ISSN 2073-5022

ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

3
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

3(11)

2011

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

Редакционный совет:

А. А. Тедеев	доктор юридических наук, кандидат экономических наук, директор Международного исследовательского института (главный редактор Всероссийского научного журнала «Вопросы правоведения»)
В. Н. Григорьев	доктор юридических наук, профессор, ученый секретарь Московского университета Министерства внутренних дел Российской Федерации (главный редактор бюллетеня «Аналитический обзор диссертационных исследований, представленных к защите (защищенных), по юридическим наукам (с комментариями)» (приложения к Всероссийскому научному журналу «Вопросы правоведения»)
Ю. В. Пуздрач	доктор юридических наук, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Московского гуманитарного университета (заместитель главного редактора Всероссийского научного журнала «Вопросы правоведения» – шеф-редактор рубрики «Правовая мысль прошлого»)
И. Н. Барциц	доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, декан Международного института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и 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
А. Э. Жалинский	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Государственного университета – Высшей школы экономики
А. Я. Капустин	доктор юридических наук, профессор, руководитель Центра сравнительно-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

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
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

Нерсесян В. С. (кандидат технических наук, доцент) Современное право: формы и содержание 8

Медведев Е. В. (кандидат юридических наук, доцент) Понятие функции права 23

Сазонникова Е. В. (кандидат юридических наук, доцент) О критике в правовой науке 38

Осипян Б. А. (кандидат юридических наук) Правомерные цели надлежащей и долговременной конституции 46

Точка зрения

Федотов М. А. (доктор юридических наук, профессор) К вопросу о концептуальных основах информационного права как права киберпространства 71

Панченко П. Н. (доктор юридических наук, профессор) Интеллектуальный потенциал общества, информационное пространство, уголовное право 99

Бачило И. Л. (доктор юридических наук, профессор) Причины и суть эволюции государственных и правовых институтов в условиях развитии информационного общества 114

Проблемы государственного строительства и публичного права

Шаблинский И. Г. (доктор юридических наук, профессор) Эволюция избирательной системы в России: предварительные итоги 146

Братановский С. Н. (доктор юридических наук, профессор) Правовые основы и особенности статуса муниципального служащего 161

Крохина Ю. А. (доктор юридических наук, профессор) Реформирование законодательства о государственном финансовом контроле: опыт России и зарубежных стран 180

Разгильдиева М. Б. (кандидат юридических наук, доцент) Меры финансово-правового пресечения 193

Кобзарь-Фролова М. Н. (кандидат юридических наук, доцент) Налоговая правосубъектность физических лиц и организаций 212

Положительное право и правосудие

Артемьева Ю. А. (кандидат юридических наук, доцент) Правовое регулирование дисциплинарной ответственности судей 220

Дзарасов М. Э. (кандидат юридических наук, доцент) Проблема вины в трудовом праве 230
Фидельский С. В. Значение преюдиции для установления процессуальной истины в состязательном уголовном судопроизводстве 238
Хилюта В. В. (кандидат юридических наук, доцент) Злоупотребление доверием – самостоятельная форма хищения 244
Верхотуров Д. А. Современное уголовное законодательство зарубежных стран с романо-германской правовой системой об ответственности за незаконную добычу (вылов) водных биологических ресурсов 263

Вопросы глобализации и частного права
Рассолов И. М. (доктор юридических наук, профессор) К вопросу о защите коммерческой тайны в гражданском праве 273
Дейнеко А. Г. Гражданско-правовое регулирование использования свободных лицензий в Российской Федерации 283
Черных К. В. (кандидат юридических наук, доцент) К вопросу о проблеме правового регулирования доменных имен 296
Якимовская Н. Л. Обязанности организаций радиовещания в сфере интеллектуальных прав 306
Пилипсон Э. Г. (докторант, Латвия) Проблемные вопросы определения личного закона физического лица в международном частном праве 331

Исторический отдел правоведения
Плоцкая О. А. (кандидат юридических наук, доцент) Система нормативно-правовых актов в Коми автономной области в 20-е – I половине 30-х годов XX века 340
Магсумов Т. А. (кандидат исторических наук, доцент) Правовые акты как источник по истории среднего профессионального образования в дореволюционной России 353

Правовая мысль прошлого
Эльцбахер П. (доктор, приватдоцент) Анархизм (*Окончание. Начало в № 2*) 363

Сведения об авторах
Правила представления рукописей авторами

Вопросы правовой доктрины

Современное право: формы и содержание

формально-равное право; формально-неравное право; формально-равный доступ; правовая работоспособность

В. С. Нерсесян

кандидат технических наук, доцент, старший научный сотрудник отдела теории и истории права и судебной власти Российской академии правосудия

1. Происхождение формального (правового) равенства как познанного способа и средства необходимой самоорганизации людей (социогенеза). Человек юридический. Формально-равное право

Формальное (*правовое*) равенство, как *осознанный* и *необходимый* способ и средство *самоорганизации*, является величайшим изобретением людей. Вопросы о происхождении формального равенства как права, социума как самоорганизации и человека юридического как творца и материального носителя формально-равных отношений восходят к первобытной общине как началу всех начал. В. С. Нерсесянц, определяя условия происхождения формального равенства как определяющего и критериального признака самоорганизации, отмечает, что в человеческом мире (для поддержания его жизнеспособности и целостности) необходимо происходит его «сознательная самоидентификация, результатом чего является возникновение формального момента, абстрактного принципа и идеи равенства (и, следовательно, неравенства) – в отличие от различий фактически данного»[1]. Полемизируя с Руссо, В. С. Нерсесянц отмечает, что он (Руссо), говоря о происхождении неравенства, упускает из виду, что «происхождение неравенства – это и есть по сути и по времени вместе с тем и происхождение равенства (идеи и принципа равенства); неравенство[2]… есть признаваемое и легити-

---

[1] *Нерсесянц В. С.* К праву. О происхождении равенства. (Из неопубликованного). Составитель В. В. Лапаева // История государства и права. 2009. № 17. С. 4.

[2] Говоря о равенстве и неравенстве, В. С. Нерсесянц имеет в виду равенство формальное и неравенство фактическое. Понятие *формального неравенства* у В. С. Нерсесянца не используется.

мируемое различие… различие, увиденное с точки зрения принципа равенства»[1]. Для первобытной общины формальное равенство состоит в том, здесь «все равны как члены данного рода»[2].

Равенство, действующее в первобытной общине, является формальным (правовым), поскольку равенство между *фактически разными* людьми общины может быть только абстрактным, формальным и, в этом качестве, – правовым. В контексте либертарно-юридического правопонимания именно «формальное равенство» и есть «право»[3]. Правила (нормы) жизни первобытной общины, имеющие, по определению, самоидентификационное (эмпирическое) формально-равное происхождение, своими *дозволениями* и *запретами* формируют некоторую область свободного поведения людей – область дозволенного и не запрещенного[4]. Несмотря на предельно низкую (на уровне возможного выживания) *качественную* (по видам свободы) и *количественную* (по объему, мере свободы)[5] выраженность этой области свободного поведения, она всё же есть, она наличествует, и, в этом смысле, формальное равенство в первобытной общине является равенством в *свободе*. Это не индивидуальная свобода, а свобода человека как формально-равного члена общины. Она не связана с собственностью на средства производства, маленькая, но не нулевая.

Люди узнают и признают друг друга в качестве равных себе благодаря волшебному «зеркалу самоидентификации»[6]. Поскольку все они фактически разные, а признают друг друга в качестве равных, то это означает, что они признают друг друга в качестве равных но некоторому формальному (абстрактному) признаку и что «зеркало самоидентификации» является зеркалом абстрагирования от различий. Самоидентификационное (эмпирическое) абстрагирование ведет, по определению, к *формальному* или, иначе,- *правовому* равенству людей. Эмпирическое формальное равенство мы определяем как *исходное* и *базовое* формально-равное *право*, а происхождение этого исходного и базового формально-равного права – как *правогенез.*

Родовая община признает фактические различия[7], но не знает *различающихся* абстрактных правовых статусов[1] и, соответственно,

---

[1] *Нерсесянц В. С.* Указ. работа. С. 4–5.
[2] *Нерсесянц В. С.* Указ. работа. С. 5.
[3] См.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. М., 1997. С. 19; *Он же.* Философия права. М., 2006. С. 3.
[4] См.: Норма права как всеобщая форма выражения формальной свободы // *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. М., 2009. С. 31.
[5] О качественной и количественной определенности формальной свободы см.: *Нерсесян В. С.* Указ. работа. С. 34–35, 226–230.
[6] См.: *Кронгауз М. А.* Проблемы лингвистики // ТВ. Научно-познавательная программа «Академия». 26.10.2010 г. М., 2010.
[7] См.: *Нерсесянц В. С.* Указ. работа. С. 5.

– *формально-неравных* отношений. Формальное (правовое) равенство в первобытной общине, как *познанная необходимость* и *принцип*, а именно – принцип самоорганизации и выживания, имеет объективное *эмпирическое*[2] и *дозаконодательное* происхождение. Община не знает «теории и принципа» формального равенства, но она реально понимает (на чувственном уровне познания) безальтернативность и продуктивность формального равенства, т. е. *равенства* при *фактических различиях*, и реально живет на основе формально-равных отношений. Это её необходимый и сознательный *выбор*. «Люди всегда жили и живут в определенным образом осознаваемом (и «пропущенном» через сознание) мире, и это относится к числу фундаментальных свойств человеческого бытия и ориентации в мире»[3]. В первобытной общине людей отличает их *системное* и *нормативное* миропонимание. «Как в области материальной, так и общественной и духовной первобытный человек с самого начала системен и в этом его коренное отличие от стадного животного»[4]. Первобытный человек живет в мире многообразных норм, формируемых на основе обычаев[5]. «Нормы самого различного характера до предела заполняют жизнь первобытного коллектива, распространяются на все её формы и проявления, не оставляя никаких пробелов или пустот»[6]. Такова природа первобытного человека, как *человека юридического* (homo juridicus) – *творца* и *носителя* формально-

---

[1] В контексте нашего исследования, «абстрактный правовой статус» – это правовой статус абстрактного субъекта абстрактного правового отношения, который определяется его положением в правоотношении, его ролью и выполняемыми функциями, его индивидуальными возможностями как субъекта абстрактной правовой деятельности (абстрактной правовой работы). Формируется в процессе эмпирической самоидентификации людей, является определяющим качественным (и количественным) признаком идентификации абстрактного субъекта и, соответственно, – критерием абстрактно-статусного структурирования общества. Для количественного выражения абстрактного правового статуса субъекта используется понятие о его абстрактном интегральном индивидуальном правовом ресурсе как совокупности его интеллектуального, информационного, административного, материального, физического, духовного и т. д. ресурсов, представленных в абстракции.

[2] Термин «*эмпирический*» используется здесь для того, чтобы подчеркнуть нетеоретическое (непонятийное, неаксиоматическое) происхождение формального равенства в общине. Разработка *теоретического* принципа формального равенства восходит к работам Пифагора и пифагорейцев в Древней Греции и к работам Ульпиана в Древнем Риме. Современную форму и содержание *теоретический* принцип формального равенства, в качестве адекватного внешнего абстрактно-теоретического концептуального средства для формирования понятийной (аксиоматической и рекурсивной) либертарно-юридической теории права и государства (как новой парадигмы, нового фундаментального направления юридической мысли), получил в работах В. С. Нерсесянца.

[3] *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С. 196.

[4] *Фрейденберг О. М.* Миф и литература древности. М., 1967. С.60.

[5] См.: *Мальцев Г. В.* Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства. Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С.35.

[6] *Мальцев Г. В.* Указ. работа. С.34.

равных отношений. Люди сознательно и необходимо объединяются не на началах неравенства, поскольку это не отвечает их интересам, а на началах равенства.

Правогенез и социогенез взаимосвязаны и обусловливают друг друга, поскольку у них *единая* основа: сущностную основу *социогенеза* (как процесса формирования общества и единых для общества поведенческих требований), как и сущностную основу *правогенеза*, составляет самоидентификационный (эмпирический) принцип формального равенства, «равной меры» формальной свободы. В системе «правогенез – социогенез» цель задается социогенезом как большей ценностью[1]. Это позволяет утверждать, что формально-равный правогенез, как средство и способ, обусловлен именно осознанной необходимостью формирования *социума*, т. е. социогенезной потребностью, и что исходное и базовое формально-равное право – это, по существу и по предназначению, способ и средство социогенеза. *Субъектом-деятелем* правогенеза и социогенеза является *человек юридический*. Правогенез, социогенез и формирование человека юридического образуют единый, взаимосвязанный и взаимно обусловленный синхронный социально-исторический правовой процесс, осуществляемый на основе формального равенства людей[2]. Везде независимо от места и времени, право происходит на основе сознательной формально-равной самоидентификации людей[3].

---

[1] Система «социогенез – правогенез» подобна системе «коммуникация – язык», где язык – средство коммуникации (М. А. Кронгауз).

[2] См.: *Нерсесянц В. С.* К праву. О происхождении равенства. С.2–7; *Лапаева В. В. и Тумурова А. Т.* Процессы генезиса права с позиций принципа формального равенства. (По материалам юридико-антропологического исследования) // История права и государства. 2009, № 17. С.15; *Нерсесян В. С.* Правовой принцип формального равенства // Государство и право. 2011, № 2. С.91–97.

[3] А. Пост, исследуя обычаи народностей земного шара, отмечает, что «Множество обычаев – именно юридических обычаев – с удивительной однообразностью повторяются у всех народностей земного шара, и для множества их них совершенно исключена возможность, чтобы они путем рецепции попали туда, где мы их встречаем». (См.: *Пост А.* Зачатки правовых и государственных отношений // Очерки по всеобщей сравнительной истории государства и права. М., 1901. С.11–12. Цит. по указ. работе Г. В. Мальцева. С.73). Н. В. Варламова, исследуя правовые культуры народов мира, показала, что в основе всех культур (и Запада, и Востока) стоят сходные положения и принципы (см.: *Варламова Н. В.* Западная правовая культура в современном культурном пространстве // Доклад на Всероссийской научной конференции «Правовые культуры», посвященной памяти профессора О. А. Жидкова. Москва, 25 марта 2011г., РУДН, Юридический факультет). В. Е. Чиркин, исследуя вопросы федерализма в мире, отмечает, что «образ жизни народов» имеет системный характер и опирается на «одинаковые постулаты (в том числе на социальные нормы разного рода), которые считаются или которые требуется считать неопровержимыми» (см.: *Чиркин В. Е.* Российский федерализм в Евразии: элементы сравнительного анализа // Вопросы правоведения. 2011, № 1. С.9.). Почему? Почему у народностей земного шара «однообразные, повторяющиеся» обычаи (А. Пост), почему правовые культуры народов мира имеют в основе своей «сходные положения и принципы» (Н. В. Варламова), почему

2. Абстрактный правовой статус субъекта правоотношения. Происхождение абстрактно-статусно-структурированного общества и формально-неравных отношений

Формальное (правовое) равенство является результатом сознательного абстрагирования от различий. Цель абстрагирования – выявление и выражение *абстрактного правового статуса* субъекта правоотношения как его *основного* (генетического самоидентификационного эмпирического) *абстрактного качественного признака*, определяющего природу и пределы его необходимо-сознательного формально-равного (правового) поведения, его формально-равной (правовой) сознательной самоидентификации, и, в этом качестве, – признака, определяющего абстрактно-статусное структурирование общества.

Существует (не обоснованное) ожидание того (с опорой на принцип формального равенства), что абстрагирование от фактических различий может привести в формированию *единого для всего права* абстрактного субъекта, обладающего *единым (общим) для всего права* абстрактным правовым статусом. В ГК РФ, например, считается, что «Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений» (п.1 ст.1), т. е. по существу презюмируется *равенство* абстрактных правовых статусов участников регулируемых отношений. Однако юридическая практика прошлого и современности показывает, что это не так, что всё существующее (уже выявленное) многообразие *фактически разных* субъектов права с их многообразными *фактически разными* правовыми отношениями принципиально *не сводимо* к единому (общему) для всего права абстрактному правовому статусу и что в праве (прошлого и современности) существовали и существуют субъекты (и группы субъектов) с *разными* (*неодинаковыми*) абстрактными правовыми статусами. Это группа физических лиц в её абстрактно-статусном различении с группой юридических лиц, это разностатусные группы среди физических лиц и разностатусные группы среди юридических лиц[1].

образ жизни народов мира опирается на «одинаковые постулаты» (В. Е. Чиркин). Согласно нашим исследованиям, всё это имеет место потому, что при формировании обычая, правовой культуры или постулатов федерализма (которые являются продуктами формально-равного право-социогенеза) люди взаимодействуют друг с другом на основе имманентно присущего им, как сознательным существам, самоидентификационного эмпирического принципа формального равенства, т. е. как люди юридические. Н. В. Варламова, с которой мы обменивались по этому вопросу, придерживается такой же позиции.

[1] В древнегреческом праве при Солоне установились и действовали четыре отдельные, автономные *разностатусные* (т. е. с межгрупповыми *формальными неравенствами*) правовые группы (пентакосиомедимнов, всадников, зевгетов и фетов), в древнеримском праве

Действие абстрактного правового статуса как признака (и критерия), определяющего абстрактно-статусное *структурирование* общества, состоит в следующем. Если общество свободно от абстрактных статусных различий, т. е. если абстрактные правовые статусы его представителей совпадают, как это имеет место, например, в первобытной общине (где «все равны как члены данного рода»), то в таком обществе самоорганизация ведет к образованию одной, единой для всего общества, самоидентификационной эмпирической правовой *моногруппы*, члены которой в своих многообразных (по видам) правовых отношениях (различающихся видами формальной свободы) наделяются соответствующими (этим видам отношений) «равными мерами» формальной свободы, равными формальными правоспособностями: каждому отдельному виду правоотношения *моногруппы* (каждому отдельному виду формальной свободы *моногруппы*) соответствует своя «равная мера» (равное количество[1]) формальной свободы, своя равная формальная правоспособность. «Равные меры»

при Сервии Туллии установились и действовали три отдельные, автономные *разностатусные* правовые группы (квиритов, латинов и перегринов). Полную правоспособность у греков имели только пентакосиомедимны, у римлян – только квириты. Древнеримская юридическая практика имела дело так же с *разностатусными* частно-правовыми и публично-правовыми юридическими лицами (см.: *Покровский И. А.* История римского права. М., 2004).

В современном российском праве установились и действуют, как минимум, две отдельные, автономные *разностатусные* правовые группы (физических лиц и юридических лиц), а с учетом определяющих абстрактно-статусных различий в группе физических лиц и в группе юридических лиц – четыре отдельные, автономные *разностатусные* правовые группы (обычных физических лиц, особых физических лиц – инвалидов, обычных юридических лиц и особых юридических лиц – олигархов).

Следует признать, что отечественная юридическая практика богаче теории, поскольку теория… отстает. Взять, к примеру, пенсионное законодательство, которое, как и любое иное наше законодательство, имеет эмпирическое (т. е. *архаическое*) происхождение. Оно, для соблюдения необходимой иерархии, ранжирует субъектов пенсионного права по их абстрактному правовому статусу как пенсионеров по старости, пенсионеров по инвалидности, пенсионеров военных, пенсионеров министров, пенсионеров депутатов и т. д., и т. п., и это правильно, однако устанавливает для них, исходя из своего понимания справедливости, *неодинаковые* (и *прогрессивные*) *масштабы* и *меры* предоставляемых благ, при этом, чем выше статус получателя блага, тем больше и масштаб и, соответственно, – мера блага. Право, как форма отношений, не может изменить (и не должна изменять) абстрактные статусы пенсионеров для сведения их к единому статусу. Это ему не дано. Однако оно может установить, основанные на принципе формально-равного *доступа* к норме налогового закона, должные, формально-справедливые отношения (и пропорции) для пенсионеров, учитывающие их *неодинаковые* абстрактные правовые статусы (см. раздел 4). Мы считаем, что формальные различия в получаемых пенсионерами благах, которые устанавливаются в прямой *прогрессивной* пропорции от их самоидентификационных (эмпирических) абстрактных правовых статусов, цели права и общему смыслу права, как реально действующего регулятора, не соответствуют.

[1] См.: Количество формальной свободы // *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С. 227.

(равные количества) формальной свободы, присущие отдельным видам правовых отношений *моногруппы*, образуют в совокупности *общее количество*[1] (*общую меру*) формальной свободы *моногруппы*.

Если же общество не свободно от абстрактных статусных различий, т. е. если абстрактные правовые статусы его представителей не совпадают, то в таком обществе самоорганизация ведет к образованию не одной, единой для всего общества, самоидентификационной эмпирической правовой группы, а двух или более отдельных, *автономных* самоидентификационных эмпирических статусных правовых групп, которые *различаются* между собой *автономными* и *равными* (*одинаковыми*) абстрактными правовыми статусами своих представителей. Как субъекты с равными (одинаковыми) абстрактными правовыми статусами, представители *автономных* статусных правовых групп в своих многообразных (по видам) правовых отношениях (различающихся видами формальной свободы) наделяются соответствующими (этим видам отношений) «равными мерами» формальной свободы, равными формальными правоспособностями: каждому отдельному виду правоотношения *автономной* группы (каждому отдельному виду формальной свободы *автономной* группы) соответствует своя «равная мера»[2] (равное количество) формальной свободы, своя равная формальная правоспособность. Можно сказать, что процессы внутри *автономной* статусной группы напоминают процессы в *моногруппе*. «Равная мера» (равное количество) формальной свободы, равная формальная правоспособность представителей *автономной* статусной правовой группы находится в *прямой* зависимости от их равного (одинакового) абстрактного правового статуса и чем выше абстрактный правовой статус, тем больше «равная мера» (равное количество) формальной свободы, равная формальная правоспособность и наоборот. «Равные меры» (равные количества) формальной свободы, присущие отдельным видам правовых отношений *автономной* статусной группы образуют в совокупности *общее количество* (*общую меру*) формальной свободы *автономной* статусной группы.

Зависимость *формального равенства* от абстрактного статуса людей обусловливает его *особенную* (относительную, ограниченную, не всеобщую) природу, делает его *разнокачественной* и *разномерной* и обусловливает появление *формальных неравенств.* Поскольку «общее количество» («общая мера») формальной свободы, присущая одной автономной статусной правовой группе, не равна «общему количеству» («общей мере») формальной свободы, прису-

---

[1] Общее количество формальной свободы // *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С. 228.
[2] См.: *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. С.53.

щей другой автономной статусной правовой группе, то между этими автономными статусными правовыми группами устанавливается *формальное неравенство*, как неравенство в присущих им «общих количествах» («общих мерах») формальной свободы. Так возникают самоидентификационные эмпирические *формально-неравные отношения* в праве как отношения *между* представителями *разных* автономных статусных правовых групп[1].

Термин «*разнокачественная*» выражает кратко положение о том, что формально-равные отношения, которые присущи отдельным, автономным статусным правовым группам, *могут* различаться или различаются качественно, т. е. по видам свободы[2]. Термин «*разномерная*», соответственно, выражает кратко положение о том, что «общие количества» («общие меры») формальной свободы, присущие отдельным, автономным статусным правовым группам *различаются* по объему (мере). Определяющим признаком различия автономных статусных правовых групп является признак «общее количество» («общая мера») формальной свободы.

Следует отметить, что формально-неравные отношения, которые устанавливаются между представителями самоидентификационных эмпирических *автономных* статусных правовых групп (в прошлом и в наше время), являются *правонарушающими*, поскольку направлены *против* цели права[3], состоящей в *увеличении* количества и общего количества формальной свободы в отношениях между людьми. Их действие приводит к *лишению* субъектов правоотношения с меньшим абстрактным (интегральным индивидуальным)

---

[1] См.: *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С.231; *Он же.* Проблемы внутренней непротиворечивости правовой теории и исполнимости правовых норм в контексте мер по совершенствованию института юридической ответственности // Научные труды. Российская академия юридических наук. Вып. 10. В 3-х томах. М., 2010. С.340–344; *Он же.* Экология права. Проблема самоочищения права от неисполнимых (мнимых) норм.// Российская академия правосудия (РАП). Деп. в ИНИОН РАН 20.04.2011г., № 60974; *Он же.* Критерий научности юридической теории // РАП. Деп. в ИНИОН РАН 20.04.2011г., № 60976; *Он же.* Формальные равенства и неравенства как объекты юридической практики и предметы (понятия) юридической теории // РАП. Деп. в ИНИОН РАН 20.04.2011г., № 60977; *Он же.* Физические лица (граждане) и юридические лица как субъекты лесного правоотношения. Взаимные права и обязанности // Правовое регулирование использования и охраны лесов. Тезисы докладов научно-практической конференции. М., МГУЛ, 2011. С.61–64; *Он же.* О происхождении права и формировании человека юридического // Российский юридический журнал. 2011, № 5.

[2] Формальная свобода как объект права опредедяется качетвенно и количественно (см.: *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С.34, 227–228.

[3] См.: *Нерсесянц В. С.* Указ. работа. С.62, 497; *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С.226–233. Понятие цели права разработано В. С. Нерсесянцем.

правовым ресурсом формально-равного *доступа*[1] к норме закона (для формально-равной (*правосудной*) защиты своих интересов) и, этим, – к *уменьшению*[2] количества и общего количества формальной свободы в социуме (см. раздел 4).

Сравнение формально-равных и формально-неравных отношений в праве, показывает, что межу ними существует *принципиальное* различие, прежде всего, по их роли и месту в право-социогенезе, а также по условиям и времени их *происхождения*. При этом мы исходим из следующего, определяющего для нас, *генетического* положения-принципа: « что как происходит, то оно и есть».

Формально-равное отношение (в контексте нашего положения о происхождении) – это исходное и базовое условие, средство и способ и, одновременно, прямой результат сознательной самоидентификации и самоорганизации людей – правогенеза и социогенеза. Формально-равные отношения независимы от формально-неравных и могут существовать и без них, например в первобытной общине, где «все равны как члены данного рода». До и вне формального равенства нет и не было ни права, ни социума.

Другое дело – *формальные неравенства* в своем имманентном качестве *структурно-зависимого*, производного продукта, происхождение которого связано со *вторичными* правовыми и социальными процессами абстрактно-статусного структурирования уже сформированного (наличного) общества и появления в обществе *правонарушающих* (а именно – эмпирических формально-неравных правонарушающих) отношений. Как таковые, формальные неравенства без формальных равенств существовать не могут.

3. Современное право: формы (формально-равная и формально-неравная) и содержание (формально-доступное, правосудное, основанное на «равной мере» абстрактной правовой деятельности)

Эмпирическое (самоидентификационное) формальное равенство людей, как равенство в формальной свободе, мы определяем как *формально-равное право*. Возникают вопросы. Что (какое именно сущностное содержание) делает формальное равенство правом? Что (какое именно сущностное содержание) делает формально-

---

[1] Понятия *доступа* и *формально-равного доступа* к норме закона для нас являются ключевыми, поскольку определяют возможности, которые получают абстрактные субъекты при использовании нормы закона для защиты своих интересов. Формально-равный доступ абстрактных субъектов к норме закона – это характеристика правоотношения как деятельностного процесса, определяющего возможности *формально-равного* (т. е. при «равной мере» абстрактной правовой деятельности субъектов) использования этой нормы абстрактными субъектами для защиты своих интересов независимо от их абстрактного правового статуса.

[2] См.: *Нерсесян В. С.* О происхождении права и формировании человека юридического.

равное право исходным и базовым? Возможно ли *формально-неравное право*, т. е. право, построенное на *формальном неравенстве*. А если возможно, то какое именно *единое* (*общее*) сущностное содержание может объединять и реально объединяет право формально-равное и право формально-неравное в качестве права, *права вообще*, права как *общезначимого* и *формально-доступного* (для всех и каждого, независимо от их абстрактного правового статуса) регулятора *формально-равной защиты* интересов людей не знающего «*отказов* в *правосудии*»?

Мы исходим из фундаментального для нас положения, что *сущностное содержание* права, как содержание, определяемое *целью* права, состоит в *формально-равной (*т. е. *правосудной) защите интересов людей независимо от их абстрактного правового статуса* и что формально-равная (правосудная) защита интересов людей возможна только при условии, когда норма закона, предназначенная для защиты интересов людей, *сформирована* как формально-доступная и исполнимая и (поэтому) люди, как субъекты права, имеют формально-равный доступ к этой норме и могут *свободно использовать* её для формально-равной (*правосудной*) защиты своих интересов.

Известно, что «отказ в правосудии»… «противоречит общему смыслу права как реально действующего регулятора»[1] и… «чтобы право действовало как регулятор, оно сперва должно быть установлено как регулятор»[2]. Мы полагаем, что *современное право*, как *регулятор* формально-равных и формально-неравных отношений, должно обеспечивать формально-равный *доступ* (всех и каждого) к норме закона независимо от их абстрактного правового статуса и этим обеспечивать формально-равную (*правосудную*) защиту их интересов. Отказ в правосудии не допустим: право, допускающее «отказы в правосудии», перестает быть правом.

Предложенная нами теория *современного права* предназначена для исследования (регулирования) формально-равных и формально-неравных отношений в праве в их взаимосвязи и взаимной обусловленности. Она определена как теория «*современного*» права, поскольку предназначена для исследования (регулирования) *новой формы* правовых отношений – *формально-неравных*, ранее не известных и не разработанных. Она может быть определена как «*общая*» («*всеобщая*») теория современного права, поскольку предназначена для исследования всей совокупности отношений в

---

[1] *Нерсесянц В. С.* Указ. работа. С.489.
[2] *Нерсесянц В. С.* Указ. работа. С.476.

праве (и формально-равных, и формально-неравных) в их системной целостности.

Общая (всеобщая) *теория* современного права основана на использовании *нового* правового принципа формально-равного *доступа* субъектов к норме закона в качестве *внешнего* концептуального средства (*внешнего* исходного принципа) *для* своего *понятийного* (аксиоматического и рекурсивного) *построения* и, одновременно, – *критерия* своей научной достоверности и достаточности, проверяемости и реформируемости[1]. Новый правовой принцип формально-равного доступа (как принцип «равной меры» абстрактной правовой деятельности) является более содержательным, чем известный либертарно-юридический правовой принцип формального равенства (принцип «равной меры» формальной свободы), предназначенный для исследования (регулирования) лишь формально-равных отношений, и содержит его в себе в качестве своего частного случая.

Использование нового правового принципа формально-равного доступа субъектов (с неодинаковыми абстрактными правовыми статусами) к норме закона и, разработанного на его основе, правового механизма баланса и соразмерности формально-равных и формально-неравных отношений в праве позволяет установить расчетно-теоретические *должные*, т. е. соответствующие *цели* права, *формально-неравные* отношения между разностатусными субъектами и определить на этой основе искомые относительные значения их прав и обязанностей.

Абстрактно-теоретические *формальные неравенства*, установленные *расчетным* путем на основе принципа формально-равного *доступа* к норме закона и правового механизма баланса и соразмерности отношений, мы *определяем* как право, а именно – *формально-неравное право*, учитывая что они (абстрактно-теоретические расчетные формальные неравенства), как неравенства *формально-доступные* (для всех и каждого, независимо от их абстрактного правового статуса), соответствуют *прогрессу* формальной свободы. Формально-неравные отношения становятся *собственно* право, т. е. инструментом формально-равной (*правосудной*) защиты интересов людей, только в теории. Поэтому, формально-неравное право (в отличие от формально-равного, которое может быть и эмпирическим, и теоретическим), может существовать *только* как право *теоретическое*.

---

[1] См.: Работы, указ. в ссылке «23».

Мы приходим к положению, что *современное право*, как форма выражения свободы людей и инструмент формально-равной (*правосудной*) защиты людей в их свободе, существует в двух формах – *формально-равной*, предназначенной для исследования (регулирования) формально-равных отношений, и *формально-неравной*, предназначенной для исследования (регулирования) формально-неравных отношений, но одновременно пригодной и для исследования (регулирования) формально-равных отношений.

Для формально-равного права (эмпирического или теоретического) доступ к норме закона реализуется при должной (т. е. соответствующей цели права) «*равной мере*» формальной свободы, для формально-неравного (теоретического) права – при должной «*равной мере*» абстрактной правовой деятельности (абстрактной правовой работы) субъектов правоотношения и, соответственно, – *должной* (балансно-соразмерной, формально-справедливой) «*неравной мере*» формальной свободы. Критерием формально-равной защиты людей в их *должной* («равной» или «неравной») мере формальной свободы является, по определению, формально-равный *доступ* людей к их *должной* («равной» или «неравной») мере формальной свободы и, соответственно, свободная возможность использования людьми этой *должной* («равной» или «неравной») меры свободы для формально-равной (*правосудной*) защиты своих интересов. Только такая, основанная на *должной* («равной» или «неравной») мере формальной свободы, *правосудная защита* интересов людей, независимо от их абстрактного правового статуса, *объединяет* право формально-равное и право формально-неравное в *единое* право, *право вообще*, и выражает *сущностное содержание* права как общезначимого, формально-доступного, не знающего «отказов в правосудии» регулятора интересов всех и каждого.

4. Математика современного права. Принцип доступа. Взаимные права и обязанности субъектов правоотношения

Рассмотрим отношения между тремя абстрактными субъектами с неодинаковыми правовыми статусами.

Определяемую нормой закона меру формальной свободы субъекта 1, в некоторых условных единицах свободы, обозначим через $К_1$, субъекта 2 – через $К_2$, субъекта 3 – через $К_3$. Меру абстрактного интегрального индивидуального правового ресурса субъекта 1, в некоторых условных единицах ресурса, обозначим через $И_{a1}$, субъекта 2 – через $И_{a2}$, субъекта 3 – через $И_{a3}$. Здесь индекс «а» указывает на то, что речь идет об абстрактном значении величин[1]. Для определенно-

[1] См.: *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С.230–231.

сти будем считать, что абстрактные ресурсы субъектов подчиняются следующим неравенствам $И_{a1}<И_{a2}<И_{a3}$ (1).

Определим условия *формально-равного доступа* субъектов к норме закона. Используем положение о правоотношении как *правовой деятельности* (*правовой работы*), зависящей от двух определяющих факторов[1] – 1) внешнего (объективного), определяемого нормой закона и выражаемыми ею мерами формальной свободы $К_1$, $К_2$ и $К_3$, и 2) внутреннего (субъективного), определяемого абстрактными ресурсами субъектов $И_{a1}$, $И_{a2}$ и $И_{a3}$.

По определению, произведение $К_1И_{a1}$ выражает собой *меру* (количество) абстрактной правовой деятельности (абстрактной правовой работы) или, иначе, – абстрактную правовую *работоспособность*[2] субъекта 1 и, в этом качестве, меру *формального доступа* субъекта 1 к норме закона. Равным образом, произведение $К_2И_{a2}$ выражает собой *меру* (количество) абстрактной правовой деятельности (абстрактной правовой работы) или, иначе, – абстрактную правовую работоспособность субъекта 2 и, в этом качестве, меру *формального доступа* субъекта 2 к норме закона, а произведение $К_3И_{a3}$ – *меру* абстрактной правовой деятельности (абстрактной правовой работы) или, иначе, – абстрактную правовую работоспособность субъекта 3 и, соответственно, – меру *формального доступа* субъекта 3 к норме закона. *Формально-равный* доступ субъектов к норме закона будет иметь место при равенствах $К_1И_{a1}=К_2И_{a2}=К_3И_{a3}$ (2). Равенства (2) выражают собой правовой принцип формально-равного *доступа* субъектов 1, 2 и 3 к норме закона, независимо от их различающихся абстрактных правовых статусов, и, в этом качестве, – условия их формально-равной (*правосудной*) защиты. Из равенств (2) следует, что взаимные права субъектов 1, 2 и 3 связаны отношениями $К_2=(И_{a1}/И_{a2})К_1$ (3), $К_3=(И_{a2}/И_{a3})К_2$ (4). Согласно (1), (3) и (4): $К_1>К_2$ (5), $К_2>К_3$ (6). Следовательно, субъект с меньшим абстрактным правовым ресурсом (для получения формально-равного доступа к норме закона) должен быть наделен большей мерой формальной свободы и наоборот[3].

---

[1] См.: *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. С.105–106, 230.

[2] Абстрактная правовая работоспособность – это мера (количественная характеристика) абстрактной правовой деятельности (абстрактной правовой работы) субъекта правоотношения.

[3] Например, «особое физическое лицо – инвалид», как субъект права с низким абстрактным правовым ресурсом, должен быть наделен в его отношении с обычным физическим лицом, как субъектом с нормальным абстрактным правовым ресурсом, большей мерой формальной свободы, связанной, в частности, со свободой формально-равного (при «равной мере» абстрактной правовой деятельности) использования общественного транспорта, со свободой формально-равного посещения публичных учреждения, мест отдыха, занятия спортом и

Нормы закона, разработанные на основе использования правового принципа формально-равного *доступа* (2), как соответствующие *цели* права, нами определяются как *должные*, *формально-справедливые* нормы, а выражаемые ими меры формальной свободы (3) и (4) – как *должные*, формально-справедливые *меры*. Формально-доступные нормы закона определяются как формально-исполнимые.

Выражения (3) и (4) могут быть использованы для расчетного определения *правового ущерба* – *уменьшения* количества и общего количества формальной свободы в обществе, обусловленного действием правонарушающих (т. е. направленных против *цели* права) самоидентификационных эмпирических формально-неравных отношений[1]. Если субъекта 2 вместо должной меры формальной свободы $К_2$ (3) наделить мерой свободы $К_{2э}=(И_{a2}/И_{a1})(Э_2/Э_1)К_1$ (5), определяемой условиями его эмпирической самоидентификации, то это приведет к уменьшению количества и общего количества формальной свободы в обществе на величину $\Delta_2=К_{2э} – К_2 > 0$ (6). Здесь индекс «э» указывает на то, что речь идет об эмпирическом значении величин; $Э_1=К_{1э}/И_{a1}=К_1/И_{a1}$ (7), $Э_2=К_{2э}/И_{a2}$ (8). Аналогично можно определить уменьшение количества и общего количества формальной свободы в обществе Δ_3, если субъекта 3 вместо должной меры свободы $К_3$ (4) наделить мерой свободы $К_{3э}$, определяемой условиями его эмпирической самоидентификации; $\Delta_3=К_{3э} – К_3 > 0$ (9).

Права субъектов 1, 2 и 3, которые определяются мерами формальной свободы $К_1$, $К_2$ и $К_3$ (3) – (4), необходимо дополняются их *обязанностями*. Для определенности, меру обязанности субъекта 1 в его отношении с субъектом 2 (в принятых ранее условных единицах свободы) обозначим через $О_{12}$, в отношении с субъектом 3 – через $О_{13}$; аналогично меру обязанности субъекта 2 в его отношении с субъектом 1 обозначим через $О_{21}$, в отношении с субъектом 3 – через $О_{23}$; меру обязанности субъекта 3 в

т. д., и т. п. Но есть правоведы, которые считают, что поскольку инвалидов не так много, не более 10% населения, то для них специальные нормы и специальные меры формально-равной (правосудной) защиты не требуются. Они (эти правоведы) полагают, что право создано только для здоровых людей.

Равным образом, «особое юридическое лицо – олигарх», как субъект права со сверх высоким абстрактным правовым ресурсом, должен быть ограничен в мере своей формальной свободы в его отношении с обычным юридическим лицом, как субъектом права в высоким (а не сверх высоким) абстрактным правовым ресурсом, чтобы обеспечить формально-равные (при «равной мере» абстрактной правовой деятельности), правосудные условия защиты их интересов, например, при продаже или приобретении товаров в объемах, которые могут дестабилизировать нормальную работу рынка.

[1] См.: *Нерсесян В. С.* О происхождении права и формировании человека юридического.

его отношении с субъектом 1 обозначим через $О_{31}$, в отношении с субъектом 2 – через $О_{32}$. По определению[1]: $О_{21}=О_{31}=К_1$ (10), $О_{12}=О_{32}=К_2$ (11), $О_{13}=О_{23}=К_3$ (12). Обязанности, устанавливаемые равенствами (10) – (12), как соответствующие цели права, нами определяются как должные, формально-исполнимые и формально-справедливые.

Выражения (2) – (4), (5) – (9) и (10) – (12) представляют *право* и, соответственно, формальную свободу *количественно*, и в этом смысле, являются *математикой* (В. С. Нерсесянц) формальной свободы, математикой правового закона. Равным образом, они представляют собой математику *современного права*.

Библиографический список:

1. *Нерсесянц В. С.* К праву. О происхождении равенства. (Из неопубликованного) // История государства и права. 2009. № 17.

2. *Нерсесян В. С.* Право и правовой закон. М., 2009.

3. *Нерсесян В. С.* Правовой принцип формального равенства // Государство и право. 2011. № 2.

[1] См.: *Нерсесян В. С.* Физические лица (граждане) и юридические лица как субъекты лесного правоотношения. Взаимные права и обязанности.

Понятие функции права

функция права; роль; цель; задача; назначение права; направление правового воздействия, общественные отношения

Е. В. Медведев

кандидат юридических наук, доцент, заместитель декана юридического факультета по научной работе, доцент кафедры уголовного права и криминологии Ульяновского государственного университета

Вопрос о функциях права традиционно вызывал неподдельный интерес у специалистов, и сегодня, несмотря на массу трудов, посвященных данной проблеме, его все также часто поднимают в различных областях юридической науки. Это не случайно, поскольку являясь фундаментальным, он в той или иной степени затрагивает все ключевые проблемы права и правореализации.

В литературе существует несколько подходов к истолкованию понятия «функция права», суть большинства из которых сводится к описанию обозначенного феномена через категорию «деятельность», ее виды, стороны, аспекты, с учетом роли и назначения права[1]. Чаще всего ученые раскрывают его посредством терминов «направление воздействия», «социальное назначение», «роль» права.

Так, Т. Н. Радько определяет функцию права как направление правового воздействия на сознание и поведение людей, отражающее назначение права и его роль в упорядочивании общественных отношений[2]. По мнению М. И. Байтина, функция права – это «наиболее существенные направления и стороны воздействия права на общественные отношения, в которых раскрывается общечеловеческая и классовая природа и социальное назначение права»[3]. Выражаясь примерно в том же ключе, Ф. Н. Фаткуллин предлагает понимать под функциями права «основные направления прогрессивного воз-

---

[1] С семантической точки зрения слово «функция» (punctio) в русском языке означает «совершение», «исполнение». См., например: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1986. С. 746.

[2] См., например: *Радько Т. Н., Толстик В. А.* Функции права. Нижний Новгород, 1995. С. 19; *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1981. С. 191.

[3] *Байтин М. И.* О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 12.

действия права на социальное развитие, определяемые его сущностью, целью и назначением в обществе»[1].

Большинство других, используемых в доктрине права определений, не сильно отличается от приведенных выше по своей сути и не привносит в общий смысл данного концепта чего-то принципиально нового. Если же говорить о них в целом, то разница между позициями специалистов, как правило, наблюдается в перестановке тех или иных компонентов дефиниции местами, либо ученые поразному расставляют акценты на них, либо рассматривают под разными углами избранные элементы понятия, соответственно преподнося их в различном свете.

Так, одни авторы при определении функций права больше внимания уделяют их ролевому аспекту, подразумевая под функциями права прежде всего конкретную роль (действие) права по организации общественных отношений[2]. Поддерживая данную точку зрения, В. Д. Филимонов, например, полагает, что функции права – это «социальная роль, которую оно выполняет в организации (упорядочении) общественных отношений, определяемая направленностью и методом их правового регулирования»[3].

Другие специалисты больше тяготеют к рассмотрению сущности исследуемого феномена через призму категории «воздействие», считая упоминания о ней достаточным для отображения содержания всего понятия, и предлагают понимать под функциями права в первую очередь направления правового воздействия на общественные отношения[4]. По утверждению Н. Н. Вопленко «воздействие» вбирает в себя весь спектр форм влияния права на общественные отношения[5], и как пишет С. С. Алексеев, «именно в нем, как раз, и проявляется истинная роль права»[6].

Несмотря на достаточно убедительные доводы представителей обеих сторон, нам кажется, в данном вопросе не стоит вдаваться в крайности. Роль права и направления его воздействия – категории, которые в равной степени взаимообуславливают и взаимоопределяют друг друга. С одной стороны, очевидно, что именно роль права

---

[1] *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы теории государства и права: Курс лекций. Казань, 1987. С. 205.
[2] См.: *Ткаченко Ю. Г.* Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980. С. 34.
[3] *Филимонов В. Д.* Охранительная функция уголовного права. СПб., 2003. С. 50.
[4] См., например: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 91; Следует отметить, что в более ранних своих работах С. С. Алексеев понимал функции права как юридическое назначение права для тех или иных общественных отношений (см.: *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 63).
[5] См.: *Вопленко Н. Н.* Сущность, принципы и функции права. Волгоград, 1998. С. 45.
[6] См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 191.

определяет его потенциал как социального регулятора, устанавливает вектор и область правового воздействия. С другой стороны, лишь в воздействии правовых норм на общественные отношения проявляются его реальные возможности, и именно в нем материализуются роль и назначение права. Наличие такой фундаментальной связи между названными величинами не позволяет рассматривать их как взаимонезависимые в рамках общего правопонимания.

В ином свете понятие «функции права» выглядит слишком однобоким, утрачивая часть изначального заложенного в него смысла. Если под функцией права понимать только социальное назначение, то его содержание будет ограничено лишь целями и задачами, которые призвано решать право[1]. В этом случае за рамками понятия права останется все то, что обеспечивает реализацию его потенциала как социального регулятора, того, в чем и как, собственно, будет выражаться его назначение в действии.

Напротив, при понимании функции права только как основного направления воздействия на общественные отношения упускается из виду направляющий момент этого воздействия[2], и тогда остается открытым вопрос о ее сущности. В данной связи, думается, правильнее согласиться с позицией большинства ученых, считающих, что понятие функции права должно характеризовать одновременно как назначение права, так и вытекающие из него направления воздействия на общественные отношения, подразумевая при этом неразрывную связь между ними[3].

Сказанное между тем не исчерпывает содержания исследуемого феномена, происхождение которого, кстати, имеет неюридические корни. Нельзя забывать, что термин «функция» полисемантичен, и его этимология не связана с юриспруденцией.

Одно из ключевых и, как нам кажется, наиболее точных определений данного концепта сформулировано в математике. В ней функция рассматривается как закон соответствия, по которому каждому значению переменной величины (функция) присваивается некоторая определенная величина (аргумент)[4]. Математический смысл смысл категории «функция» тесно переплетается с философским ее

---

[1] Назначение характеризует право с социальной стороны, с точки зрения задач, которые призвано решать право. В более широком смысле назначение есть историческая миссия права. См., например: Палазян А. С. Функциональная характеристика права: Автореф. дис. ,.. докт. юрид. наук. М., 2009. С. 20.

[2] См.: Теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 2002. С. 130.

[3] См., например: Шевель В. А. Проблемы выработки понятия функций права // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2006. № 3. С. 14 и др.

[4] См.: Функция. Математический энциклопедический словарь / Отв. ред. Ю. В. Прохоров. М.: «Большая российская энциклопедия», 1995; *Клейн Ф.* Общее понятие функции. В кн.: Элементарная математика с точки зрения высшей. Т.1. М.-Л., 1933.

видением, к которому чаще всего прибегают ученые-правоведы, дискутируя по анализируемому вопросу.

В философской мысли категория «функция» предстает в следующих основных ипостасях, как: 1) «внешнее проявление свойств какого-либо объекта в данной системе отношений»; 2) деятельность, роль объекта в рамках некоторой системы, которой он принадлежит; 3) вид связи между объектами, когда изменение одного из них влечет изменение другого, при этом второй объект также называется функцией первого; и 4) «явление, зависящее от другого и изменяющееся по мере изменения этого другого явления»[1]. Кроме того, в философской литературе можно встретить взгляд на функцию, как на форму воздействия предмета, вещества или явления на другие предметы, вещества, явления[2]. Учитывая, что общеправовая теория имеет явные философские корни (и переплетена с философией права), такой подход к пониманию функции права весьма интересен с точки зрения методологии изучения ее юридической сущности.

Вместе с тем, думается, нельзя игнорировать и контекст, вносимый в понятие функции другими областями знаний, например, биологической наукой, в которой функция понимается как работа, производимая органом[3]. Он интересен тем, что в биологическом смысле орган выполняет единственную функцию, и в этом состоит его назначение в организме (системе) в целом. По крайней мере, именно в этом единственном проявлении орган необходим организму.

В отраслях науки, связанных с вопросами социальной организации и управления, сложилось понимание функции как обязанности, круга деятельности[4]. Такая концепция, как видно, вполне согласуется с пониманием функции в биологическом смысле, коррелируя значению «работа органа». Причем, надо отметить, что и для первого, и для второго характерно признание системного характера того образования (состояния), в пределах которого осуществляется конкретная функция (работа, круг деятельности).

В целом в социологии исследуемая категория предстает в двух основных значениях. Во-первых, это – роль, которую определенный социальный институт (например, государство, право, мораль) или частный социальный процесс выполняют по отношению к целому[5].

---

[1] См.: Новейший философский словарь / Сост. А. А. Грицанов. Минск, 1998. С. 783.; Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. М., 1986. С. 526.

[2] См.: *Тугаринов В. П.* Философия сознания. М., 1971. С. 171.

[3] См., например: *Веденов М. Ф., Кремянский В. И.* Соотношение структуры и функций в живой природе. М., 1966. С. 12

[4] См., например: *Миллс Ч. Р.* Социологическое воображение / Пер. с англ. О. А. Оберемко; под ред. Г. С. Батыгина. М.: Стратегия, 1998; Реутов В. П. Государство, право, законость. Пермь, 1975; *Майерс Д.* Социальная психология. СПб., 1997.

[5] См.: Большая советская энциклопедия. Т. 28. М., 1978. С. 138.

Во-вторых, функция есть зависимость, которая наблюдается между различными компонентами одного и того же социального процесса[1].

Очевидным достоинством социологического концепта выступает то, что в нем сохранены характеристики функции, изначально выделенные в рамках биологии и математики, т. е. базовые характеристики понятия функции как таковой, а также то, что в нем в качестве определяющей принимается связь элемента (в самом широком смысле этого слова) с системой как целым. Причем, с одной стороны, любой элемент здесь рассматривается как некоторая многофункциональная подструктура, (например, право характеризуется как система функций), а с другой стороны, лишь как компонент целого, и тогда важным оказывается та функция этого элемента, которую он выполняет в системе. Кроме того, величиной, определяющей зависимость между компонентами целого, в социологии является именно это целое[2].

Оценивая все приведенные выше взгляды на понятие «функция» в юридическом формате, целесообразно выделить следующие наиболее значимые положения. Во-первых, сущность функции как научной категории заключается в том, что она всегда выражает некое отношение одного предмета (явления) к другому предмету (явлению), зависимость и взаимосвязь между ними. Именно посредством функций связь между явлениями, процессами и предметами находит свое выражение в объективной реальности. Во-вторых, функция права выступает внешним проявлением его сущности, выражением права в действии. Иначе говоря, функция права – это то, что право может и должно делать в соответствии со своим назначением. Поскольку по своей сути право есть социальный регулятор, то его функции должны выражаться в воздействии на социум.

В данной связи, несмотря на критику ключевого подхода к определению понятия «функция права» (который довольно четко обозначили в свое время такие корифеи отечественной теории права, как Т. Н. Радько, М. И. Байтин, Ф. Н. Фаткуллин, и который наиболее прижился в литературе), отдельных специалистов, полагающих, что последнее в данном виде сливается с категорией «цель»[3], его следует признать наиболее конструктивным.

---

[1] См., например: *Афанасьев В. Г.* Функции социальных систем // Социологические исследования. 1980. № 2. С. 43.

[2] В данном смысле право имеет познавательное значение только с точки зрения выполнения им круга социальных задач. Отсюда, как считают многие специалисты, ни о каких самовоспроизводящих, сущностных функциях права речи быть не может. Такой подход влечет неоправданное ограничение понятия функции права, а стало быть, целиком социологическая интерпретация исследуемого понятия принята быть не может. См., например: *Абрамов А. И.* Понятие функции права // Журнал российского права. 2006. № 2. С. 76.

[3] См., например: *Сухарев А. Е.* Система функций советского трудового права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1987. С. 5.

Тем не менее, само понимание данной категории в современной юридической науке, как нам кажется, отличается некоторой незавершенностью. Для того, чтобы снять все спорные моменты попытаемся более детально проанализировать понятийный аппарат, на котором базируется представление о функциональной характеристике права, а именно категории: «назначение», «цели» и «задачи» права, а также «направление его воздействия» (действия).

Как принято считать, назначение права – это категория, которая характеризует его природу и указывает на то, вследствие чего этот социальный регулятор возник, ради чего существует, исторически трансформируются и действует[1]. Семантический смысл этого слова связан с определением места того или иного явления, компонента в общей системе явлений. «Назначать» по толковому словарю В. И. Даля означает «давать место, отпускать на какую потребу»[2]. В современном русском языке термин «назначение» чаще всего трактуется как «область, сфера применения кого-либо, чего-нибудь»[3].

Назначение права как социального регулятора складывается из потребностей общественного развития, а точнее, из потребностей в регулировании и охране общественных отношений. В данной связи ученые зачастую отождествляют назначение права с его социальной ролью, что не совсем правильно, поскольку слово «роль» и в русском языке, и в социологии и в праве также имеет собственный смысл. «Роль» отражает характер и степень чьего-нибудь участия в чем-нибудь[4] и, в отличие от назначения, указывает лишь на место того или иного элемента в системе. Назначение же закладывается в момент рождения явления и отображает цель его происхождения, то, для чего оно «появилось на свет». Назначение, если можно так выразиться, определяет его миссию в мире духовных и материальных ценностей, а также конкретное направление его деятельности.

Правда, отдельные специалисты считают, что у права не может быть назначения как такового, а вопрос о нем можно ставить только в применении к некоторой (относительно обособленной) части права или к элементу права; либо они уравнивают эту категорию с понятием «задача». Так, А. С. Палазян считает позволительным говорить о назначении права лишь, когда ставится определенная задача, когда право является продуктом сознательной, целенаправленной деятельности особым образом организованных людей (например,

---

[1] *Малахов В. П., Палазян А. С.* Функциональная характеристика права: вопросы методологии: Монография. М., 2009. С. 219.
[2] *Даль В. И.* Толковый словарь живого великорусского языка. Под ред. И. А. Бодуэна де Куртене. Т. 1 4. М., 1955.
[3] *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд., дополненное. М.: Азбуковник, 1999. С. 701.
[4] Там же.

законодателей, судей). Отсюда понятие назначения права, пишет автор, – по существу «поглощается» понятием задачи[1].

Вряд ли такое утверждение заслуживает поддержки. Во-первых, вполне очевидно, что каждое социальное явление имеет свое назначение, которое неразрывно связано с самим фактом его происхождения, ибо любой социальный феномен создается не просто так и не сам по себе, а для чего-то и обусловлен конкретными причинами, конкретными потребностями социума. Во-вторых, «назначение» и «задача» – хотя и схожие по смыслу, но разноуровневые категории, которые нельзя ставить в один ряд[2]. В отличие от назначения, которое указывает на общую роль какого-то явления и его место среди других явлений, задачи формируются внутри самого этого феномена и имеют более конкретное выражение.

Чаще всего применительно к социальной сфере ученые интерпретируют слово «задача» как задаваемые социальные состояния, которых требуется достичь; это определенные модели, становящиеся действительностью (правовой жизнью, правоотношениями) при некоторой совокупности идеальных условий[3]. В юриспруденции под задачами также принято понимать некоторую совокупность исходных (заданных) условий, которые, будучи использованы по определенным правилам, приводят к заранее предположенному (планируемому) результату (определенному решению задачи). Задача права, как считают большинство теоретиков, – это стоящая перед правом экономическая, политическая, социальная проблема, которую оно призвано решить[4].

В таком варианте понимания термин «задача» близок по смыслу понятию цели – «предмету стремления, тому, что надо, желательно осуществить»[5]. В данной связи в литературе их зачастую также совершенно необоснованно сливают в единое целое[6]. Отличие задачи права состоит в том, что она указывает на постоянную или временную, ближайшую или конечную цель, которой оно должно всемерно

---

[1] *Палазян А. С.* Содержание исходных понятий теории функций права // Административное и муниципальное право. 2008. №11. С. 88.

[2] Задача – это «то, что требует исполнения, разрешения». См.: *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд., дополненное. М.: Азбуковник, 1999.

[3] См.: *Явич Л. С.* Сущность права: социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. Л., 1985. С. 14.

[4] *Радько Т.Н.* Теория государства и права: Учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2009; *Темнов Е. И.* Теория государства и права. М., 2003. С. 64; *Комаров С. А.* Общая теория государства и права: Курс лекций. М., 1996. С. 45.

[5] См.: *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. С. 861.

[6] См. *Палазян А. С.* Сущностные функции юридического права // Адвокатская практика. 2009. № 5. С. 20.

содействовать или достичь самостоятельно[1]. Цель, как пишет, например, К. В. Шундиков, это идеально предполагаемая и гарантированная государством модель какого-либо социального состояния или процесса, к достижению которой при помощи юридических средств стремятся субъект правотворческой и правореализационной деятельности. Указанным понятием, по мнению автора, охватывается как цель в праве (официальный ориентир, установленный на нормативном уровне), так и цель в юридической практике (ориентир конкретного субъекта правореализационного процесса), ибо в идеале они совпадают[2].

Таким образом, получается, что цели и задачи в какой-то мере соотносятся между собой как часть и целое. Задачи, если можно так выразиться, всегда формируются внутри целей и их решение служит, ведет к достижению этих целей. В свете сказанного все три предыдущих категории по уровню обобщения, по объему и смыслу можно выстроить в единую цепочку следующим образом: «назначение права» – «цели права» – «задачи права».

Понятие «направление воздействия», которое большинство ученых считает основным смыслообразующим элементом категории «функция права», состоит из двух частей. Под правовым воздействием в литературе принято понимать весь спектр форм влияния права на общественные отношения[3], причем не только чисто нормативное (юридическое), но и психологическое, идеологическое (неюридическое) влияние права на чувства, сознание и действия людей[4]. Направления же воздействия, по мнению большинства теоретиков, указывают на ключевые векторы его деятельности, его влияния на объективную действительность. Они являются своего рода выражением потребностей общественного развития, результатом законодательной политики, которая концентрирует эти потребности и трансформирует их в позитивное право[5].

Как справедливо отмечают некоторые специалисты, «вопрос о направлениях воздействия права, это по сути, вопрос о сферах общественной жизни, в которых участвует право, и о том круге социальных задач, в решении которых используются возможности и

---

[1] См., например: *Поляков А. В.* Общая теория права: Курс лекций. СПб., 2001. С. 344; *Максимов С. В.* Цель в уголовном праве: методологические аспекты. Монография. Ульяновск, 2002. С. 21.

[2] См.: *Шундиков К. В.* Цели и средства в праве. (Общетеоретический аспект): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 8.

[3] См.: *Вопленко Н. Н.* Сущность, принципы и функции права. Волгоград, 1998. С. 45.

[4] См.: Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 2002. С. 155–156.

[5] См., например: *Радько Т. Н., Толстик В. А.* Функции права. Нижний Новгород, 1995. С. 21; *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1981. С. 193.

средства права (которыми, в сущности, эти средства и порождаются). Это также вопрос о его возможностях (потенциале) и пределах (ограниченности)»[1].

Таким образом, если сравнивать все названные выше компоненты уточнить, расширить это определение. Если право – регулятор общественных отношений, то его функция – упорядочивать эти отношения, воздействовать на них.

В литературе это утверждение конкретизируют, разделяя функцию упорядочивания общественных отношений, как минимум, на два основных направления воздействия права, регулятивное и охранительное и т. д., тем самым указывая на многофункциональность права[2]. Но, думается, вопрос о количестве функций права и их соотношении между собой, – в большей степени проблема их систематизации и классификации. Мы же пока остановимся исключительно на определении сущности этого феномена и на следующих наиболее важных, на наш взгляд, положениях:

1) при определении понятия «функция права» следует отталкиваться от категории деятельность, поскольку сущность права, как и любого другого феномена объективной действительности, проявляется в его действии (деятельности), в том что оно делает, призвано выполнять в соответствии со своим предназначением[3];

2) нужно учитывать, что именно связь и зависимость выступают базовыми элементами сущностного содержания функции как социального и правового феномена. Здесь следует согласиться с теми учеными, которые считают, что явление не может реализовать своего социального назначения, не находясь во взаимосвязи с другими общественными явлениями. В противном случае оно не сможет оказать на них никакого воздействия, а стало быть, повлечь каких-либо изменений во внешнем мире. Явление же, которое никак не проявляет себя во внешнем мире, во взаимодействии с другими явлениями нельзя признать действующим, функционирующим, существующим[4].

Если опираться на данные положения, то следует признать верным употребление в существующих дефинициях словосочетания «воздействие на общественные отношения». В нем, если можно так выразиться, кроется корень исследуемого понятия. Первая его часть

---

[1] *Палазян А. С.* Современное право: функциональный аспект: Монография. М.: Изд-во Моск. ун-та МВД России, 2009. С. 37.

[2] См., например: *Радько Т. Н., Толстик В. А.* Функции права. Нижний Новгород, 1995. С. 19; *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1981. С. 191.

[3] См., например: *Байтин М. И.* Функции права. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001. С. 158; *Реутов В. П.* О функциях права и правового регулирования. Актуальные проблемы советского государства и права. М., 1974. С. 136.

[4] См., например: *Абрамов А. И.* Указ. работа. С. 76.

«воздействие» выступает показателем потенциальных возможностей деятельности права, вторая – отображением того, с чем связано существование права, на что оно способно воздействовать, и что способно изменять в объективной действительности.

Вместе с тем очевидно, что само по себе выражение «воздействие на общественные отношения» не может рассматриваться как эквивалент понятию «функция права», поскольку первое выступает лишь частью второго. Несомненно, речь здесь должна идти о каких-то сторонах, аспектах воздействия. Но правильно ли говорить о «направлениях» воздействия, которые по сути указывают лишь на его силовые вектора. Думается, что нет. Направление воздействие – это тоже самое воздействие, только в более конкретном, уточненном направлении, в более акцентированном варианте.

К тому же использование фразы «направления воздействия» порождает в литературе целый ряд других проблем. Например, некоторые специалисты, как мы уже упоминали вскользь, относят к функциям права только «основные направления юридического воздействия на общественные отношения, определяемые сущностью и социальным назначением права в жизни общества»[1]. Причем, одни ученые называют два основных направления воздействия права[2], другие – четыре[3], и т. д. Третьи считают это неправильным и предлагают включать в указанное понятие еще и неосновные направления правового воздействия[4] и т. д.

Нам кажется, в данном вопросе следует согласиться с мнением А. Я. Рыженкова, который предлагает вообще исключить термин «основные направления» из понятия «функция права» в силу того, что сфера правовых функций не ограничивается воздействием права на общественные отношения в основных направлениях. Действительно, к какому тогда проявлению феномена права относить иные (неосновные) его направления воздействия на общественные отно-

---

[1] См.: *Байтин М. И.* О принципах и функциях права: новые моменты. С. 12; *Лившиц Р. З.* Теория права. М., 2001. С. 150; *Пашков А. С.* Основные функции советского трудового права // Правоведение. 1977. № 5. С. 67; *Похмелкин В. В.* О восстановительной функции советского уголовного права // Правоведение. 1990. № 2. С. 40; *Радько Т. Н.* Функции социалистического общенародного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 7; *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права / Под ред. В. Г. Стрекозова. М., 1996. С. 219.

[2] См., например: *Алексеев С. С.* Общая теория права: Курс в 2-х т. М., 1981. Т. 1. С. 191; *Шевель В. А.* Проблемы выработки понятия функций права // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2006. № 3. С. 14.

[3] См.: *Палазян А. С.* Сущностные функции юридического права // Адвокатская практика. 2009. № 5. С. 19.

[4] *Реутов В. П.* О разграничении функций права и правового регулирования // Правоведение. 1974. № 5. С. 22; *Рыженков А. Я.* Компенсационная функция советского гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1981. С. 5; *Сухарев А. Е.* Указ. соч. С. 5.

шения? Может ли оно вообще воздействовать на общественные отношения не в рамках реализации своих функций? Сколько всего основных направлений у права, какие это направления и т. д.?

Как видно, при таком подходе к определению рассматриваемого понятия возникает целый ряд вопросов, на которые сложно найти однозначный ответ. Не вдаваясь в подробности этого спора, отметим, что указание на «основные» направления воздействия существенно сужает понимание права в функциональном аспекте. Отсутствие же этого компонента в дефиниции, наоборот, ни в коей мере не меняет представление о его сущности, и не искажает смысл всего понятия, поскольку термин «воздействие» сам по себе характеризует «направленность действия» права. Стало быть, вопрос о направленности силового вектора правового воздействия при таком раскладе также не остается не замеченным.

По поводу характеристики «воздействия» в структуре исследуемой категории в литературе существуют и другие дискуссии. Например, Ф. Н. Фаткуллин, полагает, что «воздействие» как структурный компонент функции может быть только прогрессивным[1]. В. Н. Карташев пишет о необходимости упоминания в определении функции права о ее «творчески преобразующей роли» и т. д.[2]

Нам кажется, что указанные выше моменты не являются существенными для понятия в общем, поскольку не несут в себе информацию о функции права, равно как и о праве в целом, как об обособленном феномене социально-правового бытия и не выступают отображением его индивидуальности. Понятно, что правовое воздействие должно быть прогрессивным и нести в себе преобразующее начало, иначе в чем смысл его существования? Ведь оно возникло во благо людей, для того, чтобы обеспечивать их позитивное и прогрессивное взаимодействие, развитие. Даже само слово «право» подразумевает некое позитивное, прогрессивное начало.

Однако это можно сказать о каком угодно явлении объективной действительности, поскольку именно в развитии прежде всего и состоит смысл любого феномена бытия. Между тем указание на такие побочные признаки в каком бы то ни было понятии, как представляется, лишает его четкости, конкретики, уводит в сторону от основного сущностного вопроса, а потому и не должны присутствовать в его определении.

При уточнении второй части анализируемого понятия, а именно того, «на что воздействует право», ученые также расходятся во мне-

---

[1] *Фаткуллин Ф. Н.* Указ. работа. С. 205.
[2] *Карташев В. Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества. Ярославль, 1995. С. 89.

ниях. Одни специалисты полагают, что право воздействует на общественные отношения[1]. Другие возражают против этого, подразумевая под объектом правового воздействия не только общественные отношения, но и поведение людей, их сознание и волю[2].

Несмотря на кажущееся различие, приведенные выше формулировки, на наш взгляд, не сильно отличаются друг от друга по существу. Конечно, если рассматривать термин «общественные отношения» в узком смысле, то для характеристики правового воздействия указания на него в дефиниции будет недостаточно. Однако если подойти к его интерпретации с точки зрения расширительного толкования, то он будет охватывать и поведение, и сознание, и волю людей – как участников общественных отношений. Ведь организация и функционирование общественных отношений предполагает не только наличие чисто юридических связей между субъектами, их прав и обязанностей, но и понимание участниками отношений их содержания, осознание каждым из них своего статуса. Данный процесс включает и их внутреннюю оценку, причем не только своих собственных действий, но и поступков других субъектов отношений, как с обыденной точки зрения, так и с юридической стороны. Без всего этого регулирование социальных связей и функционирование правоотношений представляется попросту невозможным. Следовательно, в широком смысле выражение «воздействие права на общественные отношения» имманентно подразумевает влияние его и на сознание, и на волю людей.

Придерживаясь концепции построения максимально ясного и простого для понимания определения, мы считаем нецелесообразным включение в данную формулировку также указания на цели и задачи права. Зависимость функций права от его целей и задач, и наоборот, и так очевидна. Функциональные возможности права всегда ограничивают круг целей и устанавливают пределы и объемы задач правового воздействия, а цели и задачи самым существенным образом влияют на формы и методы их реализации, предопределяя конкретные направления правового воздействия[3]. Причем взаимо-

---

[1] См.: *Морозова Л. А.* Теория государства и права. М., 2002. С. 175; *Радько Т. Н.* Понятие и виды функций социалистического права // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1971. Вып. 2 / Под ред. М. И. Байтина и В. В. Борисова. С. 108; Он же. Функции социалистического права // Советское государство и право. 1977. № 5. С. 50; Он же. Функции социалистического общенародного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1967. С. 6; *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 91.

[2] См., например: *Вопленко Н. Н.* Сущность, принципы и функции права. Волгоград, 1998. С. 45; Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 2002. С. 155–156; *Абрамов А. И.* Понятие функции права // Журнал российского права. 2006. № 2. С. 79.

[3] См.: *Радько Т. Н.* Основные функции социалистического права. Волгоград, 1970. С. 23.

действие целей, задач и функций права, а также корректировка их взаимного содержания в процессе функционирования права происходит постоянно.

Тем не менее, следует признать, что данная связь присутствует в любом явлении объективной реальности. Это естественный, само собой разумеющийся факт, который не требует доказывания. Но самое главное, он не указывает на функцию права как на самостоятельный феномен правовой действительности, и не отражает ее индивидуально-определенных черт как самодостаточной юридической категории.

Принимая во внимание все сказанное выше, попробуем сформулировать понятие функции права. Нам кажется, более правильно определять этот феномен как *свойство права, которое обнаруживает его как самостоятельное явление объективной действительности, отображает деятельностный аспект его существования (сущности) и состоит в способности его воздействия на общественные отношения*.

Библиографический список:

1. *Абрамов А. И.* Понятие функции права // Журнал российского права. 2006. № 2.
2. *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1981.
3. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972.
4. *Афанасьев В. Г.* Функции социальных систем // Социологические исследования. 1980. № 2.
5. *Байтин М. И.* О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3.
6. *Байтин М. И.* Функции права. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001.
7. Большая советская энциклопедия. Т. 28. М., 1978.
8. *Веденов М. Ф., Кремянский В. И.* Соотношение структуры и функций в живой природе. М., 1966.
9. *Вопленко Н.Н.* Сущность, принципы и функции права. Волгоград, 1998.
10. *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. Под ред. И. А. Бодуэна де Куртене. Т. 1 4. М., 1955.
11. *Карташев В.Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества. Ярославль, 1995.
12. *Клейн Ф.* Общее понятие функции. В кн.: Элементарная математика с точки зрения высшей. Т.1. М.-Л., 1933.
13. *Комаров С.А.* Общая теория государства и права: Курс лекций. М., 1996.

14. *Майерс Д.* Социальная психология. СПб., 1997.

15. *Максимов С.В.* Цель в уголовном праве: методологические аспекты. Монография. Ульяновск, 2002.

16. *Малахов В.П., Палазян А.С.* Функциональная характеристика права: вопросы методологии: Монография. М., 2009.

17. *Миллс Ч. Р.* Социологическое воображение / Пер. с англ. О. А. Оберемко; под ред. Г. С. Батыгина. – М.: Стратегия, 1998.

18. *Морозова Л.А.* Теория государства и права. М., 2002.

19. Новейший философский словарь / Сост. А. А. Грицанов. Минск, 1998.

20. Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 2002.

21. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., дополненное. М.: Азбуковник, 1999.

22. *Палазян А.С.* Современное право: функциональный аспект: Монография. М.: Изд-во Моск. ун-та МВД России, 2009.

23. *Палазян А.С.* Содержание исходных понятий теории функций права // Административное и муниципальное право. 2008. №11.

24. *Палазян А.С.* Функциональная характеристика права: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2009.

25. *Пашков А.С.* Основные функции советского трудового права // Правоведение. 1977. № 5.

26. *Поляков А. В.* Общая теория права: Курс лекций. СПб., 2001.

27. *Похмелкин В. В.* О восстановительной функции советского уголовного права // Правоведение. 1990. № 2.

28. *Радько Т. Н.* Основные функции социалистического права. Волгоград, 1970.

29. *Радько Т. Н.* Понятие и виды функций социалистического права // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1971. Вып. 2 / Под ред. М. И. Байтина и В. В. Борисова.

30. *Радько Т. Н.* Теория государства и права: Учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2009.

31. *Радько Т. Н.* Функции социалистического общенародного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1967.

32. *Радько Т. Н., Толстик В. А.* Функции права. Нижний Новгород, 1995.

33. *Реутов В. П.* Государство, право, законость. Пермь, 1975.

34. *Реутов В. П.* О разграничении функций права и правового регулирования // Правоведение. 1974. № 5.

35. *Реутов В. П.* О функциях права и правового регулирования. Актуальные проблемы советского государства и права. М., 1974.

36. *Рыженков А. Я.* Компенсационная функция советского гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1981.

37. *Сухарев А. Е.* Система функций советского трудового права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1987.

38. *Темнов Е. И.* Теория государства и права. М., 2003.

39. Теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 2002. С. 130.

40. *Ткаченко Ю. Г.* Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980.

41. *Тугаринов В. П.* Философия сознания. М., 1971.

42. *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы теории государства и права: Курс лекций. Казань, 1987.

43. *Филимонов В. Д.* Охранительная функция уголовного права. СПб., 2003.

44. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. М., 1986.

45. *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права / Под ред. В. Г. Стрекозова. М., 1996.

46. *Шевель В. А.* Проблемы выработки понятия функций права // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2006. № 3.

47. *Шундиков К. В.* Цели и средства в праве. (Общетеоретический аспект). Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 1999.

48. *Явич Л. С.* Сущность права: социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. Л., 1985.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

О критике в правовой науке

правовая наука; критика; научный метод; сомнение; документалистика; научные конвенции

Е. В. Сазонникова

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права России и зарубежных стран Воронежского государственного университета

О понятии критики. «Критика» – сложный социокультурный феномен, разными гранями включенный во все области знания. Понятие «критика» (от фр. «critique» – «искусство разбирать», «суждение») является многозначным и объединяет следующие общеизвестные смыслы: разбор с целью дать оценку; отрицательное суждение; указание недостатков; проверка подлинности[1].

Критическое мышление во многом фундировано сомнением как внутренним интуитивным несогласием даже без рациональных доводов[2]. Критика как научный метод выражается в дезавуировании любых научных знаний в случае их несоответствия когнитивным стандартам[3], принятым у субъекта критики, тем самым в отношении научных гипотез, идей, теорий создается «оппонентный круг»[4].

Критические выводы оказывают мощное влияние на оформление конвенций в науке, на тематику научных коммуникаций, на межличностные отношения ученых и пр. Значение критики для развития науки в том, что она является одним из источников появления нового знания, постановки новых теоретических проблем и путей преодолению догматизма. «Оправдание свое критика находит не в «истине». Критика – это нечто иное, нежели вынесение верных суж-

---

[1] См.: *Гаврилова Н. В.* Лингвокультурные характеристики концепта «критика» // Известия Волгоградского государственного педагогического университета. 2007. № 2. С. 10–14

[2] См.: *Шакиров И. А.* Некритическое мышление и гносеология сомнения // Вестник Башкирского университета. 2008. Т.13. № 1. С.135–137.

[3] См.: *Лебедев С. А.* Философия науки. М., 2008. С.416.

[4] По М. Г. Ягофарову «оппонентный круг» – множество ученых, которые критически относятся к определенным научным идеям, не принимает их, находит слабые места. См. об этом: *Лебедев С. А.* Указ. соч. С. 488.

дений во имя «истинных» принципов»[1]. Критик опирается на свое понимание научных проблем и полагает, что в этом понимании он не одинок.

В научном сообществе обязательно выделяется группа его представителей, в стиле которой философская установка на сомнение (скептицизм) является доминирующей, а критический дискурс – основополагающий.

Разновидностью критики является самокритика – мнение ученого о своем исследовании, о себе, излагаемое, как правило, в выступлениях, мемуарах, переписке, предисловиях и заключениях его трудов.

