Семилетов С.И.* Правовые проблемы организации электронного оборота документов между органами государственной власти и иными субъектами (в секторах B2G и B2B) / В сб.: Информационное право и становление основ гражданского общества в России. М., 2008.

8. *Дольцер Р.* Хорошее управление: новый транснациональный путеводный образ государственности? / В сб.: Международно-правовые стандарты в конституционном праве. Ч. 2 / Под ред. И.А.Конюховой. М.: РАП, ИНИОН РАН, 2007.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 1/2011

# Предмет и содержание муниципального земельного контроля

**муниципальное право; земельный контроль; предмет; содеражние**

***Н. В. Данилова***

***заведующий кафедрой природоресурсного и экологического права Института государства и права Тюменского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент***

В современный период проблемы правового регулирования деятельности органов местного самоуправления являются одной из самых «популярных» сфер теоретических исследований в отраслевых юридических науках. Такое пристальное внимание не случайно. С момента принятия в 1993 году Конституции РФ институт местного самоуправления в России переживает уже третью реформу. Как известно, законодательной основой последней из них является Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 131-ФЗ). Причем исследователи вынуждены констатировать, что его эффективность, как и в целом успешность реформы, невысока. Как отмечает А.Н. Дементьев, «результаты реализации положений Федерального закона № 131-ФЗ свидетельствуют о наличии проблем практически во всех сферах организации местного самоуправления… Наиболее значимыми из них являются проблемы, связанные с формированием устойчивой сферы собственной компетенции местного самоуправления и необходимой для ее реализации финансовой и экономической базы»[1].

В рамках данной статьи мы остановимся только на одном из таких проблемных полномочий органов местного самоуправления – осуществлении муниципального земельного контроля. Законода-

---

[1] *Дементьев А.Н.* Нормативное правовое регулирование местного самоуправления в Российский Федерации: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 2.

тельной основой последнего являются ст. 72 Земельного кодекса РФ (далее – ЗК РФ), которая содержит следующие положения: «Муниципальный земельный контроль за использованием земель на территории муниципального образования осуществляется органами местного самоуправления или уполномоченными ими органами. Муниципальный земельный контроль за использованием земель на территории муниципального образования осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации и в порядке, установленном нормативными правовыми актами органов местного самоуправления».

Как видим, ЗК РФ не определяет исчерпывающим образом ни предметную сферу муниципального земельного контроля, позволяющую отграничить его от иных видов земельного контроля – государственного и общественного, ни полномочия должностных лиц органов местного самоуправления при его проведении. В то же время ЗК РФ допускает регламентацию порядка этого вида контроля муниципальными нормативными правовыми актами.

На основании указанной нормы в муниципальных образованиях приняты положения о муниципальном земельном контроле. Опыт соответствующего нормативного регулирования муниципальных образований отчасти изучен[1]. Однако, далее сопоставления содержания указанных положений статье ст. 72 ЗК РФ автор не идет.

Как нам представляется, для правильной оценки правомерности принятия и качества содержания указанных муниципальных актов важное значение имеют положения федерального законодательства, о котором упоминает ЗК РФ. Прежде всего, следует иметь в виду, что Федеральный закон № 131-ФЗ относит осуществление муниципального земельного контроля к вопросам местного значения городских и сельских поселений и городских округов; муниципальные районы соответствующими возможностями не наделяются (п. 20 ст. 14, п. 26 ст. 16, ст. 15). Из этого можно сделать, как минимум, два вывода. Во-первых, как осуществление муниципального земельного контроля, так и правотворчество по данному вопросу на уровне муниципальных районов является незаконным, соответствующие акты подлежат отмене. Так, на территории Тюменской области практически во всех муниципальных районах приняты такие

---

[1] *Мустакимов Ш.Р.* Правовое регулирование муниципального земельного контроля // Административное и муниципальное право. 2009. № 6. С. 80–85.

положения (См., например: Решение Думы Абатского муниципального района от 24.07.2009 № 46 «Об утверждении Положения о порядке осуществления муниципального земельного контроля», Решение Думы Казанского муниципального района от 25.11.2009 № 151 «Об утверждении Положения о порядке осуществления муниципального земельного контроля за использованием земель на территории Казанского муниципального района», Решение Думы Ишимского муниципального района от 20.11.2009 № 127 «Об утверждении Положения о Порядке осуществления муниципального земельного контроля на территории Ишимского муниципального района», Постановление Думы Голышмановского муниципального района от 24.04.2003 № 72 «Об утверждении Положения о порядке осуществления муниципального земельного контроля за использованием земель на территории Голышмановского муниципального района», Решение Думы Уватского муниципального района от 16.09.2009 № 349 «Об утверждении Положения о порядке осуществления муниципального земельного контроля за использованием земель межселенных территорий и земель сельских поселений Уватского муниципального района», Решение Думы Нижнетавдинского муниципального района от 04.09.2009 № 181 «Об утверждении Положения о порядке осуществления муниципального земельного контроля на территории Нижнетавдинского муниципального района»). Во-вторых, объектом муниципального земельного контроля могут быть только земли населенных пунктов, поскольку границы территорий муниципальных образований «городское и сельское поселение» и «городской округ» совпадают с границами земель указанной категории.

Кроме того, порядок муниципального земельного контроля не может противоречить нормам Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля».

Анализ муниципальных нормативных правовых актов о земельном контроле показывает, что в них регламентируются следующие вопросы: указывается орган, уполномоченный на проведение контроля; определяется предмет контроля (через дефиницию муниципального земельного контроля, и (или) формулирование его задач либо функций); контрольно-инспекционные полномочия должностных лиц органов местного самоуправления; порядок про-

ведения плановых и внеплановых проверок, других контрольных мероприятий; общие указания по взаимодействию с органами государственной власти. Наибольшее число вопросов вызывает регламентация органами местного самоуправления предметной сферы муниципального земельного контроля. Как показывает практика муниципального нормотворчества, при этом не всегда соблюдаются пределы собственной компетенции органов местного самоуправления. На наш взгляд, основная проблема здесь – это превышение полномочий органов местного самоуправления и вторжение их в компетенцию органов государственного земельного контроля.

В юридической литературе неоднократно обращалось внимание на то, что ЗК РФ по-разному определяет содержание государственного и муниципального земельного контроля. Если государственный контроль осуществляется за использованием и охраной земель, то муниципальный контроль – только за использованием земель. В связи с этим указывается, что упоминание в муниципальных нормативных правовых актах в качестве предмета проверки требований по охране земель является неправомерным[1]. Следует отметить, что установленный федеральным законодателем разрыв отношений по использованию и по охране земель представляется нам несколько искусственным. Например, очевидным является то, что обязанность собственников, владельцев, пользователей и арендаторов земельных участков использовать земельные участки в соответствии с их целевым назначением и принадлежностью к той или иной категории земель и разрешенным использованием способами, которые не должны наносить вред окружающей среде, в том числе земле как природному объекту (ч. 1. ст. 42 ЗК РФ), одновременно характеризует использование земель этими субъектами и обеспечивает выполнение задач по охране. А ч. 2 ст. 13 ЗК РФ предусматривает, что в целях охраны земель разрабатываются (наряду с федеральными и региональными) местные программы охраны земель, включающие в себя перечень обязательных мероприятий по охране земель с учетом особенностей хозяйственной деятельности, природных и других условий. И кому как не органам муниципального земельного контроля проверять своевременность и полноту выполнения указанных программ?

На наш взгляд, более важным фактом является то, что при определении своей предметной сферы муниципальные органы прак-

---

[1] Там же. С. 83.

тически полностью воспроизводят полномочия федеральных органов государственного земельного контроля, установленные в Положение о государственном земельном контроле (утверждено Постановлением Правительства РФ от 4 апреля 2002 г.). Например, в действующем на территории города Тюмени Положении о порядке осуществления муниципального земельного контроля (принято решением Тюменской городской Думы от 6 июля 2006 г. № 410) установлено, что орган муниципального земельного контроля осуществляет контроль: 1) за соблюдением порядка, исключающего самовольное занятие земельных участков, или использование их без оформленных в установленном порядке правоустанавливающих документов; 2) за соблюдением порядка переуступки права пользования землей; 3) за предоставлением достоверных сведений о состоянии земель; 4) за своевременным выполнением обязанностей по приведению земель в состояние, пригодное для использования по целевому назначению, или их рекультивации после завершения строительных, изыскательских и иных работ, ведущихся с нарушением почвенного слоя; 5) за своевременным и качественным выполнением обязательных мероприятий по улучшению земель и охране почв от водной эрозии, заболачивания, подтопления, переуплотнения, захламления, загрязнения и по предотвращению других процессов, ухудшающих качественное состояние земель и вызывающих их деградацию; 6) за выполнением требований по предупреждению уничтожения, самовольного снятия и перемещения плодородного слоя почвы, а также порчи земель в результате нарушения правил обращения с опасными для здоровья людей и окружающей среды веществами, отходами производства и потребления. Согласно федеральному Положению – первые три направления относятся к полномочиям Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии, четвертое и пятое – Федеральной службы по надзору в сфере природопользования, шестое – Федеральной службы по ветеринарному и фитосанитарному надзору.

Фактически подобная регламентация приводит к тому, что органы местного самоуправления вместо реализации собственной компетенции участвуют в осуществлении государственных полномочий. В силу прямого противоречия требованиям Федерального закона № 131-ФЗ (ст. ст. 14.1., 15.1, 16.1, 19, 20) действия муниципальных органов, проводимые в рамках такого контроля, могут быть оспорены в судебном порядке как противоправные.

Однако изложенное порождает вопрос: имеется ли вообще у муниципального земельного контроля собственный предмет или выделить его невозможно?

Второй проблемный блок – регламентация контрольно-инспекционных полномочий должностных лиц органов местного самоуправления. Сущность контроля как функции управления проявляется в том, что контрольные органы имеют полномочия: а) осуществлять действия по выявлению правонарушений (посещать подконтрольные организации и объекты, знакомиться с документами, получать от органов государственной власти и местного самоуправления необходимые материалы и сведения); б) давать подконтрольным субъектам обязательные для исполнения указания об устранении выявленных нарушений; в) ставить перед компетентными органами вопрос о привлечении к ответственности лиц, виновных в обнаруженных нарушениях; г) непосредственно применять в необходимых случаях меры государственного принуждения. Как показывает анализ, положения о муниципальном земельном контроле, как правило, содержат первые три группы полномочий, а в отдельных положениях встречается и указание на четвертую группу. Оценка подобной регламентации в юридической науке неоднозначна. Так, Е.А. Сухова отмечает, что ни федеральным земельным законодательством, ни КоАП РФ возможность привлечения к ответственности органами муниципального земельного контроля не предусмотрена. По мнению автора, это в значительной степени затрудняет полную и всестороннюю реализацию полномочий органов местного самоуправления в области решения вопросов местного значения применительно к муниципальному земельному контролю[1].

М.И. Васильева, анализируя схожую ситуацию в области муниципального лесного контроля, пишет, что «такие права лиц, осуществляющих муниципальный лесной контроль и надзор: давать юридическим и физическим лицам обязательные к исполнению указания (предписания) по устранению нарушений лесного законодательства Российской Федерации и их последствий; в пределах своей компетенции составлять протоколы о нарушениях лесного законодательства Российской Федерации; применять меры обеспечения по делу об административном правонарушении в соответствии с КоАП РФ… противоречат федеральному законодательству». В связи с эти

---

[1] *Сухова Е.А.* Постатейный комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации. М.: ГроссМедиа, РОСБУХ, 2008. С. 387.

требуется внесение соответствующих поправок в КоАП РФ. В то же время, она отмечает, что «для КоАП РФ такого рода поправки не органичны, поскольку привлечение к административной ответственности – концептуально предмет государственного ведения. Выявляется уже некоторая закономерность: попытки введения муниципального контроля в различных природно-ресурсовых сферах, вызванные чаще всего неэффективностью государственного контроля, "разбиваются" об административное законодательство, изначально не предполагавшее такого перераспределения компетенции по линии "государство – местное самоуправление"»[1].

На наш взгляд, вопрос о возможности применения органами местного самоуправления мер государственного принуждения, является частью более глобальной проблемы – определения правовой природы местного самоуправления, выявления его отличий от государственной власти, поиска оптимальной модели взаимодействия последней с местным самоуправлением.

В юридической литературе неоднократно отмечалось, что эта проблема далеко не нова. Еще в период земской реформы 1864 г. в литературе возникал вопрос о природе местного самоуправления. И уже тогда велась бурная дискуссия о природе местного самоуправления как общественного института, противостоящего государственному управлению, и как института государственного управления с элементами выборности местных органов власти[2]. Примечательно, что эти два подхода сохранились до сих пор. Одновременно в современной науке конституционного и муниципального права все больше сторонников находит дуалистическая теория, согласно которой местное самоуправление, с одной стороны, является «продолжением» государства, с другой – общественным институтом. При этом в литературе представлены различные интерпретации этой теории[3]. В рамках данной статьи мы не ставим задачу детального освещения этой теории. Изложим лишь некоторые ее принципиальные положения,

---

[1] *Васильева М.И.* Природоохранные полномочия органов местного самоуправления: проблемы реализации и правового регулирования // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 19. С. 30–31.

[2] *Осыченко Е.В.* Негосударственная природа муниципальных нормативно-правовых актов // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 8. С. 38.

[3] *Дементьев А.Н.* Указ. соч.; *Осыченко Е.В.* Указ. соч. С. 37–40; *Пешин Н.Л.* Государственная власть и местное самоуправление в России: проблемы развития конституционно-правовой модели. М.: Статут, 2007.

дающие возможность разрешения поставленных проблем правового регулирования муниципального земельного контроля.

Муниципальная власть – власть особого рода, она не является буквально продолжением государственной власти на местах, но имеет ряд признаков, присущих государственной власти. Объединяет ее с государственной властью то, что, она обеспечивает подчинение себе субъектов муниципально-правовых отношений. «Публичность» – это как раз то общее, что объединяет местное самоуправление и государственную власть.

Оставаясь в целом институтом публичной власти, местное самоуправление «вбирает» в свою природу ряд общественных черт. Так, во многих случаях эта власть может осуществляться непосредственно населением. В лице этого населения имеет место совпадение объекта и субъекта муниципального правового регулирования. На местном уровне субъектом управления являются не государственные органы или должностные лица, назначаемые сверху, а выборные представители местных сообществ. Те задачи, которые решает местная власть, связаны обычно с удовлетворением повседневных потребностей людей. Местная власть, как и общественная, строится на принципах самоорганизации и саморегуляции. Качественным отличием местного самоуправления от государственного властвования является также и то, что местное самоуправление не обладает собственным аппаратом принуждения. Этот аппарат в необходимых случаях заимствуется у государства[1].

Как нам представляется, важнейшее значение для формирования собственного предмета муниципального земельного контроля имеет интерпретация признака саморегуляции местного самоуправления. Из ч. 1 ст. 7 Федерального закона № 131-ФЗ вытекает, что саморегуляция осуществляется посредством принятия муниципальных нормативных правовых актов по вопросам местного значения. На практике эта норма понимается крайне узко: только как возможность правового регулирования порядка осуществления муниципального контроля. На наш взгляд, требования муниципальных нормативно-правовых актов должны относиться не только к форме осуществления контроля местными органами, но и составлять его содержание, определять его предметную направленность. Исходя из этого, вряд ли можно согласиться с утверждением, что «задачей му-

---

[1] *Пешин Н.Л.* Указ. соч. С. 42–56.

ниципального земельного контроля является обеспечение соблюдения всеми гражданами, организациями и должностными лицами требований земельного законодательства в целях эффективного использования земель»[1]. Таковой должно быть обеспечение требований только муниципальных нормативных и ненормативных правовых актов. Подтверждение данной мысли можно найти и в федеральном законодательстве. Так, Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» дает следующее определение муниципального контроля – это «деятельность органов местного самоуправления, уполномоченных на организацию и проведение на территории муниципального образования проверок соблюдения при осуществлении деятельности юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями требований, установленных муниципальными правовыми актами» (п. 4 ст. 2).

Отметим, что ЗК РФ дает возможность нормотворчества органам местного самоуправления, хотя и в определенных пределах. Часть 4 ст. 2 ЗК РФ гласит: «На основании и во исполнение настоящего Кодекса, федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации органы местного самоуправления в пределах своих полномочий могут издавать акты, содержащие нормы земельного права».

Анализ ЗК РФ позволяет увидеть, что органы местного самоуправления вправе принимать нормативно-правовые акты по двум блокам земельно-правовых вопросов: устанавливать порядок предоставления земельных участков гражданам и юридическим лицам из государственных и муниципальных земель, в том числе порядок предоставления гражданам земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для целей, не связанных со строительством (ст. 34), устанавливать нормы предоставления земельных участков (ст. 33); регламентировать использование земельных участков: а) устанавливать особый правовой режим использования земель в местах традиционного проживания и хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов

---

[1] *Мустакимов Ш.Р.* О контрольных полномочиях органов местного самоуправления в сфере землепользования // Административное и муниципальное право. 2010. № 1. С. 60.

Российской Федерации и этнических общностей (ч. 3 ст. 7); б) вводить публичный сервитут (ч. 2 ст. 23), в) устанавливать ограничения прав на землю, в том числе особые условия использования земельных участков и режим хозяйственной деятельности в охранных, санитарно-защитных зонах; особые условия охраны окружающей среды, в том числе животного и растительного мира, памятников природы, истории и культуры, археологических объектов, сохранения плодородного слоя почвы, естественной среды обитания, путей миграции диких животных; условия начала и завершения застройки или освоения земельного участка в течение установленных сроков по согласованному в установленном порядке проекту, строительства, ремонта или содержания автомобильной дороги (участка автомобильной дороги) при предоставлении прав на земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности; иные ограничения использования земельных участков в случаях, установленных настоящим Кодексом, федеральными законами (ст. 56); г) вводить ограничения использования земель при резервировании земельных участков для муниципальных нужд (ст. 56.1).

Важным полномочием органов местного самоуправления является право принимать правила землепользования и застройки, которые содержат градостроительные регламенты для каждой территориальной зоны земель населенных пунктов. Именно градостроительный регламент территориальной зоны определяет основу правового режима земельных участков, равно как всего, что находится над и под поверхностью земельных участков и используется в процессе застройки и последующей эксплуатации зданий, строений, сооружений. Градостроительные регламенты обязательны для исполнения всеми собственниками земельных участков, землепользователями, землевладельцами и арендаторами земельных участков независимо от форм собственности и иных прав на земельные участки (ст. 85 ЗК РФ). Кроме того, как уже писалось выше, в соответствии с ч. 2 ст. 13 ЗК РФ органы местного самоуправления принимают местные программы охраны земель, включающие в себя перечень обязательных мероприятий по охране земель с учетом особенностей хозяйственной деятельности, природных и других условий.

Таким образом, перечисленные требования по использованию и охране земель, установленные муниципальными правовыми актами и должны составлять предмет муниципального земельного контроля.

Публичный характер муниципальной власти, с одной стороны, и отсутствие собственного аппарата принуждения, с другой, позво-

ляют сформулировать предложения по полномочиям муниципальных инспекторов.

Очевидно, что муниципальные инспектора, также как и государственные, должны иметь полномочия, позволяющие им выявлять нарушения требований муниципальных актов, давать обязательные для выполнения указания об устранении правонарушений. В противном случае нивелируется сама сущность контроля как функции управления. Как совершенно справедливо отмечает С.А. Бурмистров, «ценность контроля как одного из средств искусства управления не столько в том, чтобы вскрыть факты беззакония и нарушения прав и законных интересов граждан, а в том, чтобы своевременно их предупредить, не дать им возможности проявиться... Контроль помогает добиться правильного понимания подконтрольными органами и должностными лицами своих задач»[1].

Что касается возможности привлекать к административной ответственности за невыполнение требований муниципальных нормативных правовых актов в области использования и охраны земель, то учитывая приведенную выше аргументацию М.И. Васильевой, решение этого вопроса возможно только на государственном уровне. Причем, как нам представляется, наиболее оптимальным в этой ситуации будет не внесение изменений в КоАП РФ, а регулирование этого вопроса законами субъектов РФ. Это позволит более полно учесть местную специфику. Как известно, большинство субъектов РФ, на основании п. «к» ст. 72 Конституции РФ и ч. 1 ст.1.1. КоАП РФ принимают свои законы об административной ответственности, в том числе кодифицированные. Например, на территории Тюменской области действует в настоящее время Кодекс Тюменской области об административной ответственности от 27 декабря 2007 г. № 55, который содержит такие составы административных правонарушений, как строительство, реконструкция, капитальный ремонт объектов индивидуального строительства с нарушением градостроительного плана земельного участка и схемы планировочной организации земельного участка (ст.4.6), нарушение утвержденных в установленном порядке документов территориального планирования муниципального образования, документации по

---

[1] *Бурмистров С.А.* Контроль органами государственной власти передаваемых муниципальным органам государственных полномочий // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2008. № 3. С. 16–17.

планировке территории муниципального образования, местных нормативов градостроительного проектирования, правил землепользования и застройки (ст. 4.7). Право составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных данными статьями, предоставлено должностным лицам органам местного самоуправления, право налагать административные взыскания – административным комиссиям Тюменской области (ст. 5.1, 5.3). Думается, что этот Кодекс вполне может быть дополнен статьей, предусматривающей административную ответственность за нарушение требований муниципальных правовых актов по использованию и охране земель. В отсутствие такой нормы противоправные действия субъектов земельных отношений могут быть квалифицированы в соответствии со ст. 3.4. «Неисполнение гражданами, руководителями организаций или должностными лицами муниципальных нормативных правовых актов, принятых по вопросам местного значения».

Предлагаемое системное правовое регулирование муниципального земельного контроля позволит местному самоуправлению эффективно реализовать собственную компетенцию, не вторгаясь при этом в сферу государственных полномочий.

**Библиографический список:**

1. *Мустакимов Ш.Р.* Правовое регулирование муниципального земельного контроля // Административное и муниципальное право. 2009. № 6.

2. *Сухова Е.А.* Постатейный комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации. М.: ГроссМедиа, РОСБУХ, 2008.

3. *Васильева М.И.* Природоохранные полномочия органов местного самоуправления: проблемы реализации и правового регулирования // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 19.

4. *Осыченко Е.В.* Негосударственная природа муниципальных нормативно-правовых актов // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 8.

5. *Бурмистров С.А.* Контроль органами государственной власти передаваемых муниципальным органам государственных полномочий // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2008. № 3.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 1/2011

# Проблемы совершенствования учета нормативно-правовых актов

**классификатор; нормативные акты; учет; теория права**

***М. Ю. Осипов***

***кандидат юридических наук, научный сотрудник Института законоведения и управления Всероссийской полицейской ассоциации***

Одной из актуальных проблем в теории права является проблема совершенствования учета нормативно-правовых актов. Но для того, чтобы понять, как осуществляется учет нормативно-правовых актов необходимо вначале рассмотреть понятие учета нормативно-правовых актов. Что же он собой представляет. Учет законодательных актов и иных источников права – это форма систематизации законодательства, которая выражается в регистрации принятых и действующих на данной территории нормативно-правовых актов и иных источников права, а также в регистрации отмененных нормативно-правовых актов и иных источников права.

Но для того, чтобы осуществлять подобного рода работу необходимо: а) разработать классификатор источников права; б) осуществлять работу в строгом соответствии с классификатором источников права. При отсутствии классификатора источников права подобную работу осуществить невозможно. Что же собой представляет классификатор источников права.

Классификатор нормативно-правовых актов представляет собой тематический перечень рубрик, обозначающих сферы человеческой деятельности, для регулирования которых принимаются законы и иные нормативно-правовые акты. Согласно Указу Президента РФ от 15 марта 2001 г № 511 в ред. ред. Указа Президента РФ от 05.10.2002 N 1129 выделяются следующие рубрики в классификаторе нормативно-правовых актов:

010.000.000 Конституционный строй
020.000.000 Основы государственного управления
030.000.000 Гражданское право

040.000.000 Семья
050.000.000 Жилище
060.000.000 Труд и занятость населения
070.000.000 Социальное обеспечение и социальное страхование
080.000.000 Финансы
090.000.000 Хозяйственная деятельность
100.000.000 Внешнеэкономическая деятельность. Таможенное дело
110.000.000 Природные ресурсы и охрана окружающей природной среды
120.000.000 Информация и информатизация
130.000.000 Образование. Наука. Культура
140.000.000 Здравоохранение. Физическая культура и спорт. Туризм
150.000.000 Оборона
160.000.000 Безопасность и охрана правопорядка
170.000.000 Уголовное право. Исполнение наказаний
180.000.000 Правосудие
190.000.000 Прокуратура. Органы юстиции. Адвокатура. Нотариат
200.000.000 Международные отношения. Международное право
210.000.000 Индивидуальные правовые акты по кадровым вопросам, вопросам награждения, помилования, гражданства, присвоения почетных и иных званий[1].

В свою очередь рубрика 010.000.000 Конституционный строй делится на следующие подрубрики:

010.010.000 Конституция Российской Федерации. Конституции, уставы субъектов Российской Федерации
010.010.010 Конституция Российской Федерации и акты конституционного значения
010.010.020 Конституции, уставы субъектов Российской Федерации и акты конституционного значения
010.020.000 Государственные символы Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Столицы
010.020.010 Государственные символы Российской Федерации
010.020.020 Государственные символы субъектов Российской Федерации
010.030.000 Государственные языки (языки народов) в Российской Федерации
010.030.010 Использование и защита языков в Российской Федерации. Государственный язык Российской Федерации
010.030.020 Использование и защита языков в субъектах Российской Федерации. Государственные языки республик в составе Российской Федерации
010.040.000 Территория
010.040.010 Состав территории Российской Федерации
010.040.020 Государственная граница Российской Федерации (см. также 020.040.010, 160.030.020, 200.040.030)
010.040.030 Границы субъектов Российской Федерации
010.040.040 Административно-территориальное деление
010.050.000 Население

---

[1] Указ Президента РФ от 15 марта 2000 г № 511 (в ред. Указов Президента РФ от 05.10.2002 № 1129, от 28.06.2005 № 736) // СПС Консультант+

010.050.010 Гражданство (см. также 200.050.010)
010.050.020 Иностранные граждане и лица без гражданства. Политическое убежище (см. также 030.150.020, 030.150.180, 040.090.000, 180.040.060, 180.050.050, 180.080.090, 200.050.020)
010.050.030 Беженцы (см. также 200.050.030)
010.050.040 Вынужденные переселенцы (см. также 200.050.030)
010.050.050 Миграция (см. также 060.010.070, 200.050.040)
010.050.060 Реабилитация репрессированных и депортированных народов
010.050.070 Иные вопросы
010.060.000 Права, свободы и обязанности человека и гражданина (см. также 200.060.000)
010.060.010 Общие положения
010.060.020 Основные (конституционные) личные права и свободы
010.060.030 Основные (конституционные) общественно-политические права и свободы
010.060.040 Основные (конституционные) социально-экономические права и свободы
010.060.050 Основные (конституционные) обязанности
010.070.000 Федеративное устройство Российской Федерации
010.070.010 Общие положения
010.070.020 Субъекты Российской Федерации
010.070.030 Договоры (соглашения) между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации
010.070.040 Договоры (соглашения) между субъектами Российской Федерации
010.070.050 Национальные меньшинства и коренные малочисленные народы
010.070.060 Национально-культурная автономия
010.070.070 Межнациональные отношения
010.070.080 Законодательство об отдельных регионах Российской Федерации
010.080.000 Референдум. Выборы. Избирательная система
010.080.010 Референдум
010.080.020 Выборы. Избирательная система
010.090.000 Президент Российской Федерации
010.090.010 Порядок избрания. Прекращение полномочий
010.090.020 Компетенция
010.090.030 Совет Безопасности Российской Федерации (см. также 160.020.020)
010.090.040 Администрация Президента Российской Федерации
010.090.050 Органы при Президенте Российской Федерации
010.090.060 Полномочные представители Президента Российской Федерации
010.100.000 Федеральное Собрание – парламент Российской Федерации
010.100.010 Общие положения
010.100.020 Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации
010.100.030 Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации
010.100.040 Счетная палата Российской Федерации
010.110.000 Органы законодательной (представительной) власти субъектов Российской Федерации

010.110.010 Общие положения
010.110.020 Порядок формирования
010.110.030 Компетенция
010.110.040 Организация деятельности
010.120.000 Исполнительная власть (см. 020.010.000)
010.130.000 Судебная власть (см. 180.000.000)
010.140.000 Правотворческая деятельность органов государственной власти
010.140.010 Общие положения
010.140.020 Порядок подготовки и рассмотрения проектов нормативных правовых актов (см. также 190.020.040, 190.020.050)
010.140.030 Порядок опубликования и вступления в силу нормативных правовых актов
010.140.040 Учет и систематизация нормативных правовых актов
010.150.000 Местное самоуправление
010.150.010 Общие положения
010.150.020 Устав муниципального образования
010.150.030 Представительные органы местного самоуправления
010.150.040 Глава муниципального образования. Местная администрация
010.150.050 Территориальное общественное самоуправление
010.150.060 Муниципальная служба (см. также 060.020.180)
010.160.000 Статус депутата
010.160.010 Общие положения
010.160.020 Статус члена Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации
010.160.030 Статус депутата органа законодательной (представительной) власти субъекта Российской Федерации
010.160.040 Статус депутата представительного органа местного самоуправления
010.170.000 Общественные и религиозные объединения
010.170.010 Общественные объединения (см. также 030.030.050)
010.170.020 Свобода совести и религиозные объединения (см. также 030.030.050)
010.180.000 Государственные награды. Высшие степени и знаки отличия. Почетные звания. Знаки, значки
010.180.010 Государственные награды. Высшие степени и знаки отличия
010.180.020 Почетные звания. Знаки, значки
010.190.000 Государственные и иные премии
010.200.000 Праздники. Памятные даты. Юбилеи
010.210.000 Увековечение памяти выдающихся людей, исторических событий. Присвоение имен
010.220.000 Порядок наименования и переименования населенных, пунктов, предприятий, учреждений и организаций, а также физико-географических объектов[1]

---

[1] Указ Президента РФ от 15 марта 2000 г № 511 (в ред. Указов Президента РФ от 05.10.2002 № 1129, от 28.06.2005 № 736) об утверждении классификатора нормативно – правовых актов.// СПС Консультант+

Однако, подобное построение классификатора нормативно-правовых актов и иных источников права еще не позволяет осуществить полноценный учет нормативно-правовых актов и других источников права. Дело все в том, чтобы грамотно систематизировать действующие источники права необходимо во первых помимо тематических рубрик ввести следующие разделы классификатора: а) вид источника права: нормативный акт, правовой обычай, юридический прецедент; б) орган, принявший нормативный акт; б) дата принятия нормативного акта; г) действующий измененный или отмененный нормативно-правовой акт; е) редакция нормативно-правового акта.

Таким образом, для того, чтобы успешно осуществить учет источников права необходимо во – первых, определить тематическую рубрику нормативно правового акта в соответствии с классификатором нормативно-правовых актов (первые девять знаков классификатора); во – вторых, орган, который принял данный нормативно правовой акт; в – третьих, дату принятия нормативно-правового акта, в четвертых, номер данного нормативно-правового акта; в – пятых, редакцию нормативно-правового акта; в шестых, статус нормативно-правового акта (действующий, недействующий, отмененный). Таким образом, можно сформулировать так называемый идентификационный номер источника права, который будет включать в себя: а) вид нормативно правового акта: 01 – Конституция; 02 – Федеральный конституционный закон; 04 – Федеральный закон; 05 –Акты палат Федерального собрания вместе с контрольным числом, обозначающим вид акта палат федерального собрания (1) – постановление Совета Федерации (2) – Постановление Государственной Думы; 06 – Указы Президента РФ; 07 – Постановление Правительства РФ; 08 – Приказы и распоряжения Федеральных Министерств и ведомств; 09 – постановления и определения Конституционного суда РФ; 11 – Конституция (устав) субъекта федерации; 12 – закон субъекта федерации; 13 – иные нормативные акты законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ; 14 – нормативные акты органов исполнительной власти субъектов РФ вместе с контрольным числом (обозначающим вид органа исполнительной власти субъекта федерации, и вид акта); 15 – решения конституционных (уставных судов) субъектов федерации; 21 – Устав муниципального образования; 22 – нормативные акты представительных органов местного самоуправления; 23 – нормативные акты исполнительных органов местного самоуправле-

ния; б) территория действия нормативно-правового акта обозначается по общероссийскому классификатору административно территориального деления, и который включает в себя 8 знаков, где 1-й, 2-й знаки – объекты первого уровня классификации: республики; края; области; города федерального значения; автономную область; автономный округ, входящий в состав Российской Федерации; 3, 4, 5-й знаки – объекты второго уровня классификации: – автономные округа, входящие в состав края или области; – районы республики, края, области, автономной области, автономного округа, входящего в состав Российской Федерации, внутригородские районы, округа города федерального значения; города республиканского, краевого, областного значения (подчинения); – поселки городского типа краевого, областного подчинения; 6, 7, 8-й знаки объекты третьего уровня классификации: внутригородские районы, округа города республиканского, краевого, областного значения (подчинения); (города районного значения (подчинения); – поселки городского типа районного подчинения; сельсоветы[1]. Если нормативно правовой акт действует на всей территории РФ, то восьмизначный код обозначается нулями; если акт действует на территории субъекта РФ, то соответственно все остальные 6 знаков обозначаются нулями и.т.д.; в) дата принятия – обозначается 8 знаками; д) номер принятия не более 8 знаков, отсутствующие знаки обозначаются нулями; е) предметная рубрика (по общероссийскому классификатору нормативных актов) обозначается 9 знаками; ж) статус документа – 01-действующий; 02 – не вступивший в силу; 03 – утративший силу; 04 – признанный незаконным; з) редакция документа 010Х оригинальный текст; 020Х– нормативный акт, вносящий изменения и дополнения в нормативный акт; 030Х – обновленная редакция документа

Таким образом, учетный номер нормативно- правового акта будет, по меньшей мере, выглядеть так Х1 Х2 Х3 Х4 Х6 Х7 Х8 Х9 Х10 Х11 Х12 Х13 Х14 Х15 Х16 Х17 Х18 Х19 Х20 Х21 Х22 Х23 Х24 Х25 Х26 Х27 Х28 Х29 Х30 Х31 Х32 Х33 Х34 Х35 Х36 Х37 Х38 Х39 Х40 Х41 где Х1 Х2 Х3 Х4 Х6 Х7 Х8 Х9 – тематическая рубрика по общероссийскому классификатору нормативно-правовых актов; Х10 Х11 Х12 – вид нормативно-правового акта; Х13 Х14 Х15 Х16

---

[1] Общероссийский классификатор объектов административно – территориального деления принятый и введенный в действие Постановлением Госстандарта России от 31 июня 1995 № 413 с последующими изменениями и дополнениями// СПС Консультант +

X17 X18 X19 X20 – код административно – территориального деления по общероссийскому классификатору административно – территориального деления в РФ; X21 X22 X23 X24 X25 X26 X27 X28 – дата принятия нормативно-правовых актов; X29 X30 X31 X32 X33 X34 X35 X36 – номер принятия данного нормативно правового акта – X37 X38 – статус документа; X39 X40 X41 – редакция документа. Подобного рода система учета нормативно правовых актов позволит сразу же выявлять акты, принятые с превышением полномочий. Предположим, что орган местного самоуправления некоего сельского совета решил принять акт, касающийся регламентации права собственности жителей данного сельсовета. Тогда в соответствии с предлагаемой методикой учетный номер данного нормативно-правового акта будет выглядеть так 030.090.020. 220. X20 X21 X22 X23 X240 X25 X26 X27 X28 X29 X30 X31 X32 X33 X34 X35 X36 X37 X38 X39 X40 X41. При регистрации данного нормативно-правового акта, представителям сельсовета скажут, что данный акт принят с превышением полномочий, поскольку после кода 030.090.020. не может идти код 22 а должен идти код 0400000000, иными словами регламентация частной собственности может осуществляться только федеральным законом. Таким образом, акты, принятые с превышением полномочий не попадут в государственную систему учета нормативных актов. Если принять положение о том, что акты, не включенные в систему государственного учета нормативно-правовых актов не подлежат применению и не могут вступать в законную силу, то тогда станет невозможным в принципе издание подобного рода актов, принимаемых с превышением полномочий, что, безусловно, позитивным образом скажется на состоянии законности в стране.

# Правовое регулирование деятельности общественных представительных (консультативных) молодежных органов в процессе формирования гражданского общества в зарубежных странах

**деятельность; общественный молодежный орган; формирование; гражданское общество; зарубежные страны**

***Р. Ф. Джиоев***
***аспирант Современной гуманитарной академии***

В большинстве зарубежных государств с демократической формой правления вопрос общественных представительных молодежных органов является важной проблемой национального конституционно – правового регулирования. Ему уделяют достаточное внимание, как в доктрине конституционного права многих зарубежных стран, так и в конституционном законодательстве этих стран.

Например, Страшун Б.А. отмечает: « В содержательном плане развитие прав и свобод в Великобритании вполне укладывается в русло тех общих тенденций, которые действуют повсеместно в мире. Свобода ассоциаций означает право образовывать любые объединения и вступать в них, исключая военизированные и фашистские объединения, а также допускающие для достижения своих целей насильственные методы[1]». «Основной закон Германии, провозглашает право каждого на свободное развитие своей личности, поскольку он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственный закон, а также право каждого на жизнь и физическую неприкосновенность[2]».

Орлов А.Г. выделяет: «В Испании признается право на объединение, но объединения, преследующие цели или использующие преступные средства, являются незаконными».

---

[1] *Страшун Б.А.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Бек, 1998.
[2] Там же.

Карлов Ю.Н. подчеркивает: «В итальянской доктрине конституционного права принцип равенства рассматривается в совокупности с принципом свободы. Граждане имеют право свободно, без особого разрешения объединяться в организации при условии, что цели таких организаций не запрещены отдельным лицам уголовным законом[1]».

Кроме того как указывалось, эта проблема по разному раскрывается в законодательстве зарубежных стран. Так в Конституции Литовской Республики сказано: «Гражданам гарантируется право на свободное объединение в общества, политические партии или ассоциации, если их цели и деятельность не противоречит Конституции и законам. Никто не может быть принужден принадлежать к какому – либо обществу, политической партии или ассоциации[2]». В Конституции Республики Казахстан говорится: «В Республике Казахстан признаются идеологическое и политическое многообразие. Не допускается слияние общественных и государственных институтов, создание в государственных органах организаций политических партий. Общественные объединения равны перед законом. Не допускается незаконное вмешательство государства в дела общественных объединений и общественных объединении в дела государства, возложение на общественные объединения функций государственных органов, государственное финансирование общественных объединении. Запрещается создание и деятельность общественных объединений, цели и или действия которых направлены на насильственное изменение конституционного строя, нарушение целостности Республики, подрыв безопасности государства, разжигание социальной, расовой, национальной, религиозной, сословной и родовой розни, а также создание непредусмотренных законодательством военизированных формирований[3]». Конституция Республики Македония предусматривает: «Гражданам гарантируется свобода объединении в целях осуществления и защиты их политических, экономических, культурных и других прав и убеждении. Граждане могут свободно основывать союзы и политические партии, вступать в них и выходить из них. Программы и деятельность союзов граждан

---

[1] *Карлов Ю.Н.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Норма-Инфра, 2000.
[2] Конституции Литовской Республики от 25 октября 1992 года. Ст. 35.
[3] Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 года. Ст. 5.