Критика в правовой науке – искусство разбора правовых текстов – вид литературной и устной творческой деятельности, когда выражаются собственные представления критикующего о каком-либо конкретном научном труде, научном направлении, научной школе, научно-значимом событии, о вкладе ученого в развитие науки, практики и образования, о законодательном акте или направлении реформирования законодательства и пр.

В отечественной общей теории права вопрос о критике находится в стадии разработки. Среди программных исследований последних лет по данной тематике выделяются статьи Нижегородской общетеоретической правовой школы под руководством профессора В. М. Баранова, в которых исследуются правовая природа критики, отрицание как ее признак, критика законодательства[2].

Правовые тексты и устные выступления редко становятся предметом любительской критики, поскольку для их адекватного понимания необходим определенный уровень владения теоретическим правовым знанием. В правовом сообществе широко распространена профессиональная критика. Особое значение для критического анализа имеют личные предпочтения критика и опыт разбора научных текстов, который он получил как представитель той или иной правовой научной школы.

В отличие от художественной сферы жизни общества, где сложился круг субъектов, именующихся критиками и оказывающих влияние на аудиторию через публикации в различных изданиях, в научной сфере правоведов именоваться критиками не принято. Вме-

---

[1] *Барт Р.* Избранные работы. Семиотика. Поэтика. М., 1989. С.271.

[2] См.: *Баранов В. М., Першин В. Б., Ремизов П. В*. Отрицание как логико-гносеологический признак критики законодательства // Ленинградский юридический журнал. 2009. №8. С.97–106; *Ремизов П. В.* Методологические предпосылки общетеоретического исследования феномена «критика законодательства» // Вестник Владимирского юридического института. 2009. №1. С.143–148; *Ремизов П. В.* Критика как форма правовой аргументации // Философия права. 2009. №3. С.81–86.

сте с тем, подобно художественной критике, в правовой науке предметом критического исследования в основном становятся опубликованные достаточно известные работы (как правило, монографии, реже – научные статьи), на обсуждение выносятся проекты нормативных актов.

В современных условиях, когда издание правовой литературы в значительной мере контролируется коммерческими интересами, веяниями моды, массовыми вкусовыми пристрастиями, выполняется по авторскому заказу и существует заинтересованность издательств в получении быстрой прибыли от реализации учебников и учебных пособий, для критики практически не осталось места.

Критическая деятельность как вид профессиональной деятельности в праве имеет характер «цехового» продукта, то есть предназначена главным образом для использования внутри сообщества правоведов, поскольку ее результаты публикуются, как правило, в профильных правовых журналах; с развитием сетевой коммуникации критические материалы размещаются на сайтах органов власти, на личных сайтах ученых, в блогах, на форумах и пр.

Критические работы в праве адресуются различным целевым аудиториям: научному сообществу, студенчеству, профессиональным коллективам (рабочим группа при разработке законодательных актов) и способствуют саморазвитию критика и автора произведения, продвижению определенных научных и практических взглядов, формированию общественного мнения, популяризации правовой науки и т. д.

Соотношение критики и иных областей литературного творчества в праве.

На стыке с критикой развивается документалистика как литературное направление, сочетающее элементы научности и художественности. Ее отличительным чертами является «установка на подлинность»[1], воспоминания о выдающихся правоведах и событиях государственной и правовой жизни.

Активно формируется электронная документалистика (создаются сайты кафедр, факультетов, на которых размещается историческая и современная информация, репрезентируются научные достижения), требующая технической поддержки, постоянной актуализации. Творцами ее содержания являются заинтересованные члены научного сообщества.

---

[1] См.: *Тынянов Ю. Н.* Литературный факт // Поэтика. История литературы. Кино. М., 1977. С.265. Цит. по: *Савкина И.* «Пишу себя…». Автодокументальные женские тексты в русской литературе первой половины 19 века. University of Tampere. Tampere, 2001. С.12.

Все большее распространение в источниковой базе правовой науки получает жанр «авторского аналитического мониторинга»[1]: это объединение выступлений ученого по самым разным вопросам и в разное время, собранные вместе. В этих работах на первом плане личное отношение ученого к происходящему, его оценки, рассуждения по поводу событий, во многих из которых автор еще и сам выступает как участник. Такого плана книги часто предваряются вступительными статьями о жизни и творчестве ученого, в которых всесторонне показываются его научные взгляды.

Критика в правовой науке и критическая школа правовых исследований.

В 70-е г. прошлого века в США возникло научное и политико-правовое течение – школа критических правовых исследований, которое сегодня широко известно в мире. Среди основных постулатов школы: стремление к интеграции теории права и социальной теории, констатация контекстуальности и недетерминированности права, утверждение единства права и политики. В данной школе ставится под сомнение ценность формального подхода к праву и его объективного понимания вообще[2]. В методологии школы критика занимает особенное место, но эти методом не определяется и не исчерпывается исследовательский инструментарий.

В отечественных трудах под «критикой права» понимается конструктивная оценка состояния правовой системы, деятельности правовых учреждений, развитости законодательства и др., и связанное с этим обоснование недостатков; обращается внимание, что критика правовой системы способна вызвать нежелательный социально-правовой эффект, в частности породить у населения негативное отношение к юридическим институтам[3].

Форматы в праве, в которых может быть использован критический дискурс: рецензии на научные работы, обзоры конференций, научное редактирование трудов, описания степени разработанности темы в научных трудах, отзывы ведущих организаций и официальных оппонентов на диссертации, отзывы на авторефераты диссертаций, доклады о состоянии законодательства, разнообразные мониторинговые работы, мнения о целесообразности различных правовых решений, экспертные заключения на законопроекты и нормативные

---

[1] См. об этом: *Науменко Л. К.* Рецензия: Славин Б. Ф. Идеология возвращается. (М., 2009) // Вопросы философии. 2009. №9. С.184–188.

[2] См.: *Сметанников Д.С.* Школа критических правовых исследований : автореф. дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2000. С.5–6, 22.

[3] См.: Элементарные начала общей теории права: Учеб. пособие для вузов / Под общ. ред. проф. В. И. Червонюка // http://slovari.yandex.ru

правовые акты (при экспертизах: на коррупциогенность, на учет культурных аспектов и др.), работа жюри правовых конкурсов, олимпиад, иных соревновательных форм правовой деятельности (премий, грантов и пр.)

На отраслевом уровне этот перечень может быть дополнен. В конституционном праве лементы критического дискурса присущи посланиям главы государства и высших должностных лиц субъектов федерации, решениям органов конституционного контроля и особому мнению их судей, докладам Уполномоченного по правам человека в РФ и субъектов федерации, докладам общественных палат, предвыборным программам кандидатов и политических партий и пр.

Некоторые методы критической работы с правовым произведением: изучение биографии автора и творческой истории произведения (как менялись представления автора во время работы, как отразилась профессиональная деятельность автора на научных выводах, каковы были общественно-политические условия работы), обзор ранее появившейся критической литературы о научном правовом произведении, разбор организации формы и содержания текста (особенности цитирования, приверженность употреблению конкретных слов, оборотов и пр.), внимание к интонации как совокупности просодических характеристик предложения (в письменной речи интонация может быть выражена знаками препинания, членением текста, варьированием шрифтов и пр., в устной – ударениями, повторениями, изменениями тона высказывания и пр.); благодаря интонации акцентируется внимание на смысловой значимости текста.

Невозможно выделить общепринятые критические замечания к стилю правового произведения, поскольку авторский почерк уникален. Так, мнение, что в работе, претендующей на научность, не принято ссылаться на публикации в масс-медиа[1] в условиях информационного общества выглядит архаично. В большинстве критических работ по праву отчетливо присутствует диалоговый способ разбора: на определенную точку зрения автора, как правило, высказывается возражение (или согласие). Возможно дальнейшее развитие рецензентом в критической работе авторских идей. В структуре рецензий научных и учебных трудов заключительная часть, как правило, носит комплиментный характер. Общепринято, что проведение критического разбора правовых произведений должно осуществляться широко известными учеными-правоведами.

---

[1] См.: *Упоров Г.* Об идеологической моде «топтания» как методе подмены подлинно научной критики // Научно-просветительский журнал «Скепсис». 2007. июль // http://scepsis.ru

Контекст критики в правовой науке. Всякая познавательная ситуация не свободна от «культурно-исторической цензуры», заключающейся в том, что субъект познания «неизбежно «утаивает» часть своей информации…, является не настолько прозрачным, как это ему представляется»[1] или как он хотел бы это представить. И сами критические работы, и те труды, которые становятся предметом критического разбора, в силу глубокой взаимосвязи права и политики, не могут быть полностью свободны от культурно-исторической цензуры.

Например, в республиканской истории России, начиная с принятия Конституции РФ 1993г., в правовой науке был очень объемно выражен пласт экономикоцентристских исследований, основная цель которых заключалась в том, чтобы изменить устройство социально-экономической системы страны и перейти на «западный» путь. Критически воспринимались правовые исследования, не учитывающие экономические разработки, не привлекающие для обоснований статистические данные.

Поскольку концепция либерализма предлагает неограниченное саморегулирование и полную самодостаточность духовной жизни общества, постольку вопросы культуры в течение длительного времени были на периферии актуального государственного строительства. Это нашло выражение даже в тексте Конституции РФ 1993г., в первой главе «Основы конституционного строя» которой принципы основ экономического развития закреплены, а культурного – нет. Сегодня, когда налицо риск утраты самоидентификации российского общества, вызванный воздействием западной массовой культуры, происходит поворот в сторону культурных проблем и критически расцениваются те правовые исследования, которые не сообразуются с культурной спецификой.

Учет исторических и иных условий создания правового произведения как условие критики. При осмыслении наследия юридической науки важно осознавать «эпистемологический казус интерпретационных традиций»[2], под которым понимается сложность понимания той или иной системы взглядов и оценки ее влияния на развитие науки в условиях разного количества сохранившихся источников, неполной информации об обстоятельствах работы над произведением, а в случае с иностранными источниками, и отсутствия переводов.

---

[1] См.: Философия социальных и гуманитарных наук / Под общ. ред. С. А. Лебедева. М., 2008. С. 28, 52.

[2] См.: *Литовка И. И.* Эпистемологический казус или дурные стороны интерпретационных традиций // Философия права. 2008. №1. С.150–151.

Для примера. Научные взгляды Ф. В. Знанецкого для современного отечественного правоведения выглядят экзотично, поскольку проблематику социальных отношений, урегулированных правом, ученый фиксируется в предметной плоскости социологии, а последнюю рассматривает как одну из частных наук о культуре[1]. Однако это не может объяснять практически полное забвение трудов Ф. В. Знанецкого в современном отечественном правоведении.

Предложенный Ф. В. Знанецким «культурализм» – подход, который состоит в том, что в любом социальном исследовании нужно учитывать «человеческий коэффициент». «Человеческий коэффициент» отличает культурные данные (зависящие от опыта людей) от природных (не зависящих от опыта людей)[2]. Несмотря на то, что значение «культурализма» выходит за рамки правоведения, здесь он оправдан как принцип познания, в силу которого в правовых отношениях важны не только содержание действий, но и значение, придаваемое этим действиям их субъектами.

Вывод. Критика в правовой науке может иметь позитивное и отрицательное наполнение. В первом случае – это важнейшее условие развития науки; один из базовых методов научного познания и образования, основание для признания (или отказа) от научных взглядов; предпосылка упорядочения научных взглядов ученого и самоопределения на творческом пути. Во втором случае – критика – стратегия и тактика намеренного осуждения, способ расправы с неугодными научными взглядами. Существование критики в правовой науке является фактом правовой жизни, одной из основ формирования правосознания.

Библиографический список:

1. *Баранов В. М., Першин В. Б., Ремизов П. В.* Отрицание как логико-гносеологический признак критики законодательства // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 8.

2. *Барт Р.* Избранные работы: Семиотика: Поэтика / Пер. с фр., сост., общ. ред. и вступ. ст. Г. К. Косикова. М.: Прогресс, 1989.

3. *Гаврилова Н. В.* Лингвокультурные характеристики концепта «критика» // Известия Волгоградского государственного педагогического университета. 2007. № 2.

4. *Ганжа А.О., Зотов А. А.* Гуманистическая социология Ф. Знанецкого // История социологии. 2002. № 3.

---

[1] См.: *Ганжа А. О., Зотов А. А.* Гуманистическая социология Ф. Знанецкого // История социологии. 2002. №3. С.120.

[2] См.: *Ганжа А. О., Зотов А. А.* Указ. соч. С.118–119.

5. *Лебедев С. А.* Философия науки: краткая энциклопедия (основные направления, концепции, категории). М.: Академический Проспект, 2008.

6. *Литовка И. И.* Эпистемологический казус или дурные стороны интерпретационных традиций // Философия права. 2008. № 1.

7. *Науменко Л. К.* Рецензия: Славин Б. Ф. Идеология возвращается (М.: Социально-гуманитарные знания, 2009. 647с.) // Вопросы философии. 2009. № 9.

8. *Ремизов П. В.* Методологические предпосылки общетеоретического исследования феномена «критика законодательства» // Вестник Владимирского юридического института. 2009. № 1.

9. *Ремизов П. В.* Критика как форма правовой аргументации // Философия права. 2009. № 3.

10. *Савкина И.* «Пишу себя…». Автодокументальные женские тексты русской литературе первой половины 19 века. University of Tampere. Tampere, 2001.

11. *Сметанников Д. С.* Школа критических правовых исследований: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2000.

12. *Упоров Г.* Об идеологической моде «топтания» как методе подмены подлинно научной критики // Научно-просветительский журнал «Скепсис». 2007. июль // http://scepsis.ru

13. Философия социальных и гуманитарных наук: Учеб. пособие для вузов / Под общ. ред. С. А. Лебедева. М.: Академический проект, 2008.

14. *Шакиров И. А.* Некритическое мышление и гносеология сомнения // Вестник Башкирского университета. 2008. Т. 13. № 1.

15. Элементарные начала общей теории права: Учеб. пособие для вузов / Под общ. ред. проф. В. И. Червонюка. М., 2003 // http://slovari.yandex.ru

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Правомерные цели надлежащей и долговременной конституции

совесть; достоинство; честь; смысл жизни; абсолютное благо; ценность; правомерная и долговременная конституционная цель

Б. А. Осипян

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

> "Если мы не сформулировали четкие цели, сочетающиеся с нашим пониманием смысла жизни, и если не будем постоянно о них помнить, то в конце концов можем остановиться и сдаться"[1].

Без предварительного определения надлежащей и непреходящей цели права бессмысленно говорить о производных от неё долговременных целях всякой разумной, правомерной и действующей Конституции. Сама эта цель проистекает из понятия абсолютного и универсального образа-блага, без которого наша жизнь, свобода и права не могут иметь какого-либо положительного смысла. «Цель, – писал К. Ясперс, – это путь во времени… история имеет временный характер, но ее смысл имеет вечный, вневременный характер… История становится путем к надысторическому… Цель может выступать как скрытый смысл, который никто не имел в виду»[2].

Божественная цель универсальна для каждого и всех. Однако разные люди и народы продолжают существовать как бы в разные периоды своей зрелости и близости к этой бесконечной цели согласно своему духовно-нравственному призванию и предназначению. Вечный путь приближения к Духу Божия разделен во времени на тайны периодов, т. е. на промежуточные цели, по которым и следует сверять меру прогресса того или иного человека или народа, ибо эти критерии периодизации биографии и истории человека и народов исходят из моментов реализации (воплощения) Духа Свято-

---

[1] *Темплтон Дж.* Всемирные законы жизни. М., 1999. С. 15.
[2] *Ясперс К.* Смысл и назначение истории. М., 1993. С. 240,262,263,279.

го по Божественному Предопределению, начиная с Адама (плотского главы человечества) и завершая Иисусом Христом – Богочеловеком, образцом праведного образа жизни в истине и Боге.

По мнению святого Августина, «предопределение, этот вечный закон, которым Бог все нормировал, есть всеобщее отношение Бога к твари, благодать же – лишь частное его действие. Предопределение есть вселенский правопорядок и закон, осуществляющийся в целом строе мироздания, как в спасение праведных, так и в осуждении злых: оно простирается на всех. Благодать же спасает только некоторых, избранных, тех, кому предопределено спастись»[1]. «Последняя цель человека, – писал Я. С. Коменский, – находится за пределами этой жизни"[2]. Конечная цель всякой личной и общественной человеческой жизни – это полнота как упорядоченной земной, так и небесной жизни во всей ее свободе и гармонии со служением Господу, как в личном качестве, так и солидарно со всеми людьми. Как заметил И. Кант, "конечная цель есть та цель, которая не нуждается ни в какой другой цели как условии своей возможности… Человек есть конечная цель творения, ибо без нее цепь подчиненных друг другу целей не была бы полной»[3].

Цель истинной и созидательной любви к Богу и своему ближнему, духовного освобождения и спасения каждого человека (pro salute animae) и общества во всех сферах их жизнедеятельности для своей реализации не требует каких-либо иных особенных целей, ибо, как писал Гегель, «заповедь любви имеет целью не право, а благо ближнего», которого следует любить не ради каких-либо особенных целей, будь то цель сохранения семьи, дружеских отношений или достижения какой-либо политической цели[4]. По этому поводу в Святом Евангелии сказано, что "если кто епископства желает, доброго дела желает, ибо епископство это название дела, а не чести".[5] Блаженный Августин писал: «При деятельности же предметом любви должны быть не почет в настоящей жизни или власть, ибо все суетно под солнцем, а само дело, которое делается порою посредством почета и власти, если делается правильно и с пользой, т. е. так, чтобы могло служить тому благосостоянию подчиненных, которое соответствует воле Божией»[6]. «Служение богам со стороны

---

[1] *Августин*. Об истинной религии. Минск, 1999. С. 1589.
[2] *Коменский Я. С.* Избранные педагогические произведения. Великая дидактика. Т.1, М., 1939. С. 80.
[3] *Кант И.* Соч. Т. 5. С. 467, 469.
[4] *Гегель*. Философия религии. В двух томах. Т. 2. М., 1976. С. 284.
[5] Библия. Новый завет. 1 Тим., 3:1.
[6] *Августин*. О граде Божием. Минск-Москва, 2000. С. 1040.

людей нечестивых тщетно, говорил языческий философ Платон, – со стороны же благочестивых – очень уместно. Вот та цель, в которую мы должны метить»[1].

В этом свете закон человеческий и Божий, по убеждению автора проекта армянской Конституции 1773 года – «Западни честолюбия» Ш. Шаамиряна, должен служить образцом поведения и повседневной жизни и содержать в себе цель обуздать и укротить изменчивое человеческое естество во благо каждого и всех. Потому каждый закон должен быть засвидетельствован и оправдан оселком неизменных канонов Священного Писания, а не подчиняться желаниям плоти и выгоде отдельных правителей. В статье 17 составленного им проекта армянской Конституции была закреплена цель превращения армянского народа в единую паству с единой волей, выраженной в высшем индивидуальном и социальном путеводителе и пастыре-законе[2].

Блажен также человек или народ, которым «Господь объявляет намерения его», ибо такой человек или народ не помышляет о земном и славе своей, но о славе Божией. Господь защищает их не только от других, но и от самих себя, от своих неправомерных соблазнов, помыслов и неправомерных целей, которые противны воле Божией. «Господь разрушает советы язычников, уничтожает замыслы народов», которые создают себе идолы и кумиры, «золотых тельцов», «вавилонские башни» и поклоняются им малодушно и самовольно[3]. Ибо в духовном понимании, «кто не с Ним, тот против Него» и «кто не собирает с Ним, тот расточает»[4].

Поэтому необходимо и должно следовать Божиим законам бытия и развития, прежде всего понять их и примириться с ними в духовном преображении своем, но своенравно не переделывать и насильственно не изменять мир без любви, веры и знания воли Божия и его исполнения в практической жизни.

Великий соблазн и заблуждение – отказаться от истины ради той или иной мирской цели, счастья или благосостояния личного, семейного, национального или даже общечеловеческого. Вирусом такого соблазна и заблуждения как раз и заражены всякие теории и идеологии социализма, коммунизма, либерализма, гуманизма и т. д., поскольку истинное самолюбие, чувство родственности, дружбы, патриотизма и человеколюбия берут свое начало в истинном боголюбии, богосознании и богопреданности. Поэтому никогда нельзя обожествлять ни человека, ни человечество. Дело в том, что люди,

---

[1] *Платон*. Сочинения. В трёх томах. Т. 3(2). М., 1968–1972. С. 190.
[2] Памятники армянского права. Ереван, 2001. С. 576, 577, 578, 590.
[3] Библия. Ветхий завет. Амос., 4:3; Пс., 113:9; Пс., 32:10; Исход, 20:4-5; 32:35.
[4] Библия. Новый завет. Матф, 12:30; Лука, 11:23.

цель которых заключается в узких рамках продолжения своего рода и накоплении материальных благ для своих смертных отпрысков-потомков, в конечном счете являются несознательными и невольными духовными самоубийцами, ибо они сеют в тлеющую плоть все относительное и временное, а сеющие плотские семена пожинают плотские плоды, по поводу раздела которых люди завидуют, ненавидят и вредят друг другу. Поэтому, используя все временные мирские блага, мудрый человек любовно сеет вечные, духовные, абсолютно живые семена, дающие духовные плоды, которые не вызывают у людей постоянные споры и раздоры, а только взаимную любовь, понимание, уважение и долготерпение. Если объектом желаний и целей людей станут духовные ценности, то постепенно будут преображаться также их потребности и интересы, поскольку интересы являются осознанными потребностями, а потребности – более или менее устойчивыми влечениями людей к определенным вещам и явлениям, воспринимаемым и переживаемым как существенное условие для реальной жизни[1].

Неосторожная или злоумышленная подмена истинных, образующих надлежащую народную конституцию ценностей и целей правдоподобными ложными ценностями и целями отвлекает людей от решения повседневных задач нахождения каждым человеком своего духовного призвания, дела и смысла своей жизни, пути своего духовного освобождения и спасения. При этом если люди приобретут весь мир, но потеряют Бога в своей душе, то они в конечном счете потеряют все, а если потеряют все, кроме Бога, любви, веры, ответственности перед Ним, то они с Богом снова найдут и приобретут все потерянное и даже намного больше потерянного. Ярким примером для этого является история про библейского Иова. Замена духовных ценностей и целей мирскими благами в конечном счете приводит людей к самоотчуждению, нравственной и душевной болезни и фатальному отдалению от образа животворящего Бога. Поэтому Спаситель наш предупреждает: «Домы Отца Моего не делайте домом торговли»[2].

При постановке той или иной конституционной цели важную роль играют наличные представления об искомом образе-благе и путях его приобретения: прежде всего стабильного мира и правопорядка на земле для всех людей, а также спасения в вечной жизни для каждой личности, любящей и сознающей своего Творца-Бога. В этом аспекте каждая конституционно-правовая норма и вся система

---

[1] Социальная психология. М., 1975. С. 77.
[2] Библия. Новый завет. Иоанн, 2:16.

действующих законов устанавливают целесообразный порядок действий и необходимые средства для беспрепятственного достижения той или иной законоустановленной цели.

По мнению Б. Спинозы, закон представляет собой образ жизни, предписываемый человеком себе или другим ради какой-нибудь цели[1]. В жизни человеческой довольно часто средства достижения той или иной цели затушевывают или заслоняют саму поставленную цель. Большинство людей связывают конечные цели развития человечества с так называемым прогрессом (pro-gress), т. е. с механическим продвижением вперед, но не с духовно преобразующим движением вверх, т. е. к Господу Богу. Однако истинный смысл, например, научно-технического прогресса состоит не в чем ином, как в освобождении человека от множества его повседневных забот, суетно-изнурительного и монотонного труда, в даче ему достаточно свободного от дрязгов жизни времени и возможности для молитвенного и деятельного общения со своим Создателем и своими ближними, в вере и познании Его и себя как одного из Его творений, в исполнении Его заповедей в личной и социальной жизни, в добровольной реализации своего высокого призвания, предназначения и бесконечного смысла жизни. «Тот, кто избрал своим руководителем истину, а своей целью долг, – утверждал Б. Паскаль, – может смело довериться Провидению и своему призванию»[2].

Святые отцы и учителя христианской церкви усматривали конечную цель жизни каждого человека, не только и не столько в государственно-правовом поддержании земного правопорядка, сколько в спасении его души от мирского зла и смерти. «Цель человека, – говорил Сергий, архиепископ Пражский, – устроение внутренней жизни… Вопрос о спасении есть основной вопрос истории человечества в целом и личной судьбы каждого человека… Обыденная наша жизнь есть средство для создания подлинной жизни. Мы же средство превратили в цель… Наша душа создана для вечности, а мы совершенно не заботимся о ней. Мы стараемся приобрести всевозможные сокровища, кроме сокровища вечности. Мы плохие купцы. Мы дешево ценим нашу душу, ценнее которой ничего нет… Забота о своем спасении дает общественное благо… Человек, не успевший одолеть в себе греховность, не может оказать благоприятного влияния на окружающих, быть в помощь другим и содействовать им в победе над грехами… Святость есть великое общественное благо и сила. Желая подлинно послужить ближним, мы прежде всего должны очистить себя

---

[1] *Спиноза Б.* Богословско-политический трактат. Минск., 1998. С. 110.
[2] Афоризмы о юриспруденции. М.,1999. С. 461.

от греховных привычек и наклонностей. Стать чистыми, вести богоугодную жизнь. Только в меру нашего духовного совершенствования мы можем быть полезными нашим ближним в их горе и несчастье. Это – единственный путь служения ближним. Спасая себя, мы как бы вносим долю спасения в дело всего человечества. Подвиг личного спасения есть подвиг общественный»[1].

Духовная и конституциообразующая высшая цель освобождения и спасения души от зла и смерти должна стать пожизненной целью каждого разумного человека на земле, делом каждого подаренного нам Божьего дня и делом всей нашей жизни. Об этом святой апостол Павел говорит так: «Братия, я не почитаю себя достигшим; а только, забывая заднее и простираясь вперед, стремлюсь к цели, почести высшего звания Божия во Христе Иисусе»[2]. При этом желающие спасти свою душу в этом временном мире потеряют ее и погубят для вечной жизни. Истинно мудрые люди тщетно не пытаются поудобнее устроиться в этой жизни и довольствоваться мирским счастьем, чтобы не уснуть ко времени прихода Грядущего Жениха в полуночи[3]. В этом смысле мирское благополучие и счастье может оказаться «успехом ко злу», которое несравненно опаснее очевидного мирского бедствия, которое нередко может стать первотолчковым импульсом для коренного духовного возрождения и нравственного преображения человека и начала его поистине новой, праведной жизни. “Счастье человеческое, – говорил в связи с этим святитель Иоанн Златоуст, – часто бывает знаком вечного осуждения”[4].

Говоря об абстрактной неопределенности тщетных общечеловеческих ценностей и целей, О. Шпенглер с великим сожалением отмечал: «У человечества нет никакой цели, никакой идеи, никакого плана… Человечество” – пустое слово»[5]. Все международно-правовые акты всего лишь декларируют права господ и обязанности рабов, но не гарантируют достоинства и призвания истинно свободных людей. Даже провозглашенное уважение к так называемым основным правам и свободам человека больше побуждает людей на совершение недостойных и бесчестных поступков, нежели призывают людей к сосредоточенной в Боге и ответственной жизни. Тысячу раз был прав великий русский мыслитель Ф. М. Достоевский, который, подчеркивая человеческое невежество и низость, без какого-либо сомнения пророчески заявил: «Провозгласите право на бес-

---

[1] Духовная жизнь в миру. М., 1998. С. 11, 16, 42, 43, 78.
[2] Библия. Новый завет. Фил., 3:13-14.
[3] Библия. Новый завет. Матф., 25:1-13.
[4] Великие мысли, кратко реченные. Изречения святых отцов и учителей церкви. СПб., 2001. С. 229.
[5] *Шпенглер О.* Закат Европы. Р-н-Д., 1998. С. 59.

честие и все побегут за вами»[1]. Разумеется, как писал В. С. Соловьев, идейная цель права и законодательства, состоит не в превращении мира, лежащего во зле, в Царство Божие, а только в том, чтобы этот мир не был до времени превращен в ад. При этом посредством идеи права и положительной конституции государство обязано обеспечивать внешние условия для достойного существования и совершенствования людей[2].

По мнению выдающегося американского правоведа Г. Бермана, право связано с высшей целью человеческой жизни, ибо оно имеет своим корнем завет-договор между людьми и Богом, который ведет их в свете Своей истины к добродетельной и праведной жизни на земле, к духовному освобождению и спасению. Право, как отражение библейских символов-архетипов Исхода, Избранного народа, Обетованной земли, Нового Иерусалима, Жертвенной смерти и Возрождения призвано помочь обществу жить по воле Бога как высшей справедливости и потому является незаменимым средством провиденциального исполнения общечеловеческого плана Бога как всемогущего законодателя, милостивого судьи, вдохновителя исторических изменений социально-правовых институтов[3].

В этом ракурсе уважение к конституционным правам и свободам человека в отрыве от их идейно-целевого назначения, абсолютного достоинства и духовного призвания, представляет собой разновидность неоязыческого идолопоклонства, искусственной абсолютизации средств, которая в конечном счете нарушает надлежащий конституционный правопорядок и, стало быть, меру права, свободы и ответственности каждого разумного человека как творческой личности. Увы, основные права и свободы человека не рассматриваются так называемыми общепризнанными международно-правовыми документами и многими современными видными правоведами в качестве дара Божьего, как это искренне делал один из отцов-основателей американской Конституции Т. Джефферсон в 1801 году в своем первом президентском послании к своему народу.

Более того, из разряда необходимых средств для ведения людьми богодостойного образа жизни, исполнения своего призвания и реализации смысла своей жизни, они безбожно и неправомерно возводятся в категорию объектов веры, высшей конституционной ценности и цели. Например, в преамбуле восхвалённой мировым сообществом Всеобщей декларации прав человека 1948 года, в Уставе Совета Европы 1949 года, в международных пактах о правах чело-

---

[1] Афоризмы о юриспруденции. М., 1999. С. 82.
[2] *Соловьев В. С.* Оправдание добра. М., 1996. С. 41, 332.
[3] *Berman H. J.* Faith and Order. P. 19, 90, 215, 292.

века 1966 года и во многих других международно-правовых документах утверждается суетная вера в высшую ценность и цель основных прав человека и в почти безоговорочную необходимость их всяческого уважения и почитания, но при этом не уточняется духовное понятие самой непреходящей идеи права, контекстуальное и конкретное содержание духовных и нравственно-правовых идеалов, ценностей и принципов, которые являются общим наследием всех народов во все времена, не обосновываются реальные или предполагаемые преимущества так называемого демократического и открытого гражданского общества, публично умалчивается о необходимости осознания каждым человеком своей ответственности перед Богом за надлежащее личное самоопределение, осознание своего достоинства, свободный и правильный выбор и достойную реализацию своего призвания, назначения и смысла жизни.

К примеру, в статье 1 Всеобщей декларации прав человека 1948 года провозглашается, что «все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах», тем самым отрицая тот факт, что люди рождены Богом (а не сами по себе рождаются!), и что при равном абсолютном богоданном достоинстве, они все же не имеют равные права, которые реально соответствуют их разному призванию и назначению в рамках надлежащего правопорядка. Иными словами, все люди имеют одинаковые права и свободы, которые соразмерны с их неодинаковыми призваниями, назначениями, целями и смыслами жизни. Без всего этого законодательное закрепление абстрактных прав и свобод человека и их практическая реализация не могут довести каждого человека и общество до добра, способствовать решению насущных проблем жизни, а только к тому, что мы имеем сегодня: к всеобщему неверию, нравственной деградации, организованным беспорядкам, безудержному росту преступности и превращению ее в глобальную проблему.

Именно подобные половинчатые, сущностно выхолощенные и неправомерные международно-правовые акты дают основание международным и национальным судебным инстанциям выносить безбожные, безнравственные и неправомерные решения, которые способствуют развращению высоких традиционных ценностей и нравов различных народов. Так, например, по делам Даджен и Норрис Европейский Суд значительным большинством голосов постановил, что законодательное запрещение государством гомосексуальных актов между совершеннолетними лицами старше 21 года представляет собой неправомерное вмешательство в частную жизнь граждан по пункту 1 статьи 8 Конвенции о правах человека и основных сво-

бодах 1950 года[1]. Тем не менее, вопреки библейскому запрету и нормам традиционной нравственности Европейская конвенция о правах человека односторонне учла только внешнюю сторону гомосексуального преступления, предавая вечному забвению должную защиту высокого человеческого достоинства и его естественное половое призвание по замыслу и закону Человекосоздателя. А это с позиций идеи права большой пробел в законе, который вводит все европейское сообщество в богоборческое и гомосексуальное заблуждение. Такое положение дел никак не допустимо и потому Европейская Конвенция по правам человека 1950 года должна быть существенно поправлена и дополнена вышеуказанными правомерными идеями, ценностями, целями, принципами и личными правами и обязанностями человека.

К сожалению, на подобных, по духу глубоко безбожных, неестественных и безнравственных международно-правовых актах тщетно делаются попытки создавать равные условия жизни для неверующих и верующих, установить связи для взаимного понимания и уважения, единства в мире, что, естественно, невозможно без Бога – единственного Посредника взаимного понимания и уважения между людьми. Согласно объективному закону тождества цели и средства, если высшая цель – Бог, то и абсолютное средство есть вера, через которую человек может связаться с Богом, и производное от этой веры доверие между людьми, а не права и свободы человека, которые суть необходимые, но далеко не достаточные средства для достижения данной цели. Основные права и свободы человека могут, тем не менее, быть рассмотрены как цель на несравненно более низком уровне и иметь средством своей реализации самих себя и систему других государственно-правовых институтов. Ведь даже государство и право, независимо от их форм и содержания, не могут быть рассмотрены как самоцель, а только как средства для реализации какой-то высшей конституционно-правовой цели, выходящей далеко за рамки форм и содержания данного государства и действующего законодательства.

Возникает вопрос: а какова общая цель, для реализации которой предназначены государство и право, основные права и свободы человека и т. д.?

Прежде чем ответить на этот вопрос, отметим, что искомая цель и программа и средства ее осуществления должны быть закреплены в основном законе повседневной и перспективной жизни каждого общества, т. е. в его действующей конституции. Правомерная кон-

---

[1] *Гомьен Д., Харрис Д., Звак Л.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 297–298.

ституция должна сама быть основана на, как выразились американские конституционалисты, «идее святости» и «высшем праве», закреплять собой и всячески способствовать поддержанию высокого человеческого достоинства, призвания и свободного самоопределения, развитию национальных верований, системы ценностей, целей, нравов, обычаев и традиций, образа и уклада жизни, а также всех важнейших государственно-правовых институтов и функций. При этом конституция должна стать высшей позитивной нормой, идеальным образом и механизмом осуществления этой трансцендентальной цели, достижению которой она должна ежедневно служить. Образно говоря, правомерная конституция должна представлять собой “будущее в настоящем”, прообраз искомого идеального и желанного социального порядка и развития, систему официально осознанных и всенародно признанных определенных императивных и договорных ценностей и целей для постепенного преобразования идеального и потенциального в актуальное и реальное, ложного – в истинное, недостаточного – в полное, искаженного – в нормальное, зависимого – в свободное, безответственного – в ответственное, больного – в здоровое, ветшающего – в новое.

Разумеется, основание конституции, как и корень дерева, должно оставаться в основном невидимым, однако определенным, ибо именно из него, как единственной жизнеобеспечивающей силы государства и законодательства, будут произрастать все остальные части и плоды всей правовой жизни общества. В невидимой своей части основание конституции может стать только предметом истинной веры, сознающей невидимое в настоящем, но надеющейся на его проявление в будущем, как нечто реальное, сущее, вечное и неизменное, в которой содержится животворящий дух земных и небесных обетований.

В духовном понимании конституция есть отражение совести, характера и внутреннего склада, правосознания и положительного опыта конкретного народа в определенный период его исторического приближения к идеальному образу его жизни. Необходимость в составлении конституции национального государства в виде единого документа появилась тогда, когда у того или иного народа появилась насущная потребность увидеть желанный образ своей реальной жизни в духовном зеркале своей богоданной и богоотражающей совести, нормировать наличное свое правосознание и практический разум, обобщить положительный опыт своей правовой жизни. Поэтому, каково реальное состояние народа – такова и его конституция в её действии или бездействии.

Национальные конституции, как правило, составляют патриоты, а «любить свою родину – значит пламенно желать видеть в ней осуществление идеала человечества и по мере своих способностей споспешествовать этому»[1]. Потому конституция не должна быть мечтательно выдумана или слепо списана у других народов, а должна кристаллизоваться вокруг ярких и представительных личностей из формы осознанного ими народного духа, разума и положительного правового опыта, до качественно минимального уровня которых при желании может и должен вырасти каждый член общества. При этом существенной является добрая воля, искренняя вера и достаточные усилия каждого человека на пути осуществления своего призвания и реализации смысла своей жизни. В этом плане конституция – это своего рода путеводитель народа, составленный его духовными лидерами и лучшими олицетворителями, которым в той или иной мере удалось согласовать волю своего народа с Промыслом, или Провидением Божиим в виде перспективного договора-завета с Творцом и между его чадами внутри своего народа. Поэтому конституция как только политический компромисс между доминирующими и конкурирующими в данном народе в данный момент политическими силами не может быть достаточно правомерным актом и долговременным ориентиром национально-государственной и политической жизни. В основе так называемых компромиссных вариантов конституций, как показывает история, бывают заложены отпечатки грязных игр различных политических партий и их яростная борьба за государственную власть. Это всякого рода обман, подкуп, насилие, а не любовь, правопорядок и заряд совершенства, т. е. не горнее, а дольнее, не вечная истина и небесная справедливость, а земная кратковременная ложь и мирская моментальная выгода.

Никакая истинная конституция не может избегать религиозных, нравственных и историко-правовых корней своего народа. Например, без понимания традиционной религии русского народа – православного христианства – трудно понять, почему до сих пор в России конституционно не закреплено право свободной продажи земли в форме частной собственности. Без учета «генетической конституции» и исторических особенностей народа невозможно представить его совершенную конституцию, поскольку они составляют реальную основу и потенциал его возможностей, за пределами которых данный народ не может нормально существовать и жить. Конечно, это не является оправданием или призывом издавать «законы об охране национальной крови» и проповедовать то или иное национальное превосходство (Боже упаси!).

---

[1] *Белинский В. Г.* Собрание сочинений. В трех томах. Т.1, М., 1948. С. 640.

Дело в том, что даже самый совершенный народ есть всего лишь бесконечно малая часть творения Божия и только некая часть всего человечества, т. е. не целый и достаточный образ для развития разумной и творческой личности, и потому неправомерно искусственно преувеличивать особенную роль того или иного народа, отрывая его от общего организма и путей развития всего человечества. Однако знать и действовать в пределах своего призвания и исторического предназначения -важнейшее и предельно максимальное дело каждого народа. О соотношении генетико-наследственных и приобретенных в течении жизни свойств человека, а, стало быть, и народа Б. Сергеев писал следующее: «Самая настойчивая тренировка способна довести спортсмена лишь до определенного предела, определяемыми наследственными свойствами организма, дальше которого он уже не продвинется»[1]. Поэтому каждый народ должен знать свою меру и предназначение в русле развития исторических событий в жизни других народов и всего человечества.

Любая общечеловеческая, региональная (например, европейская) или национальная конституция – это официально признанная и узаконенная религиозная и мировоззренческая установка, политическая программа упорядочения наиболее важных взаимоотношений между основными субъектами права и структурами единого общества для реализации конечной цели государства, права и закона – путеводительства людей до порога их духовного освобождения и спасения, посильного их приближения к Творцу-Господу и исполнения неизменных заповедей любви в духе и истине. Именно по этой конечной цели права можно мерить и оценивать степень правомерности и совершенства конституции того или иного народа, человеческого закона, учреждения, функции или поступка, а не по искусству совершения тех или иных сепаратных сделок между политическими партиями и движениями, временным успехам правителей-временщиков или доминирующему влиянию той или иной модной идеологии или политико-правовой теории[2].

В этом процессе не воля Бога как верховного Законодателя должна быть согласована с волей или прихотями того или иного народа, а, напротив, воля всякого народа должна быть приведена в соответствие с высшей волей истинного и неизменного Законодателя, Правителя и Судьи, в которой выражается сущность права и назначение закона. И поскольку свою волю способны согласовывать с

---

[1] *Сергеев Б. Ф.* Как стать гением. Л., 1991. С. 174.
[2] См. подробно: *Осипян Б. А.* Смысл истинной теории и философии права // Вопросы правоведения. 2010. № 2. С. 59–77.

волей Божией лишь избранное меньшинство, или даже отдельные провиденциальные личности любого более или менее политически организованного общества, то правомерная конституция в первую очередь должна способствовать свободной и ответственной жизнедеятельности просвещенных и живущих по «логике» любви и жизни этих творческих людей, а не приспосабливаться к низменным потребностям корыстного демократического большинства и к изменчивым политическим интересам обманувших их политических партий или отдельных демагогов, которые привыкли мыслить и жить по логике выживания и компромиссного существования.

Основанная на любви, вере и лучшей надежде конституция, в отличие от языческой конституции, – это компас, указывающий на тот порядок и направление личной, социальной и государственной жизни, которые ведут людей к истинной свободе, безопасности и миру, отдаляют от зла, несвободы и смертоносного соревнования, войн, грабежей и убийств. «Установление всеобщего и постоянного мира, – писал И. Кант, – составляет не просто часть, а всю конечную цель учения о праве в пределах одного лишь разума.., который путем постепенных реформ в соответствии с прочными принципами может при непрерывном приближении привести к высшему политическому благу – к вечному миру»[1]. Словом, конституция – не идол и не украшение для поклонения, не государственно-правовая самоцель, а средство ежедневной и постоянной реализации закона размеренной, упорядоченной, свободной и мирной жизни на земле, конечная цель которого состоит в направлении людей к жизни надзаконной, духовной и вечной в истине и Боге. Совершенная конституция является плодом глубокого жизнепонимания, высокого правового сознания и искусства, ибо она также имеет способность пробуждать в людях и формировать самые добрые чувства, потребности и мысли, вдохновлять их на ведение достойного образа жизни в качестве основного практического руководства по правовому воспитанию, свободному и ответственному самоопределению каждого и всех согласно благу их богоданного призвания и осмысленной жизни. «Цель жизни народов, – писал Н. А. Бердяев, – не благо и благополучие, а творчество ценностей, героическое и трагическое переживание своей исторической судьбы. А это предполагает религиозное отношение к жизни. … Каждое поколение имеет цель в самом себе, несет оправдание и смысл в своей собственной жизни, в творимых им ценностях и собственных духовных подъемах, приближающих его к Божественной жизни, а не в том, что оно является

[1] *Кант И.* Соч. Т. 4(2). С. 282, 283.

средством или орудием для поколений последующих. И разве люди XIX века не дальше от Бога, чем люди прежних веков?»[1].

Какие же правомерные и более или менее долгосрочные цели могут быть закреплены в положениях искомой конституции, которым должны быть подчинены все остальные промежуточные цели действующего законодательства?

«Вся наша жизнь, – писал Е. Н. Трубецкой, – есть стремление к цели. От начала до конца она представляется в виде иерархии целей, из которых одни подчинены другим в качестве средств. …У каждого из нас есть что-то бесконечно дорогое, ради чего он живет. Всякий сознательно или бессознательно предполагает такую цель или ценности, ради которой, безусловно, стоит жить. Эта цель.., жизненный смысл, есть предположение неустранимое, необходимо связанное с жизнью как таковой; и вот почему никакие неудачи не могут останавливать человечество в искании этого смысла. Полное разочарование выразилось бы даже не в самоубийстве, а в смерти, в полной остановке жизни, ибо самоубийство есть акт волевой энергии, направленный к цели и, стало быть, предполагающей цель. Акт этот свидетельствует не о прекращении стремления к смыслу, а, наоборот, о силе этого стремления и об отчаянии, проистекающий из неудачи в его достижение»[2].

Поскольку люди не могут стремиться к достижению своей конечной цели без свободы воли и возможности ответственного самоопределения по своему призванию, право на самоопределение каждого человека и народа должно стать универсальным и конституирующим всякую человеческую жизнь в ее постоянном развитии. Разумеется, что само понятие общечеловеческого развития и прогресса понимается далеко не однозначно, поскольку люди осознают и признают различные и даже противоположные ценности и цели, хотя не все из них ведут к истинному благу человека и общества в целом. Дело в том, что истинный прогресс измеряется не только и не столько временными параметрами, а главным образом новыми способностями и дополнительной жизненной силой и совершенством духа.

По этому поводу Р. Эмерсон писал: «Общество никогда не продвигается вперед. Едва что-то приобретается в одном отношении, оно немедленно теряет что-то в другом. Оно постоянно претерпевает изменения: общество было варварское, на смену ему пришла цивилизация, затем христианство, появилось общество богатое, общество науки, но эти перемены не означали улучшения. За все, что

---

[1] *Бердяев Н. А.* Судьба России. МГУ, 1990. С. 48; Смысл истории. С. 151.
[2] *Трубецкой Е. Н.* Смысл жизни. / Избранные произведения. Р-на-Дону, 1998. С. 66.

приобретается, приходится что-то отдавать»[1]. Нечто подобное высказал также Ф. Ницше: «Человечество не представляет собой развитие к лучшему, или к сильнейшему, или к высшему, как в это до сих пор верят. «Прогресс» есть лишь современная идея, иначе говоря, фальшивая идея. Теперешний европеец по своей ценности глубоко ниже европейца эпохи Возрождения; поступательное развитие решительно не представляет собою какой-либо отвратимости повышения, усиления»[2]. На самом деле всякий прогресс приносит с собой не только новые возможности и удобства , но и дополнительные и еще более трудные и даже неразрешимые проблемы, ограничения и запреты, и количество этих трудноразрешимых проблем растет гораздо быстрее, нежели средства для их разрешения. Как отмечал Н. Винер, «простая вера в прогресс является убеждением не силы, а покорности и, следовательно, слабости… Необходимо, чтобы новые технологии и возможности использовались на истинное благо человека, в интересах его духовного развития и увеличения времени его досуга, а не только для получения прибылей и поклонения машине по этому поводу»[3].

В сфере мирской жизни рост человеческих потребностей всегда обгоняет растущие возможности их удовлетворения, каждое новое знание лишь увеличивает сознание сферы еще большего незнания и невежества, каждая разгаданная тайна рождает множество еще более невообразимых тайн и проблем. Даже в сфере религиозного развития истинной целью является вовсе не построение как можно большого количества храмов для служения Богу, а прежде всего воспитание любви и веры, постоянное внимание и исполнение Слова Божия, воздвижение нерукотворного храма в душе каждого для его освобождения и спасения. «Проблема всех проблем глобальных, региональных и локальных состоит внутри самого человека, а не вне его, в его свойствах и качествах, от которых зависит судьба всего человечества», – писал бывший президент Римского клуба А. Печчеи.[4] Так, создание общества сытых и богатых людей само по себе не означает создание более справедливого и высокоорганизованного общества, если сердца и души людей этих людей остаются необустроенными, несовершенными, несвободными, разбитыми и несчастными. Даже самые развитые в экономическом плане страны, в которых конституционно провозглашается приоритет прав и свобод человека, не могут стать образцом для будущего общежития чело-

---

[1] *Эмерсон Р.* Доверие к себе. Новые пророки. СПб., 1996. С. 191.
[2] *Ницше Ф.* Сочинения. В двух томах. Т.2. М., 1990. С. 634.
[3] *Винер Н.* Кибернетика и общество. М., 1958. С. 58, 167.
[4] *Печчеи А.* Человеческие качества. М., 1985. С. 73.

вечества, для его движения вверх, а не вперед или назад или туда-сюда, в разные стороны.

В нормальной конституции должны быть закреплены в иерархическом порядке промежуточные цели безопасности, мира, социальной солидарности, созидательного сотрудничества и т. д., которые необходимы для реализации конечной цели конституции – доведение подзаконных людей до порога совершенной свободы и духовной жизни. Неправомерное возведение любой промежуточной цели и тем более средства в ранг конечной есть не что иное, как фарисейская уловка, которая не может вести людей к чему-то достойному, высшему и благому.

К сожалению, конституции многих стран, как правило, закрепляют в форме высших целей ценностные объекты гуманистического атеизма, как-то: здоровье, жизнь, свободу, имущество и безбожное счастье человека. Разумеется, что в перечисленных целях нет ничего предосудительного, однако само по себе они лишь стимулируют в людях инстинкт самосохранения и суетливое стремление к физическому и материально-бытовому превосходству и выживанию, а не непосредственно к жизни в духе и истине. Дело в том , что ввиду смертности человека, все эти цели сами по себе бессмысленны и потому могут лишь рассматриваться как необходимые, но недостаточные средства и условия для истинно свободной, осмысленной жизни и спасения в вечности. «Жизнь коротка, – говорил император Марк Аврелий, – один плод земного существования – праведный душевный склад и дела на общую пользу… Что вредно обществу, то вредно и его члену… Кто не знает, для чего он рожден, не знает, ни кто он, ни что такое мир.., ибо природа целого – есть природа сущего»[1]. В святом для всех мусульман Коране посредством акцентирования на вечной жизни отмечается, что «здешняя близкая жизнь – только забава и игра»[2], и потому всякая цель в пределах этой жизни чрезмерно условна, относительна, временна и, следовательно, не может быть конституционно закреплена в качестве высшей.

Желая обеспечить себе и своим близким здоровую и материально обеспеченную жизнь, большинство людей тщетно пытается увековечить суету своей жизни постоянной и суеверной заботой об увеличении своих материально-технических возможностей, сил и средств, весьма редко задумываясь об истинных и достойных целях и смысле своей жизни. Стремясь подчинить и приспособить себе окружающий мир и своих ближних, люди не желают познать при-

---

[1] *Марк Аврелий Антонин*. Размышления. М., 1985. С. 32, 48, 49.
[2] Коран. Сура 29. Паук, 64.

чины неустроенности и беспорядка в своих душах, яростно соревнуются, бунтуют и чувствуют постоянную неудовлетворенность, смятение и томление от жажды какого-то абсолютного и вечного смысла и дела жизни, которое им никогда не изменит. Про таких людей в Св. Писании сказано: «Вы восхищаетесь ничтожными вещами и говорите: «Не своею ли силою мы приобрели себе могущество»[1]. «Подлинно, совершенная суета всякий человек живущий. Подлинно, что человек ходит подобно призраку; напрасно он суетится, собирает и не знает, кому достанется то»[2]. В Священном Коране в этом же духе говорится: «Всякая душа заложница того, что она приобрела. …Горе тому, кто думает, что богатство его увековечит»[3]. Жизнь и поступки всех материально озабоченных людей похожа на вечную борьбу, противодействие и реакцию на условия окружающего его мира и среды его обитания, ибо он в смятении или отчаянии души вынужден все делать либо за какое-нибудь вознаграждение, либо за приобретение или сохранение нажитого им имущества или социального положения. Ему не легко сознавать, что истинно духовные и благие цели не могут быть достигнуты мирскими средствами и не извлекают положительного урока из истории безбожного и безуспешного строительства вавилонской башни.

«Одной из величайших препятствий, задерживающих духовный подъем, заключается в том призрачном наполнении жизни, которое дает житейское благополучие, комфорт, удобство, сытость и весь обман исчезающей, смертной красоты – вот те элементы, из которых слагается пленительный мираж, усыпляющий и парализующий силы духовные, – писал Е. Н. Трубецкой. – Чем больше человек удовлетворен здешним, тем меньше он ощущает влечение к запредельному. Вот почему для пробуждения нужны бывают те страдания и бедствия, которые разрушают иллюзию разрушенного смысла. Благополучие всего чаще приводит к грубому житейскому материализму. Наоборот, духовный и в особенности религиозный подъем обыкновенно зарождается среди тяжких испытаний. Глубочайшие откровения мирового смысла связываются с теми величайшими страданиями, которыми пробуждается и закаляется сила духа»[4]. Отмечая нарушение приоритета и подмену настоящих ценностей и целей в социальной жизни, Э. Фромм писал: «Все виды деятельности подчинены экономическим целям, средства становятся целями, человек является автоматом – хорошо накормленным, хорошо одетым, но без какого-либо глубокого интереса к своим характерным чело-

---

[1] Библия. Ветхий завет. Амос., 6:12.
[2] Библия. Ветхий завет. Пс., 38:6-7.
[3] Коран. Сура 74. Завернувшийся. 41(38); сура 104. Хулитель.
[4] *Трубецкой Е. Н.* Смысл жизни. / Избранные произведения. Р-на-Дону, 1998. С. 102–103.

веческим качествам и функциям. Если человек в состоянии любить, он должен занять свое высшее положение. Экономическая машина обязана служить ему, а не он ей. Его кровное право – участвовать в переживании, в творческой деятельности, а не только, в лучшем случае, в прибылях. Общество должно быть организованно таким образом, чтобы испытывающая потребность в любви натура человека не отделялась бы от его социального существования, а воссоединилась с ним. Любое общество, которое исключает развитие любви, должно в конце концов погибнуть оттого, что оно противоречит основным человеческим потребностям»[1].

Тех людей, которые озабочены материальным благополучием, японцы называют “животным экономическим”, которое, достигая высоких материально-технических стандартов, в то же время не испытывает истинных радостей и смысла своей жизни. Однако ирония жизни заключается в том, что многие материально обеспеченные люди все чаще и чаще начинают обращаться к религии и к вопросам о смысле жизни[2]. Экономически порабощенные или озабоченные «человекохищники»[3] в условиях рыночных отношений “открытого” гражданского общества и правового государства в нравственных и политико-правовых отношениях руководствуются теми же «материалистическими стандартами», нормами купли-продажи или обмена славой, должностями, женами и т. д., строя свое призрачное счастье либо на обмане, либо на силе, подкупе, т. е. на несчастье своих ближних и дальних, вечно оставаясь неудовлетворенными и неблагодарными Богу и своей судьбе. Ведь если человек неблагодарен своему вечному Отцу, может ли он на деле быть благодарным большим и меньшим временным братьям своим?! Он прекрасно осознает, что в таком «благополучном» обществе людей оценивают не по их богоданному достоинству и другим приобретенным духовным способностям, а лишь по тому, насколько он может служить удобным и безотказным средством для удовлетворения личных суетных вожделений и мимолетных нужд.

Ввиду того, что «экономические животные» не ощущают себя как духовную самоцель и высокодостойное творение Божие, то они не видят в других людях того же самого, а только как объекты своей похоти и иных плотских целей. На истинно свободных людей они смотрят как на непонятный, но подсознательно укоряющий их дурной пример, который заставляет им иногда задумываться о своей жизни и который мешает им оставаться в духовном забвении и жить

---

[1] *Фромм Э.* Искусство любить. М., 1990. С. 153.
[2] Религиозные традиции мира, Т.2, М., 1996. С. 609.
[3] Библия. Новый завет.1 Тим., 1:10.

по-своему без всяких сомнений. «Наш мир, – писал Г. Торо, – это мир дела. Какая в нем бесконечная суета!… Если ходишь по лесу много часов каждый день просто потому, что любишь лес, тебя могут принять за бездельника. Но если проводишь целый день, спекулируя на бирже, продавая этот лес и оголяя землю раньше времени за большие деньги, тебя считают трудолюбивым и предприимчивым гражданином. Как будто городу нужно от леса одно: спилить его… Зарабатывать на жизнь надо любовно»[1].

Порабощенный плотскими делами человек при всей своей мирской общительности на самом деле является довольно замкнутым в себе, оторванным от Бога, других людей, от источников истинной жизни. Его внутренне состояние несвободно и не гармонично, а всегда находится под властью всяких социальных условностей. Он постоянно находится в напряжении, тревоге и страхе, ибо постоянно вынужден реагировать на внешние неприятности, которые исходят от подобных ему жадных, отчаянных и даже брезгующих своей жизнью людей. Он также вынужден постоянно изыскивать все новые и новые средства и способы для обеспечения своей безопасности, спокойствия и уверенности в жизни. Однако при этом он еще более осознает, что постепенно превращается в заложника приобретенных им материальных гарантий. Он уже не знает, чего бояться, а чего нет, тщетно пытается избежать неизбежного – вечно терзающего его душу эгоизма и непостоянных условий своей бессмысленной жизни. Однако ему некуда деться в этом безбожном мире, в котором сильный подчиняет или поедает слабого и в котором вчерашние слабые посредством приобретения богатства и власти «развивая в себе все свои человеческие силы как самоцель»,[2] захватили у своих хозяев пальму первенства.

Посредством нового витка соперничества «благополучный человек» пытается снова восстановить свои былые позиции и снова самоутвердиться в собственных глазах. Однако, как писал Н. А. Бердяев, такое безбожное “…самоутверждение человека ведет к самоистреблению человека, ибо раскрытие свободной игры сил человека, не связанного с высшей целью, ведет к иссяканию творческих сил”[3]. «Человек без Бога и любви не способен на сохранение и развитие своей самости, ибо самость его открывается посредством любви», – утверждал К. Юнг[4]. А любовь есть не что иное, как одно из высших свойств и проявлений абсолютного и универсального

---

[1] *Торо Г.* Жизнь вне условностей.//Новые пророки. СПб., 1996. С. 119.
[2] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 25, Ч. 2. С. 387.
[3] *Бердяев Н. А.* Смысл истории, стр. 110.
[4] *Юнг К.* Архетип и символ. М., 1991. С. 155.

блага и цели – Бога. Подобно марксистам представители либерализма и гуманистического экзистенциализма, отрицая богообразие и богоподобие человека, связывают его достоинство и назначение с правами и интересами других людей. «Люди достигают высокого достоинства и превосходства не через выкраивание себя по известной мерке, – писал Дж. Ст. Милль, – а через развитие своей индивидуальности, вызывая ее к жизни в тех пределах, которые устанавливаются правами и интересами других людей… Все, что уничтожает индивидуальность, есть деспотизм.., все равно, во имя ли воли Божией, или во имя человеческой»[1].

Представляется, что здесь «глубокий мыслитель» не учитывает тот факт, что сохранение и тем более бесконечное развитие индивидуальности с присущей ей греховной природой и ее другими недостатками не может стать самоцелью и конечным предназначением любого человека, ибо, как отметил В. Франкл, «подобно счастью, самоутверждение и самоактуализация является лишь результатом, следствием осуществления смысла; лишь в той мере, в какой человеку удается осуществить смысл, который он находит в себе и во внешнем мире, он осуществляет и себя».[2] Без определенных образцов и мерок жизнь человека не может иметь определенного смысла, а является добровольным рабством у своей плоти и своих низменных страстей. Действительным деспотизмом для человека является его «безбожное самодержавие и самоуправление», которые грозят хаосом и расстройством как в его душе, так и в его ближайшем окружении. А ведь смысл и цель жизни каждого человека не в том, чтобы кроить себя по мнению других людей о себе, а чтобы жить согласно своей совести, отражающей в себе неизменные заповеди Бога, богоданному достоинству и духовному предназначению, по законам постоянного духовного обновления и совершенствования. Человек, оторванный от источника всякой жизни – Бога – неизбежно варится в собственном соку до тех пор, пока не осознает бессмысленность и абсурдность своей жизни или встречает мрачное мгновение своей смерти, так и не достигая истинно блаженного состояния.

Неверие и суеверие либерал-демократов приводит их к демагогическому призыву всем есть, пить и развлекаться без веры, совести, нужды и страха. Оно предпочитает навсегда предать забвению ответственность человека за все совершаемые им мерзости, и это соблазнительное правдоподобное доктринальное зло начинает кодифицировать в форме соответствующих международно-правовых ак-

---

[1] *Милль Дж. Ст.* О свободе воли. С. 342, 343.
[2] *Франкл В.* Человек в поисках смысла. М., 1990. С. 58–59.

тов и стандартов, которые, с легкой руки международных гуманитарных помощников постепенно перекочевывают в нормы национального законодательства и обычаи конкретного общества.

Отмечая, что люди чрезмерно редко пытаются рефлексивно сознать истинный смысл, цель и образ своей жизни, С. Кьеркегор писал: «Большая часть людей живет, не особенно задумываясь над своим духовным предназначением… Отсюда и вся эта ложная беззаботность, это ложное довольство жизнью и так далее – то, что как раз и есть само отчаяние. Но из тех, что называют себя отчаявшимися, обыкновенно есть те, кто имеет в себе достаточно глубины, чтобы осознать свое духовное предназначение, и другие, которых привели к осознанию этого предназначения тяжкие события и суровые лишения; помимо таких людей нет вовсе, ибо тот, кто не отчаялся, должен быть весьма редким существом… Растрачивает себя понапрасну только то сознание, которое столь обольщено радостями и печалями жизни, что оно никогда не приходит как к решающему приобретению вечности, к сознанию того, что оно есть дух, к ощущению в себе Бога, ради Которого «Я» существует… Увы, сколькие развлекаются или же развлекают толпы чем угодно, кроме того, что действительно важно. Их гонят стадами… и обманывают всех скопом, вместо того, чтобы рассеять эти толпы, отделить каждого индивида, чтобы он занялся, наконец, достижением высшей цели, единственной цели, ради которой стоит жить., которой можно питать всю вечную жизнь».[1]

Существо, которое родилось человеком, не может сделать целью своей жизни только получение плотских наслаждений и мирской радости, приобщиться к чисто животному «счастью» и в то же время оставаться принадлежать к своему виду, либо, подобно мотыльку, стремиться к своему счастью и стать частью всепожирающего огня иллюзорного светлого будущего, чтобы найти там свою неизбежную и бессмысленную гибель. Человек, который вынужден развеивать свою тоску и скуку посредством участия в разного рода развлечениях (homo ludens), похож на тяжело больного, который находиться в состоянии реанимации и жизнь которого искусственно поддерживается капельницей всяческих зрелищных мероприятий. Дело в том, что мирские развлечения являются тщетными попытками заполнить страшную пустоту души скучающего человека и отвлечь его от сознания угнетающей безысходности его жизни. Такой, в мирском понимании, нормальный человек, по мнению А. Шопенгауэра, «вынуж-

---

[1] *Кьеркегор С.* Болезнь к смерти. Всеобщность отчаяния / Наслаждение и долг. Р/н/Д. 1988. С. 379.

ден искать жизненные наслаждения вне себя: в имуществе, чине, жене и детях, друзьях, обществе и т. п. и на них воздвигать свое счастье; поэтому счастье его рушится, если он их теряет или в них обманывается. Его положение можно выразить формулой: центр его тяжести вне его, а не в жизненной силе внутри его»[1].

Подобно цели достижения материального благополучия, цель стремления человека к счастью также не может быть закреплена конституцией как высшая цель или принцип личной и социальной жизни. “Принцип личного счастья гласит:»люби себя больше всего, а Бога и ближнего своего – только ради самого себя, – писал И. Кант. – Человек живет лишь из чувства долга, а не потому, что находит какое-то удовольствие в жизни.., ибо воля и желание удовольствия человека могут быть неразумными и неправомерными»[2]. Стало быть, цель человеческого стремления к личному счастью, из-за своей неопределенности и относительности, не может быть оформлена и признана в качестве высшей конституционной цели.

Жизнь безбожного, бессовестного, нечестивого и недостойного человека, при всех его видимых мирских успехах, постоянно и в конечном счёте загоняет его в состояние безысходного отчаяния, в котором он начинает терять свое истинное лицо, деперсонализируется и становится фаталистически равнодушным как к своей жизни, так и к жизни других людей. Никакое событие в жизни такого человека не является благоприятным для реализации смысла и цели его жизни, ибо ему, как капризному ребенку и незрелому юноше, «всегда не достает смысла»[3]. «Большая часть людей, – писал С. Кьеркегор, – не проникают слишком глубоко в основу своего отчаяния, что вовсе не доказывает, что у них его нет. Весьма редки те, кто имел бы в жизни, хотя бы в слабой форме, некое духовное предназначение. Для мира желание быть духом – лишь ненужная трата времени и должна преследоваться по закону, вызвать презрение и сарказм, как преступление против человечности, как абсурдный вызов, заполняющим время бездумным отрицанием. Большая часть людей, если заглянуть поглубже, за всю свою жизнь не выходят из состояния детства и юности, т. е. из непосредственной жизни, подкрашенной маленькой толикой рефлексии о себе самом. Они все полны иллюзиями юношеской надежды или иллюзиями старческих воспоминаний».[4]

---

[1] Шопенгауэр А. Афоризмы житейской мудрости М., 1990. С. 36.
[2] Кант И. Сочинения. В шести томах. Т. 4(1/). С. 409, 415, 457.
[3] Библия. Ветхий завет. Эккл., 10:3; 11:10.
[4] *Кьеркегор С.* Болезнь к смерти. Всеобщность отчаяния. /Наслаждение и долг. Р/н/Д. 1988. С. 405.

Вместе с утратой смысла и цели жизни у человека утрачивается всякое желание и интерес к собственному достоинству и самоопределению согласно своему призванию и предназначению, к поискам истины и красоты жизни. Такой человек может с наслаждением деградировать в некрофила (смертолюбца) и пожизненно тосковать по смерти и даже по всяким социальным катастрофам, ежедневно происходящим в мире. По этой же причине, а также по стечению различных обстоятельств в личной жизни (безработица, смена профессий, боязнь конкуренции, уход на пенсию, алкоголизм, наркомания, поголовная компьютеризация и т. д.) в современных промышленно развитых странах ежегодно кончают жизнь самоубийством[1] тысячи и тысячи благосостоятельных человек, а десятки тысяч людей делают попытку самовольно поставить точку в своей безбожной и бессмысленной жизни, в которой они не находят того, ради чего им стоило бы жить. Дело в том, что если человек сознает смысл, цель и свое предназначение в жизни, то он изо всех сил старается найти соответствующие им средства и возможности для их реализации, тем более, что для всего этого требуется, как правило, не так много средств, ибо при желании служить Богу и людям в любви и вере можно в любом состоянии, в любое время и в любом месте. Здесь главное – отвернуться от соблазнов греховной жизни, отчаиваться в совершении греха, вырваться из «порочного круга» самопорабощения, восстановить свою духовную целостность на пути ежедневного приближения к Богу и осмысления своей жизни. Выход из этого – один: он – Христос, Который говорит: «Я дверь, …путь и истина и жизнь».[2]

Освобождение человека и всего человечества от всякого рода суеверий и заблуждений является несравненно более важной миссией и целью, нежели тщетное стремление к иллюзорному счастью и материальному благосостоянию, ибо свободные и просвещенные люди всегда способны организовать свою жизнь так, чтобы избежать голода, нужды и беспорядка, тогда как сытые и беззаботные, но суеверные и невежественные граждане, не способны поистине благоустроить свою личную и социальную жизнь. Поэтому все дело воспитания, образования и просвещения людей должно быть поставлено так, чтобы человек, знающий все законы и условности общества и тщательно обходящий их из-за своих корыстных интересов, из идеала, ныне конституционно поставленного на вершине со-

---

[1] Статистически установлено, что больше всех самоубийств совершается в Венгрии, а в Армении почти каждый день совершается одно самоубийство, причём преимущественно молодыми людьми, которые не успели ещё приобрести Бога и не нашли себя в этой стремительно изменяющейся бренной современной жизни..

[2] Библия. Новый завет. Иоанн., 10:7; 14:6.

циального прогресса, превратился бы в любящее неизменные Божии заповеди духовное существо, которому для свободной и осмысленной жизни всякое многозаконие ни к чему.

Иерархия конституционных целей и краеугольных принципов должна быть такой, чтобы она способна была бы помочь людям и общество в целом правильно ориентироваться в ежедневной и перспективной жизни и при этом избегать двух крайностей: с одной стороны, произвола собственных страстей и прихотей, а с другой – произвола других людей над собой. Дело в том, что «безбожный самоуправец», или «халиф на час» не менее опасен для себя и для других, нежели «безбожный манкурт», слепо и усердно вредящий людям по заказу своих приходящих к власти и бесследно уходящих из жизни сильных мира сего и провинциальных хозяев жизни.

Итак, высшей целью для совершенной международной (скажем, европейской) или национальной конституции, как ни парадоксально, должно стать духовное освобождение и спасение людей от своего внутреннего зла («коррупции») посредством их ежедневного приближения и служения Богу, а также создания в обществе необходимых условий для этой цели; их объединения посредством абсолютных и вечных императивов любви, веры и лучшей надежды, их достоинства и совести, свободной и ответственной реализации смысла своей жизни согласно собственному призванию и назначению. Именно в такой вечной и бесконечной цели заложен неиссякаемый заряд истинного развития (так называемого прогресса) каждого человека и всего человечества, который должен определяться мерой полноты любви и богонасыщенности человеческих душ, или мерой присутствия Бога в их душах, мыслях, делах и поступках.

Альберт Эйнштейн, который не занимался высшим богословием, но всего лишь классической физикой и математикой, высказался о сущности истинного общечеловеческого прогресса довольно просто и коротко: «Истинный прогресс человечества зависит не столько от хитроумной изобретательности, сколько от совести».[1] А совесть, как уже было сказано, и есть благовестие (евангелие) Бога в душе каждого человека, неподсудный никому, кроме высшего Судьи – Господа Бога, индивидуальный высший критерий его для правильной оценки чувств и душевных состояний, мыслей, намерений и практических дел. Итак, всепобеждающая любовь, безотчётная и бесстрашная перед всякими земными властями совесть суть постоянные указатели и путеводители высшей пожизненной и конституциональной

[1] По кн: Дж. Темплтона. Всемирные законы жизни. М., 1999. С. 521.

ционной цели и бесконечного смысла жизни каждого нормального человека, народа и всего человеческого рода в целом.

Библиографический список:

1. *Темплтон Дж.* Всемирные законы жизни. М., 1999.
2. *Ясперс К.* Смысл и назначение истории. М., 1993.
3. *Августин*. Об истинной религии. Минск, 1999.
4. *Коменский Я. С.* Избранные педагогические произведения. Великая дидактика. Т.1, М., 1939.
5. *Гегель*. Философия религии. В двух томах. М., 1976..
6. *Августин*. О граде Божием. Минск-Москва, 2000.
7. *Платон*. Сочинения. В трёх томах. Т. 3(2). М., 1968–1972.
8. Памятники армянского права. Ереван, 2001.
9. Социальная психология. М., 1975.
10. *Спиноза Б.* Богословско-политический трактат. Минск., 1998.
11. Афоризмы о юриспруденции. М.,1999.
12. Духовная жизнь в миру. М., 1998.
13. Великие мысли, кратко реченные. Изречения святых отцов и учителей церкви. СПб., 2001.
14. *Шпенглер О.* Закат Европы. Ростов-н/Д., 1998.
15. *Соловьев В. С.* Оправдание добра. М., 1996.
16. *Гомьен Д., Харрис Д., Звак Л.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998.
17. *Белинский В. Г.* Собрание сочинений. В трех томах. М., 1948.
18. *Сергеев Б. Ф.* Как стать гением. Л., 1991.
19. *Эмерсон Р.* Доверие к себе. Новые пророки. СПб., 1996.
20. *Винер Н.* Кибернетика и общество. М., 1958.
21. *Печчеи А.* Человеческие качества. М., 1985.
22. *Юнг К.* Архетип и символ. М., 1991.
23. *Франкл В.* Человек в поисках смысла. М., 1990.

Точка зрения

К вопросу о концептуальных основах информационного права как права киберпространства

информационное право; киберпространство; цифровая эпоха; общественные отношения; метод правового регулирования

М. А. Федотов

доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, Советник Президента Российской Федерации, председатель Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Предлагаемая вниманию читателей статья представляет собой конспективное изложение гипотезы о возможных концептуальных основах информационного права цифровой эпохи, то есть той системы регулирования информационных отношений, которая неминуемо должна сложиться в условиях расширяющегося проникновения информационно-сетевых технологий в жизнь современного общества. Такое видение информационного права как права киберпространства, российского аналога англоязычного Cyberspace Law, впервые было представлено нами 27 января 2000 г. на конференции по актуальным проблемам информационного права в Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина. Если представить, что информационно-коммуникационные сети – это не просто новое средство коммуникации, а новая сфера обитания человеческой цивилизации, новая сфера человеческой активности и новая сфера применения права, то легко понять, что информационное право должно иметь особый метод правового регулирования, ибо

регулирование общественных отношений, в первую очередь, будет осуществляться в киберпространстве.

«Иными словами, – отмечали мы в 2000 г., – человек будет не просто пользоваться телекоммуникационными сетями, он будет вступать в правовые отношения, испытывать на себе правовое регулирование через телекоммуникационные сети, внутри телекоммуникационных сетей. Вот почему информационное право в конечном счете возникнет именно как совокупность правовых норм, реализуемых в киберпространстве. Здесь неминуемо появятся такие подотрасли права как информационное уголовное право, информационное уголовно-процессуальное, информационное гражданское и т. д. Проникая в киберпространство, традиционные отрасли права (уголовное, гражданское, административное и прочие) непременно должны видоизменяться, адаптироваться к необычным условиям правоприменения»[1].

Позднее представление об информационном праве как праве киберпространства приобрело сторонников среди специалистов. Так, А. А. Тедеев в своих теоретических работах неоднократно подчеркивает, что «предметом информационного права как права киберпространства должны выступать общественные отношения не просто по обороту информации, а только возникающие, изменяющиеся и (или) прекращающиеся в информационной среде глобальных компьютерных сетей»[2].

Чтобы представить темпы проникновения Интернет-технологий в современное общество, достаточно сравнить скорость распространения современных телекоммуникационных сетей с темпами развития сети приема традиционных аудио- и аудиовизуальных СМИ. Так, в США радиовещание смогло расширить число своих пользователей до 50 млн. человек за 38 лет, телевидение – за 13 лет, Интернет – за 4 года.

Число пользователей Интернета продолжает неуклонно расти по всему миру. Причем, если рост числа пользователей имеет естественные пределы, предопределенные численностью населения, то рост числа Интернет-ресурсов, доменных имен и различных сервисов ограничен лишь масштабами человеческого воображения. Можно утверждать, что именно в этой сфере наиболее яркое подтвер-

---

[1] Актуальные проблемы информационного права. Материалы научно-теоретической конференции. Москва, МГЮА, 27 января 2000 года // «Труды по интеллектуальной собственности». Т. 2. 2000. С. 18.

[2] *Тедеев А. А.* Теоретические основы правового регулирования информационных отношений, формирующихся в процессе использования глобальных компьютерных сетей: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 31.

ждение получает известный тезис Альберта Эйнштейна: «Воображение важнее знания. Знание ограничено. Воображение охватывает весь мир. Когда понимаешь, насколько далеко человечество продвинулось с пещерных времен, сила воображения ощущается в полном масштабе. То, что мы имеем сейчас, достигнуто с помощью воображения наших прадедов. То, что у нас будет в будущем, будет построено с помощью нашего воображения».

Более того, информационное общество не просто вырастает из ставшего уже традиционным постиндустриального общества, а постепенно поглощает его, вместе со сложившейся за последние века системой правового регулирования[1]. Современный человек всё больше услуг получает через компьютерные сети, всё больше потребностей удовлетворяет он здесь, всё больше времени проводит во «всемирной паутине». Одновременно он обрастает новыми контактами, особенно, если он интегрирован в ту или иную социальную сеть или иным образом участвует не только в потреблении, но и в производстве информации. Тем самым он участвует в глобальном процессе уплотнения социальных связей, накопления социального капитала именно в рамках трансграничной компьютерной сети. Известный американский социолог Роберт Путнам, впервые описавший процесс накопления социального капитала через уплотнение сетей взаимодействия людей и структур гражданского общества, отмечал, что общество, для которого характерна обобщенная взаимность, более эффективно, чем общество всеобщего разобщения, точно так же, как деньги эффективнее бартера. По его мнению, то, что заслуживает доверия, «смазывает» социальную жизнь[2].

Так постепенно современный человек все в большей степени превращается в кибернавта, Ихтиандра[3] мирового информационного океана – сначала в приезжего, потом в жителя и, наконец, в полноценного гражданина совершенно другой страны, в которой иной язык, иные нравы и обычаи, иные законы. Собственно, это не одна страна, а некое неограниченное множество «стран», умещающихся в глобальном киберпространстве.

Трансграничность киберпространства как проблема и как предпосылка ее решения

---

[1] Вопрос о пределах адаптации современного правового инструментария к реалиям информационного общества впервые рассмотрен нами на примере законодательства об авторском праве в статье Cyberspace as an area of law. Copyright bulletin. UNESCO. Vol. XXXII. № 2. 1998.

[2] See: Putnam Robert D., Feldstein Lewis M. and Cohen Don Better Together: Restoring the American Community. NY.: Simon & Schuster Paperbacks. 2004.

[3] Ихтиандр – герой научно-фантастического кинофильма «Человек-амфибия».

Пока глобальное управление Интернетом ограничивается преимущественно унификацией технологических решений, связанных с использованием общих протоколов и т. п., есть уникальная возможность достаточно свободного формирования в нем своеобразных «кибер-стран», представляющих собой относительно устойчивые сообщества субъектов информационного взаимодействия. Причем, это взаимодействие дифференцируется в рамках коммуникационного сообщества в очень широких пределах – от предоставления доступа неограниченному кругу посетителей к информации на том или ином Интернет-ресурсе до совместного информационного действия тысяч и миллионов индивидуальных участников. В свою очередь, это совместное действие может выражаться в творческом акте, в коллективном протесте, в волеизъявлении на выборах и референдумах, в организации массовых беспорядков и т. д.

Сеть стимулирует появление новой ментальности, характерной для нарождающихся коммуникационных сообществ (Интернет-сообществ) и опирающейся на объективные процессы расширения выбора во всех областях – от политики до стиля жизни, вытеснения иерархических организаций сетевыми, вытеснения представительной демократии демократией непосредственного участия, прямого гражданского действия или даже «облачной демократией»[1]. В результате формируется мировоззренческая открытость, потребление все новой и новой информации становится насущной потребностью человека, а интерактивность дает ему средства для информационного действия, взаимодействия, противодействия.

Может показаться, что миллионы Интернет-сайтов и тысячи больших и малых сетей образуют хаос. В каком-то смысле это действительно так, но именно из хаоса естественным путем рождается порядок как структура правил и система отношений между структурами. Внутри каждого коммуникационного сообщества постепенно, в процессе информационного взаимодействия субъектов вырабатываются общие для всех участников правила поведения. Если эти правила соответствуют ожиданиям субъектов, то возникает доверие внутри сообщества, которое можно определить как возникающее у членов сообщества ожидание того, что другие его члены будут вести себя более или менее предсказуемо, честно и со вниманием к нуждам окружающих, в согласии с некоторыми общими нормами поведения[2].

---

[1] *Руденко В. Н.* Прямая демократия: модели правления, конституционно-правовые институты. Екатеринбург: УрО РАН, 2003; *Волков Л., Крашенинников Ф.* Облачная демократия. Екатеринбург, октябрь 2010 – май 2011 гг. // http://cdem.ru

[2] См.: *Фукуяма Ф.* Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию. М.: АСТ; Ермак, 2004.

Подобный процесс формирования общих правил поведения был подробно проанализирован применительно к различным относительно замкнутым сообществам в работах французского исследователя Жана Карбонье[1]. Сейчас такие правила формируются в относительно замкнутых коммуникационных сообществах, самопроизвольно складывающихся вокруг лиц, инициатив или идей, вызывающих отклик у других участников информационного взаимодействия. Социальные сети и блогосфера создают лишь благоприятные технологические условия для формирования коммуникационных сообществ. Сами же сообщества существуют самостоятельно и без всякой связи друг с другом в различных социальных сетях, на отдельных интернет-ресурсах, предоставляющих хостинг, блогинг, другие сервисы, и т. д.

Было бы ошибкой утверждать, что никаких общих для всех интернет-ресурсов правил не существует: они есть, но касаются преимущественно технологических аспектов использования киберпространства. Именно технологическое единство киберпространства, с одной стороны, и его трансграничность, с другой, создают максимально благоприятные условия для выработки и последующей генерализации универсальных правил поведения в цифровой среде.

Трансграничность является одной из сущностных характеристик киберпространства, хотя само оно до сих пор не имеет общепризнанного юридического определения в отечественном законодательстве. В связи с этим все юридические конструкции, построенные на обыденном понимании сети Интернет и не имеющие легальных определений основных понятий, страдают очевидной юридической ущербностью. И только в гражданском законодательстве мы можем обнаружить формулу, в которой киберпространство определено имплицитно, через понятие «такого образа» доведения произведений до всеобщего сведения, при котором любой может получить доступ к произведениям «из любого места и в любое время по собственному выбору» (пп. 11 п. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса РФ). Эта формула является почти дословным воспроизведением нормы, содержащейся в ст. 8 Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) по авторскому праву 1996 г.

Представляется, что отечественный законодатель опрометчиво воспроизвел это определение из Договора ВОИС в Части четвертой Гражданского кодекса РФ (далее – ГК4Ч), не заметив, что понятие «любое место» совершенно не соответствует природе Интернета как информационно-телекоммуникационной сети. С учетом сетевого

---

[1] См.: *Карбонье Ж.* Юридическая социология. М.: Прогресс. 1986.

характера киберпространства следует различать «любое место сети» и «любое место вне сети». Если содержащееся в ст. 8 Договора ВОИС определение Интернета применительно к любому месту сети оказывается истинно, то применительно к любому месту вне сети – ложно: пользователь, компьютер которого не подключен к сети Интернет, не может получить доступ к произведению, размещенному в сети Интернет. Точно так же пользователь, компьютер которого подключен к сети Интернет, не может получить доступ к произведению, которое не размещено в сети Интернет. Иными словами, формируя интернет-тезаурус, следует иметь в виду, что составляющие его понятия, будучи действительны для сети Интернет, могут потерять всякий смысл вне сети.

Но для того, чтобы государство смогло выработать правовые нормы, способные работать в сети, оно должно сначала найти себя в киберпространстве и определить, где здесь проходят границы его суверенитета и юрисдикции. Трансграничный Интернет не признает государственных границ. Государственный суверенитет не знает понятия киберпространства и не ощущает своих границ в этом, по выражению американского писателя-фантаста, автора знаменитой трилогии «Киберпространство» Уильяма Гибсона, «пространстве, которого нет»[1]. В этом смысле государство и Интернет существуют как бы в параллельных мирах.

Согласно классическим представлениям о государстве и праве действие любой правовой нормы определяется в трех плоскостях: в пространстве, во времени и по кругу лиц. Специфика киберпространства заставляет пересмотреть этот подход, поскольку в Интернет-среде понятие «пространство» лишается однозначной географической определенности, понятие «время» не привязано ни к какому часовому поясу, а понятие «круг лиц» оказывается включающим не физических и юридических лиц, а компьютеры и другие устройства, участвующие в сетевом взаимодействии и идентифицируемые по их IP-адресам и другим технологическим деталям.

В принципе, возможны разные подходы к решению проблемы действия правовых норм, а следовательно, и к определению границ государственного суверенитета, в киберпространстве[2]. Сугубо гипотетически существует возможность адаптировать существующую

---

[1] Научно-фантастическая трилогия «Киберпространство» (Sprawl trilogy – англ.) включает романы «Нейромант», «Граф Зеро» и «Мона Лиза Овердрайв» // http://ebookbrowse.com

[2] См.: *Тедеев А. А.* Теоретические основы правового регулирования информационных отношений, формирующихся в глобальных компьютерных сетях: Монография. М.: Изд-во Манускрипт, 2007.

классическую доктрину, дополнив ее касающимися Интернета положениями, либо выработать для киберпространства принципиально иную доктрину. В любом случае, учитывая трансграничность сети, эффективное решение может быть достигнуто только конвенциональным путем, о чем речь пойдет ниже.

Можно констатировать, что пока развитие механизмов правового регулирования киберпространства идет по первому пути, через модернизацию существующих механизмов. Так, определенный прогресс в решении проблемы действия правовой нормы по кругу лиц достигнут благодаря формированию законодательства об электронной цифровой подписи. Безусловно, возможность идентификации пользователя сети при вступлении с ним в те или иные правоотношения крайне важна для целей их охраны, однако проблема до конца не решена, поскольку анонимность является таким же сущностным свойством Интернета, как и трансграничность. Это предопределено отмеченной выше особенностью информационного взаимодействия в киберпространстве, когда сведения производятся, обрабатываются и потребляются компьютерами и другими сетевыми устройствами, тогда как использующие их люди могут оставаться неузнанными, в том числе, скрываясь за своими сетевыми именами (nicknames), аватарами и т. д. Установление по примеру некоторых авторитарных стран правила о возможности подключения человека к сети лишь при предъявлении документа, удостоверяющего личность, ведет только к замедлению развития соответствующей страны, к ее «выпадению» из общего мирового процесса, но никак не стимулирует очищение киберпространства от всего того, что противоречит общепризнанным представлениям о правомерном, должном и запретном.

Неоднозначной представляется проблема определения для киберпространства правил действия правовой нормы по территории. Гипотетически возможна локализация юридического факта в Интернете с использованием самых разных критериев: доменной зоны, местонахождения компьютера пользователя, местонахождения сервера, гражданства пользователя-физического лица, национальной юрисдикции пользователя-организации и т. д. Например, некоторые развивающиеся страны исповедуют так называемый принцип мирового преследования, когда национальный уголовный закон подлежит применению за преступления, совершенные с использованием Интернета на любой территории и любым лицом, если только это не будет пресечено юрисдикцией иностранного государства. Оптимальность такого подхода представляется сомнительной, особенно если попытаться распространить его на другие отрасли современного права и учесть объективные про-

цессы дальнейшей глобализации мировых экономических, социальных, гуманитарных и иных отношений.

В частности, рассматривая дела, связанные с защитой интеллектуальной собственности в киберпространстве, судам все чаще приходится решать вопрос о том, какие законы и каким образом следует применить к юридическим фактам, возникшим в результате размещения произведений в глобальной сети. Чтобы проиллюстрировать эту проблему, представим, что некая студия раскрашивает черно-белый художественный фильм, размещает его на своем сайте и затем открывает к нему платный доступ через Интернет. Пользователи по всему миру теперь могут загрузить, переписать цветную версию фильма в цифровой форме на свои персональные компьютеры, оплатив доступ к ней по кредитной карточке. При этом в одних странах этот фильм уже находится в общественном достоянии, в других – авторские права могут продолжать действовать, в третьих бессрочно действует право на неприкосновенность произведения, а колоризация фильма может рассматриваться как его искажение. Как в подобной ситуации правообладателю защитить свои права, запретив доступ к цветной версии фильма?

Подобный правовой конфликт уже известен в практике спутникового вешания. Но полной аналогии здесь быть не может: вещание предполагает наличие активных передающих центров, разбросанных в географическом пространстве, и пассивных получателей информации. Здесь суд как правоприменитель находится перед выбором между законодательством передающей и принимающей передачу страны.

Но, в отличие от вещания, в киберпространстве передающие и принимающие стороны взаимодействуют по сети через десятки тысяч километров, мгновенно меняясь ролями. При этом число принимающих пользователей неопределенно и ограничено лишь общим количеством пользователей сети, а место нахождения передающей стороны может не иметь географических координат. Как в такой ситуации должен действовать суд? Чье законодательство должно быть применено?

Как правило, в делах по защите авторских прав международные конвенции и договоры, начиная с Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, предусматривают национальный режим. Этот принцип требует, чтобы суды применяли законодательство того государства, где испрашивается охрана, то есть, собственно, того, где произошло нарушение авторского права. Тот факт, что глобальная сеть Интернет имеет пользователей практически во всех странах мира, создает гипотетическую возможность обращения за судебной защитой нарушенного права едва ли не в

любой стране. Но сумеет ли суд добиться исполнения своего решения в той стране, где находится сам нарушитель?

В девятнадцатом веке Фридрих Карл Савиньи проводил различие между специальным судебным законодательством, мотивированным общественными интересами, и гражданским законодательством, руководствующимся исключительно частными интересами. С одной стороны, государство, в силу существования общественных интересов, может запретить, например, труд детей, даже по договорам, заключенным в другом государстве и разрешающим такой труд; с другой стороны, частные лица вступают в отношения, определяемые законодательством о собственности, договорным правом и гражданско-правовым деликтом. Савиньи соотносил эти отношения с законодательствами, разработанными для разных государств: например, недвижимость должна подчиняться законодательству того государства, на территории которого она находится[1]. И это логично: недвижимость всегда находится на той или иной территории, она всегда локализована. Напротив, информация в киберпространстве постоянно движется.

Теоретически международные инструменты, касающиеся авторского права и смежных прав, охраняет любые произведения, которые потенциально могут находиться в данный момент в любой точке мира. Практически же правоприменитель, как правило, имеет дело с материальными предметами, находящимися на территории соответствующего государства: книгами, компакт-дисками, архитектурными проектами и т. д. Однако в информационно-коммуникационной сети пользователь может легко трансформировать практически любой объект авторских и смежных прав, сменив его материальную форму на нематериальную, например, скопировав на жесткий диск своего персонального компьютера компакт-диск с фонограммой исполнения и разместив его на общедоступном сайте, открывая тем самым доступ к нему для пользователей, находящихся в других местах географического пространства.

В нашем гипотетическом примере владельцы исключительных прав на черно-белый фильм подают иск в суд по месту нахождения студии, требуя запретить ей использовать цветную версию фильма и возместить ущерб. Студия, естественно, настаивает на том, что по национальному законодательству об авторском праве срок охраны данного фильма уже истек и, следовательно, ни о каких санкциях речи быть не может. Правообладатели, напротив, утверждают, что раз конечные пользователи могут распоряжаться произведением в

---

[1] См. *Новгородцев П. И.* Историческая школа юристов. М., 1896.

странах, где интеллектуальные права на этот фильм еще охраняются, то следует применять законодательство именно этих стран.

Будучи фактически брошен в киберпространстве на произвол судьбы, суд может при принятии решения отдать предпочтение тому закону, который наиболее благоприятен для потерпевшей стороны, поскольку правонарушение было совершено одновременно во многих странах. Но в таком случае суду придется учесть следующее.

Во-первых, стопроцентно эффективного решения суд в данном деле принять не сможет, поскольку специфика Интернет-технологий не создает условий для его повсеместной, тотальной реализации. Более того, как отмечает профессор права Стэнфордского университета, руководитель Центра «Интернет и общество» (Center for Internet and Society) и основатель системы «Creative Commons» Лоуренс Лессиг (Lawrence Lessig), «пиринговый (p2p) файлообмен – одна из самых действенных интернет-технологий. Используя распределенные сети, системы p2p способствуют легкому распространению контента, немыслимому всего лишь поколение назад»[1].

Во-вторых, отчасти эффективным может быть судебное решение, обязывающее студию и/или хостинг-провайдера, находящихся под юрисдикцией национального суда, убрать цветную версию фильма с соответствующего Интернет-ресурса и/или запретить доступ к нему пользователей «из любого места и в любое время по их собственному выбору».

В-третьих, не будем забывать: то, что в одних странах является правонарушением, не считается таковым в других странах, а значит, наложение требуемого истцами запрета в отношении доступа пользователей к цветной версии фильма «из любого места и в любое время по их собственному выбору» будет столь же законным и обоснованным в отношении пользователей в одних странах, сколь незаконным, необоснованным, ущемляющим их права и законные интересы – в других.

В-четвертых, никакое судебное распоряжение, основанное на законодательстве одной страны, не сможет приостановить получение доступа к произведению пользователями в других странах, в том числе потому, что любая информация, единожды попавшая в Интернет, уже никуда не пропадает, а копируется и индексируется.

---

[1] *Лессиг Лоуренс*. Свободная культура. Как медиаконцерны используют технологии и законы для того, чтобы душить культуру и контролировать творчество / Пер с англ. М.: Прагматика Культуры. 2007. С. 45.

В-пятых, обосновав свой запрет нормами законодательств иностранных государств, суд может обязать студию прекратить доступ пользователей к цветной версии фильма на территориях этих стран. Однако и такое судебное решение в киберпространстве практически неисполнимо, в том числе потому, что здесь нет, во всяком случае пока нет, ничьей национальной территории.

Подчеркнем, что киберпространство постоянно задает все новые и новые вопросы, касающиеся охраны интеллектуальной собственности, а предлагаемые законодателями-традиционалистами ответы, будучи выдержаны в привычной логике разрешений и запретов, с одной стороны, порождают массовое, тотальное нарушение установленного правового порядка а, с другой – способствуют накоплению в нем внутренних логических противоречий. Так, ответом мирового авторско-правового сообщества на бездоговорное размещение охраняемых произведений в Интернете стала упоминавшаяся выше статья 8 Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г., предусмотревшая за автором исключительное право на «доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору».

Однако такое право имплицитно уже содержалось в положениях статей 11 (1) "ii", 11bis (1) "i" и "ii", 11ter (1) "ii", 14 (1) "ii" и 14bis (1) Бернской конвенции, поскольку в этих правовых нормах говорилось об исключительном праве автора разрешать «сообщение для всеобщего сведения любыми средствами» или «любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений» и т. д.

Видимо, чтобы предотвратить удвоение правового регулирования, Договор использует формулу «без ущерба положениям» перечисленных выше статей. Но в таком случае данная формула как раз означает, что предусмотренное статьей 8 Договора ВОИС исключительное право не является изъятием из указанных выше общих правил Бернской конвенции, а следовательно, дублирует их применительно к киберпространству. Гораздо логичнее было бы применить формулу «в изъятие из положений». Но она означала бы исключение киберпространства из общих правил Бернской конвенции, а именно этого создатели Договора ВОИС всячески стремились избежать.

Более того, выше мы уже обращали внимание на некоторое несовершенство определения права на доведение до всеобщего сведения, связанное с неопределенностью понятия «любое место». По нашему мнению, оно имеет еще один недостаток, связанный с тем, что автор, единожды воспользовавшийся правом разрешить доведение своего произведения до всеобщего сведения, далее неминуемо

сталкивается с тем, что представители публики могут осуществлять доступ к такому произведению не только из любого места сети, но и в любом месте сети.

Обратим внимание на то, что правовая позиция Верховного Суда РФ в этом вопросе выглядит достаточно осторожной. Во-первых, размещение объектов авторских и смежных прав в информационно-телекоммуникационных сетях толкуется высшей судебной инстанцией судов общей юрисдикции как использование данных объектов. Во-вторых, запись произведения или объекта смежных прав в память компьютера является использованием этого объекта, если по инициативе лица, совершившего запись, неопределенный круг лиц получает доступ к этому объекту. В-третьих, полученные в результате такого использования экземпляры объектов являются контрафактными. В-четвертых, лица, осуществившие подобные действия, признаются нарушителями авторских или смежных прав. К указанным лицам могут быть отнесены, в частности, владельцы сайта, на котором были размещены контрафактные произведения или объекты смежных прав[1].

При этом, очевидно, Верховный Суд РФ презюмирует, что лицо, разместившее объект интеллектуальной собственности в Интернете, не является автором или иным правообладателем, поскольку нет никаких правовых оснований лишать правообладателя юридической возможности довести объект своих интеллектуальных прав до всеобщего сведения.

Представляется, что право на доведение до всеобщего сведения, входящее в комплекс правомочий исключительного права на произведение (пп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК4Ч) схоже с правом на обнародование произведения (ст. 1268 ГК4Ч). Если произведение не было обнародовано ранее, то его первое размещение в сети Интернет, то есть доведение до всеобщего сведения, должно считаться формой обнародования, т. к. п. 1 ст. 1268 ГК4Ч содержит открытый перечень способов обнародования, понимая его как действие, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения «любым способом».

---

[1] См.: п. 25 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 8. Аналогичным образом рассматривается неправомерное размещение произведения в сети Интернет как нарушение исключительного права на произведение и в п. 34 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 6.

С момента обнародования произведения наступает исчерпание права на обнародование, которое в реальности не может изменить даже право на отзыв произведения (статья 1269 ГК4Ч), этот абсолютный анахронизм, предоставляющий автору право изъять из обращения ранее выпущенные экземпляры произведения, возместив причиненные этим убытки. Естественно, право на отзыв совершенно нереально в условиях киберпространства, что, однако, проигнорировано Гражданским кодексом, предусмотревшим изъятия только в отношении программ для ЭВМ, служебных произведений и произведений, вошедших в сложный объект.

Рассматривая доведение до всеобщего сведения как разновидность обнародования произведения, легко понять исчерпаемость права на доведение до всеобщего сведения. Как писатель теряет контроль над своей книгой, разошедшейся многотысячным тиражом, так и автор, разместивший свое произведение в киберпространстве, утрачивает далее контроль над каждой копией. При всем желании он не в состоянии изъять из обращения все копии своего произведения, тем более что цифровая копия неотличима от цифрового оригинала и в этом смысле копия имеет столько же оснований считаться оригиналом, сколько оригинал – копией. Не желая видеть реальность виртуального мира, законодатель рискует остаться в куда более оторванном от жизни мире собственных логических конструкций.

Перспективы российского участия в международном регулировании киберпространства

Даже достаточно простой приведенный выше пример ясно показывает, сколь важно двигаться к выработке общих международных правил регулирования деятельности в киберпространстве. Необходима скорейшая разработка международной конвенции, которая, во-первых, установила бы зоны национальной юрисдикции в Интернете по аналогии, например, с Арктикой; во-вторых, установила общие правила локализации норм национального законодательства в киберпространстве, в том числе во времени и по кругу лиц; в-третьих, признала право каждого на доступ к киберпространству в качестве одного из прав человека; в-четвертых, установила правила соблюдения в Интернете международных конвенций о правах человека, а также других международных конвенций.

Думается, что опыт формирования международного космического права был бы весьма полезен в качестве образца при создании актов международного права, призванных регулировать деятельность в киберпространстве. Главным постулатом формируемого таким образом International Cyberspace Law (ICL) должно стать: то, что наказуемо вне сети (off-line), должно быть наказуемо и в сети (on-

line). Только в этом случае ICL не окажется построенным на принципах, противоположных тем, что складывались в юридической теории и практики многие тысячелетия.

В этом смысле показателен пример Конвенции о киберпреступности, заключенной в Будапеште 23 ноября 2001 г. В 2005 г. по предложению МИДа России, согласованному с Минюстом России, МВД России, Мининформсвязи России, ФСБ России, СВР России и Генеральной прокуратурой Российской Федерации наша страна присоединилась к этой конвенции путем ее подписания[1]. При этом Российская Федерация сделала, в частности, следующее заявление: «Российская Федерация исходит из того, что положения пункта "b" статьи 32 Конвенции сформулированы таким образом, что не исключается возможность такого их толкования и применения, которые не соответствуют, в частности, целям и принципам, изложенным в абзацах девятом и десятом преамбулы Конвенции, и могут нанести ущерб суверенитету и национальной безопасности государств-участников, правам и законным интересам их граждан и юридических лиц.

В связи с изложенным Российская Федерация определится в вопросе о своем участии в Конвенции при условии возможного пересмотра положений пункта "b" статьи 32 в порядке, предусмотренном пунктом 3 статьи 46 Конвенции, либо в ином порядке, избранном Сторонами.

Российская Федерация выражает готовность к сотрудничеству с государствами-членами Совета Европы и иными подписавшими Конвенцию государствами в решении данной проблемы на основе уважения и соблюдения целей и принципов Конвенции».

Судя по всему, российская инициатива не встретила понимания со стороны других участников Конвенции. Во всяком случае, проблемный пункт “b” статьи 32 Конвенции на момент написания данной статьи сохранился в неизменном виде, а Российская Федерация в 2008 г. вышла из Конвенции путем признания прежнего президентского поручения утратившим силу[2].

Попробуем разобраться, что же в содержании ставшего камнем преткновения пункта могло «нанести ущерб суверенитету и национальной безопасности государств-участников, правам и законным интересам их граждан и юридических лиц». Статья 32 Конвенции

---

[1] Распоряжение Президента РФ от 15.11.2005 № 557-рп «О подписании Конвенции о киберпреступности» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 47. Ст. 4929.

[2] Распоряжение Президента РФ от 22.03.2008 № 144-рп «О признании утратившим силу Распоряжения Президента Российской Федерации от 15 ноября 2005 г. № 557-рп «О подписании Конвенции о киберпреступности».

говорит о трансграничном доступе к хранящимся компьютерным данным с соответствующего согласия или к общедоступным данным. Согласно пункту “a”, государство-участник может без согласия другого государства-участника «получать доступ к общедоступным (открытому источнику) компьютерным данным независимо от их географического местоположения». Представляется, что данная норма вообще никакого правила не устанавливает, а лишь констатирует трансграничный характер киберпространства. Неудивительно, что она не вызвала никаких нареканий, хотя Федеральный закон от 04.07.1996 № 85-ФЗ «Об участии в международном информационном обмене»[1] устанавливал достаточно много ограничений для трансграничного информационного взаимодействия и, в частности, предусматривал государственный контроль над осуществлением международного информационного обмена.

Пресловутый пункт “b” статьи 32 Конвенции предоставлял государству-участнику право без согласия другого государства-участника «получать через компьютерную систему на своей территории доступ к хранящимся на территории другой Стороны компьютерным данным или получать их, если эта Сторона имеет законное и добровольное согласие лица, которое имеет законные полномочия раскрывать эти данные этой Стороне через такую компьютерную систему».

Если сопоставить это положение с нормами российского информационного законодательства, то никакого противоречия не усматривается. Даже согласно статье 12 Федерального закона «Об участии в международном информационном обмене» доступ «к средствам международного информационного обмена и иностранным информационным продуктам осуществляется по правилам, установленным собственником или владельцем этих средств и продуктов в соответствии с законодательством Российской Федерации». В свою очередь, собственник (владелец) обязан обеспечить открытость установленных им правил доступа и возможность ознакомления с ними пользователя, а отказ в доступе может быть обжалован в суд либо в международный коммерческий арбитраж.

Представляется, что спорный пункт Конвенции вполне сообразуется и с полномочиями обладателя информации, как они определены в ст. 6 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Именно обладатель информации вправе: разрешать или ограничи-

---

[1] Собрание законодательства РФ, 08.07.1996, № 28, ст. 3347. Закон утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

вать доступ к информации, определять порядок и условия такого доступа; использовать информацию, в том числе распространять ее, по своему усмотрению; передавать информацию другим лицам по договору или на ином установленном законом основании; осуществлять иные действия с информацией или разрешать осуществление таких действий. Одновременно с этим обладатель информации обязан при осуществлении своих прав: соблюдать права и законные интересы иных лиц; ограничивать доступ к информации, если такая обязанность установлена федеральными законами. Следовательно, обладатель информации имеет право по своему усмотрению предоставлять доступ любому третьему лицу к имеющейся у него информации, в том числе, через информационно-коммуникационную сеть, за исключением случаев, когда предоставление такой информации запрещено или ограничено федеральными законами, либо, напротив, является для обладателя информации обязательным.

Все это свидетельствует о необходимости вернуться к обсуждению вопроса об участии Российской Федерации в Конвенции о киберпреступности, тем более, что на сегодняшний день к ней присоединились уже 47 стран, включая почти все страны-члены Совета Европы, а также Канаду, США, ЮАР, Японию. Правда, вопрос о причинах, побудивших три малые европейские страны, а именно, Андорру, Монако и Сан-Марино уклониться от участия в Конвенции, требует дополнительного изучения, как, собственно, и причины выхода из нее нашей страны. В целом же, история с присоединением Российской Федерации к Конвенции о киберпреступности и последующим выходом из нее подтверждает справедливость пессимистического вывода А. А. Тедеева, что «до настоящего времени международных договоров, направленных на регулирование каких-либо аспектов общественных отношений, формирующихся в процессе использования глобальных компьютерных сетей, Российской Федерацией не заключалось, и заключение их в будущем не планируется»[1].

Сегментирование киберпространства как ответ на вызовы трансграничности

Следует отметить, что трансграничность Интернета имеет определенные пределы. Есть страны, в которых доступ граждан к Интернету фактически запрещен (например, Северная Корея, Республика Куба и т. д.). В некоторых других странах доступ к Интернету строго цензурируется. Опасность дальнейшего ограничения гло-

---

[1] *Тедеев А. А.* Теоретические основы правового регулирования информационных отношений, формирующихся в процессе использования глобальных компьютерных сетей: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 40.

бальности киберпространства может таиться и в сегментировании Интернета через введение национальных доменных зон, строго привязанных к соответствующим государствам. Первые шаги в этом направлении уже сделаны – с согласия ICANN и при большой заинтересованности некоторых правительств и их национальных регистраторов доменных имен.

Так, с октября 2007 г. ICANN начал тестирование IDN-доменов (Internationalized Domain Names) верхнего уровня на 11 национальных языках, среди которых есть и русский. На конференции ICANN в июне 2008 г. было принято решение о введении ряда доменных зон на национальных языках по ускоренной процедуре («Fast Track»), а в ноябре 2008 г. российский Координационный центр национального домена сети Интернет[1] подал заявку на делегирование нашей стране домена верхнего уровня .рф. Россия стала одной из первых стран, которая получила собственную нелатинскую доменную зону. Приоритетная регистрация доменных имен в зоне .рф началась 25 ноября 2009 г., а техническое включение российского кириллического домена состоялось 13 мая 2010 г.

Примерно в это же время в средствах массовой информации стал дебатироваться вопрос о необходимости создания единой государственной поисковой системы, которая могла бы не только конкурировать с успешно работающими в рунете поисковиками, но и помочь решить некоторые из проблем, отмеченных в Федеральной целевой программе «Электронная Россия». Среди этих проблем назывались, в частности, следующие: «Различные форматы хранения данных ограничивают возможность применения автоматизированных средств поиска и аналитической обработки информации, содержащейся в различных системах. …Неконтролируемый рост объема информации о гражданах, организациях и объектах хозяйственного оборота, содержащейся в государственных информационных системах, в условиях отсутствия эффективных механизмов контроля ее использования создает также угрозу нарушения прав граждан. Проблема отсутствия унифицированной инфраструктуры, типовых решений и стандартов в области обмена данными в электронном виде на межведомственном уровне, а также с населением и организациями становится особенно актуальной по мере дальнейшего развития государственных информационных систем и проникновения

[1] См. http://www.cctld.ru

информационных и телекоммуникационных технологий в социально-экономическую сферу»[1].

Нельзя не заметить, что создание национальной доменной зоны и государственной поисковой системы может интерпретироваться и как подготовительные шаги к отделению рунета, который в равной мере может интерпретироваться сегодня и как доменная зона .ru, и как совокупность русскоязычных Интернет-ресурсов, от общей среды глобального киберпространства. Наличие национальной доменной зоны позволяет, в принципе, объявить эту зону находящейся под государственным суверенитетом Российской Федерации и тем самым открыть путь для установления законов, регулирующих деятельность в этой зоне. Одним из таких законов может быть установлен, например, запрет на доступ с территории Российской Федерации к Интернет-ресурсам, расположенным в других доменных зонах, запрет на использование иностранных поисковых систем и т. д.

Конечно, такой катастрофический сценарий может реализоваться только как часть общего изоляционистского тренда, признаки которого пока не просматриваются. Напротив, сторонники кириллического домена верхнего уровня указывают, что их планы вовсе не предопределены изоляционистскими настроениями: введение кириллических доменов, утверждали они на торжественной церемонии открытия зоны .рф, сделает доступными для регистрации миллионы уникальных имен, которые сегодня заняты, откроет сокровища русской культуры для иностранной аудитории, будет способствовать утверждению России как мировой Интернет-державы и т. п. «Мы рассчитываем, – заявил Министр связи и массовых коммуникаций РФ И. О. Щеголев в рамках международной выставки «Связь-Экспокомм-2010» 14.05.2010, – что наиболее популярные ресурсы создадут в зоне .рф свои зеркала, прежде всего, для тех пользователей, которые свободно не владеют английским языком. Со временем, я думаю, кирилличная зона будет развиваться и предоставлять самостоятельный продукт». Так, Минкомсвязи России намерено создать в этой зоне государственную электронную почту для общения граждан с государством.

Можно согласиться с А. Г. Серго, что появление кириллической доменной зоны имеет целый ряд недостатков. Во-первых, домены в зоне .рф останутся недоступными для иностранных пользователей Интернета, не имеющих кириллической клавиатуры. Во-вторых, дополнительные проблемы появятся даже у пользователей Интернета

---

[1] Постановление Правительства РФ от 28.01.2002 № 65 (в ред. от 09.06.2010) «О федеральной целевой программе "Электронная Россия (2002–2010 годы)"».

в других странах, использующих кириллицу (Беларусь, Болгария, Сербия, Украина и др.), поскольку их алфавит содержит не все буквы русского языка. В-третьих, не избавит переход на кириллицу и от необходимости набирать пресловутые «http://» и «www» в строке адреса, а значит дополнительно переключать клавиатуру. В-четвертых, не будем сбрасывать со счетов и то, что пока не решена проблема написания адресов электронной почты на кириллице. В-пятых, появление национальной доменной зоны не только не устраняют опасность спама, фишинга и киберсквоттинга, а, наоборот, расширяет поле деятельности сетевых мошенников.

Примем во внимание, что доменные зоны на национальных языках появились не только в нашей стране. Одновременно с Россией домены верхнего уровня на национальных языках получили Объединенные Арабские Эмираты, Египет и Саудовская Аравия. Если этот процесс пойдет дальше и будет сопровождаться описанными выше изоляционистскими мерами, то неминуем распад глобального «мирового Интернет-океана» на локальные «Интернет-пруды», в каждом из которых будут свои правила регулирования. Тем самым мировое сообщество рискует вернуться к состоянию коммуникационной раздробленности, впервые в истории преодоленному в последней четверти XX века именно благодаря новым информационно-коммуникационным технологиям.

Конституционные основы информационного права как права киберпространства

Хотя Конституция Российской Федерации принята сравнительно недавно, однако быстро меняющиеся реалии информационного общества уже превратили ее в Основной закон прошлого века, ибо в ней крайне скудно представлены основополагающие принципы информационного права как права киберпространства, Cyberspace Law. Достаточно провести элементарный частотный анализ текста Конституции Российской Федерации 1993 г., чтобы убедиться в том, что информационные отношения затрагиваются в конституционных нормах в два раза реже, чем отношения, связанные, например, с природопользованием. Характерно, что интеллектуальная собственность, этот локомотив мирового прогресса в XXI веке, упоминается только в двух статьях (ст.ст. 44, 71 Конституции РФ), а слово «знание» не использовано ни разу. И это при том, что сегодня человеческая цивилизация переживает поистине революционные преобразования, связанные с формированием экономики, основанной на знании, то есть на информации и интеллектуальной собственности.

Действующая российская Конституция дает лишь некоторые ориентиры для правового регулирования информационных отноше-

ний. Вкратце перечислим эти ориентиры. Во-первых, запрещение собирать, хранить, использовать и распространять информацию о частной жизни лица без его согласия (ст. 24, ч. 1). Во-вторых, право каждого свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ст. 29, ч. 4). В-третьих, свобода массовой информации (ст. 29, ч. 5). В-четвертых, право каждого на достоверную информацию о состоянии окружающей среды (ст. 42). Наконец, в-пятых, Конституция (ст. 71, п. «и») относит к ведению Российской Федерации так называемые «федеральные информацию и связь», порождая максимально возможную неопределенность в вопросе о том, существует ли «не-федеральная информация» и имеют ли субъекты федерации хоть какую-то компетенцию в сфере информации[1].

Если абстрагироваться от историко-правовых аспектов развития доктрины прав человека и принять во внимание лишь чисто технологические аспекты реализации перечисленных конституционных ориентиров, то можно увидеть, что они вполне применимы не только к двадцатому, но и к девятнадцатому веку. Но отвечают ли они требованиям современного информационного общества? Могут ли они стать мостиком между International Cyberspace Law и текущим российским законодательством?

Несколько лет назад вместе с профессором М. А. Красновым мы попытались разработать комплексные предложения по реформе Конституции 1993 года[2]. В качестве одного из направлений реформы – сразу скажем, весьма и весьма скромной – мы взяли закрепление некоторых норм, которые могут понадобиться по мере продвижения России в новое информационно-цивилизационное пространство.

Во-первых, мы посчитали важным в ст. 3 Конституции РФ указать, что помимо референдума и выборов законом могут устанавливаться также иные формы прямого народного волеизъявления. На-

---

[1] При обсуждении вопроса о компетенции субъектов Российской Федерации в сфере массовой информации в ходе подготовки постановления Пленума Верховного Суда РФ № 16 от 15.06.2010 «О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации»» камнем преткновения стали частично совпадающие пункты «в» статьи 71 и «б» статьи 72 Конституции РФ, а также конституционная формулировка «федеральные… информация и связь», крайне неудачная в смысле выявления ее юридического смысла. В конечном итоге было решено, что правовое регулирование отношений, касающихся свободы массовой информации, осуществляется федеральными законами – далее следует их не исчерпывающий перечень, – «а также иными нормативными правовыми актами, принимаемыми в установленном порядке». Эта формулировка хороша тем, что сторонники обеих позиций могут толковать ее как подтверждение своей правоты. Но этим же она и плоха.

[2] См.: Конституционное обустройство России: общественная экспертиза. М.: Издательский дом «Грааль». 2000.

пример, волеизъявление через Интернет. Нечто подобное существует уже не первый год в некоторых графствах США, в Японии, в других странах. С появлением так называемых «облачных технологий» появляются дополнительные возможности дальнейшего совершенствования механизмов демократии прямого гражданского участия – через углубление транспарентности государственного механизма, через формирование систем дистанционного общественного контроля и гражданского участия в управлении делами государства.

Во-вторых, мы предложили в ч. 1 ст. 8 гарантировать единство не только экономического, но и информационного пространства, свободное перемещение не только товаров, услуг, но и информации.

В-третьих, ч. 3 ст. 15 мы предложили дополнить словами о том, что законы должны быть доступны каждому, в том числе через информационно-телекоммуникационные сети. Аналогичные нормы следовало бы включить в ст. 90 в отношении актов Президента РФ и в ст. 100 – в отношении стенограмм и актов палат парламента. На сегодня отсутствие этих норм приводит к тому, что самый удобный способ доступа к законодательным базам данных, а именно дистанционный, оказывается почти исключительно платным. Кстати, в Республике Беларусь доступ к правовым базам Национального центра правовой информации является бесплатным для любого пользователя сети Интернет. Нельзя в этой связи не упомянуть правовые базы КонсультантПлюс, бесплатный доступ к которым открыт для многих преподавателей и ученых-юристов.

В-четвертых, мы предложили распространить тайну переписки (ст. 23) на информационно-телекоммуникационные сети. Очевидно, что в отношении общения по электронной почте должна быть гарантирована такая же защита конфиденциальности, как и в отношении традиционных средств связи. Более того, необходимо защитить и тайну поиска и получения информации в Интернете при посещении тех или иных веб-сайтов. Тем более что сегодня технологии позволяют отслеживать посещение сайтов и соответствующим образом профилировать рекламу, которая предлагается пользователю.

В-пятых, мы предложили дополнить ст. 24 новой частью, содержащей прямой запрет органам государственной власти и органам местного самоуправления собирать, получать и предоставлять информацию о гражданах, в том числе через информационно-телекоммуникационные сети, за исключением той, которая необходима в демократическом правовом государстве и предусмотрена федеральным законом.

В-шестых, мы предложили дополнить ст. 31 новой частью следующего содержания: «В случаях и порядке, предусмотренных законом, граждане могут участвовать в управлении делами государства, в том числе в выборах своих представителей, через информаци-

онно-телекоммуникационные сети».

В-седьмых, мы посчитали важным дополнить ст. 33 указанием на право граждан обращаться в государственные органы и органы местного самоуправления через информационно-телекоммуникационные сети.

Наконец, в-восьмых, мы предложили в ст. 123 зафиксировать важную гарантию гласности и открытости правосудия, а именно: решение суда во всех случаях оглашается публично и должно быть доступно каждому, в том числе через информационно-телекоммуникационные сети[1].

Разумеется, всего этого явно недостаточно для того, чтобы адаптировать Конституцию РФ к реалиям информационного общества, а значит, заложить конституционные основы информационного права нового типа. Отсюда, однако, не следует, что необходима немедленная конституционная реформа. Напротив, нам представляется, что Конституция РФ 1993 года еще далеко не исчерпала свой потенциал: она нуждается, скорее, в неукоснительном соблюдении, нежели в реформировании.

Более того, некоторые из перечисленных выше идей вполне могут быть реализованы на уровне текущего законодательства путем включения соответствующих положений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», который призван быть структурообразующим нормативным правовым актом в системе отечественного информационного права. К сожалению, указанный закон оказался мало приспособлен к выполнению этой роли, в результате чего российское информационное законодательство развивается достаточно медленно и бессистемно. Яркий пример – Федеральный закон «Об участии в международном информационном обмене», о котором можно сказать, что он пришел незваным и ушел неузнанным, так и не найдя себе применения на практике.

Неправовые средства регулирования киберпространства

Можно согласиться с выводом профессора Лоуренса Лессига, впервые сформулированным им в 1996 г. в статье «Читая Конституцию в киберпространстве», что киберпространство неминуемо будет регулироваться четырьмя социальными регуляторами: законом, этическими нормами, формируемыми интернет-сообществом, законами рыночной конкуренции и, наконец, программным кодом.[2]

---

[1] Некоторые из этих предложений получили развитие в федеральных законах о доступе к информации, принятых в конце 2000-х годов: Федеральном законе от 09.02.2009 № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 7. Ст. 776 и Федеральном законе от 22.12.2008 № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217.

[2] *Lessig L.* Reading the Constitution in Cyberspace // http://papers.ssrn.com

Выше мы подробно останавливались на проблемах, связанных с регулированием киберпространства посредством правовых норм. Здесь же сконцентрируем внимание на неправовых регуляторах. Одним из них является этическое саморегулирование. Если закон регулирует поведение лица через угрозу применения, например, штрафа, то сетевое саморегулирование, включающее и этикет, «netiquette», – через угрозу децентрализованных санкций со стороны членов интернет-сообщества. Как показывает практика, подобное регулирование может быть весьма эффективным. Например, по призыву одной из сетевых общественных организаций с веб-сайтов были добровольно убраны 26 тысяч изображений детской порнографии. На принципах саморегулирования основывается и функционирование третейских судов. Так, при Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности успешно функционирует третейский суд по доменным спорам.

Как отмечалось на конференции ЮНЕСКО по инфоэтике в 2005 г., важной тенденцией трансформации средств массовой информации в киберпространстве стало их превращение в интерактивные форумы, что предъявляет новые профессионально-этические требования к журналистам и редакторам. Профессиональным журналистам приходится брать во многом пример с блогеров, но при этом подтверждать документами свои информационные сообщения, чтобы аудитория могла сама решать доверять предоставленной информации или нет. Так как граждане имеют более широкий спектр информации под рукой, уровень подтверждения в прессе должен вырасти соответственно. В свою очередь, это должно привести к тому, что журналисты, использующие Интернет, будут настолько прозрачны, насколько это возможно, что касается их источников и методов, а также будут обеспечивать широкую публику легко доступным массивом публикаций по важным темам, показывая, как с течением времени развивается их обращение со средствами информации. «Во все большей степени роль профессиональных журналистов – отмечается в материалах ЮНЕСКО, – будет заключаться в выполнении функций медиатора, собирающего бесчисленные данные и мнения в заслуживающее доверия, многозначное целое, позволяющее сформировать квалифицированное мнение. В свою очередь, гражданское общество и общественные институты по всему миру должны потребовать от медиаструктур приверженности такому

подходу, который является одновременно и реалистичным и жизненно необходимым для демократического процесса»[1].

Говоря о российском опыте саморегулирования в киберпространстве, подчеркнем, прежде всего, давность его истории. Первые шаги в этом направлении были сделаны в нашей стране еще 27 мая 1966 г., когда был принят Национальный кодекс деятельности в области информатики и телекоммуникаций[2]. Подписавшие кодекс советские организации приняли на себя обязательства не нарушать охрану интеллектуальной собственности и тайну передачи сообщений, не практиковать вскрытие информационных систем, не извлекать прибыль из использования чужого товарного знака и т. д.

Определенную роль в саморегулировании играют также средства альтернативного разрешения информационных споров: Третейский информационный суд при Президенте РФ (1993), Судебная палата по информационным спорам при Президенте РФ (1993–2000), Большое жюри Союза журналистов России (с 1998) и Общественная коллегия по жалобам на прессу (с 2005). В практике этих органов нередко встречаются споры, связанные с жалобами на материалы, размещенные в Интернет-СМИ. Разрешая подобные споры, органы саморегулирования одновременно формулируют профессионально-этические нормы.

Например, Большое жюри СЖР в своем решении от 07.04.2003 № 26 «Об обращении театрального критика Н. С. Шехтер в связи с публикациями "Милый друг" оказался вдруг" и "Скандал с "Милым другом" в газетах "Комсомольская правда-на-Дону" и "Наше время"» обратило внимание на «необходимость особой осторожности при обращении журналиста к информации, циркулирующей в Интернете. Такая информация, особенно из не установленных источников, может быть преднамеренно размещена в сети, с одной стороны, с целью дальнейшего распространения ложных сведений через традиционные СМИ, а с другой стороны, с целью ухода недобросовестных авторов от ответственности»[3].

С учетом трансграничности и непосредственности Интернета саморегулирование способно вырасти в серьезное средство защиты интересов человека и общества в сети. Однако для этого механизмы саморегулирования должны обрести доверие интернет-сообщества,

---

[1] Программа ЮНЕСКО «Информация для всех». Отчет 2004–2005 гг. М.: ЮНЕСКО, 2006. С. 55–56.

[2] См.: *Копылов В. А.* Информационное право: Учебное пособие. М.: Юристъ, 1997. С. 306–308.

[3] См.: Настольная книга по медийному саморегулированию / Под ред. проф. М. А. Федотова. М.: Творческий центр ЮНЕСКО, 2009 // www.presscouncil.ru

что, в свою очередь, будет определяться следующими обстоятельствами, сформулированными нами исходя из общих представлений социологической науки о природе общественного и индивидуального доверия к тем или иным институтам[1].

Во-первых, правила саморегулирования должны вырабатываться самим интернет-сообществом, а не навязываться ему со стороны.

Во-вторых, важна нормативная определенность этических правил, их четкость, ясность, недвусмысленность, внутренняя согласованность, приемлемость, полнота.

В-третьих, должны быть обеспечены прозрачность и открытость механизмов саморегулирования, включая публичность разбирательств и доступность информации о материальных и процессуальных нормах его функционирования, принципах и правилах принятия решений.

В-четвертых, необходимы стабильность и эволюционный характер совершенствования механизмов саморегулирования, предсказуемость и постепенность вносимых перемен.

В-пятых, институты саморегулирования должны формироваться самим интернет-сообществом, они должны быть ему подотчетны, открыты для общественного контроля.

В-шестых, должно быть обеспечено безусловное уважение прав и законных интересов всех участников процесса саморегулирования, защита их достоинства, неприкосновенности и автономности.

Наконец, в-седьмых, едва ли не важнейшим условием эффективности саморегулирования является уважение обязательств, принятых на себя участниками процесса саморегулирования по отношению друг к другу.

Хотя сетевая природа киберпространства благоприятствует становлению здесь механизмов этического саморегулирования, однако предшествующий негативный опыт, имеющийся, в частности, в нашей стране (товарищеские суды, заслушивание персональных дел на партийных собраниях и т. п.) препятствует формированию уважительного отношения к подобным механизмам.

Законы рыночной конкуренции также оказывают определенное регулятивное воздействие на киберпространство. В качестве примера можно сослаться на конкуренцию поисковых систем, браузеров, хостинг-провайдеров, регистраторов доменных имен и т. д. Рыночное регулирование осуществляется, в частности, через экономические условия доступа к Интернету и к определенным услугам в сети.

---

[1] *Barber B.* The Logic and Limits of Trust. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1983; *Sztompka P.* Trust: a Sociological Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1999 etc.

Наконец, отметим чисто программные средства регулирования, когда роль правовой нормы берет на себя программный код. Это, по выражению Лоуренса Лессига, один из главных законов Интернета – тот самый код, который регулирует функционирование связанных между собой в киберпространстве компьютеров с помощью логических алгоритмов, фильтров, протоколов и т. п. Значение кода как механизма регулирования особенно велико, поскольку он позволяет лицам, не являющимся носителями власти, закреплять правила, влияющие не только на выбор информационных услуг, но и на поведение человека в киберпространстве в целом.

Функции кода в киберпространстве крайне разнообразны. Программные средства, например, ограничивают поведение пользователей наложением определенных условий, которые пользователи должны соблюдать, чтобы иметь возможность использовать диалоговый режим. Речь может идти, в частности, о требовании пароля доступа, о запрете анонимного посещения или множественности адресов электронной почты, о возможности шифрования, о допустимости фильтрования содержания, в частности, со стороны родителей, и т. д. Всё это – примеры регулирования поведения людей с помощью кодов. Причем, глобальный характер киберпространства предопределяет масштаб, который может приобрести проблема несовершенства программного кода.

В подтверждение этого тезиса сошлемся на пример, который Лоуренс Лессиг приводит в 17-й главе своей ставшей уже классической монографии «Код и другие законы киберпространства». Поскольку книга писалась в 1999 году, постольку естественно, что автор большое внимание уделяет так называемой «проблеме 2000 года» (Y2K), которая рассматривалась специалистами как реальная угроза выхода из строя всех компьютерных систем, использующих программное обеспечение, в которых календари заканчивались 1999 годом. Как отмечает профессор Л. Лессиг, Y2K стал первым реальным кризисом, порожденным несовершенством программного кода, и первым вызовом, когда человеческой культуре в целом предстояло противостоять разрушительным последствиям близорукости программистов. «Точно так же, как мы должны беспокоиться по поводу плохого регулирования со стороны закона, – пишет Л. Лессиг, – нам следует беспокоиться по поводу плохого регулирования со стороны кодов. …Тысячи программистов делали свою работу, думая, что она – их собственность. Культура и правовая система по существу рассматривали их деятельность как разрозненные акции индивидов. И вот теперь, спустя годы после появления первого плохо скомпилированного кода, мы оказались лицом к лицу со своего рода экологи-

ческим бедствием: мы окружены кодами, которые могут в критических и непредсказуемых направлениях давать осечки, угрожающие, как минимум, миллионами долларов экономического ущерба, а то и гораздо худшими последствиями в духе сценариев Судного Дня»[1].

Проблема программного кода как средства регулирования киберпространства и деятельности в нем весьма сложна ввиду принципиальной новизны этого социального регулятора и неясности его соотношения с другими регуляторами. Может ли законодатель устанавливать какие-то нормы, которые должны будут соблюдать создатели кодов? Видимо, может. Однако для этого он должен корректно включить киберпространство в сферу текущего правового регулирования, не противопоставляя реальный и виртуальный миры, а понимая, что эти миры существуют совместно, и то, что происходит в одном, может иметь серьезные последствия в другом. Наглядный пример тому – международный скандал вокруг Интернет-сайта wikileaks, который свидетельствует о том, что новая реальность киберпространства заставляет совершенно по-новому взглянуть на проблемы свободы мнений и защиты информации.

Подводя итог сказанному выше, отметим, что в данной статье мы лишь наметили некоторые очертания доктрины информационного права как правовой основы регулирования киберпространства и человеческой деятельности в нем. Наверняка некоторые наши тезисы вызовут возражения и даже возмущение. Мы даже можем предположить, откуда полетят в нашу сторону самые острые стрелы. Но на то она и научная дискуссия, чтобы в ней рождались истины, а не личные обиды.

Библиографический список:

1. Актуальные проблемы информационного права. Материалы научно-теоретической конференции. Москва, МГЮА, 27 января 2000 года // «Труды по интеллектуальной собственности». Т. 2. 2000. С. 18.

2. *Тедеев А. А.* Теоретические основы правового регулирования информационных отношений, формирующихся в процессе использования глобальных компьютерных сетей: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2007.

3. *Фукуяма Ф.* Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию. М.: АСТ; Ермак, 2004.

4. *Карбонье Ж.* Юридическая социология. М.: Прогресс. 1986.

---

[1] *Lessig L.* Code and Other Laws of Cyberspace. NY. Basic Books. 1999. P. 2. See also: *Lessig L.* Code. Version 2.0. NY. Basic Books. 2006. P. 338.

5. Конституционное обустройство России: общественная экспертиза. М.: Издательский дом «Грааль». 2000.

5. Настольная книга по медийному саморегулированию / Под ред. проф. М. А. Федотова. М.: Творческий центр ЮНЕСКО, 2009 // www.presscouncil.ru

6. *Barber B.* The Logic and Limits of Trust. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1983.

7. *Sztompka P.* Trust: a Sociological Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1999 etc.

8. *Lessig L.* Code and Other Laws of Cyberspace. NY. Basic Books. 1999.

9. *Lessig L.* Code. Version 2.0. NY. Basic Books. 2006.

Интеллектуальный потенциал общества, информационное пространство, уголовное право

интеллектуальный потенциал, общество, структура, содержание, информационное пространство, преступления, эффективность, уголовное право, противодействие, вузовская наука, инновационное развитие, экономика, права, законные интересы, представители, творческий труд

П. Н. Панченко

доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», руководитель Секции по уголовно-правовым вопросам Научно-консультативного совета при Нижегородском областном суде

Уголовный закон, как и вообще любой закон, действует не только в территориальном, но и в информационном пространстве – и не только в том смысле, что он проявляет себя своими санкциями лишь в такой мере, в какой правоохранительные органы *информированы* о совершаемых преступлениях, но еще и потому, что он является средством реагирования в том числе на преступления *информационного* характера, включая такие из них, которые посягают на интеллектуальный потенциал общества.

Какие преступления могут быть отнесены к преступлениям информационного характера? Это преступления, предметом которых является самая различная информация, а именно информация, не подлежащая свободному обращению, а находящаяся в ограниченном доступе либо вообще закрытая. Это может быть творческая, личная, семейная, профессиональная, коммерческая, банковская, налоговая, компьютерная, служебная или иная конфиденциальная информация.

Основания полной закрытости или ограниченности обращения информации – самые разнообразные, в том числе, в частности, такие, как права и охраняемые законом интересы отдельных граждан, организаций, общества или/и государства. По своему содержанию это могут быть, например, материальные интересы, интересы деловой репутации, преимущества на рынке определенных товаров или услуг, престижа,

национальной, личной или иной безопасности, интересы этического порядка.

Но преступления информационного характера (информационные преступления) – это не только те преступления, предметом которых является та или иная информация. Это еще и преступления, для совершения которых информация является определенным средством. Наиболее типичным преступлением такого рода является преступление, в основе которого – обман, то есть сообщение ложных сведений или умолчание о тех сведениях, сообщение о которых было при тех или иных обстоятельствах обязательным, включая злоупотребление доверием. Обман в настоящее время является доминирующим способом совершения преступлений – особенно если речь идет о преступлениях корыстных, и, в частности – экономических.

Далеко не все преступления информационного характера посягают на интеллектуальный потенциал общества – во всяком случае, прямо и непосредственно. С другой стороны, есть немало неинформационных преступлений, которые ударяют, так сказать, под самый «дых» этого потенциала – например, убийство профессора грабителем, хулиганом или нерадивым студентом, получившим двойку на экзамене, уничтожение рукописи научного произведения, музейных ценностей, изобретения, полезной модели, сокрытие открытия, способного принести большую пользу стране и, может быть, даже человечеству, и т. д. И здесь тоже есть большое поле деятельности для совершенствования законодательства.

Все это тем более важно, что в настоящее время ни Уголовный кодекс, ни иные законодательные акты, включая саму Конституцию, не защищают этот потенциал – по крайней мере, в полном его объеме и достаточно прицельно. В том числе по данной причине страна в своем экономическом, духовном и морально-нравственном развитии все еще, грубо говоря, «топчется на месте», продолжая с удвоенной энергией нажимать на экспорт природных ресурсов – в основном нефти и газа. Тем самым получается так, что Россия, как и та девушка в известной песне Александра Новикова, «выгорает до окурочка…».

Интеллектуальный потенциал общества отнюдь не сводится к общей сумме интеллектуальной собственности, находящейся в распоряжении правообладателей. В состав этого потенциала входит только та интеллектуальная собственность, которая, так сказать, «выкуплена» государством у правообладателей или перешла в его ведение по иным основаниям и в результате этого стала как бы «национализированной», начала «работать» уже не только на одного правообладателя, но и на все 142 миллиона граждан России, превратилась в общенациональное наше достояние. И здесь тоже усматривается определенный резерв для совершенствования законодательства.

Но поднятые вопросы могут получить разрешение на основе анализа не только того, чего нет в нашем законодательстве, но и того (и, может быть, прежде всего, именно того), что в нашем законодательстве *есть*. А есть в нем целый ряд норм, «оттолкнувшись» от которых, можно выйти на нужные решения. Но это можно сделать только с учетом того, в каком информационном пространстве и как действует в нем наше законодательство, защищающее все же интеллектуальный продукт от преступлений информационного характера.

Необходимо подчеркнуть, что с появлением Интернета информационное пространство, в котором действует уголовный закон, расширилось до максимально возможных пределов. В настоящее время Сеть, являясь одним из важных средств массовой информации, проникает едва ли не в каждый дом. Хотя пока только примерно 5 % наших достаточно взрослых граждан (в возрасте свыше 12 лет) отдает предпочтение Сети как средству информации[1], но ситуация в данном вопросе быстро меняется. И названный показатель, как нетрудно предположить, уже в недалеком будущем существенно возрастет, в том числе с учетом того, что Всемирная паутина предоставляет пользователям более объективную, более точную, полную и значимую информацию о событиях в стране, за рубежом и в мире в целом. Нельзя не учитывать здесь и того, что если материалы в бумажной прессе готовятся в основном журналистами-женщинами, то в электронных СМИ (и в особенности в Сети) информационную «погоду» делают главным образом журналисты-мужчины, отличающиеся, как известно, большей динамичностью, смелостью и результативностью. Данное обстоятельство также должно активизировать соответствующие процессы.

Развитие информационного пространства Всемирной паутины (аналитического, литературного, поэтического, научного, музыкального, театрального, кинематографического, изобразительного и иного ее пространства) надо, безусловно, стимулировать. Конечно, Интернет никогда полностью не вытеснит, так сказать, «живую информацию», в том числе предоставляемую радио, телевидением, газетами, журналами и т. д., но одно здесь не заменяет и тем более не отменяет другого. В отличие от традиционных средств массовой информации Сеть предоставляет своим пользователям широкие возможности знакомиться с *последними творческими достижениями*[2]. Но, как того требуют авторы таких достижений, должны быть установлены эффективные меры по

---

[1] См.: *Жебит М.* Газетам советуют сдаться. Социальные сети становятся новыми СМИ // Российская газета. 2011. 11 февраля. С. 4.

[2] См.: *Конькова Е.* Автор попался в Сеть. На «круглом столе» в «РГ» обсуждались проблемы защиты авторских прав в Интернете // Российская газета. 2011. 11 февраля. С. 4.

фильтрации пиратского контента, в том числе зарегистрированного в других странах – например, в Гватемале, Панаме и т. д.[1]

Потребитель в последнее время все чаще предъявляет повышенные требования к интеллектуальному продукту, особенно если речь идет, например, о музыкальных произведениях. Так, министерство культуры Чеченской Республики объявило 2011 год в этом субъекте Федерации «годом живого голоса», что означает запрет на исполнение песен на эстрадных площадках региона «под фонограмму». Инициаторы запрета исходят здесь и из интересов развития мастерства исполнителей, которое при использовании «фанеры» часто просто пропадает[2].

Но одновременно во весь свой рост встает также проблема охраны авторских прав представителей творческого труда, чьи произведения показываются (выставляются) в Интернете довольно часто без согласия на это авторов. Пока нет рациональных путей решения этой сложнейшей проблемы, хотя творческий гений, создающий такого рода произведения, безусловно, способен к тому, чтобы успехи были и на данном направлении. По-видимому, надо основательно поработать над тем, чтобы согласие автора на распространение его интеллектуального продукта в Интернете стало действительно обязательным (и, естественно, достойно оплачивалось), а право на распространение такого продукта в Сети приобреталось не пиратским, а законным путем.

Однако есть здесь и другие проблемы, а именно проблемы, состоящие в том, как обучить пользованию Интернетом то поколение людей, которое вступало в жизнь во время, когда компьютеров еще не было, или они только начинали появляться. Нельзя сбрасывать со счетов и то обстоятельство, что для многих людей компьютеры, а тем более подключение их к Сети – все еще «вне зоны доступа». Главным образом по причине низкой их материальной обеспеченности. Поэтому надо подумать над тем, как решать такого рода вопросы.

Полагаем, что малоимущих наших граждан, включая многодетные семьи, инвалидов, домохозяек, пенсионеров, рабочих, сельских тружеников компании могли бы подключать к Всемирной паутине на льготных условиях или, может быть, даже бесплатно, если человек имеет какие-то особые заслуги перед обществом – например, государственные награды. Компьютерная техника для названных категорий граждан могла бы изготавливаться в упрощенных (а следовательно, и дешевых) вариантах. Социальные службы могли бы организовать скупку и сбор у населения подержанных компьютеров и раздачу их всем тем,

---

[1] См.: *Добрынина Е.* Пойманные одной Сетью. Кто должен защищать авторские права и интеллектуальную собственность в Интернете и, главное, как это сделать? // Российская газета. 2011. 2 марта. С. 13.

[2] См.: *Емельянова С.* «Фанеру» запретили. В Чечне всех артистов обязали на концертах петь вживую // Российская газета. 2011. 2 февраля. С. 6.

кто в них нуждается. Кстати, кое-какой опыт в этом деле уже имеется – например, в Тверской и Ульяновской областях, в которых Центр социальных инноваций (руководитель – заместитель председателя Госдумы по бюджету и налогам Г. Карелова) по согласованию с губернаторами этих областей Д. Зелениным и С. Морозовым уже начали проводить соответствующую работу[1].

Если судить по данным ежегодных исследований Всемирного экономического форума, Россия все еще значительно отстает от развитых стран мира по ряду других важных показателей, касающихся интеллектуального продукта, в том числе по защите авторских прав и по уровню обеспеченности изобретениями, защищенными патентами – притом, что в нашей стране вообще мало делается изобретений. И это в то время, когда пресса давно уже бьет тревогу по данному поводу. В частности, по данным 2007 года, если по уровню обеспеченности патентозащищенными изобретениями Россия занимала 74-е место в мире, то по защите авторских прав – 115-е[2]. В настоящее время эти цифры не изменились.

Проведенное в июне 2011 года Министерством образования и науки РФ и Национальным исследовательским университетом – «Высшая школа экономики» исследование показало, что доля российских предприятий, стремящихся заниматься инновациями, за последние 10 лет практически не меняется, оставаясь на уровне 10 процентов, что в 3–5 раз меньше, чем в развитых странах. Лидером здесь являются в основном предприятия табачной промышленности, 40 процентов которых занимаются инновациями. Россия в 15 раз меньше тратит средств на научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы, чем, скажем, США. Причем если у нас 70 процентов средств на эти цели тратит государство, а 30 – бизнес, то на Западе пропорция обратная[3].

По экспертным оценкам, ежегодный мировой объем фальсифицированных товаров оценивается примерно в 600 млрд. долларов США, что составляет 5 % мирового потребительского рынка. Отсутствие утвержденных стандартов привело к тому, что на российском рынке доля подделок составляет примерно 30 %, а по оценкам таможенных органов, в некоторых товарных группах доходит до 80 %, особенно если это касается товаров, поступающих из Китая. Объем подделок к общему объему соответствующего товара составляет: по лекарствам – 15 %, по алкоголю – 30 %, по обуви и одежде – 40 %, по ювелирным изделиям – 50 %, по аудио- и видеопродукции – 70 %, по DVD – 80 %, по про-

---

[1] См.: *Грицюк М.* Бабушка за партой. Регионы научат заботиться о пожилых людях по новым технологиям // Российская газета. 2011. 11 февраля. С. 5.

[2] См., например: *Михайлов Л.* Патент в России меньше чем патент // Российская газета. 2007. 27 декабря. С. 8.

[3] См.: *Симонов А.* Россия узнала свой индекс. Инновационный сектор страны получил оценку // Российская газета. 2011. 1 июня. С. 14.

граммному обеспечению – 90 %[1]. В отдельных регионах более половины продаваемого товара – подделки[2].

Пик активного наступления на посягательства на интеллектуальную собственность приходится на 2006–2008 годы[3]. Однако разразившийся осенью 2008 года мировой финансовый кризис, особо сильно ударивший по России, сделавшей в свое время выбор в пользу интеграции в мировую экономику любой ценой (а именно без выхода из-под сырьевой зависимости, без обретения передовой техники и передовых технологий, без поднятия на должную высоту науки и образования и т. д.), существенно снизил эту активность и, естественно, отодвинул достижение показателей, намеченных Стратегией развития информационного общества в Российской Федерации. Например, по состоянию на декабрь 2010 года только 15 % наших библиотек (всего их в стране – примерно 48 тысяч) имели электронный архив[4].

Энергичные меры по подъему экономики страны на основе решительной активизации интеллектуального потенциала страны, в том числе с учетом общих контуров вышеназванной Стратегии, но с еще более амбициозными устремлениями, предпринимает принявший в 2008 году эстафету на посту главы государства Д. А. Медведев, о чем говорит, в частности, содержание его ежегодных посланий Федеральному Собранию РФ[5], других программных выступлений[6], а также подписываемых им нормативных правовых актов[7], включая акты, прини-

---

[1] Крический М. Без гостов – на погосты // Московский комсомолец. 2007. 5 декабря. С. 9.

[2] См.: Желонкина Т. Кроссовки под арестом. Более половины продаваемого товара в Марий Эл является подделкой // Российская газета. 2007. 8 мая. С. 18.

[3] Об этом могут свидетельствовать, например, материалы прессы (см., в частности: *Кольцова Р.* Защита от клонов // Российская газета. 2006. 3 ноября. С. 4; *Герасимова Т.* Поход на пиратство // Российская газета. 2007. 13 апреля. С. 10; *Козлова Н.* В защиту Автора. За нарушение авторских прав теперь с вас могут содрать до 5 млн. рублей // Российская газета. 2008. 17 января. С. 10; *Агранович М.* Пиратов выгнали из класса. Во всех российских школах установят лицензионное программное обеспечение // Российская газета. 2008. 30 января. С. 2; *Медведев Ю.* Чек за интеллект. Российские разработки больше не будут за гроши уходить за границу // Российская газета. 2008. 30 января. С. 14; *Александров П.* Факт и контрафакт. Государственная акцизная политика в сфере табачной продукции стала надежным механизмом успешного противодействия нелегальной торговле сигаретами в России // Российская газета. 2008. 21 февраля. С. 4; *Андреев А.* Пиратам дали бой. Кировская милиция встала на защиту авторских прав // Российская газета. 2008. 19 марта. С. 11).

[4] *Химич О.* Министр взял на себя смелость // Московский комсомолец. 2010. 22 декабря.

[5] См., например: Послание Президента Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2009. 13 ноября. С. 3, 4; Послание Президента Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2010. 1 декабря. С. 3, 4.

[6] См., например: Медведев Д. Прямой адрес: kremlin.gov/ru Российская газета. 2009. 11 сентября. С. 1, 3; Кузьмин В. Пять признаков демократии. Президент Медведев выступил на ярославском форуме с программной речью // Российская газета. 2010. 13 сентября. С. 1–2.

[7] См., например: Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года. Утв. Указом Президента РФ от 12 мая 2009 года № 537 // Российская газета. 2009. 19 мая. С. 15.

маемые по вопросам правопорядка[1] и совершенствования законодательства. Это дает определенные позитивные результаты. Так, по данным Интернет-сообщества («Круглый стол» «Рунет-2010. Итоги года») около трети россиян (46,5 миллиона человек) пользуются Интернетом, причем 32 миллиона выходят в Сеть ежедневно. Судя по опросам Фонда «Общественное мнение», в Санкт-Петербурге 59 % жителей подключено к Сети, в Москве – 58 %, в Московской и Мурманской областях и в Якутии – 50 %[2]. По другим данным (Фонд «Общественное мнение»), 57 млн. россиян старше 12 лет пользуется Интернетом, а 31 млн. таких россиян заходят во Всемирную паутину прямо из дома – через систему широкополосного доступа. В 2009 и 2010 годах число пользователей Сети увеличилось на 43 %, а число пользователей, активно работающих в ней – на 94 %. В крупных городах (миллионниках) 60 % жителей выходят в Интернет – как минимум, раз в месяц[3].

Усилия в направлении повышения интеллектуального потенциала общества продолжают наращиваться. Так, минэкономразвития подготовил проект Стратегии «Инновационная Россия – 2020», в соответствии с которым предполагается, в частности, ликвидация слабых институтов и вузов, увеличение финансирования науки до уровня 2,5 % от ВВП, поднятие зарплаты ведущих ученых до мирового уровня[4].

Указом Президента РФ от 24 мая 2011 года № 673 «О Федеральной службе по интеллектуальной собственности» создана новая структура (ФСИС), являющаяся правопреемником Роспатента с функциями в том числе расформированного Федерального агентства по правовой защите результатов интеллектуальной деятельности (ФАПРИД)[5]. Созданная структура осуществляет контроль и надзор в сфере правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности гражданского, военного, специального и двойного назначения, получаемых за счет госбюджета, а также надзор за деятельностью госзаказчиков и организаций – исполнителей госконтрактов, которые проводят научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы[6]. ты[6].

Не секрет, что интеллектуальный потенциал общества в XXI веке стал напрямую зависеть от численности населения страны. Китай пошел вперед за счет не только инноваций как таковых, и не только за

---

[1] См., например: Указ Президента РФ от 11 декабря 2010 года № 1535 «О дополнительных мерах по обеспечению правопорядка» // Российская газета. 2010. 13 декабря. С. 12.
[2] См.: Жебит М. Крошка RU. Число пользователей Сети в России достигло 46,5 миллиона человек // Российская газета. 2010. 22 декабря. С. 4.
[3] См.: Брынцева Г. Встретимся в Рунете // Российская газета. 2011. 4 февраля. С. 12.
[4] См.: Медведев Ю. Человек инновационный. Российскую науку ожидают революционные перемены // Российская газета. 2011. 19 января. С. 14.
[5] См.: Российская газета. 2011. 26 мая. С. 11.
[6] См.: Медведев Ю. Охранная грамота. В России создается служба по интеллектуальной собственности // Российская газета. 2011. 26 мая. С. 3.

счет дешевой рабочей силы, но и за счет активной демографии. В России, численность населения которой, примерно в десять раз меньше численности населения в Китае, только сейчас это осознается. Пока демографические изменения остаются у нас, к сожалению, в минусе. По данным Росстата, смертность в нашей стране, по-прежнему, перекрывает рождаемость. Так, в 2010 году численность россиян снизилась (по сравнению с 2009 годом) почти на четверть миллиона (241,4 тыс.)[1]. Хотя продолжительность жизни за этот год несколько подросла – на 0,3 года у мужчин (с 62,7 до 63 лет) и на 0,2 года у женщин (с 74,6 до 74,8 года)[2], но, как известно, «погоду» в интеллектуальном творчестве и продвижении его результатов к потребителю делают не пенсионеры, а в основном молодые люди.

Понятно, что «портит» демографию не только и не столько летний зной или зимний холод (о чем приходится еще слышать от некоторых наших аналитиков, включая журналистов), сколько преступность, пьянство, алкоголизм и наркомания, самоубийства, дорожно-транспортные происшествия, производственный и бытовой травматизм, снежные и ледовые «оползни» с крыш, осложняющаяся еще экологическая ситуация, «ржавая» вода в трубах, подводящих ее в дома и квартиры, некачественное продовольствие, плохое питание, часто никудышняя гигиена, аборты, отказ матерей от уже родившихся детей, неспособность родителей поставить детей на ноги, воспитать их, недосмотр за детьми (тонут в реках, пропадают в лесах, погибают в пожарах, проваливаются в канализационные люки и т. д.), что обусловлено главным образом низким материальным уровнем жизни людей, стесненных жилищными условиями, а во многих случаях и отсутствием таковых вообще, неполноценным отдыхом, не освещенными тротуарами, которые в сочетании с их неухоженностью приводят к тому, что люди постоянно на них ломают руки, ноги, ребра, разбивают головы и, так или иначе, укорачивают себе и без того не очень продолжительную в целом жизнь, плохой (а во многих случаях и вовсе античеловеческой) медициной, некачественными и даже довольно часто вредными для здоровья и самой жизни лекарствами. Все это ежегодно уносит жизни многих миллионов людей. Только от убийств, ДТП, производственного, бытового и иного травматизма в России ежедневно гибнет примерно 550 человек, что составляет более двухсот тысяч смертей ежегодно[3]. Государство, наука, гражданское общество, цер-

---

[1] См.: *Григорьева И.* Россияне живут дольше. Росстат оценил демографию страны // Российская газета. 2011. 4 февраля. С. 14.
[2] Там же.
[3] См: Ответ главного редактора журнала «Однако» М. Леонтьева на вопрос журналиста о том, изменится ли мир после трагедии в Японии, случившейся в марте 2011 года // Комсомольская правда. 2011. 16 марта. С. 3.

ковь пока стыдливо закрывают на все эти проблемы глаза, но рано или поздно придется все же на все это их открыть, посмотреть на проблемы, притом весьма пристальным взглядом, в том числе на предмет постановки наших извечных вопросов о том, кто виноват и что делать. Для предотвращения накопления и взрыва общественного недовольства существующими порядками недостаточно реформирования милиции в полицию, повышения окладов сотрудникам правоохранительных органов и военнослужащим[1]. Нужны постоянные диалоги власти с обществом[2], требуется обеспечить сменяемость власти[3], устранить саму возможность передачи ее «по наследству», пресечь нескончаемые «рокировки» чиновников «по горизонталям» и «по вертикалям» системы управления, наладить порядок во всех сферах жизнедеятельности, осуществить эффективные меры преодоления преступности и коррупции, теневой экономики и хищений, пьянства, алкоголизма и наркомании, безработицы и бедности, бродяжничества и попрошайничества, паразитизма во всех его проявлениях, обратить пристальное внимание к институтам гражданского общества[4], последовательно предотвращать преступные посягательста на эти институты со стороны коррумпированного чиновничьего и иного криминалитета[5], предотвращать и пресекать распространяющиеся семимильными шагами случаи казнокрадства, хищений, совершаемых в том числе людьми с депутатскими

---

[1] Хотя, как показывают происшедшие в феврале-марте 2011 года потрясения в Египте, вызванные, как об этом можно судить по сведениям, поступавшим из средств массовой информации, прежде всего, движением в основном людей, более или менее твердо стоящих на ногах (но недовольных президентом Хосни Мубараком – в связи с тем, что он, якобы, не дает им возможности развиваться), и поддержанные отдельными слоями бедноты, а отчасти и криминальными элементами (о чем свидетельствовали совершенные в ходе «революции» многочисленные факты вандализма и мародерства, в том числе совершенных в отношении музейных ценностей), подавить силами полиции и армии в принципе *можно* (такое представление внушает властям подчас пресса – см., например: *Меринов С. В*. Каир ввели успокоительное. Военные отбили у митингующих желание свергать президента Египта // Российская газета. 2011. 7 февраля. С. 5), но этот, так сказать, «ход конем», как показывает история, срабатывает далеко не всегда. Полиция и армия, выждав время, чтобы понять, кто же, в конце концов, побеждает (власть или оппозиция), обычно становится на сторону победителя.

[2] См.: *Цыпко А.* Пять событий недели // Российская газета. 2011. 3 февраля. С. 2.