и политических партий не могут быть направлены на насильственное разрушение конституционного устройства Республики и содержать призывы или подстрекать к военной агрессии или разжиганию национальной, расовой, религиозной ненависти или нетерпимости. Запрещаются военные или полувоенные объединения, которые не входят в Вооруженные Силы Республики Македония[1]».

Конституция Мальтийской Республики оговаривает: «Никому не следует препятствовать в пользовании его свободой мирных собрании и объединения, то есть его правом мирно и свободно собираться и объединяться с другими лицами и в особенности создавать профессиональные и иные союзы или объединения для защиты его интересов и входить в состав таких союзов и объединений. Ничто, содержащееся в любом законе или сделанное в соответствии с ним, не должно считаться не совместимым с этой статьей или противоречить ей в той мере, в какой этот закон предписывает то, что разумно требуется: в интересах обороны, общественной (public) безопасности, общественного порядка, общественной нравственности и приличия или общественного здоровья, или в целях защиты прав и свобод других лиц, или что налагает ограничения на государственных служащих, за исключением того, насколько это предписание или, что также может иметь место, действие, совершенное на его основании, оказалось невозможно разумно обосновать в демократическом обществе. В целях этой статьи любое предписание, содержащееся в любом законе и запрещающее проводить митинги или демонстрации в одном или более городах, пригородах или деревнях, должно считаться таким, которое не может быть разумно обосновано в демократическом обществе[2]».

В Конституции Республики Молдовы проблема раскрывается следующим образом: «Граждане могут свободно объединяться в партии и другие общественно – политические организации, способствующие выявлению и выражению политической воли граждан и участвующие в выборах в соответствии с законом. Партии и другие общественно – политические организации равны перед законом. Государство обеспечивает соблюдение прав и законных интересов партий и других общественно – политических организаций. Партии и другие общественно – политические организации, цели и деятель-

---

[1] Конституции Республики Македония от 17 ноября 1991 года. Ст. 20.
[2] Конституции Мальтийской Республики 1964 года. Ст. 42.

ность которых направлены против политического плюрализма, принципов правового государства, суверенитета, независимости и территориальной целостности Республики Молдова, являются неконституционными. Тайные объединения запрещены. Запрещается деятельность партий, состоящих из иностранных граждан[1]».

Конституция Португальской Республики определяет: «Граждане имеют право свободно и без какого – либо разрешения учреждать объединения, если эти объединения не выступают за насилие и их цели не противоречат уголовному закону. Объединения свободны в достижении своих целей без вмешательства органов государственной власти и не могут быть распущены государством, а их деятельность не может быть приостановлена иначе как в случаях, предусмотренным законом, и на основании судебного решения. Никто не может быть принужден стать членом какого – либо объединения или оставаться его членом. Запрещаются вооруженные объединения равно как и объединения военного типа, военизированные или квазивоенные, а также организации, проповедующие фашистскую идеологию[2]. Свобода объединений включает право на создание и на членство в объединениях и политических партиях и демократическое соперничество при формировании народной воли и организации политической власти. Никто не может быть одновременно членом более чем одной партии или лишен какого – либо права на членство или выход из партии, которые учреждены законным образом. Политические партии не могут без ущерба их философским или идеологическим программным принципам использовать в своих названиях слова и выражения, имеющие прямое отношение к какой – либо религии или церкви, а также эмблемы, сходные с национальными и религиозными символами. Нельзя учреждать партии, которые по своему предназначению или своим программным целям имеют региональный характер или осуществляют деятельность на региональном уровне. Политические партии должны руководствоваться принципами открытости, демократического управления, организации и участия всех их членов[3]».

В Конституции Греции отмечено: «Греки имеют право создавать союзы и общества, не имеющие целью извлечение прибыли,

---

[1] Конституции Республики Молдова от 29 июля 1994 года. Ст. 41.
[2] Конституции Португальской Республики от 2 апреля 1976 года. Ст. 46.
[3] Конституции Португальской Республики от 2 апреля 1976 года. Ст. 51.

соблюдая при этом законы, которые, однако, никогда не могут обуславливать осуществление этого права предварительным получением разрешения. Общество не моет быть распущено за нарушение закона или существенного положения своего устава иначе как по решению суда. Положения предыдущего пункта применяются аналогичным образом и в отношении объединений людей, не являющихся обществами. Право государственных служащих объединиться в союзы может быть ограничено законом. Ограничение этого права может быть наложено и на служащих органов местного самоуправления, либо других юридических лиц публичного права, либо государственных предприятий[1]».

В Основном законе Федеративной Республики Германии вопрос раскрывается следующим образом: «Все немцы имеют право создавать союзы и общества. Объединения, цели и деятельность которых противоречит уголовным законам или направлены против конституционного строя или против идеи взаимопонимания народов, запрещаются. Право создавать объединения для охраны и улучшения условий труда и экономических условий гарантируется каждому и представителям всех профессий. Соглашения в целях ограничения этого права или затруднения его осуществления недействительны, а направленные на это меры противозаконны[2]».

Конституция Испании предусматривает решение вопроса следующим образом: «Признается право на объединение. Объединения, которые преследуют цели или применяют средства, классифицируемые законом как преступные, являются незаконными. Объединения, создаваемые на основании этой статьи, должны заносится в реестр с целью придания гласности их деятельности. Роспуск или приостановление деятельности объединении возможно только в силу мотивированного судебного решения. Запрещаются тайные и военизированные объединения[3]».

В Европейском союзе поддержке и развитию участия молодежи в построении Европы уделяется большое внимание.

Надо отметить, что молодежная политика в Европейском Союзе (ЕС) попадает под компетенции государств-членов и в каждом из них реализуется по-своему. Однако ЕС внес ряд инициатив по про-

---

[1] Конституции Греции от 11 июня 1975 года. Ст. 12.
[2] Основного закона Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 года.
[3] Конституции Испании от 29 декабря 1978 года. Ст. 22.

граммам и мероприятиям, направленным на развитие международного молодежного обмена, участие молодежи в процессе принятия решений, стимулирование активного участия молодых людей в жизни европейского сообщества. Таким образом, молодежь привлекается к интеграционному процессу.

Впервые задачи молодежной политики были сформулированы в Договоре о Европейском Сообществе в 1993 году.[1] Одной из основных задач Европейского сообщества стало развитие академической мобильности и международного молодежного обмена, а также привлечение молодежи к активному участию в жизни сообществ. На основе этих договорных обязательств реализуются специальные целевые программы.

Существуют различные формы участия молодежи в общественной жизни Европейского сообщества. Во многих странах созданы национальные молодежные советы, которые объединяют различные детские и юношеские организации и сотрудничают с органами государственной власти по вопросам молодежной политики. Также существуют молодежные парламенты при представительских органах власти. Ежегодно проводятся специальные форумы и конгрессы, посвященные актуальным проблемам общественной жизни.

Европейской Комиссией поддерживается специальный интернет-портал[2], который содержит информацию о государственных программах по вопросам молодежной политики, данные о молодежных ассоциациях, парламентах и советах, образовании и возможности трудоустройства в странах ЕС. Основная цель подобных медиа ресурсов – построение диалога с молодежью и привлечение молодых граждан Европы к активному участию в жизни сообщества.

Европейский Молодёжный Форум (ЕМФ) – независимая, демократическая, руководимая молодежью платформа, представляющая 99 Национальных Советов молодежи и международные молодежные неправительственные организации со всех концов Европы. Основная задача ЕМФ заключается в том, чтобы дать молодым людям возможность активно участвовать в обществе, улучшить их собственные жизни, представляя и защищая свои потребности и интересы, а также потребности и интересы организаций, принадлежащих молодежи во всех европейских учреждениях, в Совете Европы и в Организации Объединенных Наций.

---

[1] Договор о Европейском сообществе, 1993 г.
[2] http://www.europa.eu.int

Совет Европы – межправительственная организация, выступающая за демократию, права человека и правовые нормы[1]. Он состоит из 47 государств – членов со всех концов Европы. Совет Европы по делам молодежи и спорта является основным партнером молодежных организаций. Европейский Фонд молодежи также поддерживает молодых людей в их работе в области прав человека, демократии и культурного плюрализма. Эта организация разрабатывает руководящие принципы и юридические инструменты для развития последовательной и эффективной политики молодежи на локальных, национальных и европейских уровнях[2].

Уникальным в работе Молодёжного Форума Европы является то, что все программы и ориентация общей политики разрабатываются совместно. Это означает, что молодые люди- представители национальных организаций молодежи являются равноправными партнерами при принятии решений. Представители национальных молодежных парламентов коллективно выбирают большинство членов Консультативного Совета, который вместе с представителями правительств государств – членов, а также Европейским Комитетом по делам молодежи, формирует Объединенный Молодежный Совет. Объединенный Совет в свою очередь определяет приоритетные направления Совета Европы в области молодежной политики.

Совет Европы также сотрудничает с Европейской Комиссией на основе Соглашения по сотрудничеству молодежи Европы, и Европейский Молодежный Форум[3], таким образом, оказывается вовлечен в целый ряд программ Европейского Содружества.

Европейский Форум Молодежи также поддерживает контакты с Управлением Образования, с Парламентским Собранием Совета Европы, с Конгрессом Местных и Региональных Властей в Европе[4], и работает в плане развития отношений с кабинетом министров и Европейским Судом по правам человека. Образование имеет основополагающее значение для молодых людей, поскольку оно дает им возможность гарантировать их личное и профессиональное развитие, а также их активное участие во всех сферах общества, таким образом, расширяя круг их возможностей и внося свой вклад в предотвращение социального неравенства. Хотя общее представление об образо-

---

[1] Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, 1950.
[2] Европейская социальная хартия, 1996.
[3] Основополагающие принципы статуса неправительственных организаций, 2003.
[4] Пересмотренная европейская хартия об участии молодежи в общественной жизни, 2003.

вании имеет тенденцию сосредотачиваться на его формальном аспекте (школы и университеты), образование носит непрерывный характер и продолжается в течение всей жизни.

Люди учатся в течение жизни в разной окружающей среде, например, в собственной семье, благодаря СМИ, всевозможным организациям молодежи, и т.д. Европейский Молодежный Форум полагает, что политика образования должна рассматривать его в комплексе, признавая и поддерживая качественное систематическое образование, несистематическое образование (образование, имеющее место вне формальных учреждений, в альтернативных структурах, типа организаций молодежи) и неофициальное образование (ежедневное общение с друзьями, получаемое от СМИ, на рабочих местах и т.д).

Изучив деятельность общественных представительных (консультативных) молодежных органов и их правовое регулирование в зарубежных странах, можно сделать следующие выводы относительно использования зарубежного опыта в дальнейшем развитии и совершенствовании общественных представительных (консультативных) молодежных органов в России: 1 при принятии решении государственными органами затрагивающих интересы молодежи обязать министров интересоваться мнением ОПО, так как они непосредственно представляют молодежь. А для того чтобы эта мера была максимально действенна, нужно; 2 на законодательном уровне принять решение, чтобы в состав ОПО входили все слои общества, включая молодых людей от разнообразных этнических групп, и людей с физическими и умственными недостатками. Как это сделано в Англии; 3 в России много талантливой молодежи, но не всем удается найти своему таланту нужное и правильное применение. Для решения этой задачи государству необходимо привлекать ОПО. Через СМИ и другие источники доносит до молодых людей о существовании, деятельности и перспективах ОПО, заинтересовав их тем самым для участия в этих молодежных организациях; 4 для более эффективной и плодотворной работы наделить ОПО финансовой основой. Что, несомненно, скажется на качестве работы в лучшую сторону.

**Библиографический список:**

1. *Страшун Б.А.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Бек, 1998.

2. *Карлов Ю.Н.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Норма-Инфра, 2000.

# Понятие, назначение, сущность и виды административно-правовых режимов

**административно-правовой режим; понятие; назначение; сущность**

***Д. Н. Шурухнова***
***кандидат юридических наук, доцент Московского университета МВД России***

Деятельность органов государственной власти подчинена определенным правилам, регулирующим отношения этих органов с гражданами, организациями, другими органами власти. Совокупность этих правил находит свое закрепление в нормах права, образующих правовой режим. Общий режим деятельности органов государственной власти регулирует их повседневную деятельность. Однако, в отдельных ситуациях применение общих правил может оказаться неэффективным. В таких случаях следует использовать специальные административно-правовые режимы, предоставляющие возможность использовать систему специальных мер.[1]

Ученые по-разному определяют административно-правовые режимы. В одних случаях говорят о комплексе государственно-управленческих и административно-правовых мер, существенно отличающихся от тех, которые применяются органами государственной власти в нормальных (обычных) условиях функционирования. В других – об основанном на нормах административного права особом порядке функционирования его субъектов, направленном на преодоление негативных явлений в соответствующей сфере государственного управления [2]. Многие правовые режимы[3] законода-

---

[1] См.: *Маилян С.С.* Административно-правовые режимы в теории административного права и практике государственного управления правоохранительной деятельностью. М., 2002; *Измайлов Д.С.* Государственная служба как административно-правовой режим. М., 2006.

[2] Административное право: Учебник / Отв ред. Ю.М. Козлов. М., 2003.

[3] См.: *Матузов Н.И., Матько А.В.* Правовые режимы: вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 11–17; *Матько А. В., Родионов О.С.* Правовые режимы в российском законодательстве // Журнал российского права. 2001. № 9. С. 11–17; *Розанов И.С.* Административно-правовые режимы по законодательст-

тель определяет как комплексные, «особый правовой режим», «особый режим», «специальный режим охраны». Тем самым подчеркивается, что, во-первых, в формировании этих режимов принимают участие нормы нескольких отраслей права – конституционного, административного, международного, муниципального, финансового права, а во-вторых, эти режимы затрагивают различные по характеру права и обязанности субъектов режимного регулирования.

Основными признаками специального административно-правового режима являются: 1) сфера их применения – они устанавливаются в сфере деятельности публичной администрации, в связи с выполнением органами государственной власти и местного самоуправления своих обязанностей обеспечивать безопасность, охрану, защиту; 2) предписания, образующие режимы, как правило, состоят из запрещающих и обязывающих административно-правовых норм, ограничивающих общую правосубъектность физических и юридических лиц; 3) обязательными субъектами особых правовых режимов являются исполнительные органы публичной власти; 4) при регулировании правоотношений, возникающих между населением и публичной администрацией по поводу соблюдения режимных правил, применяются административно-правовой метод воздействия; 5) нарушение правил режима влечет за собой меры дисциплинарного и административного принуждения[1].

Специальные административно-правовые режимы устанавливаются там, где неэффективен обычный порядок реализации юридических средств, где требуется собрать правовой инструментарий в единый комплекс процессуальных форм, контрольно-надзорных функций, мер принуждения, действующих в определенном направлении предупреждения, охраны, защиты. Это достигается при помощи следующих средств: дополнительные запреты и обязывания, причем режим не просто ограничивает какое-либо поведение, а предусматривает превентивный контроль за исполнением этого требования; специальные административные меры, направленные на установление и поддержание режимных правил – государственная экспертиза, государственная регистрация; разрешительный спо-

---

ву Российской Федерации их назначение и структура // Государство и право. 1996. № 9. С. 84–91; *Хазанов С.Д.* Институт административно-правовых режимов в системе административного права // Институты административного права / Сб. научных трудов. М.,1999. С. 6–15.

[1] *Бахрах Д.Н.* Административное право. М.: Норма, 2002. С. 415.

соб или тип реализации прав и свобод, выполнение хозяйственной деятельности, предполагающий предварительное обращение с просьбой предоставить возможность осуществлять те или иные права. Такой порядок зачастую связан с должностным усмотрением лица, которое может отказать в выдаче разрешения, если посчитает это нецелесообразным; система контроля и надзора за выполнением режимных требований физическими и юридическими лицами, а также должностными лицами[1].

Классификация специальных административно-правовых режимов призвана помочь законодателю систематизировать имеющийся в распоряжении органов власти административно-правовой инструментарий, с тем, чтобы своевременно реагировать на возникновение различных нетипичных ситуаций, осуществлять адекватное и комплексное регулирование территорий и объектов, имеющих особый социальный статус.

В зависимости от подведомственности специальные административно-правовые режимы[2] могут быть: 1) федеральными, устанавливаемыми федеральными органами государственной власти; 2) региональными, определяемыми органами государственной власти субъектов федерации; 3) местными, устанавливаемыми органами местного самоуправления на территории муниципальных образований.

В зависимости от объекта-носителя выделяются: территориальные режимы – режим закрытого административно-территориального образования, военного положения, карантин, режим исключительной экономической зоны, континентального шельфа, лечебно-оздоровительных местностей; объектные режимы – режим объекта атомной энергетики, режим водохранилища, режим придорожных полос федеральных автомобильных дорог, режим ИВС, СИЗО, ИУ; режимы обращения с предметами, представляющими повышенную общественную опасность или имеющими важное государственное значение – режим оружия, наркотических, веществ, ядов, документов, содержащих государственную тайну, паспортный режим; функционально-деятельностные – режим дея-

---

[1] *Рушайло В.Б.* Административно-правовые режимы. М.: Щит, 2000. С. 42–43.

[2] См.: *Болтовский А.А.* Специальные административно-правовые режимы в системе административного права // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права / Сб. материалов международной научно-практической конференции. М., 2003. С. 61–66.

тельности органов МЧС РФ, противопожарный, таможенный, эвакуационные режимы, режим контртеррористической операции[1].

По предмету регулирования специальные административно-правовые режимы подразделяются на: природоохранные (заповедников, национальных и природных парков, лечебно-оздоровительных местностей и курортов); обеспечения государственной безопасности (государственной границы, защиты государственной тайны, военных объектов, порядка выезда из России и въезда в Россию); охраны общественного порядка (чрезвычайное положение).

По критерию юридических свойств режимы можно подразделить на: 1) ординарные; 2) экстраординарные[2].

Общей целью специальных административно-правовых режимов является обеспечение нормального функционирования органов государственной власти, местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, обеспечение прав и свобод человека и гражданина, охрана общественного порядка и обеспечение безопасности в особых условиях.

В процессе жизнедеятельности общества возможно возникновение экстраординарных, чрезвычайных ситуаций, которые требует введения специальных мер, направленных на обеспечение нормального функционирования государства. В этих ситуациях возникает необходимость введения чрезвычайного положения.

Чрезвычайное положение – это особый правовой режим деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления, организаций независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, их должностных лиц, общественных объединений, вводимый в соответствии с Конституцией Российской Федерации и Федеральным конституционным законом на всей тер-

---

[1] См.: *Мелехин А.В.* Основные черты правового режима, устанавливаемого в зоне проведения контртеррористической операции // Совершенствование практики участия органов внутренних дел и внутренних войск МВД России в урегулировании внутренних вооруженных конфликтов / Сборник тезисов семинара (16 октября 2002). М., 2003. С. 14–17.

[2] Их именуют как особые правовые режимы жизнедеятельности населения, осуществления хозяйственной и иной деятельности организаций, а также функционирования органов государственной власти и органов местного самоуправления на территории, где возникла угроза безопасности и которая признана зоной чрезвычайной ситуации, зоной вооруженного конфликта, зоной военных действий. См.: *Бахрах Д.Н.* Административное право России. М.: Норма, 2002. С. 416–418.

ритории Российской Федерации или в ее отдельных местностях. Режим чрезвычайного положения допускает установленные Федеральным конституционным законом отдельные ограничения прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, прав организаций и общественных объединений, а также возложение на них дополнительных обязанностей.

Правовой основой института чрезвычайного положения являются ст. 56, 88, 102 Конституции Российской Федерации, Федеральный конституционный закон «О чрезвычайном положении» от 30.05.2001[1]. Введение чрезвычайного положения является временной мерой, применяемой исключительно для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя Российской Федерации.

Целями введения чрезвычайного положения являются устранение обстоятельств, послуживших основанием для его введения, обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина, защиты конституционного строя Российской Федерации.

Федеральный конституционный закон «О чрезвычайном положении» устанавливает, что чрезвычайное положение вводится лишь при наличии обстоятельств, которые представляют собой непосредственную угрозу жизни и безопасности граждан или конституционному строю Российской Федерации и устранение которых невозможно без применения чрезвычайных мер. К таким обстоятельствам относятся: а) попытки насильственного изменения конституционного строя Российской Федерации, захвата или присвоения власти, вооруженный мятеж, массовые беспорядки, террористические акты, блокирование или захват особо важных объектов или отдельных местностей, подготовка и деятельность незаконных вооруженных формирований, межнациональные, межконфессиональные и региональные конфликты, сопровождающиеся насильственными действиями, создающие непосредственную угрозу жизни и безопасности граждан, нормальной деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления; б) чрезвычайные ситуации природного и техногенного характера, чрезвычайные экологические ситуации, в том числе эпидемии и эпизоотии, возникшие в результате аварий, опасных природных явлений, катастроф, стихийных и иных бедствий, повлекшие (могущие повлечь) челове-

---

[1] Федеральный конституционный закон «О чрезвычайном положении» от 30.05.01 (ред. от 07.03.2005) // Российская газета. 02.06.2001. № 105.

ческие жертвы, нанесение ущерба здоровью людей и окружающей природной среде, значительные материальные потери и нарушение условий жизнедеятельности населения и требующие проведения масштабных аварийно-спасательных и других неотложных работ.

Так, в связи с аномально высокой температурой воздуха 2 августа 2010г. Указом Президента РФ было объявлено чрезвычайное положение в Республике Марий Эл, Республике Мордовия, Владимирской, Воронежской, Московской, Нижегородской и Рязанской областях[1].

Чрезвычайное положение на всей территории Российской Федерации или в ее отдельных местностях вводится указом Президента Российской Федерации с незамедлительным сообщением об этом Совету Федерации Федерального Собрания Российской Федерации и Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации.

Срок действия чрезвычайного положения, вводимого на всей территории Российской Федерации, не может превышать 30 суток, а вводимого в ее отдельных местностях, – 60 суток.

В качестве основного элемента режима ЧП выступает система чрезвычайных мер и временных ограничений – совокупность норм и административно-организационных действий, осуществляемых органами власти в целях ограничения прав граждан и организаций, возложения на них дополнительных обязанностей. При этом ряд прав и свобод не подлежат ограничению согласно ст. 56 Конституции Российской Федерации и требованиям международно-правовых актов. Это право на жизнь, право на достоинство личности, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, свобода совести, свобода вероисповедания, право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, право на жилище, право на судебную защиту прав и свобод, на получение квалифицированной юридической помощи и другие (ст. ст. 20, 21, 23 (часть 1), 40 (часть 1), 46-54 Конституции РФ).

Все меры и временные ограничения, указанные в Федеральном конституционном законе «О чрезвычайном положении» в зависимости от оснований введения ЧП можно классифицировать на три

---

[1] См.: Указ Президента РФ от 02.08.2010 № 966 "Об объявлении чрезвычайной ситуации, связанной с обеспечением пожарной безопасности".

группы: меры и ограничения общего характера, которые могут применять независимо от оснований введения ЧП (ст. 11 ФКЗ «О чрезвычайном положении»); меры и ограничения, которые могут применять в дополнении к первой группе мер при наличии обстоятельств введения ЧП, которые указаны в п. «а» ст. 3 ФКЗ «О чрезвычайном положении» (попытки насильственного изменения конституционного строя Российской Федерации, захвата или присвоения власти, вооруженный мятеж, массовые беспорядки, террористические акты, межнациональные, межконфессиональные и региональные конфликты); меры и временные ограничения, которые могут применяться в дополнении к первой группе мер при наличии обстоятельств введения ЧП, указанных в п. «б» ст. 3 Федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении». Это: чрезвычайные ситуации природного и техногенного характера, чрезвычайные экологические ситуации, в том числе эпидемии и эпизоотии, возникшие в результате аварий, опасных природных явлений, катастроф, стихийных и иных бедствий.

1. Меры и временные ограничения, которые могут применяться независимо от оснований введения чрезвычайного положения. Они указаны в ст. 11 Федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении». К таким мерам относятся: а) полное или частичное приостановление на территории, на которой введено чрезвычайное положение, полномочий органов исполнительной власти субъекта (субъектов) Российской Федерации, а также органов местного самоуправления; б) установление ограничений на свободу передвижения по территории, на которой введено чрезвычайное положение, а также введение особого режима въезда на указанную территорию и выезда с нее; в) усиление охраны общественного порядка[1], объектов, подлежащих государственной охране, и объектов, обеспечивающих жизнедеятельность населения и функционирование транспорта; г) установление ограничений на осуществление отдельных видов финансово-экономической деятельности, включая перемещение товаров, услуг и финансовых средств и другие; д) запрещение или ограничение проведения собраний, митин-

[1] См.: *Шелковникова Е.Д.* Административно-правовой режим оружия и проблемы его законодательного регулирования // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права / Сб. материалов международной научно-практической конференции. М., 2003. С. 44–50.

гов и демонстраций, шествий и пикетирования, а также иных массовых мероприятий; запрещение забастовок; е) ограничение движения транспортных средств и осуществление их досмотра.

Ко второй группе мер и временных ограничений относятся меры и ограничения, указанные в ст. 12 закона. Это: а) введение комендантского часа; б) ограничение свободы печати и других средств массовой информации; в) приостановление деятельности политических партий и иных общественных объединений; г) проверка документов, удостоверяющих личность граждан, личный досмотр, досмотр их вещей, жилища и транспортных средств; д) продление срока содержания под стражей лиц, задержанных в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации по подозрению в совершении актов терроризма и других особо тяжких преступлений, на весь период действия чрезвычайного положения, но не более чем на три месяца и другие.

К третьей группе мер и временных ограничений относятся меры и ограничения, указанные в ст. 13 закона, а именно: а) временное отселение жителей в безопасные районы с обязательным предоставлением таким жителям стационарных или временных жилых помещений; б) введение карантина, проведение санитарно-противоэпидемических, ветеринарных и других мероприятий; в) привлечение государственного материального резерва, мобилизация ресурсов организаций независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, изменение режима их работы; г) отстранение от работы на период действия чрезвычайного положения руководителей государственных организаций и назначение других лиц временно исполняющими обязанности указанных руководителей; д) мобилизация трудоспособного населения и привлечение транспортных средств граждан для проведения указанных работ при обязательном соблюдении требований охраны труда.

Кроме того, на территории, на который введено ЧП в течение всего периода его действия не проводятся выборы и референдумы.

В качестве составного элемента режима выступают формы особого государственного управления. На территории, на которой введено ЧП, указом Президента РФ может вводиться особое управление этой территорией путем создания: а) временного специального органа управления территорией, на которой введено чрезвычайное положение; б) федерального органа управления территорией, на которой введено чрезвычайное положение.

Временному специальному органу управления территорией, на которой введено ЧП, могут быть переданы полностью или частично полномочия органов исполнительной власти субъекта РФ и органов местного самоуправления (ст. 24).

При введении особого управления территорией, на которой введено ЧП, путем создания федерального органа управления территорией, на которой введено ЧП, осуществление полномочий органов государственной власти субъекта РФ и органов местного самоуправления приостанавливается, а их функции возлагаются на данный федеральный орган (ст. 25).

Законодательной основой военного положения является Конституция РФ, Федеральный конституционный закон «О военном положении» от 30.01.2002 [1], Федеральный закон «Об обороне» от 31.05.96 [2], «О мобилизационной подготовке и мобилизации в РФ» от 26.02.97 [3], иные нормативные правовые акты.

Согласно ст. 87 Конституции Российской Федерации военное положение вводится Президентом в случае агрессии против России или угрозы такой агрессии, с незамедлительным сообщением об этом Совету Федерации и Государственной Думе.

Военное положение – это особый правовой режим, вводимый на территории Российской Федерации или в отдельных ее местностях в соответствии с Конституцией Российской Федерации Президентом Российской Федерации в случае агрессии против Российской Федерации или непосредственной угрозы агрессии.

Целью введения военного положения является создание условий для отражения или предотвращения агрессии против Российской Федерации.

Агрессией против Российской Федерации признается применение вооруженной силы иностранным государством (группой государств) против суверенитета, политической независимости и территориальной целостности Российской Федерации или каким-либо иным образом, несовместимым с Уставом ООН.

---

[1] Федеральный конституционный закон от 30.01.2002 № 1-ФКЗ «О военном положении» // СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 375.

[2] Федеральный закон от 31.05.1996 № 61-ФЗ (в ред. от 05.05.2010) «Об обороне» // Российская газета. 06.06.96. № 106.

[3] Федеральный закон от 26.02.97 № 31-ФЗ (в ред. от 09.03.2010) «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации» // Российская газета. 05.03.97. № 45.

Период действия военного положения начинается с даты и времени начала действия военного положения, которые устанавливаются указом Президента Российской Федерации о введении военного положения, и заканчивается датой и временем отмены (прекращения действия) военного положения.

В период действия военного положения в соответствии с Федеральным конституционным законом могут в той мере, в какой это необходимо для обеспечения обороны страны и безопасности государства, ограничиваться права и свободы граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства. А также деятельность организаций независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, права их должностных лиц. На граждан, организации и их должностных лиц могут возлагаться дополнительные обязанности.

Военное положение на территории Российской Федерации или в отдельных ее местностях вводится указом Президента Российской Федерации с немедленным сообщением об этом Совету Федерации и Государственной Думе.

Указ Президента Российской Федерации о введении военного положения подлежит незамедлительному обнародованию по каналам радио и телевидения, официальному опубликованию и передается на утверждение Совета Федерации, который обязан рассмотреть его в течение 48 часов.

В качестве основного элемента режима военного положения выступает система мер и временных ограничений, которые условно можно разделить на две группы мер применяемых: только на территории, на которой введено военное положение; как на территории, на которой введено военное положение, так и за их пределами.

К первой группе мер относятся меры, указанные в ст. 7 ФКЗ «О военном положении». На территории, на которой введено военное положение, в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации применяются меры по организации производства продукции (выполнения работ, оказания услуг) для государственных нужд. А также для обеспечения Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов, специальных формирований, создаваемых на военное время, и для нужд населения.

На основании указов Президента Российской Федерации на территории, на которой введено военное положение, применяются

следующие меры: 1) усиление охраны общественного порядка и обеспечения общественной безопасности, охраны военных, важных государственных и специальных объектов; 2) введение особого режима работы объектов, обеспечивающих функционирование транспорта, коммуникаций и связи, объектов энергетики; 3) эвакуация объектов хозяйственного, социального и культурного назначения, временное отселение жителей в безопасные районы; 4) введение и обеспечение особого режима въезда на территорию, на которой введено военное положение, и выезда с нее, а также ограничение свободы передвижения по ней; 5) приостановление деятельности ряда политических партий, других общественных объединений, религиозных объединений; 6) привлечение граждан в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, к выполнению работ для нужд обороны, ликвидации последствий применения противником оружия, восстановлению поврежденных (разрушенных) объектов экономики, систем жизнеобеспечения и военных объектов, а также к участию в борьбе с пожарами, эпидемиями и эпизоотиями; 7) изъятие в соответствии с федеральными законами необходимого для нужд обороны имущества у организаций и граждан с последующей выплатой государством стоимости изъятого имущества; 8) запрещение или ограничение выбора места пребывания либо места жительства; 9) запрещение или ограничение проведения собраний, митингов и демонстраций, шествий и пикетирования, а также иных массовых мероприятий; 10) запрещение нахождения граждан на улицах и в иных общественных местах в определенное время суток, задержание граждан на срок до 30 суток и задержание транспортных средств и ряд других мер.

На территории, на которой введено военное положение, референдумы и выборы в органы государственной власти и органы местного самоуправления не проводятся.

Ко второй группе мер относятся меры, которые могут применяться как на территории, на которой введено военное положение, так и за ее пределами. Эти меры вводятся в целях производства продукции (выполнения работ, оказания услуг) для государственных нужд и для нужд населения. К таким мерам относятся введения временных ограничений на осуществление экономической и финансовой деятельности, оборот имущества, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации. Временное измене-

ние форм собственности организаций, порядок и условия процедур банкротства, режим трудовой деятельности и установление особенности финансового, налогового, таможенного и банковского регулирования как на территории, на которой введено военное положение, так и на территориях, на которых военное положение не введено.

Для обеспечения режима военного положения в порядке, установленном нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, могут быть привлечены Вооруженные Силы Российской Федерации, другие войска, воинские формирования и органы (ст. 9).

В период введения военного положения устанавливаются особые полномочия органов государственной власти.

Президент Российской Федерации: 1) осуществляет управление режимом военного положения; 2) обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной; 3) контролирует применение и устанавливает меры по обеспечению режима военного положения; 4) определяет задачи и намечает порядок привлечения Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов для обеспечения режима военного положения; 5) приостанавливает деятельность политических партий, других общественных объединений, религиозных объединений и другие.

Совет Федерации рассматривает принятые Государственной Думой законы по вопросам обеспечения режима военного положения, прекращения или приостановления действия международных договоров.

Государственная Дума: принимает федеральные законы по вопросам обеспечения режима военного положения, прекращения или приостановления действия международных договоров Российской Федерации с иностранным государством.

Правительство Российской Федерации: 1) руководит деятельностью федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и организаций по обеспечению режима военного положения; 2) организует разработку и обеспечивает применение мер, направленных на производство продукции (выполнение работ, оказание услуг) для государственных нужд и для нужд населения; 3) организует работу по обеспечению потребностей государства в период действия военного положения материально-техническими, трудовыми и другими ресур-

сами, организует разработку военно-хозяйственного плана; 4) утверждает положения о федеральных органах исполнительной власти, руководство которыми оно осуществляет.

Для обеспечения режима военного положения федеральные органы исполнительной власти в пределах их компетенции: 1) организуют производство продукции (выполнение работ, оказание услуг) для государственных нужд и для нужд населения; 2) ведают снабжением (при необходимости нормированным) населения продовольственными и непродовольственными товарами, обеспечивают медицинское обслуживание; 3) регулируют деятельность организаций промышленности, торговли, общественного питания, бытового обслуживания и коммунального хозяйства.

Для реализации указанных мер, федеральными органами исполнительной власти на основании указов Президента Российской Федерации осуществляются следующие полномочия: 1) обеспечение охраны общественного порядка и общественной безопасности, охраны военных, важных государственных и специальных объектов; 2) организация эвакуации объектов хозяйственного, социального и культурного назначения, а также временного отселения жителей в безопасные районы; 3) введение и обеспечение особого режима въезда на территорию, на которой введено военное положение, и выезда с этой территории, а также ограничение свободы передвижения по ней; 4) организация привлечения граждан к выполнению работ для нужд обороны, ликвидации последствий применения противником оружия, а также к участию в борьбе с пожарами, эпидемиями и эпизоотиями; 5) изъятие в соответствии с федеральными законами транспортных средств и другого необходимого для нужд обороны имущества у организаций и граждан с последующей выплатой государством стоимости изъятого имущества; 6) установление запретов или ограничений на выбор места пребывания либо места жительства на территории, на которой введено военное положение; 7) установление ограничения движения транспортных средств и порядка осуществления их досмотра; 8) установление запрета на нахождение граждан на улицах и в иных общественных местах в определенное время суток и т.д.

Специальным административно-правовым режимом является режим государственной границы. Он включает в себя правила: содержания государственной границы; пересечения государственной границы лицами и транспортными средствами; перемещения через

государственную границу грузов, товаров и животных; пропуска через государственную границу лиц, транспортных средств, грузов, товаров и животных; ведения на государственной границе либо вблизи нее на территории Российской Федерации хозяйственной, промысловой и иной деятельности; разрешения с иностранными государствами инцидентов, связанных с нарушением указанных правил. Режим Государственной границы устанавливается Законом «О Государственной границе Российской Федерации»[1], другими федеральными законами, международными договорами Российской Федерации.

Правилами содержания государственной границы регулируется порядок установки, сохранения и поддержания в исправном состоянии пограничных знаков, их контрольных осмотров, оборудования и содержания пограничных просек, проведения совместных с сопредельным государством проверок прохождения государственной границы.

Пересечение государственной границы на суше лицами и транспортными средствами осуществляется на путях международного железнодорожного, автомобильного сообщения либо в иных местах, определяемых международными договорами Российской Федерации или решениями Правительства Российской Федерации. Этими актами может определяться время пересечения государственной границы, устанавливается порядок следования от государственной границы до пунктов пропуска через государственную границу и в обратном направлении; при этом не допускается высадка людей, выгрузка грузов, товаров, животных и прием их на транспортные средства.

Под пунктом пропуска через государственную границу понимается территория в пределах железнодорожного, автомобильного вокзала, станции, морского, речного порта, аэропорта, аэродрома, открытого для международных сообщений (международных полетов), а также иное, специально оборудованное место, где осуществляются пограничный, а при необходимости и другие виды контроля и пропуск через государственную границу лиц, транспортных средств, грузов, товаров и животных. Воздушные суда пересекают государственную границу по специально выделенным воздушным коридорам пролета с соблюдением правил, устанавливаемых Правительством Российской Федерации и публикуемых в документах аэронавигационной информации. Перемещение через государственную границу грузов, товаров и животных производится в местах

---

[1] Закон РФ от 01.04.1993 № 4730-1 (в ред. 31.05.2010) «О Государственной границе Российской Федерации».

и в порядке, установленных международными договорами Российской Федерации, законодательством Российской Федерации, решениями Правительства Российской Федерации.

Пропуск через государственную границу лиц, транспортных средств, грузов, товаров и животных производится в установленных пунктах пропуска через государственную границу и заключается в признании законности пересечения государственной границы лицами, транспортными средствами.

Основанием для пропуска через государственную границу лиц, транспортных средств, грузов, товаров и животных является наличие действительных документов на право въезда лиц в Российскую Федерацию или выезда их из Российской Федерации, документов на транспортные средства, грузы, товары и животных.

Пропуск лиц, транспортных средств, грузов, товаров и животных через государственную границу включает осуществление пограничного контроля, таможенного контроля, а также осуществление санитарно-карантинного, ветеринарного, карантинного, фитосанитарного, транспортного контроля и контроля над исполнением владельцами транспортных средств установленной обязанности по страхованию своей гражданской ответственности[1].

Пункты[2] пропуска через государственную границу устанавливаются международными договорами Российской Федерации[3] или Правительством Российской Федерации по представлениям федеральных органов исполнительной власти, субъектов Российской Федерации, согласованным с пограничными органами и другими заинтересованными федеральными органами исполнительной власти, с учетом интересов сопредельных и других иностранных государств.

---

[1] Постановление Правительства РФ от 16.02.2008 № 94 «О видах контроля, осуществляемых в пунктах пропуска через Государственную границу Российской Федерации».

[2] В соответствии с общей концепцией административной реформы, контроль в пунктах пропуска должен обеспечивать: а) минимизацию времени его проведения; б) исключение дублирующих функций и действий; в) сокращение количества взаимодействий должностных лиц государственных контролирующих органов с контролируемыми лицами, транспортными средствами, грузами, товарами и животными, в том числе за счет реализации принципа «одного окна». См.: Постановление Правительства РФ от 20.11.2008 № 872 «Об утверждении Правил осуществления контроля в пунктах пропуска через государственную границу Российской Федерации».

[3] Соглашение между Правительством РФ и Правительством Украины от 08.02.1995 (ред. от 22.12.2006) «О пунктах пропуска через государственную границу между Российской Федерацией и Украиной».