[3] По мнению журналиста В. Дымарского, волнения, прокатившиеся в феврале 2011 года по ряду стран (Тунис, Египет, Марокко, Иордания, Сирия, Йемен) связаны как раз с застоем, вызванным в свою очередь несменяемостью власти (см.: *Дымарский В.* Уроки арабского // Российская газета. 2011. 3 февраля. С. 3).

[4] В этом плане представляется обнадеживающим Указ Президента РФ «О Совете при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека» // (см.: Российская газета. 2011. 4 февраля. С. 24).

[5] См.: *Богданов В.* Защита и нападение. Число покушений на правозащитников возросло в пять раз // Российская газета. 201. 7 февраля. С. 8.

мандатами[1], продолжающиеся милицейские (теперь уже – полицейские) пытки.

Так или иначе, но в настоящее время становится совершенно очевидным, что ключ к решению социальных проблем в стране, а следовательно, и к повышению интеллектуального потенциала общества – в экономике. Но это должна быть принципиально новая экономика – по крайней мере, совсем не та, которая тянула воз всех названных выше проблем в начале второй половины прошлого десятилетия нового века. Возврат к докризисному состоянию экономики означал бы не только продолжающуюся ее несостоятельность в новых условиях, но и еще большую зависимость от состояния мировых экономических процессов.

Многообещающим в этом плане является осуществляемый в настоящее время проект в Сколково – российский прообраз американской Силиконовой долины. Конечно, одного Сколково для такой огромной страны, как Россия, мало – должна быть целая сеть подобных проектов. Надо прислушаться к выдвигаемым на Западе новым идеям относительно новаций и инноваций. В частности, заслуживает изучения успешно функционирующая в США система так называемой «тройной спирали» (ее разработчик – Генри Ицкович, профессор Стенфордского университета – университета, вокруг которого в свое время как раз и была создана Силиконовая долина), оптимально сочетающей возможности *вуза*, *бизнеса* и *государства* и дающей максимальную инновационную отдачу. Как заявляет вице-президент Фонда «Сколково» Олег Алексеев, «мы – в самом начале пути к инновационной экономике. Конечно, модель тройной спирали привлекательна, но реализовать ее (в условиях России. – П. П.) будет непросто. Хотя бы потому что в США университеты частные, а у нас – государственные. Они живут по другим законам»[2]. Надо, следовательно, проводить разгосударствление тех вузов, которые все еще «кормятся» из государственного «котелка», но, как правило, мало что дают стране – по крайней мере в плане инноваций.

Да в таком «донорстве» нормально функционирующие вузы в принципе и не должны нуждаться. Невольно вспоминается популярная в начале 90-х годов прошлого века шутка: «Если ты такой умный, то почему такой бедный?». И действительно: почему вузы, воплощая в своих коллективах по существу высших гений общества, живут у нас в

---

[1] Показательно, что если простые люди, нашедшие утерянные миллионы, возвращают их владельцам, то народные избранники, как свидетельствует пресса, напротив, воруют все, что попадает им под руку, что, так сказать, «плохо лежит» (см.: *Граф Н.* В погоне за красивой жизнью. Народный избранник похитил у банка более 350 миллионов рублей // Российская газета. 2011. 15 марта. С. 12) .

[2] *Медведев Ю.* Профессор вошел в тройную спираль. Какая инновационная модель подходит России? // Российская газета. 2010. 22 декабря. С. 14.

основном за счет подачек государства? Да и сами ученые-преподаватели влачат порой жалкое существование. Некоторые бериевские «шарашки» сталинской поры подчас давали стране интеллектуального продукта намного больше, чем иные вузы. И отнюдь не в пользу наших вузов сравнение их в этом смысле с вузами развитых стран. Достаточно сказать, что, по данным директора Центра венчурного предпринимательства Международной высшей школы бизнеса «МИРБИС», главного специалиста НИИ организации и информатизации здравоохранения Н. Кураковой, например, только малые фирмы Массачусетского технологического института и того же Стенфордского университета имеют совокупный бюджет, сопоставимый с бюджетом Российской Федерации. «Хромает» у нас не только вузовская, но и академическая и ведомственная наука: если на «входе» та и другая совокупно имеют 127 млрд. рублей в год, то на «выходе» – лишь несколько тысяч рублей за продаваемые лицензии[1].

Активным «игроком» на инновационных площадках должно стать государство с его налоговыми льготами для предпринимателей-инноваторов[2]. Превращение государства из наблюдателя в самостоятельное звено тройной спирали «вуз-бизнес-государство» делает совершенно излишней *государственную* принадлежность вузов, которых в условиях конкуренции сама жизнь должна заставлять, образно говоря, «гоняться» за инновациями, снабжая при этом ими и, так сказать, классический бизнес. Тогда инновации не придется насаждать как картошку.

Вместе с тем, как показывает, например, опыт созданного в 2006 году в рамках национального проекта «Образование» Сибирского федерального университета (г. Красноярск), возможности государственных вузов в этом деле тоже далеко еще не исчерпаны. В названном университете развернут мощный научно-исследовательский центр, ориентированный на потребности экономики. На основе проведенных исследований уже сейчас там создается кластер инновационных предприятий, предлагающий рынку востребованный интеллектуальный продукт, способный, как полагают специалисты, изменить развитие Сибири – посредством замещения экспорта ресурсов высокими технологиями и товарами хай-тек-отраслей[3].

---

[1] См.: Известия. 2011. 11 февраля.

[2] Следует, как мы полагаем, приветствовать начавшуюся законопроектную работу в данном направлении, предусматривающую предоставление налоговых льгот (по налогу на имущество) на трехлетний срок предприятиям, эффективно использующим новейшее технологическое оборудование (см., например: *Акимов И.* Пряник для инноватора. Его освободят от налога на имущество и дадут отсрочку по платежам // Российская газета. 2011. 20 января. С. 1, 5).

[3] См.: *Лапин Д.* Диплом для инноватора. Сибирский федеральный университет готовит кадры для модернизации экономики // Российская газета. 2011. 16 февраля. С. 12.

Остается еще неиспользованным резерв преподавания в вузах таких дисциплин, как, например, правовое обеспечение и правовая защита бизнеса, бизнес и государство, миссия бизнеса (социальная, культурная, образовательная, нравственная, иная), бизнес и наука, инновационный бизнес, основы криминальной безопасности бизнеса, основы коррупционной безопасности бизнеса, международный бизнес и транснациональная преступность. Сама вузовская среда должна быть пропитана духом предпринимательства, каждый преподаватель, помимо ведения каких-то своих форм бизнеса (кафе, рестораны, магазины, туристические агентства, консультационная работа, коммерческие третейские суды, нотариат, ведение дел в судах, психологическая поддержка и т. д.), должен быть так или иначе связан с крупными корпорациями, знать их работу, их проблемы, пути решения последних. Для развития внедренческих начал в вузовской науке на первых порах портфель заказов на нее могло бы формировать само государство. Во всяком случае, такая практика могла бы хорошо дополнять уже существующую систему грантов как способов и форм государственной поддержки вузовской науки.

Публикации преподавателей, помимо их познавательной, образовательной и иной общегуманитарной значимости, должны быть востребованы на рынке идей, обеспечивающих конкурентные преимущества бизнеса. Иначе их ценность по-прежнему будет оставаться под большим сомнением. Именно поэтому так редко публикуются за рубежом работы наших ученых. Если же говорить о российской науке уголовного права, то в настоящее время она представлена за рубежом, пожалуй, наиболее слабо, а если сказать точнее – вообще никак не представлена. В данной связи следует признать правоту А. Э. Жалинского, отмечающего, что «русская уголовно-правовая мысль на международной арене скорее отсутствует, чем присутствует»[1]. Полагаем, что Россия могла бы учредить в ведущих государствах мира научные журналы по основным отраслям знаний – для популяризации за рубежом наиболее ярких достижений отечественной науки. С другой стороны, иностранные государства могли бы учреждать свои научные издания в нашей стране – для распространения своих достижений.

Кстати, зарубежная уголовно-правовая мысль тоже представлена у нас крайне слабо. Получается так, что говорится и пишется в области уголовного права и тут и там довольно много, но авторы как бы не слышат друг друга. Они не знают нас, а мы не знаем их. Такое разноязычие смахивает в чем-то на ситуацию, сложившуюся при строительстве вавилонской башни. Настала пора наводить мосты. Главная наде-

---

[1] *Жалинский А. Э.* Российская уголовно-правовая мысль на международной арене // Российская юстиция. 2011. № 3. С. 16.

жда здесь – на преподавателей кафедр иностранных языков вузов. Они вполне могли бы делать переводы наиболее значимых материалов «туда» и «обратно» и считать эту работу делом своей профессиональной чести. Вместе с тем, это было бы и неоспоримым доказательством их профессиональной пригодности к преподавательской работе вообще. Если преподаватель-иноязычник не занимается переводами (в частности, трудов своих вузовских коллег), то как же, спрашивается, можно ручаться за то, что он обучает студентов именно иностранному языку, а не, скажем, просто годами морочит им головы всякими «учебниковыми» сентенциями.

Вместе с тем, требуется основательная антикоррупционная защита деятельности государства по развитию вузовской науки, так как уже в той работе, которая проводится государством на данном направлении, немало настораживающих явлений[1]. Сам по себе *рейтинг* публикаций, определяемый чаще всего не по их качеству, а по их количеству, объему, цитируемости, включенности журнала в соответствующие списки и т. д., весьма спорен. Иногда на ту или иную статью ссылаются не потому, что она действительно стоящая, а в сугубо информационном плане – есть, мол, еще и такой материал на данную тему. А порой тот или иной материал цитируется только для того, чтобы просто показать его научную несостоятельность. О каких достоинствах здесь может идти речь? Гораздо продуктивнее предлагать авторам, претендующим на какие-то приоритеты, готовить краткие *обзоры* своих публикаций – для рассмотрения и оценки их компетентными жюри.

Требует основательного реформирования законодательство о наукоградах – городах, которых сегодня насчитывается в стране 14. Имеющиеся законопроекты предусматривают, что такой статус городам будет присваиваться на неопределенно продолжительный срок, но с подтверждением его каждые десять лет. Набор показателей, позволяющих получить подобное подтверждение включает, в частности, следующие данные: 20 % жителей города занимаются наукой и инновациями; численность исследователей в научно-производственном комплексе (НПК) должна тоже быть не менее 20 %; из общего объема производимой в городе продукции не менее 50 % ее должно быть продукцией инновационной; балансовая стоимость НПК должна составлять тоже не менее 50 % к балансовой стоимости всех предприятий города[2].

Особая роль в деле окончательного преодоления последствий мирового финансового кризиса (с его локальными негативными явления-

---

[1] См., например: *Пинкус М.* Откаты в инкубаторе. Чиновники подозреваются в получении взяток за гранты на развитие инновационной деятельности // Российская газета. 2010. 3 ноября. С. 7.

[2] См.: *Деменко С.* Наукоградам дадут десять лет. Готовится новый закон о городах науки // Российская газета. 2010. 1 декабря. С. 14.

ми и в нашей стране) посредством повышения эффективности охраны интеллектуального потенциала и усиления его влияния на экономику принадлежит правоохранительному блоку отраслей законодательства и, прежде всего, законодательству уголовному. Здесь важно определиться, прежде всего, в вопросе о том, в чем состоит опасность посягательств на интеллектуальную собственность. В юридической литературе при оценке опасности таких посягательств делается акцент на потерях, которые несут правообладатели[1]. Соответственно разрабатываются рациональные методики исчисления подобных потерь[2].

Все это – правильно, но здесь надо учитывать еще и то, что от подобных посягательств многое теряет и само общество. Ведь творческая личность, подвергшаяся посягательству на ее интеллектуальную собственность, часто перестает быть таковой, поскольку вся ее жизнь нередко превращается в одну большую борьбу за справедливость. Далеко еще не все наши «продвинутые» интеллектуалы так легко и просто, подобно известному нашему математику Г. Я. Перельману, решившему теорему французского математика, физика и философа Жуля Анри Пуанкаре (напомним, что над ее решением безуспешно бились ученые всего мира более ста лет), отказываются от материальных и других выгод, связанных с достигнутыми творческими результатами.

Библиографический список:

1. *Жебит М.* Крошка RU. Число пользователей Сети в России достигло 46,5 миллиона человек // Российская газета. 2010. 22 декабря.

2. *Брынцева Г.* Встретимся в Рунете // Российская газета. 2011. 4 февраля.

3. *Медведев Ю.* Человек инновационный. Российскую науку ожидают революционные перемены // Российская газета. 2011. 19 января.

4. *Григорьева И.* Россияне живут дольше. Росстат оценил демографию страны // Российская газета. 2011. 4 февраля.

5. *Цыпко А.* Пять событий недели // Российская газета. 2011. 3 февраля.

6. *Жалинский А. Э.* Российская уголовно-правовая мысль на международной арене // Российская юстиция. 2011. № 3.

---

[1] См., например: *Логвинов Ю. В.* Защита интеллектуальной собственности от преступных посягательств // «Черные дыры» в российском законодательстве. 202. № 2. С. 19; *Морозов А. Г.* Преступления в сфере авторских и смежных прав: общественная опасность и правила квалификации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД РФ, 2004. С. 3; *Милицкий А.* Диктатура жадности // Профиль. 2010. 13 декабря. С. 55

[2] См., например: *Трунцевский Ю.* Проблемы уголовно-правовой охраны интеллектуальной собственности в постановлении Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2007. № 6. С. 46–50.

7. *Трунцевский Ю.* Проблемы уголовно-правовой охраны интеллектуальной собственности в постановлении Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2007. № 6.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Причины и суть эволюции государственных и правовых институтов в условиях развития информационного общества[1]

власть, управление, администрация, административные ресурсы , административные барьеры; право, закон, правоприменение, права; информационное общество, гражданское общество, социальная функция права; электронное правительство, государственные и муниципальные услуги; информационные технологии правовая логистика

И. Л. Бачило

доктор юридических наук, профессор, заведующая сектором информационного права Института государства и права Российской академии наук

1. О связи концептов «государство» и «право» в современном обществе

1. Информационное общество имеет свою историю. Она зеркально отражает этапы развития человечества на нашей планете и сопровождает все формы созидательных, фрустрационных и эволюционных моделей и схем его исторического пути с учетом разнообразия и многогранности устройства и смены его институций и институтов. Научная, прикладная, производственная информационная характеристика реальных исторических процессов существенно зависит от средств и механизмов информационных и коммуникационных технологий. Инфокоммуникационные системы также имеют свою историю, а в итоге интегрируются в системе ЗНАНИЙ, накапливаемых человечеством. Каждая эпоха исторического движения планетарной жизни на Земле задает вопросы о значимости таких гео-политических образований как «государство», о важнейших определяющих порядок институтов социума: «власть», «право», «свобода», «человек».

С первого момента выделения общности людей из животного мира возникла проблема установления необходимых и полезных для рода, племени правил поведения. Они диктовались жизненными потребностями: найти удобное место пребывания, форм и пространства для охоты – добычи пищи и одежды, совершения общих ритуалов и т. п. Вряд

[1] Работа выполнена при поддержке РФФИ. Проект № 10-06-00003.

ли первой причиной была война и противостояние соседям, хотя и эта форма защиты своих потребностей несомненно присутствовала. Врага или виновного можно было изгнать, убить, или принести в жертву богам. Так зарождалось *обычное право,* как воля, решение сообщества или выделившегося в нем сильного, авторитетного, сначала старшего в роде, а затем по иным признакам человека или нескольких старейшин. Авторитет часто порождает авторитаризм и здесь возникает процесс захвата, присвоения власти, поддерживаемой авторитетом, физической (военной) силой, верой, опытом и т. п. Государства еще нет, а общие правила и нормы поведения и отношений, установленные по воле избранных вождей уже существуют.

Философов всех времен занимал вопрос о природе власти, права, роли государства, когда они оформилось в особые институты общества. И в наши дни он все чаще волнует исследователей, политиков, юристов, хотя уже по другой причине. Мир пережил ряд этапов (формаций, волн, цивилизаций) и находится в состоянии, которое требует ответа: почему стали угасать государственные институты, чем объяснить апатию и слабое действие права на поддержание культуры отношений в рамках государства, содружества государств. На первый план выходят вопросы развития гражданского, социального общества, вопросы прав индивида при том, что конфликты и даже войны в международном масштабе, а часто и внутри государств.- (т. н. революции), обеспечивают захват и удержание власти сильнейшего. Формы реализации и индикаторы силы, власти часто сменяются. Но сам факт использования силы власти или воли общества в целях достижения справедливости, права и в нашем XXI веке не теряют своего значения и требуют соответствующей настройки.

Почему ставим вопросы все чаще о том, что двигало эволюцию институтов государственной власти и институтов права в уже прошедшие века и, главное, – движет – в наше время? Если о прошлом, которое сохраняет свои корни и в настоящем, то это живая история и, во многом, уже сложившаяся наука теории государства и права и практики управления. Если же ставить вопрос о парадигмах развития, о тенденциях изменений, которые грядут в условиях сильно меняющегося мира, в условиях глобального и информационного общества, то предстоит большая напряженная работа исследовательского характера. Исследование институтов государства и права, с одной стороны, определяющих многие параметры развития общества, а с другой – зависящие сами от изменений в обществе – (его экономике, культуре, социальном срезе народонаселения, бурлящих процессов миграции и одновременно защиты, сохранения цивилизационных характеристик народов, конфессий, стран) – задача не из простых. Она мобилизует внимание философов, политиков, политологов, юристов, социологов и всю армию гуманитарного фронта современных знаний. Не забудем при этом и связки «лириков и физи-

ков», которая нисколько не ослабевает. Более того, должна возрастать в силу влияния «физиков» на развитие информационных технологий и техники. *Философы свидетельствуют*, что сегодня одним из ракурсов исследования современного государства[1] является культура и даже более эстетично и узко: рассматривают государство как произведение искусства[2]. Почему так, объясняет директор Института философии РАН А. А. Гуссеинов: «Да просто потому, что из такого подхода вытекает вывод: государство – это то, что создают граждане в процессе своего общения, когда они общаются ради прекрасной цели и в формах прекрасной деятельности. Это означает, что нет каких-то изначально данных канонов, что государство является экземпляром какой-то серии, частным случаем определенного закона. «Оно есть изначальная, прекрасная в себе реальность в том виде, в каком люди ее создают»[3].

Отправляясь от трактовки государства древними, Гегелем и другими известными мыслителями, философ «В. М. Межуев говорит: «В новое время государство, конечно, обрело иные функции. Оно стало синонимом уже не избранных, не полиса, а общества». Эстетизация государства была приемлема для эпохи Возрождения. «Но сегодня, если общество – это, прежде всего, сфера приватности,…. тогда государство выступает как некоторая машина, но никак не эстетическая конструкция». В Новое время, отмечает автор, государство выступает как машина, которая принуждает частных собственников, людей, преследующих свой частный интерес, действовать так, чтобы они не перегрызли друг другу горло – вот его главное назначение». Оно выступает как правовое государство. «Правовое, рациональное государство патронирует не художника, а потребителя»[4]. Как видим, время соединяет идею о справедливом, светлом образе государства и все же показывает государство в его реальном обличьи в служении тому обществу, которое явлено сегодня.…Рациональное государство нуждается в правовом пространстве и действует через институт своей юрисдикции и суверенитета.

Участвуя в данной дискуссии, философ по образованию и старший юрист компании «Сквайр Сандерс Энд Демпси ЛЛС» отмечает, что юристы рассматривают государство как средство. А профессор Санкт-Петербургского государственного университета подчеркивает, что достижение гармонии в современном государстве это юридическая форма.

---

[1] Еще раз заметим, что все более и более укореняется отождествление понятия «государство» с понятиями « органы власти» и «власть государственная». Отсюда идут некорректные выводы, основанные на рассмотрении и квалификации процессов сути и смены форм властных институтов и общего концепта «государство» как единицы геополитического устройства планетарного сообщества людей. Ракурс «искусства» применительно к теме государства относится, прежде всего, к области системы власти и поиску ее наилучших форм.

[2] Государство как произведение искусства: 150-летие концепции. М., 2011.

[3] Там же . С. 7.

[4] Там же. С. 12–14.

Других способов творить государство (власть) нет. «Правовая система понимается как то, что творится не только юристами, но всеми другими людьми. Право на создание законов должны иметь не только элита, не только юристы, но и то, что мы называем гражданским обществом»[1]

Несомненно, важно, *что говорят юристы по этому поводу.*

В 60–70 годы уже прошлого века обосновывался системный взгляд на понимание права и его связи с государством. Работы В. Н. Кудрявцева, Д. А. Керимова, В. П. Казимирчука положили основу системного исследования правового государства. Долгое время круг исследований ограничивался самой системой права. В связи с развитием такой отрасли как «государственное управление» мысль юридическая ослабила внимание к теме государства и в большей мере сосредоточилась на «праве» Сильно заторможенным оказался аспект связи права и результатов его реализации. Только спустя десятилетия возобновился интерес к эффективности законодательства и правоприменения в реальной жизни общества. Стала формироваться подотрасль теории права и права информационного – *мониторинг правовой системы и применения законодательства РФ.* Это стимулировало постановку проблем *методологии правового регулирования*, а также развития юридической технологии и юридической техники. Но это и возвращает к проблеме связи права и государственной власти, ее адекватности современным потребностям общества.

Б. С. Шалютин, философ и профессор кафедры теории и права рассматривает три варианта связи государства и права: где общество, там и право (ubi societas? ibi jus est); где государство, там и право, т. е. право возникает вместе с государством (ubi civitas,ibi jus est); и право возникает позже, чем общество, но раньше, чем государство.[2]

Журнал «Государство и право» рационально подошел к освещению данной не простой проблемы, с учетом того, что она является не только теоретической. Но именно сегодня имеет важнейшее прагматическое значение. Не понимая состояния государственно-правовых процессов современности, невозможно ответить и на вопросы: каким путем идти к новым горизонтам.

В связи с названной проблемой журнал «Государство и право» откликнулся на тему поиска путей модели публичной власти, опубликовав ряд статей. В. Е. Чиркин, рассматривая проблему «Конституция и современные модели публичной власти: идеологемы и реалии»[3], затрагивает кардинальные вопросы: «Общество и власть», «Публичная и государственная власть», «Система публичной власти и конституционные формулировки», что позволяет проследить концепцию автора относи-

---

[1] Там же. С. 21.
[2] *Шалютин Б. С.* Становление права // Государство и право. 2011. № 5. С. 5.
[3] *Чиркин В. Е.* Конституция и современные модели публичной власти: идеологемы и реалии // Государство и право. 2011. № 6. С. 2–12.

тельно связи государственных институтов и права, (скорее закона) в современном мире. Неминуемо возникает вопрос об адекватности таких понятий как «народ», «общество», «государство», «гражданское общество». Обратим внимание на такие формулировки как «Государство как представитель народа выполняет (или призвано выполнять) его волю»; «Государство – важнейший инструмент власти, выступающий от имени народа». И очень важное положение: «Однако, на современном этапе развития политическая власть народа находит свое проявление не только в государственной власти, являющейся суверенной публичной властью. Существуют и другие формы организации этой власти». Неувядающий вопрос о соотношении народа и его различных «слоев», которые доминируют в обществе, приводит к утверждению, что под давлением этих сил, государство, (т. е. государственная власть), *являясь частью общества, в то же время отделяется, отчуждается от него*[1] и что «государство» (опять же не государство, равное обществу, а власть) имеет собственные интересы, свою волю[2].

В этом контексте стоит обратить внимание и на постановку вопроса о судьбе государства уже в плане гео-политическом. Норвежский математик и социолог Иохан Гальтунг, рассматривая тенденции меняющегося мира, отмечает, что идет процесс ослабления государства и усиление регионов, что отражает глобальную тенденцию. И одновременно фиксирует усиление гражданского общества, как одну из тенденций социальных[3].

Именно в связи с этим представляется полезной концепция российских юристов, занятых исследованием информационного общества, с постановкой вопроса *о понимании современного гражданского общества и о неразрывной связи структур и институтов государственной власти с другими институтами общества* (прежде всего, местного самоуправления, СМИ, Общественных палат, партий, всех граждан и их ассоциаций). Идеологема, в данном случае, в том, что *включение государственной власти в структуру гражданского общества и ее более тесное взаимодействие с другими структурами (акторами) этого общества – по сути «народа» позволяет увидеть их в единой системе*. Ппротиводействиеь, противостояние или «конкуриренция» по типу структур либеральной экономики внутри этого агломерата гражданского общества позволяет увидеть и усилить их взаимосвязь и искать пути продук-

---

[1] *Гулиев В. Е., Колесников А. В.* Отчужденное государство. М., 1998.
[2] *Чиркин В. Е.* Указ соч. С. 2
[3] *Иохан Гальтунг*. Десять тенденций , меняющих ми. /Россия в глобальной политике. Кризис мироустройства. Том 9. № 4. июль-август 2011. С. 8–20. Этот автор также подчеркивает, что «Государство- это территория, власть на которой сконцентрирована в одноименной организации «государство». Отмечая угасание государства и усиление региональных структур, он напоминает: в мире 2000 наций и около 200государств, но только 20 из них представляют собой национальные (с преобладанием одной нации).

тивного взаимодействия[1]. Современное общество *должно снят*ь воспитанные реалиями буржуазного периода развития государства и наукой *степень и формы противостояния и чувства вражды власти и других структур общества.* Представляется, что именно в этом направлении должна идти трансформация современного мира.

Вспоминая Энгельса, стоит сегодня ориентироваться на время, когда не делали различия между понятиями «общественное» и «государственное» – «publicum», «publicae»[2]. Но сегодня мысль направлена значимость общественного. Стали очевидными бюрократические судороги современного государственного управления. Но именно это и движет мысль о необходимости смены парадигм развития, в том числе и природы и роли современного государства. Такой подход более понятен и обоснован, если эту тему рассматривать не вообще, а применительно к истории и состоянию конкретного государства, его народа-общества. Это, прежде всего, касается России.

Оценка позиций философов и юристов связана с *научным пониманием методологических решений в самой науке государственного строительства и методологии устройства и организации его практики с учетом тех изменений в мировой истории, которые сегодня квалифицируются как глобализация, эпоха цифрового развития, развития информационного общества.*

Отметим значимость подхода к классификации форм государственного устройства с учетом методологического аспекта[3]. Авторы публикации на эту тему отмечают, что «Сегодня очевидно наличие государственно-правовых аномалий – явлений в сфере государственности, образовавшихся в результате смешения различных элементов, неполноты гибридности признаков, не поддающихся исчерпывающему объяснению в рамках существующего понятийно-категориального аппарата глобальной типологии и типологии форм». Обращается внимание на возможность использования терминов «государство переходного типа», «квазигосударство», «квазифедерация». Напомним и о проблеме квалификации власти в субъектах РФ как о публично-правовом образовании – сообщества как бы для части народа страны, территориального публичного коллектива (В. Е. Чиркин). При всех благожелательных характеристик единства системы государственной власти, это ведет к «самоуничтоже-

---

[1] Информационное право. Актуальные проблемы : теория и практика / Под ред И. Л. Бачило. М.: Юрайт, 2009; *Бачило И. Л.* Подходы к пониманию гражданского общества. Там же. С. 27–53. и др.

[2] *Чиркин В. Е.* Указ соч. С. 8.

[3] *Дмитриев Ю. А. , Миронов В. О.* Классификация форм государственного устройства: методологический аспект // Государство и право. 2011. № 6. С. 13–21; *Ефремова Н. А.* Международная экономическая интеграция и суверенитет государства // Государство и право. 2011. № 6. С. 60–66.

нию» государственного суверенитета. Создается почва для отказа от принципа единства государственной власти.

В этой связи, важна и трактовка природы федерального государства для современной России. Представляются уязвимыми подходы к этому вопросу без учета ее исторического опыта. Всегда ли формируется федерация только как объединение самостоятельных, суверенных государств – вопрос, над которым стоит еще думать. Нельзя забывать историю формирования РСФСР, а также факт наличия Российской федерации в условиях СССР. Подобные вопросы возникают и в связи с поиском определения формы ЕС.

В методологическом плане путь к пониманию смыслов власти государственной, общественной (публичной) лежит в плоскости логической связи философии, теории государства и права и государственной политики. Несмотря на неразвитость гражданского общества, этот институт общества (народа) набирает темп и сильно влияет на формирование политики государственной власти, ее отдельных направлений. Не имея возможности в пределах одной статьи вписаться в дискуссию о правовой политике, отметим ее актуальность и полезность. Данная тема активно разрабатывается в Саратовском филиале ИГП РАН. Заслуживают внимания подходы к уяснению позиции, при которой отрицание старого опыта путем восприятия его в «снятом или преобразованном виде» исходная точка оценки любой современности. «Достижения в сфере права, (добавим и государственной власти) всегда результат длительной эволюции и постоянного накопления собственного опыта».

Ряд участников круглого стола по правовой политике в современной России[1]. акцентируют внимание на стратегическом направлении правовой политики – ограничении государственной власти в целях ее эффективного и наиболее безопасного для гражданского общества функционирования. По существу речь о самоограничении государственной власти в условиях развития гражданского общества. Однако практически важен и вопрос: *какими методами, формами и темпами может осуществляться и укрепляться связь всех структур гражданского общества*. При этом нельзя абстрагироваться от таких вопросов как: 1 – стимулирующая, поощрительная политика, трансформация патерналистской политики; 2 – политика конкуренции и «партнерства», распространенная на отношения в области государственного строительства, свойственная природе либеральной экономики; 3 – потребность в более широком спектре политики, учитывающей разнообразие социальной сферы, умонастроения и активность разных слоев общества; политики, обращенной к накоплению синергетики общества на основе преобразования культу-

[1] Правовая политика в современной России: проблемы формирования (обзор «Круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь» // Государство и право. 2011. № 6. С. 119.

ры управления делами государства и социума в целом, нацеленной на гармонизацию концептов «Я» и «Мы».

Политики убеждают, что текущий период развития мира сложен и пытаются определить ближайшие пути изменений в соотношении реальности и организационно-политического воздействия на ход событий. Мир политики и политических течений и школ разнообразен. Дополнительно представим еще две позиции, непосредственно выходящие на поставленную проблему.

Эдвард Лукас – британский специалист по России считает, что «Россия двинулась в противоположном направлении» Самой катастрофической ошибкой, которую допустил внешний мир с 1991г., стало, говорит он, предположение о том, что Россия постепенно становится «нормальной страной»[1]. «Нормальной» – с точки зрения политиков, которых представляет данный автор. Сожалея, что первоначальный план сотрудничества, помощи, советов по усвоению западного передового опыта, чтобы «помочь стране стать более открытой и демократической», этот автор констатирует, что Россия «двинулась в противоположном направлении»[2]. Подчеркивается, что когда «Советский Союз объявлял победу, Запад внимательно присматривался и старался понять, как можно достичь подобных же успехов…». На этой основе автор проявляет тревогу по поводу того, что современная Россия с вдумчивостью относится к успехам Запада, но воспринимает не все, что бы могло ее сделать «как мы». Не касаясь всех подробностей, которые рассматриваются этим автором в свете конкуренции стран в период после первой информационной войны, согласимся с тем, что «есть главные принципы, единые для современного мира». Это «верховенство закона, разделение властей, ответственность исполнительной власти, основные принципы отправления правосудия и презумпции невиновности в судебной системе, плюс свобода слова и собраний, венчанные свободными и честными выборами». Обращаясь к потенциалу международного права, о чем говорит и данный автор, все же считаем, что каждая страна (государство) и ее власть выбирает пути достижения своего идеала, представления и защиты своих интересов в сложном историческом процессе развития общества.

Критически оценивая результаты прожитых лет Россией после утраты СССР и перспективы развития страны в условиях первых десятилетий XXI века, российский ученый С. В. Кортунов, подходит к вопросу более трезво и критически. Все предпосылки налицо, однако, нельзя переоценивать инновационный потенциал в плане конкурентоспособности

---

[1] *Лукас Э.* Новая холодная война. Как Кремль угрожает России и Западу». СПб: ПИТЕР, 2009. С. 16.
[2] Там же. С. 259–260.

с развитыми странами[1]. Не забудем, что и «развитые» переживают те же сложности. Но верно, что модернизация сопряжена с изменениями «в социально-политической структуре общества», что нельзя преувеличивать возможности быстро и наскоком одолеть наше отставание. При этом следует преодолеть разрыв между научно-исследовательской деятельностью и практикой решения государственных и корпоративных задач. Среди прочих факторов медленного продвижения по линии модернизации во всех областях жизни российского общества С. В. Кортунов считает, и справедливо, что *административная реформа не помогает, а стоит на месте*. Заметим, что и зарубежные философы и политики считают эту слагаемую прогресса архаичной.

Затронутые вопросы тесно связаны с *поиском национальной модели модернизации.* И здесь немало сложностей ибо процессы национальной идентичности не получили необходимого оформления[2]. Поиск путей установления баланса между свободой и справедливостью, отмечает этот автор, составляет стержень, базовую основу синергетики российского народа. Вместе с тем, справедливо, что «декларируемая эволюция в направлении укрепления государственности пробуксовывает». Поиск этого баланса и есть стержень нынешней российской политики[3].

Практика показывает, что подвижки в состоянии самого общества требуют изменений…и задают их темп, как для власти, так и для права, прежде всего, закона и законодательства как в рамках одного государства, так и в масштабах всего планетарного социума. Позволим заметить, что в поисках смыслов и судьбы, определяющих жизнь планетарного социума – концептов «государство», «власть», «право» имеется историческая научная подсказка, которая искателями истины либо игнорируется, либо устрашает их своей логической ясностью. Все же следует признать, что работа Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства», вышедшая в 1884 г. и выдержавшая до 1891 г. четыре издания[4], заложила методологическую основу исследования тех вопросов, которые волнуют науку сегодня. Уже заметно обращение к исследованиям Энгельса в условиях поиска вариантов парадигмы разви-

---

[1] *Кортунов С. В.* Россия в мировой политике после кризиса. М., 2011. Он отмечает, что пропорция между объемами инновационной продукции и затратами в этих целях» самая низкая среди всех европейских стран (С. 340). С 1992 года число организаций, выполнявших исследования и разработки сократилось на 20%, а по числу исследователей Россия в то время отставала в два раза; в то время как сейчас отстает в 6 раз. Если ассигнования на науку в 1992 г. составляли 2,4%, то в 2006 г. только 2,27%. В России сосредоточено 12% ученых мира, а ее доля в мировом инновационном рынке составляет 0,3% (С. 340–341).

[2] Там же. С. 418. Православные ценности автор относит к основным блокам формирования ценностей. Это то, что небесное выше земного; духовное (идеальное) выше материального,общее(коллективное) выше личного; будущее важнее настоящего; справедливость выше Закона (С. 420).

[3] Там же. С. 424–426.

[4] Советская историческая энциклопедия. Т. 16. М.: Советская энциклопедия, 1976. С. 522.

тия и государства и права XXI века. Об этом, в частности, говорит интересное, хотя и не бесспорное, современное исследование английского профессора Оксфордского университета Дэвида Пристланда, по его словам «стороннего наблюдателя».[1] Сегодня она представляет неожиданный взгляд на «коммунистический проект с позиций стороннего наблюдателя». Для поставленной нами темы в нем найдем немало ценных заключений, которые будут полезны в размышлениях о роли и смыслах современных институтов «власти», «государства» и «права»; о связи таких индикаторов состояния общества как «семья», «частная собственность» и «государство».

Нельзя не отметить для значения рассматриваемой темы об эволюции институтов государства и права позиций двух крупных юристов нашего времени. Имею в виду работу профессора МГУ М. Н. Марченко.

«Государство и право в условиях глобализации»[2], которая абсолютно четко ставит вопрос о развитии гражданского общества с судьбой современного государства. Вторая работа принадлежит теоретику и практику государственного строительства и права, Председателю Конституционного Суда России В. С. Зорькину. Его доклад на Мировом политическом форуме в Ярославле в сентябре 2011г. является ответом на многие вопросы вызова глобализирующегося мира. В. С. Зорькин поставил вопросы идентификации современного государства при учете многих факторов, «в том числе и за счет снятия непроницаемости государственных и информационных границ, предоставления новых возможностей для человеческого общения, для взаимообогащения различных культур, для распространения знаний и технологий, для расширения у каждой человеческой личности горизонта понимания сложности и богатства окружающего мира»[3]. К этим работам мы еще не раз вернемся.

2. ***Институты государственной власти в условиях развития информационного гражданского общества***

Если в любом случае вопрос об эволюции института государственной власти в современных условиях развития общества можно считать общепризнанным, то эту аксиому полезно проследить на этапе формирования информатизации общества. В научном плане это касается наличия разных концепций, откликающихся на процессы формирования информационного общества и инновационных подвижек в институтах власти и права, которые обусловлены этими процессами. Сегодня наиболее заметным организационным шагом явиляется ФЦП «Электронная Россия», оформленная 2002 г. На ее основе вырастали программы «Электронное правительство», «Электронное государство», регион, «элек-

---

[1] *Пристланд Д.* Красный флаг: история коммунизма / Пер. с англ. М.: Эксмо, 2011.
[2] *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации. М.: Проспект, 2011.
[3] *Зорькин В.* Как сохранить государство // Российская газета. 13 сентября 2011.

тронный гражданин». Аналогичные программы были и за рубежом. Но процесс информатизации жизни в России начался значительно раньше.

До середины прошлого века в организационных связях политического, культурного научного, экономического профиля преобладали методы и формы письменного, печатного, графического (в целом бумажного) выражения, представления, обмена и использования информации. Информатика как наука о сборе, обработке сведений развилась гораздо раньше и базировалась на математических расчетах в научных исследованиях, экономических операциях, накоплении и структуризации знаний[1].

Толчком к выделению информации как самостоятельного объекта изучения и ресурса производства и управления явилось развитие кибернетики, что позволило применить системный анализ и математические знания к области автоматизации управления механическими и социальными процессами, обработки и хранения знаний. Именно этот перелом в овладении информацией и новыми технологиями в работе с этим ресурсом обусловил появление такого научного направления как информационное право. Это научное направление в СССР стало формироваться с середины семидесятых годов и завершилось принятием первого Закона в 1995 г. «Об информации, информатизации и защите информации». Этот факт стал определяющим во всех направлениях освоения информационных технологий. Российская Федерация вошла в процесс формирования нового рубежа в развитии общества, получившего определение как общества «информационного». Появились такие институты как «Электронное государство», «Электронное правительство», а в связи с этим, встали новые проблемы в понимании роли государства, власти, администрации и др. Ответить на новые вопросы можно лишь имея реальное представление об обществе информационном, о взаимодействии новых явлений и веками устоявшихся институтов государства.

За время работы первых коллективов юристов и представителей и специалистов в области ИТ, начиная с семидесятых годов прошлого века и до конца первого десятилетия нового XXI, тема информационного общества и его интерпретации как условия развития, получала разные трактовки[2]. Сегодня, обобщая итоги научных поисков с учетом стратегий и практики реализации ФЦП «Электронная Россия», можно дать такую обобщающую формулировку понятия информационного общества.

Информационное общество – это *общество, оснащенное таким уровнем информационных и коммуникационных технологий, которые становятся самостоятельным социально-технологическим ресурсом*

---

[1] *Юсупов Р. М., Заболотский В. П.* Концептуальные и научно-методические основы информатизации. СПб: Наука, 2009.

[2] *Юсупов Р. М., Заболотский В. П.* Информационное право: актуальные пробемы науки и практики. М.: Юрайт, 2009.

жизнедеятельности и развития социума и существенно влияют на парадигму смены его цивилизационной характеристики.

Мир живет уже в новых пространственных и временных параметрах, и одной ногой вступил на порог новой цивилизации. Это, естественно начало, ибо наряду с возможностями ИКТ сегодня живы и действуют правила и многие жизненные установки, которые соответствуют временам постиндустриализации и модернизации. В дальнейшем развитии информационного общества на первом плане все значимее проявляется человеческий фактор.

Исследуя природу, формы представления и использования потенциала ИКТ в России при ориентации на принятую Стратегию развития информационного общества, Сектор информационного права ИГП РАН (еще в 2004–2006 гг.) сформулировал базовые позиции понимания, значения процесса и назначения информатизации в развитии общества и государственной власти. Они включают: 1) концепцию понимания информационного общества как общества гражданского, социального, демократического, правового; 2) концепцию взаимодействия института электронного управления (правительства) с институциями и институтами гражданского общества и социального государства, с институтами демократизации общества; 3) концепцию развития информационного права как комплексной новой отрасли в системе права и его наиболее действенной формы – законодательства. *Эти концептуальные позиции сектора информационного права ИГП РАН реализуются в его научной и практической деятельности с учетом интегрирующей ветви науки информационного права – обеспечения информационной безопасности.*

Такой подход ставит целью объяснить, почему исследование эволюции государства и права в условиях глобализации должно быть ориентировано на понимание взаимодействия процессов информатизации общества в ходе вызревания гражданского общества. Это необходимо для понимания причин неизбежности динамики институтов государства и права, для уяснения их значимости в формировании парадигмы развития социума в ближайшие 20–30 лет. И стоит заметить, что эта научная позиция находит все большее понимание и отклик в самой практике формирования информационной практики. В этой связи необходимо отметить очень значительную работу по вопросам государства и права в условиях глобализации профессора Н. М. Марченко[1]. Рассматривая историю правовой трактовки гражданского общества в историческом плане, обобщая современные подходы к этой проблеме, автор заключает: «Гражданское общество, в какой бы форме и проявлении оно ни рассматривалось, по здравому смыслу, поскольку речь идет *в целом о явлении и отражающем его понятии*, – это не отдельная сфера тех или иных

[1] *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации. М., 2011.

отношений, в том числе отношений собственности и частных интересов, а *качественно определенная ступень развития обычного, «классического» общества»*[1]. Выводы и аргументы относительно понимания гражданского общества и его связи с системой государственной власти как важнейшего актора построения общества социального и правового совершенны и юридически (как и философски) обоснованы. Единственно, что необходимо добавить, это учет информационного фактора в развитии современного гражданского общества: формирование процессов о информационного взаимодействия всех составляющих гражданское общество. И это не фраза. В силу новизны отрасли правовой науки «информационного права» многие представители юридической науки как бы не замечают данного явления и его связи со всеми общественными процессами, в том числе с эволюцией государственных и правовых институтов. И здесь можно фиксировать отставание юридической науки (как теории, так и ее образовательной части) от потребностей живой практики. Этот лаг постепенно преодолевается, и переход от факультатива в изучении информационного, компьютерного, киберправа в вузах и средних учебных заведениях стимулируется запросами практики.

Коротко о концептуальных позициях понимания гражданского общества с учетом смены его информационной платформы – глобальной информатизацией всех сторон жизни современного социума[2]. Специалисты ИГП РАН в этой связи отмечают следующее.

1. Глобализация информационных процессов, их масштаб позволяют по-новому определить ***феномен гражданского общества*** и отойти от формулировок его как некой части общественных и негосударственных организаций, противостоящих государству (его институтам) и даже бизнес-структурам. Именно такая точка зрения на понимание гражданского общества превалирует сегодня.

Предложено определить *гражданское общество* как *состояние всех институций (акторов) социума, способных на основе усвоенных знаний и опыта организовывать свою жизнь так, что бы конфликтов и противостояний было как можно меньше, а условий обеспечения благоденствия, справедливости и достоинства каждого и всего общества как можно больше. Гражданское общество -это* ***такое состояние общества, которое обеспечивает рост потенциала его синергетики в целях самоорганизации и позитивного развития***.

2. Органическая связь гражданского и информационного общества выражается в обеспечении общества как социального, демократическо-

---

[1] Там же. С. 124.

[2] *Бачило И. Л.* Подходы к пониманию гражданского общества. Информационное право. Актуальные проблемы: теория и практика. С. 27–53. Ее же другие публикации по данной теме.

го, правового, что позволяет отслеживать его состояние и способность социума к новому этапу своего исторического развития.

3. Говорить об информационном гражданском обществе вообще – бесполезно. Исследование их природы и связи, взаимодействия возможно при систематизации современных форм субъектов-участников жизни общества систематизации их акторов с учетом их социально-политического статуса, во-первых. При выявлении роли каждого из акторов в формировании и обеспечении действенности государственных и правовых институтов, во-вторых. И, в-третьих, необходим мониторинг активности каждого из институтов гражданского общества в обеспечении общих и частных целей в ареале жизни общества в границах определенного государства или их союза. Конечно, можно ставить вопрос в глобальом плане, как это предложено М. Н. Марченко[1]. Однако сегодня на очереди вопрос достаточно острый и в масштабе одного геополитического субъекта – государства.

Рассматривая систему государственной власти и местного самоуправления в качестве участников (акторов) гражданского общества, выявляем органическую связь институтов государственной власти и местного самоуправления с другими его структурами. В первую очередь это граждане, представляемые как индивид, семья, нация, народность, *народ. Это и другие структуры гражданского общества:* бизнес-структуры, НКО, правозащитные организации; партии, общественные палаты и другие разнообразные общественные объединения; средства массовых коммуникаций, включая СМИ и другие формы формирования общественного мнения, церковь и т. д. *Этот подход ориентирован на оценку связи государственных и правовых институтов с другими составляющими гражданского общества и их места в новых условиях информационного развития*. Такая концепция позволяет двигаться в направлении ликвидации препятствий к цели информатизации с одновременным преобразованием деятельности органов государственной власти и местного самоуправления под воздействием развития всех других институтов в системе гражданского общества. Это логично, и тем более убедительно т. к. конституционный статус местного самоуправления в России (его режим) идентифицирует МСУ не как государственные органы, но как самостоятельный институт публичной власти.

В этой связи весьма полезны публикации специалистов информационного права ИГП РАН, работы И. Н. Барцица, а также постановка вопроса в теоретическом плане Ж. П. Бержеля. Речь идет о ликвидации информационного неравенства, о создании условий для развития личности, воспитания доверия в отношениях различных субъектов, а главное, об осознании необходимости мер к совершенствованию форм и методов

---

[1] *Марченко М. Н.* Указ соч. С. 152–170.

деятельности государственных и иных публичных структур в решении проблем развития цивилизованного информационного гражданского и правового общества. Для пояснения концепции связи характеристик общества как информационного, гражданского, правового воспользуемся формой таблицы, отражающей эту системную зависимость названных характеристик общества.

Структурно-функциональная схема элементов гражданского общества и их связь с информационным и правовым обеспечением

Акторы ГО – институции	Институты ГО	Информационное обеспечение	Правовое обеспечение

Такой подход позволяет наиболее продуктивно обеспечить правовой статус всех акторов (институций) гражданского общества и его институтов.

Через призму институтов гражданского общества возможно более точно и полно воздействовать на системное развитие таких новых образований как «электронное управление» (правительство), «электронный регион», «Электронная Россия» и «электронный гражданин», поиск и реализация инновационных мер в работе каждого из институтов гражданского общества и более емко представлять проблемы информатизации в области деятельности органов государственной власти и местного самоуправления. При всех условностях применения этих терминов реально формируются институты правового режима и безопасности информационных ресурсов, потоков информации. При этом обретают смысл технологии работы с ресурсом ИТ.

Опыт организации и координации работы специализированных информационных центров доступа к информации: порталов, сайтов, электронных и прочих СМИ; при обеспечении безопасности открытого и свободного доступа к информационным ресурсам и коммуникациям подтверждает рациональность и эффективность именно такого понимания гражданского общества. Инструментарий, выходящий на формирование сознания и поведения граждан, бизнеса, культуры, образования и других параметров современной жизни стал широким полем идеологической, политической, конкурентной борьбы в международном и государственном масштабах при обеспечении национальной в том числе информационной безопасности. И это надо учитывать.

Именно через институты гражданского общества и их информационный статус подтверждается установка, что общество – источник силы государственной власти и одновременно индикатор уровня его эффективности и состояния. Общество может искать пути действовать и жить как слаженный организм[1]. Такая модель гражданского информационно-

[1] *Марченко М. Н.* Указ соч. С 131, 138, 141, 148 и др. *Бачило И. Л.* Информационное право: Учебник для вузов. М.: ЮРАЙТ, 2009, 2011.

го общества не позволит государственной власти и иным структурам публичной власти утратить свою самостоятельность и «собственное содержание». На XI форуме «Петербургский диалог» в июле 2011 прозвучал вопрос о мотивах связи и зависимости развития гражданского общества и государства (читай системы государственной власти). Речь о совпадающих интересах и необходимости поиска общих приоритетов. Меняется не только соотношение ролей – граждан, общества и государства, одновременно трансформируются институты и смыслы государства, общества и граждан независимо от субъективных устремлений каждого из этих феноменов[1].

Задача юристов в этой ситуации – сосредоточить внимание на проблемах оздоровления и действенности организационных и правовых институтов в условиях смены парадигм развития. Ни революционные рывки (любого плана), ни движение с «головой, повернутой назад» не могут дать позитивного результата. Стоит задача уяснения смысла таких концептов как «гражданское общество», «государственность», «управление», «организация», «самоуправление», «общественное мнение», «общественное сознание», определяющих развитие современного социума в целом. Процесс расширения фронта гражданского общества выдвигает на *первый план вопросы о месте и роли органов государственной власти и органов местного самоуправления с силу того, что аккумуляция энергии многих институтов гражданского общества, обращена, прежде всего, к государственным структурам и ресурсам и качеству их использования.* По большому счету информатизация захватывает все институты государственной власти: представительную и законодательную власть; исполнительную власть и власть судебную, если придерживаться такого традиционного моделирования системы власти. Это система управления делами общества и государства в широком смысле. Чаще всего, термин «управление» относят к системе деятельности органов исполнительной власти. В данной публикации затрагиваем именно эту сторону государственных институтов, представляемых органами исполнительной власти и местного самоуправления, иными словами всей архитектурой Администрации государства. До тех пор, пока не произойдет перевод органической и функциональной деятельности ОГВ и МСУ на широкое использование информационных технологий, говорить о реализации стратегий и планов в области развития информационного общества и нового качества управления с привлечением сил всех участников гражданского общества не придется. А показатели по этому параметру для России можно

[1] Заметим, что и на XII Международном политическом форуме в Ярославле этому вопросу было уделено внимание. Но в выступлении Министра связи и массовых коммуникаций РФ прозвучал тезис все же об отставании государственного сектора в инновациях на основе информационных технологий.

назвать пока очевидно неутешительными, хотя все более заметны прорывы устаревших методов работы администраций.

Изучение российского и зарубежного опыта подтверждает этот тезис. По России сошлемся на концепцию и иные решения в Татарстане, Хантны-Мансийском автономном округе-Югра, в других регионах, отнесенных к первой десятке в этом движении. Интересен опыт сочетания административной реформы с реализацией программ по информатизации, например в Казахстане[1]. Большое поле для сравнения предоставляют материалы исследовательской программы, реализованной Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ и Университетом Париж 1 Пантеон Сорбонна[2]. И результаты этого исследования подтверждает важность внимания к понятиям и терминам, и смыслам, без должного нормативного оформления которых сложно ожидать однозначного понимания и использования как административных, так и информационных, а тем более, кадровых, ресурсов управления.

Профессор парижского университета Сорбонна Ж. Марку в процессе сравнительного анализа проблем административных актов и процедур в ряде европейских стран замечает, что в российском законодательстве понятие «государственный орган», а также, «государственный орган исполнительной власти» используется часто, однако определения его нет. То, что предложено в ФЗ «Об обеспечении доступ к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», касается перечисления таких органов, но не определения их по целям или содержанию их деятельности. Такой же подход можно увидеть и на примере ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», где отсутствует определение услуг по существу и дан лишь перечень услуг по источникам их оказания – государственные и частные. И этот исследователь российского опыта согласен с тем, что в правовых дефинициях нуждаются такие определения как «административный ресурс», «административный барьер», «регламентационная власть», «регламентирование», «регламент», «административные процедуры»[3]. Отсутствует и единое понимание таких понятий как «функции», «операции», «действия»[4] – концептов важных для выше названных терминов и их понятий.

---

[1] *Юртаев А. Н.* Основные подходы к созданию «электронного правительства» на региональном уровне // Государство и право. 2010. № 2.

[2] Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М., 2011.

[3] Там же. С. 70–92.

[4] Эти проблемы разработаны еще в начале XIX века М. М. Сперанским, поставлены перед правовой и управленческой науке и практике в 70–80 годах прошлого века как в США, так и в СССР. Они давно решены в практике и административной науке Франции и других государствах, где существует органическое (статутное) законодательство.

Особое значение для продуктивного участия любой отрасли права, включая и информационное, в регулировании экономических, политических, социальных и др. отношений имеет понимание ***социальной и экономической сущности идущих процессов***.

Имеющиеся информационные ресурсы предназначены для отражения состояния всех параметров жизни общества, как и мониторинг наличия и действенности правовых и организационных регуляторов, включая активное участие гражданского общества. Специалисты отмечают, что наша страна по объему информационных ресурсов занимает одно из ведущих мест в мире. Но по показателю использования этих ресурсов она заметно отстает от ведущих стран[1].

Сектор информационного права ИГП РАН уделил особое внимание таким проблемам как раскрытие сути *социальности российского государства* и зависимости государственных и муниципальных услуг – его сервисной функции от решения общих социальных и экономических проблем в условиях глобальной информатизации и широкого развития сетевых средств коммуникации. Пробным камнем в определении эффективности ИКТ стала область взаимодействия государственных и муниципальных структур в предоставлении публичных услуг гражданам и организациям. Не будучи готовым к информационно-техническому обеспечению всей функциональной системы управления через отраслевые, ведомственные и региональные структуры управления (здесь процесс информатизации идет фрагментарно) государство пока сосредоточило внимание на одной группе функций, а именно, на предоставлении государственных и муниципальных услуг.

Эта сторона информационного развития инициировала разработку таких вопросов как *соотношение социального и сервисного государства, степень патернализма в отношениях власти и индивида.* Специалистами сектора опубликованы несколько статей на эту тему. Кроме того, силами сектора реализовано участие в работе по подготовке проекта Федерального закона об организации предоставления государственных и муниципальных услуг. Использование приема подготовки *альтернативного проекта от имени ИГП РАН* относительно проекта других разработчиков, представленного в Государственную думу и прошедшего первое чтение, удалось повлиять на уточнение названия и частично на содержание этого закона[2].

Решение общих проблем организации публичного управления в условиях информатизации нуждается в более тщательном соблюдении принципов его организации с учетом задач, целей, направлений и со-

---

[1] *Юсупов Р. М., Заболотский В. П.* Указ соч. С. 478.

[2] Обоснование проекта ФЗ «Об общих принципах предоставления государственных и муниципальных услуг» // В кн. Условия реализации прав граждан и организаций на основе информационных технологий. М.: ИГП РАН 2010. С. 224–244.

держания деятельности органов исполнительной власти – их функций; методов и средств реализации компетенции соответствующих органов – их полномочий (прав и обязанностей); нормативного закрепления ответственности органа и его персонала.

Неблагополучное состояние этой стороны организации деятельности государственного механизма подтверждается все более активными импульсами как снизу – от населения, так и со стороны самих служащих.[1]. Эта ситуация получила отражение в Постановлении Конституционного Суда РФ №14-П от 30 июня 2011.[2] Постановлением признана правомерность «публичного выражения государственным служащим своего мнения, суждения, оценки, в том числе в средствах массовой информации, относительно деятельности государственных органов, их руководителей, включая решения вышестоящего государственного органа, в котором гражданский служащий занимает должность гражданской службы, если это не входит в его обязанности. При оценке правомерности действий государственного гражданского служащего или сотрудника милиции (полиции) необходимо учитывать содержание допущенных им публичных высказываний, суждений или оценки, их общественную значимость и мотивы, соотношение причиненного (могущего быть причиненным) ими ущерба для государственных или общественных интересов с ущербом, предотвращенным в результате соответствующих действий государственного служащего, наличие или отсутствие возможности у государственного служащего защитить свои права или государственные либо общественные интересы, нарушение которых послужило поводом для его публичного выступления, иными, предусмотренными законом способами и другие значимые обстоятельства».

В широкой трактовке гражданского общества одновременно с включением в структуру его и органов государственной власти, а в состав институтов гражданского общества института государственного управления стоит и вопрос о позиционировании сферы производства, бизнес структур, всей экономической системы с ее многообразием форм собственности. Этот вопрос существенно затронут в монографии М. Н. Марченко. [3] Но представляется. Что он нуждается в специальном рассмотрении.

---

[1] ВЦИОМ, представляющий мнение граждан о работе федеральных министерств, констатирует, что из 25 министров планки одобрения и неодобрения преодолели только шесть министров. Наблюдатели отмечают, что рейтинг министров по признаку одобрения деятельности колеблется от 10 до 30% (Министров не знают и не любят. Граждане признались в этом ВЦИОМу. Коммерсантъ 13 июля 2011).

[2] Постановление КС РФ по делу о проверке конституционности положений п. 10 части 1 статьи 17 ФЗ « О государственной гражданской службе Российской Федерации и статьи 20(прим) Закона РФ « О милиции в связи с жалобами граждан Л. Н. Кондратьевой и А. Н. Мумолина» // Российская газета. 13 июля 2011. С. 18.

[3] *Марченко М. Н.* Указ соч. С. 171–230.

3. О барьерах на пути динамики правовых институтов в условиях гражданского и социального информационного общества

В сфере правовой науки, а еще более в юридической практике, происходит аналогичная инверсия понятий и терминов как и в случае с терминами «государство» и «система власти». Все чаще встречаем слово «право», когда имеем в виду «закон». Можно сказать, что на этой почве появилась теория «неправового закона», в которой недостаточно учитывается самостоятельность каждого из названных концептов.

«Право», как представляется, концепт изначальный, смысл которого в обозначении и отражении понимания и последующей оценки справедливого, праведного решения в различных ситуациях и отношениях в социальной среде. Это скорее философский, исходный в теории права и квалификации построения систем права концепт в масштабах исторически формируемого общества. Великое множество работ, специальных исследований посвящено в теории права проникновению в сущность этого феномена, который можно рассматривать как постулат самоопределения, самоорганизации народов, наций, государств.

Шестидесятые годы двадцатого столетия дали новый импульс к постижению системности в сфере права. Раздел второй уже упомянутой работы М. Н. Марченко по сути и посвящен данному вопросу. Обобщая работы В. Н. Кудрявцева, Д. А. Керимова, А. К. Черненко, В. Г. Афанасьева, имеющих своим истоком работы не только дореволюционных юристов России, но и исследователей систем в эпоху расцвета кибернетики (Юнга, Садоского, Юдина и др) , он интегрировал проблемы системного характера права, и это дает возможность активизировать решение вопросов теории и методологии в данной сфере сегодня. В итоге формируется многофакторная модель понимания и использования системы права, которая включает: охват более широкого спектра правовой реальности, как «правовая система общества»; исследование объяснения сущности и содержания правовой материи – ее связи с конкретно-историческими механизмами обеспечения ее функционирования и развития; рассмотрение правовой материи как целостного явления не только самого по себе, но в комплексе с аналогичными ему по характеру – целостными, относительно самостоятельными эко и иными явлениями: экономическими, социально-политическими и др.; системное исследование не только как метод науки самой по себе, но и управления, производством, социальной и духовной жизнедеятельностью общества, в том числе сферы политики и правового регулирования общественных отношений; более точное и целенаправленное определение основных путей формирования вновь образуемых и развивающихся правовых систем[1].

---

[1] *Марченко Н. М.* Указ соч. С. 247–248; *Керимов Д. А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000; *Афанасьев В. Г.* Системность и обществом. М., 1980; *Аверьянов А. Н.* Системное познание мира. Методологические проблемы. М., 1985;

Согласимся с тем, что идеология модернизации призвана все же обеспечить подвижки, как в практике, так и сознании значимости роли государственной власти и самих граждан – молекул движения к идеалу – национальному типу государственности. Здесь высвечивается и роль права: если страна не свернет с этого пути, считают исследователи, то впервые в истории будет достигнут компромисс между **свободой**, ведущей в своем абсолютном выражении к анархии и развалу государства, бунту и междоусобицам, и **справедливостью**, порождающей в своих крайних формах деспотию и тоталитаризм.

К сожалению, исследования системности права часто сворачивают на путь рассмотрения системы законодательства, правотворчества в области позитивного права. С этой точки зрения привлекает работа В. Н. Карташова, который системность права представляет в единстве триады: совокупность норм, издаваемых или санкционируемых тем или иным государством; системность законодательства внутри самой системы права, (исследование иерархии нормативных актов, их юридической силы в процессе взаимодействия разных уровней НПА); и, наконец, правовая система общества, выступающая как единый комплекс правовых явлений. Через право (закон) при приоритете системы государственной власти обществом «осуществляется целенаправленное воздействие на поведение людей, их коллективов и организаций и юридическое обеспечение (обслуживание) разнообразных сфер общественной жизни».[1]

Если понимать юридическое обеспечение как *организацию* жизнеобеспечения разных форм и потребностей общества *в рамках законности на каждый конкретный период его истории,* то это *самая близкая формулировка проблемы системности и методологии права в условиях развития гражданского и информационного общества.* Исследования в области организации государственной администрации и развития информационного общества в целом, включая наблюдения за состоянием и продуктивностью правового информационного ресурса ,находятся, в основном, в стадии ожидания.

Для обеспечения действенности данного подхода считаем важным сформулировать еще одно правило в области системно организованного законодательства и подзаконных форм его развития, а так же применения позитивного права к живым отношениям любых субъектов в обществе. Правило методологического свойства можно изложить в краткой формуле связи таких компонентов как: **«ПРАВО» – «ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО» – «ПРАВА».** Такая формула позволяет перейти от «права», как идеологии, науки, правосознания о должном и справедливом, к

Черненко А. К. Теретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск. 2004 и др.

[1] *Карташов В. Н.* Теория правовой системы общества: Учебное пособие. В 2-х томах, т.1. Ярославль, 2005. С. 44–49 и др.

нормативному закреплению этих виртуальных идеологем, к легитимному закреплению принципов реализации права. Это требует принятия федерального закона о нормативных правовых актах РФ или закона о законодательстве РФ. И только после этого и на этой основе можно *обеспечить действенность и права и закона* через концепт «ПРАВ**А**» конкретных пользователей правовыми установками и нормами, условиями их реализации приближенной к справедливости.

Записанная норма обычая, других форм естественного права становится реальным мерилом свободы и ориентиром для выстраивания общественных отношений и поведения различных субъектов – мерилом (индикатором), установленным соответствующей структурой власти – законодательным органом или судом в случаях реализации общего права.

Основной формой реализации права, как идеи и правосознания в его виртуальной форме, является его нормативное выражение в законах. Это явно прослеживается не только на системах континентального права, но и на возрастании доли нормативного регулирования отношений в странах судебного прецедента. А с другой стороны, повышением роли постановлений конституционных судов в странах позитивного правового регулирования.

Обострение внимания к решению социальных задач общества в условиях кризиса системы современного капитализма (можно сказать – новой волны финансового империализма) существенно влияет на структуру национального законодательства во всех развитых и развивающихся странах. Проблемы миграции, здравоохранения, сокращения периода пенсионного обеспечения, перестройка систем образования в условиях возрастания значения человеческого фактора требуют неотложного внимания *под влиянием процессов информатизации и адекватного изменения методов правового регулирования*. Это касается правовых институтов в том числе: Объективного процесса *социализации интересов общества и соответствующих подвижек в самом правовом регулировании* общественных отношений. (Существует мнение, что этот фактор знаменует революционный шаг в трансформации институтов и государства и права); Установления связи и зависимости таких категорий и их правовых дефиниций как *«администрация», администрирование, административный ресурс, административный барьер, административное вмешательство;* Уточнения *режима правовых актов,* как по их источнику, так и по сфере их применения; с*инхронизация материального (предметного) регулирования и процессуальных форм их реализации*; Выявления категории «*правовая значимость»* применительно к нормативным правовым актам, индивидуальным административно-правовым решениям (административным актам) органов исполнительной власти, а также к иным формам представления правовой документированной информации; Легитимации форм выражения властных функций и полно-

мочий в деятельности *органов публичной власти и юридически значимых актов негосударственных органов – их правового статуса.*

Почему важно правовое решение и оформление названных вопросов? Рассмотрим их значение по порядку.

1) Самым главным фактором при поиске ответа на первый вопрос является констатация факта *активного процесса социализации интересов общества и социализации целей права и его нормативного оформления – условий культуры демократического и правового государства и общества.* Глобализация экономических процессов, изменение культурологической среды, сопровождаемые информационной революцией, более глубокое осознанние значения общественного сознания и активности не элитарных слоев населения мира, выполняет роль стимулятора дислокации в области социальных преобразований. Уместно привести цитату из наследия историка России Ф. В. Тарановского, находившегося в эмиграции, но пристально изучавшего ситуации в России после революции. Отмечая две главных отличительных особенности российской государственности в своей публикации 1925 г., он назвал: «1. Сначала тягловый, а затем жертвенный характер русской государственности и 2 – Преобладание в ней начала общего над индивидуальным, приведшее к тому, что русская государственность в правовом отношении строилась по системе объективной законности, а не по системе субъективных прав».[1] Сегодня переживаем путь устремленный к балансу общественного и индивидуального в гражданской и государственной жизни.

Социализация правовой сферы проявляется не только в неизбежности изменения роли государства в расширении сферы своих волевых решениях под давлением, выше названных сфер интересов населения каждого государства. Назовем еще один фактор объективного характера, влияющий на дислокацию в системе правового информирования и взаимосвязи власти и других субъектов гражданского общества. Это *изменение смысла концепта «прямые и обратные связи».* Длительное время под «прямыми» потоками информации в юридической и социальной литературе понимались потоки, исходящие преимущественно от органов государственной власти или от отдельных должностных лиц. А под «обратными» – подразумевался отклик на эти прямые потоки воли (предписания, указания) государственных структур, обеспеченные разными формами разъяснения и принуждения. Но уже с конца XX века ситуация делает весьма заметный поворот. Первичными, и прямыми все более становятся импульсы, идущие от граждан и их ассоциаций как структур гражданского общества. Общественное мнение (opinion) при-

---

[1] *Тарановский Ф. С.* Государственная культура России / Русская культура . Белград., 1925. С. 62–65. Цит. по *Бондарева Е. А.* «PAX ROSSICA или концепция русской истории.». Сборник русского исторического общества Правда истории . т. 11(150). М.: Русская панорама. 2011. С. 333.

обретает приоритет, и часто становится запросом к авторам правотворчества. Эта очевидная тенденция пока еще упирается в стиль работы законотворческих органов, не лишенных влияния лоббизма, коррупции, бюрократии. Но начало положено.

И все же при этом активно муссируется вопрос о свертывании роли, *«вмешательства», экспансии государства в объективно развивающиеся формы жизни общества*, без учета того, что эти процессы идут на основе правового регулирования связи власти государственной и иных форм функционирования общества. Со ссылкой на ряд американских исследований модернизации государства М. Н. Марченко цитирует одну из работ относительно идеи современного государства: «никогда не было четко фиксированных граней между тем, что называется государством, и тем, что именуется гражданским обществом. Эти грани постоянно изменялись, поскольку изменялись социально обусловленные и исторически, а не естественным путем устанавливаемые сферы публичных и частных отношений, лежащих соответственно в основе государства и гражданского общества»[1]. Признаки нарастания социализации законодательства, расширения платформы формирования права как исходной категории можно отнести к факторам объективного характера. И они затрагивают проблему усовершенствования законодательства национального, международноего и соответствующую практику правоприменения.

2) Второй и третий вопросы касаются процесса динамики правовой системы, который зависит от множества факторов объективного и субъективного свойства. Если сосредоточить внимание на сфере деятельности администрации государственной и местного самоуправления, то необходимо получить более ясные ответы на вопросы о правовых понятиях. Это касается определений, производных от понятия «администрация», которыми повседневно оперирует система и законотворчества и система правоприменения. *Администрирование* – ь процесс реализации законов (законодательства) в масштабе функций и полномочий органов государственных и муниципальных методами, свойственными исполнительной власти. Властный *административный ресурс* определяется именно этими позициями правового статуса каждого административно-властного субъекта. В его пределах формируются и используются другие ресурсы: финансовые, кадровые, информационные. Степень гармонизации административных ресурсов различных субъектов с действующим законодательством (к его составу относим Конституцию РФ, федеральные законы, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ и соответствующие нормативные акты государственной власти субъектов РФ) определяется системностью, актуальностью, доступно-

---

[1] См. *Mellennan G.* Held D/ Hall St/(end str) The Idea of Modern State. Philadelphia. 1984. P. 9–27. Цитирую по Марченко М. Н. С. 138.

стью и открытостью, как самого законодательства, так и нормативно-правовых подзаконных актов в системе государственной администрации. Административного властного ресурса у субъекта исполнительной власти, т. е. совокупности его прав и обязанностей, точности определения его сферы и целей деятельности – может быть: а) *достаточно, б) мало, в) много*. Случаи б) и в) означают размытость, неопределенность его компетенции и ответственности. А это, в свою очередь, порождает основания судить об административной системе так, что возможно действовать и не в рамках закона – искать пути обойти его. Необоснованность властно-административных полномочий и условий их реализации влечет состояние неудовлетворенности результатами функционирования той сферы, за которую администрация отвечает. Так возникает феномен *«административного барьера»* и необоснованного «*административного вмешательства*». Административные акты начинают квалифицироваться как незаконные, излишние. Такая ситуация создает основу для нарушений как со стороны самой администрации (ее персонала), так и со стороны субъектов, которые желают преодолеть, обойти законно установленный уровень регулирования и регламентации работы исполнительной власти и порядка отношений ее с подведомственными сферами организации. *Создается коррупциогенное поле, в котором реализуются двусторонние, а возможно, и многосторонние отношения коррупции.* Федеральный закон «О борьбе с коррупцией» предлагает ряд направлений преодоления этой болезни администрации. Исследования причин и форм коррупциогенности законодательства и системы управления за последнее время значительно продвинулись. Процесс пресечения этого явления поддержан федеральным законом. В практике управления эти подвижки менее заметны, несмотря на множество мер, в частности установления регламентов по учету доходов различных категорий государственной службы, разработок различных методик. Не имея законно обоснованного и установленного порядка реализации процедур решения конкретных дел, стороны административных отношений начинают действовать по интересу, понятиям, за дополнительную мзду и т. п. при обосновании и мотивации своих действий. (Э. В. Талапина, И. Л. Бачило). Весьма продуктивным в борьбе с коррупциогенностью самих нормативно-правовых решений является привлечение будущих субъектов-исполнителей этих актов администрации к экспертизе проектов отраслевых и ведомственных правовых актов. Порядок такой экспертизы и общественного обсуждения проектов НПА на уровне форумов, более узких совещаний субъектов бизнеса, инвестиций и т. д. отрабатывается в Общественной палате, в РСПП и на этой основе может быть нормативно легализован. Концепция, на основе которой сектор реализует свои возможности в области совершенствования информационного законодательства, стремится вести разработку предложений и представлять экс-

пертные оценки в этой области в процессе подготовки проектов нормативно-правовых актов. При этом учитываются неблагоприятные факторы в области обеспечения информационной безопасности, источники конфликтов в информационной сфере, уровень гармонизации и возможной кодификации информационного законодательства, включая проблематику процессуального информационного законодательства[1].

К сожалению, нельзя пока сказать, что информационное законодательство находится в хорошем состоянии. Нормативно-правовая база развивается интенсивно, а не экстенсивно. Часто создаются времянки вместо фундаментальных правовых условий. Почти все принятые за последние годы ФЗ находятся в переделке, включая и только что принятые поправки и дополнения в ФЗ «Об ЭЦП». Находятся в «переплавке» федеральные законы «Об информации…», «О персональных данных», другие. Тем самым накапливается правовая «бижутерия» для освежения законов и кодексов. Ознакомление с направлениями работы Комитета ГД по Информационной политике и ИТ пока не внушают оптимизма.

Если обратиться к вопросу об *уточнении режима правовых актов с учетом их адреса создания и специфики правоприменения и исполнения, то выявляется ряд проблем* синхронизации *материального и процессуального* законодательства, что особенно заметно на процессах информатизации административных систем. И в этом случае сталкиваемся с неопределенностью таких терминов, как « организация», «регулирование» , «регламентация». Рассматривая всю совокупность административных (управленческих) *методов организации* деятельности (administrating), (gouvernmence), то в значительной мере реализуется он правовыми средствами «регулирования» и «регламентации». Указ № 314 2004г. устанавливает, что министерства самостоятельно осуществляют *регулирование* в установленной сфере деятельности и что это его полномочие осуществляется на основе федеральных конституционных законов, федеральных законов, актами Президента РФ и Правительства РФ. Практика показывает, что министерства и другие федеральные органы самостоятельно решают вопросы *регламентации* деятельности, установления порядка и процедур реализации функций и отдельных полномочий этих органов без учета вышестоящих по системе нормативно-правовых актов. В связи с социализацией управления за последние годы усилено внимание к процедурам выполнения функций этих органов, а следовательно – к методам регламентации[2]. И в этой связи значение процедурного характера и соответствующих процессуальных НПА возрастает в разы.

---

[1] Конфликты в информационной сфере. Материалы теоретического семинара Сектора информационного права М.: ИГП РАН, 2009; *Арешев А. Г., Бачило И. Л., Сергиенко Л. А.* Персональные данные в структуре информационных ресурсов . основы правового регулирования. М.: ИГП РАН, 2006.

[2] Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М. 2011.

В сфере отношений реализации ответственности действуют процессуальные кодексы (УПК, ГПК, АПК, КоАП), но проблемы системной регламентации процедур и должное их оформление в области позитивной администрации (управления) до сих пор не проработаны. Поток административных регламентов не решает этой проблемы. Со ссылкой на работу К. С. Бельского и работы Ю. А. Тихомирова и ряда других юристов Директор ИЗИСП при Правительстве РФ Т. Я. Хабриева подчеркивает, что принципы административного права в отечественной науке не разработаны[1]. В статье «Административные процедуры и административные барьеры: в поисках оптимальной модели соотношения» она поддерживает определение административной процедуры как «системы взаимоувязанных властных действий, основанных на реализации материальных и процессуальных норм права при предоставлении гражданам и организациям материальных и нематериальных услуг». Вместе с тем обращено внимание на разрыв в процедурах внутренней деятельности органа и его внешних контактов. И все же, поставленная тема соотношения процедур и барьеров в административной деятельности в наибольшей мере ориентирована на выработку критериев формирования процедур подготовки и принятия административного акта. Но в меньшей степени затрагивает тему процедур, связанных с реализацией самой материальной деятельности органов исполнительной власти – с привязкой процедур к функциям и операциям непосредственной созидательной или контрольной их деятельности.

Ю. А. Тихомиров подходит к вопросу об административных процедурах шире. «Исходным пунктом является правильное определение компетенции органа, т. е. предметов ведения как объектов воздействия (сферы полномочий), ответственности и ресурсов, необходимых для выполнения полномочий»[2]. И он также признает, что практика далека от этого. Действительно пока отсутствует практика классификации функций органов исполнительной власти и операций, которые их обеспечивают в процессе организации деятельности субъектов в определенном сегменте сферы ведения, ожидать видимых и измеряемых результатов проблематично.

В настоящее время большое внимание уделяется преимущественно сфере предоставления государственных услуг, но услуги государственные и муниципальные, технология «одного окна» не раскрывают в полной мере весь функциональный фронт работы этих органов. Типовые регламенты, принятые в 2006г., оцениваются как завершение работы. Вместе с тем поиски более точного процедурного исполнения функций и полномочий органов исполнительной власти все более требуют вни-

---

[1] Там же . с. 109.
[2] Там же. С. 238.

мания. В федеральном законе «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» содержится глава «Административные регламенты». Однако, и это не позволяет выявить отношения и конкретные процедуры в области всего фронта межфункционального взаимодействия разных органов исполнительной власти даже относительно услуг. Межведомственного аспекта регламенты пока касаются минимально. При этом и услуги и все остальные функции отраслевого и ведомственного управления остаются без процессуальной основы их деятельности.