Лица, воздушные суда, российские и иностранные морские, речные суда и военные корабли, другие транспортные средства, пересекшие государственную границу в нарушение правил, установленных российским законодательством, признаются нарушителями государственной границы. Иностранные граждане и лица без гражданства, не имеющие статуса лиц, проживающих или пребывающих на территории Российской Федерации, пересекшие государственную границу с территории иностранного государства, при наличии в их действиях признаков преступления или административного правонарушения привлекаются к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации[1].

Особый статус отдельных частей государственной территории определяется не только наличием внутренних социальных или иных политических конфликтов либо внешней агрессии. Такой статус иногда формируется в связи с потребностями в обеспечении обороноспособности, пограничного режима, безопасности для определенного экономического развития территории. В СССР это привело к появлению целой системы закрытых городов и районов, которая после 1991 года трансформировалась в Российской Федерации в сеть закрытых административно-территориальных образований[2].

Министерство внутренних дел и его территориальные органы совместно с Федеральной службой безопасности, Министерство обороны принимают непосредственное участие в осуществлении правового режима закрытых административно-территориальных образований. Формирование такого режима объясняется наличием на данных территориях объектов военного, научного и иного социального назначения. В пределах закрытого административно-территориального образования, а также на специально отведенных прилегающих к нему территориях устанавливаются соответствующие режимы, основной целью которых является обеспечение необходимой общественной безопасности[3].

---

[1] Например, ст. 18.1 КоАП устанавливает административную ответственность за нарушение режима Государственной границы Российской Федерации, ст. 18.4 – за нарушение режима в пунктах пропуска через Государственную границу Российской Федерации.

[2] Более подробно см.: *Попова Н.Н.* Административно-правовые режимы особых территорий в Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

[3] *Рушайло В.Б.* Административно-правовые режимы. М., 2000. С. 237.

Основным нормативно-правовым актом, определяющим правовое положение закрытого административно-территориального образования является Закон Российской Федерации от 14.07.1992 № 3297-1 «О закрытом административно-территориальном образовании».

Закрытым административно – территориальным образованием признается имеющее органы местного самоуправления территориальное образование, в пределах которого расположены промышленные предприятия по разработке, изготовлению, хранению и утилизации оружия массового поражения, переработке радиоактивных и других материалов, военные и иные объекты, для которых устанавливается особый режим безопасного функционирования и охраны государственной тайны, включающий специальные условия проживания граждан.

Территория и границы закрытого административно – территориального образования определяются исходя из особого режима безопасного функционирования предприятий и (или) объектов, а также с учетом потребностей развития населенных пунктов.

К закрытым административно-территориальным образованиям относятся Железногорск Красноярского края, Мирный Архангельской области, Краснознаменск, Восход, Молодежный, Власиха, Звездный городок Московской области [1]. Всего ЗАТО расположены в 22 субъектах Российской Федерации.

Положение о режимах конкретных закрытых административно-территориальных образований утверждается Правительством РФ[2].

Закрытое административно-территориальное образование находится в ведении федеральных органов государственной власти по вопросам: установления административной подчиненности, границ указанного образования и земель, отводимых предприятиям и (или) объектам; определения полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации в отношении указанного об-

---

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 05.07.2001 № 508 (ред. от 16.07.2009) «Об утверждении перечня закрытых административно-территориальных образований и расположенных на их территориях населенных пунктов» // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3019.

[2] См.: Постановление Правительства РФ от 26.06.1998 № 655 (в ред. от 23.12.2009) «Об утверждении Положения об обеспечении особого режима в закрытых административно-территориальных образованиях, на территории которых расположены объекты Министерства Обороны РФ»// СЗ РФ. 1998. № 27. Ст. 3180.

разования; медико-санитарного обеспечения в соответствии с законодательством Российской Федерации об охране здоровья граждан населения закрытых административно-территориальных образований; выдачи разрешений на строительство на земельных участках, занимаемых охраняемых предприятиями и (или) объектами; обеспечения особого режима безопасного функционирования предприятий и (или) объектов, включающего специальные условия проживания граждан, охраны общественного порядка, и обеспечения пожарной безопасности.

В статье 2 Закона указано, что решение о создании (об упразднении) закрытого административно-территориального образования принимается Президентом Российской Федерации, по предложению Правительства.

Особый режим безопасного функционирования предприятий и (или) объектов в закрытом административно-территориальном образовании включает: установление контролируемых и (или) запретных зон по границе и (или) в пределах указанного образования; ограничения на въезд и (или) постоянное проживание граждан на его территории; ограничения на полеты летательных аппаратов над его территорией; ограничения на право ведения хозяйственной и предпринимательской деятельности, владения, пользования и распоряжения землей, природными ресурсами, недвижимым имуществом, вытекающие из ограничений на въезд и (или) постоянное проживание; ограничения на создание и деятельность на его территории организаций, учредителями которых являются иностранные граждане, лица без гражданства, иностранные некоммерческие неправительственные организации, отделения иностранных некоммерческих неправительственных организаций, организации с иностранными инвестициями.

Органы местного самоуправления закрытого административно-территориального образования: координируют деятельность предприятий и (или) объектов, подразделений охраны, милиции, гражданской обороны и иных служб при угрозе возникновения чрезвычайных ситуаций; разрабатывают схемы оповещения и эвакуации населения в случаях аварий на предприятиях и (или) объектах либо при их угрозе; по согласованию с органами федеральной службы безопасности имеют право давать разрешение на въезд граждан в закрытое административно-территориальное образование и выезд из него, за исключением режимных территорий предприятий и (или)

объектов, находящихся в границах внутренних контролируемых и (или) запретных зон; осуществляют контроль за санитарно-эпидемиологическим, радиационным и экологическим состоянием территорий закрытого административно-территориального образования, за исключением режимных территорий предприятий и (или) объектов, находящихся в границах внутренних контролируемых и (или) запретных зон, которые подлежат ведению уполномоченных на то государственных контрольных и надзорных органов.

Закон определяет социальные гарантии и компенсации гражданам, проживающим или работающим в закрытом административно-территориальном образовании[1].

Одним из административно-правовых режимов является паспортный режим. Паспортный режим[2] это установленный порядок функционирования органов государственной власти (преимущественно органов внутренних дел) по выдаче гражданам паспортов (видов на жительство) и регистрационному учету граждан по месту пребывания и по месту жительства.

Правовой основой паспортного режима являются Конституция РФ, Федеральный закон «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» [3], «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» [4], «О гражданстве Российской Федерации»[5], Указ Президента РФ «Об основном документе, удостоверяющем личность гражданина Российской Федерации на территории Российской Федерации», утвержденное пра-

---

[1] Постановление Совета Министров – Правительства РФ от 15.11.1993 «О мерах по социальной защите населения, проживающего и работающего в закрытом административно-территориальном образовании» (в ред. от 11.01.2001) // САПП РФ. 1993. № 47. Ст. 4535.

[2] *Арестов А.И., Иванов Л.В., Шеметов М.Н.* Административно- правовой механизм паспортно-регистрационного и миграционного учета // *Костенников М.В., Куракин А.В.* Актуальные проблемы науки административного права. Том. 2. М., 2011. С. 362–428.

[3] Закон РФ от 25.06.1993 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах РФ» // Российская газета. № 152. 10 августа 1993 года.

[4] Федеральный закон от 15.08.1996 № 114-ФЗ (в ред. от 23.07.2010) «О порядке выезда из РФ и въезда РФ» // Российская газета. № 159. 22 августа 1996 года.

[5] Федеральный закон от 31.05.2002 № 62-ФЗ (в ред. от 28.06.2009) « О гражданстве Российской Федерации» // Российская газета. 5 июня 2002. № 100.

вительством «Положение о паспорте гражданина Российской Федерации»[1] и ряд других нормативно-правовых актов.

Среди многочисленных документов, которые имеют российские граждане, особую роль играет паспорт. Он является основным документом, удостоверяющим личность. В соответствии с положением о паспорте гражданина Российской Федерации его обязаны иметь все россияне, достигшие 14-летнего возраста и проживающие на территории России.

В паспорте содержатся такие сведения о личности как, фамилия, имя, отчество, пол, дата и место рождения. Кроме того, в паспорте производятся обязательные отметки и записи о регистрации гражданина по мету жительства и снятии его с регистрационного учета, об отношении к воинской обязанности, о регистрации и расторжении брака, о детях, не достигших 14-летнего возраста, о ранее выданных основных документах, удостоверяющих личность гражданина РФ на территории РФ, о выдаче основного документа, удостоверяющего личность гражданина России за ее пределами.

Выдавать, заменять паспорта, регистрировать граждан по месту жительства и месту временного пребывания, снимать их с учета, осуществлять контроль над соблюдением паспортного режима обязаны территориальные органы Федеральной миграционной службы.

По желанию гражданина в паспорт также производятся отметки о группе крови и резусе-факторе, об идентификационном номере налогоплательщика.

Срок действия паспорта органичен: от 14 лет – до 20-летнего возраста; от 20 лет – до достижения 45-летнего возраста; от 45 лет – бессрочно. По достижении гражданином 20-летнего и 45-летнего возраста паспорт подлежит замене.

На граждан России паспортный режим возлагает две главные обязанности: иметь паспорт и соблюдать правила регистрационного учета. Обязанность иметь паспорт означает обязанность получить паспорт, заменить его, хранить, сдавать. В случае невыполнения этих обязанностей предусмотрена административная ответственность за проживание без паспорта, нарушение сроков его замены, утрату его по небрежности, незаконное его изъятие.

---

[1] Постановление Правительства РФ от 08.07.1997 № 828 (в ред. от 12.08.2010) «Об утверждении Положения о паспорте гражданина РФ, образца бланка и описание паспорта гражданина РФ» // Российская газета. № 135. 16 июля 1997 года.

По общему правилу паспорт выдается по месту жительства гражданина, а в исключительных случаях – по месту пребывания.

Второй обязанностью для граждан является обязанность соблюдать правила регистрационного учета. Это включает в себя обязанность регистрироваться по месту жительства, регистрироваться по месту временного пребывания, не допускать проживание на занимаемых жилых помещениях граждан РФ без паспорта, без регистрации, принимать меры для своевременной регистрации приглашенных иностранных граждан и лиц без гражданства (ст., ст. 19.15-19.18 КоАП РФ).

Режим секретности. Правовой основой режима секретности являются Конституция, законы РФ «О безопасности», «О государственной тайне» от 21.07.93 [1], а также ряд подзаконных нормативно-правовых актов.

Режим секретности – это специальный административно-правовой режим, созданный для обеспечения государственной тайны.

Режим секретности является постоянным, общегосударственным. Его требования обязательны для исполнения на территории РФ и за ее пределами органами власти, местного самоуправления, предприятиями и организациями, должностными лицами и гражданами, взявшими на себя обязательства либо обязанными по своему статусу исполнять требования законодательства о государственной тайне.

Главные элементы режима секретности: правила засекречивания, защиты государственной тайны, рассекречивания.

Отнесены к государственной тайне и засекречены могут быть названные в законе сведения в военной области, о внешней политике, экономике, научно-исследовательских и проектных работах, технологиях, имеющих важное оборонное или экономическое значение, о разведывательной, контрразведывательной, оперативно-розыскной деятельности.

Установлены три степени секретности и соответствующие им грифы, проставляемые на самом носителе и (или) в сопроводительных документах на него: «особой важности», «совершенно секретно» и «секретно».

К сведениям особой важности следует относить сведения в области военной, внешнеполитической, экономической, научно-технической, разведывательной, контрразведывательной и опера-

---

[1] Закон РФ от 21.07.93 № 4730-1 (в ред. от 31.05.2010) «О государственной тайне» // Постановление Верховного Совета РФ. 1993. № 5486-1.

тивно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб интересам Российской Федерации в одной или нескольких из перечисленных областей.

К совершенно секретным сведениям следует относить сведения в области военной, внешнеполитической, экономической, научно-технической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб интересам министерства (ведомства) или отрасли экономики Российской Федерации в одной или нескольких из перечисленных областей.

К секретным сведениям следует относить все иные сведения из числа сведений, составляющих государственную тайну. Ущербом безопасности Российской Федерации в этом случае считается ущерб, нанесенный интересам предприятия, учреждения или организации в военной, внешнеполитической, экономической, научно-технической, разведывательной, контрразведывательной или оперативно-розыскной области деятельности[1].

Защита государственной тайны предполагает создание ведомств, структурных единиц, которые постоянно и профессионально занимаются ее защитой. К таким ведомствам относятся Межведомственная комиссия по защите государственной тайны, Федеральная служба безопасности, Федеральное агентство правительственной вязи и информации, служба фельдъегерской связи, Служба внешней разведки и другие органы.

Режим секретности предполагает допуск к сведениям, составляющим государственную тайну.

Допуск к государственной тайне – это процедура оформления права граждан на доступ к сведеньям, составляющим государственную тайну, а предприятий, учреждений и организаций – на проведения работ с использованием таких сведений.

Допуск должностных лиц и граждан России к государственной тайне производится в порядке разрешительного производства. Заинтересованные лица подают заявления в компетентные органы, прилагая необходимые документы. С учетом результатов проверочных мероприятий принимается решение о допуске или об отказе в нем.

---

[1] Постановление Правительства РФ от 04.09.1995 № 870 «Об утверждении Правил отнесения сведений, составляющих государственную тайну, к различным степеням секретности».

Допуск связан с обязательствами по нераспространению сведений, составляющих государственную тайну, с согласием на проведение в отношении лица полномочными органами проверочных мероприятий. Допуск связан с согласием лица на частичное, временное ограничение права на выезд за границу. Рассекречивание сведений и их носителей – снятие ранее введенных ограничений на распространение информации и на доступ к ее носителям. По общему правилу срок засекречивания не должен превышать тридцать лет, и носители государственной тайны рассекречиваются не позднее сроков, установленных при их засекречивании.

Сведения об оперативно-розыскной, разведывательной деятельности никогда не должны быть рассекречены[1].

Режим допуска можно рассматривать в более широком смысле, так как он предполагает доступ не только к государственной информации, но и наркотическим средствам и психотропным веществам, к осуществлению отдельных видов деятельности (например, международных автомобильных перевозок[2], медицинской и фармацевтической деятельности[3]).

Так, например, допуск лиц к работе с наркотическими средствами и психотропными веществами предусматривает ознакомление этих лиц с законодательством РФ о наркотических средствах и психотропных веществах, а также включение в трудовой договор (контракт) взаимных обязательств администрации организации и лица, связанных с оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Не допускаются к работе с наркотическими средствами и психотропными веществами лица, не достигшие 18-летнего возраста, имеющие непогашенную или неснятую судимость за преступления, лица, которым предъявлено обвинение в совершении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, больные наркоманией, токсикоманией и хроническим алкоголизмом.

---

[1] *Бахрах Д.Н.* Административное право России. М., 2002. С. 321–328.

[2] Постановление Правительства РФ от 16.10.2001 № 730 (ред. от 03.10.2002) «Об утверждении положения о допуске российских перевозчиков к осуществлению международных автомобильных перевозок» // СЗ РФ. 2001. № 43. Ст. 4109.

[3] Постановление Правительства РФ от 07.02.1995 № 119 (ред. от 01.02.2005) «О порядке допуска к медицинской и фармацевтический деятельности в РФ лиц, получивших медицинскую и фармацевтическую подготовку в иностранных государствах» // СЗ РФ. 1995. № 7. Ст. 548.

Необходимость введения специальных административно-правовых режимов возникает в особых условиях, когда органы государственной власти и местного самоуправления не способны обеспечить общественный порядок и безопасность. Эффективность функционирования режимов связана с достижением целей, определенных для каждого из режимов. Так, например, в рамках режима секретности, его эффективность зависит от того, насколько обеспечены защитой сведенья, составляющие государственную тайну. В рамках режима чрезвычайного положения, введенного в результате стихийного бедствия, например, наводнения, эффективность функционирования режима зависит от того, в какие сроки, с использованием какие сил и средств удалось ликвидировать последствия стихийного бедствия, удалось ли предотвратить возникновение новых угроз.

Эффективность осуществления СПАР зависит от того: какие меры, ограничения, предписания применяются в рамках режима, насколько они оправданы и необходимы. Для САПР характерны обязывающие и запрещающие предписания, происходит ограничение прав и свобод человека и гражданина, однако ряд прав и свобод не могут быть ограничены; слаженного совместного функционирования различных органов государственной власти и местного самоуправления. В этой связи нередко возникает необходимость в создании единого, координирующего органа; своевременности введения режима (речь идет о «срочных» режимах, функционирующих в определенном временном промежутке).

**Библиографический список:**

1. *Маилян С.С.* Административно-правовые режимы в теории административного права и практике государственного управления правоохранительной деятельностью. М., 2002

2. *Измайлов Д.С.* Государственная служба как административно-правовой режим. М., 2006.

3. Административное право: Учебник / Отв ред. Ю.М. Козлов. М., 2003.

4. *Матузов Н.И., Матько А.В.* Правовые режимы: вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1.

5. *Матько А. В., Родионов О.С.* Правовые режимы в российском законодательстве // Журнал российского права. 2001. № 9.

6. *Хазанов С.Д.* Институт административно-правовых режимов в системе административного права // Институты административного права / Сб. научных трудов. М.,1999.

7. *Бахрах Д.Н.* Административное право. М.: Норма, 2002.

# Деятельность органов образования по предупреждению административных правонарушений несовершеннолетних: законодательство и практика

**система профилактики правонарушений несовершеннолетних; органы образования; учебно-воспитательные учреждения закрытого типа; административные правонарушения несовершеннолетних; социальный педагог; внутришкольный учет**

***А. А. Беженцев***

***кандидат юридических наук, доцент кафедры административной деятельности органов внутренних дел Санкт-Петербургского университета МВД России, капитан милиции***

В ежегодном послании Президента Российской Федерации Федеральному собранию Российской Федерации 2010 года Д.А. Медведев отметил, что «Забота о будущих поколениях – это самые надежные, умные и благородные инвестиции. Общество, в котором на деле защищают права ребенка и уважают его личное достоинство, не только добрее и человечнее, это общество быстрее и лучше развивается, имеет благоприятную, предсказуемую перспективу». По его словам нам жизненно необходима эффективная государственная политика в области детства. Политика современная, политика, которая отвечает интересам национального развития. И именно поэтому в послании 2010 года этой теме уделено самое главное внимание. Однако прошловековые изменения общественного устройства в нашей стране привнесли определенные негативные последствия для отдельных категорий населения, в частности были разрушены основы прежней системы воспитания и образования молодого поколения, ухудшилось положение детей и существенно снизились возможности семьи, государства по их качественному жизнеобеспечению и развитию. Это привело, в том числе, к отторжению детей из неблагополучных семей, резкому увеличению количества подростков, лишенных возможности получить необходимое материаль-

ное содержание, воспитание и образование. Результатом этого стали безнадзорность и девиантное поведение несовершеннолетних.

К сегодняшнему дню требуется более детально исследовать источники и причины, которые обусловливают административные и иные правонарушения не достигших совершеннолетия лиц, и на данной основе построить такую систему профилактической работы, которая в будущем обеспечит последовательное сокращение правонарушений и преступлений несовершеннолетних лиц. Перспективным направлением в системе превенции правонарушений является комплексная разработка проблем ранней профилактики правонарушений несовершеннолетних. Данная деятельность должна аккумулировать привлечение к ранней превентивной работе семьи и ближайшего окружения тех несовершеннолетних, которые склонны к асоциальным проявлениям. Как показывает практика, примерно половину времени подросток проводит в стенах образовательных учреждений неполного среднего образования, и именно там зачастую формируются его противоправные взгляды, а в последующем и совершаются правонарушения.

Особое внимание на несовершеннолетних, склонных к девиантным проявлениям необходимо уделять служащим органов управления образования и работникам учреждений образования, так как именно они, наряду с родителями наибольшее количество времени общаются с подростками, в динамике наблюдают их взросление, имеют возможность непосредственно отследить тенденции отрицательного влияния на подростков, выявляют асоциальные поступки несовершеннолетних и в целом вносят крайне существенный вклад в воспитание подрастающего поколения.

Достаточно четко прошловековую ситуацию в системе образования обрисовала Н.И. Крюкова, отметив, что диверсификация типов общеобразовательных школ, их коммерциализация усилили социальное расслоение, внесли элемент социальной напряженности в среду подрастающего поколения, увеличили социальную конфликтность и усилили стимулы асоциальной, противоправной мотивации поведения детей и подростков[1]. Однако за последнее десятилетие, ситуация постепенно меняется в лучшую сторону.

К настоящему моменту на уровне управленческого звена системы образования России – органов управления образованием субъек-

---

[1] *Крюкова Н.И.* Преступность несовершеннолетних в России, ее причины и пути преодоления: Дис. … д-ра юрид. наук. М., 1997.

тов Российской Федерации, ведется общая профилактическая работа в отношении правонарушений несовершеннолетних. Так, на основе анализа ситуации в области безнадзорности, административных и других правонарушений несовершеннолетних осуществляется деятельность по развитию в регионах сети специальных учебно-воспитательных учреждений закрытого и открытого типа[1], кадетских школ и кадетских школ-интернатов, образовательных учреждений для детей, нуждающихся в психолого-педагогической и медико-социальной помощи, других образовательных учреждений для несовершеннолетних с проблемами в развитии, обучении, поведении и социальной адаптации в обществе.

Деятельность по профилактике правонарушении не достигших совершеннолетия лиц непосредственно на уровне образовательных учреждений заключается в: выявлении и ведении учета несовершеннолетних, находящихся в социально опасном положении, а также не посещающих или систематически пропускающих по неуважительным причинам занятия в образовательных учреждениях; посещении семьи безнадзорного, беспризорного несовершеннолетнего, несовершеннолетнего, находящегося в социально опасном положении или проживающего в семье, находящейся в социально опасном положении, с составлением акта обследования жилищно (материально)-бытовых условий семьи; принятии решения об оказании помощи семье в воспитании и обучении несовершеннолетнего; привлечении несовершеннолетнего к участию в спортивной секции, техническом или ином кружке, клубе с учетом установленных обстоятельств его неблагополучия; принятии комплексных мер по получению несовершеннолетними среднего (полного) общего образования[2].

Узловой фигурой в штате школы, занимающейся превенцией правонарушений несовершеннолетних является, как правило, социальный педагог. Основными задачами в работе социальных педагогов школ являются: анализ и источник причин социальной дезадаптации воспитанников; обеспечение социально-педагогической поддержки дезадаптированных детей и подростков; включение всех

---

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 25.04.95 № 420 «Об утверждении Типового положения о специальном учебно-воспитательном учреждении для детей и подростков с девиантным поведением» // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1681.

[2] См. например: Закон Краснодарского края «О мерах по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних в Краснодарском крае», принят Законодательным Собранием Краснодарского края 16.07.2008 года.

воспитанников в социально-полезную деятельность в соответствии с их потребностями, интересами и возможностями; защита и охрана прав детей во взаимодействии с представителями различных социальных институтов.

Для достижения положительных результатов в своей деятельности социальные педагоги: контролирует движение учащихся и выполнение всеобуча; предупреждают отсев учащихся из школы; поддерживают тесные связи с родителями; изучают социальные проблемы учеников; ведут учет и профилактическую работу с детьми из неблагополучных семей и семей, оказавшихся в трудной жизненной ситуации; осуществляют социальную защиту детей из семей «группы риска»: многодетных; опекаемых; потерявших кормильца; неполных, малоимущих; осуществляют меры по трудоустройству обучающихся; проводят патронаж опекаемых и неблагополучных семей; консультируют классных руководителей, выступают на общешкольных и классных родительских собраний, педсоветах и совещаниях; осуществляют контроль за сохранением здоровья учащихся и формированием у них культуры здоровья.

Социальные педагоги школ ведут систематический мониторинг учебной и досуговой деятельности социально-незащищенных категорий учащихся.

Важным направлением в их работе является формирование у школьников здорового образа жизни, воспитание ценностного отношения учащихся к собственному здоровью. Социальные педагоги совместно с классными руководителями привлекают внимание школьников, родителей к проблеме курения, разъясняют пагубное воздействие никотина и компонентов табачного дыма на системы органов человека, формируют отрицательное отношение к вредным привычкам.

Превентивная работа в отношении несовершеннолетних правонарушителей осуществляется по ходатайству руководителя органа или учреждения, осуществляющего профилактику безнадзорности и административных правонарушений несовершеннолетних (комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав, подразделения по делам несовершеннолетних органа внутренних дел), а также на основании личного обращения несовершеннолетнего, заявления родителей (законных представителей) несовершеннолетнего.

При необходимости несовершеннолетний или его семья ставятся на профилактический учет в образовательном учреждении. Учет

в образовательном учреждении обучающихся и семей, находящихся в социально опасном положении (далее – внутришкольный учет) – это система индивидуальных профилактических мероприятий, осуществляемая образовательным учреждением в отношении обучающегося и семей, находящихся в социально опасном положении, которая направлена на предупреждение безнадзорности, административных правонарушений и других негативных проявлений в среде обучающихся, выявление и устранение причин и условий, способствующих безнадзорности и административных правонарушений обучающихся, социально-педагогическую реабилитацию обучающихся и семей, находящихся в социально опасном положении.

Постановка на внутришкольный учет носит профилактический характер и является основанием для организации индивидуальной профилактической работы. Как правило на внутришкольный учет ставятся обучающиеся несовершеннолетние: не посещающие или систематически пропускающие без уважительных причин учебные занятия в образовательных учреждениях; занимающиеся бродяжничеством или попрошайничеством; совершившие административные правонарушения или противоправные действия и неоднократно нарушившие устав государственного образовательного учреждения и правила поведения обучающегося; неуспевающие или оставленные по неуважительным причинам на повторный курс обучения; склонные к потреблению табака, алкогольных напитков, одурманивающих веществ, наркотических средств или психотропных веществ без назначения врача либо других психоактивных веществ; причисляющие себя к неформальным объединениям и организациям антиобщественной или противоправной направленности; состоящие на учете в подразделении по делам несовершеннолетних органа внутренних дел и районной комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав.

При необходимости на внутришкольный учет также могут быть поставлены обучающиеся, возвратившиеся из специальных учебно-воспитательных учреждений или воспитательных колоний.

Постановка обучающихся на внутришкольный учет осуществляется по совместному представлению заместителя директора по воспитательной (социальной) работе и классного руководителя (воспитателя, социального педагога), и, обычно, на основании решения совета профилактики государственного образовательного учреждения. В представлении должны быть четко обозначены причины постановки обучающегося на внутришкольный учет, его подробная характеристика.

Как правило, на каждого обучающегося, поставленного на внутришкольный учет, классным руководителем (воспитателем, социальным педагогом) заводится «Карточка учета обучающегося», копия которой находится у заместителя директора по воспитательной (социальной) работе. На подучетного совместно со специалистами и педагогами государственного образовательного учреждения, с участием сотрудников органов внутренних дел, социальной защиты населения, органов опеки и попечительства составляется план индивидуальной профилактической работы с обучающимся, который утверждается заместителем директора по воспитательной (социальной работе). Помимо этого на несовершеннолетнего ведется карта индивидуального психолого-педагогического и профилактического сопровождения обучающегося.

Кроме того, на внутришкольный учет ставятся семьи, в которых родители (законные представители) не исполняют обязанностей по воспитанию, обучению и содержанию своих детей, злоупотребляют наркотиками и спиртными напитками, отрицательно влияют на поведение несовершеннолетних, вовлекают их в противоправные действия (преступления, бродяжничество, попрошайничество, проституцию, распространение и употребление наркотиков, спиртных напитков т.д.) и допускают в отношении своих детей жестокое обращение и насилие. На внутришкольный учет ставятся и семьи, имеющие детей, находящихся в социально опасном положении и состоящих на учете в государственном образовательном учреждении, а также семьи, состоящие на учете в органах внутренних дел, социальной защиты населения, районной комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав.

Постановка семьи на внутришкольный учет обычно осуществляется решением совета профилактики государственного образовательного учреждения на основании совместного представления заместителя директора по воспитательной (социальной) работе и классного руководителя (воспитателя, социального педагога). При необходимости к представлению приобщается информация из органов внутренних дел, социальной защиты населения, опеки и попечительства, районной комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав. В представлении должны быть обоснованы причины постановки семьи на внутришкольный учет, акт обследования жилищно (материально)-бытовых условий.

На каждую семью, состоящую на внутришкольном учете, классным руководителем (воспитателем, социальным педагогом)

заводится, как правило, «Карточка учета семьи», копия которой находится у заместителя директора по воспитательной (социальной) работе. Классный руководитель (воспитатель, социальный педагог) совместно со специалистами и педагогами государственного образовательного учреждения, с участием сотрудников органов внутренних дел, социальной защиты населения, опеки и попечительства составляет план индивидуальной профилактической работы с семьей, который утверждается заместителем директора по воспитательной (социальной) работе, ведет карту индивидуальной профилактической работы и психолого-педагогического сопровождения семьи.

Снятие с внутришкольного учета обучающихся или семей осуществляется преимущественно по решению совета профилактики государственного образовательного учреждения на основании совместного представления заместителя директора по воспитательной (социальной) работе, классного руководителя (воспитателя, социального педагога), а также при необходимости соответствующей информации из подразделения по делам несовершеннолетних органа внутренних дел, органов социальной защиты населения о позитивных изменениях обстоятельств жизни обучающегося или семьи.

Помимо этого, с внутришкольного учета снимаются обучающиеся, окончившие государственное образовательное учреждение, сменившие место жительство и перешедшие в другое образовательное учреждение, направленные в специальное (закрытого типа) учебно-воспитательное учреждение, а также по другим объективным причинам.

Ответственность за организацию ведения внутришкольного учета, оформление соответствующей документации, а также за взаимодействие с другими органами и учреждениями системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних обычно возлагается приказом директора государственного образовательного учреждения на заместителя директора по воспитательной (социальной) работе, а непосредственное ведение учета – на классного руководителя (воспитателя, социального педагога).

В целях дальнейшего совершенствования работы по внутришкольному учету целесообразно организовывать подготовку и направление по установленным формам соответствующих сведений об обучающихся и семьях, находящихся в социально опасном положении, и состоящих на учете в государственном образовательном учреждении, в Единую информационную базу данных о детях, под-

лежащих обучению в образовательных учреждениях, реализующих общеобразовательные программы соответствующих федеральных органов исполнительной власти. Важно осуществлять контроль за ведением в государственных образовательных учреждениях учета обучающихся и семей, находящихся в социально опасном положении, проводить регулярный анализ работы государственных образовательных учреждений с обучающимися и семьями, находящимися на учете, и минимум два раза в течение учебного года обсуждать его результаты на совещании руководителей государственных образовательных учреждений.

Важно создать оптимальную разноведомственную сеть учреждений системы профилактики асоциального поведения несовершеннолетних, включающую помимо уже существующих учреждений образования центры социально трудовой адаптации для детей, которые не хотят или не могут учиться в образовательных школах, центры постинтернатной адаптации для выпускников детских домов и школ-интернатов.

Подводя промежуточные итоги в качестве предложений по улучшению работы органов управления и учреждений образования в сегменте превенции административных и иных правонарушений несовершеннолетних лиц мы считаем необходимым предложить структурным подразделениям Минобрнауки России нижеследующее:

1. С целью заблаговременной подготовки к будущей семейной жизни целесообразно ввести воспитательные программы для детей школьного и дошкольного возраста, включающие в себя курсы основ конфликтологии, этики семейной жизни, эстетики, основ виктимологической превенции.

2. В соответствии со своей компетенцией регулярно оказывать комплексное содействие органам управлений образованием субъектов Российской Федерации в организации подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников органов управления образованием, образовательных учреждений по вопросам защиты прав несовершеннолетних, профилактики их безнадзорности и административных правонарушений.

3. Постоянно организовывать размещение в средствах массовой информации материалов по проблемам защиты прав несовершеннолетних, профилактики их безнадзорности и правонарушений.

4. Рекомендовать руководителям органов управления образованием субъектов Российской Федерации продолжить реализацию

комплекса мероприятий по обеспечению прав детей на образование, повышению статуса воспитания и эффективности социально-педагогической, психолого-педагогической, воспитательной работы в образовательной среде, в том числе: ввести в образовательных учреждениях практику обязательного закрепления за конкретными работниками функций координаторов профилактической работы с обучающимися, воспитанниками; обеспечить наличие в образовательных учреждениях, в местах, доступных для обучающихся и их родителей (законных представителей), текстов уставов, правил внутреннего распорядка этих учреждений, а также информации об органах и учреждениях, осуществляющих контроль и надзор за соблюдением, обеспечением и защитой прав ребенка, оказывающих психологическую, медицинскую, педагогическую, социальную, правовую помощь несовершеннолетним с проблемами в развитии, обучении, поведении, социальной адаптации; в пределах компетенции, при осуществлении инспектирования образовательных учреждений и проведении аттестации руководителей образовательных учреждений рассматривать в качестве одного из критериев результатов их деятельности показатель состояния работы по защите прав обучающихся, воспитанников, профилактике их безнадзорности и административных и других правонарушений.

Помимо специальных учебно-воспитательных учреждений открытого типа органов управления образованием (специальные общеобразовательные школы открытого типа; специальные профессиональные училища открытого типа и другие виды образовательных учреждений открытого типа для несовершеннолетних) большую работу по превенции безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних проводят специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа.

В специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа в соответствии с Законом Российской Федерации «Об образовании» от 10.07.1992. № 3266-1[1] могут быть помещены несовершеннолетние в возрасте от одиннадцати до восемнадцати лет, нуждающиеся в особых условиях воспитания, обучения и требующие специального педагогического подхода в случаях, если они: не подлежат уголовной ответственности в связи с тем, что к моменту совершения общественно опасного деяния не достигли возраста, с ко-

[1] СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 150.

торого наступает уголовная ответственность; достигли возраста, предусмотренного частями первой или второй статьи 20 Уголовного кодекса Российской Федерации, и не подлежат уголовной ответственности в связи с тем, что вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, во время совершения общественно опасного деяния не могли в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими; осуждены за совершение преступления средней тяжести и освобождены судом от наказания в порядке, предусмотренном частью второй статьи 92 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Основаниями содержания несовершеннолетних в специальных общеобразовательных школах закрытого типа и специальных профессиональных училищах закрытого типа являются постановление судьи и приговор суда.

В коррекционные образовательные учреждения закрытого типа помещаются несовершеннолетние, имеющие отклонения в развитии и (или) заболевания, вызывающие необходимость их содержания, воспитания и обучения в таких учреждениях. Несовершеннолетний может быть направлен в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа до достижения им возраста восемнадцати лет, но не более чем на три года.

Досрочное прекращение пребывания несовершеннолетнего в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа либо перевод в другое специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа по основаниям, осуществляется по постановлению судьи по месту нахождения учреждения на основании совместного представления администрации учреждения и комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав по месту нахождения учреждения либо на основании ходатайства несовершеннолетнего, его родителей или иных законных представителей при наличии заключения администрации учреждения и комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав по месту нахождения учреждения.

Пролонгация срока пребывания несовершеннолетнего в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа по истечении срока, установленного судом, в случае необходимости завершения им общеобразовательной или профессиональной подготовки осуществляется по постановлению судьи по месту нахождения учреждения только на основании ходатайства несовершеннолетнего.

В специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа не могут быть помещены несовершеннолетние, имеющие заболевания, препятствующие их содержанию и обучению в указанных учреждениях. Перечень таких заболеваний утверждается Правительством Российской Федерации[1].

Администрация специального учебно-воспитательного учреждения закрытого типа в соответствии с уставом указанного учреждения или положением о нем: обеспечивает специальные условия содержания несовершеннолетних, включающие в себя охрану территории указанного учреждения; личную безопасность несовершеннолетних и их максимальную защищенность от негативного влияния; ограничение свободного входа на территорию указанного учреждения посторонних лиц; изоляцию несовершеннолетних, исключающую возможность их ухода с территории указанного учреждения по собственному желанию; круглосуточное наблюдение и контроль за несовершеннолетними, в том числе во время, отведенное для сна; проведение личного осмотра несовершеннолетних, осмотра их вещей, получаемых и отправляемых писем, посылок или иных почтовых сообщений; информирует органы внутренних дел по месту нахождения указанного учреждения и по месту жительства или месту пребывания несовершеннолетних о случаях их самовольного ухода и совместно с органами внутренних дел принимает меры по их обнаружению и возвращению в указанное учреждение; направляет в комиссию по делам несовершеннолетних и защите их прав по месту жительства или месту пребывания несовершеннолетнего извещение о его выпуске из указанного учреждения не позднее чем за один месяц до выпуска, а также характеристику несовершеннолетнего и рекомендации о необходимости проведения с ним в дальнейшем индивидуальной профилактической работы и оказания ему содействия в трудовом и бытовом устройстве; готовит совместно с комиссией по делам несовершеннолетних и защите их прав представления или заключения в суд по месту нахождения указанного учреждения по вопросам: перевода несовершеннолетних в другие специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого

---

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 11.07.2002. № 518 «Об утверждении перечня заболеваний, препятствующих содержанию и обучению несовершеннолетних в специальных учебно-воспитательных учреждениях закрытого типа органов управления образованием» // СЗ РФ. 15.07.2002. № 28. Ст. 2873.

типа в связи с их возрастом, состоянием здоровья, а также в целях создания наиболее благоприятных условий для их исправления и реабилитации; прекращения пребывания несовершеннолетних в указанном учреждении до истечения установленного судом срока, если они ввиду исправления не нуждаются в дальнейшем применении этой меры воздействия либо если у них выявлены заболевания, препятствующие содержанию и обучению несовершеннолетних в специальных учебно-воспитательных учреждениях закрытого типа; продления срока пребывания несовершеннолетних в указанном учреждении в случае необходимости завершения их общеобразовательной или профессиональной подготовки.

Должностные лица специальных учебно-воспитательных учреждений закрытого типа имеют право: проводить личный осмотр несовершеннолетних, осмотр их вещей, получаемых и отправляемых ими писем, посылок или иных почтовых сообщений, территории указанного учреждения, спальных, бытовых, других помещений и находящегося в них имущества в целях выявления и изъятия предметов, запрещенных к хранению в указанных учреждениях, о чем составляется соответствующий акт. Переписка несовершеннолетнего с органами, осуществляющими контроль за деятельностью специальных учебно-воспитательных учреждений закрытого типа, с судом, прокуратурой, Уполномоченным по правам человека, ребенка в Российской Федерации и Уполномоченным по правам человека, ребенка в субъекте Российской Федерации цензуре не подлежит. Переписка несовершеннолетнего с адвокатом или иным лицом, оказывающим юридическую помощь на законных основаниях, цензуре не подлежит, за исключением случаев, когда администрация специального учебно-воспитательного учреждения закрытого типа располагает достоверными данными о том, что содержащиеся в переписке сведения направлены на инициирование, планирование или организацию преступления либо вовлечение в его совершение других лиц. В этих случаях контроль почтовых, телеграфных или иных сообщений осуществляется по мотивированному решению администрации специального учебно-воспитательного учреждения закрытого типа. Копия такого решения направляется прокурору, осуществляющему надзор за соблюдением законов соответствующим специальным учебно-воспитательным учреждением закрытого типа; применять в исключительных случаях, когда иные меры не дали результата, в течение минимально необходимого времени меры фи-

зического сдерживания (физическую силу) в пределах, не унижающих человеческого достоинства, в целях пресечения совершения несовершеннолетними общественно опасных деяний или причинения ущерба своей жизни или здоровью либо для устранения иной опасности, непосредственно угрожающей охраняемым законом интересам других лиц или государства. (О намерении применить меры физического сдерживания (физическую силу) должностные лица специальных учебно-воспитательных учреждений закрытого типа обязаны предварительно устно уведомить несовершеннолетних, предоставив им время, достаточное для прекращения противоправных деяний, за исключением случаев, когда промедление в применении этих мер создает непосредственную опасность жизни или здоровью несовершеннолетних либо других лиц или может повлечь иные тяжкие последствия. О применении к несовершеннолетним мер физического сдерживания (физической силы) должностные лица специального учебно-воспитательного учреждения закрытого типа обязаны незамедлительно уведомить прокурора по месту нахождения указанного учреждения)[1].