Для такого масштабного сдвига необходим и другой код для государственной администрации. Стоило бы разработать институт *«административного ресурса»* в условиях информационного управления. Не ослабляя борьбы против злоупотребления этим ресурсом, с административными барьерами, а подумать о новых, позитивных возможностях Администрации. На первом плане должна находиться *интеграция административного позитивного ресурса в обеспечении общенациональных целей*; поворот аппарата лицом к человеку через образование кадров, их профессионализацию, более тесного сотрудничества с наукой. Этот ресурс пока интерпретируется как принуждение, контроль, надзор за упущениями и нарушениями, как говорил в свое время М. М. Сперанский, для «уловления» нарушений законов. В то *время как требуется изменение культуры управления и обновление методов и форм позитивной организационной деятельности государственной администрации*. Выдвинутое сектором информационного права предложение о принятии федерального закона, обеспечивающего порядок информационного взаимодействия ОГВ и МСУ между собой и с другими организациями, нуждается в полигонной проверке при его ориентации на всю сферу государственного и муниципального управления.

В связи с затронутыми вопросами находится и проблема процессуального обеспечения применения электронной подписи. Обновленный федеральный закон об электронной подписи (2011) не затрагивает вопроса, какие категории служащих, и при каких обстоятельствах обязаны использовать определенную категорию такой подписи. В данном законе или в законе «О государственной гражданской службе» (равно как и о других государственных и муниципальных службах) необходимо установить ранжирование должностей в государственном аппарате относительно их обязанности применять простую, квалифицированную электронную подпись или ЭЦП.

Остановимся еще на одном, приобретающем все большую остроту, вопросе – юр*идической значимости нормативных правовых актов,* особенно индивидуальных актов, получивших широкое развитие в связи с социализацией управления и предоставления государственных и муниципальных услуг.

Категория «юридическая значимость» до сих пор не имела статуса правовой дефиниции и применялась скорее как термин, используемый в процессуальной правовой сфере в обычном порядке. Генеральным понятием, позволяющим различать правовые акты по источнику их издания и по сфере правоприменения, включая и исполнение, является категория «правовая сила» закона и иных правовых нормативных актов. Эта тема имеет свое место в теории права и получает различные научные интерпретации. Категория же «юридическая сила» в последнее время в связи с развитием социального законодательства и процессуального регулирования в данной области с учетом широкого применения информационных технологий и систем коммуникации ставит новые проблемы. На первом плане необходимость формирования правовой и информационно-правовой грамотности населения, но еще прежде обеспечение правовой грамотности самих служащих правоприменительной, правоохранительной, судебной систем, всей сферы деятельности органов государственной власти.

Наиболее явно эта потребность проявляется в связи с применением электронной формы документов и применения электронной подписи в качестве одного из реквизитов электронного документа. Проблеме подписи даже официальных правовых актов в науке уделяется внимания не много. В проектах федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» в большинстве случаев этот вопрос как бы и не возникал. Как известно и до сих пор этого ФЗ в России нет. Но *вопрос о юридической значимости официальных документов индивидуального характера*, да еще и в электронной форме, игнорировать нельзя. Это важное условие для всей управленческой практики, и тем более для системы судебной.

Массовость предоставления государственных и муниципальных услуг, любое решение относительно подтверждения конкретного ПРАВА и ОБЯЗАННОСТЕЙ индивида или организации в рамках полномочий органов и должностных лиц от имени государственной власти вписывает эту проблему в юрисдикцию определенного государства. Разрешение индивидуальных проблем позитивных или в области несения ответственности за правонарушения в этой области правовой жизни органически встраивается в линейку, которая нами выше обозначена как: ПРАВО-ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ-ПРАВА субъектов права. Только через реализацию прав конкретных субъектов право и закон становятся живыми и обретают юридическую силу.

Для закона и других видов нормативно-правовых актов категории «правовая сила» и «юридическая значимость» почти не различимы. Хотя учет времени принятия НПА, его цели могут влиять на их значимость при квалификации судом определенных правонарушений.

В связи с информатизацией управленческих процессов и установки на максимальный переход делопроизводства и документооборота в электронную форму проблема квалификации официальных и иных документов, исходящих от государственного органа к субъекту запроса, субъекту-исполнителю, а также к другим государственным и муниципальным органам, становится «горячей» и требует решения. В процессуальном плане эта проблема многогранна, и нуждается в специальном рассмотрении. Концептуально она может выглядеть следующим образом. 1) Категория «юридическая значимость» документа или иной формы официальной информации касается в основном правовых индивидуальных актов, но затрагивает и область не правовых актов в виде простой переписки, обмена информацией между органами, а также их конфидентов при выдаче и использовании различных справок и консультаций в электронной или просто устной форме. 2) По запросу государственным или муниципальным органом через системы «одного окна», межфункциональные информационные центры –МФЦ, Общегосударственный информационный центр – ОГИЦ, региональные центры доступа к электронным системам могут быть выданы официальные справки, выписки из баз данных, выписки из других документов официального характера, а также исполнены конкретные действия по решению проблемы гражданина или организации . Такие документы, в зависимости от сложности проблемы удостоверяются простой личной подписью, электронной подписью, а в необходимых случаях квалифицированной электронной подписью. В особых случаях – ЭЦП. В*ажнейшим условием юридической значимости документа является ответственность органа государственной власти, от имени которого такая юридическая информация предоставляется.* В связи с нормативным упорядочением порядка применения электронной подписи в области использования электронного документа *неизбежны изменения и дополнения в ранее принятых ФЗ*: Об информации, информационных технологиях и о защите информации, в ФЗ О персональных данных, Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг, а также *ускорить принятие ФЗ « Об информационном взаимодействии органов государственной власти местного самоуправления между собой с гражданами и организациями».* 3) Распространение форм аутсорсинга в системах государственного управления в процессе предоставления услуг и обработки другой служебной информации *порядок подписания электронного документа обязательно должен быть зафиксирован в уставе соответствующей организации и в соглашении с ней государственного органа, передающего свою функцию организации, работающей на условии аутсорсинга.* Таким порядком подтверждается юридическая значимость документов и действий, исполняемых в режиме современных информационных технологий. Законом федерального уровня должен быть

подтвержден и порядок признания таких электронных документов и решений и сделок, другими органами государственной власти, в том числе и судами. 4) Чрезвычайно важно нормативным федеральным актом установить *порядок определения срока действия правового индивидуально акта или аналогичного электронного документа в органах и организациях, в которых такие документы используются их получателем при реализации и защите своих прав*. Немало примеров, когда в ходе оформления полного комплекта необходимых для оказания услуги документов (сведений) срок первых документов заканчивает свое действие.

Ярким примером сложности подбора исходных документов для ответа на запрос гражданина или организации являются передачи первого канала по темам ЖКХ и др. Возникает целая полоса правонарушений и конфликтов на этой почве. Обобщая практику работы с правовыми источниками в процессе решения задач по оказанию услуг, и учитывая недостаточную правовую подготовленность служащих государственных и муниципальных органов, приходим к выводу о полезности создания такого направления по обработке правовой информации как правовая логистика. По каждому виду услуг заранее могут быть подготовлены пакеты норм (стандартные наборы), согласно которым учитываются индивидуальные данные, необходимые для оформления решения по запросу гражданина или организации. Это обеспечит полноту, актуальность, сокращение срока выполнения услуги. Этот же подход может быть распространен и на область выполнения функций самими органами государственной и муниципальной власти.

Сказанное лишний раз подтверждает необходимость проработки проблемы о создании информационного процессуального кодекса, который бы позволил аккумулировать уже известные процессуальные правила, рассредоточенные по разным законам и не всегда согласованные между собой. Кроме того, такой кодекс значительно упростит законодательство материального характера и создаст импульс кодифицировать и весь массив информационного законодательства.

Рассмотренные вопросы, отражающие воздействие объективных процессов развития информационного общества, значительно усиливают понимание системной природы, системности как самих информационных процессов, так и формирования отрасли информационного права – его нормативной части и правосознания. Нельзя сказать, что уже удается обозреть все проблемы, связанные с эволюцией институтов государственного управления и некоторых институтов права под влиянием развития информационного общества и неизбежного при этом изменения в понимании гражданского общества. Автор ставил перед собой задачу привлечь внимание к данной проблеме.

Библиографический список:

1. *Шалютин Б. С.* Становление права // Государство и право. 2011. № 5.

2. *Чиркин В. Е.* Конституция и современные модели публичной власти: идеологемы и реалии // Государство и право. 2011. № 6.

3. *Гулиев В. Е., Колесников А. В.* Отчужденное государство. М., 1998.

4. Информационное право. Актуальные проблемы : теория и практика / Под ред И. Л. Бачило. М.: Юрайт, 2009.

5. *Лукас Э.* Новая холодная война. Как Кремль угрожает России и Западу». СПб: ПИТЕР, 2009.

6. *Пристланд Д.* Красный флаг: история коммунизма / Пер. с англ. М.: Эксмо, 2011.

7. *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации. М.: Проспект, 2011.

8. *Зорькин В.* Как сохранить государство // Российская газета. 13 сентября 2011.

9. *Юсупов Р. М., Заболотский В. П.* Концептуальные и научно-методические основы информатизации. СПб: Наука, 2009.

10. *Юсупов Р. М., Заболотский В. П.* Информационное право: актуальные пробемы науки и практики. М.: Юрайт, 2009.

11. *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации. М., 2011.

12. *Юртаев А. Н.* Основные подходы к созданию «электронного правительства» на региональном уровне // Государство и право. 2010. № 2.

13. Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М., 2011.

Проблемы государственного строительства и публичного права

Эволюция избирательной системы в России: предварительные итоги

избирательная система; итоги; демократия; реформация; партия

И. Г. Шаблинский[1]

доктор юридических наук, кандидат философских наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

1. Изначальный вектор

В повестке дня демократической реформации 1989–1990 гг. вопрос о смене избирательной системы стоял едва ли не первым. Суть его по выражению Солженицына состояла в том, чтобы от «мартышечьих» выборов советского образца перейти к свободным, с реальной конкуренцией партий. (В ту пору обратный процесс трудно было себе и представить). Ни у кого тогда не вызывал особых сомнений и ключевой смысл данной реформы: свободные выборы – одна из гарантий от произвола политиков, стремящихся находиться у власти неограниченно долго. Данная гарантия, впрочем, бесполезна без подключения, как минимум, двух других: свободы деятельности СМИ и свободы политических партий. О взаимосвязи и взаимодействии этих условий российские избиратели получили представления уже в 1990 году – в ходе первых сопровождавшихся политической борьбой выборов в российский парламент.

Отметим этот момент. Политический расклад сил ещё не раз менялся, но более или менее обозначился вектор развития избирательной системы: в сторону укрепления и усиления данных гарантий.

---

[1] Автор в 2003–2004 гг. занимал должность начальника Информационно-аналитического отдела Центризбиркома России.

Далее мы рассмотрим некоторые аспекты эволюции нашего избирательного права. Об этом писалось не раз, но не грех будет еще раз напомнить – по порядку, по хронологии. Характеризуя их, мы должны будем затронуть ряд проблем, лежащих на границе права и политики – например, проблемы политического режима.

Пока в парламенте не сложилось монополия одной руководящей и направляющей фракции, политические соперники шли путём соглашений и компромиссов. Тем самым они постоянно, шаг за шагом укрепляли правовую базу указанных свобод. В этом заключалась общая выгода. Соперники не доверяли друг другу, и каждую новую норму рассматривали с точки зрения взаимного контроля. Именно этим, например, объясняется порядок формирования Центризбиркома, согласованный в 1994 г.: по пять его членов назначаются от каждой из палат парламента – в которых тогда был достигнут сложный баланс сил, и ещё пять – от главы государства, у которого был собственный интерес. В 1995–1997 годах был закреплён и компромиссный принцип формирования всех прочих избирательных комиссий – треть их членов (позже половину) в любом случае должны были составлять представители парламентских партий.

В те же годы принята была норма об избирательном залоге. Регистрируясь с помощью залога, партии могли, как известно, избегать сбора подписей, а значит и пристрастного отношения избиркомовских проверяющих. Избирательный залог – институт, гарантирующий объективность. Кроме того, в середине – конце 90-х законодателем было предпринято немало усилий с целью выравнивания информационных возможностей кандидатов и партий. Было перепробовано много всего. Запрещали агитацию, не оплаченную из избирательного фонда. Запрещали комментарии в рамках новостных выпусков. Гарантировали равное количество бесплатного эфирного времени и печатной площади и т. д. Всё оказалось бесполезно. Ни одна из этих норм не дала ожидаемого эффекта. Те СМИ, которые могли реально повлиять на сознание избирателя, т. е. крупнейшие телекомпании в любом случае обслуживали группировку, обладавшую реальной властью – т. е. силовым и финансовым ресурсами. В 1999 году – инициаторов «Единства» (Медведя), в 2003–2007 гг. – лидеров «Единой России».

В информационных отношениях, связанных с выборами, как ни в одной другой сфере отношений, урегулированных правом, силовое и административное начало доминировало над правовым. Наверно, поэтому блок норм, регулирующих данные отношения, особым коррекциям в последние годы не подвергся. Инициаторы коррекций не усмотрели в этом смысла – лояльность СМИ никак не зависит от нормативного регулирования.

2. Коррекции: 2004–2009 гг.

Однако многие другие нормы избирательного законодательства оказались в 2004–2007 гг. объектом серьёзной правки. Изменения вносились в основном в базовый закон – «Об основных гарантиях…» – с корреспондирующими поправками в специальные законы. Инициатором изменений выступила правящая группа (этим весьма общим понятием мы охватываем второго российского Президента, от имени которого вносились законопроекты, его ближайшее окружение и его референтную группу). Политически её представляла фракция «Единой России», получившая с конца 2003 года большинство мест в Государственной думе. Смысл этих изменений не был загадкой, новый вектор не вызывал особых сомнений: достигнутое в 2003 году положение требовалось упрочить. Партия-корпорация, получившая относительное большинство, стремилась стать абсолютно доминирующей.

Итак, о каких коррекциях идёт речь?

В мае 2005 года был осуществлён переход к выборам всех 450 депутатов Государственной Думы по пропорциональной системе. Соответственно ушли в прошлое выборы депутатов в округах на федеральном уровне. Тогда же законодатель отказался от института избирательных блоков. В этом же пакете поправок 5%-й заградительный барьер для выборов в Государственную Думу был заменён 7%-м. При этом было установлено условие допуска к распределению депутатских мандатов: допущенных списков должно быть не менее двух (ранее – не менее четырех).

В июле 2005 года было уменьшено до 5% (с 25%) допустимое для регистрации количество подписей, признанных избирательной комиссией недостоверными.

В июле 2006 года была отменена форма голосования против всех кандидатов.

В декабре 2006 года в базовый закон были внесены нормы, отменяющие порог явки избирателей на выборах всех уровней. Реальное значение это имело, главным образом, для президентских выборов, для которых порог явки сохранялся до этих пор достаточно высокий – 50%.

Одновременно в базовый закон был внесён ряд поправок, поразивших воображение экспертов, независимо от их партийных пристрастий. Законодателем был введён запрет на использование телеэфира, в частности, предвыборных телевизионных роликов, для критики политических оппонентов. Таким образом, поправки должны были практически свести на нет предвыборную полемику – т. е. основной смысл предвыборной кампании. Согласно пункту 5.2. ст. 54 базового закона зарегистрированный кандидат не вправе призывать голосовать против других кандидатов, давать негативные комментарии и т. д.

Отдельно следует сказать об изменениях Федерального закона «О политических партиях». В декабре 2004 года в него была введена норма, увеличившая минимальное количество членов политической партии, необходимого для её регистрации – с 10 тысяч до 50 тысяч человек. При этом было в 5 раз увеличено число членов партии в регионах – так же необходимое для её регистрации.

Наконец, в феврале 2009 года была отменена такая форма регистрации политических партий и кандидатов как избирательный залог.

3. Следствия

Данная законотворческая деятельность заслуживает подведения определённых промежуточных итогов. Каковы же оказались последствия этих целенаправленных коррекций? В чём обнаружил себя их смысл?

Для начала – как сказался на роли партий переход от смешанной системы к пропорциональной? На поверхности лежат вполне очевидные результаты. Партия, затеявшая этот переход, увеличила свою фракцию в Думе примерно вдвое. Выборы по пропорциональной системе в регионах дали примерно тот же результат: представительство всех партий кроме одной уменьшилось до значений, близких к нулю.

Впрочем, это можно считать кумулятивным эффектом целого ряда мероприятий. Непосредственным же результатам ухода от смешанной системы можно считать исчезновение из Государственной Думы непартийных независимых депутатов – как политической категории. Действительно, многие из них – победители в одномандатных округах, считали нужным в итоге примкнуть к доминирующей партии. Но многие предпочитали сохранить самостоятельную позицию и выбирать фракцию по вкусу. В этом качестве они, вероятно, раздражали крупнейшую фракцию.

Пропорциональная система действительно способствовала во многих странах развитию многопартийности. Но – при наличии ряда других условий: например, равного доступа партий и их сторонников к СМИ и влияния партий на исполнительную власть. В России этих условий нет. Поэтому и «пропорционалка» играет у нас пока роль меню в грязноватой столовой советских времён. Реально имеется лишь дежурное блюдо, а из трёх других одно кончилось, а два мягко не рекомендуются официанткой.

Фактически же отказ от смешанной системы попросту облегчил работу правящей бюрократии, избавив её от забот о продвижении нужных кандидатов в округах.

Поправки в закон «О политических партиях» позволили Министерству юстиции лишить партийного статуса с 2005 года 20 организаций. Среди них были и объединения, способные в перспективе обост-

рить политическую конкуренцию (например, Республиканская партия во главе с Владимиром Рыжковым, Российская партия мира, Союз людей за образование и науку, представленные в региональных парламентах). В декабре 2003 года участников предвыборного состязания было 22. К 2010 году организаций, сохранивших статус политических партий, осталось 7. Но дело, конечно, не в этих формальных количествах. Реальных претендентов на место в парламенте и в условиях образцовых демократий обычно немного. Дело в целенаправленном выпалывании политического поля и лишении оппонентов конкурентоспособности. В информационном поле, создаваемом главными телекомпаниями, никаких партий вообще нет, а образы оппонентов (мелькающих изредка) исключительно карикатурны. В этом поле есть также лишь два реальных политика, занимающихся «реальными делами». Время от времени они ассоциируются с «главной партией» – дежурным блюдом. Роль иных политических партий, таким образом, сугубо декоративна. Их влияние ничтожно.

Отчасти эта ситуация заставляет вспомнить декоративные многопартийности в социалистических ГДР или ПНР, или в сегодняшнем Китае. Но прямые аналогии тут были бы всё же упрощением. Обратный путь к «социалистической демократии» при руководящей роли главной партии до конца ещё не пройден. Оппозиционные партии в России фактически, пока ещё не безвольные сателлиты доминирующей партии, но самостоятельные политические акторы. Однако возможности для их свободной деятельности оказались предельно сужены.

Формальный запрет на предвыборную полемику (т. е. на критику деятельности партии власти) должен был лишить всякого содержания избирательную компанию 2007 года. Эта цель оказалась достигнута лишь в некоторой степени. Фактически же на робкую критику оппозиционные политики всё же отваживались: указанный запрет в силу его явной абсурдности в полную силу не заработал. Однако оппозиционным партиям в условиях подавляющего информационного превосходства партии доминирующей это не помогло.

Отказ законодателя от института предвыборных блоков исключил для оппозиции возможность наиболее эффективного манёвра – временного объединения. В 2003–2005 гг. во всех случаях, когда «Единая Россия» проигрывала выборы в региональные законодательные собрания (в Алтайском крае, на Сахалине, в Томской области) победителями были именно блоки оппозиционных партий и общественных организаций. В этой связи становится понятным, почему законодатели от «Единой России», проанализировав причины поражений, отменили и блоки, и право общественных организаций участвовать в региональных выбо-

рах. После чего в течение 2006–2010 гг. «Единая Россия» выигрывала уже все кампании.

Норма, дающая избиркомам право отказывать партиям в регистрации на выборах при выявлении в их подписных листах 5 и более процентов недостоверных подписей, работала на федеральных, и на местных выборах. (В 2007 году на этом основании было отказано в регистрации Партии зелёных, Народному союзу и Партии мира и единства). С её помощью теперь можно с лёгкостью отказать в регистрации любой новой партии, вынужденной собирать подписи: отбраковать 5% «недостоверных» подписей избиркомы могут без особых затруднений. Суды, как правило, подтверждают такую отбраковку. (Единственное исключение, которое я смог найти – решение Верховного Суда признать незаконным отказ в регистрации партии «Яблоко» относится к 1995 году, а, следовательно, к иной эпохе). Данная норма остаётся тактическим административным ресурсом, используемым по мере необходимости.

Отмена же избирательного залога, как представляется, преследовала единственную цель – лишить оппонентов доминирующей партии какой бы то ни было возможности регистрироваться в качестве участников выборов вне контроля бюрократического аппарата. Процедура выявления недостоверных подписей такой контроль даёт, избирательный залог его исключает. Мотивировка для отмены избирательного залога, содержавшаяся в послании Президента РФ Федеральному Собранию 2008 г. («участвовать в выборах или нет – должны решать не деньги, а мнение людей, репутация партии и доверие избирателей к её программе…»[1]) является, к сожалению, очередным примером государственного лицемерия.

Возможен вывод, что такая политика в области партийного строительства подразумевает не только расчистку пространства для доминирующей партии. Целью является также и *консервация существующей весьма архаичной партийной схемы*: партия власти – КПРФ – ЛДПР. Она возникла в 1993 году ещё как реакция на тогдашний кризис и раскол в обществе. Теперь эта схема выгодна доминирующей партии: её формальные оппоненты могут рассчитывать лишь на свой «ядерный», тихо убывающий электорат. В то же время, они создают видимость многопартийности.

Демократия, особенно молодая (как любят подчеркивать многие), должна регулярно обновлять набор опций для избирателя. На смену поднадоевшим брендам должны приходить новые. Так и происходит – в Польше, Чехии, Румынии… В другой, еще более братской стране в

[1] Российская газета. Федеральный выпуск. 2008. 6 ноября. № 4786.

этом году на свет явилась партия «Сильная Украина», сразу нашедшая свой немалый электорат. Так, без сомнений, было бы и в России. Но такое обновление опций могло бы повредить положению доминирующей партии. При этом последняя вроде бы могла бы и без административных бонусов обеспечить себе немалую поддержку. Однако, целью ставится абсолютное доминирование. И поэтому путь к обновлению спектра перекрыт.

4. Муниципальный уровень

Избирательная система охватывает не только федеральный и региональный, но и муниципальный уровень. В чём тут состоит основной вектор развития? Следует признать, что в неуклонном сужении роли принципа выборности. Тенденцией является отмена прямых выборов глав местных самоуправлений – в первую очередь в городах – региональных центрах, но также и в менее крупных образованиях.

Выборность мэров не была отменена как институт. В 2006 г. после совещания с участием Президента и мэров городов правящая группа решила, вероятно, действовать поэтапно. Был запущен процесс отмены выборности в отдельных городах: скажем только, в 2009 году прямые выборы мэра были отменены в Самаре, Ставрополе, Рязани, Нижнем Новгороде, Тюмени, Перми, Твери.

Обычно такая коррекция соответствовала воле губернатора, и в городской устав после недолгого обсуждения вносились поправки. Отмене выборов мэра и внесению соответствующих поправок мог также предшествовать проигрыш кандидата от доминирующей партии (Смоленск, 2008). Наконец, в ряде регионов их главами была объявлена всеобъемлющая замена прямых выборов мэров назначением сити-менеджеров: о таких институциональных изменениях заявили главы Свердловской и Челябинской областей, Ханты-Мансийского автономного округа.

Отчасти этот процесс должен был облегчить (и облегчает) новая статья 74.1 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», предусматривающая «удаление главы муниципального образования в отставку» представительным органом. Другая статья того же закона – 36-я и раньше позволяла отказываться от прямых выборов глав муниципальных образований. Их вправе назначать представительные органы местного самоуправления. И именно теперь эта норма оказалась самой актуальной и востребованной.

Об отмене выборности указанных представительных органов речь пока не идёт. Но можно ли считать, что это положение – устойчивый элемент status quo?

Вряд ли. Перспективы местного самоуправления туманны. За отменой выборов глав городов не стоит какая-либо идеология. Причину, скорее всего, следует искать в естественном стремлении региональной бюрократии упрощать процесс управления, исключая из него лишние субъекты с самостоятельной волей. До тех пор пока выборами местных представительных органов можно будет легко управлять, эти выборы будут проходить регулярно. Но вполне возможны и коррективы. Иногда (хотя и очень редко) местные выборы давали результат, не устраивающий доминирующую партию (например, в октябре 2009 г. в Твери, когда относительное большинство получила КПРФ). Нельзя исключать и того, что правящая группа увидит свой интерес в отмене любых выборов на местном уровне. Как это будет согласовываться со ст. 130 Конституции РФ? С лёгкостью предположу, что соответствующее решение и обоснование будут найдены. Ещё лет пять назад такое предположение показалось бы мне чрезмерным, теперь – нет.

Одним из важных факторов уязвимости местного самоуправления и принципа выборности является традиционное равнодушие большинства жителей российских городов к демократическим процедурам – особенно процедурам местного уровня. На выборы городских советов и дум ходит в среднем 20–25% избирателей – «избыточно активных» (автор относит себя к их числу). Но большинство данного электората отмену выборов может и не заметить.

Оживление институтов представительной демократии, в том числе на местном уровне, в 90-е годы было отчасти инициировано сверху. Но определённые результаты эта волна принесла: пробуждение отдельных элементов гражданского общества, первичную политическую структуризацию. Волна угасла на наших глазах. На смену ей пришла консервация.

5. Режим

Итак, все поправки, обозначившие новый облик избирательной системы, в той или иной мере уже включились в работу. С их помощью был укреплён политический режим, который неспешно, шаг за шагом формировался с начала 2000-х годов. Инициировавшая его правящая группа свои цели формулировала очень аккуратно и очень общо. Например, в послании Федеральному собранию 25 апреля 2005 г. Президент РФ В. Путин говорил и том, что «в течение последних пяти лет мы были вынуждены решать трудные задачи по предотвращению деградации государственных и общественных институтов… Нам крайне необходимо эффективное государство»[1].

---

[1] http://www.rg.ru

Какой смысл вкладывается в содержании термина «эффективное государство»?

Вопрос, конечно, более политологический, чем правовой. Но это не значит, что юрист не может над ним размышлять.

Мы не берёмся тут судить, стала ли в последние годы более эффективна деятельность, скажем, таможенной службы или государственной инспекции по безопасности дорожного движения или, скажем, Службы внешней разведки. Это не предмет настоящей статьи. Но в сфере представительной демократии результаты деятельности по повышению эффективности очевидны.

Вероятно, главный результат – подавляющее превосходство фракций доминирующей партии в представительных органах власти всех уровней. В Государственной Думе «Единой России» принадлежит 70% депутатских мест. В законодательских собраниях всех субъектов РФ указанные фракции контролируют от 60 до 95–97% мест. (Примеры: в Законодательном Собрании Ленинградской области фракция доминирующей партии контролируют 60% мест, в Вологодской области – 70%, в Нижегородской области – 82%, в Краснодарском крае – 86%, в Москве – 91%, в Башкортостане – 95%; единственное загадочное исключение – город Санкт-Петербург, где у названной партии «лишь» 46% мест). Точно такая же – за ничтожным исключением – расстановка сил в представительных органах местного самоуправления. Что это означает с точки зрения осуществления этими органами своих функций? То, что политический процесс, связанный с дискуссией и согласованиями, подменяется административным. Если речь идёт о решениях, принятых правящей группой, они исполняются (должны исполняться) на нижних уровнях без обсуждений. Но и при решении вопросов регионального и местного масштабов фракционная дисциплина сводит политические отношения к минимуму. Политика – это отношение равных партнёров. Мы же имеем иерархию референтных групп. Данная иерархия почти не связана с идейным единством и означает лишь одно – абсолютную лояльность правящей группе. Можно говорить и о персональной лояльности лидеру указанной группы.

Выстраиванию данной иерархии (вертикали) полностью соответствовала отмена прямых выборов глав исполнительной власти регионов (губернаторов) и переход с 2005 года к новой процедуре наделения их полномочиям. В указанной процедуре главная роль, как известно, отведена главе государства.

Отметим тут, что все главы регионов в добровольно-принудительном порядке вступают в доминирующую партию (ну, пусть за ничтожным исключением; заявления, наверно, уже пишутся). В этой связи вспомним ещё раз о порядке назначения региональных

избирательных комиссий. Половина их состава – назначенцы губернатора, в другой половине присутствуют члены доминирующей партии. Представительство других партий, хотя и наличествует, но носит обычно декоративный характер. Аппарат комиссий при таких условиях представляет собой, в сущности, продолжение аппарата губернатора (они и размещаются, как правило, в одних зданиях, в одних коридорах). Возникает риторический вопрос: могут ли оппозиционные партии рассчитывать на объективность таких избирательных комиссий в спорных ситуациях? Политический скандал, связанный с обвинениями оппозиции в адрес московского избиркома в 2009 году оказался на виду лишь в силу значимости региональных выборов в столице. В ходе практически всех предвыборных кампаний в регионах последние годы оппоненты доминирующей партии оказывались в тяжёлом, уязвимом положении именно с точки зрения информационных и административных возможностей.

Данный сюжет важно резюмировать следующим замечанием: официальные итоги выборов не отражают честной предвыборной борьбы и, во всяком случае, не вполне точно отражают предпочтения избирателей. Эти итоги выражают, прежде всего, потребности правящей группы, её стремление обеспечить себе комфортные условия.

В сущности, это обычная и характерная черта высшей государственной бюрократии – стремление избавиться от всякого оппонирования и политических игр. Если уж многопартийность предписана Конституцией, то можно попытаться свести её к привычному отношению патронирующей и клиентских организаций. Если от выборов нельзя отказаться вовсе, нужно добиваться того, чтобы они проводились реже, чтобы дальше длились межвыборные периоды, безмятежные каденции.

Если бюрократия не встречает препятствий, она может пытаться отражать свои предпочтения и в тексте Конституции. При этом, конечно, важно, чтобы позиции бюрократического слоя совпадали с личными планами лидера правящей группы. Поскольку совпадение было налицо, вопрос о внесении в 2008 году в Конституцию РФ поправок, удлиняющих сроки полномочий главы государства и депутатов, решился очень быстро.

Ещё один риторический вопрос. Если конституционную норму можно корректировать в корпоративных интересах, то что можно сказать о нормах законодательства о выборах? Для экспертов в области конституционного и, тем более, избирательного права важно в этой связи дать самим себе ответ на следующий – уже совсем не риторический вопрос: как отнестись к этой ситуации в целом, к сугубо инструментальной роли избирательного права?

У тех, кто ещё помнит советское избирательное право, может возникнуть соблазн провести соответствующие аналогии.[1] По большому счёту они малоплодотворны: в современной ситуации слишком много специфических черт. Но с учётом именно советского опыта весьма важна позиция профессионального правоведа, его честное самоопределение. Думаю, что нельзя не замечать положений, выхолащивающих правовое начало из права. Если нормы явно призваны препятствовать образованию новых партий и открытой предвыборной дискуссии, то можно и нужно усомниться в их правовом характере.

Попробуем резюмировать сказанное. Для сформированного в 2005–2010 годах в Российской Федерации политического режима характерны следующие черты.

1. Реальная моносубъектность политического процесса;
2. Декоративный характер многопартийности;
3. Монополия на власть компактной правящей группы, поставленной вне контроля и публичной критики;
4. Использование лидером правящей группы всех политических опций и преимуществ авторитарного правителя;
5. Допущение свободы слова в пределах, обусловленных указанной группой, её вкусами и интересами; допущение существования единичных, маловлиятельных СМИ с позициям близкими оппозиционным;
6. Превращение выборов в механизм плебисцитарного подтверждения статуса правящей группы.

Данный режим, естественно, не может быть приравнен к тоталитарному, и не является «реинкарнацией» советской модели. Но он имеет немало аналогов среди авторитарных режимов ряда развивающихся стран, решавших на разных этапах своего развития проблемы преодоления бедности и экономической модернизации. Среди этих государств Индонезия, Филиппины, Мексика, Парагвай, Португалия, Чили, Бразилия и другие. Наиболее привлекательным – с точки зрения рецепций – выглядит, вероятно, режим институционно-революционной партии (ИРП) в Мексике. Указанная партия в период с 1929 по 2000 гг.

---

[1] Тем более, что в стиле адептов новой избирательной системы и нового режима появляются до боли знакомые интонации: Вот цитата из высказывания одного из членов ЦИК: «… Пользуясь отсутствием чётких международных правовых норм организации электоральных процедур, ангажированные силы за рубежом продолжают атаку на российскую политическую систему, находя поддержку в среде доморощенного «политического планктона», состоящего из политических банкротов и квазиправозащитников, которые либо ради крупных грантов, либо затянутые рессентиментом выливают потоки грязи на нашу политическую систему». (Игорь Борисов, член ЦИК России: Цивилизованное развитие через равноправное международное сотрудничество // http://www.rosnation.ru

(!) побеждала на выборах всех уровней при формально многопартийной системе. Её доминирование привело в итоге к её сращиванию с госаппаратом и угнетению всей политической жизни. Свобода прессы существовала, но регулировалась правящей партией, а телевидение в течение 60-х-80-х годов находилось под жёстким контролем государства. В результате ряда реформ, осуществлённых в 80–90-е годы, политическая конкуренция оживилась, и доминирующая партия несколько раз проиграла на выборах, сохранив, тем не менее, прочные позиции. Однако главной особенностью авторитарного по ряду признаков мексиканского режима следует считать конституционную норму, установленную в 1934 году: президент страны вправе избираться лишь на один 6-летний срок.

Этот принцип непереизбрания отличал политический режим Мексики от ряда других сходных авторитарных режимов. Можно предположить, что этот принцип и обеспечил такую живучесть господства ИРП.

В Индонезии, Парагвае, Португалии, других странах действовали режимы, не ограничивавшие авторитарного правителя ни в сроках пребывания у власти, ни в полномочиях. При этом режим Сухарто в Индонезии практиковал искусственное сужение политического спектра до трёх партий, а бразильская хунта допускала существование двух лояльных ей партий. Но во всех случаях преференциями и бонусами пользовались «главные» пропрезидентские партии: в Индонезии «Голкар», в Парагвае – «Колорадо», в Бразилии – «АРЕНА», в Мексике упомянутая ИРП. И во всех случаях распад и кризис режимов вполне закономерно сопровождался кризисом доминирующих партий..

6. Перспектива

За исключением Мексики, нашедшей и прошедшей путь сложной трансформации, все упомянутые государства пережили эпохи вялого разложения и краха авторитарных структур. В конце этих эпох ни у кого уже не оставалось сомнений и иллюзий: главная функция каждого из этих режимов состояла в утолении личных и групповых амбиций. Хотя в первые годы начинающие авторитарные лидеры, как правило, стремились выразить и удовлетворить какой-нибудь крупный и назревший общественный запрос: на завершение гражданской распри, на очередную аграрную реформу, на подавление сепаратистов и т. д. Однако позже этих лидеров уже интересовала лишь власть сама по себе.

Отметим, что авторитарный режим не обязательно должен выступать в виде режима личной власти: фактически он мог функционировать в виде правления узкой клики, хунты. Внутри нее, впрочем, всегда наличествовала Персона №1, а также персоны №2 и 3.

Вопрос о том, были ли эти режимы необычайно комфортны для слабых экономик, остается открытым. Но не вызывает никаких сомнений то, что они были весьма комфортны для правящих хунт и их лидеров. Сходную эволюцию вполне может пережить и политический режим в России. Нет сомнений, что в конце 90-х в нашей стране сформировались общественные запросы и на новый уровень политической стабильности, и на подавление сепаратизма, и на новых лидеров. Последние, не замедлили явиться. Но, укрепив свои позиции, они испытали обычный российский соблазн, традиционное авторитарное искушение: сделать власть своей собственностью и более не подпускать к ней никого. Судя по некоторым признакам, соблазн взял верх.

Разумеется, для любого авторитаризма – «мягкого» или «жёсткого» быстро находится идеологическое обоснование. «Есть /…/концепция, /…/которая считает консолидированное государство инструментом переходного периода, инструментом модернизации. Некоторые называют это авторитарной модернизацией. /…/ Президент больше любой оппозиции делает для борьбы с коррупцией, отсталостью, для развития политической системы. /…/Со временем в России, как и везде, будут две доминирующие партии и ещё несколько других – это я сказал много лет назад. При этом «Единая Россия» имеет все шансы снова победить и в 2011 г. Почему бы и нет? Это полезно для целей модернизации. Систему надо адаптировать к меняющемуся, усложняющемуся обществу. Но это не значит, что мы должны от системы отказываться. Её надо сохранять. И не впускать то, что может её разрушить… Девяностые годы показали: само по себе расщепление общества не рождает позитивную энергию. Да, некоторую энергию высвобождает, но на что она расходуется, и куда это приводит?»[1]

Действительно, в недавней истории страны можно почерпнуть аргументы против радикальных партий, радикализма как такового, и в пользу сильной президентской власти, а также в пользу правительства, не зависящего от парламентского большинства, от борьбы партийных коалиций. Речь, в частности, идёт о трагическом опыте 1993 года. Он показал, что российские политики пока плохо умеют договариваться и идти на компромисс. Данный опыт ставит под сильное сомнение возможность парламентской республики, и в то же время требует развивать культуру политического диалога. Но требует ли он создания новой монополии на власть? Вытекает ли из мрачного опыта двоевластия отказ от политической конкуренции, подмена её имитацией?

Отметим, что опыт 1993 года был осмыслен и преодолён в последующее десятилетие. Российское государство успело приобрести но-

[1] Владислав Сурков // Ведомости. 15.02.2010. № 26 (2544) // http://www.vedomosti.ru

вый – вполне реальный и позитивный опыт парламентаризма. Именно от него, в сущности, и отказывается нынешний российский политический режим. И по-моему, узкогрупповые, корпоративные интересы здесь явно преобладают над общегосударственными.

Я хотел бы быть правильно понятым. На мой взгляд, доминирующая партия – та, что есть сейчас – полезный элемент политического равновесия. Она стягивает на себя умеренный и консервативный электорат, который в ином случае охотно голосовал бы за нацистов или леваков. Но в том-то и штука, что названная партия-корпорация не желает быть «элементом», поскольку желает быть всем. И главные сомнения вызывает не ее очередной запрограммированный успех на очередных выборах, а ее явственная монополия на власть и на все властно-административные инструменты.

Чем дурна монополия? Стоит ли об этом говорить? Для кого-то она очень даже хороша – тут дело ценностного выбора.

Нам иногда, думаю по инерции, все еще обещают полноценное соревнование двух крупных политических сил. Но пока трудно представить себе стимул, способный заставить правящую группу разделить административный ресурс.

В связи с этим важно признать и четко зафиксировать основную целеустановку этой группы, связанную с выборами: ничто не должно поколебать сложившийся порядок. Никаких изменений – в результате голосований и партийной возни – произойти не должно. Декоративная роль «оппозиции» должна остаться таковой надолго – на годы. Для партийной системы, для страны включен пока режим – «без выбора». Т. е. в самой по себе постановке вопроса, в базовом отношении к «выборам» заложена фальшь. И все ее чувствуют. Разница состоит лишь в том, что кто-то считает это невыносимым, кто-то забавным, а кто-то искренне считает, что данная фальшь – во благо.

Авторитаризм нередко преподносит себя в качестве временного выхода из трудного положения, в качестве формы переходного периода. Опыт – самых разных государств – показывает, что это не переход и не выход, а тупик. В нём действительно можно долго топтаться, теряя время – 10, 15, 40 лет. В известном смысле это удержание общества в состоянии политического детства (когда главные надежды связываются с отцом). Но взрослеть всё равно придётся.

Авторитарный застой – и впрямь, не трагедия. Если первому лицу (лицам) не свойственны патологическая злобность и мстительность, то сам режим может быть вполне терпим. Он и сейчас пока вполне терпим. Он может почти не вредить частной жизни. Насчёт жизни страны в целом я бы этого не сказал. Режим, основывающийся на монополии одной властной группы, исподволь создаёт в обществе вполне опреде-

лённую интеллектуальную атмосферу. В ней естественным оказывается пренебрежительное отношение к выборам (результаты которых известны заранее), презрительное – к партиям (состоящим из болтунов) и весьма уважительное к преобладанию силы над правом.

С учётом такого климата топтание в уютном тупике можно длить долго. Цена такого топтания пока не кажется слишком высокой: некоторый ущерб репутации страны среди элит развитых демократий (которым точно можно пренебречь) и консервация архаичной политической структуры. Но это также консервация отсталости – той самой вековой, не всегда чётко измеримой, – когда отношения власти и общества, определяются не законом, а традицией, и принуждение тихо преобладает над бессильными свободами.

Правовые основы и особенности статуса муниципального служащего

муниципальная служба; муниципальный служащий; публичное лицо; трудовая деятельность; работник

С. Н. Братановский

доктор юридических наук, профессор кафедры административного и уголовного права Поволжского института им. П. А. Столыпина РАНХиГС при Президенте РФ

Центральным элементом законодательства о муниципальной службе является массив норм, посвященных правовому статусу муниципального служащего. И это вполне логично: ведь именно правовой статус муниципального служащего в наибольшей степени отражает его положение как публичного лица, обладающего властными полномочиями. Нормы о правовом статусе устанавливают отличие муниципальной службы от обычной трудовой деятельности, а муниципального служащего, соответственно, от обычного работника. И, наконец, правовой статус муниципального служащего в наибольшей степени из всех законодательных норм о муниципальной службе сближает его с государственным служащим.

Прежде, чем обратиться к собственно к анализу правового статуса муниципального служащего – необходимо определить, что такое «правовой статус» и «правовое положение» как юридические категории.

Следует сказать, что эти понятия по прежнему являются дискуссионными в российской правовой науке. Существуют различные точки зрения по поводу соотношения самих терминов «правовой статус» и «правовое положение», их содержания и структуры. Обратимся к наиболее значительным исследованиям по данному вопросу.

Сам термин «правовой статус», в качестве самостоятельной юридической категории возник в советской правовой науке в 60-х годах XX века. До этого периода в работах крупнейших теоретиков права он обычно отождествлялся с правоспособностью (Н. Г. Александров, С. Н. Братусь) или с правосубъектностью (А. В. Мицкевич, Б. К. Бегичев) и не рассматривался в качестве самостоятельной юридической категории.

Между этими категориями, действительно, существует несомненное сходство. Все они возникают у субъекта права одновременно и в равной степени неотчуждаемы. В этом их сходство, служившее основанием для отождествления.

Так, например, А. В. Мицкевич рассматривал правовой статус субъекта права аналогично понятию правоспособности исходя из понимания последней как суммы некоторых общих прав[1].

Между тем, правоспособность есть признаваемая государством юридическая способность лица быть носителем предусмотренных законом прав и обязанностей, особое социальное свойство, качество субъектов права. Соотношение между правоспособностью и субъективными правами состоит в том, что первая является предпосылкой вторых. Правоспособность – необходимое условие всякого правообладания. Нельзя обладать тем или иными правами или обязанностями, не будучи правоспособным в этом отношении[2]. Поэтому неверно рассматривать правоспособность как совокупность тех или иных прав. Правоспособность – не суммарное выражение определенного рода прав, не право, а способность быть носителем права. Никакой перечень прав и обязанностей не образует и не может образовать понятия правоспособности.

Исходя из этого В. А. Патюлин определил правоспособность как признаваемую государством, юридически презюмируемую способность быть субъектом права. Правовой статус нельзя отождествлять с правоспособностью, которая является не суммой прав и обязанностей, а лишь свойством личности быть субъектом прав и обязанностей[3].

Н. И. Матузов также указывал, что правовое положение личности в обществе и ее правосубъектность отнюдь не совпадающие понятия. Правосубъектность, несомненно, входит в правовой статус, характеризует его, но к нему не сводится. Правосубъектность это свойство, качество субъекта, его способность иметь и самостоятельно осуществлять права и обязанности. Правовой же статус – не свойство, не качество, а положение, состояние лица (гражданина).

Из этого вовсе не следует, что правосубъектность гражданина не имеет никакого отношения к его правовому положению. Являясь составной частью правового статуса, правосубъектность не может не характеризовать правового положения граждан, однако это все же разные категории[4]. Эта мысль, впервые высказанная в середине 60-х годов XX века, со временем получила все более широкое признание в юридиче-

---

[1] *Мицкевич А. В.* Субъекты советского права. М., 1963. С. 212.
[2] *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 92.
[3] *Патюлин В. А.* Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 226.
[4] *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 90–91.

ской литературе. Уже в 70-х годах категория «правового статуса» получила достаточно широкую разработку в трудах таких ученых, как Н. В. Витрук, Л. Д. Воеводин, В. А. Кучинский, Е. А. Лукашева, Н. И. Матузов, Г. В. Мальцев, В. И. Новоселов, В. А. Патюлин и др. Однако и в настоящее время она не имеет единообразного понимания в российской правовой науке.

Что же такое правовой статус? В самом широком виде правовой статус определяется в современной юридической науке как юридически закрепленное положение личности в обществе[1]. Однако правовое положение личности – это отнюдь не статичная категория. Е. А. Лукашева справедливо указывает, что правовой статус выражается в сложных связях, возникающих между государством и индивидом[2]. Таким образом, правовой статус связан прежде всего с понятием активности личности. Суть последней категории в том, что человек активен, деятелен и реализует себя через общественное движение[3].

В основе правового статуса лежит фактический социальный статус, то реальное положение человека в данной системе общественных отношений. Важнейшей органической частью социального статуса является правовой статус[4].

Говоря о категории правового статуса, необходимо ответить на вопрос: являются ли аналогичными категории «правовой статус» и «правовое положение» или это разные понятия?

В юридической литературе существуют разные точки зрения на данный вопрос. Большинство современных авторов исходят из того, что существенных различий между данными терминами нет. Так, Л. Д. Воеводин указывает, что указанные термины, в сущности, обозначают одно и то же явление – место человека в обществе и государстве. Говоря иначе, место человека в общественном производстве и распределении, в управлении делами общества и государства, в сфере частной (приватной) жизни, личной безопасности. Предпринятые попытки обособить эти понятия, влить в них различное содержание, мало что дают для понимания обсуждаемой проблемы[5].

Вместе с тем, имеются и другие точки зрения. Так, Н. В. Витрук и В. А. Кучинский разграничивали понятие правового статуса и правового положения индивида, так как, по их мнению, первое выступает ча-

---

[1] Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2000. С. 263.
[2] Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 1996. С. 28.
[3] *Витрук Н. В.* Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 7.
[4] *Витрук Н. В.* Статус личности в политической системе общества // Политология. М., 1993. С. 152.
[5] *Воеводин Л. Д.* Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 50.

стью (ядром) второго[1]. Так же В. А. Патюлин предлагал разграничить правовой статус и правовое положение личности и гражданина, одновременно используя термины – «правовое положение личности в СССР (как гражданина СССР)» и «правовой статус гражданина СССР (совокупность прав и обязанностей, адресованных гражданину СССР как субъекту данного рода, т. е. как гражданину)»; «правовое положение личности в СССР (как конкретной личности)» и «правовой статус гражданина СССР». При этом помимо правового статуса и правового положения гражданина, он предложил ввести в науку понятие «правовой модус». Под правовым модусом предложено понимать «совокупность норм объективного права, закрепляющих на основе правового статуса гражданина права и обязанности субъектов права данного вида по признаку возраста, пола, профессии, рода занятий и т. п. (например, правовой модус пенсионеров, правовой модус работников профессий с тяжелыми условиями труда, правовой модус работников Крайнего Севера и т. д.)»[2].

С учетом этого им было предложено различать правовой статус гражданина, его правовой модус и правовое положение конкретного лица. Правовое положение конкретного лица, по его мнению, шире правового статуса и правового модуса, так как охватывает помимо тех прав и обязанностей, которые являются общими для всех граждан, и тех, которые характеризуют тот или иной правовой модус, также дополнительные права и обязанности, которые конкретная личность приобретает, вступая в различные правоотношения. Если правовой статус гражданина и его правовой модус, как правило, остаются более или менее длительное время неизменными (они могут быть изменены в случае законодательного закрепления новых прав и обязанностей или, наоборот, в случае отмены их), то правовое положение конкретного лица – категория достаточно динамическая, ее содержание быстро меняется. Правовой модус в свою очередь также более подвержен изменениям, более динамичен, чем правовой статус.

Объясняется это, во-первых, различием, существующим между многочисленными правовыми модусами и отражающим объективное многообразие социальных, профессиональных и иных ролей личности; во-вторых, наличием разрешительных норм, предоставляющих субъектам права (гражданам) возможность совершать определенные юридически значимые действия. Это приводит к тому, что граждане приобретают права, становятся носителями обязанностей сверх тех, кото-

---

[1] *Витрук Н. В.* Основы правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 25–34; *Кучинский В. А.* Личность, свобода, право. М., 1978. С. 115.
[2] *Патюлин В. А.* Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 197.

рые являются элементами правового статуса или правового модуса[1].

Тем не менее, на наш взгляд, попытки разграничить понятия «правовое положение» и «правовой статус» представляются неосновательными как с семантической, так и с юридической точки зрения. Латинское слово «status» в переводе означает «положение», «состояние». Полисемантичность, смысловое удвоение термина не способствует четкому восприятию и анализу одного из важнейших понятий правоведения[2]. Одновременное использование двух терминов «правовое положение» и «правовой статус» вызвано тем, что юридическое положение личности чрезвычайно сложно по своей структуре. Имеется несколько ступеней конкретизации этого положения от наиболее общего к наиболее конкретному.

Представляется, что для характеристики правового положения конкретного лица нет необходимости вводить в правовую науку новый термин. Еще В. И. Новоселов отмечал, что следует говорить лишь о видах правового статуса, которые конкретизируются по отношению к различным гражданам[3]. Конкретное положение личности определяется индивидуальным правовым статусом, который действительно является нестабильным и способен меняться от времени[4].

Не получила поддержку в правовой науке и попытка В. А. Патюлина использовать для характеристики правового положения человека термин «правовой модус». Латинское слово «modus» означает «мера, образ, способ, мода». Трудно – применительно к правам и обязанностям граждан, взятым воедино, – использовать выражения «правовая мера», «правовой способ» и аналогичные им. Попытка использования данного термина была подвергнута критике то соображениям не лингвистическим, а методологическим[5]. Было справедливо замечено, что уже закрепленные в науке термины «правовой статус гражданина вообще», «правовой статус определенной категории граждан», «правовой статус конкретного гражданина» достаточно точно определяют понятия.

Таким образом, в дальнейшей работе мы будем исходить из того, что понятия «правовой статус» и «правовое положение» являются синонимами.

---

[1] *Патюлин В. А.* Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 228.
[2] Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2004. С. 264.
[3] *Новоселов В. И.* Правовое положение граждан в советском государственном управлении. Саратов, 1976. С. 23.
[4] *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 190–191.
[5] *Матузов Н. И., Фарбер И. Е., Борисов В. В.* Рец. на книгу Патюлина В. А. Государство и личность в СССР. М., 1974.– Советское государство и право. 1974. № 10. С. 145.

Рассмотрим вопрос о том, что входит в структуру правового статуса. По вопросу о составе (перечне) элементов правового статуса в юридической литературе высказаны многочисленные точки зрения, нередко крайне противоречивые. Еще не достигнуто единого мнения по вопросу о возможности включения тех или иных элементов с правовой статус, вследствие чего предлагаемые разными авторами конструкции статуса включают от 2–3-х до 6–7-ми элементов.

Все исследователи правового статуса человека и гражданина сходятся лишь в одном: в правовой статус входят права и обязанности[1]. В правовой статус граждан входят не только, во-первых, основные права и обязанности, и, во-вторых, конкретные права и обязанности, возникающие в различных конкретных правоотношениях[2].

В этой связи можно вспомнить, что В. И. Новоселов включал в структуру правового статуса еще и специальные «права-обязанности». По его мнению, среди правовых категорий имеется одна специфическая категория–права, являющиеся в то же время обязанностями (право на труд и обязанность трудиться; право на образование и обязанность получить установленный минимум образования; право получить паспорт и обязанность иметь паспорт и т. д.) При детальном анализе каждый комплекс «право-обязанность» разделяется на соответствующие право и обязанность. Обязанность здесь, как и обязанность вообще, означает устанавливаемый государством необходимый минимум совершаемых гражданином действий; право – допускаемый максимум действий граждан[3].

Представляется, что выделение «прав-обязанностей» в качестве специфического элемента правового статуса не имеет под собой веских оснований. Наличие корреспондирующих прав и обязанностей достаточно давно известно правовой науке, однако их выделение в отдельную группу не несет никакого практического результата.

Применительно к правовому статусу муниципальных служащих следует отметить, что их права и обязанности закрепляются в различ-

---

[1] См. например: *Воеводин Л. Д.* Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 33–34; Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 1996. С. 28; Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2000. С. 269; *Витрук Н. В.* Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 7; *Сергиенко Л. А.* Правовая регламентация управленческого труда. М., 1984; С. 42. *Новоселов В. И.* Правовое положение граждан в советском государственном управлении. Саратов, 1976; С. 42. *Патюлин В. А.* Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 226, 230; *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 91 и др.

[2] *Пхаладзе Б. В.* Юридические формы положения личности в советском обществе. Тбилиси. 1969. С. 15.

[3] *Новоселов В. И.* Правовое положение граждан в советском государственном управлении. Саратов, 1976; С. 44.

ных нормативных документах и имеют разную степень конкретизации. Во-первых, муниципальный служащий, будучи гражданином Российской Федерации, обладает всеми правами и обязанностями гражданина, закрепленными в различных нормативных актах, и, прежде всего, в Конституции Российской Федерации. При этом законодатель допускает ограничение отдельных конституционных прав муниципальных служащих (например, права работать по совместительству, права быть избранным, права на забастовку и др.). Во-вторых, Федеральный закон "О муниципальной службе в Российской Федерации" закрепляет специальные права и обязанности муниципального служащего, обусловленные занятием им должности муниципальной службы. Именно эти права и обязанности составляют ядро его правового статуса и в первую очередь требуют своего изучения. Наконец, занимая конкретную должность муниципальной службы, муниципальный служащий в связи с этим наделяется индивидуальными правами и обязанностями по данной должности, закрепляемыми в должностной инструкции или должностном регламенте. Хотя эти права и обязанности, безусловно, являются очень важными, изучение их на теоретическом уровне вряд ли возможно в силу динамичности и индивидуального характера.

В правовой статус, по мнению некоторых авторов, включаются также гарантии прав и обязанностей[1]. Однако, юридические гарантии исполнения гражданами возлагаемых на них обязанностей лежат вообще за пределами статуса граждан, поскольку они, как правило, реализуются деятельностью отдельных частей аппарата государственного управления, других частей государственного аппарата (например, органов прокуратуры), общественных организаций. Юридические гарантии реализации гражданином его прав и охраны его законных интересов состоят в основном не в активной деятельности гражданина на основе норм права, а в деятельности компетентных органов управления и других (государственных органов и в соответствующих случаях – общественных организаций.

Существует также мнение, что гарантии являются элементом правового статуса отдельных категорий граждан, таких, например, как государственные служащие[2]. Однако, такие гарантии государственных (и муниципальных) служащих как: гарантии денежного содержания, пенсионного обеспечения, продвижения по службе также обеспечиваются деятельностью государственных органов и должностных лиц и входят в правовой статус последних в качестве юридических обязанностей.

---

[1] См.: Конституционный статус личности в СССР. М., 1980. С. 21.
[2] *Смагина И. А.* Гарантии как элемент административно-правового статуса государственного и муниципального служащего. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. Саратов, 2002.

Вряд ли обоснованно выделение в качестве отдельного элемента статуса свобод граждан. Как отмечает Н. В. Витрук права и свободы – взаимозаменяемые категории и принципиальных различий в социальном и юридическом значении между ними нет[1].

Тот же Н. В. Витрук включает в правовой статус также законные интересы, т. е. интересы, которые прямо не закреплены в юридических правах и обязанностях[2]. Однако и их едва ли необходимо выделять в качестве самостоятельного элемента правового статуса. Интерес предшествует правам и обязанностям независимо от того, находит ли он прямое закрепление в законодательстве или просто подлежит «правовой защите со стороны государства». Интерес – это категория внеправовая, или «доправовая», и, разумеется, закрепляется не только в конкретных правовых предписаниях, но и в общих принципах права. Правовое выражение и защита интересов индивида – одна из важных функций правовой системы общества.

Таким образом, основным элементом правового статуса лица (в том числе и правового статуса муниципального служащего) являются его права и обязанности. Н. И. Матузов подчеркивает, что права и обязанности составляют сердцевину правового статуса. Все остальные элементы являются вторичными[3].

В то же время правовой статус муниципального служащего является по структуре более сложным, чем правовой статус обычного гражданина. Чаще всего правовой статус муниципального служащего рассматривается как совокупность правоустанавливающих элементов в виде прав, обязанностей, социально-правовых гарантий, правовых ограничений, ответственности, выражающей установленные и обеспеченные государством меры должного и возможного поведения лиц, исполняющими должностные обязанности в области муниципально-служебных отношений[4].

Как видно, в данном случае в правовой статус муниципальных служащих включается значительное число элементов. Между тем анализ Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" показывает, что как элементы этого статуса законодатель понимает лишь права, обязанности, ограничения и запреты (нормы, посвященные именно этим правовым явлениям содержатся в главе 3 закона «Правовое положение «статус» муниципального служащего»). С нашей точки зрения, очень точно объясняет эту ситуацию

---

[1] *Витрук Н. В.* Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 9.
[2] *Витрук Н. В.* Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 10–11.
[3] Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2000. С. 264.
[4] Комментарий к Федеральному закону «О муниципальной службе в Российской Федерации» / Под ред. Чаннова С. Е. М., 2008.

Е. В. Масленникова. Рассматривая элементы правового статуса муниципального служащего в широком смысле, она подразделяет их на предстатусные, статусные и послестатусные. В качестве предстатусных элементов правового статуса муниципального служащего, с ее точки зрения, выступают: гражданство, право- и дееспособность; в качестве статусных элементов – обязанности и права как основные элементы статуса муниципального служащего, и ограничения прав, поощрения и ответственность как производные элементы от обязанностей и прав; к послестатусным элементам относятся гарантии деятельности муниципального служащего[1].

Соглашаясь в принципе с разделением элементов на предстатусные, статусные и послестатусные, мы никак не можем согласиться с тем, каким образом Е. В. Масленикова отнесла эти элементы к конкретному виду. Собственно элементами правового статуса муниципального служащего в узком смысле, с нашей точки зрения, являются права, обязанности и запреты. Поощрения и ответственности, будучи, действительно, производными, вторичными элементами, так же, как и гарантии, относятся к послестатусным элементам. Отдельно следует сказать об ограничениях, закрепленных в ст. 13 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации". Указанные ограничения по сути являются обстоятельствами, при наличии которых гражданин не может быть принят на муниципальную службу или должен быть уволен с муниципальной службы.

С нашей точки зрения, сам термин «ограничения» в данном случае использован неверно. Ограничения ограничивают права личности, в то время как «ограничения», содержащиеся в ст. 13 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации", не ограничивают права муниципального служащего, а определяют условия поступления на муниципальную службу и условия нахождения на муниципальной службе. Поэтому более верно ст. 13 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" было бы назвать «Обстоятельства, при наличии которых гражданин не может быть принят на муниципальную службу и находиться на муниципальной службе». Разумеется, эти «ограничения» не являются элементами правового статуса муниципального служащего в узком смысле, а должны рассматриваться в качестве предстатусных элементов, т. к. предопределяют возможность возникновения или не возникновения муниципально-служебных отношений[2].

---

[1] Комментарий к Федеральному закону «О муниципальной службе в Российской Федерации» / Под ред. Чаннова С. Е. М., 2008.

[2] Приведенные рассуждения верны и в отношении ограничений государственных гражданских служащих.

Итак, собственно статусными элементами статуса муниципального служащего являются права, обязанности и запреты. Подробное рассмотрение всех их вряд ли возможно в рамках настоящего исследования в силу ограниченности ее объема, поэтому в дальнейшем в исследовании мы остановимся на тех из них, которые вызывают наибольшее количество вопросов как у практиков, так и у теоретиков.

Права муниципальных служащих

Само по себе закрепление в законе о муниципальной службе перечня прав и обязанностей муниципальных служащих является новеллой. Ранее действовавший Федеральный закон «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации» содержал лишь отсылочную норму о том, что права и обязанности муниципального служащего устанавливаются уставом муниципального образования или нормативными правовыми актами органов местного самоуправления в соответствии с этим Федеральным законом, иными федеральными законами, законами субъекта РФ (ст. 10). Как отмечает в связи с этим В. И. Васильев, из проекта (имеется в виду проект закона об основах муниципальной службы) были исключены и перераспределены в пользу муниципальных образований в соответствии с законами субъектов Российской Федерации целый ряд положений, в числе которых "расписание прав и обязанностей муниципального служащего, перечень мер ответственности служащего..."[1].

В целом закрепленные в законе права муниципального служащего носят достаточно абстрактный характер. В общем-то это довольно логично, так как нормативный документ, закрепляющий общие для всех без исключения муниципальных служащих, независимо от занимаемой ими должности, совершенно очевидно может указывать лишь на важнейшие из них, причем без существенной детализации.

Права, закрепленные Федеральным законом "О муниципальной службе в Российской Федерации", с нашей точки зрения можно разделить на четыре группы. В первую входят права, направленные на обеспечение исполнения служащим его должностных обязанностей. В связи с этим, данные права можно назвать функциональными. К функциональным правам относятся права на: ознакомление с документами, устанавливающими его права и обязанности по замещаемой должности муниципальной службы, критериями оценки качества исполнения должностных обязанностей и условиями продвижения по службе;

– обеспечение организационно-технических условий, необходимых для исполнения должностных обязанностей; получение в установ-

---

[1] *Васильев В. И.* Местное самоуправление. Учебное и научно-практическое пособие. М., 1999. С. 252.

ленном порядке информации и материалов, необходимых для исполнения должностных обязанностей, а также на внесение предложений о совершенствовании деятельности органа местного самоуправления, избирательной комиссии муниципального образования.

Вторая группа прав – это права-гарантии. В данную группу входят права, направленные на обеспечение муниципальному служащему определенного уровня социальной защищенности, в том числе и после прекращения муниципальной службы. К правам-гарантиям относятся права на: оплату труда и другие выплаты в соответствии с трудовым законодательством, законодательством о муниципальной службе и трудовым договором (контрактом); отдых, обеспечиваемый установлением нормальной продолжительности рабочего (служебного) времени, предоставлением выходных дней и нерабочих праздничных дней, а также ежегодного оплачиваемого отпуска; пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Третью группу составляют права, связанные с развитием муниципального служащего. Сюда можно отнести права на: участие по своей инициативе в конкурсе на замещение вакантной должности муниципальной службы; повышение квалификации в соответствии с муниципальным правовым актом за счет средств местного бюджета.

Наконец, четвертую группу составят права, связанные с защитой муниципальным служащим прав первых трех групп. Мы предлагаем назвать их дефензитивными[1]. Соответственно в эту группу войдут права на: защиту своих персональных данных; ознакомление со всеми материалами своего личного дела, с отзывами о профессиональной деятельности и другими документами до внесения их в его личное дело, а также на приобщение к личному делу его письменных объяснений; объединение, включая право создавать профессиональные союзы, для защиты своих прав, социально-экономических и профессиональных интересов; рассмотрение индивидуальных трудовых споров в соответствии с трудовым законодательством, защиту своих прав и законных интересов на муниципальной службе, включая обжалование в суд их нарушений.

Отдельно следует сказать о праве муниципального служащего выполнять иную оплачиваемую работу, предусмотренном ч. 2 ст. 11. Данное право не может быть включено ни в одну из указанных выше групп (хотя по формальным признакам оно могло бы быть отнесено к правам-гарантиям). Однако делать этого не следует, поскольку, по сути, оно вообще не является специфическом правом муниципального служащего. В ч. 2 ст. 11 речь идет не о дополнительном праве, которое возникает у лица в силу замещения им должности муниципальной

---

[1] От defensio f (лат.) – защита.

службы, а об особенностях реализации муниципальными служащими конституционной свободы труда (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ) и, вытекающего из этой конституционной нормы, права на работу по совместительству. Рассматривать данное право следует во взаимосвязи с обязанностью, установленной п. 11 ч. 1 ст. 12 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации", и запретами, установленными п. 1 и 2 ч. 1 ст. 14 того же закона.

В соответствии с новым законом о муниципальной службе муниципальный служащий имеет право выполнять иную оплачиваемую работу при соблюдении следующих условий: с предварительным письменным уведомлением представителя нанимателя (работодателя); если при этом он не становится членом органа управления коммерческой организации; если это не выборная государственная, муниципальная или профсоюзная должность; если это не образует конфликт интересов.

В этой связи наибольший интерес представляет определение конфликта интересов, так как это институт является принципиально новым для муниципальной службы. В то же время следует отметить, что в российском законодательстве он используется уже больше десяти лет, правда, в основном, применительно к предпринимательской деятельности. Так, его можно встретить, в частности, в федеральных законах от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг" (ст. 3), от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ "Об инвестиционных фондах" (ст. 44), от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ "Об ипотечных ценных бумагах" (ст. 43), от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ "О сельскохозяйственной кооперации" (ст. 38), от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ "О негосударственных пенсионных фондах" (ст. 36.24), от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ "Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации" (ст. 35). Причем если в некоторых из этих документов понятие «конфликт интересов» присутствует, но не разъясняется, в других – дается определение этого понятия. В целом для конфликта интересов в сфере предпринимательской деятельности характерно наличие (или возможность наличия) трех объективных компонентов: противоречие интересов, крупный убыток или неправомерное деяние (его сокрытие) и причинная связь между ними[1].

В последние годы термин «конфликт интересов» начал проникать и в публичное право. Еще в Концепции реформирования системы государственной службы РФ (утв. Президентом РФ от 15 августа 2001 г.) было предусмотрено формирование механизмов преодоления конфликтов интересов, когда у государственных служащих возникает

---

[1] *Фирсов А* Нет повести печальнее на свете, чем повесть о конфликте интересов // Бухгалтерия и банки. 2006. № 12.

личная или групповая заинтересованность в достижении определенной цели, которая влияет или может влиять на объективное и беспристрастное рассмотрение вопросов при исполнении ими своих должностных (служебных) обязанностей.

Принятый в 2004 году Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» определил конфликт интересов как ситуацию, при которой личная заинтересованность гражданского служащего влияет или может повлиять на объективное исполнение им должностных обязанностей и при которой возникает или может возникнуть противоречие между личной заинтересованностью гражданского служащего и законными интересами граждан, организаций, общества, субъекта РФ или РФ, способное привести к причинению вреда этим законным интересам граждан, организаций, общества, субъекта РФ или РФ. Рассмотрению института конфликта интересов на государственной службе был посвящен ряд научных работ[1].

Вполне логично, что авторы нового Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" распространили указанный институт на муниципальных служащих. Однако, как на это уже указывалось в специальной литературе[2], сделали это некорректно и не до конца. Сравнение главы 3 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации" и главы 3 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" (в принципе эти главы практически одинаковы) наглядно показывает, что последнем законодательном акте отсутствуют некоторые статьи, присутствующие в первом документе. В частности, это касается ст. 19 "О государственной гражданской службе Российской Федерации" – «Урегулирование конфликта интересов на гражданской службе». Само понятие конфликта интересов и личной заинтересованности было авторами закона о муниципальной службе перенесено в ч. 2 ст. 11. А вот механизм разрешения конфликта интересов на муниципальной службе, в отличие от службы гражданской, оказался полностью не урегулирован!

В результате не имеет законодательного решения вопрос о последствиях уведомления муниципальным служащим представителя нанимателя о своем намерении работать по совместительству в том случае, если последний усмотрит наличие конфликта интересов. В отличие от аналогичной ситуации на государственной гражданской службе, на

---

[1] См. например: *Казаченкова О. В.* Конфликт интересов на государственной гражданской службе // Журнал российского права. 2006. № 3; *Чаннов С. Е.* Правовое урегулирование конфликта интересов на государственной гражданской службе // Трудовое право. 2006. № 11; *Головщинский К. И.* Коррупциогенность правовых норм. М., 2001; и др.

[2] *Пресняков М. В., Чаннов С. Е.* Реформирование законодательства о муниципальной службе как составная часть административной реформы // Административное право. 2007. № 1.

муниципальной у представителя нанимателя отсутствуют властные рычаги не только для того, чтобы определить наличие или отсутствие конфликта интересов, но даже и для того, чтобы запретить муниципальному служащему работать по совместительству при выявлении такого конфликта.

Как совершенно справедливо отмечает С. Е. Чаннов, Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации», разрешив гражданским служащим работать по совместительству, если это не вызывает конфликт интересов, вместе с тем устанавливает достаточно серьезные санкции в случае злоупотребления данным. Государственный гражданский служащий, продолжающий работать по совместительству, несмотря на принятое конфликтной комиссией решение о наличии конфликта интересов, тем самым нарушает обязанность, предусмотренную п. 12 ч. 1 ст. 15 закона. В соответствии же с п. 13 ч. 1 ст. 33 закона о гражданской службы «невыполнение обязательств, установленных настоящим Федеральным законом» является основанием прекращения служебного контракта, освобождения от замещаемой должности гражданской службы и увольнения с гражданской службы. А вот ст. 19 Федерального закона «О муниципальной службе в Российской Федерации» предусматривает возможность расторжения трудового договора с муниципальным служащим по инициативе представителя нанимателя (работодателя) только в случаях несоблюдения ограничений и запретов, связанных с муниципальной службой и установленных статьями 13 и 14 Федерального закона «О муниципальной службе в Российской Федерации». Однако наличие конфликта интересов не относится ни к ограничениям, ни к запретам[1].

Представляется, что указанные положения закона нуждаются в совершенствовании, причем именно на федеральном уровне. Решить этот вопрос путем регионального или муниципального правотворчества невозможно, так как он связан с ограничением прав муниципальных служащих, это же допускается в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции только федеральным законом.

Следующим, не менее значимым элементом правового статуса муниципального служащего, являются его обязанности, также определенные Федеральным законом "О муниципальной службе в Российской Федерации" (ст. 11). Следует констатировать, что большая часть этих обязанностей носит формальный характер и ничего, по существу, не добавляет в правовой статус муниципального служащего. Зачем, к примеру, закреплена в законе такая обязанность, как «соблюдать Кон-

---

[1] *Чаннов С. Е.* Конфликт интересов на муниципальной службе: проблемные аспекты реализации нового закона // Российская юстиция. 2007. № 7. С. 19.

ституцию Российской Федерации, федеральные конституционные законы, федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации» и т. д.? Разве любой гражданин Российской Федерации (а не только муниципальный служащий) не обязан соблюдать все вышеперечисленные нормативные акты? Часть 2 ст. 15 Конституции Российской Федерации прямо указывает, что граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы. Правда, для муниципальных служащих добавляется обязанность обеспечивать их исполнение, но делать реально они это могут только в пределах должностных полномочий.

Следующей в законе названа обязанность «исполнять должностные обязанности в соответствии с должностной инструкцией». Здесь уместно вспомнить, что муниципальный служащий работает в органах местного самоуправления на основе трудового договора, а, следовательно, на него распространяются все права и обязанности работника (кроме тех, разумеется, которые противоречат Федеральному закону "О муниципальной службе в Российской Федерации"). В ст. 21 среди прочих обязанностей работника названа: «добросовестно исполнять свои трудовые обязанности, возложенные на него трудовым договором». Представляется, что принципиальных различий между этими обязанностями нет. Аналогичные рассуждения можно привести и относительно обязанности соблюдать установленные в органе местного самоуправления, аппарате избирательной комиссии муниципального образования правила внутреннего трудового распорядка, должностную инструкцию, порядок работы со служебной информацией. На наш взгляд, к обязанностям, которые действительно реально отражают особенности правового статуса муниципального служащего можно отнести лишь следующие: представлять в установленном порядке предусмотренные законодательством Российской Федерации сведения о себе и членах своей семьи, а также сведения о полученных им доходах и принадлежащем ему на праве собственности имуществе, являющихся объектами налогообложения, об обязательствах имущественного характера; сообщать представителю нанимателя (работодателю) о выходе из гражданства Российской Федерации в день выхода из гражданства Российской Федерации или о приобретении гражданства иностранного государства в день приобретения гражданства иностранного государства; соблюдать ограничения, выполнять обязательства, не нарушать запреты, которые установлены настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами; сообщать представителю нанимателя (работодателю) о личной заинтересованности при исполнении должностных обязанностей, которая может привести к конфликту интересов, и принимать меры по предотвращению подобного конфликта.

Все они носят действительно статусный характер, так как отражают публичный характер муниципальной службы и особые требования, предъявляемые к лицам, ее осуществляющим.

Наконец, третьим элементом правового статуса являются установленные статьей 14 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" запреты. Публично-правовой характер муниципальной службы позволяет распространить на муниципальных служащих, в частности, законные ограничения, предусмотренные на государственной службе. В Определении от 10 апреля 1997 года № 60-0 Конституционный Суд РФ допустил возможность единого правового регулирования статуса публичных служащих.

Запреты предусмотрены для того, чтобы действия муниципальных служащих полностью отвечали принципам и содержанию служения обществу. Поскольку данные запреты (в прежнем законе они именовались правоограничениями) уже достаточно широко изучались в научной и учебной литературе, далее мы рассмотрим лишь те из них, которые были впервые введены новым законом о муниципальной службе либо подверглись в нем серьезной трансформации.

Первым запретом, названным в ст. 14 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации", является запрет состоять членом органа управления коммерческой организации, за исключением случаев, установленных законом. Данный запрет не является принципиально новым, он содержался и в п. 4 ч. 1 ст. 11 Федерального закона «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации». Однако в том же законе помимо данного запрета, был общий запрет муниципальным служащим заниматься любой другой оплачиваемой деятельностью, кроме научной, педагогической и творческой. Новый закон регулирует данный вопрос принципиально по другому: вместо общей императивно-запретительной нормы (при наличии некоторых исключений) имеет место общеразрешающая норма (при наличии некоторых запретов). Представляется, что данный подход направлен на повышение престижности муниципальной службы, повышение возможности служащего реализовывать свои способности и в других сферах.

К сожалению, данные положения нового закона некоторые комментаторы толкуют неверно. Так, например, комментируя ст. 14 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" А. С. Емельянов указывает: «Муниципальный служащий не вправе заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме педагогической, научной и иной творческой деятельности. Это означает, что он не может занимать иную должность в органах местного самоуправления, должность в государственных органах, на предприятиях, в учреждениях, организациях и общественных объединениях. Исключением из это-

го правила является осуществление педагогической, научной и иной творческой деятельности. При этом указанные виды деятельности должны осуществляться муниципальным служащим в свободное от выполнения обязанностей по службе время»[1].

Однако в действительности, как уже указывалось выше, муниципальные служащие имеют право заниматься другой оплачиваемой деятельностью. Запрет установлен в отношении лишь управления коммерческими организациями. Работать по совместительству в коммерческих организациях (но не на руководящих должностях) муниципальные служащие могут. Также они могут и входить в органы управления, но только некоммерческих организаций. Разумеется, при этом должно соблюдаться требование о недопущении возникновения конфликта интересов.

Исключение из общего правила о запрете состоять членом органа управления коммерческой организации допускается, если это предусмотрено федеральными законами или если в порядке, установленном муниципальным правовым актом в соответствии с федеральными законами и законами субъекта Российской Федерации, муниципальному служащему поручено участвовать в управлении этой организацией. Л. А. Лукашов в связи с этим также указывал, что такое совмещение временно возможно, если решение о нем принято сходом граждан и работа руководителем хозяйства будет осуществляться на безвозмездной основе[2].

Запрет на занятие другой оплачиваемой деятельностью (кроме педагогической, научной и иной творческой) сохранился в новом законе лишь для глав местных администраций. Представляется, что данное решение является оправданным, так как глава местной администрации обладает наибольшим объемом полномочий среди всех муниципальных служащих и реально может их использовать в интересах частных организаций.

Среди других новых запретов, предусмотренных в отношении муниципальных служащих, можно выделить запрет разглашать или использовать в целях, не связанных с муниципальной службой, сведения, отнесенные в соответствии с федеральными законами к сведениям конфиденциального характера, или служебную информацию, ставшие ему известными в связи с исполнением должностных обязанностей, а также допускать публичные высказывания, суждения и оценки, в том

---

[1] Комментарий (постатейный) к Федеральному закону от 2 марта 2007 года № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» / Под ред. А. Н. Козырина / Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2007.

[2] Муниципальная служба / Под. ред. Д. Ф. Аяцкова, Л. А. Калиниченко, А. П. Каткова, В. Ф. Терина, В. Н. Южакова. Саратов, 1999. С. 353.

числе в средствах массовой информации, в отношении деятельности органа местного самоуправления, избирательной комиссии муниципального образования и их руководителей, если это не входит в его должностные обязанности.

Представляется, что данные запреты пересекаются, так как оба связаны с разглашением муниципальным служащим информации о служебной деятельности. Касательно первого из них отметим, что в существующем виде он чрезмерно ограничивает информационный обмен между муниципальной службой и гражданским обществом. Как нам кажется, то же самое можно сказать и в отношении второго запрета. Обратим внимание на то, что, во-первых, он запрещает муниципальным служащим (кроме тех, у кого это входит в их должностные обязанности) высказывать любые (а значит и позитивного характера) мнения о деятельности органов и должностных лиц местного самоуправления, во-вторых под публичными высказываниями понимаются сообщения не только в средствах массовой информации. Учитывая, что российское законодательство не содержит критериев «публичности» высказываний, под данный запрет можно подвести любые слова муниципального служащего о своей работе, сказанные в присутствии нескольких свидетелей. То есть, например, если муниципальный служащий скажет в кругу друзей: «наш новый начальник – очень хороший специалист», его вполне можно увольнять по п. 3 ч. 1 ст. 19 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" за нарушение запрета, предусмотренного п. 9 ч. 1 ст. 14 того же закона. Конечно, приведенный выше пример выглядит абсурдным, однако буквальное толкование закона вполне допускает возникновение такой ситуации.

Наконец, еще два новых запрета связаны с ограничением влияния на муниципальных служащих международных и иностранных организаций. Речь идет о запрете, предусмотренном п. 15 ч. 1 ст. 19 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации", в соответствии с которым муниципальному служащему запрещается входить в состав органов управления, попечительских или наблюдательных советов, иных органов иностранных некоммерческих неправительственных организаций и действующих на территории Российской Федерации их структурных подразделений, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или законодательством Российской Федерации и п. 16 ч. 1 ст. 19 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации", который воспрещает заниматься без письменного разрешения представителя нанимателя (работодателя) оплачиваемой деятельностью, финансируемой исключительно за счет средств иностранных государств, международных и иностранных организаций, иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или законодательством Российской Феде-

рации. Обратим внимание на то, что первый из них носит абсолютный характер, в то время как второй может не исполняться, но только с письменного разрешения представителя нанимателя.

Предполагается, что представитель нанимателя должен быть уведомлен муниципальным служащим письменно о выполняемой (планируемой) оплачиваемой деятельности служащего, если она, финансируется исключительно за счет средств иностранных государств, международных и иностранных организаций, иностранных граждан и лиц без гражданства, В подобных случаях обязанностью представителя нанимателя (работодателя) становится анализ потенциальных угроз, в т. ч. предпосылок возникновения конфликта интересов и принятие решения о разрешении или аргументированном запрете служащему заниматься заявленной деятельностью[1].

Смыслом запрета для муниципальных служащих входить в состав органов управления, попечительских или наблюдательных советов, иных органов иностранных некоммерческих неправительственных организаций и действующих на территории Российской Федерации их структурных подразделений имеет скорее идеологические предпосылки, связанные с приоритетом интересов Российской Федерации и исключением использования властных полномочий в интересах иностранных организаций.

Подводя итоги отметим, что, на наш взгляд, существующий правовой статус муниципального служащего не в полной мере отражает особенности муниципальной службы как публичного вида трудовой деятельности. Большая часть элементов правового статуса, закрепленных в главе 3 Федерального закона "О муниципальной службе в Российской Федерации" мало отличается от элементов правового статуса работника, закрепленных в трудовом законодательстве Российской Федерации. Между тем, как представляется, будущее муниципальной службы за отходом от частно-правового режима регулирования и переходом к публично-правовому.

Библиографический список:

1. *Мицкевич А. В.* Субъекты советского права. М., 1963.
2. *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966.
3. *Патюлин В. А.* Государство и личность в СССР. М., 1974.
4. Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2000.
5. Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 1996.

[1] Комментарий к Федеральному закону «О муниципальной службе в Российской Федерации» / Под ред. Чаннова С. Е. М., 2008.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Реформирование законодательства о государственном финансовом контроле: опыт России и зарубежных стран

финансовый контроль; реформа; законодательство; рыночная экономика; финансовый кризис

Ю. А. Крохина

доктор юридических наук, профессор, и. о. директора Государственного научно-исследовательского института системного анализа Счетной палаты, заведующая кафедрой правовых дисциплин Высшей школы государственного аудита (факультета) МГУ им. М. В. Ломоносова

«Spending Less, Spending Well, Spending Wisely» («Тратить меньше, тратить правильно, тратить мудро»).
Принципы Национального контрольно-ревизионного управления Великобритании

В условиях рыночной экономики финансовая деятельность государства значительно усложняется: происходит увеличение объема движения финансовых ресурсов, возрастает роль государства в финансировании публичных функций, расширяется круг субъектов, использующих бюджетные средства. Функционирование экономики на рыночных принципах, а также произошедший финансовый кризис требуют пересмотра законодательного регулирования форм и методов государственного финансового контроля.

Государственный финансовый контроль является неотъемлемым элементом государственной финансовой политики. Наибольшую значимость государственный финансовый контроль приобретает в условиях социально-экономических реформ и преобразования финансовых взаимоотношений на межгосударственном уровне.

Государство в лице органов финансового контроля продолжает осуществлять контроль, направленный на проверку законности и правильности расходования денежных средств целям и объемам, предусмотренным в бюджете, однако сфера ответственности власти перед обществом в новых условиях существенно расширяется. Появляется

насущная необходимость оценить действующие механизмы хозяйствования и выработать конкретные рекомендации по более экономному и эффективному использованию всего имущества, находящегося в собственности государства, включая материальные ресурсы. Это, как показывает мировой опыт, объективно влечет за собой трансформацию института внешнего государственного финансового контроля в институт государственного аудита [1].

Высшие органы аудита в настоящее время существуют в подавляющем большинстве государств мира, независимо от их политического устройства и режимов. Достаточно сказать, что Международная организация высших органов аудита (ИНТОСАИ) [2] объединяет органы государственного аудита 186 стран, при том, что количество государств – членов ООН составляет 191, а общее число существующих государств – около 200.

Необходимо отметить, что несмотря на все разнообразие форм и методов организации государственного аудита, практически все европейские государства – члены Европейского Экономического Сообщества провели в 1990-е гг. углубленную системную адаптацию как позиционирования своих высших органов аудита в системах государственного устройства, так и их функций в соответствии с Лимской декларацией, а также подготовили к началу новой европейской экономической истории и новый орган – Европейский суд аудиторов.

Высшим органом государственного аудита в Российской Федерации на практике является Счетная палата Российской Федерации. В регионах и муниципальных образованиях функции государственного аудита призваны выполнять соответствующие контрольно-счетные органы.

В 2004–2005 гг. Счетная палата Российской Федерации стала объектом внешнего аудита, проведенного Государственным управлением аудита Великобритании (НКРУ) в рамках мероприятий Международ-

---

[1] См. подробнее: *Степашин С. В.* Конституционный аудит. М.: Наука, 2006.

[2] Неправительственная Международная организация высших органон аудита (ИНТОСАИ) была создана в 1953 г. в Гаване, где проводился ее I Конгресс. На XIV Конгрессе ИНТОСАИ в 1992 г. в Вашингтоне (США) был принят Устав ИНТОСАИ. ИНТОСАИ является самостоятельной, независимой и неполитической организацией, имеющей своей целью обеспечение обмена идеями и опытом между высшими органами аудита государств. Участие в ИНТОСАИ открыто для высших органов аудита государств – членов ООН или любого из ее специализированных агентств. 15 настоящее время ИНТОСАИ имеет ранг учреждения, сотрудничающего с Организацией Объединенных Наций. Штаб-квартира ИНТОСАИ расположена в Вене (Австрия). Органами ИНТОСАИ являются: Конгресс, Руководящий совет. Генеральный секретариат. Региональные рабочие группы (в частности. 1-ВРОСАИ. АЗОСАИ. АРАБОСАИ и др.), постоянно действующие Комитеты, Рабочие группы, а также временные Оперативные группы.

ной организации высших органов аудита (ИНТОСАИ). Независимые эксперты оценивали не только её работу, но также уровень и качество правовой и институциональной реализации основополагающих принципов и стандартов государственного аудита. По мнению международных аудиторов, Счетная палата находится сегодня *в стадии завершения эволюции от статуса постоянного органа государственного финансового контроля к статусу высшего органа государственного аудита*[1].

Согласно международным стандартам основными признаками современного высшего органа государственного аудита, функционирующего в соответствии с общепризнанными принципами и международными стандартами, являются независимость, закрепленная конституцией и национальным законодательством; самостоятельность (финансовая, юридическая, административная, функциональная); органичная взаимосвязь и эффективное взаимодействие со всеми заинтересованными государственными органами; достаточные и защищенные законом полномочия на осуществление всех видов аудиторской деятельности, связанных с реализацией целей и задач высшего органа государственного аудита; непрерывное развитие и совершенствование теории и методологии аудита, знаний и профессиональных навыков специалистов; наличие современного офиса, развитой инфраструктуры и использование передовых информационных технологий, необходимые для осуществления аудиторской деятельности и мониторинга ее результативности и эффективности.

Созданная на федеральном уровне в развитие конституционных положений российская модель государственного аудита в основном отражает современные концептуальные подходы и наиболее общие характеристики, отвечающие международным стандартам.

Вместе с тем, британскими аналитиками в качестве недостатка был отмечен тот факт, что в Конституции Российской Федерации нет нормы, непосредственно устанавливающей независимый статус Счетной палаты. По мнению британских аналитиков, это формально означает отсутствие прямых конституционных гарантий независимости и самостоятельности высшего органа государственного аудита и делает его работу потенциально уязвимой. Кроме того, в действующем законодательстве отсутствуют нормы, четко определяющие различия между государственным аудитом и государственным финансовым контролем, между полномочиями органов внешнего и внутреннего государственного финансового контроля.

---

[1] Функциональная оценка деятельности Счетной палаты Российской Федерации. М.: National Audit Office. 2005.

Оценивая соответствие фактически реализованной модели государственного аудита в Российской Федерации международным стандартам, аудиторы ИНТОСАИ предложили Счетной палате Российской Федерации свое видение кратко-, средне- и долгосрочных направлений ее развития, с которыми нельзя не согласиться.

В краткосрочном плане дальнейшее развитие Счетной палаты должно основываться на наращивании надлежащих контрольных и организационных возможностей в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации. ***В среднесрочном плане*** необходимо стремиться к повышению стандартов внешних проверок и общих средств финансового контроля, работая совместно с Министерством финансов для решения вопросов взаимодействия между государственным аудитом и государственным финансовым контролем, между внешним и внутренним аудитами, а также для дальнейшего совершенствования системы самоконтроля в органах исполнительной власти. ***В долгосрочном плане*** Счетная палата должна проводить систематическую работу по дальнейшему развитию атрибутов, свойственных современным высшим органам аудита.

Деятельность Счетной палаты осложняется также тем, что сферы ее ответственности и полномочия по отношению к другим контролирующим структурам, в частности Министерству финансов и подведомственным ему службам, разграничены не полностью. От позиции министерства, согласующего проект сметы Счетной палаты, во многом зависит ее финансирование, в то время как само Министерство финансов является неизменным объектом ее проверок. Представляется необходимым законодательно закрепить за Счетной палатой Российской Федерации статус высшего органа государственного аудита и передать решение вопроса о её финансировании Комитету Государственной Думы по бюджету и налогам.

При совершенствовании российского финансового законодательства следует обратиться к опыту зарубежных стран и к международным документам.

Анализируя правовые и организационные элементы функционирования органов государственного контроля наиболее развитых стран (США, Японии, Великобритании, Франции, Италии, Дании, Германии, Канады и др.), несмотря на очевидные национальные особенности, можно выявить их общность. Безусловно и прежде всего, это приверженность Лимской декларации руководящих принципов контроля. Только на этой основе возможна реализация основной цели государственного аудита, а именно: выявление, предупреждение и устранение фактов незаконного, нецелевого, неэффективного использования государственных финансовых ресурсов и государственной собственности,

обеспечение открытости и прозрачности исполнения государственных бюджетов, содействие социально-экономическому развитию страны.

Организационно-структурное и функциональное разнообразие высших органов финансового контроля (ВОФК) очень велико. Не менее разнообразен статус руководителей высших органов аудита, объем полномочий, состав и количество подотчетных субъектов и т. д.

Обобщенный анализ устройства зарубежных высших органов аудита позволяет выделить, как минимум, четыре основных типа их организации.

Одни построены по принципу судебной коллегии, а их решения имеют юридическую силу (Бельгия. Греция. Испания. Италия. Португалия, Франция, европейский суд аудиторов и др.)

Другие являются коллегиальной структурой без права выносить судебные решения (Германия. Люксембург. Нидерланды. Россия, Словакия, Чехия и др.).

Третьи создаются как независимый от правительства орган, возглавляемый обладающим широкими полномочиями Генеральным аудитором или даже главой государства (Великобритания, Венгрия, Дания, Ирландия. Кипр. Мальта, Польша, США. Швеция. Финляндия. Эстония и др.).

Высшие органы аудита, относимые к четвертому типу, были созданы как централизованная структура во главе с Президентом или непосредственно подчиняющаяся ему и получили право проводить аудит на всех уровнях -центральном, региональном и местном (Австрия. Беларусь. Словения и др.).

Объектом контроля государственного аудита является весь процесс управления собственностью государства, включая: формирование доходов и осуществление расходов из государственного бюджета и государственных фондов; управление государственным долгом; управление финансами, осуществляемое органами управления административно-территориальных единиц; управление имуществом предприятий, которые имеют государственную собственность в капитале, а также управление иной государственной собственностью (земельными ресурсами и др.).

Особое внимание в зарубежной практике уделяется обеспечению независимости высших органов финансового контроля. Она гарантируется государством и закрепляется конституцией и другими национальными законами. Их подотчетность также определяется конституцией страны. Они обладают функциональной, организационной и финансовой независимостью и имеют доступ к любой информации, касающейся управления государственными ресурсами. Высшие органы финансового контроля осуществляют свою деятельность в соответст-

вии с утвержденными ими программами и самостоятельно выбранными методами контроля.

Счетная палата в Конституции Российской Федерации определяется как самостоятельный орган контроля. Согласно части 2 статьи 1 Федерального закона «О Счетной палате Российской Федерации» в рамках задач, определенных действующим законодательством, Счетная палата обладает организационной и функциональной независимостью. В зарубежных странах независимость высшего органа финансового контроля закреплена в национальной конституции (например, Италия, Испания, Португалия, Польша, Китай) или в специальном законе об этом органе (например, США, Великобритания, Канада, Германия, Япония, Франция, Венгрия, Польша).

Также необходимо отметить определенную независимость органов финансового контроля. Так, например, Суд Счетов Франции – конкретный пример властных полномочий; он относится к трем основным государственным структурам и имеет высочайшие полномочия и авторитет.

Независимость Счетной палаты, в первую очередь, должна быть обусловлена необходимым для выполнения задач административным суверенитетом. Однако этот элемент правового статуса Счетной палаты не полностью реализован в законодательстве. В частности, смета доходов и расходов Счетной палаты РФ санкционируется Министерством финансов РФ при составлении проекта федерального бюджета. Тем самым сложилась парадоксальная модель: орган внутреннего финансового контроля ставит в зависимость орган внешнего финансового контроля.

Для решения данной проблемы целесообразно обратиться к опыту функционирования высших органов финансового контроля (ВОФК) в зарубежных странах. Например, в США, Великобритании, Канаде, Италии, Испании, Бельгии, Дании, Чехии и Монголии высший орган финансового контроля наделен правом обращения с просьбой о выделении финансовых средств непосредственно в орган государства, утверждающий бюджет.

В большинстве стран принцип независимости органов внешнего финансового контроля от исполнительной власти реализован посредством законодательного закрепления за парламентами права на создание особого органа, который готовит рекомендации представительной власти о размере бюджета высшего органа финансового контроля и осуществляет контроль за его исполнением. Например, бюджет Национального контрольно-ревизионного управления Великобритании (НКРУ) утверждается специально созданным независимым парламентским комитетом – Комиссией по государственным счетам. Названная комиссия также занимается проверкой расходов и эффективности работы НКРУ.

Вместе с тем, финансовая независимость Счетной палаты РФ не должна быть бесконтрольной, а ее смета непрозрачной для государства. Согласно части 2 ст. 30 Федерального закона «О Счетной палате Российской Федерации» контроль за использованием Счетной палатой средств федерального бюджета осуществляется на основании решений Президента Российской Федерации, постановлений Совета Федерации и (или) постановлений Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации.

Особый статус Счетной палаты РФ может быть уравновешен посредством назначения Государственной Думой РФ специального органа или создания отдельного комитета для проведения финансового аудита средств, выделенных на содержание Счетной палаты РФ. Такой комитет Госдумы или орган мог бы предоставлять рекомендации по повышению эффективности финансовой деятельности органа внешнего финансового контроля. Подобная практика существует во многих станах (Великобритания, Италия, Дания, Финляндия, Греция, Венгрия, Польша, Германия). В качестве наиболее удачного, на наш взгляд, примера возможно рассмотреть аудит использования финансовых средств Офисом Главного аудитора Канады – аналога нашей Счетной палаты. Названный орган предоставляет парламенту Канады ежегодные сметы расходов и постоянный комитет по государственным счетам приглашает Главного аудитора для представления объяснений о финансовой деятельности и управленческой практике Офиса. Кроме того, для проведения ежегодного анализа финансовых операций Офиса Министерство финансов Канады назначает внешнего аудитора. Отчет этого аудитора передается в Министерство финансов и вносится на рассмотрение в Палату общин.

Согласно своему правовому статусу Счетная палата Российской Федерации не может самостоятельно применять юрисдикционные меры по выявленным в ходе проверок нарушениям законодательства. Высшие органы финансового контроля зарубежных стран имеют право либо непосредственно применять к правонарушителям меры принуждения (Франция, Италия, Латвия), либо направлять им обязательные для исполнения предложения по устранению выявленных нарушений (США, Канада, Германия, Великобритания, Япония). Результативность работы государственных контролеров прежде всего зависит от полноты мер реагирования, принимаемых по их материалам правоохранительными органами. Возбуждаемые по материалам проверок уголовные дела часто затрагивают наиболее коррупционные сферы бюджетно-финансовой деятельности, например, государственные закупки. В этой связи представляется обоснованным наделить Счетную палату юрисдикционными полномочиями, а именно самостоятельно приме-

нять меры принуждения по результатам проведенных контрольных мероприятий.

В рассматриваемых в качестве примера странах органы государственного аудита при осуществлении задач в рамках своей компетенции с учетом действующего национального законодательства стремятся к созданию единой системы государственного контроля за формированием и исполнением государственного бюджета, предполагающей непрерывный контрольный цикл в области формирования и исполнения средне- и долгосрочного бюджетов, а также бюджета каждого финансового года. Контрольный цикл реализуется на трех последовательных стадиях – на стадии предварительного контроля за формированием и анализом проекта бюджета будущего года, стадии оперативного контроля непосредственно в ходе исполнения бюджета текущего года и стадии последующего контроля уже исполненного бюджета.

В настоящее время наметились серьезные изменения в организации деятельности, структуре управления и регулирования сферы аудиторских услуг со стороны ВОФК государств-членов ЕС.

Так, например, с 1 июля 2009 года Национальный Офис Аудитора Великобритании впервые в своей истории сформировал во главе организации Совет, возглавляемый Председателем, не наделённым исполнительными полномочиями, но при этом координирующим работу Генерального Аудитора. Указанные меры направлены прежде всего на формирование большей «прозрачности» системы государственного контроля, усилению эффективности использования средств, направляемых на решение важных задач (value for money).

Помимо решений, связанных с улучшением качества аудиторской работы, совершенствованием методологии проведения государственного финансового контроля со стороны ВОФК, в большинстве стран Европы формируется устойчивая модель аудиторского пространства и услуг, оказываемых во всех секторах экономики, для всех без исключения участников рыночных отношений.

Необходимо отметить, что очевидность расширения полномочий внутреннего аудитора, когда в состав указанных подразделений включаются полномочия, связанные с оценками (evaluation) исполнения программ и расширением возможностей анализа, показывающего эффективность деятельности организации, существенно помогает составить итоговые результаты использования финансовых средств. Соответственно, подразделения, ранее носившие названия внутреннего аудита, приобретая полномочия оценки, становятся по своему функционалу комплексными, отвечающими за больший круг вопросов внутреннего финансового контроля.

Так, в начале 2010 года в Совете Европы подразделение внутреннего аудитора (Internal Auditor) было переименовано в Дирекцию Внутреннего Наблюдения (Internal Oversight), которая стала заниматься также вопросами комплексных оценок эффективности программ, проводимых организацией.

Методики, которые в настоящее время использует указанная структура, опирается на существующие стандарты, разработанные Европейским Обществом Оценок (European Evaluation Society), применяемых также в таких организациях как ОБСЕ.

Принимая во внимание уроки финансового кризиса. И в первую очередь отсутствие общеевропейского законодательного регулирования вопросов финансового контроля, 07 сентября 2010 г. совет министров финансов Европейского союза утвердил законопроект, закладывающий основы наднациональных органов надзора за финансами всех стран – членов союза. Если раньше финансовый надзор находился в исключительном ведении государств, то в результате реформы будут созданы три наднациональных финансово-надзорных органа.

В европейскую систему по финансовому контролю войдут три наднациональных агентства, которые займутся мониторингом и выявлением кризисных тенденций соответственно в банковском секторе, сфере страхового и пенсионного обеспечения и на рынках ценных бумаг. Агентство по контролю фондовых рынков будет, в частности, осуществлять надзор за деятельностью хэдж-фондов и получит право накладывать запреты на торговлю отдельными финансовыми продуктами в случае чрезмерного спекулятивного перегрева соответствующих сегментов финансовых рынков. Эти запреты будут распространяться на все страны ЕС и будут иметь приоритет над решении национальных структур по финансовому контролю.

Помимо создания трех контрольных агентств, ЕС введет в состав Европейского Центробанка новое экспертное подразделение, которое получит название Европейского комитета по системным рискам. Оно займется отслеживанием возникновения макроэкономических кризисных рисков, вроде накопления "кредитного пузыря" на ипотечном рынке, который стал одной из причин кризиса 2008 года.

Наднациональный финансовый надзор будет распространяться и на бюджетную деятельность стран – членов ЕС. Законопроект устанавливает, что каждую весну национальные бюджетные планы будут предоставляться в Еврокомиссию для их анализа во избежание кризисов, подобных греческому. Планируется, что на основе анализа Еврокомиссии Европейский совет и совет министров ЕС будут давать национальным правительствам стратегические рекомендации в отношении бюджетной политики.

Для вступления рассматриваемого законопроекта в силу необходимо провести формальное его утверждение Европарламентом.

Кроме отмеченного зарубежного опыта качественным ориентиром для российского законодательства в сфере совершенствования государственного финансового контроля может стать модельный закон стран СНГ «О государственном финансовом контроле» (далее – Закон), принятый на двадцать четвертом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление № 24-11 от 4 декабря 2004 года).

Названный Закон устанавливает единые правовые и методологические основы осуществления государственного финансового контроля на территории государства, принципы построения системы органов государственного финансового контроля и механизм их взаимодействия. В целом Закон соответствует международным принципам государственного финансового контроля, гарантирует закрепление единых правовые и методологических основ осуществления государственного финансового контроля на территории государства, позволяет создать в государстве систему органов государственного финансового контроля и механизм их взаимодействия при действенной координирующей роли счетной палаты.

Остановимся на отдельных положениях названного Закона, которые могут быть восприняты российской практикой при совершенствовании законодательства о государственном финансовом контроле.

1. Положения об объектах государственного финансового контроля. Согласно рассматриваемому Закону объектами государственного финансового контроля выступают контроль за исполнением национального государственного бюджета и бюджетов государственных внебюджетных фондов, организацией денежного обращения, использованием государственных кредитных ресурсов, состоянием государственного внутреннего и внешнего долга, государственных резервов, предоставлением финансовых и налоговых льгот, финансовой эффективностью использования государственной собственности, переданной хозяйствующим субъектам в той или иной форме, обращением государственных финансовых средств в кредитно-финансовых организациях.

2. Положения о пределах вторжения государственного финансового контроля в систему административно-территориального устройства государства. Закон устанавливает, что государственный финансовый контроль на территориях государственных образований (субъектов, областей, краев) включает в себя контроль за бюджетными и внебюджетными финансовыми средствами государственно-территориальных образований, финансовой эффективностью использования государственного имущества на территории, использованием кредитных ресурсов и заем-

ных средств, обращением финансовых средств государственно-территориальных образований в кредитно-финансовых организациях.

Относительно финансового контроля за деятельностью органов местного самоуправления Закон устанавливает критерии, которым должны отвечать подконтрольные объекты, также допускает возможность расширения перечня объектов национальным законодательством. Государственный финансовый контроль в муниципальных образованиях осуществляется в отношении использования органами местного самоуправления финансовых и материальных ресурсов, переданных им в той или иной форме органами государственной власти различных территориальных уровней, в том числе в виде финансовой помощи, для исполнения отдельных государственных функций и в иных случаях, предусмотренных национальным законодательством.

3. Нормы о принципах государственного финансового контроля. Важной гарантией функционирования государственного финансового контроля выступают принципы его организации и осуществления, закрепленные в Законе, а именно:

а) разграничение деятельности органов государственного финансового контроля в соответствии с установленным национальным законодательством разграничением функций и полномочий органов законодательной и исполнительной власти;

б) разграничение функций и полномочий между органами общегосударственного финансового контроля и территориальными органами государственного финансового контроля;

в) функциональная, организационная, персональная и финансовая независимость органов государственного финансового контроля и их должностных лиц от объектов контроля;

г) координация деятельности органов государственного финансового контроля с целью исключения дублирования в их деятельности и обеспечения единой системы государственного финансового контроля на всех уровнях государственной власти.

4. Положения о системе органов государственного финансового контроля. Глава 2 Закона – «Органы государственного финансового контроля» – регулирует систему органов контроля и устанавливает основы их компетенции в данной сфере.

Закон включает в единую систему органы государственного финансового контроля высшего должностного лица государства и всех ветвей власти. Согласно ст. 4 Закона систему государственного финансового контроля составляют органы контроля главы государства (президента), парламентского, административного и независимого государственного контроля.

5. Положения о месте органов независимого государственного финансового контроля в системе органов государственного финансового контроля.

Согласно ст. 8 Закона независимый государственный финансовый контроль осуществляется счетной палатой государства (уполномоченным государственным органом) и контрольно-счетными органами государственно-территориальных субъектов.

Счетная палата государства (уполномоченный государственный орган) является высшим органом государственного финансового контроля, компетенция, организация и порядок деятельности которого определяются национальным законодательством.

Закон так же наделяет контрольно-счетные органы государственно-территориальных субъектов статусом высших органов государственного финансового контроля в регионах, действующими на основании конституций и уставов государственно-территориальных субъектов и законов государственно-территориальных субъектов о контрольно-счетных органах.

Контрольно-счетные органы обладают организационной и функциональной самостоятельностью и свою деятельность осуществляют только на основании закона. Контрольно-счетные органы подотчетны соответствующим органам государственной власти.

6. Положения о методологических основах государственного финансового контроля, согласно которым счетная палата государства (уполномоченный государственный орган) разрабатывает и утверждает стандарты государственного аудита, являющиеся методологической базой для проведения контрольных мероприятий всеми органами государственного финансового контроля.

7. Положения Главы 4 Закона – «Взаимодействие и координация деятельности органов государственного финансового контроля», которые регламентируют вопросы взаимодействия и координации деятельности органов государственного финансового контроля между собой, а также с иными органами государства и независимых аудиторов.

Закон предписывает осуществлять координацию деятельности национальных органов государственного финансового контроля координационному совету при главе государства (президенте). При этом Закон устанавливает, что председателем координационного совета является председатель счетной палаты государства (уполномоченного государственного органа) по должности.

В целях исключения дублирования контрольных мероприятий органы государственного финансового контроля согласовывают планы своей работы до начала календарного года. Важным положением Закона является норма о том, что при выборе объектов контрольных меро-

приятий преимущество принадлежит счетной палате государства (уполномоченному государственному органу). Контрольные мероприятия, запланированные различными контрольными органами на одном и том же объекте, должны проводиться ими совместно или одновременно.

В целях координации деятельности органов государственного финансового контроля между ними устанавливается обязательный обмен информацией по результатам контрольных мероприятий с соблюдением установленного для этих мероприятий режима использования.

8. Положение о наделении счетной палаты государства и контрольно-счетных органов государственно-территориальных образований правом защиты государственных интересов в суде.

Таким образом, при совершенствовании законодательства о государственном финансовом контроле необходимо учитывать положительный опыт зарубежных стран и международную практику финансового надзора.

Меры финансово-правового пресечения

правовое принуждение; финансово-правовое принуждение; меры пресечения; финансово-правовое пресечение; доначисление налогов и сборов; иск о ликвидации организации; досрочное прекращение отсрочки, рассрочки, инвестиционного налогового кредита; аннулирование государственной (муниципальной) гарантии; приостановление операций по счетам; блокировка расходов

М. Б. Разгильдиева

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной юридической академии

Существование в системе мер финансово-правового принуждения такой группы как меры пресечения является общепризнанным в теории финансового права[1]. Анализ встречающихся в литературе точек зрения позволяет заключить, что к мерам финансово-правового пресечения относят: доначисление налогов и сборов налоговым органом, исходя из предположений о недобросовестности налогообязанного лица; досрочное прекращение действия отсрочки, рассрочки по уплате налога и сбора, договора об инвестиционном налоговом кредите; приостановление финансирования; приостановление предоставления займов, кредитов, дотаций, субсидий и субвенций; арест счетов организаций и граждан в кредитных учреждениях; приостановление определенных видов деятельности на финансовых рынках, в том числе: ограничение и приостановление лицензий, и др.[2]; блокировку расходов (ст.231 БК РФ); приостановление операций по счетам в кредитных организациях; сокращение или прекращение всех форм финансовой помощи из соответствующего бюджета (ст.290 БК РФ); аннулирование

---

[1] См., например. *Пастушенко Е. Н.* Актуальные вопросы правового регулирования ответственности за нарушение банковского законодательства // Правоведение. 2002. № 5. С. 146; *Саттарова Н. А.* Принуждение в финансовом праве / Под с изм. И. И. Кучерова. М., 2006. С. 74–75; *Кикин А. Ю.* Меры налогово-процессуального принуждения: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 27–28, 45–49; *Кузовков В. В.* Финансово-процессуальное принуждение: Дисс. … канд. юрид. наук. М., 2007. С. 72; *Сердюкова Н. В.* Финансово-правовая ответственность по российскому законодательству: становление и развитие: Дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. С. 29; *Емельянов А. С.* Реализация охранительной функции финансового права: Дисс. … докт. юрид. наук. М., 2005. С. 90–91.

[2] *Емельянов А. С.* Указ. работа. С. 90.

государственных или муниципальных гарантий (ст. 300 БКРФ)[1]; право налоговых органов в соответствии предъявлять в суде и арбитражном суде иски о ликвидации предприятий любой организационно-правовой формы[2].

Для решения вопроса о том, все ли из перечисленного составляет меры пресечения, необходимо выработать его критерии. Высказанные в науке на этот счет суждения при их внешнем единообразии содержательно довольно существенно различаются.

Сущность мер пресечения связывается с тем, что они направлены на прекращение противоправного деяния, устранение связанных с ним вредных последствий, а также на создание оптимальных условий для последующего привлечения виновных лиц к юридической ответственности[3], хотя в некоторых случаях подчеркивается их направленность только на прекращение длящегося правонарушения[4], причем правонарушения, «совершающегося, что называется, на глазах»[5]. При исследовании мер пресечения отмечается, что реализация рассматриваемых мер тесно связана с непосредственным вмешательством в действия правонарушителя с целью их прекращения и недопущения вредных последствий[6]; применение мер пресечения вызывается реально возникшей противоправной ситуацией и имеет смысл лишь тогда, когда нарушение правопорядка еще длится. Главная цель применения этих мер состоит в устранении противоправной ситуации[7].

Из изложенного следует, что в одних случаях меры пресечения связываются с «непосредственным вмешательством в *действия* нарушителя с целью их прекращения», «лишением возможности продолжить противоправные *действия*» а в других – с пространственно-временными характеристиками совершения противоправного *деяния*, «когда нарушение порядка еще длится» для «устранения противоправной ситуации». На наш взгляд, разница между представленными позициями принципиальная: в первом случае

---

[1] См.: *Другова Ю. В.* Ответственность за нарушение бюджетного законодательства // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 23; *Кузовков В. В.* Указ. работа. С. 124–125.

[2] *Кузовков В. В.* Указ. работа. С. 128–132.

[3] См.: *Тюрин В. А.* О понятии мер пресечения в административном законодательстве // Государство и право. 2002. № 7. С. 25.

[4] *Фарукшин М. Х.* Вопросы общей теории юридической ответственности // Правоведение. 1969. № 4. С. 30.

[5] См.: *Манохин В. М., Адушкин Ю. С.* Российское административное право: Учебник. Саратов, 2003. С. 167–172.

[6] *Глаголев П. В.* Юридическая ответственность в системе мер государственного принуждения: Дис. ... канд. юрид. наук. Орел, 2007. С. 25.

[7] См.: *Барашев В. В.* Институт административного принуждения: соотношение материального и процессуального права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2007. С. 110.

меры пресечения связываются с совершением конкретного действия, нарушающего правовую норму, т. е. моментом его совершения; во втором – с прекращением противоправного деяния, имеющим длящийся характер. При этом следует подчеркнуть, что нарушения, имеющие длящийся характер в большинстве случаев совершаются в форме бездействия. Такие нарушения невозможно пресечь, если мы понимаем пресечение как вмешательство в совершаемое действие, и, напротив, можно пресечь, если мы понимаем пресечение как прекращение длящегося нарушения.

Например, В. В. Кузовков подчеркивает, что пресекательные меры финансово-процессуального принуждения имеют своей целью прекращение противоправных или недобросовестных действий обязанных лиц, а также предотвращение возможных последствий посредством оказания прямого юридически властного воздействия со стороны уполномоченных органов государстве иной власти[1]. Но выделяемые им меры пресечения (блокировка расходов, приостановление операций по счетам в кредитной организации, валютные ограничения, аннулирование государственных (муниципальных) гарантий) не сопряжены с прекращением действия, т. к., как правило, применяются после того, как конкретным действием или бездействием нарушение допущено и оно длится вплоть до его устранения в добровольном или принудительном порядке.

Так, в соответствии с Административным регламентом исполнения государственной функции по контролю и надзору за использованием средств федерального бюджета, средств государственных внебюджетных фондов, а также материальных ценностей[2] уведомления и сводные уведомления об изменении лимита бюджетных обязательств (блокировка расходов)[3] формируются по

---

[1] *Кузовков В. В.* Указ. работа. С. 133–134.

[2] Приказ Минфина от 4 сентября 2007 г. № 75н (с изм. от 4 октября 2010 г.) «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой финансово-бюджетного надзора государственной функции по осуществлению контроля и надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации при использовании средств федерального бюджета, средств государственных внебюджетных фондов, а также материальных ценностей, находящихся в федеральной собственности» // БНА. 2007. № 47.

[3] Согласно ст. 231 БК РФ блокировка расходов представляет собой сокращение лимитов бюджетных обязательств. С 1 января 2010 г. ст. 231 прекратила свое действие, однако из ст. 282 БК РФ указание на блокировку расходов не изъято и эта мера продолжает применяться до вступления в силу федерального закона, предусматривающего исключение из состава мер, установленных статьей 282 Бюджетного кодекса Российской Федерации, блокировки расходов бюджета. См.: Федеральный закон от 26 апреля 2007 г. № 63-ФЗ (с изм. от 30 сентября 2010 г.) «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 18. Ст. 2117.

результатам контрольных мероприятий органов Федеральной службы финансово-бюджетного надзора (*далее по тексту* – Росфиннадзор).

Согласно устоявшейся концепции финансового контроля он подразделяется на предварительный, текущий и последующий[1]. При этом под последующим финансовым контролем понимается контроль, осуществляемый после совершения финансовых операций, направленный на определение состояния финансовой дисциплины, выявление ее нарушений, принятие мер по их устранению[2]. К последующему относится также контроль, осуществляемый после завершения отчетного периода или финансового года, в ходе которого проверяется целесообразность расходования денежных средств, выполнения хозяйственных смет[3].

Основные полномочия Росфиннадзора, установленные Бюджетным кодексом РФ и постановлением Правительства РФ[4], направлены на осуществление контроля и надзора за использованием средств федерального бюджета, при этом не фиксируется, какое именно направление финансового контроля обеспечивается данным ведомством. Хотя, например, в отношении Федерального казначейства подобная оговорка в Положении о Федеральном казначействе сделана[5]. Росфиннадзор находится в ведении Министерства финансов РФ, в задачи которого входит обеспечение эффективной работы подведомтсвенных служб, в том числе посредством исключения дублирования выполняемых ими функций, поэтому в Административном регламенте исполнения государственной функции по контролю и надзору за использованием средств федерального бюджета, средств государственных внебюджетных фондов, а также материальных ценностей, находящихся в федеральной собственности, утвержденном приказом Минфина, подчеркивается, что Росфиннадзор

---

[1] См., например: Бюджетное право : учебное пособие / под ред. М. В. Карасевой. М., 2010. С. 299; Финансовое право: учебник / Под с изм. С. В. Запольского. М., 2006. С. 104–105; Финансовое право: Учебник / Кол. авт.; отв. с изм. Е. М. Ашмарина, С. О. Шохин. М., 2009. С. 88–89; *Крохина Ю. А.* Финансовое право России: Учебник. М., 2004. С. 130–131; Правовое регулирование межбюджетных отношений в Российской Федерации / Под с изм. Г. В. Петровой. Спб., 2003. С. 314; Финансовый контроль: Учеб. пособие / Грачева Е. Ю., Тостопятенко Г. П., Рыжкова Е. А. М., 2004. С. 129–130.

[2] Финансовое право : учебник / отв. с изм. Н. И. Химичева. М., 2008. С. 145.

[3] Финансовое право: учебник / Под с изм. С. В. Запольского. М., 2006. С. 104–105.

[4] Постановление Правительства РФ от 15 июня 2004 г. № 278 (с изм. от 24 марта 2011 г.) «Об утверждении Положения о Федеральной службе финансово-бюджетного надзора» // СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2561.

[5] Пункт 1 Положения о Федеральном казначействе предусматривает, что данный орган власти осуществляет правоприменительные функции по предварительному и текущему контролю за ведением операций со средствами федерального бюджета. См.: Постановление Правительства РФ от 1 декабря 2004 г. № 703 (с изм. от 24 марта 2011 г.) «О Федеральном казначействе» // СЗ РФ. 2004. № 49. Ст. 4908.

осуществляет именно последующий финансовый контроль. Данное положение подтверждается Планом деятельности Федеральной службы финансово-бюджетного надзора на 2011 г.[1], предусматривающим проверки финансово-хозяйственной деятельности, связанной с использованием федерального имущества, а также денежных средств, предоставленных из федерального бюджета в 2009–2010 г.

Согласно п. 41 указанного Регламента органы Росфиннадзора могут проводить и внеплановые проверки по поручению руководителей Федеральной службы финансово-бюджетного надзора, ее территориальных органов, Аппарата Правительства РФ, Администрации Президента РФ и др. лиц. При этом не определяются какие-либо параметры периода, который может стать предметом внеплановой проверки. Думается, что он находится в рамках общей компетенции Росфиннадзора, связанной с обеспечением именно последующего финансового контроля.

Таким образом, следует заключить, что блокировка расходов, применяемая по итогам контрольных мероприятий Росфиннадзора в рамках последующего финансового контроля, не может иметь характера пресечения действия, связанного с неправомерным использованием бюджетных средств, т. к. данное действие уже произошло и оперативное вмешательство в него невозможно.

Не всегда связана с прекращением конкретного действия и такая мера как приостановление операций по счетам в кредитных организациях. В сфере бюджетных отношений эта мера применяется органами Федерального казначейства в соответствии со ст. 166.1 БК РФ, в порядке, установленном Приказом Минфина РФ от 23 апреля 2009 г. № 36н (с изм. от 1 апреля 2010 г.) «Об утверждении Порядка направления Федеральным казначейством и его территориальными органами представлений о приостановлении операций в валюте РФ по счетам, открытым участникам бюджетного процесса в учреждениях ЦБ РФ и кредитных организациях в нарушение бюджетного законодательства РФ»[2] (*далее по тексту* – Приказ Минфина № 36н), а также на основании приказа Минфина РФ от 11 декабря 2006 г. № 171н «Об утверждении Порядка приостановления территориальными органами Федерального казначейства операций по счетам, открытым федеральным учреждениям в учреждениях Центрального банка Российской Федерации и кредитных организациях для учета операций со средствами, полученными от предпринимательской и иной

[1] http://www.rosfinnadzor.ru
[2] Российская газета. 3 июня 2009 г.

приносящей доход деятельности»[1] (*далее по тексту* – Приказ Минфина № 171н)

Согласно Приказу Минфина № 36н основанием приостановления операций по счетам в кредитных организациях является установленный факт открытия федеральными казенными и бюджетными учреждениями, финансовыми органами субъектов РФ и муниципальных образований, казенными и бюджетными учреждениями субъектов РФ и муниципальных образований счетов в кредитных организациях для учета операций со средствами соответствующих бюджетов, а также средствами, поступающими в соответствии с законодательством Российской Федерации указанным учреждениям. Согласно ст. 22 Федерального закона от 13 декабря 2010 г. № 357-ФЗ «О федеральном бюджете на 2011 год и на плановый период 2012 и 2013 годов»[2] при установлении факта незакрытия в учреждениях Центрального банка РФ и кредитных организациях указанных счетов, операции по ним подлежат приостановлению на основании направляемых Федеральным казначейством и его территориальными органами представлений о приостановлении операций.

Основание применения приостановления операций по счетам в кредитных организациях согласно Приказу Минфина № 171н представляет собой частный случай из указанных выше – наличие информации о счетах федеральных учреждений в банках для учета операций со средствами, полученными от предпринимательской и иной приносящей доход деятельности.

Анализируя указанные нарушения бюджетного законодательства, связанные с незакрытием счета, открытого для получения, например, субсидий с рамках бюджетного финансирования выполнения государственного задания по окончании финансового года, можно констатировать отсутствие при их совершении действия, т. к. незакрытие счета осуществляется в форме бездействия. Поэтому предложенное В. В. Казаковым понимание пресечения и в этом случае не может быть реализовано, поскольку приостановлением операций по счетам в кредитных организациях пресекается нарушение совершаемое в форме бездействия.

В этой связи полагаем, что в сфере финансовой деятельности государства (муниципальных образований) меры пресечения следует связывать не с пресечением конкретных действий нарушителя, а с прекращением нарушения, т. е. того состояния конкретного

---

[1] БНА. 2007. № 9. Данный приказ был принят в соответствии со ст. 109 Федерального закона от 26 декабря 2005 г. «О федеральном бюджете на 2006 год», однако и в настоящее время он не прекратил своего действия.

[2] Российская газета. 17 декабря 2010 г.

финансового отношения, которое сложилось в результате неисполнения правовой нормы и является основанием для применения мер принуждения.

При таком понимании приостановление операций по счетам в кредитных организациях, предусмотренное указанными приказами Минфина, действительно будет иметь пресекательный характер, т. к. ее действие направлено исключительно на пресечение допущенного нарушения, прекращение состояния нарушения финансовой дисциплины. В то же время в отношении блокировки расходов однозначно такого вывода сделать нельзя в силу того, что данная мера направлена не столько на пресечение нарушения, сколько на восстановление нарушенного права публично-территориального образования, предоставившего бюджетные средства для использования в конкретных целях и режиме.

Для сферы финансово-правовых отношений характерно, что большинство нарушений, связанных с неисполнением финансовых обязательств в установленные сроки или объеме, а также иных обязанностей, закрепленных финансовым законодательством, имеют длящийся характер вплоть до момента их выявления уполномоченным органом. Однако сам факт выявления не прекращает данных нарушений. Они прекращаются посредством применения конкретных мер, например, нарушение, связанное с неуплатой налога прекращается в случае погашения недоимки. Но погашение недоимки справедливо относится не к мерам пресечения, а к мерам восстановительного характера, т. к. основная ее задача не прекратить нарушение, а восстановить нарушенное право в полном объеме.

Следует учитывать и то, что не все нарушения можно пресечь. Например, нарушение, связанное с нецелевым использованием бюджетных средств, может быть выявлено или в процессе санкционирования расходов соответствующего получателя бюджетных средств, т. е. до его совершения; или в ходе последующего контроля, когда нарушение уже совершено, средства использованы не по назначению.

Поэтому в случае установления факта совершения финансовых нарушений основной задачей часто является не пресечение, а создание посредством применения принудительных мер условий для восстановления нарушенного права, а также при наличии оснований – для привлечения виновного к ответственности. Следствием этого является тот факт, что одна и та же мера может быть направлена и на пресечение и на процессуальное обеспечение (или восстановление), преследуя эти цели как одновременно, так и порознь. Например, приостановление операций по счетам в кредитной организации, закрепленное ст. 76 НК РФ, являясь в целом обеспечительной мерой,

«способна» и пресекать нарушение налогового законодательства. В частности, ее применение в случае непредставления налогоплательщиком-организацией налоговой декларации в течение 10 дней по истечении установленного срока представления (п. 3 ст. 76 НК РФ) направлено именно на пресечение данного нарушения. При этом нужно подчеркнуть, что эта мера не пресекает данное нарушение, но имеет такую направленность. В то же время ясно, что при этом «обеспечительный» потенциал этой меры сохраняется и действует: если декларация не будет представлена и далее у налогового органа появляются основания для привлечения налогоплательщика к ответственности на основании ст. 119 НК РФ, а взыскание штрафа может быть осуществлено с «замороженных» счетов. В качестве другого примера, можно указать выемку документов, предусмотренную подп. 3 п. 1 ст. 31, ст. 94 НК РФ, которая имеет обеспечительный характер, но в ряде случаев может применяться и для пресечения, не утрачивая своей обеспечительной задачи.

Меры финансово-правового характера, которые рассматриваются в теории финансового права как меры пресечения, на наш взгляд, не всегда имеют основной и единственной задачей прекратить совершаемое нарушение, часто они направлены на решение последующих процессуальных задач, связанных с выявленным нарушением – наложение меры принуждения в целях восстановления нарушенного субъективного права, наказание нарушителя.

Следует заметить, что это свойство мер пресечения (присущая им содержательная направленность не только на пресечение, но и на обеспечение последующих задач производства по делу о правонарушении) отмечается многими. Так, П. В. Глаголев, обобщая на общетеоретическом уровне представления о мерах пресечения, в числе их базовых характеристик указыввает на то, что они носят обеспечительный характер по отношению к мерам юридической ответственности[1]. В теории административного права принято в системе мер пресечения в отдельную группу выделять меры процессуального обеспечения (которые направлены не только на пресечение правонарушения, но и на гарантирование своевременности рассмотрения дела о правонарушении и исполнения решений, принятых по нему[2]). Представляется, что выделение мер пресечения в самостоятельную группу, включающую в свое содержание меры обеспечительного характера, имеет несколько непоследовательный характер. Во-первых, задача пресечения часто приписывается и иным видам принуждения. Во-вторых, часто меры процессуального

---

[1] *Глаголев П. В.* Указ. работа. С. 24–25.
[2] См.: *Манохин В.М., Адушкин Ю.С.* Указ. работа. С. 167–172.

обеспечения выделяются в самостоятельную разновидность в системе мер принуждения, однако к задачам пресечения относят и обеспечение возможности последующего привлечения к ответственности. Например, В. А. Тюрин определяет меры пресечения как меры, направленные на прекращение противоправного поведения, «устранение связанных с ним вредных последствий, а также на создание оптимальных условий для последующего привлечения виновных лиц к юридической ответственности». А предложенная им характеристика мер процессуального обеспечения (обеспечения производства по делу об административном правонарушении), содержит указание на то, что эти меры применяются в различных целях, в том числе и в целях пресечения административного правонарушения[1].

Думается, изложенное свидетельствует о том, что в большинстве реализуемых мер задачи пресечения и процессуального обеспечения неразделимы, а мер, имеющих исключительно пресекательный характер, достаточно мало.

Подобная «двойственная» направленность свидетельствует, с одной стороны, об относительности классификации мер принуждения, на что нередко указывается в литературе. Например, М. Х. Фарукшин отмечал, что классификация мер принуждения, как и любая иная, имеет относительный характер, т. к. некоторые меры принуждения могут преследовать разные цели и соответственно относится к разным группам. Однако число таких случаев невелико[2]. С другой стороны, в этом проявляется специфичность финансовых нарушений, эффективная нейтрализация которых требует применения мер, способных одновременно и пресечь нарушение, и создать условия для восстановления нарушенного субъективного права, а также наказания нарушителя (при наличии оснований для этого). Представляется, что основная задача при выявлении нарушений финансового законодательства состоит именно в обеспечении условий для восстановления нарушенного права и иных процессуальных задач. Достаточно редко мера принуждения направлена только на пресечение нарушения, не имея и иного назначения. Меры пресечения в финансовом принуждении имеют характер самостоятельной классификационной группы, но они не многочисленны. Задача пресечения чаще достигается применением иных мер финансово-правового принуждения, направленных на процессуальное

---

[1] См.: *Тюрин В. А.* Указ. работа. С. 25, 26–27.

[2] *Фарукшин М. Х.* Указ. работа. С. 30. См. также: Административное принуждение и административная ответственность: Сборник нормативных актов / Сост. Старилов Ю. Н. М., 1998. С. XXII–XXIV.

обеспечение восстановления нарушенного субъективного права или наказание нарушителя.

Представляется, что задача пресечения может быть либо единственной, либо не основной, т. к. основными задачами выступают: процессуальное обеспечение, восстановление субъективного права, наказание виновного в совершении правонарушения. С учетом изложенного, полагаем, можно резюмировать, что в системе финансово-правового принуждения меры пресечения также существуют и могут быть выделены в самостоятельную группу, однако к их числу следует относить только такие меры, которые кроме пресечения не имеют иного назначения. Если мера принуждения имеет и иное назначение (например, процессуальное обеспечение), то именно оно, на наш взгляд, выступает основным, поскольку применение мер принуждения обусловлено общей для них целью – охраны субъективного права, которая предполагает, прежде всего, его восстановление, а в некоторых случаях наказание виновного. Отнесение меры принуждения к той или иной классификационной группе должно осуществляться исходя из ее основного содержания.

На основе предложенного понимания финансово-правового пресечения проанализируем те меры, которые обычно относятся к этому разряду.

По мнению И. И. Кучерова, А. Ю. Кикина пресекательный характер имеют меры, заключающиеся в доначислении налогов и сборов налоговым органом исходя из предположений о недобросовестности налогообязанного лица в соответствии с п. 3 ст. 40 НК РФ. Данная конструкция позволяет пресечь недобросовестное поведение налогообязанных лиц, выражающееся в совершении экономически неоправданных операций посредством использования нерыночных цен[1].

Решение вопроса об отнесении доначисления налогов (сборов), предусмотренного п. 3 ст. 40 НК РФ, к числу мер принуждения требует установления сущности такой правовой конструкции как доначисление налогов и сборов.

В Налоговом кодексе отсутствует понятие такой операции, осуществляемой налоговыми органами, как доначисление налогов (сборов) и, за исключением п. 3 ст. 40 НК РФ, этот термин не используется. Однако этот термин широко применяется в подзаконных актах как нормативного, так и ненормативного характера. Например, в приказе Минфина РФ от 24 ноября 2004 г. № 106н (с изм. от 30 декабря 2010 г.) фиксируется порядок заполнения расчетных документов, в том

---

[1] *Кучеров И. И., Кикин А. Ю.* Меры налогово-процессуального принуждения. М., 2006. С. 79.

числе «в случае самостоятельного обнаружения ошибки в ранее представленной декларации и добровольной уплате доначисленного налога (сбора) за истекший налоговый период при отсутствии требования об уплате налогов (сборов) от налогового органа»[1]. В другом приказе Минфина указывается на отсутствие обязанности налогоплательщика подавать уточненную декларацию, если «по результатам налоговых проверок налоговым органом доначислен налог к уплате в бюджет»[2]. Используется этот термин и в других нормативных актах[3], а также актах судебных инстанций[4].

В указанных актах под доначислением налогов понимается операция, осуществляемая по результатам выявления недоимки налоговым органом или налогоплательщиком самостоятельно. Можно констатировать, что доначисление налогов (сборов) непосредственно связано с наличием недоимки, выступает следствием установления факта недоимки. Согласно ст. 11 НК РФ, недоимка – это сумма налога или сумма сбора, не уплаченная в установленный законодательством о налогах и сборах срок. Недоимка справедливо рассматривается как результат противоправных действий налогоплательщика, но это, на наш взгляд, не является достаточным для рассмотрения доначисления налогов (сборов), осуществляемого при выявлении недоимки, в качестве самостоятельной меры принуждения. Доначисление налогов (сборов) не имеет автономного характера, применяется при выявлении недоимки, в целях восполнения имущественного урона, причиненного неполной уплатой налога, реализуемого посредством взыскания недоимки, пени и штрафа в порядке, предусмотренном ст. 46 НК РФ.

---

[1] См.: Приказ Минфина РФ от 24 ноября 2004 г. № 106н (с изм. от 30 декабря 2010 г.) «Об утверждении правил указания информации в полях расчетных документов на перечисление налогов, сборов и иных платежей в бюджетную систему Российской Федерации» // БНА. 2004. № 51.

[2] Приказ Минфина РФ от 15 октября 2009 г. № 104н (с изм. от 21 апреля 2010 г.) «Об утверждении формы налоговой декларации по налогу на добавленную стоимость и Порядка ее заполнения» // Российская газета. 20 января 2010 г.

[3] См., например: Приказ МВД РФ № 495, ФНС РФ N ММ-7-2-347 от 30 июня 2009 г. «Об утверждении порядка взаимодействия органов внутренних дел и налоговых органов по предупреждению, выявлению и пресечению налоговых правонарушений и преступлений» // Российская газета. 16 сентября 2009; Приказ ФНС РФ от 9 февраля 2011 г. № ММВ-7-7/147@ «Об организации работы по представлению интересов налоговых органов в судах» // Документ содержится в СПС Консультант Плюс.

[4] См., например: Постановлении Президиума ВАС РФ от 1 июня 2010 г. № 16064/09; Решение ВАС РФ от 9 февраля 2011 г. № 17812/10 <Об отказе в удовлетворении заявления о признании недействующей в части формы налоговой декларации по налогу на доходы физических лиц (форма 3-НДФЛ) и Порядка ее заполнения, утвержденной Приказом Минфина РФ от 29.12.2009 № 145н>; Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2010 г. № 588-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Дальневосточный завод «Звезда» на нарушение конституционных прав и свобод подпунктом 23 пункта 2 статьи 149 Налогового кодекса Российской Федерации»

Однако прежде чем она будет осуществлена налогоплательщику согласно ст. 69 НК РФ направляется требование об уплате налога. Основанием для направления требования является наличие недоимки. Факт доначисления налогов до направления требования об уплате налога (недоимки) не имеет юридической обязательности для налогоплательщика, а потому, на наш взгляд, не может рассматриваться в качестве автономной меры принуждения. Самостоятельность меры принуждения определяется, прежде всего, наличием специального процессуального порядка ее реализации. В отношении доначисления налогов (сборов) нормативное закрепление такого порядка отсутствует, оно охватывается правилами проведения налоговых проверок, вынесения решения по итогам рассмотрения результатов контрольных мероприятий, направления требования об уплате задолженности (штрафа), взыскании задолженности (штрафа).

Поэтому полагаем, что доначисление налогов выступает необходимым этапом по реализации такой меры принуждения как погашение недоимки. Погашение недоимки осуществляется на основании требования налогового органа в добровольном порядке налогоплательщиком, но имеет принудительную природу, т. к. связано с неисполнением обязанности налогоплательщика уплатить налог своевременно и в полном объеме. Неисполнение этой меры принуждения в добровольном порядке влечет ее реализацию в принудительном – в форме взыскания налога (недоимки) в порядке, предусмотренном ст. 46 НК РФ.

Следует подчеркнуть, что доначисление налогов (сборов) может осуществляться налоговым органом в нескольких случаях: 1) в случаях, установленных п. 3 ст. 40 НК РФ при проверке соответствия цен, примененных в сделках определенного рода, уровню рыночных; 2) при проверке правильности исчисления и своевременности уплаты налогов (сборов) в рамках налоговых проверок; 3) при определении суммы налогов (сборов) расчетным путем в случаях отказа налогоплательщика допустить должностных лиц налоговых органов к осмотру помещений и территорий, используемых налогоплательщиком для извлечения дохода, а также в случае непредставления в течение более двух месяцев налоговому органу необходимых для расчета налога документов, отсутствия учета доходов и расходов, учета объектов налогообложения или ведения учета с нарушением установленного порядка, приведшего к невозможности исчислить налоги (подп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ).

Иски о ликвидации организации. Как было отмечено выше, к мерам финансово-правового принуждения некоторые авторы относят право налоговых органов в соответствии со ст. 3 Закона «О налоговых органах» предъявлять в суде и арбитражном суде иски о ликвидации

организации любой организационно-правовой формы[1]. Полагаем, что эта точка зрения требует уточнения. Во-первых, не совсем верно рассматривать ликвидацию организации на основании иска уполномоченного органа в качестве меры финансово-правового пресечения. Ликвидация организации как последствие неоднократных или грубых нарушений законодательства[2] является, безусловно, мерой принуждения. Однако, на наш взгляд, обозначать ее как пресекательную вряд ли можно. Очевидно, что ликвидация является последствием нарушений, означает фактическое прекращение деятельности юридического лица вследствие его юридического аннулирования. Возможно, что какие-то совершаемые данным юридическим лицом в этот момент нарушения действительно прекращаются. Но в целом, эта мера выступает как наказание за недобросовестное отношение юридического лица к своим обязанностям, многочисленность которых и является основанием для ликвидации. Не случайно, поэтому, что применение этой меры отнесено к полномочиям суда, который должен установить достаточность оснований для ликвидации.

Во-вторых, не верно относить к мерам финансово-правового принуждения иски о ликвидации организации: сам иск не ликвидирует организацию, а лишь инициирует рассмотрение этого вопроса в суде. Следовательно, подача иска фактически не пресекает нарушений (хотя может этому способствовать) и не наказывает нарушителя, что возможно только по итогам судебного рассмотрения иска.

Во-третьих, необходимо указать, что правом предъявлять иски о ликвидации организации, т. е. инициировать применение такого наказания как ликвидация организации за нарушения в сфере финансово-правовых отношений, обладают не только налоговые органы, но также Центральный банк РФ[3] и Федеральная служба по финансовым рынкам[4]. Из этого можно сделать вывод, что такая мера наказания как принудительная ликвидация организации на основании исков уполномоченных органов, хотя и предусмотрена гражданским законодательством (ст. 61 ГК РФ), но фактическое применение имеет в сфере финансовых отношений.

Досрочное прекращение отсрочки, рассрочки, договора об инвестиционном налоговом кредите. Мнение о принудительном характер досрочного прекращения отсрочки, рассрочки, договора об

---

[1] *Кузовков В. В.* Указ. работа. С. 128–132.
[2] См.: ст. 61 ГК РФ.
[3] См.: ст. 23.1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 (с изм. от 11 июля 2011 г.) «О банках и банковской деятельности» // СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.
[4] См.: ст. 42 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ (с изм. от 11 июля 2011 г.) «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

инвестиционном налоговом кредите высказано А. Ю. Кикиным[1], а также А. С. Емельяновым, который подчеркивает пресекательный характер этих мер[2]. Представляется не совсем точным относить досрочное прекращение перечисленных форм изменения срока уплаты налога к разряду мер принуждения, в том числе мер пресечения. В соответствии со ст. 68 НК РФ досрочное прекращение рассрочки, отсрочки и инвестиционного налогового кредита допускается не только в качестве последствия нарушения условий их предоставления, но и по соглашению сторон, а также в случае досрочной уплаты всей причитающейся суммы налога (сбора) и соответствующих процентов до истечения срока действия отсрочки, рассрочки или договора об инвестиционном налоговом кредите. Это, на наш взгляд, позволяет заключить, что само по себе досрочное прекращение разрешения на изменение срока уплаты налога не несет в себе дополнительных ограничений, т. е. не является мерой принуждения, хотя и может быть с ними сопряжено. В частности, в случае нарушения условий, на которых было произведено изменение срока уплаты налога, применение мер принуждения обусловлено именно расторжением договора или досрочным прекращением отсрочки (рассрочки). Поэтому полагаем, что мерами принуждения выступает не само досрочное прекращение отсрочки, рассрочки, инвестиционного налогового кредита, а его последствия. Таким образом, полагаем возможным заключить, что досрочное прекращение отсрочки, рассрочки, инвестиционного налогового кредита не является самостоятельной мерой принуждения, т. к. само по себе оно не несет ограничений. Ограничения появляются в его последствиях, которые и выступают мерами принуждения.

Отнесение последствий досрочного прекращения отсрочки, рассрочки и инвестиционного налогового кредита к мерам принуждения не позволяет все же рассматривать их в качестве мер пресечения. Обращает на себя внимание тот факт, что, например, основанием для прекращения инвестиционного налогового кредита являются нарушения в режиме реализации или иного распоряжения оборудованием, с приобретением которого связывалось предоставление инвестиционного налогового кредита. При этом ни досрочное прекращение налогового кредита, ни применение его последствий не направлено на изменение того режима реализации или иного распоряжения приобретенным оборудованием, которое сложилось в нарушение условий предоставления налогового кредита. Из этого, полагаем, можно заключить, что меры принуждения,

---

[1] См.: *Кикин А. Ю.* Понятие и виды мер налогово-процессуального принуждения // Финансовое право. 2004. № 5.
[2] *Емельянов А. С.* Указ. работа. С. 90.

предусмотренные п. 8–9 ст. 68 НК РФ не имеют направленности на пресечение данного нарушения.

Представляется, что основная целевая направленность мер принуждения, предусмотренных ст. 68 НК РФ – восстановительная. Налоговая задолженность налогоплательщика в силу действия отсрочки, рассрочки или инвестиционного налогового кредита имеет «правомерный», допустимый характер. В результате досрочного прекращения предоставленной формы изменения срока уплаты налога, налоговая задолженность изменяет свой «статус», утрачивая правомерный характер. Этим определяется тот факт, что на непогашенную часть задолженности начисляются пени.

Аннулирование государственной (муниципальной) гарантии. Аннулирование государственных (муниципальных) гарантий обычно упоминается в системе мер принуждения за нарушения бюджетного законодательства[1], что обусловлено позицией законодателя, включившего указание на аннулирование государственных (муниципальных) гарантий в число санкций, предусмотренных ст. 300 БК РФ за нарушение порядка предоставления данных гарантий. Обоснованность отнесения данной меры к числу мер принуждения обычно не вызывает у исследователей сомнения, принудительность данного действия усматривается в том, что «уполномоченный орган государственной власти в одностороннем порядке отменяет предоставленные гарантии, тем самым пресекая неправомерное поведение»[2]. Между тем, анализ сущности аннулирования государственных (муниципальных) гарантий показывает, что оно не связано с отменой предоставленной гарантии в одностороннем порядке, представляя собой разновидность недействительности заключенного договора. В связи с чем представляется ошибочным формирование последствий несоблюдения порядка предоставления государственной (муниципальной) гарантии через конструкцию мер принуждения, т. к. это не соответствует ни природе государственной гарантии, ни сущности аннулирования договора, ни существу мер принуждения.

Институт государственной (муниципальной) гарантии не имеет однозначной оценки, его характеризуют как конструкцию либо публично-правовой[3], либо частноправовой природы[1]. Думается, что на

---

[1] См., например: *Тютина Ю. В.* Содержание финансово-правовой ответственности // Финансовое право. 2009. № 2; *Арсланбекова А. З.* Меры принуждения, применяемые за нарушения бюджетного законодательства // Административное и муниципальное право. 2009. № 1; *Архипенко Т. В., Макаров А. В.* Соотношение административной и бюджетной ответственности // Финансовое право. 2004. № 4; *Другова Ю. В.* Указ. работа.

[2] *Кузовков В. В.* Указ. работа. С. 127–128.

[3] См., например: *Шохин С. О.* Правовое регулирование государственного и муниципального кредита. В кн.: Финансовое право: Учебник / Отв. с изм. М. В. Карасева. М., 2008. С. 487–

данном этапе относить институт государственных (муниципальных) гарантий исключительно к публично-правовым конструкциям преждевременно, т. к. правовое регулирование этого инструмента осуществляется системно и бюджетным и гражданским законодательством, что определяется Постановлением Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 23 (с изм. от 26 февраля 2009 г.) «О некоторых вопросах применения арбитражными судами норм Бюджетного кодекса РФ».

Из характеристики государственной (муниципальной) гарантии, изложенной в этом Постановлении Пленума ВАС, на наш взгляд, следует, что она представляет собой «межотраслевое понятие»[2] и обладает смешанной правовой природой: имеет частноправовую сущность, скорректированную публично-правовым регулированием в силу закрепления финансово-правовых особенностей участия государства (муниципального образования) в отношениях поручительства. Этот вывод обусловливаетнеобходимость рассмотрения юридического смысла аннулирования государственной (муниципальной гарантии),преждевсего,васпектечастноправового знания.

Гражданское законодательство не оперирует термином «аннулирование договора». В гражданско-правовой науке и практике понятие аннулирования договора не имеет четкого понимания, как отмечает М. А. Егорова, зачастую аннулирование договора смешивается с категорией «расторжение договора» [3]. Фактически именно такой ракурс аннулирования государственной (муниципальной) гарантии предложен и в финансово-правовой теории, когда подчеркивается, что аннулирование представляет собой одностороннюю отмену органом государственной власти заключенного договора государственной гарантии[4]. Но с таким пониманием трудно согласиться, представляется правильным суждение о необходимости разграничения понятий расторжения и аннулирования договора, вытекающее из существенного их различия, прежде всего, правовых последствий[5].

489; *Туктаров Ю. Е.* Понятие и особенности гражданско-правовых гарантий // Журнал российского права. 1999. № 10; *Грачева И. В.* К вопросу о публично-правовой природе государственной гарантии // «Налоги» (газета). 2007. № 10.

[1] *Паплинский В. В.* Гарантии и поручительства как правовые способы активизации инвестиционной деятельности. М., 2005. С. 12; *Рассказова Н. Ю.* Банковская гарантия по российскому законодательству. М., 2005. С. 23–24; *Торкин Д. А.* Непоименованные способы обеспечения обязательств. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С. 14.

[2] *Грачева И. В.* Государственные гарантии как способ обеспечения исполнения обязательств: финансово-правовой аспект // Юридический мир. 2007. № 1.

[3] См.: *Егорова М. А.* Аннулирование договора в российском законодательстве // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 63.

[4] См.: *Кузовков В. В.* Указ. работа. С. 127–128.

[5] См.: *Егорова М. А.* Указ. работа. С. 63.

В достаточной степени четко отличие аннулирования договора от его расторжения выражено Высшим Арбитражным Судом РФ: аннулирование договора – это признание его недействительным, в то время как расторжение договора – это прекращение договора на будущее[1]. Применительно к договору государственной (муниципальной) гарантии эти разнопорядковые действия достаточно четко зафиксированы бюджетным законодательством. Так, возможность расторжения договора государственной гарантии до истечения срока его действия возможна в рамках его прекращения, что предусмотрено условиями самого договора: вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии, а также в форме отзыва гарантии гарантом. Гарантия отзывается, если в кредитный договор вносятся изменения, влекущие неблагоприятные последствия для гаранта и не согласованные с ним; если в течение 10 дней после принятия закона о бюджете субъекта Российской Федерации не представлена выписка из закона о бюджете субъекта Российской Федерации, подтверждающая предусмотрение средств для исполнения обязательств по кредитному договору в законе о бюджете субъекта Российской Федерации на соответствующий год; если организацией-получателем гарантии аннулирован договор обеспечения или произошло другое событие, в результате которого произошла потеря обеспечения либо снижение цены обеспечения[2].

Аннулирование договора государственной гарантии не предусматривается условиями договора, а фиксируется ст. 300 БК РФ как последствие несоблюдения порядка заключения данного договора. По общему правилу нарушения в порядке заключения договора (применительно к гражданско-правовым договорам обычно речь идет о заключении договора неуполномоченным лицом) является недействительность договора, а не его расторжение[3].

Таким образом, аннулирование договора государственной (муниципальной) гарантии следует рассматривать в контексте недействительности данного договора с момента его заключения, а не его расторжения в рамках действия данного договора.

В этой связи возникает вопрос о наличии оснований рассматривать констатацию судом недействительности договора и его аннулирование в качестве меры принуждения. На первый взгляд, основания для этого

---

[1] См.: *Мельников В. С.* Теоретические проблемы правового регулирования сделок: Дисс. … д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 273–274.

[2] См.: Приказ Минфина РФ от 31 июля 2003 г. № 233 «Об утверждении типовых форм Государственной гарантии Российской Федерации и Договора о предоставлении Государственной гарантии Российской Федерации по заимствованиям юридических лиц» // Финансовый вестник. Финансы, налоги, страхование, бухгалтерский учет. 2003. № 9.

[3] См.: *Мельников В. С.* Указ. работа. С. 274.

имеются, т. к. в гражданско-правовой науке господствующим является рассмотрение недействительных сделок как деяний противоправных[1]. Это мнение стало объектом анализа в «наиболее фундаментальном на сегодняшний день исследовании проблем теории недействительности сделок в российской цивилистике»[2] – монографии Д. О. Тузова «Теория недействительности сделок», автор которого предлагает всеобъемлющую аргументацию ошибочности отнесения недействительных сделок к числу противоправных деяний. Один из аргументов непосредственным образом может быть использован при исследовании аннулирования договора государственной (муниципальной) гарантии как формы недействительности данного договора. Д. О. Тузов, в частности, отмечает, что положения о форме сделок, равно как и о других предъявляемых к ним требованиях, не устанавливают ни обязанностей, ни санкций за их нарушение. Их выполнение есть лишь необходимое условие действительности сделки и достижения соответствующего правового результата. Поскольку же само совершение сделок является правом, а не обязанностью, то невозможно говорить и о юридической обязанности соблюдать условия их действительности. Иначе следовало бы признать, что лицо обязано перед самим собой. Поэтому пытаться соединить несоблюдение обязанности с невыполнением условий представляет не только извращение понятия санкции, но прежде всего путаницу между двумя совершенно различными, даже формально, сферами[3]. Ненаступление желаемого результата по причине несоблюдения требуемых условий, по верному замечанию О. Э. Лейста, санкцией не является, поскольку «санкции направлены против правонарушений, а не против тех действий, совершение которых предоставлено усмотрению лица»[4].

Думается, что понимание условий использования права как составной части именно права, а не обязанности субъекта, верно и в отношении договора государственной (муниципальной) гарантии, несмотря на то, что в силу особенностей субъектного состава отношения по данному договору регламентируются не только диспозитивно, но и императивно – нормами Бюджетного кодекса. Отнесение аннулирования государственной (муниципальной) гарантии к мерам принуждения затруднительно и из-за несоответствия

---

[1] См., например, *Иоффе О. С.* Советское гражданское право (Курс лекций). Л., 1958. С. 239; *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 34; *Хейфец Ф. С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М., 1999. С. 15.

[2] *Рудоквас А. Д.* Opus magnum: монографии Д. О. Тузова о недействительности сделок в гражданском праве //Вестник гражданского права. 2009. № 2.

[3] См.: *Тузов Д. О.* Указ. работа. С. 50–51.

[4] *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). М., 1981. С. 26.

сущности принудительных мер, которая заключается, на наш взгляд, в том, что они применяются к субъекту, нарушившему требования правовой нормы. В случае же несоблюдения порядка предоставления государственной гарантии уполномоченным органом мера принуждения (аннулирование договора) фактически применяется не к нарушителю, а к бенефициару, утрачивающему возможность возместить свои потери из-за несоблюдения принципалом условий кредитного договора в минимальные сроки и с минимальными затратами. То есть негативный смысл аннулирования как меры принуждения обращается, прежде всего, против бенефициара, действиями которого никакого нарушения допущено не было.

На основании изложенного следует сделать вывод, что аннулирование государственной (муниципальной) гарантии не является мерой принуждения, применяемой за нарушение порядка предоставления государственной (муниципальной) гарантии, зафиксированного ст.ст. 115–117 БК РФ.

Полагаем, что к мерам пресечения финансово-правового характера могут быть отнесены: отзыв лицензии, если основанием его применения не является правонарушение; приостановление операций по лицевым счетам; приостановление операций по счетам в кредитных организациях по решению Федерального казначейства.

Библиографический список:

1. *Пастушенко Е. Н.* Актуальные вопросы правового регулирования ответственности за нарушение банковского законодательства // Правоведение. 2002. № 5.

2. *Кикин А. Ю.* Меры налогово-процессуального принуждения: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

3. *Кузовков В. В.* Финансово-процессуальное принуждение: Дис. … канд. юрид. наук. М., 2007.

4. *Сердюкова Н. В.* Финансово-правовая ответственность по российскому законодательству: становление и развитие: Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003.

5. *Емельянов А. С.* Реализация охранительной функции финансового права: Дис. … докт. юрид. наук. М., 2005.

6. *Глаголев П. В.* Юридическая ответственность в системе мер государственного принуждения: Дис. ... канд. юрид. наук. Орел, 2007.

7. *Барашев В. В.* Институт административного принуждения: соотношение материального и процессуального права: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2007.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Налоговая правосубъектность физических лиц и организаций

налогоплательщики; правосубъектность; правоспособность; дееспособность; деликтоспособность; свобода; права; обязанности; гарантии; бремя

М. Н. Кобзарь-Фролова

кандидат юридических наук, доцент профессор кафедры административного и таможенного права Российской таможенной академии

Налогоплательщик – это особый правовой статус физического лица или организации, который лицом приобретается в связи с возложением на него государством обязанности нести налоговое бремя. Проведенный анализ юридических источников, позволил сделать важный вывод о том, что среди теоретиков права и иных исследователей нет единого мнения не только о понятии и содержании правосубъектности, но соотношении таких правовых категорий, как «правовой статус», «правовое положение». В одних случаях правовой статус раскрывается через категорию правовое положение, в других – допускается отождествление указанных понятий. Имеет место и точка зрения о том, что правосубъектность является важнейшей составной частью правового статуса субъекта права. Н. В. Витрук в этой связи пишет: «Неразработанность системы понятий теории правового положения личности, видимо, ведет к отдельным попыткам раскрыть содержание» … «правосубъектности и правового статуса, т. е. разнохарактерных по существу правовых явлений, через права и обязанности гражданина»[1].