Последнее право нам кажется нецелесообразным, так как мерами специального административного принуждения имеют право пользоваться только сотрудники правоохранительных органов, приоритетно полиции[2], а должностные лица специальных учебно-воспитательных учреждений закрытого типа к таковым не относятся. С нашей позиции целесообразно скорректировать норму п. 10 пп. 2 ст. 15. Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» от 24.06.1999. № 120-ФЗ[3] и представить ее в следующей редакции: «вызывать в течение минимального времени сотрудников полиции для применения мер специального принуждения, в целях пресечения совершения несовершеннолетними общественно опасных деяний или причинения ущерба своей жизни или здоровью либо для устранения иной опасности, непосредственно угрожающей охраняемым законом интересам других лиц или государства».

---

[1] См. ст. 15. Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» от 24.06.1999. № 120-ФЗ.
[2] Федеральный закон Российской Федерации от 07.02.2011. № 3-ФЗ «О полиции» (Глава 5. Применение физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия).
[3] СЗ РФ 28.06.1999. № 26. Ст. 3177.

Итак, по рассмотрении работы учреждений образования по превенции административных и других правонарушений несовершеннолетних отметим, что кардинальные перемены, переживаемые нашим обществом во всех сферах социально-экономической и политической жизни, не могут не распространяться на превентивную и пенитенциарную практику в области предупреждения и коррекции девиантного поведения несовершеннолетних лиц в образовательных учреждениях.

Сущность трансформации воспитательно-профилактического комплекса, прежде всего, определяется тем, что существовавшая ранее «карательная» предупредительная политика, основанная на мерах социального контроля, общественно-административного и уголовного наказания, должна быть заменена на охранно-защитную профилактику, представленную комплексом сбалансированных мер адекватной социально-педагогической, медико-технологической и социально-правовой поддержки и помощи семье, детям и подросткам. Достижение желаемого эффекта в профилактике административных правонарушений и рецидивной преступности, несовершеннолетних возможно лишь при условии привлечения к воспитательной работе с ними педагогов-профессионалов а, преодоление девиаций в поведении школьников целесообразно и правомерно начинать в первые годы их обучения в школе. В связи с этим еще раз обращаем внимание на важность специальной коррекционной и профилактической работы педагогов учреждений образования с рассматриваемой категорией несовершеннолетних.

**Библиографический список:**

1. Административное право России: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп / Под ред. В.Я. Кикотя, П.И. Кононова, И.Ш. Килясханова. М.: Изд-во ЮНИТИ-ДАНА, 2009.

2. *Остапенко Е.И.* Основы формирования системы управления профилактикой правонарушений несовершеннолетних: Дис. … канд. юрид. наук. М.: Академия управления МВД России, 2004.

3. *Савинов А.Н.* Организация работы органов социальной защиты: учеб. пособие для студентов учреждений среднего профессионального образования. 2-е изд. / А.Н. Савинов, Т.Ф. Зарембо. М.: Изд. центр «Академия», 2004.

4. *Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю.* Юридическая энциклопедия. Издание 6-е, переработанное и дополненное / Под. ред. М.Ю. Тихомирова. М.: Изд. Тихомирова М.Ю., 2010.

# Проблемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями

**правомерное причинение вреда; пределы осуществления права; злоупотребление правом; формы злоупотребления правом; недобросовестная конкуренция; корпоративный контроль; возмещение вреда; причиненного правомерными действиями**

***Г. Н. Шевченко***

***доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права, профессор Юридического института Дальневосточного федерального университета***

Гражданское право, в отличие от уголовного права, не содержит понятия ни противоправного поведения, ни правомерного поведения, вследствие чего эти важные правовые категории могут быть определены только в доктринальном порядке. Однако в настоящее время в юридической литературе высказано мнение, что в состав правонарушения не должна включаться противоправность как условие ответственности. «В условиях действия принципа генерального деликта, установленного п. 1 ст. 1064 ГК (а этот принцип, в действительности, распространяется и на договорные обязательства), противоправность как одно из условий лишается всякого самостоятельного значения» – пишет А.К. Бабаев[1]. Представляется, что с такой позицией согласиться нельзя. Как известно, принцип генерального деликта выражается в общем запрете причинять вред имуществу или личности кого-либо[2]. Поэтому причинение вреда другому лицу признается противоправным и влечет за собой применение мер имущественной ответственности при наличии других условий ответственности. Следовательно, причинитель вреда, для освобождения себя от обязанности по его возмещению, должен доказать свою управомоченность на причинение вреда, тем самым – правомерность своих действий.

---

[1] Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова, М., 2009. С. 891.

[2] *Смирнов В.Т., Собчак А.А.* Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 66.

Общее правило, установленное в п. 1 ст. 1064 ГК РФ, гласит: вред подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. Исключение из этого общего правила, содержащееся в п. 3 этой же статьи, заключается в том, что вред, причиненный правомерными действиями, не возмещается; обязательство по его возмещению возникает лишь в случаях, предусмотренных законом. Поэтому и возникает необходимость отграничения правомерного причинения вреда от противоправного, что невозможно без уяснения самих этих понятий.

Противоправность действий причинителя вреда, как и его вина, презюмируются, однако, из этого еще совсем не следует, что надо отказаться от противоправности и вины как условий ответственности, более того, необходимость разграничения правомерного и противоправного поведения в теории гражданского права, в практической деятельности существенно возрастает в связи с предстоящими изменениями гражданского законодательства. В Концепции развития гражданского законодательства РФ поставлена задача в законодательном порядке урегулировать основания и порядок возмещения (компенсации), выплачиваемого за ущерб личности или имуществу, причиненный правомерными действиями, в тех случаях, когда закон предусматривает такое возмещение[1], что нашло уже отражение в проекте ГК.

В цивилистической литературе традиционно считается, что противоправным является поведение, нарушающее нормы объективного права. Еще Г.Ф. Шершеневич писал, что «гражданское правонарушение есть прежде всего недозволенное действие, т.е. действие, запрещенное объективным правом»[2]. М.М. Агарков подчеркивал: «противоправное действие всегда является нарушением объективного права»[3]. Можно перечислить еще достаточно много авторов, придерживающихся такой же позиции. Более сложным является вопрос о том, необходимо ли для признания поведения противоправным, наряду с нарушением объективного права, еще и нарушение субъективного права? Второй сложный вопрос, связанный с первым, заключается в следующем: может ли только нарушение субъективного

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства РФ. М., 2009. С. 32.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 392.

[3] *Агарков М.М.* Обязательства по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 140.

права, без нарушения нормы объективного права, повлечь противоправность поведения? Что касается первого вопроса, то здесь следует полностью согласиться с мнением Г.Ф. Шершеневича о том, что «недостаточно незаконное действие, причиняющее имущественный вред, необходимо еще нарушение субъективного права. Без этого условия правонарушение может иметь какие-либо иные последствия, но не обязанность возмещения вреда»[1]. Действительно, в публичных отраслях права (административном, уголовном) одно лишь нарушение нормы объективного права, без нарушения субъективных прав, является достаточным для наступления ответственности, однако, в гражданском праве такое невозможно. Для того, чтобы возникла обязанность по возмещению убытков, иного вреда, необходимо еще и нарушение субъективного права.

При ответе на второй вопрос необходимо учитывать, что согласно ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или правовыми актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. Поэтому общепризнано, что гражданские права и обязанности могут возникать из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему. В этих случаях происходит нарушение только субъективных гражданских прав, но не норм объективного права, однако такое поведение признается тем не менее противоправным, а вред – подлежащим возмещению. В.А. Белов различает два вида неправомерных действий: это объективно и субъективно противоправные действия. Объективно противоправные действия – это действия, нарушающие норму объективного права, т.е. совершаемые против права в объективном смысле; под субъективно противоправными понимаются действия, нарушающие субъективное гражданское право или частную правоспособность потерпевшего, либо создавшие угрозу такого нарушения[2]. Для деликтных обязательств, которые возникают только при наличии вреда, необходима, выражаясь языком В.А. Белова, и объективная, и субъективная противоправность, т.е. нарушение и нормы объективного права, и субъективного права. В

---

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 393.
[2] *Белов В.А.* Гражданское право. Общая часть. Учебник. М., 2002. С. 477.

публичных отраслях, как уже отмечалось, достаточно только нарушения норм объективного права. И только в частном праве нарушение субъективного права без нарушения нормы объективного права будет считаться противоправным. «В гражданском праве, в отличие от других отраслей права, существуют субъективные права, обосновать нарушение и необходимость защиты которых только через нарушение конкретных норм, невозможно»[1].

Общепризнано, что противоправными являются действия, связанные с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязанностей. В тоже время неосуществление права не может рассматриваться как противоправное поведение, исходя из того, что субъективное право – это мера возможного поведения управомоченного лица, за исключением тех случаев, когда осуществление права одновременно является и обязанностью.

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «всякое действие, которое является только осуществлением права, которое не выходит из пределов, очерченных законом субъективному праву, не составляет правонарушения, как бы оно ни было вредно другим лицам»[2].

Но поскольку субъективное право – это мера дозволенного поведения, то встают вопросы: где же находятся границы, пределы осуществления субъективного права и каковы последствия выхода за пределы осуществляемого субъективного гражданского права; будут ли такие действия правомерными или, напротив, противоправными? Прежде чем попытаться дать ответы на поставленные вопросы необходимо сразу оговориться: мы придерживаемся позиции, что злоупотребление правом связано не с содержанием субъективного права, а с его осуществлением.

Проблемы определения пределов осуществления права и злоупотребления правом являются одними из сложнейших в цивилистике, имеют длительную историю, но в тоже время являются актуальными и дискуссионными на сегодняшний день. В юридической литературе высказаны различные мнения по этому вопросу: от отрицания самого термина злоупотребления правом ввиду его некор-

---

[1] *Шевченко А.С.* Проблемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями // Деликтные обязательства по российскому гражданскому праву. Сборник научных трудов. Владивосток, 2005. С. 126.
[2] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 392.

ректности[1] до полного признания этой категории – продукта цивилистической мысли[2].

Следует отметить, что проблема злоупотребления правом присуща не только гражданскому праву, но и другим отраслям, в том числе и публичным.

В классической работе В.П. Грибанова «Пределы осуществления и защиты гражданских прав»[3] отмечается, что гражданское законодательство определяет границы осуществления субъективных гражданских прав по-разному, и В.П. Грибанов включает в этот перечень гражданскую дееспособность, временные границы, осуществление прав в соответствии с их назначением, а также способы осуществления права и даже средства принудительного осуществления или защиты. По мнению В.П. Грибанова злоупотребление правом носит противоправный характер и представляет собой особый тип гражданского правонарушения, который выражается в использовании управомоченным лицом недозволенных конкретных форм поведения в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения[4].

Современные исследователи пределов осуществления субъективного права, а соответственно и злоупотребления им, предприняли попытки классификации различных теорий злоупотребления правом. Так, С.Д. Радченко выделяет теорию пределов осуществления гражданских прав; теорию целевых прав-обязанностей; теорию «легальной видимости» и теорию интереса[5]. Проводя такую классификацию, С.Д. Радченко почему-то ограничился анализом воззрений российских цивилистов, главным образом, конца 20 – начала 21 в.в. (за исключением теории интереса). Конечно, злоупотребление правом нашло наиболее полное исследование в цивилистике, однако это не изобретение гражданского права; злоупотребление правом встречается и в других отраслях права, причем не только в частных, но и в публичных, что также осталось без внимания.

---

[1] См., например, *Агарков М.М.* Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6. С. 424.

[2] См., например, *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2009. С. 410–412.

[3] *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972.

[4] См.: Указ. соч. С. 55.

[5] См.: *Радченко С.Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России. М., 2010. С. 1–24.

В результате предпринятого исследования С.Д. Радченко приходит к пониманию злоупотребления правом как его осуществления при отсутствии в этом интереса управомоченного лица[1]. Представляется, что такое понимание злоупотребления правом не несет никакой смысловой нагрузки, поскольку само по себе осуществление права при отсутствии в этом интереса управомоченного лица никоим образом не означает злоупотребления правом, если при этом лицо не преследует цели причинить вред другому лицу. Следует солидаризироваться с А.В. Власовой, считающей, что наличие интереса у обладателя того или иного субъективного права не имеет значения для признания его управомоченным[2]. Поэтому даже утверждение С.Д. Радченко о существовании предположения (презумпции) о наличии интереса при осуществлении права, и соответственно об отсутствии необходимости для управомоченного лица доказывать наличие интереса, ничего не меняет по существу.

Отсутствие интереса может быть только одним из признаков (критериев) злоупотребления правом.

В юридической литературе наряду с указанным критерием традиционно выделяют еще несколько критериев злоупотребления правом: намерение причинить вред или иное неудобство другому лицу; диспропорция между причиняемым вредом и получаемой выгодой; недобросовестное поведение; игнорирование той цели, ради которой и существует такой институт и т.д. Жизнь гораздо сложнее, поэтому вряд ли возможно ограничиться каким-то одним критерием при определении злоупотребления правом. И.А. Ястржембский, Ю.А. Тарасенко, С.Д. Радченко и другие исследователи рассматривают злоупотребление правом как непротивоправное поведение. Так, С.Д. Радченко указывает, что действия управомоченного субъекта по осуществлению принадлежащего ему права, при отсутствии в этом интереса, по своей правовой природе не является правонарушением[3]. Это действительно так, но лишь в том случае, если лицо, осуществляя право при отсутствии интереса, не причиняет при этом никому вреда, но, если это лицо не имеет соответствующего интереса и преследует таким осуществлением права цель причинить

---

[1] Указ. соч. С. 55.
[2] См.: *Власова А.В.* Структура субъективного гражданского права. Ярославль, 1998. С. 15.
[3] Указ. соч. С. 55.

другому лицу вред и более того достигает такого результата, то здесь нельзя говорить о правомерности такого поведения.

Субъективное право одного лица осуществляется в пределах до тех пор, пока это не войдет в соприкосновение с правами других лиц и не будет их нарушать. Если же в результате такого осуществления права у другого лица возникают неблагоприятные последствия (имущественные или неимущественные), то следует признать, что лицо действовало с превышением пределов права. Поэтому категорически нельзя согласиться с высказанным мнением, что, злоупотребляя правом, управомоченное лицо, действуя в границах своего субъективного права, формально не нарушает и чужого права. Возникающий при этом вред в имущественной сфере другого лица, является результатом формально правомерных действий[1].

Нарушение чужих прав в результате неисполнения (ненадлежащего исполнения) своих обязанностей или же осуществления своего права будет противоправным и влечет обязанность по возмещению вреда. «Злоупотребление правом представляет собой противоправное и виновное поведение»[2].

Представляется, что пределы осуществления права касаются срока, целей, способов (средств) осуществления права, которые содержатся в самой управомачивающей норме права, а также могут содержаться и в иных нормах, содержащих определенные ограничения по осуществлению соответствующего права, это могут быть как конкретные правила в отношении этого субъективного права, это могут быть и нормы-принципы, например, общий принцип осуществления гражданских прав – разумность и добросовестность. Правомерным следует считать поведение, соответствующее и конкретной управомачивающей норме, а также различным запретам и предписаниям, принципам права, ограничивающим осуществление этого права. Если же поведение находится в пределах общего правила, содержащегося в управомачивающей норме, но выходит за пределы, установленные в других ограничивающих нормах, в том числе противоречит принципу разумности и добросовестности, то такие действия не могут рассматриваться как правомерные. «При

---

[1] См.: *Тарасенко Ю.А., Ястржембский И.А.* Рецензия на работу С.Д. Радченко «Злоупотребление правом в гражданском праве России» // Вестник гражданского права. 2010. № 2. Том 10. С. 299.
[2] *Белых В.С.* Указ. соч. С. 406.

злоупотреблении правом происходит нарушение объективных норм права, включая нормы – принципы и нормы – презумпции»[1].

Случаем осуществления права за установленными таким образом пределами является злоупотребление правом. Злоупотребление правом – это, прежде всего, осуществление права с нарушением его пределов, касающихся целей, ради которых используются субъективные гражданские права. Пункт 1 ст. 10 ГК РФ определяет как недопустимые действия граждан и юридических лиц, имеющие своей исключительной целью причинить вред другим лицам, а также злоупотребление правом в иных формах. Следует полностью согласиться с В.А. Беловым, что «права частные – это права эгоцентричные, т.е. осуществляемые в целях, свободно определенных своим субъектом, однако далеко не все то, что не запрещено законом, достойно его уважения и охраны»[2]. Как уже не раз отмечалось в юридической литературе основным в характеристике злоупотребления правом является «употребление права во зло», т.е. исключительное намерение (цель) причинить вред другому лицу. Осуществление гражданских прав в таких целях получило наименование шиканы, которая характеризуется двумя признаками: отсутствием интереса в результатах такого осуществления и целью причинить вред другому лицу.

Что касается иных форм злоупотребления правом, не указанных в законе, то они, в отличие от шиканы, не носят чисто деструктивный (разрушительный) характер. Управомоченное лицо при осуществлении права решает свои задачи, как правило, в предпринимательской деятельности, но при этом выходит за пределы осуществления права, в результате чего третьим лицам причиняется вред или создается возможность причинения такого вреда. Традиционно в качестве иных форм злоупотребления правом называют действия, направленные на ограничение конкуренции, а также действия, представляющие собой следствие доминирующего положения на рынке. ФЗ «О защите конкуренции» содержит понятие конкуренции и ее антипода – недобросовестной конкуренции, понятие доминирующего положения хозяйствующего субъекта и злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением. В последнее время в юридической литературе[3] высказано мнение, отрицаю-

---

[1] *Белых В.С.* Указ. соч. С. 406.
[2] *Белов В.А.* Указ. соч. С. 581.
[3] *Радченко С.Д.* Указ. соч. С. 90–94.

щее отнесение злоупотребления доминирующим положением и недобросовестную конкуренцию к формам злоупотребления правом. С нашей точки зрения, и недобросовестная конкуренция, и злоупотребление доминирующим положением являются злоупотреблением правом, но поскольку они встречаются, как правило, при осуществлении специальной деятельности – предпринимательской деятельности и специальными субъектами – хозяйствующими субъектами, то и получили специальное правовое регулирование в антимонопольном законодательстве, которое, в отличие от достаточно абстрактной ст. 10 ГК РФ, содержит конкретную регламентацию возможных форм недобросовестной конкуренции и злоупотребления доминирующим положением. Такое специальное правовое регламентирование недобросовестной конкуренции не исключает применение общей ст. 10 ГК РФ. Именно подобный подход содержится в Информационном письме Президиума ВАС № 127 от 25.11.2008 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ», в котором Президиум ВАС, проанализировав действия гонконгской фирмы, зарегистрировавшей в РФ товарный знак, сходный фирменному наименованию и товарному знаку известной японской фирмы «AKAI», указал, что гонконгская фирма, имеющая более раннюю дату приоритета на товарный знак «AKAI» на территории России, «выдает себя за бывшего правообладателя тождественного товарного знака с целью приобретения конкурентных преимуществ за счет известности обозначения последнего». Президиум ВАС, рассматривая дело в порядке надзора, отменил ранее принятые судебные акты и обосновано квалифицировал действия гонконгской компании по приобретению исключительного права на товарный знак «AKAI» как акт недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ). Представляется, что такая квалификация недобросовестной конкуренции заслуживает поддержки. Мы согласны с высказанным в юридической литературе мнением, что участие в рыночной экономике, наличие доминирующего положения на рынке сами по себе не могут рассматриваться как использование каких-то особых гражданских прав, но и недобросовестная конкуренция, и злоупотребление доминирующим положением проявляются при осуществлении конкретных субъективных прав, например, при установлении монопольно высокой или низкой цены; изъятии товара из обращения, если результатом таких действий является или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и

(или) ущемление интересов других лиц, и т.д. Поэтому в данной ситуации можно говорить и о злоупотреблении правом, и о неправомерности таких действий.

Вместе с тем нельзя не признать, что, если недобросовестная конкуренция и злоупотребление доминирующим положением получили специальное правовое регулирование в антимонопольном законодательстве, то отношения, возникающие при осуществлении корпоративного контроля, которые также могут повлечь злоупотребление правом, вообще не получили ни теоретического обоснования, ни законодательного регулирования.

Особенностью акций как корпоративных ценных бумаг, закрепляющих право участия в делах акционерного общества, является предоставляемая ими возможность при наличии определенного их количества оказывать влияние на осуществление акционерным обществом предпринимательской и иной деятельности. Аккумулирование определенного количества акций и соответственно прав, предоставляемых ими, приводит к качественным изменениям правового статуса их владельца. Кроме традиционной триады правомочий (право участвовать в управлении, право на получение дивиденда, право на получение ликвидационной квоты) крупный пакет акций предоставляет и иные права, позволяющие определять деятельность акционерного общества, а в ряде случаев и осуществлять контроль за такой деятельностью, причем чем большим количеством акций обладает акционер, тем больше объем принадлежащих ему прав, соответствующей его доле (процентам) в уставном капитале. Подобного рода отношения возникают и в обществах с ограниченной ответственностью при аккумулировании долей в уставном капитале. В самом общем виде под корпоративным контролем обычно понимают контроль акционеров (участников корпорации), проявляющийся в экономической власти над корпорацией, т.е. в возможности навязывать свою волю как самой корпорации, главным образом в лице ее участников, так и прочим акционерам (участникам) конкретной корпорации, не обладающим необходимым влиянием, например, в силу незначительности принадлежащего им пакета акций или доли в уставном капитале[1].

Однако вопросы, связанные с определением пределов такого влияния, давления на корпорацию, других акционеров (участников),

---

[1] См.: *Степанов Д.И.* Феномен корпоративного контроля // Вестник гражданского права. 2009. № 3. Т. 9. С. 156.

навязывания своей воли, вообще оказались не исследованными, что можно объяснить только тем, что проблема корпоративного контроля стала обсуждаться в юридической литературе только последние три-четыре года, а вопросы защиты рассматривались исключительно в плане восстановления утраченного корпоративного контроля.

Представляется, что пределы осуществления корпоративного контроля, злоупотребление таковым, как и недобросовестная конкуренция, и злоупотребление доминирующим положением, получившие специальную регламентацию в антимонопольном законодательстве, также должны получить специальное правовое регулирование, но уже на уровне корпоративного законодательства.

Судебная практика также рассматривает как злоупотребление правом установление в кредитном договоре необоснованно завышенных процентов; удержание имущества, стоимость которого значительно превышает размер задолженности предприятия – должника; удержание имущества должника, препятствующее ему осуществлять свою деятельность и погашать задолженность перед кредитором[1].

Противоправно причиненный вред может быть причинен в результате виновных и невиновных действий, поскольку противоправность – это объективная характеристика правонарушения, например, следует рассматривать противоправным, но не виновным случайное причинение вреда источником повышенной опасности. В тоже время виновное причинение вреда всегда будет противоправным, поскольку вина – это ничто иное, как психическое отношение лица к совершаемому им противоправному действию (бездействию). Традиционно как противоправное, но невиновное поведение рассматривается причинение вреда недееспособными, например, детьми, не достигшими возраста дееспособности. Представляется, что этот вопрос должен решаться не столь однозначно; в случае причинения вреда неделиктоспособными лицами происходит своеобразный разрыв противоправности и виновности. Непосредственно противоправные действия, причиняющие вред, совершают недееспособные лица, а вина должна быть установлена у лиц, на которых возлагается обязанность по возмещению вреда – родителей, опекунов, организации, которые должны были осуществлять дейст-

---

[1] См.: *Белых В.С.* Указ. соч. С. 409–413, а также Информационное письмо Президиума ВАС № 127 от 25.11. 2008 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ».

вия по контролю и (или) воспитанию за недееспособными, но не сделали этого должным образом.

Противоправный вред может быть результатом как действий, так и бездействия. Правомерно причиненный вред может быть результатом только действий, бездействие не может повлечь правомерное причинение вреда, поэтому точнее говорить не об обязательствах по возмещению вреда, причиненного правомерным поведением, а об обязательствах по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями.

Правомерно причиненный вред, по общему правилу, не возмещается, и соответственно, не возникает обязательств, направленных на его возмещение. Обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда возникают только в случаях, специально предусмотренных законом. Законодательство предусматривает конкретные случаи обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда, которые возможны как при осуществлении субъективного права, так и при исполнении обязанности. Но во всех случаях правомерного причинения вреда законодатель, независимо от того, возникают обязательства по возмещению вреда или нет, устанавливает четкие границы, позволяющие установить именно правомерность таких действий (в случае причинения вреда действует презумпция противоправности и вины причинителя, поэтому он должен доказать отсутствие в своем поведении и противоправности, и виновности). При осуществлении права причинение вреда будет правомерным только при соблюдении всех предусмотренных в законе условий, относящихся как к самой ситуации причинения вреда, так и к конкретным действиям, совершаемым причинителем, например, это очень ярко выражено при причинении вреда в состоянии необходимой обороны, когда вред не возмещается, и при причинении вреда в состоянии крайней необходимости, когда вред подлежит возмещению. В случаях правомерного причинения вреда при исполнении обязанности такая детализация достигается вынесением правоприменительного акта, например, при изъятии земель для государственных или муниципальных нужд.

Случаев правомерного причинения вреда, т.е. вреда, причиняемого по прямому дозволению закона, в российском праве можно перечислить достаточно большое количество. Традиционно указывается причинение вреда в случае осуществления права: при необходимой обороне, при крайней необходимости; при исполнении обязанностей: при тушении пожара, уничтожении животных для

предотвращения эпизоотии, изъятии земель для государственных или муниципальных нужд. Кроме того различные авторы называет еще и другие случаи причинения вреда правомерными действиями[1]. Достаточно часто в качестве правомерного причинения вреда называют причинение вреда по просьбе или с согласия потерпевшего. Хотелось бы отметить, что сам по себе термин «причинение вреда по просьбе или с согласия потерпевшего» в определенной степени условен и совершенно верно был охарактеризован Е.А. Флейшиц: «в соответствующих случаях речь идет не о согласии на самое причинение вреда (такое согласие представить себе трудно), а о согласии на совершение другим лицом действия, которое должно повлечь за собой умаление известного блага, возместимое в деньгах. В согласии на совершение такого действия заключается молчаливо выраженный отказ от права на возмещение вреда, который будет причинен этим действием»[2].

Правомерно причиненный, по общему правилу вред, по прямому указанию закона не возмещается, поэтому обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, гораздо меньше, и все они перечислены в законе. В настоящее время наблюдается устойчивая тенденция к расширению перечня таких обязательств, что вполне закономерно для развития цивилизованного общества и государства в современный техногенный век.

При этом наряду с общими положениями, действуют специальные законы, принятые, в частности, в связи со строительством объектов Олимпиады в Сочи и объектов АТЭС во Владивостоке.

Обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, могут быть классифицированы по различным основаниям. Так, А.С. Шевченко, исследовавший такие обязательства по ГК 1964 г., различает два вида таких обязательств: это возмещение вреда, причиненного в силу государственной или общественной необходимости, и возмещение вреда в целях предотвращения опасности, угрожающей государственным, общественным или личным интересам[3]. О. Н. Садиков на основе анализа действующего законодательства различает возмещение убытков, причиненных

---

[1] См.: *Белов В.А.* Гражданское право. М., 2002. С. 514–518; *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве РФ. М., 2009. С. 157–175.

[2] *Флейшиц Е.А.* Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С. 49.

[3] *Шевченко А.С.* Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями. Владивосток, 1989. С. 63 и далее.

правомерными действиями, нарушающими вещные права; нарушающими обязательственные права и иные правомерные действия, влекущие убытки[1], к числу последних относит крайнюю необходимость, общую аварию, обнаружение потерянных вещей, задержание безнадзорных животных и ведение чужих дел без поручения. Представляется, что не во всех этих случаях возникают обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда, поскольку нет действий, пусть даже правомерных, причиняющих вред лицу, понесшему определенные имущественные издержки, например, нет таких действий со стороны лица, потерявшего вещь, или доминуса в обязательствах из ведения чужих дел без поручения. Действительно, в этих случаях возникает необходимость справедливого урегулирования отношений, связанных с наличием убытков у отдельных участников, но это осуществляется не в рамках обязательств возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, которые носят внедоговорной и охранительный характер. Причинение вреда не может быть предметом договора, в договоре можно только предусмотреть обязанность по возмещению убытков, возникших в результате противоправного его нарушения.

Обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, являются видом и в тоже время исключением из более общего понятия обязательств по возмещению вреда. Они представляют своего рода компромисс в ситуации, когда, с одной стороны, происходит нарушение прав потерпевшего, с другой же стороны, причинение вреда происходит в результате правомерных действий, которые, как правило, являются полезными и желательными, а в ряде случаев и необходимыми. При коллизии интересов потерпевшего и причинителя законодатель, вполне обосновано, отдает предпочтение защите интересов потерпевшего.

В последнее время в юридической литературе неоднократно высказывались мнения о вытеснении деликтных обязательств страхованием, даже указывалось на «свидетельство заката гражданской ответственности, по крайней мере, в области деликтных отношений»[2]. Представляется, что страхование, не выполняющее карательной и, соответственно, превентивной функции, а имеющее только компенсационное значение, не может вытеснить в настоящее время деликт-

---

[1] *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве РФ. М., 2009. С. 157–174.

[2] См.: *Кулагин М.И.* Предпринимательство и право: опыт Запада // Избранные труды. М., 1997. С. 283.

ные обязательства. Кроме того нельзя заранее предусмотреть все возможные случаи причинения вреда. Вместе с тем в случаях правомерного причинения вреда страхование может и должно широко применяться, поскольку оно позволяет в наибольшей степени учесть интересы и потерпевших, и причинителей вреда.

**Библиографический список:**

1. *Агарков М.М.* Обязательства по советскому гражданскому праву. М., 1940.

2. *Агарков М.М.* Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6.

3. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2009.

4. *Белов В.А.* Гражданское право. Общая часть. Учебник. М., 2002.

5. *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2009.

6. *Власова А.В.* Структура субъективного гражданского права. Ярославль, 1998.

7. *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972.

8. *Кулагин М.И.* Предпринимательство и право: опыт Запада // Избранные труды. М., 1997.

9. *Радченко С.Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России. М., 2010.

10. *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве РФ. М., 2009.

11 *Смирнов В.Т., Собчак А.А.* Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983.

12. *Степанов Д.И.* Феномен корпоративного контроля // Вестник гражданского права. 2009. № 3. Т. 9.

13. *Тарасенко Ю.А., Ястржембский И.А.* Рецензия на работу С.Д. Радченко «Злоупотребление правом в гражданском праве России» // Вестник гражданского права. 2010. № 2. Т. 10.

14. *Флейшиц Е.А.* Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951.

15. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995.

16. *Шевченко А.С.* Проблемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями // Деликтные обязательства по российскому гражданскому праву. Сборник научных трудов. Владивосток, 2005.

17. *Шевченко А.С.* Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями. Владивосток, 1989.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 1/2011

# Особенности определения причинной связи в составах нарушения правил обращения с источниками повышенной опасности

**источник повышенной опасности; правила безопасного обращения с ИПО; нарушения требований безопасности; действие; бездействие; ущерб; причинная связь**

***Е. В. Медведев***

***кандидат юридических наук, доцент, заместитель декана юридического факультета по научной работе, доцент кафедры уголовного права и криминологии Ульяновского государственного университета***

Нарушения порядка обращения с источниками повышенной опасности (нарушения правил безопасности при производстве работ – ст.ст. 215, 216, 217 и т.д.; транспортные преступления – ст.ст. 263, 264 и т.д.) имеют составы с бланкетными признаками. Поэтому суть таких посягательств складывается из двух составляющих. Формально – должна быть нарушена конкретная норма закона или подзаконного акта, определяющего порядок эксплуатации опасных объектов, объективно – это должно вылиться в наступление конкретных последствий: в нарушение состояния безопасности жизни и здоровья людей, окружающей природной среды и т.д. или причинение им существенного материально выраженного ущерба.

По содержанию преступное поведение данного типа может быть выражено в: 1) неисполнении виновным возложенной на него обязанности действовать определенным образом; 2) ненадлежащем исполнении виновным указанной обязанности, которая может быть представлена в виде предписания совершить определенные действия, либо, наоборот, воздержаться от них[1]. Отсюда следует, что с объективной стороны нарушение правил обращения с ИПО возможно как в форме действия, так и бездействия.

---

[1] Чаще всего, как показывает практика, такого рода преступления совершаются в форме бездействия.

Но более всего специфика преступлений рассматриваемой группы проявляется в механизме причинения ими вреда. Суть его проявляется в следующем. Своевременные действия или бездействие лица, на которого возложены специальные обязанности, выступает одним из необходимых элементов нормального, безопасного функционирования системы, в основу работы которой положен ИПО. Выпадение указанного элемента из системы нарушает нормальное развитие событий внутри нее, влечет за собой цепь незапланированных изменений в работе источника повышенной опасности, которые выливаются в создание аварийной обстановки, и, в конечном счете, – в наступление разрушительных последствий.

Отсюда следует, что причинение вреда в таких посягательствах чаще всего носит опосредованный характер. Здесь, как правило, нет прямого контакта между виновным и потерпевшим, непосредственного воздействия первым на организм последнего. Ненадлежащие действия или бездействие субъекта предопределяют лишь неправильный ход развития событий на опасном производстве, нештатную работу источника повышенной опасности, который выходит из-под контроля человека и уже затем причиняет ущерб жизни или здоровью лица, управляющего им, или окружающим лицам.

Наличие опосредованного типа причинности, как справедливо отмечает большинство специалистов, всегда предполагает многофакторность причин и условий наступления неблагоприятного результата[1]. Как пишет С.С. Воронков, «Явление, которое мы называем следствием, нельзя обязательно рассматривать как результат действия одного порождающего фактора («причина»), оно может быть порождено совокупностью одновременно или последовательно действующих факторов. При этом мы можем или всю совокупность факторов расценивать как единую «общую» причину, или же отдельные факторы называть частными (частичными) причинами»[2]. В этом его поддерживает П.С. Дагель. Характеризуя нарушения правил охраны труда, он говорит: «Такие нарушения могут играть и главную, определяющую, и второстепенную роль в общей сумме детерминирую-

---

[1] См., например: *Дагель П.С.* Причинная связь в преступлениях, совершенных по неосторожности // Вопросы борьбы с преступностью. 1981. № 34. С. 35; *Чучаев А.И.* Причинная связь в транспортных преступлениях // Советская юстиция. 1985. № 12. С. 19. и др.

[2] *Воронков С.С.* Квопросу о необходимом характере связи причины и следствия // Вопросы детерминизма в природе и обществе. Вып. 4. Омск, 1976. С. 6.

щих факторов». Причем автор считает, что совершенно одинаковые нарушения правил предосторожности, повлекшие аналогичные результаты, могут в различных ситуациях, и даже в одной ситуации, но со стороны различных лиц, играть неодинаковую причиняющую роль[1]. Названное обстоятельство неизбежно ставит перед исследователем вопрос о значении и причиняющей роли каждого из названных факторов в наступлении конкретного преступного последствия, а также о возможности привлечения к ответственности за наступление одного последствия нескольких лиц.

Отдельные авторы отрицают такую возможность. Например, А. Горбуза и Е. Сухарев, опираясь на некое «общее правило» считают, что виновным в совершении таких преступлений может быть признано только одно лицо[2]. Другие, признавая множественную причинную зависимость, полагают, что в неосторожных преступлениях нарушение соответствующих правил носит по отношению к последствиям случайный характер. Например, по мнению И.П. Лановенко, травмирование людей есть, как правило, случайное последствие преступного отношения к требованиям правил техники безопасности и иных правил охраны труда, так как оно может наступить, но может и не наступать, может быть легким, тяжелым или смертельным[3]. Примерно в таком же ключе высказывается и М.С. Гринберг. Он пишет: «поддержание режима общественной безопасности в сфере взаимодействия человека и техники связано в основном и главным образом с соблюдением норм, рассчитанных на предотвращение случайного вреда»[4].

В целом мнение о том, что причинная связь в преступлениях, связанных с нарушением порядка обращения с источниками повышенной опасности, имеет многофакторный характер и, как правило, состоит из ряда звеньев причинной цепи[5] вполне логично и обосновано, и не вызывает каких-либо возражений. Спорным выглядит лишь утверждение о случайном характере наступления последствий.

---

[1] *Дагель П.С.* Причинная связь в преступлениях, совершенных по неосторожности. С. 32.
[2] См.: *Горбуза А., Сухарев Е.О* квалификации дорожно-транспортных преступлений // Советская юстиция. 1980. № 8. С. 26.
[3] См.: *Лановенко И.П.* Охрана трудовых прав. Киев, 1975. С. 251.
[4] *Гринберг М.С.* Преступления против общественной безопасности. Свердловск, 1974. С. 77.
[5] См., например: *Кудрявцев В.Н.* Причинность в криминологии. М., 1968.

Действительно, порой, в одной и той же ситуации деяние может повлечь различные последствия. Однако это отнюдь не исключает их объективной взаимозависимости и взаимообусловленности. Как справедливо замечает В.Е. Квашис, «чем более грубый и злостный характер носит нарушение правил, тем при прочих равных условиях вероятнее наступление вредных последствий и тяжелее сами последствия».

По нашему мнению, случайность, о которой говорят оппоненты, следует относить лишь к общему результату, полученному от суммы всех его детерминант. Она возникает из-за того, что в развитие причинно-следственных связей помимо неосторожного действия виновного вмешиваются другие факторы, которые имеют равный с ними или еще больший причиняющий потенциал. Но запускает механизм детерминации последствий ни что иное, как человек, а точнее, конкретное нарушение им правил безопасного обращения с ИПО. В такой ситуации налицо вполне закономерное развитие причинно-следственной связи деяния с наступившими последствиями. Если бы виновный не ошибся в своих действиях, действовал иначе, то и последствия тоже не наступили бы. Поэтому к утверждению о случайности возникновения последствий при нарушении правил безопасной работы с ИПО следует относится весьма осторожно.

Отдельный интерес вопрос о причинном взаимодействии в преступлениях рассматриваемой группы приобретает, когда речь идет о нарушениях, совершаемых путем бездействия. В этом случае наблюдается разрыв физической взаимообусловленности причины и следствия, в связи с чем часть авторов отрицает наличие причинной связи между бездействием и последствием[1].

На этот счет в свое время весьма недвусмысленно высказывался М.Д. Шаргородский. Он полагал, что при бездействии причинная связь отсутствует вообще, и вопрос, который нужно решать в этом случае, состоит не в том, что бездействие является причиной наступившего результата, а в том, что субъект отвечает за бездействие. По мнению ученого, бездействие лица, которое должно было вос-

---

[1] См., например: *Медведев Е.В.* Некоторые вопросы уголовной ответственности за преступления, совершаемые в форме бездействия // Материалы Международной научной конференции «Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики» // Правоотношения и юридическая ответственность. Ч. 1. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 2006. С. 254.

препятствовать наступлению общественно-опасных последствий, влечет ответственность не потому, что оно причинило результат, а потому, что субъект не воспрепятствовал наступлению результата, когда он обязан был это сделать[1]. «При исследовании причинной связи», – говорит он, – «мы не исследуем ничего иного, кроме физических, химических … и т.п. закономерностей объективного мира, которые в конкретном случае приведены в движение внешним поведением человека»[2].

В таком же ключе рассуждает и Г.В. Тимейко. Ученый настаивает на том, что при бездействии вред причиняется «внешними вредоносными силами», а «путем бездействия нельзя пробудить дремлющие силы природы и общества, усилить уже действующие силы или придать им другое направление»[3]. В этом его полностью поддерживает В.Б. Малинин, который допускает признание лишь генетического принципа причинности – активности причины, и считает, что бездействие, не обладая ни физическими ни энергетическими свойствами, не может воздействовать на материальный объект и причинить ему вред. Он также склоняется к тезису о том, что «причинная связь при бездействии отсутствует, а ответственность наступает за само бездействие, за неисполнение обязанности как за таковое, а не за бездействие[4].

В целом аргументы ученых, отрицающих возможность причинения ущерба путем бездействия, в основном сводятся к тому, что в подобных случаях причиной конечных событий выступают «иные силы», а не поведение виновного. Бездействующий же субъект на самом деле ничего не причиняет, поскольку в его поведении отсутствует силовой, производящий, действенный момент. Стало быть, и ответственность он должен нести не за причинение вреда, а за его непредотвращение.

Сторонники противоположной точки зрения, критикуя оппонентов, чаще всего ссылаются на теорию социальных связей. Внутри нее также сформировалось несколько мнений. Одни специали-

---

[1] *Шаргородский М.Д.* Преступления против жизни и здоровья. М., 1948. С. 98.
[2] *Шаргородский М.Д.* Некоторые вопросы причинной связи в теории права // Советское государство и право. 1956. № 7. С. 42.
[3] См.: *Тимейко Г.В.* Общее Учение об объективной стороне преступления. Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского университета, 1977. С. 59–60.
[4] См.: *Малинин В.Б* Проблемы установления причинной связи в судебно-следственной практике: Монография. СПб: Санкт-Петербургский университет МВД России, 1999. С. 109.

сты полагают, что бездействие, как и действие, способно причинять вред, может порождать определенные изменения в окружающем мире[1]. Авторы данной концепции опираются на теорию общественных закономерностей, обосновывающую их качественное своеобразие и позволяющую говорить о причиняющих свойствах бездействия в рамках социальных связей[2]. Так, по мнению Г.А Кригера, принципиальной разницы между действием и бездействием как формами преступного деяния нет, поскольку… «бездействие влечет изменения во внешнем мире и в этом смысле оно равноценно действию»[3]. Таким образом, в рамках этой теории ученые фактически уравнивают причинения вреда с его непредотвращением.

То же самое наблюдается и в работах, где причинность анализируется на основе семантического подхода. Суть данного подхода состоит в том, что бездействие в его рамках рассматривается как акт, противоположный действию – «не-действие». Последствие такого «действия с отрицательным знаком» определяется как «последствия, которые не наступили бы в случае, если бы воздержания не было». Таким образом, «последствия» бездействия формулируются с помощью знака отрицания.

Однако эти рассуждения, как представляется, говорят отнюдь не о причиняющем характере бездействия. Они приводят нас лишь к выводу о том, что при бездействии лицо отвечает за то, что не предотвратило последствия. Кстати, в итоге к этому приходят и сами авторы анализируемой точки зрения, указывая в своем резюме на то, «чего не случилось бы, если бы имело место должное (ожидаемое) действие»[4].

Равнозначное восприятие причинения вреда и его непредотвращения встречается и в других работах. К примеру, М.И. Ковалев и Н.А. Ныркова считают, что «в правовом плане юридическое бездействие существенно не отличается от действий», объясняя это

---

[1] Курс уголовного права Общая часть. Т. 1. Учебник для вузов / Под. ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. С. 241; *Коржанский М.И.* Уголовне право Украіни. Частина загальна: Курс лекцій. Наукова думка, 1996. С. 162.

[2] Курс советского уголовного права. Ч. Общая. Т.2. Преступление. М.: Наука, 1970. С. 195–196.; *Кошелева А.Ю.* Особенности причинной связи в составах преступлений, совершаемых путем бездействия: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 5.

[3] *Кригер Г.А.* Причинная связь в советском уголовном праве // Советская юстиция. 1979. №1. С. 9.

[4] *Врублевский Е.* Бездействие и причинность // Правоведение. 1971. № 1.

тем, что «пассивность виновного лица позволяет вырваться на простор разрушительным силам, которые он должен и мог контролировать, и именно это обстоятельство позволяет считать его виновным в наступлении преступного результата»[1].

В контексте обозначенной полемики становится очевидным, что решение рассматриваемого вопроса невозможно без применения правила золотой середины. На наш взгляд, при определении наличия или отсутствия причинной связи в преступлениях, совершенных в форме бездействия, нужно исходить из следующего. С одной стороны, конечно, нельзя признать, что бездействие в виде невыполнения требований безопасности на производстве порождает последствия в виде причинения вреда жизни или здоровью человека и т.д. и выступает его причиной. В этом плане, совершенно правы те ученые, которые утверждают, что «при исследовании причинной связи мы не исследуем ничего иного, кроме физических, химических … и т.п. закономерностей объективного мира, которые в конкретном случае приведены в движение внешним поведением человека»[2], и что проблема причинной связи должна решаться только на основе естественных законов причинности[3]. С другой – нельзя не согласиться и с тем, что сущность бездействия определяется социальной природой, и невыполнение обязанности действовать, которая выступает элементом общественных отношений и одним из важнейших и необходимых компонентов системы мер обеспечения безопасности жизни и здоровья людей при взаимодействии их с источниками повышенной опасности, а также условий предотвращения вреда, находится, хоть и не в прямой, но все же во взаимозависимости с ущербом, наносимым обществу, государству и личности данным преступлением. Ведь при нормальной работе этой системы, при выполнении всех необходимых действий и требований, которые являются ее неотъемлемыми компонентами, указанные последствия могут и не наступить.

Стало быть, причинно-следственная связь между деянием и последствиями в нарушениях порядка обращения с ИПО все же нали-

---

[1] См.: Уголовное право. Общая часть. Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. М.: ПРИОР, 1999. С. 158.

[2] *Шаргородский М.Д.* Некоторые вопросы причинной связи в теории права // Советское государство и право. 1956. № 7. С. 42.

[3] См., например: *Тимейко Г.В.* Общее учение об объективной стороне преступления. Ростов-н/Д.: Изд-во Ростовского университета, 1977. С. 134.

чествует. Хотя, при этом она носит опосредованный характер. Угроза в названных деяниях всегда происходит от источника повышенной опасности, а детерминирует опасное состояние, которое затем реализуется в конкретные вредные последствия, не что иное, как конкретный факт нарушения правил безопасного обращения с ИПО лицом, на которое возложена обязанность соблюдать указанные выше правила.

**Библиографический список:**

1. *Дагель П.С.* Причинная связь в преступлениях, совершенных по неосторожности // Вопросы борьбы с преступностью. 1981. № 34.

2. *Воронков С.С.* Квопросу о необходимом характере связи причины и следствия // Вопросы детерминизма в природе и обществе. Вып. 4. Омск, 1976.

3. *Горбуза А., Сухарев Е.О* квалификации дорожно-транспортных преступлений // Советская юстиция. 1980. № 8.

4. *Лановенко И.П.* Охрана трудовых прав. Киев, 1975.

5. *Гринберг М.С.* Преступления против общественной безопасности. Свердловск, 1974.

6. *Кудрявцев В.Н.* Причинность в криминологии. М., 1968.

7. *Медведев Е.В.* Некоторые вопросы уголовной ответственности за преступления, совершаемые в форме бездействия // Материалы Международной научной конференции «Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики» // Правоотношения и юридическая ответственность. Ч. 1. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 2006.

8. *Кригер Г.А.* Причинная связь в советском уголовном праве // Советская юстиция. 1979. №1. С. 9.

9. *Врублевский Е.* Бездействие и причинность // Правоведение. 1971. № 1.

# Криминалистическая характеристика злоупотреблений должностными полномочиями

**криминалистическая характеристика; должностные полономочия**

***Д. В. Ульянов***
***соискатель Российской таможенной академии***

Злоупотребление должностными полномочиями относится к числу наиболее опасных преступлений среди противоправных деяний против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления ( в 2009 году их было совершено 43086). Обобщения следственной практики показывают, что криминалистическую характеристику рассматриваемого преступления составляют следующие основные данные о: обстановке совершения преступления (время, место); способе совершения и сокрытия преступной деятельности; личностных свойствах субъекта преступления; механизме противоправного деяния; следах преступления; предмете преступного посягательства; целях и мотивах совершения преступления.

Данные об обстановке совершения преступления (время, место). Обстановка включает в себя все окружающие субъекта условия, в которых совершается преступная деятельность, основными из которых являются время и место. Пребывание должностного липа в определенный момент времени на месте преступления или, наоборот, нахождение в ином месте – это очень важные для расследования факты.

Обстановка совершения злоупотреблений должностными полномочиями складывается из условий, в которых действует должностное лицо, исполняя свои обязанности[1] или специально выбирает их. В первом случае они зависят от полномочий должностного лица, порядка их реализации. На обстановку влияют характеристика дея-

[1] См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16 октября 2009 г. № 19 "О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий".

тельности организации или ее подразделения, установленный внутренний распорядок, регламент деятельности. Отметим, что преступник нередко специально предпринимает усилия для создания благоприятной обстановки, способствующей совершению преступления и его сокрытию. Для злоупотребления должностными полномочиями в конкретных учреждениях и организациях характерна обстановка бесконтрольности, бесхозяйственности, бюрократизма, волокиты, круговой поруки.

Непосредственным местом совершения рассматриваемой категории преступлений являются: рабочее место должностного лица (84,2%); нерабочее место должностного лица, но в пределах здания, учреждения, организации (11,7%); неформальная обстановка (вне здания, учреждения, организации) – 4,1%.

Не только место совершения преступления, но и время его совершения имеет принципиальное значение для установления различных обстоятельств совершения преступления. Установлено, что абсолютное большинство преступных деяний совершалось в рабочее время (93,6%). Отметим, что в одних случаях преступления совершаются в короткий промежуток времени, в других имеют длительный период. Отдельные действия преступника, растянутые по времени, могут осуществляться и в нерабочее время.

Данные о способах совершения и сокрытия преступления. Способ совершения преступления в целом и его отдельные структурные элементы, проявляющиеся преимущественно в материальных следах, являются важным источником сведений о поведении преступника. Как показывает следственная и судебная практика, в основном, преступления исследуемой категории совершаются путем активных противоправных действий, нарушающих обязательные для исполнения законы, другие нормативно-правовые акты, предписания.

Злоупотребление должностными полномочиями может выражаться в следующих формах: нарушение финансовой дисциплины; использование целевых денежных средств не по прямому назначению; обман ревизионных и контролирующих органов; отпуск либо сбыт товарно-материальных ценностей по заниженным ценам; выделение помещений, оборудования, транспортных средств и иного имущества в аренду с заниженной арендной оплатой; заключение договоров на заведомо невыгодных условиях; сокрытие хищений и недостач; неосновательная передача имущества в пользование частным и юридическим лицам; извлечение выгоды без изъятия и обращения чужого имущества в свою пользу; использование труда,

транспортных средств, машин, механизмов, помещений в личных целях без оплаты; возмещение стоимости выполненных работ и оказанных услуг и др.[1]

Использование служебных полномочий как своеобразная форма реализации предоставленных прав и возложенных обязанностей предполагает, прежде всего, активную форму поведения, выраженную в действии. Однако следственная и судебная практика не исключает и совершения злоупотреблений должностными полномочиями путем воздержания от действий. В этом случае бездействие выражается главным образом в преступно-небрежном отношении к исполнению своих должностных обязанностей и выполнению установленного регламента.

В подавляющем большинстве случаев преступники продумывают комплекс мер, направленных на сокрытие самого факта преступления или своего участия в нем. Лица, злоупотребляющие должностными полномочиями, как правило, стараются создать видимость осуществления законной деятельности, заранее продумывают место и время совершения преступления, стремятся обеспечить конфиденциальность, отсутствие свидетелей-очевидцев. Нередко за свои незаконные действия (бездействие) должностные лица получают материальное вознаграждение (взятку), маскируемое получением так называемой «спонсорской помощи», которая затем не отражается в бухгалтерской документации[2].

По результатам программированного опроса 110 следователей, принимавших участие в расследовании злоупотреблений должностными полномочиями, была получена информация о следующих основных способах сокрытия преступления: перевод на другие должности (1,4%); увольнение лиц, которым стало известно о совершенном преступлении (1,8%); подкуп свидетелей и должностных лиц (3,6%); дача заведомо ложных показаний (61%); уничтожение управленческой документации (4,2%); искажение бухгалтерской, статистической и иной отчетности (9,4%); изъятие вещественных

---

[1] Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации: расширенный уголовно-правовой анализ с материалами судебно-следственной практики / Под общей ред. Н.А. Овчинникова. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен, 2007.

[2] О тесной взаимосвязи исследуемого состава преступления и преступлений, объединенных составами преступлений по ст. 290-291 УК РФ, отмечается в ч. 1 ст. 1 ФЗ «О противодействии коррупции» – все эти деяния признаются коррупционными. См.: О противодействии коррупции: Федеральный закон РФ от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

доказательств и следов преступления (личных записей, ярлыков, фотографий, вещественных доказательств с различными следами, и т.п.) – 18,6%.

Данные о личностных свойствах субъекта преступления. Характер и вид совершенного преступления находятся в тесной связи с личностными свойствами субъекта[1]. Обо всем этом можно судить по оставленным преступником во вне следам, наличие которых – закономерное явление, ибо субъект преступления является самостоятельным и важным отражаемым объектом в процессе возникновения доказательств, важным источником информации3.

Лица, совершающие злоупотребление должностными полномочиями, по возрастным категориям, распределяются следующим образом: от 18 до 24 лет – 3,4%; от 25 до 29 лет – 12%; от 30 до 49 лет – 68,7% и свыше 50 лет – 15,9%. Как видно из приведенного, крайне низкий процент, по понятным причинам, приходится на возрастную группу от 18 до 24 лет (она характерна для корыстно-насильственных преступлений). И наоборот подавляющее большинство преступлений совершается лицами в возрасте от 30-50 лет, что, несомненно, связано с их богатым жизненным и профессиональным опытом, высоким уровнем образования, доверием к ним со стороны руководства, а также обширными связями среди различных социальных слоев общества.

Злоупотребление должностными полномочиями в основном совершают мужчины (84,9%), на женщин приходится 15,1% рассматриваемого преступления. 89% причастных к совершению преступлений исследуемой категории проживало в городе и лишь 11% – за его чертой. Естественно, что в условиях города, где расположены различные учреждения, предприятии и организации, возникают дополнительные возможности совершения исследуемой категории преступлений. Что касается уровня образования лиц совершающих должностные злоупотребления, то в основном это лица, имеющие высшее профессиональное и среднее профессиональное образование, поскольку реализация организационно-распорядительных и административно-хозяйственных функций, требует высокого уров-

---

[1] *Кудрявцев В.Н.* Причины правонарушений. М., 1976. С. 82, 208–211.

[3] См., например: *Самойлов Г.А.* Основы криминалистического учения о навыках. М., 1968; *Цветков П.П.* Исследование личности обвиняемого. Л., 1973; *Глазырин Ф.В.* Изучение личности обвиняемого и тактика следственных действий. Свердловск, 1973; *Ведерников Н.Т.* Личность обвиняемого и подсудимого. Томск, 1978.

ня профессиональной подготовки. В целом картина выглядит следующим образом: высшее профессиональное образование имели 65% преступников, среднее профессиональное – 31% и общее среднее образование – 4%.

Если говорить о социальном статусе лиц причастных к исследуемой категории преступлений, то большую часть из них составляют работники правоохранительных органов (55,3%), другие категории служащих (32,4%), работники органов государственного управления (9,9%), и работники финансово-кредитной сферы – 2,4%.

94,7%, преступлений совершены одним лицом, 5,3% в составе группы, в количестве не более двух человек.

Лица, совершившие злоупотребление должностными полномочиями мало чем отличаются от основной массы граждан, только лишь некоторой деформаций ценностно-нормативной ориентации (в силу своего должностного положения). Однако им присущи такие негативные личностные качества, как эгоизм, корысть, беспринципность, цинизм, наглость, уверенность в безнаказанности (75% опрошенных лиц были уверены, что избегут наказания).

Закономерен вопрос, почему должностные лица так уверены в своей безнаказанности. Ответ вытекает из их статуса. С одной стороны, ст. 19 Конституции Российской Федерации указывает на то, что все равны перед законом и судом. С другой – федеральные законы, основные законы, уставы субъектов федерации устанавливают неприкосновенность определенной категории должностных лиц, что и приводит к совершению правонарушений. Данные о механизме совершения преступления. Механизм противоправного деяния заключается в пространственно-временном развитии события преступления, порядке сочетания, последовательности и динамики отдельных элементов, его составляющих. Механизм преступления тесно соприкасается со способом его совершения и обстановкой, в которой оно совершается. Те или иные моменты, особенности механизма преступления, как правило, находят отражение в материальных и идеальных следах. В ряде случаев знание существенных данных о механизме расследуемого события является решающим в сложном процессе установления истины по делу. Принимая во внимание, что злоупотребление должностными полномочиями, в основном, совершаются путем активных противоправных действий, нарушающих обязательные для исполнения законы и иные нормативно-правовые акты, данный элемент криминалистической характеристики будет иметь существенной значение для расследования.

Данные о механизме совершения преступления позволяют уяснить детали расследуемого события, поведение потерпевшего и обвиняемого, их контакты и взаимодействие; установить алогичности в способе действий преступника; выявить негативные обстоятельства; объяснить и определить местонахождение следов, микрообъектов и иных вещественных доказательств; найти связь между отдельными стадиями совершенного преступления; реконструировать расследуемое событие и т.д.

Данные о следах преступления. Каждое преступление влечет возникновение различных материальных изменений в окружающей среде, потерпевшем, предметах преступного посягательства, в самом преступнике и т.д. Такие изменения в криминалистике принято именовать следами преступления.

Следы должностных злоупотреблений остаются преимущественно в документальных источниках, а именно: в оперативно-служебной, технической, бухгалтерской, организационно-управленческой документации тех предприятий, учреждений и организаций, в которых имелось место злоупотребление. Источниками информации о совершенных преступлениях является учредительная документация, уставы, регламенты, приказы и распоряжения органов государственного управления, договоры и контракты, товарные чеки и квитанции, карточки складского учета, авансовые отчеты, деловая переписка, документы банковского оборота (в том числе на технических носителях информации).

Особый вид информации (наиболее ценный) может содержаться в черновых записях, раскрывающих различные обстоятельства совершения преступления (укрытые от учета заявления граждан, их первоначальные объяснения и т.п.), лиц, причастных к этому, период, в течение которого осуществлялось должностное злоупотребление, отдельные эпизоды преступной деятельности и т.п.[1]

Помимо указанных, следами преступлений являются также обнаруженные материальные ценности и денежные средства, полученные за осуществление преступной деятельности.

Данные о целях и мотивах совершения преступления. Сведения о наиболее распространенных целях и мотивах совершения преступлений используются для эффективного поиска преступника. Цель и мотив совершения преступления тесно связаны между собой и

---

[1] *Шурухнов Н.Г.* Криминалистика: Учебник. 2-е изд., исправл. и доп. М.: Эксмо, 2008. С. 567.

оказывают влияние на способ совершения и сокрытия преступления, определяют предмет его посягательства и т.п. Цель определяет разновидности действий преступника и способ совершения преступления. Знание данных о типичных мотивах совершения преступлений способствует выявлению фактов и обстоятельств, облегчающих раскрытие преступления и изобличение преступника.

Проведенный Верховным Судом СССР в 1990 году обзор дел о должностных преступлениях, выявил, что 56% этих преступлений совершено из корысти, а 44% – из иной личной заинтересованности. Наши исследования показали, что в настоящее время данное соотношение в целом сохраняется. 57,1% обвиняемых за должностные злоупотребления, совершили преступления из корыстной заинтересованности, а 42,9% – из иной личной заинтересованности. При этом корыстная заинтересованность в 86% случаев выражалась в получении имущественной выгоды в свою собственность, а в 14% случаев – в собственность других лиц.

Изучение иной личной заинтересованности – как мотива злоупотребления должностными полномочиями показало, что она выражается в стремлении фигурантов извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленную такими основными побуждениями как: карьеризм (38,4%), протекционизм (7,3%), семейственность (1,2%), желание приукрасить действительное положение (43%), получение взаимной услуги (1,6%), скрыть свою некомпетентность (2,4%) и стремление уйти от ответственности за допущенные ошибки в работе – 6,1%.

Изложенные выше данные образуют структуру криминалистической характеристики именно злоупотреблений должностными полномочиями. Применительно к другому виду или группе преступлений они будут трансформироваться (меняться): одни данные окажутся обязательными, другие – факультативными.

**Библиографический список:**

1. *Кудрявцев В.Н.* Причины правонарушений. М., 1976.
2. *Самойлов Г.А.* Основы криминалистического учения о навыках. М., 1968.
3. *Цветков П.П.* Исследование личности обвиняемого. Л., 1973.
4. *Глазырин Ф.В.* Изучение личности обвиняемого и тактика следственных действий. Свердловск, 1973.
5. *Ведерников Н.Т.* Личность обвиняемого и подсудимого. Томск, 1978.
6. *Шурухнов Н.Г.* Криминалистика: Учебник. 2-е изд., исправл. и доп. М.: Эксмо, 2008.

# Взаимодействие следователя с органами дознания и другими государственными органами при расследовании краж, совершенных несовершеннолетними в группе

**раскрытие преступлений; расследование краж; группа несовершеннолетних; взаимодействие; совершение преступления**

***М. С. Меркулов***
***соискатель кафедры криминалистики Московского университета МВД России***

Эффективность расследования краж, совершенных несовершеннолетними в группе, во многом определяется характером и качеством взаимодействия следователя с другими участниками расследования, что находит отражение в научной литературе[1]. С позиций системного подхода такое взаимодействие необходимо рассматривать как взаимосвязь элементов функциональной системы, созданной специально для профилактики расследования и раскрытия преступлений несовершеннолетних.

Взаимодействие следователя с органами дознания и другими государственными органами в криминалистической литературе принято рассматривать как постоянную организуемую следователем единую по целям и согласованную по задачам деятельность по рациональному сочетанию следственных и оперативно-розыскных мероприятий, которая основана на законе и подзаконных актах,

---

[1] См.: *Кругликов А.П.* Сущность и правовые формы взаимодействия органов предварительного следствия и дознания. Волгоград, 2005; *Котов В.В.* Проблемы взаимодействия следователя с органами дознания при выполнении следственных действий // Актуальные проблемы следственной деятельности. Екатеринбург, 2006; *Бекетов М.Ю.* Проблемы правовых основ взаимодействия следователя и органов дознания // Следователь. 2000. № 5. С. 19–25; *Ларин А.М.* Заметки о предварительном следствии в России // Государство и право. 2001, № 3. С. 72–76; *Цветков С.И.* Проблемы криминалистической методики расследования деятельности преступных сообществ // Проблемы технико-криминалистического раскрытия и расследования преступлений. М., 2004.

осуществляемую присущими каждому из них средствами и методами в целях обнаружения и закрепления сведений о событии преступления, установления виновности (невиновности) подозреваемого в совершении преступления, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного и быстрого разрешения дела[1].

Основой взаимодействия следователя с органами дознания являются как нормативно-правовые акты, научно обоснованные рекомендации а также результаты правоприменительной практики. Нормативными актами установлены и определены порядок взаимодействия, его организация и направленность на выполнение задач уголовного судопроизводства, а также создана система процессуальных гарантий выполнения этих задач, охраны прав и интересов личности[2], в числе которых Конституция РФ, Уголовный кодекс РФ, Уголовно-процессуальный кодекс РФ, Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», международные договоры России по вопросам взаимодействия правоохранительных органов в сфере борьбы с преступностью, а также ведомственные и межведомственные нормативные акты[3].

В литературе, наиболее общем виде, выделяются следующие принципы взаимодействия: во-первых, предельная полнота использования форм взаимодействия; во-вторых, максимальное вовлечение всех органов и организаций, могущих помочь в решении конкретной следственной задачи; в-третьих, обязательное планирование всего процесса взаимодействия и другие[4]. В свою очередь, Е.П. Ищенко, выделяет три основных принципа взаимодействия следователя с другими органами: во-первых, психологическая совместимость взаимодействующих следователя и оперуполномоченного; во-вторых, своевременность; в-третьих, постоянство[5].

---

[1] *Робозеров В.Ф.* Раскрытие преступлений, совершенных в условиях неочевидности. Л., 2003.

[2] *Кругликов А.П.* О правовых основаниях взаимодействия предварительного следствия и дознания // Уголовно-процессуальная деятельность и правоотношения в стадии предварительного расследования: Сборник научных трудов. Волгоград, 2002.

[3] Указ Президента РФ № 224 от 3 марта 1998 г. «Об обеспечении взаимодействия государственных органов в борьбе с правонарушениями в сфере экономики» // СЗ РФ. 1998. № 10. Ст. 1159.

[4] *Дулов А.В.* Тактические операции при расследовании преступлений. Минск, 2001. С. 20.

[5] *Ищенко Е.Л.* Проблемы первоначального этапа расследования преступлений. Красноярск, 2003.

В соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ следователь уполномочен давать органу дознания обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий и др.

Эффективность согласованной деятельности следователей и органов дознания в значительной мере определяется продолжительностью и степенью объединения совместных усилий[1]. Выбор формы взаимодействия следователя и работников органов дознания находится в прямой зависимости от того, установлены или нет подростки, совершившие кражу. Однако решающее влияние на выбор формы взаимодействия оказывают сложность дела, его групповой характер, степень доказанности обстоятельств дела.

Основными процессуальными формами взаимодействия следователя с органами дознания по рассматриваемой категории уголовных дел являются[2], во-первых, выполнение поручений следователя о производстве ОРМ и отдельных следственных действий, а также оказание следователю органом дознания содействия при производстве отдельных следственных действий; во-вторых, обмен в процессе расследования информацией о личности подозреваемых в совершении кражи, условиях формирования преступной группы, взаимоотношениях ее участников.

В свою очередь, к непроцессуальным формам взаимодействия следователя с органами дознания относятся: согласованное планирование действий по реализации оперативно-розыскных данных о преступлении, по розыску несовершеннолетних преступников по горячим следам и т. д.; создание и деятельность следственно-оперативных групп; использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании[3].

Одной из организационных форм взаимодействия при расследовании краж, совершенных несовершеннолетними в группе, явля-

---

[1] *Балашов А.Н.* Взаимодействие следователей и органов дознания при расследовании преступлений. М., 2005.

[2] *Кузнецова Ю.В., Рукавишников В.П., Громов Н.А.* Правовые основы взаимодействия следствия и органов дознания при расследовании преступлений // Следователь. 2006. № 6. С. 43.

[3] *Бекетов М.Ю.* Актуальные вопросы использования непроцессуальных форм взаимодействия следователя и органов дознания в ходе расследования преступлений // Следователь. 2007. № 4. С. 17.

ется создание следственно-оперативных групп (СОГ). Преимуществом расследования данной категории преступлений СОГ является то, что в условиях острого дефицита времени, члены группы сообща анализируют исходную информацию, планируют и организуют работу «по горячим следам», выдвигают версии и намечают меры по их проверке. Постоянство состава группы обеспечивает конкретное, наиболее рациональное распределение обязанностей между ее членами с учетом квалификации и способностей, облегчает взаимопонимание, обусловливает слаженность действий[1].

Создавая СОГ, необходимо уделять особое внимание ее качественному составу, при этом важна не только его специализация, но и высокая квалификация, умение применять научные методы при расследовании. Подобный состав СОГ необходим потому, что часто группы несовершеннолетних являются смешанными, в связи с чем следователь должен обладать большим опытом и знаниями в области психологии преступников любого возраста[2].

В состав данной группы необходимо включать оперативных уполномоченных, специализирующихся на работе по раскрытию преступлений совершенных несовершеннолетними и преступным группам несовершеннолетних, а также работники подразделений по делам несовершеннолетних и участковые инспектора. Сотрудникам ПДН следует поручать обследование условий жизни и воспитания несовершеннолетнего правонарушителя по месту его жительства, после чего они должны представить следователю подробную информацию о личности подростка[3].

В заключение хотелось бы отметить, что в процессе предварительного следствия возникают объективные трудности в отыскании носителей доказательственной информации. Усилиями одного следователя крайне затруднительно в короткий срок найти необходимых свидетелей и очевидцев. В подобных случаях следователь вынужден обращаться за помощью к общественности. К сожалению, в

---

[1] *Долгова А.И.* Социально-психологический аспект преступности несовершеннолетних. М., 2004. С. 54.

[2] *Татьянина Л.Г.* Предварительное расследование уголовных дел о групповых многоэпизодных преступлениях несовершеннолетних: Дис. … канд. юрид. наук. Ижевск, 2002.

[3] Методические рекомендации об организации взаимодействия следователей, работников уголовного розыска и инспекций по делам несовершеннолетних в предупреждении, раскрытии и расследовании преступлений, совершенных несовершеннолетними. М., 2003.

УПК РФ не предусмотрена такая норма, и мы считаем это большим пробелом. Следователь может использовать помощь общественности в раскрытии преступлений, в розыске лиц, совершивших преступление, которая может осуществляться в преследовании преступника по горячим следам, задержании и доставлении его к следователю[1].

Таким образом, полное и быстрое расследование краж, совершенных несовершеннолетними в группе, во многом определяется эффективностью взаимодействия следователя с органами дознания, работниками отделов по делам несовершеннолетних и с общественностью, что в свою очередь требует срочного решения проблем правового, организационного и методического характера.

**Библиографический список:**

1. *Кругликов А.П.* Сущность и правовые формы взаимодействия органов предварительного следствия и дознания. Волгоград, 2005.

2. *Котов В.В.* Проблемы взаимодействия следователя с органами дознания при выполнении следственных действий // Актуальные проблемы следственной деятельности. Екатеринбург, 2006.

3. *Бекетов М.Ю.* Проблемы правовых основ взаимодействия следователя и органов дознания // Следователь. 2000. № 5.

4. *Ларин А.М.* Заметки о предварительном следствии в России // Государство и право. 2001, № 3.

5. *Цветков С.И.* Проблемы криминалистической методики расследования деятельности преступных сообществ // Проблемы технико-криминалистического раскрытия и расследования преступлений. М., 2004.

6. *Робозеров В.Ф.* Раскрытие преступлений, совершенных в условиях неочевидности. Л., 2003.

7. *Кругликов А.П.* О правовых основаниях взаимодействия предварительного следствия и дознания // Уголовно-процессуальная деятельность и правоотношения в стадии предварительного расследования: Сборник научных трудов. Волгоград, 2002.

8. *Бекетов М.Ю.* Актуальные вопросы использования непроцессуальных форм взаимодействия следователя и органов дознания в ходе расследования преступлений // Следователь. 2007. № 4.

---

[1] *Кузнецова Ю.В., Рукавишников В.П., Громов Н.А.* Правовые основы взаимодействия следствия и органов дознания при расследовании преступлений // Следователь. 2000. № 6.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 1/2011

# Современные подходы к определению сущности международного процессуального права

**международное процессуальное право; юридический процесс; международное судопроизводство**

***И. М. Махнибородa***
***преподаватель кафедры международного права ЮФУ***

В последнее время в современной науке международного права (МП) получила развитие концепция международного процессуального права (МПрП) при различном понимании учеными его сущности, а как следствие, и предмета регулирования. В условиях фрагментарного развития учения о международном процессуальном праве представляется целесообразной систематизация существующих точек зрения на его природу, поскольку это будет способствовать разработке единого доктринального подхода к изучению, как всех международных процессуальных правоотношений, так и некоторой их совокупности в качестве предмета самостоятельной отрасли МП. Считаем, что только процессуальные правоотношения, связанные с международным судопроизводством, обладают качествами однородности и своеобразия, чтобы составлять предмет отдельной отрасли МПрП. Все остальные процессуальные нормы и правоотношения, складывающиеся в других сферах международного общения, включаются в сферу регулирования иных отраслей и институтов МП. Проводимый в статье анализ направлен на подтверждение приведенного тезиса.

Анализ научной литературы позволяет заключить, что на сегодняшний день изучение МПрП юристы-международники проводят в трех основных направлениях: Выделение международных процессуальных норм и правоотношений в их противопоставлении с материальными нормами и правоотношениями вне рамок рассмотрения правовой природы МПрП; Исследование юридической природы МПрП при применении различных подходов к его определению; Рассмотрение отдельных процессуальных нормативных образова-

ний (международный уголовный процесс, международный гражданский процесс, международное экономическое процессуальное право и др.) без их научного и практического соотношения с МПрП.

Существованием названных направлений можно объяснить наличие в современной науке различных, порой взаимоисключающих концепций правовой природы МПрП.

В первую очередь, процессуальные нормы и правоотношения исследовались теоретиками науки МП. К примеру, проф. И.И. Лукашук в своей работе указал на то, что в современном МП значительное развитие получило регулирование правоосуществления, а потому уже объективно складывается международное процессуальное право[1]. По аналогии со специалистами по внутригосударственному праву, теоретики МП выделяют материальные и процессуальные нормы, обеспечивающие действие материального и процессуального права, которое играет вспомогательную роль по отношению к праву материальному, но из этого не следует, что оно менее значимо, вторично[2].

Следующим направлением исследования международных процессуальных правоотношений является обоснование самостоятельного характера МПрП при использовании различных подходов к его правовой природе, а именно – определение как его как подсистемы общего МП, либо как отрасли.

Профессор Э.А. Пушмин был одним из первых ученых-международников, предпринявшим попытку комплексного изучения элементов международно-правовой процессуальной формы; его труд «Международный юридический процесс и международное право» по сей день является в России единственным монографическим исследованием процессуального аспекта МП. Проведенный анализ позволил Э.А. Пушмину предложить следующее определение МПрП: «Международное процессуальное право – это совокупность процессуальных отраслей, институтов и норм, регулирующих порядок создания и реализации международно-правовых правил поведения государств и других субъектов МП, осуществляемых в

---

[1] *Лукашук И.И.* Новое в осуществлении норм международного права. М., 1987.
[2] *Бирюков П.Н.* Международное право. М., 2000. С. 34, 38; *Василенко В.А.* О содержании и некоторых аспектах соотношения категорий процессуальных средств, процессуальной формы и процессуального производства в международном публичном праве. 1986, С. 34; *Черниченко С.В.* Теория международного права. М., 1999. С. 78.

определенных процессуальных формах»[1]. При таком подходе он оценивал МПрП именно как подсистему общего МП, противопоставляя ее подсистеме материального права.

Вышеназванной точке зрения корреспондирует концепция проф. В.М. Шумилова, согласно которой МПрП – это не институт и не отрасль, а часть МП, т.е. группа процессуальных институтов, подотраслей и отраслей[2]. При этом в ранее опубликованной работе ученый поддержал отраслевой подход к его определению. В частности, рассматривая вопрос о международной ответственности в международных экономических отношениях (МЭО), он писал: «В принципе же все вопросы, связанные с процедурой применения ответственности за правонарушения в МЭО, должны быть, видимо, отнесены к сфере формирующейся в настоящее время отрасли международного процессуального права»[3]. Здесь же проф. В.М. Шумилов спрогнозировал дальнейшее разграничение международного экономического права и МПрП, а также появление новых многосторонних органов разрешения споров, усиление их процедуры, формализацию санкций[4]. При кажущемся противоречии высказанных точек зрения позиция проф. В.М. Шумилова может быть вполне обоснованной в том смысле, что научное выделение в системе МП, двух подсистем – права материального и права процессуального, не отрицает объективного наличия в ней процессуальных отраслей, критерием выделения которых не может и не должно являться количество процессуальных либо материальных норм права, регулирующих их предмет.

Системный подход к сущности МПрП использовал и И.В. Федоров – автор главы «Международное процессуальное право» учебника под редакцией проф. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунова, выделив такие виды юридического процесса, как международный правоприменительный процесс, международный межгосударственный процесс, международный уголовный процесс, международный гражданский процесс, международный гуманитарный процесс[5]. По его

---

[1] *Пушмин Э.А.* Международный юридический процесс и международное право. 1990. С. 81–82.
[2] *Шумилов В.М.* Международное право: учеб. М., 2007. С. 397.
[3] *Шумилов В.М.* Международное экономическое право в эпоху глобализации. М., 2003. С. 205.
[4] Там же. С. 219.
[5] Международное право: учебник / Отв. ред. д.ю.н., проф. Г.В. Игнатенко и д.ю.н., проф. О.И. Тиунов. М., 2006. С. 415–447.

мнению, МПрП объединяет все названные виды юридического процесса и являет собой совокупность принципов и норм, регулирующих международную процедурно-процессуальную деятельность субъектов МП, прежде всего, государств и международных организаций, а также в определенных случаях частных лиц, в различных сферах международного общения[1].

Впервые научное обоснование необходимости выделения отрасли МПрП было дано проф. К.А. Бекяшевым в соответствующем разделе учебника под своей редакцией[2]. Ученый утверждает, что международный процесс в отличие от национальных процессуальных отраслей права нельзя сводить только к деятельности судебных и арбитражных органов по рассмотрению конкретных дел, поскольку МПрП являет собой «совокупность принципов и норм, регулирующих порядок осуществления прав и обязанностей субъектов МП»[3]. Здесь ученым выделяются два направления реализации функций международного процесса: судебная юрисдикция и управленческая роль в обеспечении выполнения норм МП различными средствами (через международные и национальные механизмы и т.д.).

Схожая позиция была высказана и проф. В.П. Пановым, который в предмет отрасли МПрП включает правоотношения, связанные с: 1) нормотворчеством; 2) учредительным процессом; 3) правоприменительным процессом; 4) контрольным процессом; 5) реализацией международной ответственности»[4].

Все вышеприведенные точки зрения, безусловно, заслуживают внимания, в первую очередь потому, что в науке они явились первыми исследованиями сложного вопроса о регулировании процессуальных правоотношений в различных сферах международного общения. Однако, включая в предмет отрасли достаточно разнородные правоотношения и не обосновывая возможность выделения самостоятельной отрасли МПрП на основании критериев, разработанных в науке, исследователи фактически поддерживают позицию проф. Э. А. Пушмина.

Кроме того, достаточно спорной представляется точка зрения, при которой в предмет отрасли МПрП включаются совершенно

---

[1] Там же. С. 415.
[2] Международное публичное право: учеб./ отв. ред. К.А. Бекяшев. М., 2009. С. 943–981.
[3] Там же. С. 943.
[4] Международное право: Учебник для вузов / Отв.ред. Г.М. Мелков. М., 2009. С. 653–654.