А. В. Барков, Е. П. Лихотникова полагают, что правосубъектность и правовой статус – элементы правового положения личности[2]. Н. И. Матузов, А. В. Малько[3] говорят о том, что «в самом кратком виде правовой статус определяется в науке как юридически закрепленное положение личности в обществе». Д. Н. Горшунов рассматривает правой статус как стабильное правовое состояние субъекта, а правовое поло-

---

[1] *Витрук Н. В.* Общая теория правового положения личности. М.: НОРМА, 2008. С. 6.
[2] См.: *Барков А. В., Лихотникова Е. П.* Гражданская правосубъектность и право собственности некоммерческих организаций: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2004. С. 49–50.
[3] *Матузов Н. И., Малько А. В.* Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2004. С. 85.

жение – как постоянно изменяющаяся совокупность прав и обязанностей лица, обусловленная его вступлением в те или иные правоотношения[1]. Э. Г. Липатов относит правосубъектность к элементам, составляющим правовой статус лица[2].

Правосубъектность по мнению Н. В. Витрука выступает в ином качестве – прежде всего, государство юридически закрепляет те фактические отношения, которые существуют у него с гражданами, находящимися под его юрисдикцией. Правосубъектность связана со способностью личности осознавать свои поступки, поведение в целом и руководить им. Именно это свойство личности, то есть – относительно свободная воля, находит правовое выражение в правосубъектности, «которую можно определить как закрепленную правом способность личности быть носителем правового статуса, т. е. прав, свобод, обязанностей и законных интересов, способность осуществлять его и отвечать за неправомерную реализацию»[3]. «Правовой статус – это самостоятельное явление, отличное от правоспособности и правосубъектности в целом. Правовой статус очерчивает границы возможного и необходимого поведения личности, определяет меру пользования конкретными материальными и духовными благами через указание прав, обязанностей и законных интересов во всех областях общественных отношений». То что касается правосубъектности, то в целом она показывает способность к сознательному поведению в границах правового статуса[4], уточняет Н. В. Витрук.

В. А. Кучинский писал: «Если бы мы допустили, что права и обязанности, закрепленные в законе, являются элементами правоспособности, то должны были бы согласиться также и с проводимым отдельными авторами отождествлением правоспособности и правового статуса граждан. Однако допущения такого рода нельзя признать состоятельными: правоспособность – не сумма прав. Правовой же статус действительно представляет собой совокупность закрепленных в нормах действующего права прав и обязанностей, устанавливающих пределы возможного и должного поведения, общие для всех лиц, подпадающих под определенные признаки[5].

---

[1] См.: *Горшунов Д. Н.* Некоторые аспекты соотношения категорий «правовое положение», «правовой статус» и «правосубъектность»//Правовой статус и правосубъектность лица: теория, история, компаративистика. Казань, 2003. С. 23.

[2] *Липатов Э. Г.* Компетенция органов власти субъектов Российской Федерации в сфере правотворчества / Под ред. В. В. Володина. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 2009. С. 23.

[3] *Витрук Н. В.* Там же. С. 11.

[4] *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М.: Городец-издат, 1979. С. 116.

[5] *Кучинский В. А.* Личность. Свобода. Право. М.: Юрид. лит., 1978. С. 112.

Н. И. Матузов, А. В. Малько пишут о том, что «многообразные связи права и личности наиболее полно могут быть охарактеризованы через понятие правового статуса, в котором отражаются все основные стороны юридического бытия индивида: его интересы, потребности, взаимоотношения с государством, трудовая и общественно-политическая деятельность, социальные притязания и их удовлетворение». Правовой статус – собирательная, аккумулирующая категория. В догосударственном обществе, где не было права, социальный статус у лица был, а правового не было. Таким образом, по мнению Н. И. Матузова, А. В. Малько, «в основе правового статуса лежит фактический социальный статус, т. е. реальное положение человека в данной системе общественных отношений. Право лишь закрепляет это положение, вводит его в законодательные рамки. Социальный и правовой статусы соотносятся как содержание и форма»[1].

По своему юридическому содержанию правосубъектность личности означает закрепленную законодательством способность личности иметь юридические права, обязанности и законные интересы и осуществлять их самостоятельно либо через законных представителей, а также отвечать за их неправомерную реализацию[2], говорит Н. В. Витрук. Общей правосубъектностью обладают все субъекты. …«все граждане потенциально могут стать носителями практически всех прав и обязанностей»[3]. А. В. Мелехин разделяет правосубъектность на общую и специальную, соответственно чему различает общий и специальный правовые статусы[4].

В нашем представлении, в правосубъектности выражается формально-юридическое отношение государства к субъекту права (физическому лицу, организации). Соответственно правосубъектность можно рассматривать как развивающую правовую связь лица и государства, которая возникает с появлением правового общества и изменяется с государственным общественным устройством, образуя правовую конструкцию общественных отношений. В нормах международного права правосубъектность неотделима от личности, носит всеобщий характер и гарантируется государством.

Потенциально все лица обладают от рождения равной правосубъектностью. Спецификой правового равенства является то, что основанием соблюдения равенства является признание свободы индивида на

---

[1] *Матузов Н. И., Малько А. В.* Указ. раб. С. 85.
[2] См.: *Витрук Н.В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. С. 82.
[3] *Лазарев В. В.* Общая теория права и государства. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001.
[4] *Мелехин А.В.* Теория государства и права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Режим доступа: СПС КонсультантПлюс. 2009. С. 34.

его участие в общественных отношениях через такие понятия, как правоспособность, дееспособность и деликтноспособность.

О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский и другие современные ученые полагают, что понятие правосубъектности охватывает правоспособность и дееспособность. «Субъекты правоотношения должны владеть правосубъектностью, т. е. способностью быть носителями прав и обязанностей, осуществлять их от своего имени и нести юридическую ответственность» [1].

Налоговая правосубъектность – это гарантированная государством потенциальная свобода лица быть субъектом налогового права. Не «способность» и не «возможность», а именно «потенциальная свобода», которая гарантируется Конституцией каждому. Налоговая правосубъектность включает в себя три юридических свойства: налоговую правоспособность, налоговую дееспособность и налоговую деликтоспособность.

Способность (возможность) иметь право не есть само право..., пишет И. Н. Матузов, – это явления, лежащие в неодинаковых плоскостях. Правоспособность не может рассматриваться как субъективное право в «потенции». Правоспособность, будучи способностью лица быть носителем предусмотренных законом прав и обязанностей, служит условием, предпосылкой субъективных прав[2].

Налоговая правоспособность – это гарантированная Конституцией свобода лица приобретать предусмотренные нормами налогового права субъективные права в области налоговых правоотношений и иметь установленные законом обязанности. Содержанием налоговой правоспособности лица является совокупность установленных Конституцией Российской Федерации гарантий, а также прав и обязанностей, закрепленных нормами действующего законодательства о налогах и сборах.

Законодатель в Налоговом кодексе РФ не закрепляет категорию правосубъектности. Не закреплены в нем и положения о моменте приобретения физическим лицом налоговой правоспособности. Законодатель лишь указал на то обстоятельство, что обязанность по уплате конкретного налога или сбора возлагается на налогоплательщика и плательщика сбора с момента возникновения обстоятельств, предусматривающих уплату конкретного налога или сбора (ч. 2 ст. 44 НК РФ). Поскольку такие обстоятельства могут возникнуть в любом возрасте физического лица, включая день его рождения, то можем предположить, что налоговая правоспособность физического лица возникает также как и гражданская с момента рождения лица. Существует мнение, что налого-

---

[1] См. например: *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М.: Госюриздат, 1961. См. также: *Крохина Ю. А.* Налоговое право России. М.: ЮНИТИ, 2006; *Демин А. В.* Налоговое право: Учебник. Красноярск, 2006.

[2] *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 77–93.

вая правоспособность возникает в случае принятия физическим лицом наследства, получения государственных социальных выплат и пособий, дара, согласно положений ГК РФ, рождения детей и др.[1]. Из такого суждения следует, что если указанные или иные события не наступили, то отсутствует необходимость приобретения налоговой правоспособности. Так в случае отсутствия доходов, подлежащих обложению налогом и иных объектов налогообложения, лицо не приобретает статус налогоплательщика, он лишь является субъектом налогового права. Соответственно, лицо освобождено по действующему законодательству, от обязанности уплачивать налоги и сборы. Однако это обстоятельство не может лишить лицо права получать информацию о действующих налогах и сборах, основаниях освобождения от налоговой обязанности, право приобрести статус налогоплательщика и др. Согласно действующему гражданскому законодательству правоспособность физических лиц может быть ограничена только судом (см. статья 22 ГК РФ). Гражданин не может отказаться от правоспособности.

Правоспособность не имеет самостоятельного значения, пишет Н. И. Матузов. «Являясь признаваемым государством свойством (способностью) личности, правоспособность сама по себе не обеспечивает никакого реального блага, а лишь позволяет иметь предусмотренные законом субъективные права и обязанности, т. е. выступает необходимой предпосылкой правообладания»[2].

Налоговая дееспособность – это гарантированная Конституцией свобода лица своими действиями приобретать и лично реализовывать принадлежащие ему права, нести налоговое бремя и осуществлять иные обязанности, возложенные на него действующим законодательством в области налоговых правоотношений. Отдельные авторы включают в состав налоговой дееспособности и способность лица нести ответственность за нарушения законодательства о налогах и сборах[3]. Поскольку дееспособность наступает с определенного возраста, и может быть ограничена наступлением определенного возраста, большинство авторов относят ее к второстепенному элементу правосубъектности[4].

---

[1] См. напр.: *Крохина Ю. А.* Налоговое право. М.: ЮНИТИ, 2006. С. 102.
[2] *Матузов Н. И.* Личность. Права. Демократия. Саратов, 1972. С. 110.
[3] См. *Крохина Ю. А.* Указ. раб. С. 101–103; См. также *Демин А. В.* Указ. раб.
[4] Примечание: Дееспособность лица связана с совершением волевых действий, что предполагает достижение определенного возраста человека и психического уровня его зрелости. В возрасте от 14 до 18 лет несовершеннолетние граждане признаются ограниченно дееспособными. По общему правилу полная дееспособность наступает с момента совершеннолетия. Однако российское законодательство предусматривает два исключения из правила, когда лица могут стать полностью дееспособными и до наступления совершеннолетия. Например, если они вступят в брак, либо лицо принято на работу по трудовому договору или занимается предпринимательской деятельностью. В этих случаях гражданское законодательство предусматривает возможность признания лица полностью дееспособным (эмансипированным) с 16 лет. Эмансипация произво-

Объясняется это и тем, что основой возникновения правоотношений являются права лица, а дееспособность и деликтоспособность могут у лица не возникнуть. М. И. Абдулаев пишет: «гражданин может быть участником правоотношений лишь будучи наделен правоспособностью и дееспособностью. Если гражданин наделен только правоспособностью, тогда это – субъект права, а не правоотношений»[1].

У физических лиц наличие налоговой дееспособности определяется такими юридическими фактами как наступление определенного законом возраста и вменяемость лица. Налоговая дееспособность физического лица возникает с четырнадцатилетнего возраста (ограниченная налоговая дееспособность)[2]. С письменного согласия родителей несовершеннолетний может заниматься индивидуальной предпринимательской деятельностью с четырнадцати лет, а значит иметь доход, подлежащий налогообложению. Однако возраст наступления налоговой и административной ответственности для физических лиц-налогоплательщиков законодателем установлен – шестнадцать лет (полная налоговая дееспособность). Часть 2 ст. 107 НК РФ закрепляет ограничение, согласно которому физическое лицо может быть привлечено к ответственности за совершение налоговых правонарушений только с шестнадцатилетнего возраста. Малолетние в возрасте до 14 лет или невменяемые лица, являющиеся собственниками недвижимого имущества, обладают налоговой правоспособностью, но реализовать свои права и обязанности самостоятельно не могут, поскольку налоговая дееспособность у них отсутствует. Обязанность по уплате налога или сбора за малолетнего ребенка несут его родители, опекуны, попечители[3]. То, что касается ответственности, то законодатель в Налоговом кодексе не предусмотрел ответственность вышеуказанных лиц за неисполнение обязанности по уплате налога за малолетнего ребенка. Управление ФНС России по г. Москве в письме от 09 августа 2007 № 28-10/076242@ указало, что ответственность за неуплату налога, в том

дится по решению органа опеки и попечительства с согласия обоих родителей или усыновителей либо, при отсутствии такого согласия по решению суда.

[1] *Абдулаев М. И.* Теория государства и права: Учебник для высших учебных заведений. М.: Магистр-Пресс, 2004. С. 76.

[2] ГК РФ предусмотрена возможность несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет самостоятельно, без согласия родителей, усыновителей и попечителя распоряжаться своими заработком, стипендией и иными доходами. Статья 26 ГК РФ определяет, что несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет совершают сделки с письменного согласия своих законных представителей – родителей, усыновителей или попечителя. Уплата налога не может быть приравнена к совершению сделки. См. ст. 153 ГК РФ: «сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей».

[3] В п. 1 ст. 1073 ГК РФ закреплено «за вред, причиненный несовершеннолетним, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), отвечают его родители (усыновители) или опекуны».

случае если налогоплательщиком является несовершеннолетний ребенок, возлагается на его законного представителя.

О дееспособности юридических лиц в НК РФ не упоминается. В соответствии с положениями п. 2 ст. 1 ГК РФ юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора. Само понятие юридического лица, закрепленное законодателем в пункте 1 статьи 48 ГК РФ говорит о том, что юридическое лицо отвечает по своим обязательствам своим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. С момента регистрации в ЕГРЮЛ учредительных документов об образовании юридического лица, организации приобретают не только налоговую правоспособность, но и налоговую дееспособность, а значит обязаны нести налоговое бремя, соблюдать требования законодательства о налогах и сборах, несут налоговую ответственность.

Налоговая деликтоспособность – это способность лица отвечать за свои деяния (действия и бездействие) и нести ответственность за нарушения налогового законодательства. Чтобы быть способным отвечать за свои действия и нести юридическую ответственность, лицо должно иметь определенный уровень сознания. Только правоспособные и дееспособные лица могут быть деликтоспособными. Ограничить лицо в дееспособности может суд, в случаях, если будет установлено, что лицо не может отдавать отчет своим действиям, не в состоянии самостоятельно реализовывать свои права, следовательно, такое лицо не будет нести ответственность за свои действия (бездействие). Оно не является деликтоспособным.

М. С. Студеникина полагает, что деликтоспособность является важнейшей характеристикой субъекта правонарушения. Под деликтоспособностью М. С. Студеникина понимает не только способность осознавать значение своих действий, но и предвидеть их последствия, нести за них юридическую ответственность[1]. Налоговая деликтоспособность физического лица наступает с 16-летнего возраста. Деликтоспособность юридических лиц наступает с момента его государственной регистрации.

Обязанность каждого «платить законно установленные налоги и сборы» возложена Конституцией Российской Федерации (ст. 57). При этом Конституция не указывает ни на возраст, ни на обстоятельства, которые влекут за собой эту обязанность. Согласно положениям части 2 статьи 44 НК РФ обязанность по уплате конкретного налога или сбора возлагается на налогоплательщика и плательщика сбора с момента

---

[1] *Студеникина М. С.* Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / Под ред. А. С. Пиголкина. М.: Городец, 2003. С. 163.

возникновения обстоятельств, предусматривающих уплату конкретного налога или сбора. Конституция Российской Федерации гарантирует свободу приобретения субъективного права, а НК РФ закрепляет права, обязанности и ответственность лиц, которые приобрели особый статус – налогоплательщики и плательщики сборов. В НК РФ не закреплены положения о правосубъектности налогоплательщиков, поскольку это связано со свободой лица приобрести статус налогоплательщика.

Библиографический список:

1. *Витрук Н. В.* Общая теория правового положения личности. М.: НОРМА, 2008.
2. *Барков А. В., Лихотникова Е. П.* Гражданская правосубъектность и право собственности некоммерческих организаций: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2004.
3. *Матузов Н. И., Малько А. В.* Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2004.
4. *Горшунов Д. Н.* Некоторые аспекты соотношения категорий «правовое положение», «правовой статус» и «правосубъектность»//Правовой статус и правосубъектность лица: теория, история, компаративистика. Казань, 2003.
5. *Липатов Э. Г.* Компетенция органов власти субъектов Российской Федерации в сфере правотворчества / Под ред. В. В. Володина. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 2009.
6. *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М.: Городец-издат, 1979.
7. *Кучинский В. А.* Личность. Свобода. Право. М.: Юрид. лит., 1978.
8. *Лазарев В. В.* Общая теория права и государства. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001.
9. *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М.: Госюриздат, 1961.
10. *Крохина Ю. А.* Налоговое право России. М.: ЮНИТИ, 2006.
11. *Демин А. В.* Налоговое право: Учебник. Красноярск, 2006.
12. *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966.
13. *Абдулаев М. И.* Теория государства и права: Учебник для высших учебных заведений. М.: Магистр-Пресс, 2004.
14. *Студеникина М. С.* Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / Под ред. А. С. Пиголкина. М.: Городец, 2003.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Положительное право и правосудие

Правовое регулирование дисциплинарной ответственности судей

дисциплинарное судебное присутствие; квалификационная коллегия; судебная система; судья; судейский корпус; Высший Арбитражный суд; Верховный суд; дисциплинарная ответственность судьи

Ю. А. Артемьева

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Российского университета дружбы народов

Авторитет судебной власти а, следовательно, государственной власти в целом, эффективность ее деятельности зависят от кадрового состава судей, их профессионализма, объективности, беспристрастности и справедливости. Повышение доверия к судам невозможно без открытой и понятной системы привлечения судей к дисциплинарной ответственности. При этом в погоне за созданием действенного механизма контроля за судебной системой необходимо не забывать об одной из важнейших гарантий принятия беспристрастных законных решений – самостоятельности и независимости судей.

Европейская хартия судей указывает на то, что в целях независимости и самостоятельности судей вопросы подбора, назначения, продвижения по службе прекращения полномочий для судей должен решать орган, не подчиняющийся исполнительной и законодательной властям. Поэтому, данный орган должен состоять не менее чем из половины судей, избранных из таких же судей, в порядке, гарантирующем самое широкое представительство. Учитывая эти рекомендации, ФЗ «Об органах судейского сообщества в РФ» 14.03.02г., были созданы квалификационные коллегии судей. Основными задачами, стоящими перед ними было: содействие в совершенствовании судебной системы и судопроизводства, защита прав и свободных интересов судей, участие в организационном, кадровом и ресурсном обеспечении судебной деятельности, утвер-

ждение авторитета судебной власти. Определенным фактором обеспечения самостоятельности и независимости самих квалификационных коллегий стала законодательно закрепленная неподотчетность органам, их избравшим, за принятые решения. (ст.5 Закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации»).

Представители судов избираются тайным голосованием на конференции судей в порядке, определяемом этой конференцией. Избрание вместо выбывших в период между конференциями производится советом судей. Учитывая наличие у председателей судов и их заместителей определенных административно – распорядительных полномочий, а так же конфликта интересов не допускается включение их в состав квалификационных коллегий. Запрещено совмещение должности члена совета судей и квалификационной коллегии судей одного уровня, а также одновременное нахождение в коллегиях судей разных уровней.

Учитывая значительную роль квалификационных коллегии в формировании судейского корпуса, в их состав включен представитель Президента РФ, назначаемый указом Президента РФ.

Для преодоления кастового подхода к решению кадровых вопросов судебной системы, повышения доверия граждан к судебной системе в состав коллегии входят представители общественности. В соответствии со ст.11 Закона «Об органах судейского сообщества» представители общественности назначаются в состав Высшей квалификационной коллегии судей Советом Федерации Российской Федерации, а в другие квалификационные коллегии судей – законодательными (представительными) органами субъектов Российской Федерации и составляют одну третью состава квалификационных коллегий судей.

Квалификационные коллегии обладают значительными полномочиями, рассматривая вопросы назначения, награждения и привлечения к ответственности судей.

В условиях массового обвинения судебной системы в коррупции, волоките, противозаконных действиях особое значение приобретает контрольная деятельность квалификационных коллегий. Наиболее распространенным обвинением в жалобах граждан является обвинение в коррупционности. Однако, практически никогда доказательства получения взятки не представляются. Основной аргумент заявителей заключался в том, что судебный акт принят не в их пользу, а, следовательно, судья- взяточник. Конечно, как и в любой структуре, в судебной системе могут быть обнаружены факты получения взяток. Поэтому поступающие жалобы должны быть тщательно проверены. Нарушения должны быть выявлены, нарушители- отстранены от работы и привлечены к ответственности. Одна-

ко, в борьбе за чистоту рядов нельзя забывать и о необходимости защиты судебной системы от беспочвенных обвинений и оскорблений. К сожалению, нет ни одного случая привлечения к ответственности за распространение сведений, порочащих судью или судебную систему. Попустительство голословным обвинениям, поощряет голословное очернение судов, способствует падению авторитета и доверия не только к самой судебной власти, но и государственной власти в целом (судебные акты принимаются от имени Российской Федерации).

Анализ деятельности квалификационных коллегий судей показывает, что созданная система не обеспечивает в полной мере действенный контроль за деятельностью судей. Каждый заинтересованный гражданин вправе направить жалобу на действия судей. В случае наличия в ней сведений о совершении судьей дисциплинарного проступка, Председатель коллегии или по его поручению член коллегии осуществляет проверку обоснованности указанных фактов или дает поручение осуществить проверку председателю соответствующего или вышестоящего суда. (Под дисциплинарным проступком, влекущим дисциплинарное взыскание в виде предупреждения или досрочного прекращения полномочий судьи, следует понимать не только нарушение норм Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" и положений Кодекса судейской этики, но и нарушение общепринятых норм морали, обязанностей при отправлении правосудия, правил поведения при исполнении иных служебных обязанностей и во внеслужебной деятельности)1.

Жалоба может быть возвращена заявителю без рассмотрения в случаях: отсутствия в ней сведений о совершении судьей дисциплинарного проступка; обжалования судебного акта; наличия в ней нецензурных, оскорбительных слов или выражений, угроз; если текст не поддается прочтению; если ранее по ней давался ответ, и жалоба не содержит новых доводов; если жалоба касается охраняемой федеральным законом тайны2.

При наличии в жалобе обоснованных сведений о признаках совершенных судьей преступления, она направляется в соответствующий государственный орган. Отказ в привлечении судьи к дисциплинарной ответственности и отказ в рассмотрении жалобы обжалованию не подлежит. В случае обнаружения фактов нарушения

---

[1]П. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 мая 2007 г. № 27 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей о привлечении судей судов общей юрисдикции к дисциплинарной ответственности».

[2] Ст.27 Положения о порядке работы Квалификационных коллегий судей (утв. Высшей квалификационной коллегией судей РФ 22 марта 2007 г.)

норм Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации", положений Кодекса судейской этики информация о результатах проверки направляется председателю соответствующего или вышестоящего суда, а также председателю соответствующего совета судей для решения вопроса о внесении в квалификационную коллегию судей представления или обращения о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности или об отказе в этом.

В соответствии со с.28 Положения о порядке работы квалификационных коллегий судей привлечение к дисциплинарной ответственности осуществляется на основании: представления председателя вышестоящего суда- в отношении председателя суда, представления председателя вышестоящего суда либо представление председателя суда, в. котором замещает должность судья, заместителя председателя суда, в отношении которого поступила жалоба; представление председателя соответствующего районного или вышестоящего суда в отношении мирового судьи; обращение соответствующего органа судейского сообщества в отношении председателя, заместителя председателя суда, судьи.

Возникает вопрос, насколько данное положение полноценно обеспечивает возможность привлечения судьи к ответственности? Рассмотрение жалобы на действия судьи становится предметом коллективного рассмотрения коллегией только при поступлении представления от непосредственного руководителя (Председателя суда) либо коллег, входящих в Совет судей. При этом член коллегии, проведя проверку поступившей жалобы, самостоятельно решает, является жалоба обоснованной или нет. Его решение обжалованию не подлежит. Отсутствие ответственности и надзора, за процедурой проверки жалобы вполне обоснованно вызывает сомнения в действенности работы данной системы контроля за деятельностью судей.

При установлении фактов нарушений Квалификационная коллегия не имеет реальных возможностей обязать Председателя суда или Совет судей направить Представление на привлечение судьи к дисциплинарной ответственности. Принять решение о привлечении в дисциплинарной ответственности Квалификационная коллегия без Представления Председателя суда или Обращения Совета судей не может.

Представляется, что все жалобы, не содержащие дефекты формы должны рассматриваться коллегией и только коллегиально возможно принятие решения о наличии оснований для рассмотрения дела о привлечении к ответственности. Это решение должна принимать Квалификационная коллегия без предварительного представления Председателя суда или обращения Совета судей. Наличие та-

кого права в комплексе с обязанностью реагировать на Представления (Обращения) позволит говорить о наличии беспристрастной и справедливой системы реагирования на жалобы граждан, преодолении кастовости в судебной системе.

С марта 2010г., контроль за обоснованностью решений, принимаемых Квалификационными коллегиями, в соответствии с ФКЗ №4 от 09.11.2009 «О дисциплинарном судебном присутствии», осуществляет Дисциплинарное судебное присутствие.

Присутствие формируется из числа трех судей Верховного Суда Российской Федерации и трех Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Членом Дисциплинарного судебного присутствия может быть выбран судья в возрасте от 40 до 65 лет, имеющий стаж работы в качестве судьи в Верховном Суде Российской Федерации или в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации не менее пяти лет.

Отказ в удовлетворении представлений председателей федеральных судов о прекращении полномочий судей за совершение ими дисциплинарных проступков может быть обжалован в Дисциплинарном судебном присутствии. Обращение подается Председателем Верховного Суда Российской Федерации или Председателем Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Решение о приостановлении или прекращении полномочий судьи или прекращении его отставки может быть обжаловано лицом, в отношении которого оно принято.

По результатам рассмотрения жалоб и обращений возможно: удовлетворение жалобы и отмена решения соответствующей квалификационной коллегии судей; удовлетворение обращения и прекращение полномочий судьи; отказ в удовлетворении жалобы или обращения.

По итогам 2010г. в судебное присутствие поступило 147 заявлений и жалоб. Рассмотрено по существу 32, по причине неподведомственности 97.1 Таким образом, большая часть времени была потрачена судом не на разрешение спорных правовых ситуаций. Возможно изменение ст.27 Регламента Дисциплинарного судебного присутствия и введение государственной пошлины за рассмотрение жалоб, обеспечивало бы более ответственное отношение граждан к обращению в государственный орган.

Жалобы на волокиту, грубое или систематическое нарушение судьями процессуальных сроков, приводящих к ущемлению прав и законных интересов граждан при рассмотрении дел, являются наи-

---

[1]Справка о деятельности Дисциплинарного судебного присутствия по рассмотрению жалоб и заявлений за 2010 г. // http://dsp.sudrf.ru

более распространенными. Оперативное вынесение законного решения является важной составляющей авторитета и востребованности судебной власти. В пункт 6.5. Резолюции Экономического и Социального Совета ООН от 27 июля 2006 г. N 2006/23"Укрепление основных принципов поведения судей" отмечается, что судья обязан выполнять все свои обязанности, включая вынесение отложенных решений, разумно, справедливо и с достаточной быстротой. Верховный суд РФ подчеркнул, что нарушения требований процессуального законодательства о порядке, сроках подготовки, назначения и рассмотрения судебных дел умаляют авторитет судебной власти. Несовместимы с требованиями закона и профессиональной этики назначение в судах первой инстанции рассмотрения нескольких дел на одно и то же время, а также безосновательные отложения рассмотрения дел, в том числе в связи с их ненадлежащей подготовкой к судебному разбирательству1.Нагрузка на судей в последнее время превышает все разумные пределы. Как указал Председатель ВАС РФ А. Иванов, научно обоснованная норма нагрузки на одного судью арбитражного суда в РФ составляет в среднем 15,6 рассмотренных дел в месяц2. По общим данным за 2010г. нагрузка в среднем по Арбитражным судам субъектов РФ составила 58 дел3. В 14 арбитражных судах нагрузка значительно выше средней. Например, в Арбитражных судах: города Москвы – 112 дел, Московской области – 102 дела, Краснодарского края – 96 дел, города Санкт-Петербурга и Ленинградской области -94 дела, Нижегородской области – 85 дел, Пермского края -84 дела, Ростовской области 75 дел, Удмуртской Республики 73 дела, Республики Татарстан, Вологодской и Самарской областей по 68 дел, Ямало-Ненецкого автономного округа 66 дел, Республики Саха (Якутия) и Свердловской области по 65 дел.

Насколько справедливо привлечение судьи к дисциплинарной ответственности за нарушение процессуальных сроков при таких условиях работы? Квалификационная коллегия судей Тверской области, рассмотрев Представление Председателя суда на мировую судью Румянцеву М. Ю., сочла необходимым прекратить полномо-

---

[1]П.9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 мая 2007 г. № 27 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей о привлечении судей судов общей юрисдикции к дисциплинарной ответственности».

[2] Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации А. А. Иванова в Совете Федерации 21 сентября 2009 года.

[3]О работе арбитражных судов Российской Федерации в 2010 году. Сведения о судебной нагрузке в арбитражных судах Российской Федерации в 2008 – 2010 г. Сайт ВАС РФ http://www.arbitr.ru

чия в связи с установленными фактами нарушения сроков рассмотрения дел и изготовления судебных актов. Дисциплинарное судебное присутствие, оценив решение квалификационной коллегии и принимая во внимание нагрузку, в два раза превышающую средне статистическую, признало неправомерным оспариваемое решение.1 В данной ситуации Судебное присутствие за основу приняло среднюю нагрузку по суду. Представляется, что за фактором, смягчающим ответственность должен быть не показатель нагрузки по суду или региону, а научно обоснованный расчет возможного количества дел, который судья может и должен рассмотреть без ущерба качеству и процессуальным срокам. Отсутствие нормативного закрепления этого показателя ведет к произвольной и субъективной оценке качества судебной работы. Безусловно повышенная нагрузка не может служить основанием нарушения прав граждан на быстрое и справедливое разрешение спора, но и наказание судей за физическое отсутствие возможности работать с превышением разумной нагрузки является нарушением действующего законодательства.

Принцип V1 Рекомендации N R (94) 12 устанавливает возможность снятия с должности до исполнения возраста обязательного выхода на пенсию только по основаниям точно определенным законом. 2 К сожалению, действующее законодательство (Закон Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации", Федеральный закон "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации") не содержит однозначных критериев определения меры ответственности в зависимости от совершенного судьей проступка. Поэтому нарушение процессуальных сроков может повлечь для судьи, как вынесение предупреждения, так и досрочное прекращение полномочий. Конституционный суд РФ принимая во внимание международные правовые нормы, закрепленные в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Основных принципах независимости судебных органов, Рекомендации N R/94/12 по вопросам независимости судей, в Европейской хартии о статусе судей от 10 июля 1998 года, указал, что не смотря на отсутствие законодательно закрепленных критериев, которыми должны руководствоваться квалификационные коллегии судей при выборе вида дисциплинарного наказания необходимо учитывать, прежде всего, принцип совместимости дисциплинарного проступка со статусом судьи.

Верховный суд РФ рекомендует принимать во внимание принимать во внимание тяжесть дисциплинарного проступка, степень на-

---

[1] Дело ДСП10-102 по жалобе Румянцевой М. Ю. на решение квалификационной коллегии судей тверской области. Архив Дисциплинарного судебного присутствия.

[2] Рекомендация N R (94) 12 по вопросам независимости судей (принята 13 октября 1994 года Комитетом Министров государств – членов Совета Европы)

рушения прав и законных интересов граждан и организаций, наступившие последствия, данные о профессиональных и моральных качествах судьи и иные обстоятельства.1

В соответствии со ст.16 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" судья не может быть привлечен к какой-либо ответственности за выраженное им при отправлении правосудия мнение или принятое судом решение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность судьи в преступном злоупотреблении либо вынесении заведомо неправосудного судебного акта. Данное условие является существенным положением, обеспечивающим неприкосновенность судьи. Проверка правомерности принятого акта может происходить только в строго установленных процессуальных формах. Согласно статьи 118 Конституции РФ правосудие в Российской Федерации осуществляется только судами. Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" в статье 1 указывает «Судебная власть в Российской Федерации осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных, народных и арбитражных заседателей. Никакие другие органы и лица не вправе принимать на себя осуществление правосудия». Международное право закрепляет : решения судей не подлежат пересмотру вне рамок процедур обжалования, предусмотренных законом2. Таким образом, Квалификационная коллегия не правомочна давать оценку законности принимаемого судебного акта.

Конституционный суд РФ, рассматривая вопросы ответственности за нарушения осуществления правосудия указал, что принцип состязательности сторон представляет возможность самостоятельного толкования нормы права в пределах законного судебного усмотрения на основании доказательственной базы представленной сторонами по делу. Отмена судебного акта вышестоящей инстанцией не является безусловным основанием для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. В такой ситуации разграничение незаконных решений, принятых в результате не связанной с виной ошибки судьи и его неосторожной вины, представляет собой труд-

---

[1] П.3 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 мая 2007 года № 27 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей о привлечении судей судов общей юрисдикции к дисциплинарной ответственности».

[2] Рекомендация N R (94) 12 по вопросам независимости судей (принята 13 октября 1994 года Комитетом Министров государств – членов Совета Европы).

новыполнимую задачу.1 Вместе с тем ст.12.1 указанного закона устанавливает дисциплинарную ответственность в виде предупреждения или досрочного прекращения полномочий за нарушение норм Закона «О статусе судей в Российской Федерации», а также положений кодекса судейской этики, законов Российской Федерации. Статья 3 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" указывает, что : судья обязан неукоснительно соблюдать Конституцию Российской Федерации и другие законы; судья при исполнении своих полномочий, а также во внеслужебных отношениях должен избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности.

Квалификационные коллегии судей, а в последствии и Санкт-Петербургский городской суд, Ростовский областной суд, Верховный суд РФ признали нарушение при рассмотрении дел судьями Г. Н. Белюсовой и С. В. Семак требований процессуального закона, судьей Г. И. Зиминой – процессуального и материального закона, А. Матюшенко – уголовного и уголовно-процессуального дисциплинарными проступками, влекущими прекращение полномочий.2 Квалификационная коллегия судей г. Москвы лишила полномочий федерального судью Арбитражного суда г. Москвы Марченко Р. А. Основанием такого решения послужило принятием судьей определения об обеспечения иска. По мнению коллегии и Председателя Арбитражного суда г. Москвы, данным актом незаконно ограничивались права ответчика и создавались препятствия для исполнения решений судов общей юрисдикции. Дисциплинарное судебное присутствие отменило решение Квалификационной коллегии судей г. Москвы в связи с недопустимостью оценки судебного акта, вступившего в законную силу органом судейского сообщества.3

Конституционный суд РФ, анализируя основания привлечения судьи к дисциплинарной ответственности указал, что принимая во внимание принципы независимости, несменяемости и неприкосно-

---

[1]Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. N 1-П "По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А. Б. Зернова, С. И.Кальянова и Н. В. Труханова".

[2]Постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2008 г. N 3-П "По делу о проверке конституционности ряда положений статей 6.1. и 12.1. Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" и статей 21, 22 и 26 Федерального закона "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации" в связи с жалобами граждан Г. Н. Белюсовой, Г. И. Зиминой, Х. Б. Саркитова, С. В. Семак и А. А. Филатовой"

[3] Дело ДСП10-87 по жалобе Марченко Р. А. на решение квалификационной коллегии судей г. Москвы. Архив дисциплинарного судебного присутствия.

венности основанием для привлечения к дисциплинарной ответственности в виде досрочного прекращения полномочий судьи должно быть не любое отступление от требований закона и этических норм, а лишь такое, которое по своему характеру с очевидностью несовместимо с высоким званием судьи, явно противоречит социальному предназначению судебной власти, носителем которой является судья. Поэтому полномочия судьи должны быть досрочно прекращены, если неправосудность судебного акта явилась результатом такого поведения судьи, которое по своему характеру несовместимо с занимаемой им должностью.

Анализ норм привлечения судей к дисциплинарной ответственности приводит к выводу о наличии множества пробелов, и норм, допускающих субъективное толкование. Судебная система РФ, безусловно, нуждается в совершенствовании. Но совершенствование судебной системы невозможно без создания целостного механизма контроля и ответственности судей. Необходимо определение базовых принципов и норм дисциплинарной ответственности, регламентация процедуры привлечения к ответственности. Это необходимо не только для защиты прав и законных интересов судейского корпуса, повышения их независимости, но и для преодоления, сформировавшегося в обществе убеждения о корпоративности и коррупционности судебной системы.

Библиографический список:

1. *Адушкин Ю., Жидков В.* Дисциплинарная и административная ответственность судей: за и против // Российская юстиция. 2001. № 11.

2. *Буянова М. О. Карпенко О. И.* специальная дисциплинарная ответственность государственных служащих.// Кадровик.ру. 2003. № 4.

3. Европейская хартия о статусе судей // Российская юстиция. 1999. № 7.

4. Обзор практики рассмотрения дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей.// Вестник Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации. 2006. № 1(7).

5. *Шабанов П. Н.* Дисциплинарная ответственность судей: актуальные проблемы и пути их решения // Правовой порядок в РФ. Формирование, виды, эффективность. Выпуск 13. Воронеж, 2009.

6. *Ермошин Г.Т.* Проблемы обеспечения независимости судебной власти // Судебная реформа в России. М.: Городец. 2001.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Проблема вины в трудовом праве

трудовое право; вина; правонарушение; трудовые правоотношения; материальный ущерб; материальная ответственность

М. Э. Дзарасов

кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора теории конституционного права Института государства и права Российской академии наук

Рассматриваемая в настоящей статье проблематика относится к одной из наиболее сложных в трудовом праве. В науке трудового права уделяется мало внимания вопросам вины, при этом от ее понимания зависит правильное применение принципа виновной ответственности по нормам трудового права, чем и обоснована актуальность данной работы.

Правонарушение, являющееся основанием юридической ответственности, включает в свой состав такой элемент как субъективная сторона. К необходимым признакам которой, по мнению А.И. Рарога, наряду с мотивом и целью относится вина[1]. Вина как категория трудового права представляет собой психическое отношение работника либо работодателя, которое проявилось в трудовом правонарушении.

В случае совершения трудового правонарушения (дисциплинарного проступка, либо причинения материального ущерба) лица, состоящие, или когда речь идет о материальной ответственности, как состоящие, так и состоявшие в трудовых правоотношениях на момент совершения правонарушений, привлекаются к дисциплинарной или материальной ответственности.

В соответствии со статьей 192 Трудового кодекса РФ работник может быть привлечен к дисциплинарной ответственности в случае совершения дисциплинарного проступка, под которым понимается неисполнение или ненадлежащее исполнение по вине работника возложенных на него трудовых обязанностей. Согласно статье 233 Трудового кодекса РФ материальная ответственность стороны трудового договора наступает за ущерб, причиненный ею другой стороне этого договора в результате ее виновного противоправного поведения (действий

---

[1] См.: *Рарог А. И.* Общая теория вины в уголовном праве. М., 1980. С. 11.

или бездействия), если иное не предусмотрено указанным Кодексом или иными федеральными законами.

Для привлечения работника или работодателя к ответственности по нормам трудового права, как правило, необходима определенная совокупность условий, которая включает в себя: 1) противоправность поведения причинителя вреда; 2) вину стороны, совершившей правонарушение; 3) причинение вреда; 4) причинную связь между поведением и наступившими последствиями совершенного деяния (действия или бездействия).

В письме от 19.10.06 № 1746-6-1 Федеральная служба по труду и занятости, разъяснила, что материальная ответственность наступает при одновременном наличии следующих условий: противоправного поведения (действий или бездействия) причинителя; причинной связи между противоправным действием и материальным ущербом; вины в совершении противоправного действия (бездействия)1. Отсюда следует, что субъективной стороной правонарушения, являющегося основанием материальной ответственности, также является вина. При этом необходимо отметить, что в письме упущено такое необходимое условие, как наличие имущественного ущерба.

Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что российское трудовое право стоит на позиции субъективного вменения, не допуская объективное вменение.

Как отмечают К.Н. Гусов и Ю.Н. Полетаев, субъективная сторона правонарушения характеризуется виной (психическим отношением субъекта к своему действию (бездействию), к его результатам (последствиям)[2].

Вина в трудовом праве, как писал в свое время А.М.Хвостов, имеет свои особенности: в одних случаях она ближе к уголовной вине, например, при совершении дисциплинарного проступка, в других – к гражданской вине, при причинении имущественного ущерба работодателю[3]. Вина работодателя в случае причинения материального ущерба работнику также ближе к гражданской вине, однако имеет свои особенности, отличающие ее от предусмотренной гражданским правом, собственно как и вина работника.

Следует подчеркнуть, что в признании лица виновным «содержится общественное осуждение его поведения. Основанием для такого осуждения служит, во-первых, отрицательный характер последствий, вызываемых данными действиями, и, во-вторых, то обстоятельство, что, действуя, лицо знало или должно было знать о том, к каким последствиям

---

[1] Экономика и жизнь. 2006. Октябрь. № 44.
[2] См.: *Гусов К. Н., Полетаев Ю. Н.* Ответственность по российскому трудовому праву: Науч.-практическое пособие. М., 2008. С. 20.
[3] См.: *Хвостов А. М.* Вина в советском трудовом праве. Минск, 1970. С. 20.

может привести его поведение, каково значение этих последствий, и какую общественную оценку заслуживает его поведение»[1].

Следовательно, как обоснованно считал О.С. Иоффе, вина является не только психическим, но и определенным общественным явлением[2].

Вина содержит в себе интеллектуальный и волевой элементы. Первый характеризует отношение лица к своему деянию (действию или бездействию) и его последствиям с точки зрения сознания, а второй отношение лица к своему поведению и последствиям этого поведения с точки зрения воли.

В зависимости от того, как соотносятся сознание и воля к противоправному деянию (действию или бездействию) и наступившим последствиям различают две формы вины (умысел и неосторожность), а также такие виды умышленной вины как прямой и косвенный умысел и неосторожной вины (легкомыслие и небрежность).

Определения понятий умышленной и неосторожной вины в трудовом законодательстве отсутствуют. Само понятие умысла и неосторожности дано в уголовном праве, и, как мы полагаем, следует использовать данные определения.

В случае умышленной вины предполагается, что лицо, причинившее вред, осознавало и желало наступления связанных с его действиями результатов. Умысел, писал А.И.Рарог, представляет собой отражение в психике человека важнейших фактических и социальных свойств преступного деяния[3].

Умысел, как указывалось нами, может быть прямым и косвенным. Общим признаком, характеризующим прямой и косвенный умысел, является предвидение вредных последствий. Различают их по признаку желания наступления причинителем вреда неблагоприятных последствий.

Предвидение вредных последствий противоправного деяния значит их осознание, а желание предполагает стремление к ним. Согласно пункту 2 статьи 25 Уголовного кодекса РФ прямой умысел будет иметь место тогда, когда лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их наступления, а косвенный умысел как предусмотрено в пункте 3 этой же статьи - если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления общественно опасных последствий, не желало, но сознательно допускало эти последствия либо относилось к ним безразлично.

---

[1] См.: Там же. С. 17.
[2] См.: *Иоффе О. С.* Обязательства по возмещению вреда. Л., 1952. С. 30.
[3] См.: *Рарог А. И.* Общая теория вины в уголовном праве. М., 1980. С. 11.

В соответствии со статьей 26 Уголовного кодекса РФ к легкомыслию следует относить те случаи, когда лицо предвидело возможность наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение этих последствий; под небрежностью – когда лицо не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности было должно и могло предвидеть эти последствия.

Так как в Трудовом кодексе РФ отсутствуют определения вышеприведенных понятий, обоснованно, на наш взгляд, предложение Г.Х. Шафиковой о необходимости внести в Трудовой кодекс РФ статьи, в том числе и отсылочные, определяющие понятие вины, формы и степень вины при привлечении к ответственности за нарушение норм трудового законодательства[1].

Для возложения ответственности по нормам трудового права не имеет значение вид умысла, с которым действовал причинитель (прямой или косвенный), любая форма вины достаточна для возложения ответственности, однако размер возмещаемого материального ущерба, причиненного работодателю, зависит от того, является вина умышленной или неосторожной.

В случае умышленного причинения ущерба сторона не может не предвидеть последствий своего противоправного поведения и сознательно идет на причинение ущерба, в связи с чем, умышленное причинение ущерба влечет более строгую материальную ответственность.

В зависимости от формы вины законодательство устанавливает различную материальную ответственность – ограниченную или полную. Так, например, работники в возрасте до 18 лет несут полную материальную ответственность лишь за умышленное причинение ущерба (часть 3 статьи 242 Трудового кодекса РФ), а согласно пункту 3 части 1 статьи 243 Трудового кодекса РФ на работника материальная ответственность в полном размере причиненного ущерба возлагается в случае умышленного причинения ущерба.

Органы по рассмотрению индивидуальных трудовых споров могут с учетом степени и формы вины снизить размер ущерба, подлежащий взысканию с работника. При этом размер взыскиваемого с работника ущерба не может быть снижен, если он причинен преступлением, совершенным в корыстных целях (статья 250 Трудового кодекса РФ).

---

[1] См.: *Шафикова Г. Х.* Проблемы ответственности за причинение морального вреда работнику в трудовом праве // Проблемы юридической ответственности: история и современность. Часть 2. Тюмень, 2004. С. 220.

Применительно к последнему случаю в части 3 пункта 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 № 52 (с изменениями от 28 сентября 2010 г.) «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю»1 особо подчеркивается, что неисполнение работодателем обязанности по обеспечению надлежащих условий для хранения имущества, вверенного работнику, может служить основанием для отказа в удовлетворении требований работодателя, если это явилось причиной возникновения ущерба.

В соответствии с пунктом 3 статьи 401 Гражданского кодекса РФ под непреодолимой силой понимаются чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства, к которым могут относиться стихийные бедствия (наводнение, землетрясение и т.п.), военные действия и т.д.

В юридической литературе к нормальному хозяйственному риску относят: а) действия, соответствующие современным знаниям и опыту; б) ситуации, когда поставленная цель не могла быть достигнута иначе; в) ситуации, когда приняты меры для предотвращения ущерба; г) действия, когда объектом риска выступают материальные ценности, но не жизнь или здоровье человека[2].

В части 2 пункта 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 № 52 (с изменениями от 28 сентября 2010 г.) «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю» говорится о том, что к нормальному хозяйственному риску могут быть отнесены действия работника, соответствующие современным знаниям и опыту, когда поставленная цель не могла быть достигнута иначе, работник надлежащим образом выполнил возложенные на него должностные обязанности, проявил определенную степень заботливости и осмотрительности, принял меры для предотвращения ущерба, и объектом риска являлись материальные ценности, а не жизнь и здоровье людей.

О крайней необходимости речь идет в статьях 39 Уголовного кодекса РФ, 1067 Гражданского кодекса РФ и 24.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

Статьей 39 Уголовного кодекса РФ крайняя необходимость определяется как действия, которые совершаются для устранения опасности, непосредственно угрожающей личности и правам данного лица или иных лиц, охраняемым законом интересам общества или государства,

---

[1] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2007. № 1; Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2010. № 11.

[2] См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. д.ю.н., проф. Ю. П. Орловский. М., 2005. С. 669.

если эта опасность не могла быть устранена иными средствами, и при этом не было допущено превышения пределов крайней необходимости.

Согласно статье 37 Уголовного кодекса РФ не является преступлением причинение вреда посягающему лицу в состоянии необходимой обороны, то есть при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если это посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия.

В трудовом законодательстве не содержится формулировки признания стороны невиновной. Такая формулировка применительно к исполнению гражданско-правовых обязательств содержится в пункте 1 статьи 401 Гражданского кодекса РФ и, по мнению В.В.Глазырина, может быть применена к трудовым отношениям[1]. Согласно данной статье лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства и предотвращения ущерба.

Как отмечалось нами выше в соответствии с российским трудовым законодательством работник может быть привлечен к материальной или дисциплинарной ответственности, а работодатель к материальной только за общественно опасное деяние (действие или бездействие) в случае установления их вины, в связи чем встает вопрос о том, кто должен доказать вину лица, причинившего ущерб. В Трудовом кодексе РФ отсутствует четкое указание на это. Представляется, что сторона (работодатель или работник), которой был причинен ущерб, должна доказать вину стороны, которая по ее мнению причинила ущерб.

В обоснование нашей позиции следует указать на то, что статьей 56 Гражданского процессуального кодекса РФ предусмотрено, что каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральными законами. Трудовым кодексом РФ и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, особые требования не предусмотрены, соответственно работник либо работодатель обязаны доказать вину той стороны, которая причинила им ущерб.

На это прямо указывается, например, в приведенной нами части 1 пункта 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 № 52 (с изменениями от 28 сентября 2010 г.) «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю», правда толь-

---

[1]См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. 2-е изд., испр., доп. и перераб. / Отв. ред. Ю. П. Орловский. М., 2005. С. 660.

ко применительно к работодателю, привлекающему работника к материальной ответственности.

Представляется, что в тех случаях, когда непосредственно работодателем налагается ответственность (дисциплинарная или материальная) также необходимо доказать вину работника.

Отметим также, что в пункте 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 1 марта 1983 г. № 1 «О некоторых вопросах применения судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный предприятию, учреждению, организации» (в редакции от 21 декабря 1993 г.) (с изменениями от 27 июля, 20 декабря 1983 г., 16 декабря 1986 г., 21 апреля 1987 г., 25 октября 1996 г.)[1], разъяснявшего смысл ранее действовавшего законодательства, указывалось, что в процессе подготовки дела о материальной ответственности работников к судебному разбирательству надлежит предложить истцам и другим лицам, участвующим в деле, представить доказательства, подтверждающие вину работника, наличие прямого действительного ущерба, противоправности действия (бездействия) работника, причинной связи между его действием (бездействием) и ущербом с тем, чтобы с учетом этих данных, а также обстоятельств, от которых зависит правильное определение вида и пределов материальной ответственности, разрешить возникший спор по существу.

В тех случаях, когда речь идет о материальной ответственности работодателя за ущерб, причиненный работнику, в законодательство следует внести изменения и предусмотреть по аналогии с гражданским правом презумпцию вины причинителя вреда. В пункте 2 статьи 401 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство. Сторона, причинившая вред согласно Гражданскому кодексу РФ, может опровергнуть ее, если представит доказательства отсутствия своей вины в причинении вреда.

В связи с этим полагаем, что было бы разумным дополнить часть 3 статьи 233 Трудового кодекса РФ особо указав на то, что вина работника должна быть доказана работодателем, как и невиновность работодателя в причинении вреда работнику. Дело в том, что фактически работодатель является более сильной стороной трудового правоотношения, поэтому необходимо установить дополнительные преимущества для работника, который зачастую имеет меньше возможностей для доказывания вины работодателя, нежели работодатель работника. Установление предложенного нами правила уравняет работников и работодателей путем предоставления дополнительных преимуществ работнику, закрепленных в трудовом законодательстве.

Спорной является позиция, изложенная в части 2 пункта 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 № 52 (с из-

---

[1] СПС «Гарант».

менениями от 28 сентября 2010 г.) «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю», где сказано, что если работодателем доказаны правомерность заключения с работником договора о полной материальной ответственности и наличие у этого работника недостачи, последний обязан доказать отсутствие своей вины в причинении ущерба.

Отсюда следует, что в случае заключения договора о полной материальной ответственности вина работника в случае причинения материального вреда работодателю презюмируется и это ставит его в заведомо неравное положение с работодателем, однако эта позиция не основана на законодательстве. В Трудовом кодексе РФ нигде не идет речь о том, что работодатель не обязан доказывать вину работника в случае привлечения работника к материальной ответственности за причинение ему ущерба. Отметим, что в части 1 пункта 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 № 52(с изменениями от 28 сентября 2010 г.) «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю» говориться о том, что работодатель должен доказать вину работника, то есть изложен противоположный подход.

Согласно статье 1 Трудового кодекса РФ, целью трудового законодательства является защита прав и интересов, как работодателей, так и работников, а в отмеченном нами случае работодатель поставлен в привилегированное положение по отношению к работнику.

Таким образом, обязанность доказать отсутствие своей вины в причинении ущерба работодателю противоречит как общим правилам возмещения материального вреда сторонами трудового договора, причиненного друг другу, так и целям трудового законодательства и требует корректировки.

Библиографический список:

1. *Рарог А. И.* Общая теория вины в уголовном праве. М., 1980.

2. *Гусов К. Н., Полетаев Ю. Н.* Ответственность по российскому трудовому праву: Науч.-практическое пособие. М., 2008.

3. *Хвостов А. М.* Вина в советском трудовом праве. Минск, 1970.

4. *Иоффе О. С.* Обязательства по возмещению вреда. Л., 1952.

5. *Шафикова Г. Х.* Проблемы ответственности за причинение морального вреда работнику в трудовом праве // Проблемы юридической ответственности: история и современность. Часть 2. Тюмень, 2004.

6. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. д.ю.н., проф. Ю. П. Орловский. М., 2005.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Значение преюдиции для установления процессуальной истины в состязательном уголовном судопроизводстве

уголовное судопроизводство; уголовное дело; приговор; законность; преюдиция; состязательность

С. В. Фидельский

преподаватель кафедры уголовного процесса Краснодарского университета МВД России

В Большом юридическом словаре «преюдиция» или «преюдициальность» означает, что все суды, рассматривающие дело, обязаны принимать без проверки и доказательств факты, установленные вступившим ранее в законную силу решением или приговором суда[1]. В соответствии со статьей 90 УПК РФ обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки. При этом такие приговор или решение не могут предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле.

Весьма актуальным является вопрос о влиянии преюдиции на достижение процессуальной истины по уголовному делу в процессе осуществления правосудия.

Об истине и справедливости писал еще два с лишним века назад один из известнейших русских просветителей С. Е. Десницкий, слова которого можно отнести и к нашему времени: «Судить по истине и справедливости в случае, когда закон не будет доставать, ибо всех приключений ни в каком государстве законами ограничить и предвидеть вперед невозможно, того ради необходимость требует в таких непредвиденных случаях дозволить судии решать и судить дела

[1] См.: Большой юридический словарь. М., 2001. С. 483.

по совести и справедливости, и сколь далеко такое дозволение судии простираться должно, сие також с осторожностию узаконить должно»[1].

В истории отечественного уголовного процесса достижение истины осуществлялось различными способами, в зависимости от существующего типа уголовного судопроизводства. Так, в уголовном процессе раннеобвинительного типа считалось, что истина исходит от Бога. Спор между обвинителем и потерпевшим решался посредством поединка, испытания водой, огнем и т. д. При системе формальной оценки доказательств, которая развивалась из средневекового (розыскного) процесса, признание обвиняемого, данное под пыткой, считалось совершенным доказательством, достаточным для осуждения[2]. Ценность каждого доказательства определялась дробью (1/2, 1/4, 1/8), т. е. какой-то частью «совершенного» доказательства (признания обвиняемого)[3].

Представляется, что целью существования той или иной теории оценки доказательств на протяжении многих веков вплоть до наших дней, а также практической ее реализации служило одно – установление истины по уголовному делу. Однако в уголовно-процессуальной доктрине России спор о роли суда и возможности установления им истины в условиях состязательного процесса ведется до сих пор. Совершенно справедливы указания А. П. Гуськовой и Н. Г. Муратовой на то, что сегодня одним из направлений дальнейшего совершенствования института доказывания в условиях развития элементов состязательности является уточнение границ (пределов) реализации судом конкретных правомочий[4].

В связи с принятием УПК РФ в науке уголовного процесса наметилась тенденция все большего отхода от требования достижения истины и движение в сторону состязательного процесса, т. е. признания необходимости установления формальной, процессуальной, юридической истины как «продукта» состязательного процесса. Так, Н. В. Колоколов указывает, что «…исключительно важное значение для уяснения природы и сущности судебной власти… имеет то обстоятельство, что народ в целом и государство в частности предоставляют ей право в определенных спорных ситуациях устанавливать

---

[1] Цит. по кн.: *Коган Ю. А.* Очерки истории русской атеистической мысли. М., 1962. С. 232–245.

[2] См.: *Петрухин И. Л.* Эволюция основного метода оценки доказательств в суде (история и перспективы) / В сб.: Проблемы уголовного, уголовно-процессуального законодательства и практики его применения. М., 2006. С. 80–84.

[3] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1899. В 2-х т. Т. 2. С. 204.

[4] См.: *Гуськова А. П., Муратова Н. Г.* Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства: Монография. М.: Юрист, 2005. С. 118.

так называемую юридическую истину, которая в сознании многих граждан приравнивается к истине абсолютной и, как известно из философии, совершенно недостижимой»[1]. «Чтобы сгладить ностальгические переживания… – пишет Бозров В. М., – можно внести в уголовно-процессуальное законодательство России… понятие – «процессуальная истина», под которой бы понималась обязанность суда установить по делу круг обстоятельств, позволяющих разрешить уголовно-правовой иск по существу…»[2].

По мнению А. В. Смирнова, состязательный процесс – не более чем продукт идеальной типологии, и в качестве целостной правовой системы в жизни реального государства его никогда не существовало[3]. «При разрешении любого правового спора или конфликта перед судом в качестве основной цели выступают поиск истины и ее устремление, – пишет П. М. Мохрат, – подлинно правовое неотделимо от истинного… Суды, применяющие право, выступающие как органы по реализации права, достигают этой цели, устремляясь к истине»[4]. Выдающийся ученый Л. Е. Владимиров считал, что цель судебного следствия заключается не в одной только проверке собранных на предварительном следствии доказательств, но и в самостоятельном исследовании истины[5]. К сказанному можно лишь добавить высказывания о том, что в судебном разбирательстве установление истины вполне достижимо путем исследования, проверки и оценки доказательств[6]; говорить о пассивной роли суда в ходе судебного разбирательства несправедливо[7]; принцип состязательности является признаком регресса[8].

Абсолютно другой точки зрения придерживаются такие ученые, как А. С. Александров, В. М. Бозров, А. П. Гуськова, Н. М. Кипнис, В. А. Лазарева, Н. Г. Муратова, П. А. Лупинская и др. С именами указанных ученых связана идея о пассивной (до разумных пределов) роли суда в доказывании, ориентированная на реализацию законно-

---

[1] *Колоколов Н. А.* Судебная власть как общеправовой феномен: Дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 48.

[2] *Бозров В. М.* О проблеме справедливости в уголовном судопроизводстве // Российский судья. 2005. № 4. С. 15–18.

[3] См.: *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 18.

[4] *Мохрат П. М.* Справедливость в деятельности суда // Государственная власть и местное самоуправление. 2007. № 7. С. 5–7.

[5] См.: *Владимиров Л. Е.* Учение об уголовных доказательствах. М.: Автограф, 2000. С. 119.

[6] См.: *Прокопенко А. А.* Оценка достаточности доказательств судом на стадии судебного разбирательства // Научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. 2008. № 36(2). С. 7.

[7] См.: *Кореневский Ю.* Нужна ли суду истина? // Российская юстиция. 1994. № 5. С. 21.

[8] См.: *Поляков М. П.* Принцип чистой состязательности как источник проблем судебного следствия // Уголовное судопроизводство. 2007. № 1. С. 36–39.

го требования о разделении процессуальных функций обвинения, защиты и разрешения дела; на наличие юридической (процессуальной) истины в уголовном судопроизводстве. Видный российский процессуалист И. В. Михайловский писал: «Ничего не может быть похвальнее стремления бороться с преступностью… Но не вмешивайте суд в эту страстную, напряженную борьбу. Он должен остаться бесстрастным, спокойным, разумным и могущественным контролером борьбы…»[1].

Необходимость корректировки взгляда на истинность судебного приговора отмечается и И. Б. Михайловской: «…доминирование юридической истины над истиной материальной» отражает современные представления о социальной ценности судебной процедуры не как репрессии, но прежде всего как способа разрешения возникающих конфликтов с наименьшими потерями для общества»[2]. В следующих своих работах автор указывает, что «в ситуации, когда обвинению не удалось представить суду такую совокупность доказательств, которая убедила бы его в виновности обвиняемого, у суда есть два варианта поведения: руководствоваться стремлением установить подлинные обстоятельства дела, добиться соответствия своих выводов фактам объективной действительности (именно этого требует принцип материальной истины, одновременно являющийся в таком случае и целью доказывания) либо следовать правилу, согласно которому недоказанная виновность равнозначна доказанной невиновности, выносить оправдательный приговор и довольствоваться истиной юридической (формальной)»[3].

С целью установления абсолютной истины по уголовному делу в советский период существования нашего государства, по мнению некоторых авторов, связано получение признательных доказательств от подозреваемого, обвиняемого любой ценой, что служило характерной чертой для инквизиционного процесса. П. А. Лупинская пишет по данному вопросу: «Не случайно установление «истины» любыми средствами было одним из постулатов инквизиционного процесса, в котором «царицей доказательств», определявшей истинность приговора, было признание обвиняемым своей вины»[4].

Подводя итог, позволим сделать вывод, что не следует понимать выражение «пассивность суда в исследовании доказательств» в его

---

[1] Цит. по кн.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Курс уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 823–824.

[2] *Михайловская И. Б.* Права личности – новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская юстиция. 2002. № 7. С. 3.

[3] *Михайловская И. Б.* Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби, 2006. С. 18.

[4] *Лупинская П. А.* Учебник уголовно-процессуального права. М., 2003. С. 222.

радикальной форме – форме безучастия. Суд не может и не должен быть абсолютно пассивен, поскольку именно он закладывает результаты проведенной оценки доказательств в основание процессуального решения по делу[1]. Суд, разрешая дело, наделен значительными полномочиями в плане проверки и оценки доказательств, что является прочной основой для вынесения решения по делу. Таким образом, на основании вышеизложенного следует, что, существенно сузив пределы полномочий суда в исследовании доказательств сторон, законодатель тем самым признал достаточной для эффективного правосудия формальную, юридическую истину, что также следует из уравнивания задач общего и особого порядка судебного разбирательства.

Рассуждения о возможности и целесообразности достижения истины в состязательном процессе и наличие столь широкого спектра мнений позволяют задаться вопросом о влиянии преюдиции на истинность приговора. Исходя из смысла статьи 90 УПК РФ, суд может признать некоторые обстоятельства без доказывания, если они установлены вступившим в законную силу приговором суда. То есть, как нам представляется, при признании приговора преюдициальным суд самоустраняется от исследования доказательств и оценки их по внутреннему убеждению и достижению процессуальной истины. «Получается, что он не обязан по собственной инициативе собирать новые доказательства, выявлять как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства»[2]. В такой ситуации суд ограничен и в аргументации мотивировки квалификации преступного деяния, требование о чем хотя и не предусмотрено статьей 305 УПК РФ, однако по-прежнему содержится в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 г. № 1 «О судебном приговоре», которое, по мнению В. Горобца, не соответствует принципам уголовно-процессуального законодательства[3].

Согласно пункту 4 названного Постановления и в соответствии со статьей 302 УПК РФ обвинительный приговор… постановляется лишь при условии, если в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления доказана. В связи с этим судам надлежит исходить из того, что обвинительный приговор должен быть постановлен на достоверных доказательствах, ко-

---

[1] См.: *Карякин Е. А.* Роль суда в судебном доказывании и формировании истинности приговора // Российский судья. 2007. № 5. С. 28–31.

[2] *Немытина М. В.* Российский суд присяжных: Учебно-методическое пособие. М., 1995. С. 58.

[3] См.: *Горобец В.* Законность, обоснованность и справедливость приговора в условиях состязательности процесса // Российская юстиция. 2003. № 8. С. 38.

гда по делу исследованы все возникшие версии, а имеющиеся противоречия выяснены и оценены[1]. Это положение указывает на то, что в любом случае все возможные доказательства и версии должны быть исследованы непосредственно судом, что в свою очередь, по нашему мнению, противоречит положению, закрепленному в статье 90 УПК РФ. Так как правила преюдиции допускают принимать как истинные, т. е. проверенные и оцененные судом факты, которые сам суд не устанавливал, а принял «на веру» доказательства, установленные другим судом в предыдущем приговоре.

Однако сколь бы ни была активной или пассивной деятельность суда в процессе доказывания, насколько бы ни были достоверными (недостоверными) его выводы в приговоре, это не влияет на обязательность выносимых судебных решений. Некоторые авторы указывают, что акты государства не могут быть сами по себе истинными или ложными, и относится это не только к правоприменению, но и к самим нормативным установлениям. Истинными или ложными могут быть только основания этих актов, да и то лишь в части, касающейся отражения в сознании законодателя и судьи общественной жизни, ее ситуаций[2]. По нашему мнению, близкий смысл имеет и позиция П. А. Лупинской о том, что понятия законности и обоснованности приговора вовсе не обязательно соответствуют установлению истины по делу[3]. Также следует отметить, что в отношении вступившего в законную силу приговора действует презумпция его истинности. Поэтому его отмена возможна только при строго ограниченных законом условиях и в строго установленном законом порядке. Вступивший в законную силу приговор исполняется, как бы его ни оценивали те, к кому он обращен.

Библиографический список:

1. *Коган Ю. А.* Очерки истории русской атеистической мысли. М., 1962.
2. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1899.
3. *Колоколов Н. А.* Судебная власть как общеправовой феномен: Дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2007.
4. *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2000.
5. *Лупинская П. А.* Учебник уголовно-процессуального права. М., 2003.

---

[1] Российская газета. 1996. 22 мая.
[2] См., например: *Явич Л.С.* Сущность права. Л., 1985. С. 134.
[3] См.: *Лупинская П. А.* Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. № 7. С. 5.

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Злоупотребление доверием – самостоятельная форма хищения

злоупотребление доверием, хищение, мошенничество, вверенное имущество

В. В. Хилюта

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Гродненского государственного университета им. Я. Купалы, Республика Беларусь

Доверительные отношения между людьми существовали, существуют и будут существовать всегда. Без них невозможно нормальное, цивилизованное человеческое общение. Но, к сожалению, доверительные отношения нередко используются для совершения корыстных преступлений[1]. Все чаще в отношения между людьми вовлекаются криминальные посягательства на собственность, такие как вымогательство, мошенничество, присвоение, растрата, причинение имущественного ущерба и т. д., когда преступники, преследуя свои личные корыстные цели применяют все более изощренные приемы вхождения в доверие к потерпевшим с последующим злоупотреблением этим доверием или обманом.

Появление и развитие уголовно-правовой категории «злоупотребление доверием» имеет под собой как социально-экономические, так и правовые основания. Ее формирование с экономической точки зрения связано с изменившимися условиями хозяйственной жизни: отделением процессов управления от собственности, результатом которого является перераспределение экономической власти в пользу управляющих и появления «благоприятных» условий для злоупотреблений полномочиями представителями чужих имущественных интересов. Вверенные имущественные интересы оказываются уязвимыми с точки зрения возможностей для имущественных посягательств, совершаемых лицами, обязанными действовать в чужом интересе[2].

---

[1] *Михайлов К. В.* Злоупотребление доверием как признак преступлений против собственности (уголовно-правовые и криминологические аспекты): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Челябинск, 2000. С. 2–3.

[2] *Безверхов А. Г.* Имущественные преступления. Самара, 2002. – С. 263.

В самом общем виде суть злоупотребления доверием состоит в противозаконном умышленном причинении имущественного ущерба собственнику лицом, которое обязано было оградить данные имущественные интересы от притязаний иных лиц и заботиться о них. Ущерб здесь причиняется посредством таких распоряжений чужим имуществом, которые входили в сферу обязанностей виновного, но по содержанию своему составляли измену лежавшему на нем долгу[1].

Историческое развитие юридического понятия злоупотребления доверием тесно связано с преднамеренным нарушением договоров. Элементы современного понятия злоупотребления доверием можно найти в римском праве, которому было известно присвоение кассирами вверенного им или собранного ими по службе казенного имущества. В последующем из этого понятия образовалось присвоение вверенного имущества. Следует также отметить, что римское право считало только то нарушение договора преступным, которое было соединено с нарушением какого-либо особого доверия[2]. Договорами же, которые основывались на таком доверии, признавались: полномочие, залог, опека и товарищество.

Феодализм выработал особые понятия об обязанности личной верности и измене такой обязанности, которая могла быть посягательством публичным, направляющимся против главы государства или посягательством частным, нарушающим гражданско-правовые отношения. Нарушение доверия со стороны уполномоченного, опекуна и члена товарищества наказывалось инфамией в гражданско-правовом порядке без всякого уголовного преследования. Нарушение же доверия со стороны залогопринимателя было наказуемо сравнимо воровству по ст. 170 Каролины.

Французский уголовный кодекс 1810 г. стал рассматривать злоупотребление доверием как имущественное посягательство и включал в это понятие: а) выманивание у малолетних имущества и обязательства по имуществу, пользуясь их слабостью или страстями; б) злоупотребление вверенною виновному бланковой подписью; в) присвоение вверенного чужого имущества; г) похищение документа или иного предмета, представленного самим виновным по гражданскому процессу. Таким образом, французское уголовное право злоупотреблением доверием охватывает, с одной стороны, присвоение

---

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. Петроград, 1916 // http://www.uristik.info

[2] Уголовное право. Учебник немецкого уголовного права (Часть особенная) А. Ф. Бернера. С примечаниями, приложениями и дополнениями по истории русского права и законодательству положительному Н. Неклюдова. Том II. По изданію 1867 г.

вверенного имущества, с другой – пользование чужой доверчивостью[1].

Так, согласно действующему УК Франции злоупотребление доверием представляет собой расхищение денежных средств, материальных ценностей или любого другого имущества лицом, которому это имущество было вверено и которое обязалось возвратить его, предъявить и использовать определенным образом (ст. 314-1 УК).[2] В данном случае передача имущества[3] при присвоении путем злоупотребления доверием характеризуется передачей исполнителю собственником или третьим лицом имущества, относимого к предмету присвоения, добровольным характером такой передачи, осуществлением передачи в рамках доверия, наделением определенными правомочиями в отношении переданного имущества, а также умыслом исполнителя на совершение присвоения при принятии имущества[4].

Помимо этого к злоупотреблениям (расхищениям) против имущества французский УК относит: 1) злоупотребление залогом или арестованным имуществом и 2) организацию фиктивной неплатежеспособности. Фактически, французское понятие злоупотребление доверием сходно с присвоением вверенного имущества в нашем понимании[5] (однако отличие все-таки можно провести при анализе предмета преступления). Деньги, ценности или какое-либо имущество при злоупотреблении доверием должны быть вверены виновному (переданы ему и приняты им при условии, что он их вернет, представит либо распорядиться ими определенным образом). Ответственность же наступает за присвоение указанных вверенных благ, а присвоение – это злостное действие, которое препятствует потерпевшему в осуществлении своих прав.

Исторической почвой для формирования законодательства о злоупотреблении доверием по *германскому* праву послужили две концепции: 1) доктрина личной верности по имуществу и 2) зло-

---

[1] См.: *Жижиленко А. А.* Преступления против имущества и исключительных прав. Л., 1928. С. 118.

[2] См.: Курс уголовного права: в 5 т. Особенная часть / Под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. Т. 5. М., 2002.

[3] Понятие «переданное имущество» предполагает, что лицо, которому это имущество передано, имеет возможность осуществлять правомочия в отношении данного имущества и фактически господствует над ним. См.: *Адельханян А. Р.* Имущественные преступления и проступки по Уголовному кодексу Франции (уголовно-правовой и сравнительный анализ): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2007. С. 15–16.

[4] См.: *Попов С. А.* Преступления против собственности по уголовному праву Франции: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2004. С. 18–19; *Горобец К. В.* Мошенничество по уголовному праву России и Франции: сравнительно-правовой анализ: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2009. С. 20–24.

[5] *Клепицкий И. А.* Имущественные преступления (сравнительно-правовой аспект) // Законодательство. 2000. № 2. С. 76.

употребление юридическими полномочиями, вытекающими из отношений представительства[1]. В этом отношении в германском уголовном праве было создано общее понятие недобросовестности по имуществу, охватывающее собою случаи злоупотребления своими полномочиями во вред вверенным имущественным интересам со стороны поверенных и некоторых других иных лиц.

Так, за нарушение доверия со стороны лиц, занимающих частные должности, особенно тех, где долг верности основывается на частных отношениях, прусское законодательство не содержало особых предписаний, исходя из того, что осмотрительность есть частное дело того, кто заключает частный договор. Дело государства наказывать только нарушение доверия сто стороны тех лиц, которые действуют на основании общественного доверия и которые специально назначены государством к исправлению известного рода дел. Таковыми, кроме опекунов и попечителей признавались хранители секвестрованного имущества, душеприкащики, заведывающие учреждениями, маклеры и иные лица, в обязанности которых входило осуществление профессиональных функций[2].

В современном уголовном праве Германии преступное злоупотребление доверием охватывает действия тех лиц, кто злоупотребляет предоставленными ему по закону, властному предписанию или по сделке правами по распоряжению чужим имуществом или нарушает обязанности по соблюдению чужих имущественных интересов, возложенных на него по тем же основаниям либо в силу доверительных отношений (§ 266 УК ФРГ). Ответственность наступает при условии причинения ущерба лицу, чьи интересы виновный должен был защищать.

Субъектом этого преступления является лицо, на которое в силу закона, по поручению властей, по юридической сделке или ввиду доверительных отношений возложена обязанность заботиться о чужих имущественных интересах. При этом ответственность наступает за умышленные действия вопреки этой обязанности, повлекшие причинение вреда вверенным имущественным интересам. Кроме того, германское законодательство наряду с составом преступного злоупотребления доверием предусматривает ответственность за присвоение имущества. Согласно § 246 УК ФРГ наказывается тот,

---

[1] См.: *Клепицкий И. А.* Собственность и имущество в уголовном праве // Государство и право. 1997. № 5. С. 79.

[2] Уголовное право. Учебник немецкого уголовного права (Часть особенная) А. Ф. Бернера. С примечаниями, приложениями и дополнениями по истории русского права и законодательству положительному Н. Неклюдова. Том II. По изданию 1867 г.

кто незаконно присваивает чужую движимую вещь, которая ему была передана во владение или на хранение[1].

Таким образом, злоупотребление доверием определяется в целом как причинение имущественного ущерба путем умышленного нарушения долга сбережения имущества. Охраняемое благо здесь – имущество. Деяние направлено именно на причинение ущерба имуществу, но не на изъятие имущества или извлечение имущественной выгоды, в противном случае деяние было бы кражей, присвоением либо мошенничеством. Поэтому обязательным признаком злоупотребления доверием является причинение ущерба в виде негативных последствий для имущества[2].