разнородные процессуальные правоотношения исключительно по тому критерию, что они опосредуют какой-либо вид процесса – учредительного, контрольного, нормотворческого, правоприменительного или юрисдикционного, т.к. юридический процесс является системным, а не отраслевым понятием. Поэтому, многие из перечисленных учеными процессуальных правоотношений традиционно включаются в другие нормативные образования в системе МП. К примеру, проф. Е.Т. Усенко совершенно обоснованно выделил институт международного нормотворчества в качестве общесистемного института МП[1], который, наряду с процессом правоприменения, и контрольными механизмами, имеется в различных отраслях МП. А правоотношения по учредительному процессу должны относиться скорее к отрасли права международных организаций, т.к. регулируют создание международных институционных учреждений. Считаем, что включение международных отношений, свойственных любой отрасли МП, в сферу регулирования МПрП размывает его предмет, а использование общих теоретических конструкций при формулировании понятия предмета отрасли фактически отождествляет ее с общим МП.

Неясной остается и позиция включения в предмет отрасли МПрП правоотношений, возникающих в ходе реализации государствами своих обязательств по имплементации норм МП, поскольку сам процесс имплементации в значительной степени регулируется национальным правом, а роль МП в данном случае ограничивается закреплением общей обязанности имплементировать те или иные нормы. Подтверждением такого вывода является позиция Верховного суда США, который в своем решении по делу Breard v. Green указал, что на сегодняшний день существует четкий принцип МП, закрепляющий правило о том, что процесс имплементации международного договора должен регулироваться нормами законодательства имплементирующего государства[2]. Конституционный Суд РФ своим постановлением о том, что положение ст. 46 Европейской конвенции по правам человека 1950 г., обязывающее государства исполнять окончательные постановления Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) по делам, в которых они являются сторонами, обусловливает наличие обязанности законодателя обеспечить

---

[1] *Усенко Е.Т.* Очерки теории международного права. М., 2008. С. 109.
[2] *Breard v. Green*, 523 U.S. 371 at 375-376 // Oxford Reports on International Law // http://www.oxfordlawreports.com

наличие механизма исполнения таких постановлений[1], также подтвердил факт того, что имплементационный процесс включается в сферу регулирования национального права. Поэтому нельзя согласиться, например, с мнением Л.Ю. Рыхтиковой, которая не только признает имплементацию частью МПрП, но также утверждает, что национальное законодательство, обеспечивающее выполнение материальных норм МП и решений международных судов, является одним из его источников[2].

Помимо уже приведенных доктринальных положений в науке МП активно ведется работа по изучению отдельных процессуальных нормативных образований с целью выявления их правовой природы.

В частности, высказываются различные точки зрения о правовой природе комплекса норм, направленных на регулирование процесса расследования и рассмотрения судами дел о совершении международных преступлений и преступлений международного характера физическими лицами. Изначально научная мысль развивалась в сторону объединения норм, криминализирующих деяния, признанные преступными в МП, и норм, регулирующих порядок реализации ответственности за их совершение. Так, по мнению проф. Ю.А. Решетова, международное уголовное право (МУП) состоит из двух основных частей – международного материального уголовного права и международного процессуального уголовного права[3]. Впоследствии, в российской науке идею включения международного уголовно-процессуального права в отрасль МУП в своих трудах поддержали И.П. Блищенко и И.В. Фисенко[4], И.И. Лукашук и А.В. Наумов[5], Н.И. Костенко[6].

---

[1] п. 3.5. Постановления Конституционного Суда РФ от 26.02.2010 № 4-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.А. Дорошка, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой» // Российская газета. № 51. 12.03.2010.

[2] *Рыхтикова Л.Ю.* Национальная имплементация норм международного права – часть международного процессуального права. 2005. С. 3.

[3] *Решетов Ю.А.* Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности. М., 1983. С.207.

[4] *Блищенко И.П., Фисенко И.В.* Международный уголовный суд. М., 1998. С.12.

[5] *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Международное уголовное право. М., 1999. С. 13.

[6] *Костенко Н.И.* Международное уголовное право: современные теоретические проблемы. М., 2004. С. 50.

Приведенная точка зрения представляется спорной, поскольку анализ деятельности международных судов убеждает в том, что нормы, регулирующие уголовное судопроизводство, выявляют гораздо больше общих черт с нормами, регулирующими иные разновидности юрисдикционного процесса, чем с совокупностью норм, посредством которых криминализируются международные преступления и преступления международного характера. В этом смысле прогрессивным явился подход, предложенный проф. В.П. Пановым, который одним из первых предложил рассматривать международный уголовный процесс в качестве одного из институтов системы международно-правового процесса[1].

В последнее время появились теоретические разработки, в которых доказывается возможность выделения международного гражданско-процессуального права в качестве самостоятельной отрасли МП (проф. П.Н. Бирюков, Н.М. Юрова)[2]. С таким подходом сложно согласиться в связи с тем, что в рамках МП осуществляется только гармонизация и унификация норм, регулирующих международный гражданский процесс, а также устанавливается обязанность государств имплементировать в национальное законодательство соответствующие нормы, либо же им рекомендуется принятие определенных норм. Нормы международного гражданско-процессуального права реализуются в процессе отправления правосудия внутригосударственными судами, деятельность которых регулируется национальным законодательством. Действие норм МП в данном случае носит субсидиарный характер, поскольку они применяются в случае, если норма внутригосударственного права противоречит норме международного договора,[3] т.е. не предполагается того, что международно-правовые нормы могут осуществлять самостоятельное первичное регулирование деятельности внутригосударственных судов и действий участников судопроизводства при рассмотрении дел с участием иностранных субъектов права на всех стадиях процесса.

При этом, представляется неоправданным использование актов институтов Европейского Союза (ЕС) в качестве убедительного обоснования самостоятельного характера международного граж-

---

[1] *Панов В.П.* Международное уголовное право. М., 1997. С. 56.

[2] *Бирюков П.Н* Международное право: Учеб. пособие. М., 2006. С.667–672; *Юрова Н.М.* Международное гражданское процессуальное право. М., 2008.

[3] ч. 2 ст. 1 ГПК РФ от 14.11.2002 г.; ч.3 ст.3 АПК РФ от 24.07.2002 г.

данско-процессуального права, поскольку, ЕС обладает полномочиями по реализации некоторых суверенных прав своих государств-членов, в том числе и в сфере гражданского процесса[1]. Как отмечают немецкие ученые М. Дзерн и Д. Вольф, европейское право, в связи со спецификой непосредственного действия его норм, «рассматривается в качестве особого правового режима, отличающегося от общего МП»[2].

Кроме того, международное гражданско-процессуальное право не может рассматриваться в качестве самостоятельной отрасли МП, либо в качестве подотрасли МПрП, т.к. в первую очередь, оно призвано регулировать правоотношения, складывающиеся на внутригосударственном уровне при регулировании споров, вытекающих, главным образом, из частно-правовых отношений и связанных с нарушением нормы национального права. Поэтому, учитывая тот факт, что данное нормативное образование призвано регулировать правоотношения, осложненные иностранным элементом, нами разделяется точка зрения проф. Т.Н. Нешатаевой, которая признает за международным гражданским процессом качества института международного частного права[3].

В науке выделяются и другие процессуальные нормативные образования. Так, проф. Г.М. Вельяминов в своей работе обосновал концепцию выделения международного экономического процессуального права, как особого комплекса международных норм, обеспечивающих разрешение международных экономических споров, в качестве подотрасли МПрП[4]. Проф. И.З. Фархутдинов, указывая на наличие в МП такого особого нормативного образования как «международное инвестиционное процессуальное право», фактически рассматривает проблемы организации и проведения международных арбитражных процедур различной правовой природы, и приходит к выводу о существовании «арбитражного права иностранных инвестиций» как одного из «центральных институтов международного инвестиционного права»[5]. Д.Г. Курдюков полагает, что «нор-

---

[1] См: *Meijknecht P.* Impact of Time in the Recent EC Regulations on International Civil Procedure. 2003. P. 437–458.
[2] *Zürn M., Wolf D.* European Law and International Regimes: The Features of Law Beyond the Nation State. 1999. P. 275.
[3] *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. М., 2000. С. 28-29.
[4] *Вельяминов Г.М.* Международное экономическое право и процесс. М., 2004.
[5] *Фархутдинов И.З.* Международное инвестиционное право и процесс. М., 2010. С. 312–330.

мы, регулирующие порядок рассмотрения индивидуальных жалоб Европейским судом [ЕСПЧ] образуют процессуальное право, входящее в отрасль МПрП»[1].

Существует и нигилистическая позиция, отвергающая саму возможность выделения МПрП. В частности, проф. Д.И. Фельдман в работе, посвященной системе МП указывал, что «идея деления МП на материальное и процессуальное не получила признания в советской доктрине»[2]. Н.М. Юрова в своей монографии также приходит к выводу, что отсутствуют предпосылки к выделению в системе МП отрасли МПрП[3]. В западной науке проф. Артур Уотс в 2001 г. схожим образом отверг существование «международных норм процедуры», как единого свода норм, регулирующих процесс судопроизводства в международных судах[4]. С такими выводами, по нашему мнению, согласиться нельзя, поскольку, несмотря на разнообразие процессуальных правоотношений в сфере МП, некоторая их совокупность может составлять предмет отдельной отрасли, при условии их однородного характера.

Анализ работ западных ученых позволяет прийти к выводу о том, что МПрП рассматривается ими, главным образом, как нормативное образование, направленное на регулирование правоотношений, складывающихся в сфере международного судопроизводства. В отличие от отечественных ученых, старающихся проработать теоретический аспект, здесь акцент смещается в пользу решения практических проблем, а именно: разработка вопроса представления доказательств в международном судопроизводстве; исследование стадий судопроизводства и процессуального положения сторон; рассмотрение практического действия принципов процесса; изуче-

---

[1] *Курдюков Д.Г.* Право на жалобу в контексте Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. М., 2003. С. 66.

[2] Здесь необходимо отметить, что в своей работе проф. Д.И. Фельдман подверг критике не столько точку зрения о существовании отрасли международного процессуального права, сколько концепцию, предложенную проф. Л.Н. Галенской, согласно которой отрицается деление МП на отрасли при обосновании необходимости деления всей системы МП на право материальное и право процессуальное, а их, в свою очередь – на ряд институтов. *Галенская Л.Н.* О понятии международного уголовного права. М., 1970. С. 256; *Фельдман Д.И.* О системе международного права. М., 1979. С. 101.

[3] *Юрова Н.М.* Международное гражданское процессуальное право. М., 2008.

[4] *Watts A.* Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement. 2001. P. 21.

ние оснований и порядка применения временных мер; анализ действия основных и специальных принципов МП в процессе рассмотрения споров и др.

Среди трудов западных ученых особое значение имеет работа проф. В. Мани – «Международное судопроизводство: процессуальные аспекты»[1], в которой ученому удалось проанализировать различные аспекты МПрП, а также предложить свой взгляд на многие теоретические и практические вопросы. В отношении правовой природы МПрП проф. В. Мани указывал, что «можно утверждать, что все действия, предпринимаемые спорящими государствами после формального заявления о своем совместном намерении урегулировать спор в порядке арбитражного или судебного разбирательства[2] с целью осуществить данное намерение, должны рассматриваться как образующие основное содержание международной процедуры [по тексту – «body of international procedure»]»[3]. В комментируемой работе неоднократно встречается понятие «международное процессуальное право», которое автор распространяет исключительно на процесс судопроизводства[4].

Более современный взгляд на проблематику представлен в работе проф. Ч. Брауна под названием «Общее право международного судопроизводства» [5], опубликованной в 2007 г., по итогам написания которой автор выпустил статью, содержащую основные положения его труда[6]. В своем монографическом исследовании проф. Ч. Ч. Браун выдвигает предположение о становлении «общего права международного судопроизводства» по следующим основаниям: 1) схожесть нормативного содержания внутренних документов международных судов; 2) возможность применения международными судами единых подходов к толкованию своих учредительных документов; 3) действие доктрины прецедента. Развивая эти положения, ученый акцентирует также внимание на существовании т.н. «неотъемлемой компетенции» у всех международных судов, их схожих

---

[1] *Mani V.S.* International Adjudication: Procedural Aspects. Brill Archive, 1980.
[2] В английском варианте используется термин «adjudicate», который равным образом применяется к двум видам мирных средств урегулирования споров
[3] *Mani V.S.* International Adjudication: Procedural Aspects. 1980. P. 26.
[4] Ibid. P. 25, 192, 460 etc.
[5] *Brown C.* A Common Law of International Adjudication. Oxford University Press. 2007.
[6] *Brown C.* The Cross-Fertilization of Principles Relating to Procedure and Remedies in the Jurisprudence of International Courts and Tribunals. 2008. P. 219–245.

функциях, а также на том факте, что уже образовался некоторый конгломерат международных должностных лиц, выступающих в роли судей, арбитров или представителей сторон[1].

Понимание МПрП как совокупности норм, регулирующих взаимоотношения участников международного судопроизводства, а также сотрудничество с иными субъектами права в связи с его организацией и проведением, характерно и для должностных лиц международных судов, что проявляется в их заявлениях, или непосредственно в принимаемых судебных решениях. Так, Президент Трибунала ООН по морскому праву Ж.Л. Иесус в своем официальном обращении назвал факт возможного участия в процессе Трибунала международных организаций и частных лиц «интересным примером развития международного процессуального права» [2]. Термин «международное процессуальное право» в контексте судопроизводства используется и в других современных исследованиях западных ученых[3].

Рассмотрев существующие точки зрения на правовую природу МПрП, а также подходы к его изучению можно прийти к некоторым выводам. В первую очередь, важно отметить, что применение системного подхода к изучению процессуальных правоотношений не позволяет утверждать о становлении самостоятельной отрасли в общей системе МП. Кроме того, при широком толковании предмета МПрП невозможно выделить общие особенности процессуальных правоотношений, отграничивающие их от предметов других отраслей, а указание на то, что они возникают в сфере применения норм материального права, может подтвердить только теоретическое выделение двух подсистем – права материального и процессуального, что не имеет практического значения.

Фрагментарное исследование отдельных процессуальных нормативных образований в МП, связанных с деятельностью международных судов, без их соотношения с МПрП, позволяет рассмотреть

---

[1] *Brown C.* A Common Law of International Adjudication. Oxford University Press. 2007. P. 15–255.

[2] Press Release of International Tribunal for the Law of the Sea. Statement by Judge José Luis Jesus, President of the International Tribunal for the Law of the Sea, at the Forty-eighth Annual Session of the Asian-African Legal Consultative Organization. Putrajaya, Malaysia. 18–19 August 2009. P. 3 // http://www.itlos.org

[3] *Affolder N.A. Tadić*, The Anonymous Witness and the Sources of International Procedural Law. 1998. P. 445–495; *Amerasinghe C.F.* Evidence in International Litigation. 2005. P. 109; *Benzing M.* Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals. 2006. P. 369, 383; *Biehler G.* Procedures in International Law. 2008. P. 44, 56, 87, 309, etc.

только специфику конкретного вида судопроизводства и не способствует выделению институтов, которые могут быть выявлены практически в любом виде судопроизводства (институт процессуального представительства, институт amicus curiae, институт доказательств и доказывания и др.).

При этом проведенный в данной статье критический анализ был направлен исключительно на то, чтобы объяснить, почему объединение разнородных по своему характеру процессуальных правоотношений в предмет одной отрасли не имеет под собой оснований. К сожалению, большинство мнений по исследуемой проблеме было представлено в учебниках по МП, формат которых не позволил ученым осуществить полный анализ и дифференцированную научную систематизацию процессуальных норм в рамках одной отрасли МП, что нисколько не умаляет большого значения проведенных исследований для развития науки МП и возможного прогрессивного развития МПрП как самостоятельной отрасли. Несомненная заслуга таких ученых, как К.А. Бекяшев, П.Н. Бирюков, И.П. Блищенко, В.М. Шумилов, С.В. Черниченко, В.П. Панов, Э.А. Пушмин, И.В. Федоров, Н.М. Юрова и др., многие из которых являются признанными корифеями в науке, состоит главным образом в том, что своими работами они обратили внимание научной общественности на наличие большого объема нормативного материала, регулирующего именно процессуальные правоотношения, и оказавшегося вне должной научной и практической систематизации.

Надеемся, что представленная систематизация подходов к определению сущности МПрП будет способствовать поиску обоснования самостоятельного характера данной отрасли, и как следствие, четкого отграничения его предмета от предмета других отраслей МП, на основании общепризнанных критериев.

В общей теории права критериями выделения отраслей права традиционно признаются предмет и метод правового регулирования. Однако в связи с тем, что международно-правовое регулирование характеризуется единством метода[1], то в МП именно специфика предмета является фактором формирования отрасли. Поэтому отрасли в системе МП понимаются как «комплексы однородных и сложившихся, согласно предмету правового регулирования, норм»[2].

---

[1] *Ануфриева Л.П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002 С. 47; *Левин Д.Б.* Наука международного права в России в конце XIX, начале XX веков. М., 1982.

[2] Международное право: Учебник для вузов / Отв. ред. д.ю.н., проф. Г.В. Игнатенко и д.ю.н., проф. О.И. Тиунов. М., 2006. С. 26.

Помимо этого, выделяются и иные критерии, носящие вторичный характер, поскольку, ни один из этих критериев не получил общего признания «ввиду его недостаточности, либо неопределенности, либо непригодности для МП»[1]. В частности, выделяются такие критерии, как качественное своеобразие и обособленность (автономность) группы норм; особенность источников этих норм и способов их создания; большой объем нормативного материала, регулирующего данный вид международных отношений; заинтересованность международного сообщества в развитии отрасли.

Анализ системы МП позволяет согласиться с выводами ученых о том, что «нет общепризнанных четких параметров разделения его на отрасли» [2], и с тем, что «перечень отраслей не во всем базируется на объективных критериях» [3]. Так, большинство отраслей в системе МП не имеет в составе специальных источников единого международно-правового акта, который бы регулировал все группы правоотношений, входящие в их предмет (право международных организаций, международное экономическое право, право международной безопасности и др.). Имеются отрасли, регулируемые, главным образом несколькими международными договорами, принятие которых явилось результатом кодификации существующих обычаев, а потому субсидиарное регулирование решениями международных организаций, в большинстве случаев просто не требуется (право международных договоров, право внешних сношений). Есть примеры отраслей, в которых до сих пор нет общепризнанного перечня специальных принципов, т.к. они не нашли своего закрепления в отдельном международно-правовом акте, что допускает наличие широкого спектра мнений по этому вопросу (право международных организаций, международное гуманитарное право, международное экологическое право). Появление некоторых новых и новейших отраслей сделало возможным наделение частных лиц (физических и юридических лиц, включая неправительственные организации) некоторыми правами в сфере МП, что позволило исследователям назвать их если не субъектами, то участниками правоотношений, входящих в предмет данных отраслей (международное право прав человека, международное экономическое право). Однако повсеместно прослеживается одна и та же тенденция: выделение отраслей МП

---

[1] *Усенко Е.Т.* Очерки теории международного права. М., 2008. С. 114.
[2] Международное публичное право: учеб./ отв. ред. К.А. Бекяшев. М., 2009.
[3] Международное право: Учебник для вузов / Отв. ред. д.ю.н., проф. Г.В. Игнатенко и д.ю.н., проф. О.И. Тиунов. М., 2006. С. 26.

происходит на основании критерия регулирования ими международных правоотношений, складывающихся в определенной предметной сфере межгосударственного общения. Единственная группа международных процессуальных правоотношений, удовлетворяющая этому критерию – это правоотношения, связанные с международным судопроизводством, поскольку все иные правоотношения развивают нормы других отраслей или системных институтов МП и, соответственно, включены в их предмет.

Поэтому самостоятельный характер отрасли МПрП может быть доказан на основании критериев, объективность которых не может вызывать сомнений, а именно – наличие в данной отрасли своего предмета, особенных источников правового регулирования, отраслевых принципов, а также особенностей, присущих субъектному составу и порядку применения института ответственности. Проведенное таким образом исследование поможет подтвердить факт того, что международное процессуальное право не является «калькой» внутригосударственных процессуальных отраслей, несмотря на то, что в начале своего развития отрасль выстраивалась на основе норм, по содержанию подобным тем, которые применялись в национальном судопроизводстве. В этом смысле уместным является замечание Судьи Постоянной палаты международного правосудия проф. Хьюбер относительно того, что данный Суд «может иметь сходство с национальным органом правосудия только в качествах своей независимости и постоянного характера деятельности судейского состава, тогда как в том, что касается процесса, сторон, являющихся суверенными государствами, Постоянная Палата не может быть сравнена с той массовой индустрией, которую представляют собой национальные суды» [1]. Хотя развитие МП и допустило частных лиц к участию в международном судопроизводстве, это не привело к его отождествлению с национальным судопроизводством.

Важно отметить, что объединение различных видов международного судопроизводства в рамках одной отрасли МП не кажется нам каким-либо противоречием. В противном случае, особенности, присущие каждому международному суду, позволят считать его отдельным саморегулирующимся правовым режимом (согласно современному учению о фрагментации МП). Действительно, неясно, почему судопроизводство Международного уголовного суда

---

[1] Цит. по: *Spiermann O.* International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. 2005. P. 144 (fn 45).

(МУС), трибуналов ad hoc, интернационализированных трибуналов, которые связаны между собой лишь схожим содержанием процессуальных норм (что обусловило тождественность стадий), объединяется в отдельную отрасль, а судопроизводство в других международных судах, где также можно выявить не меньшее количество идентичных процедур – нет. Учитывая, что вполне обоснованными являются мнения о том, что с созданием МУС может отпасть необходимость в деятельности трибуналов ad hoc, то однажды окажется, что вся отрасль международного уголовно-процессуального права зиждется на деятельности одного Суда.

Целесообразность деления порядка организации процесса на два различных вида по тому критерию, какие дела являются предметом рассмотрения судебного органа, вызывает сомнения даже у специалистов по внутригосударственным процессуальным отраслям, которые отстаивают идею нормативного единства внутригосударственного судопроизводства[1]. И если соответствующие работы, увидевшие свет в американской науке, и на самом деле являющиеся достаточно прогрессивными для своего времени, могут вызвать критическое отношение ввиду того, что они представляют взгляд на проблему от системы общего права, то тот факт, что и в российской науке появляются мнения, например, о самостоятельном характере процессуальной ответственности, общей для всех видов процесса[2], об общих видах процессуальных санкций[3], об абсолютных процессуальных правах[4], о необходимости унификации процессуального законодательства[5] и др., свидетельствует в пользу наличия общих институтов в процессуальных отраслях. Мы далеки от мысли, что в ближайшем будущем внутригосударственные законодатели откажутся от деления

---

[1] *Rosen-Zvi I., Fisher T.* Overcoming Procedural Boundaries. 2008. P. 79–155. В статье авторы оспаривают целесообразность деления процессуального права два вида: уголовный и гражданский процесс, понимая под последним не только судопроизводство по делам, вытекающим из гражданских правоотношений, но и из административных. Проведенный в статье анализ позволил авторам прийти к выводу о том, что наступило время «новой процессуальной революции». См. также: *Steiker S. Carol.* Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide. 1997. P. 775–819.

[2] *Скачкова О.* Проблема ответственности в юридическом процессе. 2007.

[3] Попова З.В. Виды процессуальных санкций. 2006. С. 2-5

[4] *Мурадьян Э.М.* О единстве судебного законодательства. О безусловных процессуальных правах. Об условных процессуальных действиях. 2001.

[5] *Васяев А.А., Волощенко А.В.* О едином процессуальном пространстве или о некоторых несоответствиях УПК РФ, ГПК РФ, АПК РФ. 2008.

судопроизводства на его отдельные виды, тем более что пока это не может являться целесообразным. Поэтому разделяем мнение о том, что применительно к национальному законодательству термин «процессуальное право» может означать только отрасль юридической науки или учебной дисциплины[1]. Но на международном уровне, при невозможности четкого отграничения процессуальных нормативных образований, связанных с международным судопроизводством, их «поштучное» выделение по разным основаниям не имеет под собой логики, а кроме того не позволяет, выделяя общие институты, проводить их универсальную кодификацию, пусть даже и на уровне рекомендательных норм, но позволяющую давать всем им единообразное развитие в рамках одной отрасли.

Поэтому, можно прийти к выводу, что необходимо дальнейшее развитие концепции международного процессуального права на научном уровне, но с должным учетом общепризнанных критериев отрасли, либо с обоснованием невозможности их применения к исследуемым процессуальным правоотношениям, чтобы выводы исследователей подтверждались международной практикой и могли быть использованы правоприменителями.

**Библиографический список:**

1. *Ануфриева Л.П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М.: Спарк, 2002.

2. *Бирюков П.Н.* Международное право. Учеб. пособие. Изд. 3-е. М.: «Юристъ». 2006.

3. *Блищенко И.П., Фисенко И.В.* Международный уголовный суд. М.: ИНФРА-М, 1998.

4. *Василенко В.А.* О содержании и некоторых аспектах соотношения категорий процессуальных средств, процессуальной формы и процессуального производства в международном публичном праве // Вест. Киевского ун-та. Вып. 23. Киев, 1986.

5. *Васяев А.А., Волощенко А.В.* О едином процессуальном пространстве или о некоторых несоответствиях УПК РФ, ГПК РФ, АПК РФ // Законодательство и экономика. 2008. № 2.

6. *Вельяминов Г.М.* Международное экономическое право и процесс (Академический курс). Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2004.

7. *Галенская Л.Н.* О понятии международного уголовного права // Советский ежегодник международного права. 1969. М.: Наука, 1970.

---

[1] *Павлушина А.А.* Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития. Самара, 2005.

8. *Костенко Н.И.* Международное уголовное право: современные теоретические проблемы. М.: «Юрлитинформ», 2004.

9. *Курдюков Д.Г.* Право на жалобу в контексте Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.: дис. …канд.юрид.наук: 12.00.10. М.: РГБ, 2003.

10. *Левин Д.Б.* Наука международного права в России в конце XIX, начале XX веков. Общие вопросы теории международного права. М.: Наука, 1982.

11. *Лукашук И.И.* Новое в осуществлении норм международного права // Советский ежегодник международного права, 1986. М.: Наука, 1987.

12. *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Международное уголовное право. М.: Спарк, 1999.

13. Международное право: Учебник для вузов / Отв. ред. д.ю.н., проф. Г.В. Игнатенко и д.ю.н., проф. О.И. Тиунов. 4-е изд., М.: Норма, 2006.

14. Международное право: Учебник для вузов / Отв.ред. Г.М. Мелков. М.: РИОР, 2009.

15. Международное публичное право: учеб./ Л.П. Ануфриева, К.А. Бекяшев, Е.Г. Моисеев, В.В. Устинов; отв. ред. К.А. Бекяшев. 5-е изд., М.: Проспект, 2009.

16. *Мурадьян Э.М.* О единстве судебного законодательства. О безусловных процессуальных правах. Об условных процессуальных действиях // Современное право. 2001. № 3.

17. *Нешатаева Т. Н.* Международный гражданский процесс: Учебное пособие. М.: Дело, 2001.

18. *Павлушина А.А.* Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития. Самара, 2005.

19. *Панов В.П.* Международное уголовное право. Учебное пособие. М.: Инфра-М, 1997.

20. *Попова З.В.* Виды процессуальных санкций // Исполнительное право. 2006. № 3.

# Международная подсудность в международных соглашениях

**международный гражданский процесс; международное частное право; международные соглашения; определение подсудности; иностранный элемент**

***Э. Г. Пилипсон***
*магистр права (профессиональная степень), докторант Рижского университета Паула Страдыня (Латвия)*

## *Введение*

Под международным гражданским процессом в науке международного частного права понимается совокупность вопросов процессуального характера, связанных с защитой прав иностранцев и иностранных юридических лиц в суде и арбитраже. Термин «международный гражданский процесс» носит условный характер. К международному гражданскому процессу относят следующие вопросы: определение подсудности в отношении дел, возникающих по гражданским, семейным и трудовым правоотношениям с иностранным, или международным, элементом, процессуальное положение иностранных граждан и иностранных юридических лиц в суде, процессуальное положение иностранного государства и его дипломатических и консульских представителей, установление содержания иностранного права, обращение к иностранным судам с поручениями о вручении документов и выполнении отдельных процессуальных действий и исполнение поручений иностранных судов, признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений, совершение нотариальных действий, признание иностранных арбитражных соглашений, рассмотрение споров в порядке арбитража, принудительное исполнение решений иностранного арбитража. Вопросы международного гражданского процесса неразрывно связаны с регулированием самого содержания гражданско-правовых, семейных, а также иных отношений с иностранным элементом.

Рассматривая дела с иностранным элементом, суды применяют в гражданских процессуальных вопросах право своей страны. Иностранный процессуальный закон или кодекс не подлежит применению в национальном суде

В юридической науке, когда говорят об источниках права, имеют в виду формы, в которых выражена та или иная правовая норма.

Источники международного гражданского процесса имеют определенную специфику. В сфере правового регулирования международного гражданского процесса очень большое значение придается тем правовым нормам и правилам, которые предусмотрены в различных международных договорах и соглашениях.

Основных видов источников в международном гражданском процессе четыре: международные договоры, внутреннее законодательство, судебная и арбитражная практика, правовой обычай.

При раскрытии темы статьи, в ней будут рассмотрены вопросы, связанные с конвенциональным регулированием международного процесса, однако представляется необходимым упомянуть также иные источники международного гражданского процесса по следующей причине.

В доктрине неоднократно указывалось, что основная особенность источников международного гражданского процесса состоит в их двойственном характере. С одной стороны, источниками являются международные договоры, а с другой – нормы законодательства и судебная практика отдельных государств.

Согласно господствующей в доктрине точке зрения, международно-правовая норма применяется к соответствующим отношениям только в результате ее трансформации, то есть преобразования в норму внутригосударственного права. Такая трансформация осуществляется путем ратификации, издания актов о применении международного договора, иными словами – акта унификации национального права с правом международным или издания иного внутригосударственного акта, либо его новеллизации. Однако и после их трансформации международно-правовые нормы сохраняют автономный характер по отношению ко всей системе права данной страны в целом. Поэтому о двойственности источников следует говорить в особом, условном смысле.

Как же разрешается вопрос о том, какие источники применять при разрешении отношения, возникшего в рамках международного гражданского процесса, какие средства предлагаются для этих целей международным правом.

Государства идут по пути заключения договоров и конвенций, регулирующих отдельные и комплексные положения, входящие в сферу правового регулирования международного гражданского процесса.

Цель этих договоров состоит в том, чтобы обеспечить взаимное признание и соблюдение имущественных и личных прав граждан одного государства на территории другого. Договоры исходят из принципов равенства и уважения к суверенитету каждой страны – участника данного договора или конвенции.

В данных договорах регулируются отношения по вопросам сотрудничества между органами юстиции, правовой защиты, определения и разграничения компетенции судов и применения права, процессуальных прав иностранцев, исполнения поручений о правовой помощи, признания и исполнения решений по гражданским и семейным делам, признания и пересылки документов, выдачи преступников и другим видам помощи по уголовным делам. Таким образом, действует система договоров о правовой помощи, в которых решается целый комплекс вопросов, касающихся сотрудничества органов юстиции и охраны прав граждан.

Практика заключения договоров и конвенций имеет свою историю. Например, договор между СССР и Финляндией о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам подписан 11 августа 1978 года. Конвенция между СССР и Италией о правовой помощи по гражданским делам была заключена 25 января 1979 года. В ней содержатся правила о правовой защите, об оказании правовой помощи, о взаимном признании вступивших в силу судебных решений по гражданским делам, а также решений, касающихся признания отцовства, установления опеки, попечительства и усыновления.

Двусторонние соглашения по вопросам гражданского процесса СССР имел и с рядом других государств.

Касаясь темы конвенциональных источников гражданского процесса, представляется необходимым сказать, что разработкой проектов конвенций в области международного гражданского процесса занимается Гаагская конференция по международному частному праву, ее ведущая роль в процессе разработке нормативных актов международно-процессуального характера не раз была отмечена авторами, исследующими право, в настоящей статье данной конференции также будет оказано должное внимание. Первая ее сессия была созвана правительством Нидерландов в Гааге в 1893 году по инициа-

тиве известного голландского юриста Тобиаса Ассера. В ней участвовали тринадцать европейских государств, включая Россию.

Наиболее значительными из документов, принятых на сессиях конференции начиная с 50-х годов, являются Конвенция по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 года, Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 года, Конвенция о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 года, Конвенция об облегчении доступа к правосудию за границей 1980 года, Гаагская конвенция от 15 апреля 1958 года о признании и исполнении решений об алиментах в пользу детей, Конвенция об унификации некоторых правил, относящихся к гражданской юрисдикции по делам о столкновении судов от 10 мая 1952 года, другие конвенции. С конвенциями по процессуальным вопросам тесно связана Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов 1961 года.

В данном случае следует назвать Конвенцию стран ЕЭС о международной подсудности, признании и исполнении решении по гражданским и торговым делам и об исполнении публичных документов от 27 сентября 1968 года, вступившую в силу 1 февраля 1973 года. Конвенция создает для стран – членов ЕЭС единое регулирование вопросов международной подсудности и признания иностранных судебных решений по имущественным спорам, конвенция регулирует право личного статуса, на имущественные отношения супругов и наследственные дела действие конвенции не распространяется.

Действует также значительное число разного рода двусторонних соглашений. По вопросам торгового арбитража имеется ряд соглашений. Важнейшие из них – Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года и Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года. В 1975 году была заключена Межамериканская Конвенция о международном коммерческом арбитраже. Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 года вступила в силу в 1976 году.

Второй вид источников международного гражданского процесса – национальное законодательство.

Нормы международного гражданского процесса большей частью содержатся в гражданских процессуальных кодексах, напри-

мер в ФРГ, где действует германский Устав гражданского судопроизводства 1877 года. Во Франции нормы гражданско-процессуального кодекса по вопросам международного гражданского процесса дополняются нормами гражданского кодекса. Итальянский гражданско-процессуальный кодекс 1940 года наряду с упомянутыми выше нормативными актами решает вопросы международной подсудности, признания и исполнения иностранных судебных решений, оказания правовой помощи и некоторые другие. В Англии среди немногочисленных отдельных законодательных актов в рассматриваемой области может быть назван Акт о решениях иностранных судов 1933 года, регулирующий признание и исполнение иностранных судебных решений.

Для раскрытия темы данной статьи, в ней будет использованы труды и концепции правоведов, исследующих сферу правового регулирования международного гражданского процесса, проанализирована система источников международного права, регулирующая сферу правового воздействия международного гражданского процесса.

## *Международная подсудность в международных соглашениях*

Термин «международная подсудность» получил признание преимущественно в российской и германской доктрине. Это понятие является предметом подробного анализа в известном труде Л.А. Лунца и Н.И. Марышевой[1].

В немецкую юридическую литературу данный термин, по свидетельству Нагеля, было введен Нойнером в 1929 году.

Прежде чем начать раскрытие темы настоящей статьи, представляется необходимым привести понятие международной подсудности, проиллюстрировать способы определения международной подсудности и, вкратце, классифицировать виды международной подсудности.

Из курса международного частного права известно, что международная подсудность это «компетенция судов по разрешению дел с иностранным элементом»[2].

---

[1] *Лунц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права: Международный гражданский процесс. М.: Юридическая литература, 1976.
[2] *Богуславский М.М.* Международное частное право. М.: Международные отношения, 1994.

Доктриной международного гражданского процесса выделяются следующие способы определения подсудности. Она определяется по гражданству одной или обеих сторон спора. Данный критерий характерен для ряда стран континентальной системы права, прежде всего, Франции, а также других государств, воспринявших в качестве источника права Кодекс Наполеона.

Критерий, характеризующийся по месту жительства ответчика воспроизведен в действующем на территории Германии Уставе гражданского судопроизводства 1877 года.

Определение подсудности по признаку нахождения предмета искового требования, по месту последнего и известного места жительства ответчика, а также по признаку личного присутствия ответчика, этот критерий воспринят, системой общего права в, которая помимо данного закладывает в основание юрисдикции собственных судов критерий физического присутствия, или фактическую возможность вручить судебную повестку.

Классифицируется подсудность следующей терминологией – подсудность отрицательная и подсудность положительная. Отрицательной подсудностью именуется правовое явление, которое характеризуется тем, что ни один суд не принимает к рассмотрению дело, которое по мотивированному мнению, выраженному в решении или определении суда, неподсудно данному суду. В свою очередь положительная подсудность означает, что исковое требование принимается к производству, по крайней мере, одним судом.

Также международная подсудность существует в определениях исключительной, альтернативной и подсудностью, определяемой на основе пророгационного либо дерогационного соглашения.

Под исключительной подсудностью правовой доктриной понимается та юридическая категория[1] или юридический факт[2], благодаря которому суд только одного государства устанавливает свою компетентность в разрешении спора.

Альтернативная подсудность означает, что подсудность конкретного спора подсудна судам нескольких государств.

---

[1] В данном случае под термином «юридическая категория» понимается норма права, юридически обязательное предписание, благодаря которому суд, действующий в правовой системе континентального права устанавливает свою компетентность в разрешении спора.

[2] В данном случае понимается обстоятельство, подлежащее доказыванию в суде, действующем в государстве «общего права».

Подсудность на основании пророгационного либо дерогационного соглашения означает, что дело, не подсудное суду одного государства, в силу данного соглашения, передается данному суду на рассмотрение. Во втором случае правовая доктрина и практика свидетельствуют о том, что дело, подсудное суду одного государства, передается на рассмотрение суда другого государства.

Охарактеризовав понятие международной подсудности, представляется необходимым перейти к анализу международно-правовых актов, которые определяют и регулируют принципы и критерии международной подсудности, как универсального, так и регионального характера.

Данная необходимость продиктована современными тенденциями в правовом пространстве, которые именуются тенденциями глобализации и регионализации, в том числе и правовых явлений и процессов. Признавая то обстоятельство, что в международном праве отсутствуют общепризнанные, единообразно установленные предписания, регулирующие вопросы подсудности в международно-правовом обороте, ответы на них дает национальное законодательство конкретных государств, либо заключенные ими партикулярные договоры, в настоящем реферате также сделан акцент на анализе как следует из темы реферата, международно – правовых документов, также и национального процессуально – правового законодательства.

Основными международно – правовыми документами, анализируемыми в рамках настоящей статьи будут: Брюссельская Конвенция о юрисдикции и о признании или принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 года[1], Европейская Конвенция о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским делам и судебным спорам, вытекающим из торговой сделки 1968 года[2], Луганская Конвенция о юрисдикции и приведению к исполнению гражданских и торговых дел 1988 года[3], а также принятая 30 июня 2005 года в рамках Гаагской конференции международного частного права на дипломатической конференции конвенция «О соглашениях об исключительной подсудности»[4], другие нормативные акты.

---

[1] Далее – Брюссельская конвенция 1968 года.
[2] Далее – Европейская конвенция 1968 года.
[3] Далее – Луганская конвенция 1988 года.
[4] Далее – Гаагская конвенция 2005 года

Своеобразие источников права, регулирующих международную подсудность обусловлено ее предметом – поскольку международная подсудность разграничивает юрисдикции разных государств, ее основным источником является международное соглашение. Именно межгосударственная договоренность способна разрешить межгосударственные коллизии юрисдикций. В современных условиях правовой и экономической интеграции, интенсивного развития международных связей самого различного уровня, начиная от договоренностей двух государств, заканчивая многосторонними соглашениями, актуальность подобного рода соглашений сложно переоценить.

Анализ международного процессуального права представляется необходимым начать с Европейской конвенции 1968 года.

Поэтапное упразднение территориальных границ между правовыми системами логичным образом уже давно находилось в центре внимания кодификационной деятельности Европейского Сообщества, причем гражданское право и гражданско-процессуальное право уже с начала 60-х годов выдвинулись на передний план.

Цель, направленная на обеспечение признания судебных решений на всей территории Европейского Сообщества, обусловила регламент, единый для всех государств в его составе – в 1968 году все государства-члены Европейского Сообщества подписали Конвенцию о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским делам и судебным спорам, вытекающим из торговой сделки. Данная конвенция имеет прямую силу на территории государств – членов ЕС так – как Договор о создании Европейского союза от 3 февраля 1992 года, заключенный 12 государствами, содержит установление о том, что государства Европейского союза должны полностью придерживаться правила «acquis communautaire»[1], в соответствии с которым все страны-члены подчиняются праву ЕС, существовавшему на момент их вступления в данную организацию[2]. Наибольшее количество международных процессуально-правовых норм в области признания и исполнения постановлений иностранных судов, применяемых в Европейском союзе, относится к спорам, вытекающим из граждан-

---

[1] Acquis communautaire – правовая система Европейского Союза, которая включает акты законодательства Европейского Союза (но не ограничивается ими), принятые в рамках европейского сообщества, общей внешней политики и политики безопасности и сотрудничества в сфере юстиции и внутренних дел.
[2] Ст. «В» раздела I Договора об образовании Европейского Союза // www.europa.ec

ских и торговых правоотношений. 27 сентября 1968 года в Брюсселе была заключена Европейская конвенция о судебной юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений в области гражданского и торгового права. Она была принята не с целью унифицировать нормы гражданского процессуального права, а для того, чтобы разграничить судебную юрисдикцию внутри Европейского союза применительно к процессу разрешения дел, вытекающих из гражданских и торговых правоотношений, а также облегчить процесс исполнения судебных решений по данным категориям дел.

Так как упомянутая выше Конвенция не допускала присоединения третьих государств, и сфера ее правового регулирования ограничена делами гражданского и торгового оборота[1], 16 сентября 1988 года в городе Лугано была подписана Конвенция о подсудности и принудительном исполнении судебных решений в области гражданского и торгового права между государствами – членами ЕС и государствами – членами EFTA[2]. Текст Луганской конвенции 1988 года практически идентичен тексту Брюссельской конвенции, поэтому Луганскую конвенцию 1988 года называют «параллельной конвенцией».

Однако, в отличие от Брюссельской конвенции 1968 года, Луганская конвенция открыта к присоединению для государств, не являющихся членами ЕС или Европейской ассоциации внешней торговли, о чем свидетельствуют положения статьи 62 данной Конвенции – «после вступления Конвенции в силу, она будет открыта для доступа государствам, перечисленным в статье 60 (b) настоящей Конвенции»[3]. Порядок присоединения государства к Луганской Конвенции 1988 года определен статьей 62 настоящей Конвенции, в которой установлено, что «другие государства, которые были приглашены к вступлению по запросу, который сделан одним из заключивших настоящую Конвенцию государств к государству депозитария. Государство депозитария должно пригласить государство, желающего присоединиться к данной Конвенции, только если, после сообщения что это государство намеревается сделать в соответствии со Статьей

---

[1] Статья 1 данной конвенции гласит, что данная конвенция применяется в случае рассмотрения любым судом или трибуналом дел, вытекающих из гражданских или торговых правоотношений.

[2] Европейская ассоциация свободной торговой (European Free Trade Association) Далее – EACT.

[3] Article 62: «After entering into force this Convention shall be open to accession by: the States referred to in Article 60 (b). Неофициальный перевод автора // www. http://dispute.practicallaw.com

63 настоящей Конвенции и это получило единодушное соглашение подписавших настоящую Конвенцию государств»[1].

Благодаря достаточно свободному доступу к Луганской конвенции 1988 года государства не входящие ни в систему Европейского Союза, ни в систему Европейской ассоциации свободной торговли имеют возможность сделать положения Луганской Конвенции 1988 года особого рода примером для собственной национальной кодификации процессуального права, независимо от вопроса присоединения государства к Луганской Конвенции 1988 года.

Несомненно, при применении Луганской конвенции 1988 года для определения подсудности следует учесть, что данная Конвенция первоначально была разработана для ЕАСТ, то есть для тех государств, которые входят в одно общее экономическое пространство, которое является освобожденным от таможенных пошлин и ограничений по импорту[2]. В Луганской Конвенции 1988 года сформулирован каталог правил, предусматривающий принципы определения подсудности, обычные для правопорядков европейских государств и признанные целесообразными как для новеллизации национального процессуального законодательства, так и его кодификации, а также обширные особые регламенты в отношении юридически более слабых сторон, таких, как потребители, страхователи, другие субъекты. Таким образом, возможно утверждать, что Луганская конвенция 1988 года устанавливает современный и международно признанный регламент международной подсудности.

Далее, раскрывая тему реферата, будет осуществлен краткий обзор Европейской Конвенции о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским делам и судебным спорам, вытекающим из торговой сделки и постановления Европейского Сообщества Европейского Постановления «О подсудности и исполнении судебных решений»[3]. Европейская Конвенция о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским делам и судебным спорам, вытекающим из

---

[1] Article 62 (b): (b) other States which have been invited to accede upon a request made by one of the Contracting States to the depositary State. The depositary State shall invite the State concerned to accede only if, after having communicated the contents of the communications that this State intends to make in accordance with Article 63, it has obtained the unanimous agreement of the signatory States and the Contracting States referred to in Article 60 (a) and (b). Неофициальный перевод автора // www. http://dispute.practicallaw.com

[2] Кроме Швейцарии.

[3] Далее – Постановление.

торговой сделки, является достаточно успешной как по своему регламентирующему содержанию, так и по своей практической оправданности, однако она не является универсальной по объекту правового регулирования – Конвенция не учитывала особые гражданско-правовые отношения, складывающиеся в отраслях трудового и семейного права. В связи с этим обстоятельством возникла необходимость создания нового нормативного акта, который бы отвечал условиям изменившейся политической и правовой карты Европы.

Такой выход был найден – Брюссельская конвенция 1968 года, после многочисленных изменений, была принята в новой правовой форме – в форме постановления Европейского Сообщества Европейского Постановления «О подсудности и исполнении судебных решений».

В правовой форме Постановления данный регулирующий механизм легче поддается управлению: в отношении Конвенции действовали правила Учредительных договоров ЕС, регулируемых по нормам международного права, то есть любой пересмотр Конвенции подлежал ратификации со стороны подписывающих государств, и при расширении ЕС в каждом случае подлежали заключению соответствующие договора о присоединении, которые также должны были ратифицироваться всеми странами-участницами договора. В свою очередь Постановление значительно проще поддается пересмотру. Кроме того, изменения вступают в юридическую силу во всех странах-участницах одновременно. В качестве совокупности юридических норм, создаваемых Советом и Комиссиями ЕЭС, данное Постановление действует по принципу непосредственности и обладает правовым приоритетом по отношению к национальному гражданско-процессуальному праву. Разумеется, это затрагивает не все национальные процессуальные нормы в целом, а лишь те правила, которые регулируются исключительно данным Постановлением, то есть национальные нормы признания и исполнения зарубежных судебных решений, а также правила о международной компетенции судов по гражданским делам.

Принятием данного Постановления Европейским Союзом был сделан достаточно большой шаг в деле унификации надгосударственного процессуального законодательства.

Данное Постановление дополняется рядом других различных постановлений и соглашением об оказании правовой помощи, равно как порядком доставки и вручения повесток и других судебных документов, постановлением о подсудности и исполнении судебных

решений в сфере семейного права, чего не было в Брюссельской Конвенции 1968 года, также порядком обеспечения доказательств, а также Европейским соглашением о предоставлении сведений и Европейским соглашением о доставке и вручении повесток и других судебных документов.

Несомненно, перспективным действием является принятие универсальной конвенции, которая направлена на регулирование признания и исполнения иностранных судебных решений. В данном случае речь пойдет о Конвенции о юрисдикции и иностранных судебных решениях по гражданским и торговым делам, разработанной Гаагской конференцией по международному частному праву, которая названа конвенцией «О соглашениях о выборе исключительной подсудности». В отличие от Луганской конвенции 1988 года, а также прочих конвенций, регулирующих отношения, складывающихся в рамках международного гражданского процесса, Гаагская конвенция 2005 года не унифицирует процессуальные нормы и не регулирует детально процесс исполнения иностранных судебных решений, а предоставляет лицам право выбирать конкретный суд для разрешения споров, а затем добиваться исполнения вынесенного этим судом решения на территории другого государства по упрощенной процедуре. Согласно правилам данной Конвенции, стороны обязаны четко определить в условиях сделки один конкретный суд, либо суды одного государства для разрешения возникшего спора путем составления соглашения об исключительном выборе суда. В соответствии со статьями 3 и 5[1] Гаагской конвенции 2005 года вы-

[1] Article 3: «Exclusive choice of court agreements For the purposes of this Convention» a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts; b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise; Ст. 3 Гаагской Конвенции 2005 года гласит, что «Исключительный выбор судебных соглашений» для целей данной Конвенции означает: «исключительный выбор соглашения означает соглашение, заключенное двумя или больше сторонами, что соответствует требованиям данного параграфа с)в связи со специфическими правоотношениями, споры подлежат разрешению судами общей юрисдикции одного Государства - участника данной Конвенции, либо подлежат разрешению несколькими судами специальной юрисдикции одного Государства - участника данной Конвенции, тем самым исключается юрисдикции любых

бранный сторонами соглашения суд приобретает исключительную юрисдикцию перед всеми иными судами и не может передавать дело в суд другого государства.

Как следует из текста, Гаагская конвенция 2005 года не применяется к некоторым видам соглашений, например трудовым, алиментным, арбитражным и другим. Тем не менее, ее положения позволят достичь юридической определенности, уменьшить стоимость судебных процедур и облегчить процедуру исполнения иностранных судебных решений по многим вопросам из сферы гражданских и торговых отношений. И присоединение государств к Гаагской конвенции 2005 года позволит разрешить им ряд проблем, начиная с определения принципов юрисдикции, а также, отчасти, проблему правового регулирования при исполнении иностранных судебных решений в государстве – участнике данной Конвенции.

Завершая данную статью представляется необходимым отметить многообразие международно – правовых документов конвенционального уровня, регулирующих международно – процессуальные отношения в сфере определения международной подсудности. Принципы, закладываемые данными нормативно – правовыми актами позволяют стабилизировать и гармонизировать международно – правовой массив в целях наиболее взвешенного подхода к решению международно – правовых проблем.

---

других судов; b) выбор судебного соглашения, которое назначает суды одного Государства - участника данной Конвенции должно считаться соглашением об исключительной юрисдикции, если только стороны четко не предусмотрели иное». Неофициальный перевод автора.

Article 5 «Jurisdiction of the chosen court» 1. The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2. A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

Ст. 5 Гаагской Конвенции 2005 года «Юрисдикция избранного суда» гласит, что «суд или суды государства - участника Конвенции 2005 года, обозначенные в исключительном выборе судебного соглашения, должен иметь юрисдикцию, чтобы решить спор, к которому соглашение обращается, если бы только соглашение было недействительно по закону этого Государства - участника Конвенции 2005 года. 2. Суд, который имеет юрисдикцию в соответствии с параграфом номер 1 не должен отказывать в осуществлении юрисдикции на территорию, основываясь на том, что спор должен быть разрешен в суде другого Государства. Неофициальный перевод автора. Аутентичный текст Конвенции 2005 г. // http://www.hcch.net

## *Заключение*

Проблемы судебной компетенции необходимо решать с учетом главной задачи, стоящей перед правосудием – достижения законного и, без сомнения, обоснованного решения спора с наименьшими издержками. Неясность или неопределенность конвенционного регулирования международной подсудности должна истолковываться в пользу того варианта, который более всего способствует достижению этой цели. Однако следует принимать во внимание, что любая неясность или необоснованность правового регулирования, как международной подсудности, так и любой правовой проблемы порождает пробелы в правовом регулировании, которые должны восполняться надлежащими приемами юридической техники. При разработке международно-правовых процессуальных документов следует избегать двусмысленностей, только стройность и однозначность, как основополагающие критерии правотворчества, могут быть приняты в качестве основы международно-правовой кодификации.

Основополагающими принципами конвенционного регулирования судебной компетенции являются право ответчика на суд по месту своего жительства либо нахождения и право сторон на выбор наиболее оптимального для них места разрешения спора, включая право на разбирательство в третейском суде. Отступление от них возможно, если это обусловлено публичными интересами, что и записывается в оговорках о публичном порядке. Отступление допустимо лишь в той мере, в какой получаемый социально значимый эффект превышает создаваемые при этом неудобства и обременения для сторон. Международное переплетение правовых систем, растущее число и комплексность международных экономических операций, а также усиливающаяся интернационализация жизненных условий создают растущую потребность в унифицированной системе права, глобализация правовых и торговых отношений обусловливает потребность в глобализации правовых рамочных правовых актов, к которым, без сомнения, относятся международные конвенции об определении международной подсудности. Без создания данных документов представляется достаточно сложным осуществлять правовое взаимодействие в рамках международного гражданского процесса. Глобализация мировых отношений побуждает государства и их организаций[1] принимать меры по унификации актов, регулирующих отношения международного гражданского процесса.

---

[1] Имеется в виду Европейский Союз.

Основные функции права, выведенные теорией права требуют от «международного законодателя» принятие эффективных мероприятий по опосредованию отношений путем принятия соответствующих, исходя из темы настоящего реферата, международно-правовых процессуальных актов. В связи со сложившейся ситуацией представляется необходимым привести мнение практикующего судьи Высшего Арбитражного Суда Российской федерации, кандидата юридических наук: «существующая в настоящее время ситуация, а именно отсутствие (частичное отсутствие – примечание автора) общеобязательных для всех государств правил об определении подсудности дел, осложненных иностранным элементом, нередко имеет своим результатом возбуждение производства по одному и тому же делу в судах различных государств и необходимость разрешения судом проблемы «lis alibi pendens»[1]».

Соглашаясь в основном с уважаемым правоведом, не может быть не отмечено, что правила определения международной подсудности, выработаны и существуют в форме международных конвенций как глобального, так и регионального уровня. Именно существование таких правил позволяет избежать явления, именуемого в международном гражданском процессе «конфликт юрисдикций» – «столкновения» процессуальных законов двух и более государств, компетентных в силу норм внутреннего законодательства разрешить возникший спор. В целях совершенствования правового регулирования предлагается введение правил, позволяющих сторонам определять наиболее удобное место судебного разбирательства с учетом особенностей конкретного дела. Несомненно, будет полезным решать вопрос об определении подсудности на состязательных началах до рассмотрения дела по существу, ограничить возможность для оспаривания судебной компетенции на последующих стадиях слушания дела в суде третейском суде или арбитраже.

**Бибилографический список:**

1. *Гетьман-Павлова И.В* Международное частное право. М.: Эксмо, 2005.
2. *Лунц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права: Международный гражданский процесс. М.: Юридическая литература, 1976.
3. *Богуславский М.М.* Международное частное право. М.: Международные отношения, 1994.

---

[1] Наличие процесса по одному и тому же делу в судах двух и более государств как основание для оставления иска без рассмотрения // http://www.lawmix.ru

# Правовая мысль прошлого

## Историческая справка

**Иван Александрович Ильин** (1883–1954), юрист по образованию, приложил значительные усилия к прояснению взаимоотношений религиозной и правовой философии, истолкованию их в либерально-консервативном духе. Среди работ этого направления выделяются «Понятие права и силы: опыт методологического анализа» (1910), «Учение о правосознании» (1919), «Основные задачи правоведения в России» (1921), «О сопротивлении злу силою» (1925), «Пути духовного обновления» (1937), «О монархии и республике» (незавершен), «Наши задачи» (сборник в 2 т. 1956).

После высылки из России в 1922 г. Ильину довелось участвовать в работе Религиозно-философской академии и Русского научного института в Берлине (1923–1934). При нацистском режиме его очередной раз отстранили от преподавания и запретили устные выступления. Он вынужден был эмигрировать в Швейцарию.

Исторический опыт человечества, писал Ильин, показывает, что авторитет положительного права и создающей его власти покоится не только на общественном договоре («на общественном сговоре»), не только на признанных полномочиях законодателя, не только на «внушительном воздействии приказа и угрозы», но «прежде всего» на духовной правоте, или, что то же самое, на «содержательной верности издаваемых повелений и норм». В отличие от всякой физической силы государственная власть есть волевая сила. Это означает, что способ ее действия есть по самой своей внутренней природе генетический, и притом духовный. Физическая сила, понимаемая в данном случае как способность к вещественно телесному воздействию на человека, по сути дела, необходима государственной власти, однако она отнюдь не составляет основного способа действования, присущего государству.

Власть есть сила воли, которая измеряется не только интенсивностью и активностью внутреннего волевого напряжения властителя, но и авторитетной непреложностью его внешних проявлений. «Назначение власти в том, чтобы создавать в душах людей настроение определенности, завершенности, импульсивности и исполнительности. Властвующий должен не только хотеть и решать, но и других систематически приводить к согласному хотению и решению...» Властвование похоже на тонкий, художественно складывающийся процесс общения более могущественной воли с более слабой волей. Этот процесс создает незримую атмосферу тяготения периферии к центру, многих разрозненных воль к единой, организованной, ведущей воле.

Создание такой атмосферы есть дело особого искусства, требующего не только интенсивного волевого бытия, но также – и это следует считать важным основополагающим элементом всей конструкции Ильина – «душевно-духовной прозорливости, подлинного восприятия бессознательной жизни других и умения ее воспитывать». Вот почему государственная власть только тогда в состоянии

«соблюдать свою истинную духовную природу... если только она остается верна своей цели, своим путям и средствам, она получает свое священное назначение только на этой последней, нравственной и религиозной глубине».

Таково исходное толкование Ильиным природы и общего назначения власти в его социальном, психологическом и духовно-религиозном аспектах. Далее эта общая мысль конкретизируется у него через посредство идеальных требований к надлежащей организации власти в государстве, которые Ильин в привычной для него дидактической манере именует аксиомами власти. Согласно этим аксиомам, государственная власть должна принадлежать и применяться только на основе правового полномочия; она должна быть единой в пределах каждого политического союза («как один Дух и его правота»); она должна осуществляться лучшими людьми, удовлетворяющими этическому и политическому цензу; политические программы могут включать в себя только такие меры, которые преследуют общий интерес. Эти меры должны быть внеклассовыми и даже сверхклассовыми, равным образом избегая включения частного, личного интереса; программа власти может включать в себя только осуществимые меры и формы (иначе это будет химерической и утопической затеей); государственная власть принципиально связана с распределяющей справедливостью, но она имеет право и обязанность отступать от нее тогда и только тогда, когда этого требует «поддержание национально-духовного бытия народа».

Ильин поясняет, что сама справедливость в ее правовом воплощении не сводится лишь к равенству фактическому (с его «слепотой к человеческим различиям»); она состоит в «беспристрастном, предметном учете, признании и отражении каждого индивидуального субъекта во всех его существенных свойствах и основательных притязаниях». Однако для претворения подобной «распределяющей» справедливости необходимо, чтобы сам индивид (как, впрочем, и народ, нация) обладал чувством достоинства. «Чувство собственного достоинства есть необходимое и подлинное проявление духовной жизни; оно есть знак того духовного самоуважения, без которого немыслимы ни борьба за право, ни политическое самоопределение, ни национальная независимость. Гражданин, лишенный этого чувства, – политически недееспособен; народ, не движимый им, – обречен на тяжкие исторические унижения. Эти же свойства необходимы и государству, и отдельным его формированиям, например армии».

# Основные задачи правоведения в России[1]

**правоведение; задача; исторические события; правовое государство**

***И. А. Ильин***

***28 марта (9 апреля) 1883, Москва – 21 декабря 1954, Цолликон (Швейцария)***
***русский христианский философ, писатель и публицист, сторонник Белого движения и последовательный критик коммунистической власти в России, идеолог Русского общевоинского союза (РОВС)***

Силою вещей мне приходится принять на себя сегодня бремя почти непосильное – формулировать здесь те общие задачи, которые воздвигнуты историческими событиями перед русским правоведением. В эпоху величайшего правового и государственного разложения, когда поколебались все нравственные устои и вскрылись вековые раны национального духа; когда обнажились самые элементарные основы социального бытия; когда нация стала общественным прахом, и вихрь погнал этот прах навстречу гибели, – стоять годами в самом смерче, изнемогая от скорби и стыда, созерцать это беспримерное бедствие и пытаться уразуметь и выискать сокровенный смысл этой живой исторической трагедии, этого хаоса...

Да, это бремя непосильно. И, тем не менее, его необходимо поднять. И сделать это должны *мы.* Именно мы, переживающие этот процесс на родине, оставшиеся здесь, чтобы все видеть, все перенести, все изболеть и *осмыслить;* чтобы выстрадать и приобрести тот *духовный опыт,* который будет потом светить нашим потомкам в поколениях. Мы, видевшие – и старое со всеми его недугами и во всей его государственной силе, и безмерное испытание войны, и упадок инстинкта национального самосохранения, и неистовство аграрного и имущественного передела, и деспотию интернационалистов, и трехлетнюю гражданскую войну, и психоз жадности, и безволие лени, и хозяйственную опустошительность коммунизма, и разрушение национальной школы, и террор, и голод, и людоедство, и смерть...

---

[1]Публичная речь, произнесенная в Москве в 1922 г.

Это бремя опыта есть духовный дар и духовное богатство; этот дар обязывает. Этот опыт необходимо сделать достоянием *разума.*

Конечно, опыт, полученный нами, не есть только опыт *правовой и политический:* он глубже – до уровня нравственного и религиозного; он шире – до объема хозяйственного, исторического и духовного вообще.

Но, прежде всего, это есть новый опытов *праве и в государстве.*

И вот – основная задача русского национального правоведения, задача, и призвание, и обязанность, – обязанность перед собою и перед всем человечеством, – состоит в том, чтобы *осмыслить этот опыт,* чтобы углубить и расширить души до возможности *вместить его целиком,* чтобы увидеть и уразуметь его последнюю предметную *мудрость.*

Мы должны понять, и запомнить, и научить наших детей: этот опыт и эта мудрость куплены ценою великих национальных страданий; это одно из драгоценнейших достояний русской духовной культуры, добытое мукой и гибелью; а понести его, и соблюсти, и раскрыть должна *русская юридическая наука.*

Для того, чтобы разрешить это великое и претрудное задание, необходимо подойти к нему со зрелою волею к *беспристрастному самопознанию.*

Во-первых – в том смысле, чтобы каждый из нас, про себя, проник духовным взором в присущий *ему лично* способ воспринимать право и государство, жить ими и творить их в жизни; и, проникнув, установил бы *органически-причинную* и в то же время *духовно-символическую* связь между *своим собственным правосознанием и всем тем,* что произошло за пять лет в России.

Эти события с такою свирепою силою катились через наши дороги, что каждый из нас не только может найти *их в себе,* но должен, обязан *найти себя в них.*

Тот, кто действительно ищет правового видения и государственного ведения – не смеет жмуриться перед лицрм событий, или отворачиваться, или искать малодушных отводов, или избегать мук самообличения, или уходить из жизни с проклятием для других и с апологией для себя. *Всякий* должен найти себя в событиях: и министр, и придворный, и администратор, и судья, и ученый, и адвокат, и рядовой гражданин; и «крайний правый», и «правый», и «умеренный», и «левый», и тот, кто радуется происшедшему и считает свои заслуги и кому легко смотреться в это зеркало; и тот, кого гложет горе и стыд и кому тягостно смотреться в зеркало событий,

ибо он видит в нем свои вины. В этом зеркале надо найти *не других:* не людей другой партии, другой расы, другой религии, другого государства, другого класса, другого миросозерцания; *а себя,* себя *самого* – во всех особенностях *своей* партийности, *своего* класса, *своей* религиозности, *своей* национальности, *своего* миросозерцания, *своего личного правосознания и характера.*

Эта связь между личным правосознанием и событиями, может быть, будет иметь *причинный* характер, – будь то в *положительном* смысле (делал, писал, призывал, подговаривал, помогал, требовал, выражал «пожелания», сочувствовал); или в *отрицательном* смысле (не мешал, не опровергал, не отговаривал, молчал, держался безразлично).

Эта связь во всяком случае будет иметь характер *духовно-символический:* либо исторические события осуществили в национальном масштабе и, так сказать, в филогенетическом порядке именно то, что почти каждый индивидуум (в большей или меньшей степени и цельности) таил в себе лично и осуществлял онтогенетически. Политическое событие есть всегда объективировавшийся сгусток множества *личных* душевных состояний и напряжений; ритм исторического процесса вырастает всегда из множества *индивидуально-духовных,* хотя и взаимодействующих, ритмов. Из действия миллиона *здоровых* правосознании *не* возникнет общественно-больное явление; а миллион *разлагающихся правосознании,* в их взаимодействии и сотрудничестве – что даст, кроме государственной гибели? И потому каждый русский человек обязан найти в *своем правосознании символ* национально-государственного распадения, именуемого *революцией,* а в революции – химерически увеличенный образ своего правосознания.

И пусть одни, узнав это причинное и символическое средство, – радуются и гордятся, приемля на себя ответственность и открыто провозглашая свою *заслугу,* не двоясь и договаривая все до конца.

И пусть другие, познав эту символическую и причинную связь, ужаснутся, потрясенные, и, приняв на себя ответственность как ответственность, и вину как вину, вступят на новый путь – обновительный и для них, и для их родины.

Но пусть никто не пребывает в *наивности* или в *ослеплении.*

пытаясь усмотреть причины в случайном стечении обстоятельств, или в деятельности нескольких бездарных или злонамеренных индивидуумов и т.п.

Причина кризиса *духовная;* она – *в нас;* во *всех* нас; в свойствах *нашего правосознания, нашего* хозяйственно-душевного уклада, *нашей* религиозности. И, прежде всего, в *свойствах нашего правосознания* – общего, публичного и частного.

Задача русской интеллигенции – понять это и познать дефекты и недуги своего и общенационального правосознания.

*Задача русского правоведения – прийти в этом на помощь интеллигенции и всему народу:* юристы должны осуществить это самопознание прежде всех, и глубже всех, и повести по этому пути за собой интеллигенцию и народ. Это и будет основою государственного обновления. Только выполнив это условие *личного самоосознания в событиях,* русская интеллигенция, во главе с русскими юристами, сможет приступить к трем великим дальнейшим задачам: *историко-объяснительной, философско-научной,* и *жизненно-государственной.*

Первая задача – *историко-объяснительная.* Она состоит в том, чтобы усмотреть *историческую необходимость революции,* её коренные причины в прошлом.

Доселе многие, непосредственно переживавшие её напор, подавленные и оглушенные треском её обвала, воспринимают её, как некую, *ничем не подготовленную и непредвидимую,* катастрофу. Им все кажется, что в ее лице вторглось в жизнь что-то «из другого плана бытия», – что-то *не* органически назревавшее, а механически обрушившееся; не причинно-неизбежное, а неудачливо-случайное; не подготовленное ошибками многих поколений и заблуждениями ста лет, и – глубже – многовековыми дефектами национального характера, а выдуманное и сорганизованное группою крайних коммунистов.

Такое понимание, до известной степени, извинительно: где же *обывателю,* полузадавленному обломками рухнувшего дома, из-под которых он еще не выбрался, глубокомысленно теоретизировать о свойствах грунта, о сопротивляемости материалов, об ошибках архитектора и о размерах циклона.

Но *ученому юристу* это неестественно и неприемлемо: он *обязан* быть *этиологически зрячим* и *дальнозорким;* он не может, он не смеет останавливаться на допущении генетического зияния, исторического прыжка, невиданного в мире перерыва в цепи сплошной причинности. Или несмешение повода и причины обязательно только при рассмотрении греко-персидских войн и падения Византии? Или значение личности в истории таково, что детерминанта «массы» и детерминанта «прошлого» теряют свое влияние? Или

сами якобинцы не были *продуктом* французской духовной культуры, а пали из облаков и, павши из облаков, «придумали» и «сделали» французскую революцию? Или мы не знаем, что бактерия туберкулеза живет во всех людях, а от чахотки умирает огромное меньшинство?

Нет, причина прежде всего – в стихии, а потом только и между прочим – в ее проводнике и разрядителе; в электрическом токе, а не в аккумуляторе; в слабости организма и вредном образе жизни, а не в симптомах, вызванных бактериями.

Уразуметь исторические события последних лет значит не только усмотреть особенности *климата и почвы* в России или констатировать её *хозяйственную и техническую* отсталость. Это значит *вскрыть те духовные основы* (чувствования, верования, навыки, склонности, слабости, воззрения, способы действия), *которые слагались и вынашивались в течение ряда веков в России, передаваясь из поколения в поколения, и которые сделали возможным великое разложение.*

Эти духовные основы – *давнего* происхождения и *застарелой* природы: они питали собою дефекты дореволюционного строя и, в свою очередь, поддерживались и закреплялись его ошибками; они пропитывали его собою, они вплетались в его ткань, определяли собою его ритм, его строение, видоизменяли и урезывали его силу и созидали его слабость. Он был, до известной степени, их комбинацией, их оформлением, их, непреодолевшим их, отрицанием: ибо он держал их под спудом, под властным гнетом, в узилище гетерономной государственной формы; но, сдерживая эти силы, эти склонности и влечения, он не просвещал их, не облагораживал, не воспитывал; он предоставлял им накапливаться в душевных и тюремных подземелиях, урезывая их проявления и не заботясь об их качестве, объеме и потенции.

Печать Сулеймана своею магическою силою долго удерживала семьсот шайтанов в кувшине; но однажды печать эта была сорвана...

Революция развязала эти отрицательные силы, освободила их, узаконила и *сама стала их новою комбинациею,* их, соответствующим их природе, оформлением.

Ее дело – есть *порождение русского национального правосознания в его крайних вывихах и в его средней низине.*

Это старый негатив – под действием сильного проявителя.

Это расцветшее наследие многовекового прошлого.

Как бы неожиданна, как бы резка ни была смена *лиц* у кормила и смена *направлений* по компасу – историческое разумение не может и не должно ослепляться этою видимостью; *совершилось* только то, что *могло* совершиться, и не могло не совершиться, и притом потому, что скрыто, потенциально *уже имелось налицо;* неожиданность крушения свидетельствует только о подслеповатости неожидавших, но не разрешает им пребывать в наивности бессмысленного удивления.

Но для того, чтобы перейти от испуга и растерянности к генетическому объяснению – необходимо свободное видение жизни бессознательного и свободное владение в себе всеми элементами правосознания.

Мало *иметь* правосознание; надо соследить, исследовать и *познать, что ты имеешь.* Ибо правосознание присуще человеку в огромном большинстве случаев *незаметно:* он живет и действует, не думая о том, что ему присущ особый *способ* жить, особый, устойчивый для него образ мотивации и действия. Но именно поэтому он вообще не в состоянии различить эти уклоны и разновидности правосознания у *других* – у современников и у предков; и не может разделить их на здоровые и больные; и установить генезис и последствия как тех, так и других: он просто не видит здесь целых сфер бытия и целых гнезд научных проблем. И именно от этого возникает *порочный жизненный круг:* бессознательность позволяет укрепляться больному влечению, а больное влечение отвращается от самопознания.

Тот, кто в зеркале современных событий увидит недуги и дефекты *своего* правосознания, тот тем самым откроет себе глаза на те недуги и дефекты *русского национального правосознания,* которые слагались и крепли веками и, наконец, принесли въяве зрелый плод.

Что же он увидит? Какие образы прошлого восстанут перед ним? Какие ревенанты заскользят в атмосфере наших дней, насыщая ее собою?

I. От безгранной природы, от территориальной раскинутости, от экстенсивной религиозности, от низкой духовной культуры, от ига татар, от семейного и политического подавления, от затянувшегося крепостного строя, от телесного наказания – русский человек имеет слабое, *поврежденное чувство собственного духовного достоинства,* и, благодаря этому, корень его гражданственности немощен и хил: он умеет хвастаться и тщеславиться, но не умеет уважать себя и блюсти свое достоинство: это значит, что он не чувствует свой *силы* в

*добре* и не доверяет сам себе; и потому он так часто является то *слабым в добре, то сильным во зле.*

Не видя *своего* духовного достоинства, он не видит и достоинства *духа* и *духовной культуры* вообще, а потому не имеет верной и руководящей *градации жизненных ценностей* и меряет в жизни все – не достоинством, а силою.

Вот почему – *как личность,* он столь склонен к неуважаемому поведению (он пьянствует, буйствует, сквернословит, мешает религию с развратом, и в лучшем случае бросается из всепопирающей оргии в оковы епитимий); *как гражданин,* он считает преступление не постыдным, но делом удали; на протяжении всей истории он легок в клятвопреступлении; он сочетает чванство с раболепием; он то льстиво покорен, затаив обиду и месть, то впадает в бессмысленный и беспощадный бунт; *как властвующий* – он взяточник, вымогатель и самодур, не умеющий и не желающий отличать публичное благо от частного и жервовать вторым – первому; *создавая власть,* – он создает власть, не уважающую духовное достоинство гражданина, не доверяющую ему, отрицающую всякое значение свободы; власть, которая правит запретом и страхом и может поставить свое самосохранение выше достоинства своей страны.

II. Не от тех же ли коренных исторических причин в русском человеке не воспиталась *способность к внутренней духовно-волевой самодисциплине и к внешнему общественно-политическому са- моуправлению?*

*Автономное правосознание* – в вопросах имущества, обязательства, чести, долга, лояльности, служения – или совсем не живет в его душе или пульсирует слабо и неверно; в нем не выросли и в него не вросли те *внутренние грани государственного разумения и правовой мотивации,* без которых свобода есть – разнузданность, власть – доходное место, государство – общественный пирог, а выборы – подкуп слабого обманщиком.

Когда воля русского человека *верна себе,* то она *неверна праву и родине,* а когда она лояльна, то она покорна *за страх,* напрягается *лишь наполовину* и в сущности *неверна себе.*

Душа русского человека не осмысливает права его *единою целью* и государства – его *верховным заданием;* и потому она измеряет и право и государство его *пользою,* его личною и классового полезностью и всегда готова обратиться к власти *с корыстным* – то униженным, то дерзким *притязанием;* и потому она не верит в цель

права, и не ценит государственной власти, и тянет *к анархии, к оппозиции, к бунту.*

Вот почему русский человек, как *гражданин* – искони *идеализировал преступление и разбой* и строил государство в *опеке и надзоре.* Ему как бы естественно пассивное критиканство в политике и не естественно поднимать бремя активного и инициативного строительства. *Строя государство,* он строит его не по типу корпорации, а по типу *учреждения* и тем закрепляет гетерономные мотивы своего правосознания, не воспитывая автономных. *И сама русская национальная власть,* вмещая дефекты народного правосознания, *не ценила автономную лояльность в подданном* и потому не воспитывала его к *самодеятельности* и свободе, требуя внешней покорности и формализируя государственный режим; и, формализи-руя самые цели государственности, периодически являла свою собственную гетерономию то в форме беспредметной *тирании,* то в унизительном образе *временщика.*

III. Именно на почве такого исконно-дефективного правосознания сложилась эта *слабость национально-государственной скрепы;* эта недооценка взаимного уважения и взаимного доверия, – и гражданина к гражданину, и класса к классу, и граждан к власти, и власти к гражданам, – уважения и доверия, как зиждущего, драгоценного начала государственности; и вместо этого: господство *системы взаимного подозрения,* исключения, враждования, презрения истемы, насыщающей историческую атмосферу *скрытою гражданскою войною.*

Индивидуум является органически не-врощенным в ткань родной страны до отождествления с нею; напротив, он тяготеет к *атомизации,* к *распылению,* к уходу в ложную, мнимую самобытность обреченного на беспомощность существа.

Столетиями власть *держала в покорности* – индивидуумов, и классы, и инородческие окраины, но *не вращивала* их в государственную ткань на основе *свободно ощущенной и благодарно-принятой солидарности.*

Веками разрушалась и попиралась великая идея *«все за одного»* – а государственное *тягло* налагалось, неотменимое, обременяющее, суровое, во всех его видах; *перенапрягалось и истощалось* у социального атома его терпение, его скромность, его подчиняемость, его самопожертвуемость; и тем разрушалась великая опора государства *«один за всех».*

Русское национальное правосознание уходило в *центробежный уклон,* и *слабело* в центростремительном.

Бремя государственности было исторически велико и сурово, а духовным противовесом служила *не духовная энергия здорового и патриотического правосознания,* а санкционированная религиею *пассивная терпеливость темного и покорного создания.*

IV. Это несоответствие между размерами бремени и *духовной* выносливостью и стойкостью – усиливалось и сгущалось в социальном порядке *сверху вниз:* бремя крайне увеличивалось, гетероном-но-закрепленная пассивность и покорность становилась *единственною* опорою.

На протяжении столетий в России выработался режим, не ослабляющий эту обратную пропорциональность государственно-социального *бремени* и государственно- и социально-зиждительного *мотива,* а увеличивающий её: я имею в виду *целевое первенство* (телеологический примат) *господствующего атома* над покорно и беззащитно кормящею массою – открытую или прикровенную *систему кормления* воеводы, городничего, заглазного управителя, комиссара, *взятку как режим.*

Этим в русском национальном правосознании подрывалось здоровое, общественно-необходимое, государственно-обоснованное и духовно-освященное чувство *социального неравенства,* функционального *ранга,* публично-правового во-главе-стояния. Верхние слои длительно и традиционно злоупотребляли своим преобладанием, *обоснованным* их культурностью, но *не* обоснованным или недостаточно оправдывавшимся их *воленаправлением* и их социально-политическим *образом действий.* Это расшатывало во всем народе как идею *социально-духовного ранга,* так и идею *государственно-обоснованного принуждения.* Необходимая привилегированность высшего служения и духовной культурности дискредитировалась и превращалась в *непредметную,* а потому несправедливую привилегию. Необходимое, полное практической серьезности, *государственное принуждение* дискредитировалось и превращалось в насилие класса над классом.

Это вскармливало *завистливую химеру равенства внизу и постоянную химеру равенства вверху.*

Завистливая химера равенства, трижды разгоравшаяся в низах национальным пожаром (Смута, Разин, Пугачев) вела каждый раз не к мудрому исправлению государственно-политического воленаправления верхних слоев, а только к *спорадическому перенапряже-*

*ниею принудительного аппарата,* – а, следовательно, не к употреблению силы, а к *злоупотреблению силою.*

Это злоупотребление силою, дискредитируя *государственность принуждения* и окрашивая его в цвета узко-классового, а потому противо-государственнего насилия, вызывает в XIX веке в социальных верхах *покаянную химеру равенства и покаянное отвержение всякого, даже государственного принуждения,* как недопустимого насилия.

Тогда раскалываются и верхние слои: с одной стороны, остаются те, которые вынашивают *безгосударственное и противогосударственное правосознание,* народнически-стыдящиеся неравенства и анархически-либерально отвергающие всякую принудительность; – с другой стороны, те, которые, уступая и отступая, продолжают и все более обостряют политику злоупотребления государственною силою, не имея в то же время духовной силы пересмотреть основы своего, узкого и ожесточившегося, правосознания.

Под знаком этого конфликта, разыгрывающегося перед лицом и не без участия массы, алчущей *не* «равенства», а *неравенства в свою пользу* – протекает XIX век, засыпая искрами пороховой погреб и *развинчивая правосознание* во *всех* группах, правосознание дефективное и недугующее *искони.*

Девятнадцатый век, подводя итоги прошлому, вел Россию: от исторически-данного не-до-обоснованного, предметно не-оправданного неравенства, – он вел ее через столкновение трех лозунгов: *первого: поддержание* status guo во что бы то ни стало; *второго:* водворение противо-культурного и противо-госу-дарственного *беспредметного равенства* (лозунг интеллигентской оппозиции и революции); и *третьего:* установление нового, духовно- и государственно-разрушительного, *обратного неравенства* (смутное вожделение масс) – так, через столкновение этих лозунгов XIX век вел Россию к *осуществлению третьего лозунга при помощи второго* (наши дни) и, следовательно, к государственной и хозяйственной гибели страны.

V. Был еще один глубоко-существенный недуг в русском историческом правосознании – *больное восприятие собственности и хозяйственного процесса;* и естественно, что именно в эту духовную каверну, сконцентрировавшись, излились все другие больные струи.

Здесь следует искать корней в исконном русском *«безнарядье»:* княжая усобица; татарские погромы с их всесметающей силою и

двух-с-половиной вековым игом; система кормления, земельных раздач, пожалований и административной кривды; тяжелое бремя государственности; крепостное право и поземельная община – и, далее, в виде усиливающего порочного круга: расшатанное правосознание, экстенсивное хозяйствование и трикратная разорительная смута – все это *подорвало в русских массах* **веру** *в нормальный хозяйственный труд, как источник имущественно-культурного благосостояния* и склонность к интенсивно-трудолюбивому вложению себя в хозяйственный процесс.

Русское простонародное правосознание искони привыкло не верить в «труды праведные», считая более доходным *напор не на природу, а на имущество соседа* – все равно богатого или бедного, а особенно богатого.

Оно ценит в собственности – не воплощение своих предков и себя, не творчество, не качество, не fudem и не justum titulum, но количество, объем, власть, почет и возможность разнуздания своих страстей; и потому оно почти всегда готово отдать и fudes и titulus, и правовую крепость, и даже tempus за nudum corpus захваченного блага.

«Что взято – то свято», – жизнь коротка, – «умрешь – с собой ничего не возьмешь», – а богатство само купит себе и правовой титул и спасение души – и вот detentio ценится в народном сознании выше! propnetas , ненасытный animus пренебрегает этико-правовою формою имущества, и furtum почти приравнивается к acquisitio naturalis.

Вот почему, анализируя эту вечную тягу к аграрно-имущественному, «черному», и *не* черному переделу, *социолог* должен различать *потребность в земле* от *жадности к чужой земле* и подлинную нужду от вывихнутой хозяйственной воли.

Вот почему *криминалист,* говоря о *факторах преступности,* должен останавливаться прежде всего на больном правосознании.

А *историк права,* отмечая стихийно-погромные формы самочинного имущественного передела, в *четвертый* раз за четыре века осуществленного в России с большим или меньшим неуспехом, должен привлечь к освещению их *весь ряд аналогичных явлений:* ибо аграрный погром сродни еврейскому и армянскому погрому, конокрадству и казнокрадству, лихоимству и «шалостям» на больших дорогах, сентиментальным песням о Степане Тимофеевиче и интеллигентским «экспроприациям», анархизму и мародерству.

Само собой разумеется, что я не могу здесь ни поставить, ни развернуть ни одну из этих проблем, вырастающих в историко-этиологической перспективе; я вынужден ограничиться *намеками.*

Историку-правоведу придется углубиться в историю русской на-ционально-дулсовной культуры и поднять ее почти нетронутую целину.

Он увидит в этом исследовании, что в России *еще не изжит частно-правовой подход к государству, а публично-правовой еще не воспитан; что размеры национально-государственной задачи* – и по объему, и по сложности, и по глубине – были *не по плечу* исторически отсталому и шаткому *русскому правосознанию;* что эти задачи требуют от персонального субстрата России той высокой, *солидаристически-корпоративной* и *патриотически-сознательной* спайки, которая не присуща массам, выросшим под опекою деспотического *учреждения;* что дореволюционный государственный строй своими традиционными заблуждениями и ошибками *сам породил* и *вскормил* своего антипода во всей его буреломно-отрицательной силе.

И многое осмыслится и объяснится еще в этом исследовании, предстоящем русскому национальному правоведению:

и шаткость русского патриотизма, с этою способностью предать дело публичного спасения за частный прибыток;

и неудача всех больших войн, ведшихся Россией за последние сто лет;

и русские идеологические заблуждения XIX века;

и политическое одиночество мудрых русских консерваторов – Карамзина, Жуковского, Пушкина, Сергея Соловьева, Леонтьева, Достоевского, Чичерина, Герье;

и судьбы русского дворянства;

и политическая безвольная немощь русского либерализма; и политическое бессилие православной церкви за последние двести лет;

и возможность предреволюционного временщичества; и трагические рецидивы самозванства и монархомании; и неудачи русской политики в национальном вопросе; и возникновение идеи «внутреннего врага»; и многое, многое другое.

Но главное – тогда только обнаружатся, познаются и утвердятся те *здоровые* и глубокие *основы русского правосознания,* на которых, вопреки всему, выросло *государственное и духовное величие нашей родины,* в ее недоосознанной еще другими народами самобытности, мудрости и славе.

Разрешение *историко-объяснительной задачи* – выдвигает и развертывает следующую задачу, *философско-научную.*

Совершенно естественно и неизбежно ученому правоведу, исследующему историческое правосознание своей родины, расширить свое видение до размеров *историко-сравнительного* созерцания.

Тогда вся история человечества предстанет перед ним, как *история правосознания,* как множество отчасти замкнутых, отчасти взаимодействующих и отчасти преемственно связанных *духовных кривых,* выражающих своими волнами – подъем и падение, усиление и ослабление, облагорожение и вырождение ряда национальных правосознании и государств. Вся судьба каждого народа связана с жизнью и формою его политической организации; а политическая организация его есть не что иное, как *выражение его правосознания,* преломившего в себе его *естественную данность* (внешнюю и внутреннюю природу) и его смутные, инстинктивно переживаемые *цели.* Само же правосознание есть состояние не просто душевное, а *душевно-духовное,* которое стоит в глубокой и тесной связи с *религиозною* жизнью индивидуума и народа и со всем, присущим ему *национальным характером и ритмом духовной жизни.*

В этом созерцании и исследовании правоведу придется стать *дискриптивным психологом:* он неизбежно установит, что правосознание всегда имеет *сложную психическую природу,* особое душевное строение, меняющееся по нациям и эпохам и налагающее свою печать на законы, учреждения и общественный строй; так у одного народа в правосознании и соответственно в правотворчестве преобладает строго рассудочное *размышление* над прозаическим интересом, уравновешенная *интуиция справедливости,* и холодная *воля к порядку;* у другого беспокойная, темпераментная *мечта* и порывы *чувства;* одни не доверяют воле интуиции, регламентируют и записывают; другие, наоборот, спокойно уверены в правовых гранях своего волення и не гонятся за словесною формулою; и так далее.

Мысль и воля, воля и воображение, фантазия и чувство, чувство и пластическая объективация – участвуют в правосознании в *различных* дозах и смешениях, то изливаясь в педантизме и формализме, то уходя в беспринципное верхоглядство, то развивая близорукую мелочность или беспочвенный максимализм.

И каждый раз оказывается, что правосознание, *в зависимости от своего психического строения,* бывает сильнее и слабее, более устойчивым и более шатким, более глубоким и более поверхностным, более зиждущим и более разрушительным; действительно, оно

может быть шатким, беспочвенным, способным к утрате своих основных целей и к разложению: и наоборот – оно может быть глубоким, цельным, героически-непреклонным и благородным.

Это означает, что простое историко-сравнительное наблюдение научает нас *разно-сильности* и *разно-ценности* правосознании и заставляет правоведа-историка-и-психолога поставить перед собою центральную» философскую задачу всего правоведения – *проблему нормального правосознания.*

Говоря о «нормальном» правосознании, я разумею отнюдь не какое-то «среднее» правосознание, будь то в его персонально-типическом экземпляре или как воображением гипостазированный продукт несовершенной индукции.

Нет, нормальное правосознание это то, которое соответствует *норме,* которое в своей основе, в своем строении, в мотивации и в *силе* – *верно;* эта нормальность, эта верность его, взятая во всей полноте; *дает идеальное, совершенное* правосознание. *Основу, корень нормального правосознания* составляет *предметное, неошибающееся испытание самого права,* единого, *естественного права; и воля* к нему. Но систематическое испытание права, образуя как бы душу правосознания, выполняет ту функцию, которую выполняет *Совесть* в этике, *эстетический* Вкус в искусстве, *Очевидность* в познании. Из этого предметного испытания естественного права возникает переживание его во всей его *священной необходимости* для моего и для чужого и для национального духа. И этот предметный опыт закрепляет *волю* к нему и порождает *знание* его.

Но, для того, чтобы установить и описать строение нормального правосознания, его необходимо *найти и укрепить в себе самом.* Совершенным правосознанием обладают, конечно, исключительные люди; но *основу* нормального правосознания, то, что можно назвать *актом правовой совести,* может осуществить в себе *всякий,* если не считать кретинов и духовно уродливых злодеев.

Этот акт правовой совести осуществляется через целостное сосредоточение внимания, – чувства, воли и воображения, – на *объективно-лучшем* и, притом, *самом лучшем в правоотношении человека к человеку;* и, вслед за тем, на ассимилирующем усвоении, на *вживании* исследующего духа во *внутреннюю природу* этого воспринятого *идеального правоотношения.*

Этот метод исследования, открытый еще Сократом и характерный для всей философии вообще, основывается очевидно на том, что «нормальное правосознание» является не только *исследуемым*

предметом (во *всей* его полноте), но в известном смысле и *органом, орудием исследования* (в его первоначально-брезжущем, сначала довольно беспомощном виде).

Подобно тому, как сущность и содержание совести можно исследовать только осуществляя ее акты и испытывая ее зовы, т. е. *живя совестью;* подобно этому нормальное правосознание и его предмет (естественное право) можно исследовать только *отыскивая* его переживание *в себе, воспитывая, укрепляя и углубляя* его в жизненном испытании и осуществлении.

Основа нормального правосознания дана, повторяю, каждому, и от него зависит развить его в себе для осуществления и познания; процесс *познания* совпадает здесь, до известной степени, с процессом *воспитания в себе;* так, что каждый успех в *создании* будет открывать *познанию* нечто новое, и каждый успех *познания* будет упрочивать дело *самовоспитания.*

Нормальное правосознание должно *жить и возрастать* в том.

кто его исследует, и может успешно исследоваться только тем, кто выращивает его в себе. Это будет не индукция и не дедукция, но *систематическая интуиция духовного предмета, создаваемого* в процессе *самосовершенствования.*

Исследовать строение и предмет нормального правосознания является в наши дни снова *очередною задачею правоведения.* Я говорю «снова» потому, что естественное право повторялось в истории много раз, хотя чаще всего в дедуктивном порядке; а строение нормального правосознания, хотя систематически и не раскрывалось, но *в задании преподносилось человечеству от глубокой древности.* Мало того, через всю историю человечества можно проследить два глубоких убеждения: первое, что *нормальное* правосознание есть тем самым *здоровое, сильное и творчески-зиждущее правосознание;* и второе, что корни его *связаны с нравственною добродетелью и с религиозностью.*

Посмотрите, как зрело это выражено в древней китайской летописи Шу-кинг и как гениально это раскрыто в Книге Великого Научения у Конфуция; прочтите седьмую, восьмую и девятую книги законов Ману; вспомните Библию; перечитайте незабвенные страницы третьей книги Истории Фукидида о духовных причинах Пелопоннесской войны, – и разрешите мне не приводить других указаний.

Проблема нормального правосознания есть *проблема древняя, как мир.*

Но это возможно именно потому, что *не менее древне и само нормальное правосознание:* веками, в неудачах, падениях и гражданских войнах, выстрадывая политический опыт, люди замечали и понимали, что *доброкачественность* правосознания есть подлинная основа его *силы* и что эта *доброкачественность* присуща именно тем, чей *дух искренне и цельно парит к объективному совершенству.*

Эта доброкачественность, (правда, в элементарном виде и проявлении своем), есть явление совсем не исключительное и, когда оно становится *исключительным,* то город и государство идут к разложению и гибели.

Нормальное правосознание составляет одну из лучших *потенций* человеческой души, которая *уже* реальна, но часто слаба, неустойчива и несознательна; которая в действительности далеко еще не стоит на высоте могущества и далеко еще не определяет собою, как следует, жизнь человека. Будучи слабым, темным, подавленным, больным или заглушённым, оно продолжает жить в душе; и даже тогда, когда жизненная сила его сводится к минимуму. Это есть, если угодно, некое *«идеальное» состояние души,* но совсем не в том смысле, что его *нет* в действительности или что оно *не может* осуществиться. Это один из *реальных факторов исторического процесса,* который подлежит изучению и укреплению; и будущее принадлежит ему больше, чем ему принадлежало прошедшее.

Реальная сила этого фактора выражается в том, что всюду, где он действует в большем объеме или с большею интенсивностью, порядок общественной жизни оказывался и оказывается сразу: и более *совершенным,* и более *прочным и устойчивым.* Нормальность правосознания есть *главная основа государственной организации и огражденной ею духовной культуры.*

Философия здесь, как и везде, учит познанию того, что *благо есть реальная сила,* уже *данная человеку,* как факт, как возможность большего и как предмет желания, и, в то же время, еще *заданная* человеку для познания, для воспитания себя к нему и для полного осуществления.

В истории человечества периодически бывает так, что *дефекты и недуги* правосознания *подтачивают* и *расшатывают* его верный строй и силу; а расшатанное правосознание *само ускоряет наступление острых испытаний,* которых оно не в состоянии выдержать.

Образуется как бы некое *саморазжигание недуга;* слагается как бы некое *торопящееся самообрушивание,* могущее повести к настоящей катастрофе; и бывали в истории такие кризисы, от которых

то или иное государство имело все основания *вести начало своего упадка.*

Для того, чтобы этого не случилось с нашей родиной, мы и должны превратить *опыт* нашего правового, государственного и культурного крушения в источник нового *предметного знания* о природе права, государства и правосознания и в источник героической *воли* к их возрождению.

Вслед за вопросом о том, какие дефекты русского национального правосознания привели к этому крушению, мы должны поставить вопрос:

*что такое правосознание,* свободное от дефектов, здоровое, могучее, зиждущее?

какое значение имеет в его жизни чувство? воля? мысль? воображение? внешний поступок?

в каком *соотношении* они слагают его верный пульс?

входят ли *внутренние мотивы* в состав нормальной правовой жизни и, если входят, то какие именно?

имеется ли у нормального правосознания *единая* и *объективно-верная цель и какая именно?*

что есть *предмет* нормального правосознания, – *естественное право,* и в каком отношении оно стоит к положительному праву?

что *связует* и что *разлучает* нормальное правосознание – с духовной жизнью и с духовной культурою? с добродетелью? с религиозностью? с патриотизмом? с междугосударственным братством народов?

в чем природа и каково строение нормального *политического* правосознания?

в чем естественно-правовая сущность *государства* и его *цель* в функции каких координат обретается *верная форма* государства?

в чем *цель* государственной власти? в чем ее *природа?* каковы ее *нерушимые аксиомы?*

и нет ли таких *основных аксиом,* которые лежали бы в самой основе нормального правосознания, обусловливая собою его верность и силу?

и каковы бывают, и как возникают и куда ведут *недуги правосознания?*

Вот, приблизительно тот цикл вопросов, который неизбежно восстанет перед каждым русским правоведом, восхотевшим подойти к основной проблеме философии права, а потому и всего правоведения.

Я далек от мысли разрешать здесь, сейчас эти вопросы: это все проблемы – древние и вечные; и работы здесь хватит для поколении.

Но наше поколение, потрясенное невиданным в истории крушением своей родины, крушением, состоявшимся при его непосредственном участии, и при его совиновности – должно понять, что без углубленного и сосредоточенного, патриотически направляемого ухо да в эти предметные глубины – *о возрождении России нечего и думать.*

Однако дело совсем не только в том, чтобы русское национальное правоведение поставило перед собою эти задачи; но и в том, чтобы оно нашло для них *правильное разрешение.*

Необходимо прежде всего испытать, увидеть и понять, что право и государство, которые регулируют, конечно, не внутренние, а внешние деяния человека, тем не менее *живут* именно внутренними, душевными состояниями его и притом не безразлично какими, а именно *душевно-духовными.* Внешний строй, внешний порядок, убыль правонарушений и преступлений – есть только *поверхностная видимость* права и государства; она может быть налицо, а право и государство могут идти навстречу гибели.

*Строить право* не значит придумывать новые законы и подавлять беспорядки; но значит *воспитывать верное и все углубляющее и крепнущее правосознание.*

*Строить государство* не значит завоевывать территории и ради этого изнурять платежеспособность населения; но это не значит и вливать политически-незрелую массу в правительство, предоставляя ей удостовериться в свой политической немощи путем погубления духовной культуры и персонального субстрата страны.

Но это значит *воспитывать в народе государственный образ мыслей, государственное настроение чувства, государственное направление воли.*

Человек творит право и государство именно *чувством, волею и сознанием;* не «просто» внешними поступками, но длительными, устойчивыми и содержательно-верными напряжениями души и духа.

Юристу, способному только к формальным анализам, и политику, воображающему, что спасение придет от максимального расширения публичных полномочий, – конечно, может казаться, что все дело в *отвлеченных квалификациях и в механизме внешних возможностей и поступков.*

Они *предпосылают наличность правосознания* – и у себя, и у массы; у себя – и потому *запускают свое* духовное воспитание, запутываются в казуальных конструкциях и ложных доктринах и теряют свою настоящую дееспособность; у массы – и потому не только *не воспитывают* ее, но готовы *преклоняться* перед дефектами ее правосознания.

Право и государство живут по существу в *субъекте права, им, субъектом – его* душою, *его* духом. Но субъект права – это не только понятие, или категория, или абстрактная точка для умственного приложения полномочий и обязанностей; субъект права это прежде всего *духовно организованная душа.* Юридически *квалифицироваться* в качестве субъекта права, и подлинно *быть* субъектом права – не одно и то же. Юридически *признать* человека правоспособным и дееспособным и духовно *сделать* его правоспособным и дееспособным – не одно и то же; ибо признанная за ним правоспособность может остаться *мертвою фикцией,* без живого наполнения, без творческой плэромы; а предоставленная ему дееспособность может раскрыться фактически, как способность к грабежу, убийству и разрушению государства.

*«Юридически считаться»* и *«духовно-правосознательно быть»* – поскольку то и другое *не* совпадает, постольку «значащее» право и «действующее» государство строятся в воздухе и готовят себе разложение. Постольку они *не реальны.*

Ибо реальность их – живет там, дальше, глубже, в тех *корнях души,* которыми человек *любит, желает, решает и идет на смерть.*

Правоспособность и дееспособность не фиктивны тогда, когда за ними действительно живет и их собою наполняет *чувство-способность, воле-способность и мысле-способность.* И, притом, не просто способность чувствовать, желать и думать вообще, что-нибудь, все равно что (например, радоваться полученной взятке, желать незаслуженного почета, обдумывать предвыборную инсинуацию).

Настоящий, нефиктивный субъект права способен *чувствовать, желать и мыслить* предметную *цель* права и государства и потому он переносит эти духовные напряжения свои на самое право, и на самое государство, и на государственную власть, как на *верные и достойные пути к этой цели.*

Цель права и государства совсем не в том, чтобы более изворотливый и жадный, беспрепятственно, и не ограбляемый, обогащался

за счет других; и не в том, чтобы люди, формально приписанные к данному государству, всюду плавали со своими дешевыми товарами, вытесняя дорогие товары людей, формально приписанных к другому государству.

Но она и не в том, чтобы искоренить в стране разделение тру. да и занятий, пресечь творческую инициативу индивидуума и принудительно уравнять то, что в корне и навсегда не равно; и не в том, чтобы уговаривать граждан *других* государств к искоренению у них социальной дифференцации, к пресечению индивидуальной инициативы и к национальному разорению от имущественного передела.

Нет; настоящая цель права и государства в устроении и ограждении *национального, и тем самым,* именно через это осуществляющегося, *общечеловеческого духовного расцвета.* Расцвет национальной *духовной культуры* и ее коллективного субъекта, как такового, – есть расцвет *родины.* Так, что законы и государство образуют положительно-правовую форму родины; а родина – т.е. национальная духовная культура и ее живой и природный субстрат, составляет *содержание и цель государства и права.*

Субъект права, который *не любит* свою родину, не будет блюсти и не может блюсти ее интереса; ему не по пути с его собственным государством; начав постепенно действовать, он его тотчас *предаст* и быстро *погубит.* Такой субъект права *фиктивен;* и государство в его душе и в его делах *не имеет реальности.* Субъект права, *воля и мысль* которого не замечают родины, ее блага и ее формы – останется политически недееспособным, какая бы фиктивная квалификация ни была ему придана. Ибо – *реальная глубина правовой субъективности лежит в правосознании человека, в его чувствовании, волении, мышлении, в их верном направлении, в предметности и силе их интенции.*

Но ведь нельзя же *заставить* людей предметно чувствовать, желать и думать; нельзя даже *узнать о* каждом, *как именно* он на самом деле чувствует, желает и думает.

И, тем не менее, приятие родины, права, государства и власти личною любовью, уважением, доверием, волею и мыслью – составляет самую основную сущность нормального правосознания и государственного национально-духовного расцвета.

*Заставить* любить и желать *нельзя;* но *воспитывать* волю, но *взращивать* любовь, но *образовывать* мысль можно и должно.

Проникнуть в подлинную жизнь личного – духа – *трудно;* но необходимо признать, что тот, кто без достаточных оснований, в порядке отвлеченного теоретического допущения, не считаясь с действительностью, объявляет всех людей без различия политически-дееспособными субъектами права, – тот ведет государство к гибели, родину к унижению, а население к массовому вымиранию.

*Быть нефиктивным субъектом права значит быть духовно-зрелою личностью* – вот первооснова правосознания, вот аксиома философии права, длительное пренебрежение к которой таит в себе возмездие.

*Нормальный субъект права* не тот, кого *заставили* любить родину или желать государственной цели, – это ложная постановка вопроса; но тот, кто *сам* любит родину, потому, что видит ее духовную красоту и утверждает *ею самого себя;* и тот, кто *сам* находит чувством, и мыслью, и созерцанием – единую, объективную цель своего государства, и *сам* приемлет ее волею и действием.

Это значит, что нормальный субъект права, как духовно зрелая личность, ощутил и опознал *свою собственную природу,* как нечто *неразложимое* на простые животно-телесные потребности и на простые животно-душевные состояния; он нашел себя, как существо духовное, т. е. измеряющее себя и всю человеческую жизнь не голыми «нуждами», «пользами» и «интересами», – но *достоинством,* объективным и безусловным достоинством, честью, совестью, правотою *перед лицом Божим.*

Только тот, кто, – сознательно или бессознательно, – измеряет жизнь и мир такою ценностью, – может увидеть достоинство своей родины, права, государства и власти; только он может найти безусловное достоинство и *в себе самом.*

Нормальный субъект права имеет в основе своей жизни и своего действования – *чувство собственного безусловного достоинства;* он уважает себя, как личность; и уважает гражданина в себе; а потому он умеет уважать и свою государственную власть, не унижая себя и не пресмыкаясь; и нет условий, при которых он мог бы стать политическим Терситом или Калибаном.

Но именно в этом достоинстве своем и уважении к себе – нормальный субъект права имеет свою, самостоятельно испытанную и добровольно принятую *грань* в жизни и в действии; он имеет *в самом себе мотивы* для правого, верного, предметного поведения. Повинуясь праву и власти, он повинуется им не потому, что они грозят ему и заставляют его, а потому, что он уважает *себя и их;* и

уважает в них – самого себя; и уважает их – в своем собственном лице.

Такой субъект права есть живой центр самоуправления; он способен *верно управлять* **своею** жизнью и только через это и благодаря этому он способен верно строить, а не разрушать, *общественное и политическое* самоуправление. Повинуясь закону, он не только не нарушает этим свою свободу, но строит и утверждает ее: потому что он повинуется *по свободному убеждению.*

Он созрел к политической свободе потому, что он внутренне, духовно *освободил себя от зверя;* и потому его внешняя свобода проявляет не раба и не тирана – а неестественное дыхание патриотизма и государственности; и нет условий, при которых он мог бы стать Емельяном Пугачевым или Андроником Комнином.

Итак, правосознание имеет свои *аксиомы;* утверждение их в себе делает правосознание нормальным, а субъекта права – *живым очагом правоты, реальною опорою государственности.*

Вскрыть эти аксиомы – вот великая задача правоведения в наши дни; вскрыть их в той глубине нашего опыта, из которой они *сами уже вопиют к нам;* вскрыть их и развернуть в целостное понимание нормального правосознания, в целостное учение о *нормальном субъекте права.*

И это учение о правосознании и о нормальном субъекте права поможет разрешить все другие указанные мною выше задачи.

Оно откроет все возможные *недуги правосознания* субъекта, творящего право через закон, через правление, через суд и через простое частноправовое волеизъявление.

*И публичное, и частное* правосознание предстанут тогда перед правоведом в их анатомическом составе, в их физиологической динамике, и в их патологических видоизменениях.

От этого *история права* в ее причинных исследованях приобретает как бы новое измерение, новый углубленный предмет, новый создающий фактор и новый создаваемый итог.

*История политических учений* – раскроется как история *учений о правосознании,* публичном и частном; и пустыня отживших догм оживет.

*Общую теорию права* придется пересмотреть всю. Самые идеи права и государства, отмиравшие в пустой отвлеченности, прикрепятся *внизу* к живой глубине право-ощущающего духа, и *вверху* к единой, объективной цели права и государства. По-новому раскроется идея *субъекта права* и всех элементов его статуса. Углубятся

идеи правоспособности и дееспособности, правоотношения и правоприменения. Распутаются и разрешатся все основные «антиномии» общей юриспруденции:

проблема *бессильного права* и *бесправной силы;*

проблема *абстрактно-упрощенного правила и конкретно-сложного казуса;*

проблема столкновения между *положительным и естественным* правом;

проблема *автономного субъекта и гетерономно значащего закона;*

проблема *классовой борьбы и государственной солидарности;* проблема *справедливого неравенства и уравнивающей несправедливости;*

и, наконец, проблема *международной беспринципности государства и анти-патриотического интернационализма.*

Нет нужды перечислять все те проблемы отдельных юридических дисциплин, которые связаны с учением о нормальном правосознании; достаточно указать на то, что вопросы о *природе и реальности государства, о монархии и республике, о демократии и аристократии, о корпорации и учреждении, о федерации и автономии, об уголовной вине и наказании* – разрешимы вообще только, как вопросы *правосознания.*

Юридическая наука должна строиться не просто как наука о «праве», – но как наука о *«праве в нормальном правосознании»:* ибо мало *думать* о праве, надо его *испытывать и видеть.* Чисто умственное обхождение с правом имеет дело *не с правом,* а с его отвлеченными тенями; *не с предметом,* а с его праздными, возможными схемами; *не с реальностью,* а с произвольными комбинациями.

Юридической науке предстоит поставить перед собою кардинальный и труднейший вопрос: что есть настоящий *правовой опыт, как он добывается* и как возможно его *научно организовать?* Ибо юрист, считающий себя ученым и академическим преподавателем, а свою юриспруденцию – наукой, должен уметь ответить на этот вопрос. Ибо какая же есть наука без *организованного опыта?* И какой же возможен опыт, если исследователь не может указать то-то *органа, посредством которого емлется и испытуется его предмет?*

Право и государство не восприемлются в опыте внешних, телесных чувств; но в каком же опыте они восприемлются? Или юриспруденция не опытная наука, а жалкая смесь из другой метафизики и радикальной публицистики?

Здесь обнаруживается некий глубокий дефект *всей современной юриспруденции,* совсем не только русской: она *не сознает своей опытной природы и не сознает природы своего опыта;* и потому она – или наблюдает и описывает внешние явления (поверхностные отражения правовых событий), или размышляет одним умом над отвлеченными различениями, комбинируя их то ради классификации, то ради профессионального злоупотребления.

Юриспруденция имеет задачу *выяснить природу своего опыта,* вернуть себе *его* и через него самый предмет свой; – тогда перед ней откроется свободное и победное плавание – и, смотрите, как уже надуваются ее паруса попутным ветром исторической бури.

Не будем ни минуты преуменьшать размеров этих задач: они потребуют напряженных усилий от всего *нашего поколения* русской интеллигенции и *еще от нескольких.*

Но я глубоко верю в то, что эта духовная работа *будет* выполнена.

Русские юристы найдут в себе силы для того, чтобы превратить национальное бедствие в *источник света* не только для России, но и *для других стран.* Ибо не одна Россия переживает кризис правосознания, но в большей или Меньшей степени *все народы.*

Весь мир переживает в наши дни одновременное обострение *национально-государственной* конкуренции и *классовой дифференциации* – процесс, который закончится не скоро и который подвергает великому испытанию правосознания *всех* классов *во всех* странах. А между тем исторически данное правосознание далеко не везде стоит на уровне испытаний; и там, где, как в Англии, классовое правосознание прошло уже через известное огосударствление, *государственно-международное* правосознание пребывает еще на уровне образцовой порочности. Недуг одного поворота правосознания может привести к кризису *весь* его состав и *в других* его поворотах. А между тем международное и классовое обострение разжигает *страсти; страсти отрывают* право и государство от их: верной *цели* и, так сказать, обеспредмечивают их; а беспредметное право не способно вести правосознание и насыщать его; и вследствие этого правосознание отрывается от духовной, *сверхклассовой* природы государства и от *луховно-сверхнациональных* горизонтов права и разлагается от жадности, страха, злобы, мести и отчаяния.

При таких условиях *всякая* работа над очищением, углублением и опредмечением правосознания имеет *общечеловеческое* значение, а размеры политического опыта, данного *русскому* правоведению,

помещают именно его на самое дно и в самый центр этой лаборатории.

Божие посещение не возлагает ни на кого непосильных заданий, но кому дает *опыт и призвание,* тому дает и *силы* для его выполнения. И к этим заданиям нам надлежит приступить с чувством великой ответственности и с готовностью к *великой ревизии* нашего достояния.

Целый ряд неверных уклонов и подходов, ставших уже, до известной степени, *традиционными,* придется нам преодолеть при этом в себе и в нашей среде.

Нам придется преодолеть в себе и склонность к юридическому формализму и схематизму; и профессионально-утилитарную близорукость; и искушение беспринципно-релятивистической, компромиссной беспочвенности; и опасности субъективистического психологизма с его злосчастным учением об эмоциональной *фантасме,* и соблазн слепого и заносчивого сверх-правого идеализма; и мертвенность национально-патриотического безразличия; и разрушительную классовую концепцию государства.

И, главнее всего, – надо будет преодолеть в себе эту *безвольную, пассивную, сентиментальную мечтательность* в государственном деле, которая имеет своим естественным коррелятом *ожесточившуюся и ослепшую в абстрактных дедукциях противогосударственную волю ко всеобщему ниспровержению.*

Скажем себе открыто и мужественно: *России необходимо поколение прозревших и перевоспитавших себя правоведов, которые* сумели бы *начертать и осуществить систему верного социального воспитания,* – воспитания в массе *нормального субъекта права.*

Это поколение не будет уже беспочвенно мечтать о химерической утопии и по-детски требовать немедленного осуществления любимой химеры. Оно сумеет *предохранить* свою родину от *повторения* злосчастных ошибок прошлого – и в то же время оно сумеет *усвоить верную мудрость старого.*

Россия нуждается в том, чтобы ее правоведы и вожди постоянно воспитывали в самих себе *художников естественной правоты.*

И пусть призывом к тому будет нам переживаемое ныне всею Россиею безмерное, но очистительное посещение Божие.

# Сведения об авторах

***Белоусова Елена Вениаминовна***, кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Московского гуманитарного университета (111395, г. Москва, ул. Юности, д. 5/1; тел.: (495) 374-51-51; info@mosgu.ru)

***Медведев Евгений Валентинович***, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии Ульяновского государственного университета (432970, г. Ульяновск, ул. Л. Толстого, д. 42; тел.: (8422) 41-20-88; info@ulsu.ru)

***Осипян Борис Арташесович***, кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (117218, г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34; тел.: (495) 719-73-02; info@izak.ru)

***Панченко Павел Николаевич***, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета – Высшей школы экономики, руководитель Секции по уголовно-правовым вопросам Научно-консультативного совета при Нижегородском областном суде, Заслуженный юрист Российской Федерации, академик РАЕН, член РАЮН, член Российской криминологической ассоциации (603155, г. Нижний Новгород, ул. Б. Печерская, д. 25/12; тел.: (831) 416-96-52; info@hse.nnov.ru)

***Чиркин Вениамин Евгеньевич,*** доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, (119991, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; тел.: (495) 691-33-81; igpran@igpran.ru)

***Саидов Акмаль Холматович***, доктор юридических наук, профессор, директор Института (Национального центра) по правам

человека Республики Узбекистан, председатель Комитет по демократическим институтам, негосударственным организациям и органам самоуправления граждан Законодательной палаты Олий Мажлиса (парламента) Республики Узбекистана, (100029, Узбекистан, Ташкент, пл. Мустакиллик, д. 5/3; тел.: (371) 239-43-39; ncpch@ziyo.uz)

***Тощенко Жан Терентьевич***, доктор философских наук, профессор, член-корреспондент Российской академии наук, главный редактор журнала РАН «Социологические исследования», декан и заведующий кафедрой теории и истории социологии социологического факультета Российского государственного гуманитарного университета (119991, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; тел.: (495) 691-33-81; igpran@igpran.ru)

***Дойников Игорь Валентинович***, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права и процесса Московского городского университета управления Правительства Москвы, (107045, г. Москва, ул. Сретенка, д. 28; тел.: (495) 957-75-60; mgiu@migm.ru)

***Либанова Светлана Эдуардовна***, кандидат юридический наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Курганского государственного университета (640669, Курганская область, г. Курган, ул. Гоголя, д. 25; тел.: (3522) 43-26-52; rector@kgsu.ru)

***Гетьман-Павлова Ирина Викторовна***, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права факультета права НИУ «Высшая школа экономики» (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел.: (495) 621-79-83; hse@hse.ru)

***Морозова Валерия Викторовна***, аспирантка кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права НИУ «Высшая школа экономики» (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел.: (495) 621-79-83; hse@hse.ru)

***Голоскоков Леонид Викторович***, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой «Финансовое и бюджетное право» Академии бюджета и казначейства Министерства финансов РФ (101990, г. Москва, Малый Златоустинский пер., д. 7, стр. 1; тел.: (495) 625-56-52; info@abik.ru)

***Талапина Эльвира Владимировна***, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук (119991, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; тел.: (495) 691-33-81; igpran@igpran.ru)

***Данилова Наталья Владимировна***, кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой природоресурсного и экологического права Института государства и права Тюменского государственного университета (625003, Тюменская область, г. Тюмень, ул. Семакова, д. 10; тел.: (3452) 46-01-41; president@utmn.ru)

***Осипов Михаил Юрьевич***, научный сотрудник Института законоведения и управления Всероссийской полицейской ассоциации, кандидат юридических наук, доцент (300039, г. Тула, ул. Сурикова, д. 2; тел.: (4872) 24-27-21; box@izuvpa.ru)

***Джиоев Руслан Федорович***, аспирант Современного гуманитарного университета (109029, г. Москва, Нижегородская ул., д. 32 корп. 4; тел.: (495) 727-12-30; abiturient@muh.ru)

***Шурухнова Дина Николаевна***, кандидат юридических наук, доцент Московского университета МВД России (117437, г. Москва, ул. Волгина, д. 12; тел.: (495) 336-22-44; support@mosu-mvd.com)

***Беженцев Александр Анатольевич***, кандидат юридических наук доцент кафедры административной деятельности органов внутренних дел Санкт-Петербургского университета МВД России, капитан милиции (198206, г. Санкт-Петербург, ул. Летчика Пилютова, д. 1; тел.: (812) 744-70-42; mail@univermvd.ru)

***Шевченко Галина Николаевна***, доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права, профессор Юридического института Дальневосточного федерального университета (690950, г. Владивосток, ул. Октябрьская, д. 25; тел.: (4232) 51-53-21; law_institute@dvgu.ru)

***Ульянов Дмитрий Владимирович***, соискатель Российской таможенной академии (140009, г. Люберцы Московской области, Комсомольский пр-т, д. 4; тел.: 559-94-45; info@rta.customs.ru)

***Меркулов Михаил Сергеевич***, соискатель кафедры криминалистики Московского университета МВД России (117437, г. Мо-

сква, ул. Волгина, д. 12; тел.: (495) 336-22-44; support@mosu-mvd.com)

***Махнибородa Инна Михайловна***, преподаватель кафедры международного права Южного федерального университета (344006, г. Ростов-на-Дону, ул. Большая Садовая, д. 105/42; тел.: (863) 237-03-70; zpk@sfedu.ru)

***Пилипсон Эдвард Генрихович***, магистр права (профессиональная степень), докторант Рижского университета Паула Страдыня (LV-1013, Latvija, Rīga, Vilandes, 13; tel.: 672-11-00; bapu@one.lv)

# Правила представления рукописей

– журнал публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам правоведения и государственного строительства;

– в журнале печатаются материалы, ранее не опубликованные и не предназначенные к одновременной публикации в других изданиях; автор может опубликовать в одном номере журнала не более одного материала; все материалы проверяются на наличие плагиата;

– плата за публикацию материалов не взимается; авторам гонорар не выплачивается;

– элементы издательского оформления материалов включают: сведения об авторах; заглавие материала; подзаголовочные данные; аннотацию; ключевые слова; сведения о языке текста, с которого переведен публикуемый материал; приложения; пристатейный библиографический список; допускается использовать дополнительные элементы издательского оформления; представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество автора(ов); отдельно необходимо указать контактный телефон и адрес электронной почты для оперативной связи, адрес с индексом для отправки номера журнала; по выходу журнала каждому автору бесплатно высылается отдельный номер журнала;

– объем материала не должен превышать 1 п. л. (40 000 знаков);

– материал может быть направлен в редакцию по адресам: 115563, г. Москва, а/я 77, МИИ; info@mii-nauka.com;

– решение редакционного совета о принятии статьи к печати или ее отклонении сообщается авторам;

– электронные носители и рукописи авторам не возвращаются; рецензии на принятые материалы предоставляются по запросам авторов;

– аннотации материалов, ключевые слова, информация об авторах будут находиться в свободном доступе на сайте Института, в системах цитирования на русском и английском языках; через год после выхода номера журнала его полнотекстовая версия будет размещена на сайте Института.

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте http://www.mii-nauka.com

Подписано в печать 01.03.2011 г. Сдано в набор 07.03.2011 г.
Формат 70×100 $^{1}/_{16.}$ Печать офсетная.
Объем 25 п. л.
Тираж 5600 экз. Заказ 4952.
Отпечатано в типографии ПМБ ЕГУ.
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Перепечатка материалов, опубликованных в журнале,
допускается исключительно с письменного разрешения редакции.

ISSN 2073502-2