Согласно § 280 УК *Дании* к ответственности за злоупотребление доверием привлекается лицо, которое вовлекает другое лицо в потерю имущества: а) путем злоупотребления предоставленных ему полномочий действовать от имени последнего либо б) действуя против интересов лица в отношении имущества, удерживаемого в доверительной собственности им от имени этого лица. К группе преступлений, состоящих в злоупотреблении доверием УК *Бельгии* относит действия того, кто путем обмана похитил либо растратил переданные ему, при условии возврата или определенного использования, ценные бумаги, денежные средства, товары, банковские билеты, квитанции, расписки, содержащие или устанавливающие принятое обязательство или освобождение от него (ст. 491 УК). Также наказуемо злоупотребление потребностями, слабостями, увлечениями или неосведомленностью несовершеннолетнего с целью вынудить его подписать документы, порождающие обязательства (ст. 493 УК), злоупотребление слабостями и склонностями заемщика (ст. 494 УК) и др.[3]

В уголовном праве *Великобритании* не выделяется специального состава, посвященного злоупотреблению доверием. В целом уголовная ответственность за имущественные преступления предусмотрена Законом о краже 1968, 1978, 1996 гг. С принятием этих актов в английском праве было ведено единое понятие имущественного преступления – *«theft»* (обычно переводится как кража), которое включило выработанные ранее понятия «воровство, присвоение и мошенничество». Так, в Законе о краже 1968 г. говорится «лицо

---

[1] *Волженкин Б. В.* Мошенничество. СПб., 1998. С. 12.

[2] *Жалинский А. Э.* Современное немецкое уголовное право. М., 2006. С. 469. Здесь можно заметить, что такое понимание злоупотребления доверием является частичным прототипом сегодняшней нормы о причинении имущественного ущерба без признаков хищения (ст. 165 УК РФ), где одним из обязательных условий является причинение ущерба собственнику в значительном размере.

[3] См.: *Кочои С. М.* Уголовное законодательство России и зарубежных государств о посягательствах на собственность. М., 2006. С. 100, 147.

виновно в краже, если оно бесчестно присваивает имущество, принадлежащее другому, с намерением навсегда лишить его этого имущества» (п. 1).

Понятием кражи охватываются все ненасильственные виды преступного приобретения чужого имущества, за исключением мошенничеств, т. е. кража, ненасильственный грабеж и присвоение (в нашем понимании рассматривается как *«theft»*). Таким образом, действия, рассматриваемые как злоупотребление доверием (такого понятия в английском праве нет) входят в понятие *«theft»* (кража в широком смысле слова). Сказанное полностью подтверждается при рассмотрении кражи недвижимости. Например, совершить преступление, обозначаемое понятием *«theft»*, в отношении недвижимости может опекун, личный представитель, лицо, уполномоченное властью поверенного, или ликвидатор, которые могут присвоить землю «отношением к ней с нарушением предоставленного ему доверия» (п. 4 (2) (а) Акта о краже)[1]. Так, опекун может продать бесчестным путем землю, являющуюся предметом опеки; кражей также будет считаться случай присвоения имущества арендатором и т. п.

В Примерном Уголовном кодексе *США* не выделяется специального состава злоупотребления доверием как способа совершения имущественного преступления. Однако по мнению ряда ученых, к такому способу совершения преступления можно отнести: а) хищение путем уклонения от надлежащего распоряжения приобретенными средствами (должностное лицо или служащий государства или финансового учреждения, получившие имущество по соглашению, для производства обусловленного платежа или осуществления иного распоряжения этим имуществом намерено обращаются с этим имуществом как со своим собственным, уклоняясь от производства требуемого платежа или осуществления требуемого распоряжения этим имуществом либо от предоставления отчета по законному требованию) – ст. 223.8; б) злоупотребление вверенным имуществом и имуществом, принадлежащим государственному или финансовому учреждению (виновный использует или распоряжается имуществом, вверенным ему как доверенному лицу (в качестве доверительного собственника, опекуна, душеприказчика, администратора наследства, управляющего конкурсной массой и др.) или имуществом, принадлежащим государству или финансовому учреждению, способом, который заведомо для него является противоправным и влечет за

[1] См.: *Решетников Ф. М.* Буржуазное уголовное право – орудие защиты частной собственности. М., 1982. С. 69–83; *Колесников А.* Как понимают хищение в Великобритании и в России // Закон. 2003. № 2. С. 121–124.

собой значительный риск утраты имущества или причинения ущерба) – ст. 224.13[1].

Согласно ст. 247 УК *Японии* ответственность за злоупотребление доверием наступает «если лицо, ведущее для другого лица его дела, совершило, намереваясь получить себе или третьему лицу выгоду или причинить ущерб лицу, дела которого он ведет, действие в нарушение своих обязанностей и этим причинило имущественный ущерб своему доверителю»[2]. Криминализация злоупотребления доверием в Японии призвана защищать имущество лица от такого ведения дел, которое противоречит добросовестному исполнению долга. Преступное злоупотребление доверием связано со статусом субъекта, поскольку это лицо ведет личные и публичные дела другого, основываясь на отношениях поручения или доверия (тот, кто не имеет такого статуса, не может быть субъектом данного преступления).

Наряду с этим уголовное законодательство Австрии, Швейцарии, Польши, Швеции, Болгарии, Турции и ряда других стран выделяют составы, предусматривающие ответственность за злоупотребление доверием как за имущественное преступление. Главным образом, злоупотребление доверием представляет собой использование полномочий вопреки тем интересам, о которых виновное лицо по договору, долгу службы или по иным основаниям обязано было добросовестно и разумно заботиться, и состоит в грубом нарушении особых обязанностей по обеспечению реализации чужих интересов[3]. Уголовное законодательство *дореволюционной России* также устанавливало ответственность за злоупотребление доверием. В последнем по времени принятия законодательном акте – Уголовном уложении от 22 марта 1903 г. родовое понятие «злоупотребление доверием» делилось на виды: а) злоупотребления «по распоряжению чужим имуществом» (злоупотребление полномочиями, злоупотребление должностными полномочиями к вреду имущественному, разглашение тайн, недобросовестные действия служащих в акционерных обществах); б) злоупотребления «по распоряжению своим имуществом» (банкротство, легкомысленная несостоятельность и прочие случаи сокрытия имущества во вред кредиторам)[4].

---

[1] См.: *Бойцов А. И.* Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 409; *Волженкин Б. В.* Мошенничество. СПб., 1998. С. 16–17.

[2] См.: Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть: учеб. пос. / Под ред. И. Д. Козочкина. М., 2004. С. 485.

[3] *Безверхов А. Г.* Имущественные преступления. Самара, 2002. С. 265.

[4] См.: *Тюнин В. И.* Преступления экономические в Уголовном уложении 1903 года // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 163–164.

В ст. 577 Уголовного уложения содержалось описание признаков общего состава злоупотребления доверием, под которым понималось «противозаконное умышленное причинение имущественного вреда лицом, которое обязано было ограждать нарушенные имущественные интересы и печься о них, посредством таких распоряжений чужим имуществом, которые входили в сферу обязанностей виновного, но по содержанию своему составляют измену лежавшему на нем долгу, причем такое причинение вреда может быть корыстным и некорыстным»[1]. В этой связи субъектом злоупотребления доверием могло быть не всякое лицо: норма, лежащая в основании этого понятия, имела не общий, а частный характер, она обращалась лишь к некоторым лицам, находящимся в особых отношениях к чужому имуществу[2].

Таким образом, злоупотребление доверием в дореволюционном уголовном законодательстве России было заимствовано из немецкой уголовно-правовой доктрины и не рассматривалось как самостоятельный способ мошенничества. Злоупотребление доверием понималось как извлечение выгоды путем злоупотребления предоставленными правомочиями по распоряжению чужим имуществом за счет доверителя (охрана чужого имущественного интереса была обязанностью виновного), но без как такового завладения чужим имуществом.

Итак, проведенный краткий анализ уголовного законодательства зарубежных стран и дореволюционной России показывает, что уголовное право этих стран не считает злоупотребление доверием способом мошенничества, напротив, рассматривает его как самостоятельное имущественное посягательство. Отличительными признаками злоупотребления доверием, при этом, являются: а) действия в пределах полномочия, предоставленного виновному лицу в силу закона, договора или доверительных отношений и заключающиеся в праве распорядиться чужим имуществом в интересах собственника; б) причинение такими действиями ущерба имуществу доверителя.

В советский период злоупотребление доверием стало отождествляться с мошенничеством и, наряду с обманом, было одним из его способов. Так, ст. 187 УК РСФСР 1922 г. определяло мошенничество как получение с корыстной целью имущества или права на имущество посредством злоупотребления доверием или обмана.

Здесь важно отметить, что советское уголовное законодательство выдвинуло на первое место в определении мошенничества именно элемент злоупотребления доверием, что отражало борьбу с экс-

---

[1] *Таганцев Н. С.* Уголовное уложение 22 марта 1903 г. СПб., 1904. С. 833.
[2] *Кочои С. М.* Ответственность за корыстные преступления против собственности. М., 2000. С. 31.

плуатацией неопытности или доверчивости со стороны массы трудящихся (особенно ее более культурно отсталого слоя – крестьянства). Эксплуатация неопытности или доверчивости была возможна как путем обмана (умышленного искажения фактов), так и путем обмана, не искажающего фактов (например, путем лживых обещаний), и, наконец, путем действий, не содержащих в себе какой бы то ни было лжи – именно путем злоупотребления доверием (использование полученной доверенности во вред доверителю). В этой связи в интересах гражданского оборота использование доверенности во вред доверителю преследовалось независимо от наличия в этом деянии момента эксплуатации доверчивости. Поэтому злоупотреблением доверием рассматривались и действия лица, выманивающего чужие денежные средства ложным обещанием их возврата[1].

Впрочем, существовало и суждение, в соответствии с которым злоупотребление доверием признавалось имущественным преступлением в тех случаях, когда действующий на основании формальной доверенности или на основании неформального словесного или письменного поручения представитель чужих интересов умышленно, в корыстных целях, нарушает оказанное ему доверие и причиняет имущественный вред своему доверителю[2]. Прежде всего, злоупотребление доверием характеризовалось особенностью субъекта преступления. Им признавалось лицо, имеющее особое полномочие по охране чужого имущества, действующее на основании доверенности, возникшей в силу частного соглашения между виновным и потерпевшим либо в силу особых отношений, существующих между лицами на основании закона (например, по служебному положению виновного или по опеке). Преступное действие в составе злоупотребления доверием состояло в причинении имущественного вреда тому имуществу, которое подлежало специальной охране и попечению виновного, и посредством таких действий, которые входили в круг его полномочий и выражающиеся в ненадлежащем пользовании этими полномочиями[3].

В дальнейшем советское уголовное право рассматривало злоупотребление доверием исключительно как мошенничество (либо самостоятельный способ, либо разновидность обмана).

---

[1] См.: Энциклопедия государства и права в III томах / Под ред. П. Стучка. М., 1925. Т. I. С. 1040–1043.

[2] См.: *Гернет М. Н.* Имущественные преступления. М., 1925. С. 28; *Исаев М. М.* Имущественные преступления. М., 1938. С. 47–49.

[3] *Жижиленко А. А.* Преступления против имущества и исключительных прав. Л., 1928. С. 118–119. Следует также обратить внимание, что злоупотребления доверием явилось почвой и для конструкции многих составов хозяйственных преступлений, в основе преступных действий которых лежало именно причинение ущерба определенному имуществу, заботиться о котором было обязанностью виновного.

Фактически такой же позиции придерживаются и существующий УК РФ 1996 г. В этой связи можно отметить, что содержание понятия «злоупотребление доверием» формировалось в науке уголовного права как минимум дважды: в дореволюционном уголовном праве и в уголовном праве советского периода[1].

Хотелось бы обратить внимание еще и вот на какое обстоятельство. Если во времена дореволюционного уголовного законодательства злоупотребление доверием характеризовалось как причинение имущественного ущерба собственнику с использованием определенных полномочий, при отсутствии акта завладения чужим имуществом, то, перенеся эту конструкцию в советское уголовное право, с использованием полномочий стало возможным совершать хищение и путем злоупотребления доверием при мошенничестве и путем присвоения или растраты вверенного имущества. Такое положение вещей породило ненужную конкуренцию, которая, по большому счету, не разрешена и в настоящее время. Поэтому в результате из-за неосмотрительности законодателя, включившего злоупотребления доверием в качестве способа совершения преступления в норму о мошенничестве, ученые вынуждены были давать толкование данной категории, и порой, весьма противоречивое.

Принимая во внимание вышеизложенное, следует сказать, что в юридической литературе сложилось несколько точек зрения на такое понятие как «злоупотребление доверием» в составе мошенничества: 1) злоупотребление доверием как способ мошенничества представляет собой использование виновным для незаконного получения чужого имущества особых доверительных отношений, сложившихся в силу наличия каких либо обстоятельств между преступником и потерпевшим[2]; 2) злоупотребление доверием является особой разновидностью обмана – обмана в доверии[3].

Таким образом, в основе доверительных отношений, сложившихся между виновным и потерпевшим лежат юридические (гражданско-правовые, трудовые или служебные) и (или) фактические (родственные, дружеские, близкие связи) отношения. В качестве примера злоупотребления доверием при мошенничестве нередко

---

[1] См.: *Хмелева М. Ю.* Уголовная ответственность за мошенничество: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Омск, 2008. С. 18.

[2] См.: *Лопашенко Н. А.* Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. М., 2005. С. 278; *Севрюков А. П.* Хищение имущества: криминологические и уголовно-правовые аспекты. М., 2004. С. 100; *Волженкин Б. В.* Мошенничество. СПб., 1998. С. 31; *Гаухман Л. Д., Максимов С. В.* Ответственность за преступления против собственности. М., 1997. С. 68.

[3] См.: *Тишкевич И. С., Тишкевич С. И.* Квалификация хищений имущества. Минск, 1996. С. 62; *Кригер Г. А.* Квалификация хищений социалистического имущества. М., 1974. С. 156; *Барков А. В.* Научный комментарий // Судовы веснік. 2000. № 4. С. 39.

приводят такие действия как: невозвращение виновным имущества, полученного в прокат; занятие денег или имущества в долг и присвоение их; получение и присвоение банковских кредитов; присвоение арендованного имущества; получение предоплаты по договорам купли-продажи, поставки без намерения вернуть имущество и т. д.[1]

Главным образом, суть данного положения состоит в том, что если обманом признается искажение и сокрытие фактов прошлого или настоящего, то злоупотреблением доверия является дача ложных обещаний (т. е. не соответствующих действительности сообщений об обстоятельствах, относящихся к будущему). То есть, не намереваясь выполнять достигнутую договоренность, виновный использует во зло оказанное ему собственником или владельцем имущества доверие без искажения событий прошлого или настоящего с целью незаконного приобретения имущественных выгод[2]. Указывая на то, что злоупотребление доверием практически в чистом виде не встречается, ряд криминалистов пришли к выводу о том, что злоупотребление доверием имманентно обману, является основой возникновения заблуждения у потерпевшего (внешним элементом, на который обман всегда опирается), а потому не может рассматриваться в качестве способа совершения мошенничества[3]. Обман в данном случае второстепенен, и использование доверительных отношений – это тоже форма психического воздействия (обмана), но накладывающегося на уже подготовленную предшествующими отношениями почву. При такой постановке вопроса злоупотребление доверием (психическое убеждение потерпевшего в добропорядочности виновного) есть ничто иное, как обман доверия.

Фактически такое обоснование злоупотребления доверием закреплено в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», в котором указывается, что злоупотребление доверием имеет место «в случаях

---

[1] См.: Уголовное право. Особенная часть: учебник для вузов / Отв. ред. И. Я. Козаченко [и др.]. М., 2001. С. 287; *Бойцов А. И.* Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 411–412.

[2] См.: *Тенчов Э. С.* Квалификация преступлений против социалистической собственности. – Иваново, 1981. С. 41–45; *Сирота С. И.* Преступления против социалистической собственности и борьба с ними. Воронеж, 1968. С. 93; *Малыхина Т. А.* Виктимологическая характеристика и предупреждение мошенничества Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Иркутск, 2007. С. 7–-8.

[3] См.: *Суслина Е. В.* Ответственность за мошенничество по Уголовному кодексу Российской Федерации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С. 19; *Хмелева М. Ю.* Уголовная ответственность за мошенничество: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Омск, 2008. С. 18–19; *Тутуков А. Ю.* Обман как способ совершения преступлений в сфере экономики: исторический, законодательный, теоретический и правоприменительный аспекты: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С. 18.

принятия на себя лицом обязательств при заведомом отсутствии у него намерения их выполнить с целью безвозмездного обращения в свою пользу или в пользу третьих лиц чужого имущества или приобретения права на него (например, получение физическим лицом кредита, аванса за выполнение работ, услуг, предоплаты за поставку товара, если оно не намеревалось возвращать долг иди иным образом исполнять свои обязательства)»[1].

В данной ситуации злоупотребление доверием представляет суть тех же по направленности действий, что и обман. Как отмечает П. С. Яни, получая в подобных случаях имущество по договору, виновный хотя и злоупотребляет доверием контрагента, но в то же время обещает исполнить предусмотренное договором обязательство. Однако, на самом деле исполнять данное обязательство виновный не собирается, в то время как исполнение этого обязательства другая сторона рассматривает в качестве условия передачи имущества. Следовательно, в данном случае виновный сообщает потерпевшему заведомо ложные, не соответствующие действительности сведения, а такой способ введения в заблуждение есть обман[2].

Однако в действительности, если внимательно проанализировать приведенные выше формы злоупотребления доверием, то окажется, что мы имеем дело ни с чем иным, как *с обманом в намерениях*, а не со злоупотреблением доверия. Введение же потерпевшего в заблуждение относительно своих действительных намерений (обещаемых действий, принятых на себя обязательств) при получении имущества и составляет суть такого обмана. Безусловно, доверительные отношения виновного с потерпевшим могут быть вызваны различными юридическими и иными основаниями (например, наличием между ними договорных отношений, длительным партнерством по бизнесу или просто личным знакомством). Причем, эти

---

[1] Схожего рода суждение зафиксировано в нормативном постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2003 г. № 8 «О судебной практике по делам о хищениях», в п. 19 которого сказано, что «при мошенничестве путем злоупотребления доверием виновный, используя доверительные отношения между ним и собственником или иным законным владельцем имущества, совершает его обман либо водит в заблуждение».

[2] Исходя из этого, П. С. Яни делает вывод о том, что злоупотребление доверием нужно считать элементом обмана. См.: *Яни П.* Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: объективная сторона преступления // Законность. 2008. № 4. С. 15. С этим утверждением не согласен А. Г. Безверхов, считающий, что дачу заведомо ложных обещаний в корыстных и противоправных целях следует признавать обманом при условии, если заведомо ложные обещания сопряжены с искажением фактов. Создание у другого лица ложного представления об обстоятельствах, долженствующих наступить в будущем, без одновременного искажения фактов охватывается понятием злоупотребления доверием. См.: *Безверхов А.* Некоторые вопросы квалификации мошенничества // Уголовное право. 2008. № 2. С. 9.

доверительные отношения могут использоваться виновным в целях завладения чужим имуществом или получения права на него.

Следовательно, обращая в свою пользу имущество потерпевшего, переданного на основании ложного обещания, преступник также злоупотребляет оказанным ему доверием, поскольку передача собственником имущества вследствие одного лишь обещания сделать что-то в его интересах представляет собой определенный акт доверия со стороны владельца. Однако сама передача имущества происходит лишь потому, что потерпевший обманут мошенником[1].

Конечно, обманы в намерениях (ложные обещания) обычно сопровождаются злоупотреблением доверием, но это вовсе не означает, что один способ мошенничества заменяет другой. Именно на эти обстоятельства, например, указывает п. 12 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2001 г. № 15 «О применении судами уголовного законодательства по делам о хищениях имущества», где сказано, что «получение имущества под условием выполнения какого-либо обязательства может быть квалифицировано как мошенничество лишь в том случае, когда виновный еще в момент завладения этим имуществом имел цель его присвоения и не намеревался выполнить принятое обязательство»[2].

Фактически, ведя речь о злоупотреблении доверием, мы говорим об использовании виновным лицом своих полномочий по управлению и распоряжению чужим имуществом, заключению сделок или совершению иных юридически значимых действий вопреки законным интересам доверителя. Именно по этой причине во многих зарубежных государствах, понимание «злоупотребления доверием» как имущественного преступления органично связано с разграничением функций инвестора и управляющего в экономической сфере и необходимостью защиты инвестора предприятия от злоупотреблений управляющих.

Вместе с тем злоупотребление доверием в существующей редакции нормы о мошенничестве (ст. 159 УК РФ), как указывают некоторые исследователи, характеризуется следующими признаками: а) виновный преследует цель присвоения имущества потерпевшего

---

[1] *Борзенков Г. Н.* Ответственность за мошенничество (вопросы квалификации). М., 1971. С. 68–69.

[2] Такое же разъяснение содержится и в п. 5 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»: «В случаях, когда лицо получает чужое имущество или приобретает право на него, не намереваясь при этом исполнять обязательства, связанные с условиями передачи ему указанного имущества или права, в результате чего потерпевшему причиняется материальный ущерб, содеянное следует квалифицировать как мошенничество, если умысел, направленный на хищение чужого имущества или приобретения права на чужое имущество, возник у лица до получения чужого имущества или права на него».

до его получения; б) потерпевший сам добровольно передает имущество или право на него виновному; в) потерпевший наделяет виновного определенными полномочиями в отношении передаваемого имущества.

Однако, в сущности, злоупотребление доверием характеризуется тем, что виновный не совершает тех действий, которые способны ввести в заблуждение потерпевшего и заставить его передать имущество, как это происходит при обмане. Как раз таки, при злоупотреблении доверием потерпевший не заблуждается, поскольку ему не сообщают ложных сведений, связанных с передачей имущества и не скрывают эти сведения. Злоупотребление доверием заключается в том, что виновный использует для получения имущества определенные отношения, основанные на доверии сторон или пользуется тем, что имущество передается ему потерпевшим без соответствующих предосторожностей и оформления (а преступник, воспользовавшись этим, присваивает переданное имущество).

Пожалуй, типичными примерами таких действий будут являться ситуации, когда преступник в корыстных целях злоупотребляет бланковой подписью (использует незаполненный бланк для завладения имуществом); должностное лицо передает своему знакомому, другу или родственнику на временное хранение вверенные ему, например, государством средства, которые в дальнейшем присваиваются этими лицами и т. д. То есть доверие одновременно выступает на стороне лица в виде обязанности – обязанности использовать доверенное имущество в соответствии с его целевым назначением и в пределах, установленных собственником или иным владельцем имущества.

Например, гр-н Б. передал свою пластиковую карточку гр-ну К. и поручил ему перевести 50 тыс. рублей за оплату своего мобильного телефона и снять 300 тыс. рублей наличными. К. злоупотребил доверием Б.: помимо предоставленных ему полномочий, он дополнительно снял 200 тыс. рублей и присвоил их.

В то же время обязательным признаком мошенничества является такое совершение обмана или злоупотребления доверием, *которые бы обусловили последующее решение потерпевшего передать имущество виновному*.[1] Поэтому умысел на завладение имуществом должен присутствовать у виновного уже в момент совершения таких противоправных действий. На это обстоятельство и указывается в п. 12 цитируемого ранее постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2001 г. № 15.

---

[1] См.: *Барков А. В.* Научный комментарий // Судовы веснік. 2000. № 4. С. 40.

Тем не менее, при всей очевидности приведенных положений нельзя сказать, что при злоупотреблении доверием умысел у виновного лица возникает до или вовремя совершения действий, обуславливающих передачу ему имущества. Скорее наоборот, умысел на завладение переданным имуществом возникает *после* совершения таких действий по передаче имущества. С другой стороны, даже при достоверности суждения относительно того, что умысел на присвоение имущества у виновного лица возникает до его передачи, трудно такой умысел установить и доказать, кроме как самого признания виновного, что представляется маловероятным. А ведь это положение[1] является краеугольным камнем при разграничении присвоения или растраты от мошенничества в форме злоупотребления доверием.

П. был признан виновным в мошенничестве путем злоупотребления доверием. В кассационной жалобе обвиняемый не оспаривал свою невиновность в совершении хищения, но указывал, что умысла на завладение мобильным телефоном не имел, а решил его продать впоследствии, после завладения имуществом, и просил суд переквалифицировать его действия на кражу. Судебная коллегия по уголовным делам областного суда в определении указала, что сам обвиняемый признал, что взял у сестры для прослушивания музыки мобильный телефон, который впоследствии продал, т. к. нуждался в деньгах. Поскольку обвиняемый завладел телефоном у сестры путем злоупотребления доверием (телефон был передан добровольно самой собственницей), продал его спустя непродолжительное время, то вывод суда о наличии у него умысла на завладение имуществом в момент передачи, обоснован, и действия П. судом первой инстанции правильно квалифицированы как мошенничество.[2]

Таким образом, злоупотребление доверием – единый, спонтанно развивающийся процесс передачи потерпевшим имущества и завладения им виновным путем использования сложившихся доверительных отношений с потерпевшим. При этом взаимодействие потерпевшего и преступника охватывает два этапа: на первом – происходит передача потерпевшим имущества и правомочий по его использованию преступнику (акт виктимного поведения); на втором – об-

---

[1] Именно на такой позиции стоят многие ученые (См.: *Бойцов А. И.* Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 420–421; *Волженкин Б. В.* Мошенничество. СПб., 1998. С. 31; *Лопашенко Н. А.* Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. М., 2005. С. 280–281; *Грунтов И. О.* Хищения, совершаемые специальным субъектом преступления // Право Беларуси. 2002. № 2. С. 60.

[2] Архив Гродненского областного суда за 2010 г. Уголовное дело № 22–227. К сожалению, в самом определении областного суда так и не указано, какими же доказательствами подтверждается тот факт, что П. имел умысел на завладение телефоном в момент его передачи.

ращение преступником этого имущества в свою незаконную собственность (акт криминального поведения).[1]

Конечно, доверие, как и честность категории нравственные. Но злоупотребление доверием из моральной категории переходит в правовую при добровольном акте передачи имущества на основании гражданско-правовых, трудовых договоров или иных отношений для осуществления определенных функций по имуществу (управлению, хранению, распоряжению, доставке и т. д.).[2] Вместе с тем, не сам злоупотребляющий доверием добивается передачи ему имущества, а потерпевший, должным образом не спрогнозировав поведение виновного, добровольно передает имущество виновному по своей (никем не сфальсифицированной) воле.[3] Вследствие этого переход имущества внешне выглядит как добровольное соглашение сторон, как правомерная сделка. Передавая лицу имущество, потерпевший убежден, сто распоряжается им по своей воле и в своих интересах. Следовательно, в такой ситуации преступником используется не столько обман для завладения имуществом, а акт доверия и предоставленные ему правомочия.

Тем не менее, сегодня злоупотребление доверием по-прежнему остается способом мошенничества, что создает трудности в понимании объективной стороны этого преступления, излишне осложняет проблему разграничения мошенничества и присвоения или растраты, мошенничества и кражи.

Нельзя не видеть также и того, что злоупотребление доверием существенно отличается от обмана в составе мошенничества. Злоупотребление доверием является менее опасным способом совершения преступления, чем обман, обладает меньшей степенью общественной опасности, а многие деяния, формально подпадающие под признаки злоупотребления доверием по имуществу вообще не являются преступными в силу их малозначительности.

Сказанное, позволяет сделать несколько выводов.

1. Злоупотребление доверием никоим образом не схоже с обманом, поэтому из состава мошенничества оно должно быть исключено.

---

[1] См.: *Астафьев К. В.* Виктимологический аспект мошенничества (уголовно-правовое и криминологическое исследование): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2007. С. 7–8.

[2] *Плохова В. И.* Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность. СПб., 2003. С. 239.

[3] В свое время Б. С. Никифоров отмечал, что злоупотребление доверием, как способ совершения мошенничества означает, что потерпевший, без какого-либо обмана со стороны виновного и не передавая своего имущества в обладание этого последнего, не принял те «меры предосторожности», которые он принял бы в другом случае, например в отношении другого лица. См.: *Никифоров Б. С.* Уголовно-правовая охрана личной собственности в СССР. М., 1954. С. 145.

2. Злоупотребление доверием – это самостоятельный способ совершения хищения, характерными особенностями которого являются:

умышленное использование лицом отношений доверия (основанное на юридических и фактических отношениях), а равно предоставленных ему прав и возможностей во вред собственнику имущества;

выполнение обязанностей по определенному поручению (например, лицо осуществляет трудовую функцию), в отсутствии полномочий в отношении переданного (вверенного) ему имущества;

нарушение особых обязанностей по отношению к потерпевшему, принятых на себя виновным или возложенных на него в установленном порядке, вследствие чего происходит противоправное, безвозмездное завладение чужим имуществом.

Библиографический список:

1. *Адельханян А. Р.* Имущественные преступления и проступки по Уголовному кодексу Франции (уголовно-правовой и сравнительный анализ): Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. М., 2007.

2. *Астафьев К. В.* Виктимологический аспект мошенничества (уголовно-правовое и криминологическое исследование): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2007.

3. *Барков А. В.* Научный комментарий // Судовы веснік. 2000. № 4.

4. *Безверхов А. Г.* Имущественные преступления. Самара, 2002.

5. *Безверхов А.* Некоторые вопросы квалификации мошенничества // Уголовное право. 2008. № 2.

6. *Бойцов А. И.* Преступления против собственности. СПб., 2002.

7. *Борзенков Г. Н.* Ответственность за мошенничество (вопросы квалификации). М., 1971.

8. *Волженкин Б. В.* Мошенничество. СПб., 1998.

9. *Гаухман Л. Д., Максимов С. В.* Ответственность за преступления против собственности. М., 1997.

10. Гернет М. Н. Имущественные преступления. М., 1925.

11. *Горобец К. В.* Мошенничество по уголовному праву России и Франции: сравнительно-правовой анализ: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2009.

12. *Грунтов И. О.* Хищения, совершаемые специальным субъектом преступления // Право Беларуси. 2002. № 2.

13. *Жалинский А. Э.* Современное немецкое уголовное право. М., 2006.

14. *Жижиленко А. А.* Преступления против имущества и исключительных прав. Л., 1928.

15. *Исаев М. М.* Имущественные преступления. М., 1938.

16. *Клепицкий И. А.* Имущественные преступления (сравнительно-правовой аспект) // Законодательство. 2000. № 2.

17. *Клепицкий И. А.* Собственность и имущество в уголовном праве // Государство и право. 1997. № 5.

18. *Колесников А.* Как понимают хищение в Великобритании и в России // Закон. 2003. № 2.

19. *Кочои С. М.* Уголовное законодательство России и зарубежных государств о посягательствах на собственность. М., 2006.

20. *Кочои С. М.* Ответственность за корыстные преступления против собственности. М., 2000.

21. Курс уголовного права: в 5 т. Особенная часть / Под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. Т. 5. М., 2002.

22. *Кригер Г. А.* Квалификация хищений социалистического имущества. М., 1974.

23. *Лопашенко Н. А.* Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. М., 2005.

24. *Малыхина Т. А.* Виктимологическая характеристика и предупреждение мошенничества: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Иркутск, 2007.

25. *Михайлов К. В.* Злоупотребление доверием как признак преступлений против собственности (уголовно-правовые и криминологические аспекты): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Челябинск, 2000.

26. *Никифоров Б. С.* Уголовно-правовая охрана личной собственности в СССР. М., 1954.

27. *Попов С. А.* Преступления против собственности по уголовному праву Франции: Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. М., 2004.

28. *Плохова В. И.* Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность. СПб., 2003.

29. *Решетников Ф. М.* Буржуазное уголовное право – орудие защиты частной собственности. М., 1982.

30. *Севрюков А. П.* Хищение имущества: криминологические и уголовно-правовые аспекты. М., 2004.

31. *Сирота С. И.* Преступления против социалистической собственности и борьба с ними. Воронеж, 1968.

32. *Суслина Е. В.* Ответственность за мошенничество по Уголовному кодексу Российской Федерации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007.

33. *Таганцев Н. С.* Уголовное уложение 22 марта 1903 г. СПб., 1904.

34. *Тенчов Э. С.* Квалификация преступлений против социалистической собственности. Иваново, 1981.

35. *Тишкевич И. С., Тишкевич С. И.* Квалификация хищений имущества. Минск, 1996.

36. *Тутуков А. Ю.* Обман как способ совершения преступлений в сфере экономики: исторический, законодательный, теоретический и правоприменительный аспекты: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2008.

37. *Тюнин В. И.* Преступления экономические в Уголовном уложении 1903 года // Журнал российского права. 2000. № 4.

38. Уголовное право. Учебник немецкого уголовного права (Часть особенная) А. Ф. Бернера. С примечаниями, приложениями и дополнениями по истории русского права и законодательству положительному Н. Неклюдова. Том II. По изданію 1867 г.

39. Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть: учеб. пос. / Под ред. И. Д. Козочкина. М., 2004.

40. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. Петроград, 1916 // http://www.uristik.info

41. *Хмелева М. Ю.* Уголовная ответственность за мошенничество: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Омск, 2008.

42. Энциклопедия государства и права в III томах / Под ред. П. Стучка. М., 1925. Т. I.

43. Уголовное право. Особенная часть: учебник для вузов / Отв. ред. И. Я. Козаченко [и др.]. М., 2001.

44. *Яни П.* Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: объективная сторона преступления // Законность. 2008. № 4.

Современное уголовное законодательство зарубежных стран с романо-германской правовой системой об ответственности за незаконную добычу (вылов) водных биологических ресурсов

водные биологические ресурсы, незаконный вылов, ответственность, зарубежные страны

Д. А. Верхотуров
аспирант, ассистент кафедры «Бухгалтерский учет и аудит» Дальневосточного федерального университета

Необходимость и полезность ознакомления и усвоения передового зарубежного опыта видится нам в том, что после такого исследования мы сможем лучше узнать право нашей страны, ведь специфические черты собственной правовой системы особенно отчетливо выявляются в сопоставлении с другими правовыми комплексами. Важно отметить, что исследование зарубежного опыта должно происходить и в связи с активными процессами глобализации, ведь зачастую преступления против экологии вообще, и водных биологических ресурсов в частности, выходят за рамки национальных государств и приобретают международный характер. Вне всяких сомнений, ущерб, нанесенный, например, популяции водных животных или рыб в Японском море скажется на всех государствах имеющих выход в него. Общеизвестно, что ни рыбы, ни животные, не признают территориальных границ.

Прежде чем перейти к непосредственному анализу особенностей уголовного законодательства стран дальнего и ближнего зарубежья об ответственности за незаконную добычу (вылов) водных биологических ресурсов отметим, что сравнительному исследованию подвергались лишь определенные страны. Выбор стран обусловлен двумя критериями: географическим положением и правовой системой. После распада СССР образовался ряд суверенных государств. В связи с чем представляется интересным исследовать, как решена данная проблема в их законодательстве. По этому критерию была отобрана Украина. Традиционно Россию относят к романо-германской правовой семье, поэтому необходимо исследовать, как данный вопрос урегулирован в зарубеж-

ной стране со сходной правовой системой. По этому признаку была отобрана Германия. Приморский край Российской Федерации (место жительства автора), в геополитическом отношении, входит в Азиатско-Тихоокеанский регион (АТР). Поэтому для исследования по этому критерию была отобрана страна, так же входящая в АТР: Япония – как представитель романо-германской правовой семьи.

Одной из особенностей уголовного права Федеративной Республики Германия (ФРГ) является тот факт, что оно всё еще не полностью кодифицировано[1]. Поэтому принято выделять собственно Уголовный кодекс 1871г. (как федеральный кодифицированный акт) и само «уголовное право» (как более широкое понятие), которое включает как Уголовный кодекс, так и другие отдельные уголовно-правовые нормы, выраженные в законах принимаемых бундесратами федеральных земель и составляющие так называемое дополнительное уголовное право. Процесс окончательной кодификации всего уголовного законодательства Германии продолжается уже не одно десятилетие.

Уголовный кодекс Германии[2], в отличии от УК РФ не выделяет все экологические преступления в отдельную главу. Интересующая нас норма права располагается в разделе посвященном уголовной ответственности за преступления против собственности (корыстные преступления; Strafbarer Eigennutz). В Уголовном уложении Германии браконьерство выделяется в качестве отдельной нормы (статьи) кодекса. Это обусловлено тем, что в Германии охрана всех водных биоресурсов осуществляется с помощью одной специальной нормы, технико-юридической особенностью которой является весьма широкий охват объекта преступления. Сама статья называется fischwilderei (браконьерство) и сформулирована следующим образом: «wer unter Verletzung fremden Fischereirechts oder Fischereiausübungsrechts 1. fischt oder, 2.eine Sache, die dem Fischereirecht unterliegt, sich oder einem Dritten zueignet, beschädigt oder zerstört, **wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft**». Что можно примерно перевести как «кто, нарушая чужое право на лов рыбы или право на разрешение ловли рыбы, 1. ловит рыбу или 2. присваивает себе или в пользу третьего лица вещь, которая относится к праву на лов рыбы, повреждает или разрушает ее, наказывается лишением свободы на срок до двух лет или денежным штрафом». Представляется интересным подход, который выбрал законодатель при формулировании диспозиции этой нормы. Как видно из приведённой цитаты ответственность наступает

---

[1] См. *Можайская Л. А.* Уголовная ответственность за деяния, связанные с банкротством, по уголовному кодексу Германии // Государство и право. 2005. № 3. С. 72–76.

[2] *Рарог А. И., Хелльмани У. В., Головненков П. В.* Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной республики Германия: Текст и научно-практический комментарий. М.: Проспект, 2010.

не только за незаконный лов рыбы, но также и за нарушение чужого права на лов рыбы. В качестве санкции за нарушение этой нормы УК Германии предусматривает два вида наказания: штраф и лишение свободы. Дифференциация происходит по критерию значимости ущерба: в особо тяжких случаях (вылов рыб занесённых в Красную книгу, значительное снижение популяции рыбы в конкретном водоёме) данное преступление наказывается лишением свободы на срок до двух лет. Причём необходимо отметить ряд моментов:

— верхней границы уплачиваемого штрафа не существует; самым большим штрафом на сегодняшний день выплаченным по данной статье является сумма в 75 000 евро[1];

— в связи с датой своего принятия (1871г.) диспозиция §293 УК ФРГ современной юридической практикой[2] рассматривается расширительно; так изначальное слово «fisch» (рыба) обозначающее объект посягательства в современной Германии соответствует комплексному понятию «Fischnährtiere» (буквально – рыба и рыбе подобные), под которым и понимается вся совокупность водных биоресурсов.

Как было отмечено ранее уголовное право Федеративной Республики Германии включает в себя, так называемое Дополнительное уголовное право[3]. Каждая из федеративных земель в Германии имеет свой собственный закон, устанавливающий правила вылова водных биологических ресурсов на этой земле. Например, Закон о рыболовстве[4] в федеративной земле Северный Рейн-Вестфалия распространяется на «рыбу, миногу, омары, мидии и прочие рыбоподобные» (§ 3).

Правила, распространяются на: тип и длину удочки (запрещены электроудочки и удочки длиной более 2 м); размер крючка (запрещены крючки шириной более 5 мм и длиной свыше 10 мм); вид рыбы, возраст, вес и длину (большинство видов можно ловить, только если длина рыбины более 35 см, щуку — от 60 см.); дозволенные места ловли и пр. Ответственность не дифференцирована: за любое нарушение налагается фиксированный штраф в 150 евро, однако за каждое нарушение полагается отдельный штраф. Общая сумма штрафа складывается и если итоговая сумма превышает 5 000 евро, то это признаётся крупным ущербом и решается вопрос об уголовной ответственности в виде лишения свободы.

---

[1]См. Bußgeld kann bis zu 75 000 Euro betragen // http://www.ad-hoc-news.de

[2] Dr. h. c. *Albin Eser M. C. J.* Die Entwicklung des deutschen Strafrechts im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrh derts. Sogang Law Journal vol. 1. 1999. P. 253.

[3] См. *Шулепова Л. Ф.* Дополнительное уголовное право Федеративной Республики Германии: понятие, система, источники: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

[4] LFischG // http://www.fischereiverein-eppelborn.de

В настоящее время в Японии действует Уголовный кодекс[1], принятый Законом от 24 апреля 1907 г. (в редакции Закона № 54 от 23 мая 2007 г.). Он распространяется на территорию всей страны (за исключением особых территорий). Однако в нём нет ни специальной нормы посвященной ответственности за незаконный вылов ВБР как в УК Германии, ни общей главы об экологических преступлениях, как в УК РФ. Дело в том, что в Японии уголовная ответственность за незаконный вылов ВБР устанавливается специальным законом. Т. е. уголовное право этой страны состоит как из кодекса, так и из специальных законов посвященных отдельным проблемным вопросам. Основным источником уголовного права Японии является Общая (первая) часть УК Японии. Об этом говорит ст. 8 гласящая: «Общие положения настоящего закона применяются также в отношении преступлений, наказания за которые предусмотрены другим законодательством; однако это не относится к случаям, когда в этом законодательстве имеются специальные нормы». Так, интересующие нас отношения регулируются специальной нормой – Законом о рыболовстве № 267 от 15 декабря 1949 (в ред. Закона № 87 от 26 июля 2005).

Всю систему японского природоохранного законодательства в части охраны водных биологических ресурсов схематично можно представить в виде рисунка (рисунок 1).

Рассмотрим более подробно каждую из этих категорий.

В настоящее время в Конституции Японии прямо не закреплено право на чистую окружающую среду, что является предметом многочисленных научных споров, однако, в Законе об охране окружающей среды Японии (Закон № 91 от 1993) прописано, что «целью настоящего закона является всесторонняя и систематичная прогрессивная политика по сохранению окружающей среды для обеспечения здоровой и развитой жизни для настоящего и будущего поколений». Для реализации этой цели закон ставит общие задачи: сохранение и рациональное использование живых морских ресурсов в исключительной экономической зоне Японии и разработку плана по сохранению и рациональному использованию морских живых ресурсов. Выполнению первой задачи служит Закон об охране рыбных ресурсов, а второй – Закон о развитии рыболовства. Конституция Японии, в ч. 2 ст. 98 гласит: «заключенные Японией договоры и установленные нормы международного права должны добросовестно соблюдаться». Таким образом признается, что если международным договором с Японией установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Однако на настоящей момент Японией ра-

[1] Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / Под ред. И. Д. Козочкина. М.: Издательство «Зерцало», 2001. С. 60.

тифицированы (в части охраны ВБР) только вышеназванные конвенции, которые не содержат норм уголовного права.

В законодательстве Японии термин «рыба» подразумевает под собой сельскохозяйственных водных животных и растений (статья 2 Закона о рыболовстве), а термин «рыбак» – лицо, работающее в области разведения водных растений и животных, аквакультуры, а так же рыболовства. Таким образом, в Японии, понятие «рыба» идентично понятию «водные биологические ресурсы» в России.

Особенностями японского уголовного законодательства вообще является его дифференцированность касательно личности преступника, а регулирующего ответственность за незаконный вылов (добычу) водных биологических ресурсов в частности – его бланкетный характер. Законом о рыболовстве № 267 от 15 декабря 1949 (в ред. Закона № 87 от 26 июля 2005) в Главе 10, которая называется «уголовные положения» закреплены более 10 статей для регулирования различного рода ситуаций. Все виды наказаний, в зависимости от субъекта, делятся на два: специальное – в зависимости от статуса лица и общее – для лиц, не имеющих специального статуса. Под специальным субъектом понимаются.

1. Профессиональные рыбаки, – т. е. лица, для которых рыбалка является единственным источником средств к существованию. Они, в свою очередь делятся на:

- рыбаков осуществляющих «стационарную» (в терминах Закона – ловлю рыбы с помощью рыболовных снастей (удочек, сетей) на глубине до 72 метров и удалении до 50 м от береговой линии);
- рыбаков осуществляющих промышленную добычу рыбы во внутренних водах Японии, которые в свою очередь делятся на:
  - рыбаков прибрежного рыболовства (т. е. на удалении не менее 100 метров от берега) использующих в своей деятельности рыболовные суда не более 12 тонн валовой вместимости;
  - рыбаков прибрежного рыболовства использующих в своей деятельности рыболовные суда более 12 тонн валовой вместимости;
- рыбаков осуществляющих промышленную добычу за пределами внутренних вод, но в пределах зоны экономических интересов Японии;
- рыбаков осуществляющих добычу в нейтральных водах и водах других государств.

2. Рыбаки-любители.

3. Должностные лица рыболовных кооперативов (в том числе и капитаны судов).

4. Должностные лица министерства сельского хозяйства, префектур Японии, осуществляющие контроль за деятельностью рыбаков.

Под общим лицом понимаются все прочие лица нарушившие закон, но не являющиеся специальными субъектами.

В зависимости от той категории, к которой принадлежит лицо, устанавливаются условия получения лицензии на вылов рыбы, а так же ответственность за нарушение закона. Например, капитан судна, не сдавший отчет о количестве выловленной рыбы в срок, наказывается штрафом до трехсот тысяч иен, однако здесь проявляется особенности японского законодательства: если он является членом профсоюза, то размер штрафа снижается до двухсот тысяч иен. Другой пример. В случае вылова рыбы без разрешения (лицензии) от губернатора префектуры (либо в чужой префектуре) рыбаки-любители наказываются штрафом в размере два миллиона иен, в то время как прочие категории – наказываются тюремным заключением на срок в три года. Законом так же упомянуты и иные нарушения: например, в зависимости от типа судна (траловые, мотоботы и т. д.), а так же в зависимости от вместимости (до 12 тонн или более) различаются и типы лицензий. Однако использование каких судов допустимо при прибрежном, промышленном или стационарном рыболовстве раскрывается в специальном Законе о рыболовных судах. Максимальное наказание установленное законом – это три года тюремного заключения, а минимальное – штраф в десять тысяч иен.

Использование различного рода снастей и специальных приспособлений, их длина, ширина и т. д. так же специально оговорены законом.

Так же необходимо отметить факт выборочного действия закона по территориям префектур. В статье 49 Специальные положения для некоторых районов приведена таблица позволяющая соотнести, какое именно правило действует в данном районе, и какому наказанию подлежат лица за его нарушение. Например, если общая допустимая глубина, на которую можно установить сети равна 72 метрам, то специально в прибрежной зоне о. Окинава, она снижена до 50 метров. Или разъясняется, что в некоторых районах (Окинава, Хокайдо и т. д.) надзор за деятельностью по рыболовству осуществляет Конгресс местного правительства, в то время как в других эта обязанность возложена на Комиссию по рыболовству района.

Согласно Конституции Украины[1] каждый имеет право на безопасную для жизни и здоровья окружающую среду и на возмещение причиненного нарушением этого права вреда (ст. 50) и обязан не наносить вред природе и возмещать причиненные им убытки (ст. 66).

Преступления против окружающей среды посягают на общественные отношения в сфере охраны конституционного права граждан на

[1] http://zakon.rada.gov.ua

безопасную окружающую среду, а также в сфере охраны, использования, сохранения и воспроизводства природных ресурсов. Уголовный кодекс Украины[1] является единственным законодательным документом, по которому определяются вид и мера уголовной ответственности за экологические правонарушения в Украине.

Все экологические преступления собраны в разделе VIII «Преступления против окружающей среды». В частности исследуемой проблематике посвящена статья «Незаконное занятие рыбным, звериным или другим водным добывающим промыслом» (ст. 249).

Предметом этого преступления является незаконный промысел рыбы разных видов и другие водных животных, находящиеся в состоянии естественной свободы, а также морские водорослей. Незаконная ловля таких водных животных, как выдры, ондатры и других квалифицируется как незаконная охота. Из анализа текста так же следует, что предметом преступления, предусмотренного ст. 249 не признаются водные организмы, добыча которых нормативными актами не регламентируется (водные пресмыкающиеся, планктон, лягушки и т. д.)

Действия лиц, виновных в незаконном вылове рыбы или добыче водных животных, которые выращиваются различными предприятиями и организациями в специально оборудованных или приспособленных водоемах квалифицируется как хищение чужого имущества.

Объективная сторона исследуемого преступления по УК Украины проявляется в незаконном занятии рыбным, звериным или другим водным добывающим промыслом, если оно причинило существенный вред.

Субъективная сторона преступления характеризуется умыслом.

Субъект преступления – общий.

Частью 2 ст. 249 предусмотрена ответственность за те же деяния, совершенные способом массового уничтожения рыбы или других видов объектов животного мира или лицом, ранее судимым за это преступление. Необходимо отметить тот факт, что понятие массового уничтожения отмечается и в ст. 256 УК РФ, наличие судимости специально оговаривается только в УК Украины.

Для установления существенного критерия к Украине, так же, как и в России учитывают стоимость, экологическую ценность, количество добытого, а также размер ущерба, причиненного окружающей среде. Верховный суд Украины разъяснил[2] в своём Постановлении от 10 декабря 2004 № 17, что ответственность за преступление, предусмотренное ст. 249 УК, наступает только при условии, что действиями виновного лица причинен существенный вред. На то, что вред существен-

---

[1] Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26 (29.06.2001). Ст. 131.
[2] http://www.scourt.gov.ua

ным, могут указывать, в частности, следующие данные: уничтожение нерестилищ рыбы вылов рыбы в период нереста, немногочисленных ее видов или тех, в воспроизведении которых есть трудности; добывания большого количества рыбы, водных животных или растений или рыбы или животных, вылов которых запрещен; т. д. Если вследствие совершенных действий существенный вред не наступила, виновное лицо при наличии к тому оснований может нести ответственность по ч. 3 или ч. 4 ст. 85 КоАП Украины[1]. При определении размера ущерба, причиненного водным живым ресурсам, в зависимости от конкретных обстоятельств дела применяются таксы, утвержденные постановлениями Кабинета Министров Украины от 19 января 1998 № 32 «Об утверждении такс для исчисления размера возмещения вреда, причиненного вследствие незаконного добывания (сбора) или уничтожение ценных видов рыб и других объектов водного промысла»[2].

Наказание за преступление: по ч. 1 ст. 249 – штраф до ста необлагаемых минимумов доходов граждан или ограничение свободы на срок до трех лет, с конфискацией орудий и средств промысла и всего добытого; по ч. 2 ст. 249 – штраф от ста до двухсот необлагаемых минимумов доходов граждан или ограничение свободы на срок до трех лет, либо лишение свободы на тот же срок, с конфискацией орудий и средств промысла и всего добытого.

Занятие рыбным, звериным или другим водным добывающим промыслом признается уголовно наказуемым при условии его незаконности. Незаконность по законодательству Украины означает, что занятия указанным промыслом происходит без надлежащего разрешения, либо в запрещенное время, либо же в неположенных местах, запрещенными орудиями и способами лова. Для признания факта промысла незаконным необходимо установить наличие хотя бы одного из названных обстоятельств. Поскольку диспозиция исследуемой статьи в УК Украины имеет бланкетный характер, то для выяснения содержания условий незаконности необходимо обращаться в нормативные акты, регулирующие порядок осуществления рыболовства в Украине. К названным актам относятся Закон «О животном мире»[3], Закон «Об охотничьем хозяйстве и охоте»[4], Временный порядок ведения рыбного хозяйства и осуществления рыболовства[5], Правила промышленного рыболовства в рыбохозяйственных водных объектах Украины[6], Поря-

---

[1] Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. додаток до № 51. Ст. 1122.
[2] Офіційний вісник України. 1998. № 3 (05.02.98). Ст. 96.
[3] Офіційний вісник України. 2002. № 2 (25.01.2002). Ст. 47.
[4] Офіційний вісник України. 2000. № 12 (07.04.2000). Ст. 442.
[5] Зібрання постанов Уряду України. 1996. № 18. Ст. 516.
[6] Офіційний вісник України. 1999. № 21 (11.06.99). Ст. 982.

док осуществления любительского и спортивного рыболовства[1], Порядок и условия использования рыбных и других водных живых ресурсов исключительной (морской) экономической зоны Украины иностранными юридическими и физическими лицами и др. документов.

Рисунок 1.

Система японского природоохранного законодательства

Исходя из анализа названных актов, можно прийти к следующим выводам. Занятие водным добывающим промыслом без надлежащего разрешения имеет место только тогда, когда промысел осуществляется самовольно, без получения разрешения компетентного органа. Исключением будет являться любительское и спортивное рыболовство на водоемах общего пользования: оно осуществляется без предоставления специальных разрешений.

[1] Офіційний вісник України. 1999. № 19 (28.05.99). Ст. 847.

Рыболовство в запрещенное время означает, что оно осуществляется тогда, когда занятие любым водным добывающим промыслом запрещено как вообще (например, запрещается любительский лов дельфинов) так и в сроки, на которые установлен запрет для определенных видов водных животных или водоемов (конкретные сроки занятия водным добывающим промыслом определяются в Украине, как и в России, как и в Японии и Германии по бассейно-территориальному принципу и закрепляются в правилах промышленного, любительского и спортивного рыболовства).

К неразрешенным местам относиться водоемы, в которых водный добывающий промысел запрещен всегда. Например, запрещается заниматься рыболовством в подводящих и сбросных каналах электростанций; в отводах рыбохозяйственных и мелиоративных систем

Запрещенными считаются те орудия и способы занятие рыбным и другим водным добывающим промыслом, которыми вообще не разрешается пользоваться или не разрешается применять для извлечения определенных объектов водной фауны. Например, для любительского и спортивного рыболовства запрещается лов с применением взрывчатых и отравляющих веществ. Не признаются орудиями преступления, предусмотренного ст. 249 УК, транспортные средства, которые применялись только для доставки виновных к месту незаконного занятия водным добывающим промыслом или для перевозки незаконно добытого и которые, таким образом, не использовались для выполнения объективной стороны данного преступного посягательства.

Библиографический список:

1. Dr. h. c. *Albin Eser M. C. J.* Die Entwicklung des deutschen Strafrechts im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrh derts. Sogang Law Journal vol. 1. 1999.

2. *Есаков Г. А., Крылова Н. Е., Серебренникова А. В.* Уголовное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2011.

3. Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. проф. М. І. Бажанова , В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 2-е вид., перероб. і доп. К.: Юрінком Інтер, 2005.

4. *Ляшева Ю. В.* Уголовная ответственность за незаконную добычу водных биологических ресурсов : Проблемы законодательной техники и правоприменения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2006.

5. *Надточий Ю. В.* Уголовно-правовая охрана морской природной среды: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2005.

6. *Рарог А. И., Хелльмани У. В., Головненков П. В.* Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной республики Германия: Текст и научно-практический комментарий. М.: Проспект, 2010.

Вопросы глобализации и частного права

К вопросу о защите коммерческой тайны в гражданском праве

коммерческая тайна; ноу-хау; информация; персональные данные; защита гражданских прав; субъекты гражданского права; приватность; товар; информационных продукт; возмещение убытков; инновационная экономика; сети; Интернет

И. М. Рассолов

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой информационного, предпринимательского и торгового права Российского государственного торгово-экономического университета

Тенденцией последних десятилетий является активное развитие такой сферы деятельности, как защита коммерческой тайны и развитие массовых коммуникаций. Правовое регулирование отношений в сфере документирования информации, обращение социальной информации в современных коммуникативных сетях становиться актуальным не только для отдельных государств, но и для международного сообщества в целом. Формируется новая предметная область правовых отношений, в центре внимания которой находятся юридические аспекты создания и использования информационных ресурсов; обеспечения информационной открытости средств современной связи. Специфика правового регулирования данной социальной сферы вытекает из особой деятельности субъектов гражданского права в информационной сфере общества и ее подсистемах. Для коммерческого оборота информация приобретает большую ценность, когда она циркулирует, нежели, когда находится в статическом состоянии. Напротив, если речь идет о защите частной информации, то ее ценность и целостность напрямую связана с обеспечением надлежащего уровня конфиденциальности сведений.

В этой связи весьма важным является комплексное решение задач формирования и реализации механизмов защиты прав на коммерческую тайну в гражданском обороте, в получении на этой базе конкрет-

ных результатов исследования, которые в условиях перехода России к инновационной экономике на должном теоретическом и практическом уровне пока не решена.

Сложность решения такой задачи обусловлена, с одной стороны, освоением бизнес–сообществом принципиально новых, конкурентоспособных технологий и расширением ассортимента предлагаемых товаров, что напрямую связано с использованием информации, составляющей коммерческую тайну. С другой стороны, это касается высокого уровня несанкционированного коммерческого использования чужой ценной информации, что также требует разработки адекватных мер по формированию механизмов защиты коммерческой тайны.

Среди очевидных проблем, стоящих сегодня в гражданском праве можно выделить следующие: определение объекта коммерческой тайны, регламентация правомочий субъектов права на коммерческую тайну и особенностей режима коммерческой тайны; разработка концепции формирования механизма защиты прав на коммерческую тайну; анализ нарушений права на коммерческую тайну и классификация способов защиты коммерческой тайны; определение направлений деятельности менеджеров и юристов по возмещению убытков, причиненных нарушением права на коммерческую тайну и др.

Проблемы защиты прав на коммерческую тайну пока не решены до конца как в нашей стране, так и в других государствах. Данная тематика, конечно, привлекала внимание целого ряда исследователей, преимущественно на уровне кандидатских диссертаций (М. С. Зельцер, А. Г. Карташяна, О. Г. Павловой, Р. В. Северина и др.), научных статей (М. В. Беляева, Е. К. Волчинской, О. В. Добрынина, О. К. Князева, А. А. Кузьмина, О. А. Потрашковой и др.), разделов в учебниках и учебных пособиях (И. А. Зенина, О. М. Олейник, А. Н. Коломиец, А. А. Левина, В. В. Погуляева, В. А. Северина, А. П. Сергеева, А. А. Фатьянова и др.).

Способы защиты коммерческой тайны в большинстве работ рассматриваются в контексте проблем интеллектуальной собственности и правовой охраны различных видов информации. Очевидно, что проблема защиты права на коммерческую тайну нуждается в комплексном правовом исследовании именно с гражданско-правовых позиций.

Коснемся лишь наиболее существенных проблем в сфере защиты коммерческой тайны, которые требуют сегодня решения с позиции науки гражданского права

Во-первых, это касается упорядочения терминологического аппарата гражданского права. Это относиться в первую очередь к таким понятиям как «коммерческая тайна», соотношения понятий «охрана гражданских прав» и «защита гражданских прав» и др. Опираясь на доктринальные наработки прежде всего романо-германской правовой

системы (Франция, Германия), а также позицию профессора В. А. Дозорцева, считаем, что коммерческая тайна представляет собой более емкое и объемное понятие, включающее в себя секрет производства (ноу-хау), а также другие виды коммерческой информации.

В ретроспективе ноу-хау возникает как альтернатива патентной охране. Предпринимателям и собственникам иногда выгодно не патентовать, используемые по назначению изобретения, а отнести сведения о них к режиму коммерческой тайны.

Российский законодатель отождествляет понятие секрет производства и коммерческую тайну в главе 75 ГК РФ. Позицию законодателя по данному вопросу нельзя считать определенной раз и навсегда[1]. Речь идет лишь об определении некоего собственного национального подхода к соотношению анализируемых выше понятий. И в среднесрочной перспективе можно ожидать существенных изменений в сфере формирования всего понятийного аппарата частного права.

Вместе с тем эти два вида информации исторически различаются характером, объемом (содержанием) и основаниями возникновения на них прав[2]. Следует отметить, что ноу-хау может полностью и не поглощаться режимом коммерческой тайны (например, когда ноу-хау может выступать предметом купли-продажи или вноситься в качестве вклада в уставной капитал предприятия и др.). Например, М. С. Зельцер считает, что «ноу-хау» является объектом передачи и соответствующих сделок, а «деловой секрет» юридическое лицо сохраняет для собственного пользования. Например, это может касаться тех же результатов маркетинговых исследований, которые могут выступать предметом той или иной сделки[3]. Помимо того, мы считаем, что у режима коммерческой тайны есть множественный субъект[4], тогда как

---

[1] Например, это также касается исключения информации как объекта гражданских правоотношений из ст. 128 ГК РФ. Данный факт послужил важным фактором для формировании и становлении современной доктрины информационного права. Если цивилисты данный объект не считают «своим», то научная школа информационного права с признает (и включает) информацию как объект информационных правоотношений, руководствуясь ст. 5 Федерального закона Российской Федерации от 27 июля 2006 г. №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ, 31.07.2006, № 31 (1 ч.), ст. 3448.

[2] См. более подробнее об этом: *Дозорцев В. А.* Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Вестн. Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 7. С. 107–111. *Еременко В. И.* Конкурентное право Российской Федерации. М., 2001. С. 157. *Добрынин О. В.* Особенности правовой регламентации ноу-хау: Дис. … канд. юрид. наук. М., 2003. С. 130.

[3] См.: *Зельцер М. С.* Гражданско-правовой режим информации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2004. С. 21.

[4] Здесь нет смысла говорить о неких особых субъектах права или субъектах права нового типа, так как вступающие в правоотношения лица могут самостоятельно осуществлять свои права и нести обязанности, вместе с тем, в определенных случаях их можно объединять и во «множественный субъект».

ноу-хау может включать свойство исключительности. Например, О. В. Добрынин признавая сходство признаков, принадлежащих ноу-хау и коммерческой тайне, вместе с тем, указывает на тот факт, что ноу-хау полностью не поглощается коммерческой тайной, поскольку его потенциальная ценность не связана с конкретным бизнесом[1]. Последнее имеет принципиальное значение для защиты информации, находящейся в данном режиме конфиденциальности. Как подчеркивает А. Е. Шерстобитов, возможности защиты информации с помощью распространения на нее режима коммерческой тайны имеют особенности, она основана на праве определения самим правообладателем особого режима доступа, который непосредственно связан с ее конфиденциальностью информации, не предназначенной для публичного ознакомления[2]. А. И. Козырев пишет: «Понятие коммерческой тайны существенно шире, чем понятие «ноу-хау», так как коммерческую тайну могут составлять также списки клиентов, первичные бухгалтерские документы и многие другие сведения, разглашение которых нежелательно по тем или иным причинам»[3].

В этой связи мы полагаем, что коммерческая тайна и объект ее защиты это не любая, охраняемая по усмотрению субъекта предпринимательской деятельности информация, в отношении которой установлен режим конфиденциальности. Нам представляется, что подобная информация в первую очередь должна быть связана с предпринимательской деятельностью лица (и прежде всего, с его способностью извлекать прибыль от использования таких сведений). И здесь идет речь о потенциальной и коммерческой ценности подобной информации, ее связи с осуществляемой предпринимательской деятельностью. Иначе может произойти смешение коммерческой тайны с персональными данными, с личной тайной и др. На сегодняшний день нам представляется более удачной законодательная трактовка понятия коммерческой тайны не через слово «сведения», а через категорию «режим доступа к сведениям» и «режим конфиденциальности информации» (ст. 3 Федерального закона от 29.07.2004 №98-ФЗ «О коммерческой тайне»[4]).

Сама же информация, составляющая коммерческую тайну – это сведения любого характера, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, в отношении которых обладателем таких сведений введен режим

---

[1] См.: *Добрынин О. В.* Особенности правовой регламентации ноу-хау: Дис. …канд. юрид. наук. М., 2003. С. 130.

[2] См.: *Шерстобитов А. Е.* Глава 75. Право на секрет производства («ноу-хау»): Научно-практический комментарий к части IV Гражданского кодекса Российской Федерации / Под общ. ред. проф. Е. А. Суханова. Труды Юридического факультета: В 50 т. Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова, юрид. ф-т, кн. 9. М.: Правоведение, 2008. С. 446.

[3] См.: *Козырев А. И.* Оценка интеллектуальной собственности. М. 1997. С. 21.

[4] Собрание законодательства РФ. 09.08.2004. № 32. Ст. 3283.

коммерческой тайны, обеспечивающий возможность извлечения прибыли от использования подобной информации.

Право на коммерческую тайну определяется через ряд правомочий, выраженных в правомочии-пользования; праве-требования; праве-притязания и др. Отсюда же вытекают правомочия самого субъекта права на коммерческую тайну (например, предпринимателя): возможность собственных активных действий; возможность обратиться с требованием к третьим лицам о воздержании от действий, которые могут привести к нарушению; возможность использовать дозволенные законом средства собственного принудительного воздействия на правонарушителя, включая право на самозащиту[1].

Во-вторых, это охрана гражданских прав и проблема выбора способов защиты права на коммерческую тайну. Охрана в общем виде представляет собой совокупность мер, обеспечивающих нормальных ход реализации прав. В этой связи нам представляется, что категория «охрана гражданских прав» будет более широкой и включать в себя совокупность мер не только правового (сюда же мы можем отнести правовую защиту), но и экономического, организационного и иного характера, направленные на создание необходимых условий для осуществления прав и законных интересов заинтересованных лиц.

Особенностью защиты подобного вида информации являются выбор самих защитительных мер, который выбирает не государственный орган, а сами обладатели прав. При этом нарушением права на коммерческую тайну должно считаться не всякое получение третьим лицом ранее неизвестной и ценной для него информации, а только завладение такой информацией с помощью незаконных методов. В этой связи можно выделить несколько уровней возможных угроз в данной сфере. Первый уровень — это внутренние угрозы (акционеры, наемные работники, которые не имеют доступа к коммерческой тайне в силу выполняемых ими функций) и второй уровень — это внешние нарушители (контрагенты, конкуренты и др.). Исходя из этого, в зависимости от правомочий субъекта этого права, можно выделить внутренние и внешние охранительные правоотношения[2]. Внутренние отношения возникают с наемными работниками, с акционерами компаний в отношении охраны коммерческой тайны. Внешние правоотношения возникают, например, с регистрирующими, контролирующими органами по запросу которых может представляться информация. Сами же нарушения гражданских прав возможны не только со стороны контрагентов, но и со стороны третьих лиц. Одно и тоже правонарушение может

---

[1] *Северин Р. В.* Механизм защиты прав на коммерческую тайну: Дис. …канд. юрид. наук. М., 2011. С. 22–29.

[2] См. об этом подробнее: *И. М. Рассолов.* Управление в сфере предпринимательства. М.: Изд-во Икар, 1998.

быть не только нарушением гражданско-правовых норм и договорных обязательств, но и преступлением и проступком. Отсюда выделяются две группы возможностей: самостоятельно, в одностороннем порядке предпринимать фактические и юридические действия; или обратиться в юрисдикционный орган за защитой собственного права.

В-третьих, заслуживает особого внимания вопрос о соотношении информации, составляющей объект коммерческой тайны, с товаром и информационным продуктом. Прежде всего это связано с тем, что информационная деятельность удовлетворяет потребности в знании за счет его переработки и создания информационных продуктов или предоставления информационных услуг. В продуктах и услугах воплощается уникальное, специализированное, общедоступное, общественно полезное знание. Оно может быть очень дорогим и почти бесплатным, его получение может занять годы и долю секунды. Мы считаем, что сама по себе информация не может выступать товаром. Товаром может выступать целостный информационный продукт, обладающий определенными свойствами, о которых в последнее время начали писать и цивилисты. Среди свойств информационного продукта можно выделить: целостность произведения, наличие авторства (наименования, выходных данных и др.); цену (наличие спроса на этот продукт) или пометку «Свободная цена»; функциональное назначение (продукт не является полностью бесполезным; в конечном итоге он может решить определенную задачу или выполнить заложенную в нем функцию); полезность (подразумевается, что информационный продукт не будет вреден для того, кто им пользуется)[1]. Наиболее сложным вопросом в праве на сегодняшний день остается вопрос определение сущности и классификация «мягких» информационных товаров в гражданском обороте[2].

В-четвертых, это проблема защиты и обеспечения целостности частной информации в эпоху информатизации. Недостаточное обеспечение защиты личных данных физических и юридических лиц представляет опасность и является нарушением в среде цифровых сетей. Сюда можно отнести: нарушения режима защиты коммерческой тайны, сбор данных о клиентах без их ведома, незаконные способы завладения информацией, позволяющие создавать базы данных пользователей, совершать неправомерные покупки или обмены личными данными потребителей товаров и услуг. Известно, что в этой области нет четкой

---

[1] Нужно отметить, что последний признак иногда рассматривается как дискуссионный.
[2] «Мягкий товар» – это индивидуально определенный товар, обладающий свойствами информационного продукта и представляемый потребителю в электронной форме по каналам электросвязи (например, обновление программного обеспечения в рамках исполнения договора возмездного оказания услуг или авторского договора). *И. М. Рассолов*. Информационное право. М.: Юрайт. 2011. С.36.

правовой регламентации. Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2006 г. №152-ФЗ «О персональных данных»[1] не решил большинства из обозначенных юридических проблем. Законодателем установлен легальный предел (рамки) регулирования, тем не менее он постоянно нарушается. Это происходит прежде всего в сфере цифровой экономики благодаря широким возможностям, которые предоставляют злоумышленникам информационные технологии. Сведения, составляющие коммерческую тайну могут циркулировать в сетях международного информационного обмена, быть предметом купли-продажи, использоваться для шантажа, побуждения к заключению кабальных сделок, а также выступать средством недобросовестной конкуренции или ведения торговых войн.

Кроме того, закон устанавливает, что трансграничная передача персональных данных на территории иностранных государств, обеспечивающих адекватную защиту прав субъектов персональных данных, может быть запрещена или ограничена в целях защиты основ конституционного строя РФ, нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст.12 Закона). Как на практике сделать эффективным данный запрет, однозначно ответить сложно.

Интернациональный характер сетей международного информационного обмена и чрезмерная активность субъектов гражданского права в данной сфере требуют сегодня основательного и существенного изменения способов регулирования, причем государственная нормативная регламентация должна подкрепляться разнообразной практикой саморегулирования самих участников Сети. Поэтому у Минэкономразвития России и Национальной ассоциации участников электронной торговли должна появиться новая функция — последовательный мониторинг за качеством цифровой информации, представленной в Сетях техническими устройствами, разработка и введение типовых договоров в сфере электронной торговли, побуждение интернет-сообщества к скорейшему введению кодексов профессиональной этики и т. д.

К тому же в гражданском праве должно быть соблюдено существенное различие между «публичным сообщением» и «частной корреспонденцией», установленное как российским, так и европейским законодательством[2]. Это положение не ставит под сомнение появление

---

[1] Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. №31 (1 ч.). Ст. 3451.

[2] См. более подробно об этом: *Daniel J. Solove*, *Paul M. Schwartz*. Information Privacy Law. U.S., Aspen Publishers Inc.; 3rd edition. 2008; *Они же*. Privacy, Information, and Technology. U.S., Aspen Publishers Inc.; 2nd edition. 2008; *D. Sherborne*, *M. Thomson*, *H. Tomlinson*. The Law of Personal Privacy. U.S., Hart Publishing. 2012; *H.-J. Cremer*. Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison Between English and German Law. UK.Routledge-Cavendish. 2011.

«смешанного сервиса», например услуг дистанционной продажи товаров, которые характеризуются одновременно как «публичное сообщение» (реклама и онлайн-каталог) и «частная корреспонденция» (принятие заказа). В этом случае, конечно, закономерным окажется объективное сосуществование двух правовых режимов. Будет тем не менее более точным, если в нашем законодательстве такие понятия как «коммерческая тайна», «информация ограниченного доступа», «персональные данные» или «информация о гражданах», в необходимых случаях заменить категорией «частная информация», существующей во многих правовых системах мира. Было бы также целесообразно с учетом положений Федерального закона «О персональных данных» принять в скором времени закон «О приватности (защите частной информации граждан)».

В данном законе необходимо закрепить четкие критерии, согласно которым выделить определенную информацию, доступ к которой будет невозможен без согласия самого лица ни при каких условиях. Например, это касается информации о здоровье, личной жизни, семейной тайне, так называемой генетической информации. В этом законе можно было бы определить четкие критерии возможного вмешательства в жизнь политиков, общественных деятелей, артистов. На сегодняшний день у нас нет здесь ясности и четкой позиции российского законодателя, а ссылки по этому вопросу на решения Европейского суда по правам человека выглядят не всегда убедительными. Разумеется, проблема разграничения приватной информации и официальных сообщений – это не только проблема гражданского права. И здесь должны полной мере использоваться научные и практические наработки, которые уже сделаны в других отраслях права, прежде всего, в административном, информационном и международном праве. Но для данной отрасли права этот вопрос обретает особое значение. Так как глобальное информационное пространство – это публичная среда. Поэтому нужны действенные правовые механизмы защиты именно приватной информации, частной жизни в Сети. Кроме того, следует найти важное решение между желанием лица оставаться анонимным в этом пространстве и его необходимой идентификацией в случае ведения субъектом предпринимательской деятельности с использованием Интернета или совершения гражданского деликта.

Это также важно в случае сбора доказательств («сетевых» юридических фактов) и совершении действий, связанных с установлением события преступления. По действующему законодательству обязательное сохранение данных и имени пользователя Сети должно быть непреложным правилом всех технических служб.

Например, Правила взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-

розыскную деятельность[1] устанавливают, что оператор связи обязан своевременно обновлять информацию, содержащуюся в базах данных об абонентах оператора связи и оказанных им услугах связи. Указанная информация должна храниться оператором связи в течение 3 лет и предоставляться органам федеральной службы безопасности, а в случае, указанном в пункте 3 Правил, органам внутренних дел путем осуществления круглосуточного удаленного доступа к данной информации (п. 12 Правил).

Базы данных должны содержать следующую информацию об абонентах оператора связи: фамилия, имя, отчество, место жительства и реквизиты основного документа, удостоверяющего личность, представленные при личном предъявлении абонентом указанного документа, — для абонента-гражданина; наименование (фирменное наименование) юридического лица, его место нахождения, а также список лиц, использующих оконечное оборудование юридического лица, заверенный уполномоченным представителем юридического лица, в котором указаны их фамилии, имена, отчества, места жительства и реквизиты основного документа, удостоверяющего личность, — для абонента — юридического лица; сведения баз данных о расчетах за оказанные услуги связи, в том числе о соединениях, трафике и платежах абонентов (п. 14 Правил).

Подобные жесткие требования связаны с положением ст. 10 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»[2], где установлено, что информация, распространяемая без использования СМИ «должна включать в себя достоверные сведения о ее обладателе или об ином лице, распространяющем информацию, в форме и в объеме, которые достаточны для идентификации такого лица».

Наконец, по этим вопросам необходимо определить общие принципы и подходы, которые могли бы стать в перспективе предметом соответствующих международных соглашений. Целесообразность и своевременность ведения таких переговоров в этой сфере обусловлена тем, что, например, российский законодатель впервые в ст. 11 Федерального закона №24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» от 20 февраля 1995 г.[3] закрепил категорию частной (персональной) информации о гражданах. Федеральный закон «О персональных данных» расширил эту категорию (ст. 3 Закона). Здесь речь

---

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 27 августа 2005 г. №538 «Об утверждении Правил взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность» (в ред. от 19 ноября 2007 г.) // Собрание законодательства РФ. 05.09.2005. №36. Ст. 3704.
[2] Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.
[3] Собрание законодательства РФ. 31.07.1995. № 8. Ст. 609.

идет об информации о частной жизни лица, а равно об информации, нарушающей личную, семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений физического лица, собранной без его согласия. Перечень информации о частной жизни человека (а также средства ее передачи), исходя из формулировки закона, не является исчерпывающим и четко определенным, так как в него включаются и «иные сообщения физического лица». Закон 20 февраля 1995 г. определил, что такие персональные данные относятся к категории конфиденциальной информации, и запретил сбор, хранение, использование и распространение такого рода информации, кроме как на основании судебного решения. Все это позволяет сделать вывод о том, что сведения составляющие коммерческую тайну, а также персональные данные пользователей товаров и услуг все же находятся под юридической защитой и в глобальном информационном пространстве, однако новые технологии выдвигают на передний план многочисленные правовые проблемы, которые науке гражданского права придется решать в ближайшее время.

Библиографический список:

1. *Дозорцев В. А.* Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Вестн. Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 7.

2. *Еременко В. И.* Конкурентное право Российской Федерации. М., 2001. С. 157. Добрынин О. В. Особенности правовой регламентации ноу-хау: Дис. … канд. юрид. наук. М., 2003.

3. *Зельцер М. С.* Гражданско-правовой режим информации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2004.

4. *Добрынин О. В.* Особенности правовой регламентации ноу-хау: Дис. …канд. юрид. наук. М., 2003.

5. *Шерстобитов А. Е.* Глава 75. Право на секрет производства («ноу-хау»): Научно-практический комментарий к части IV Гражданского кодекса Российской Федерации / Под общ. ред. проф. Е. А. Суханова. Труды Юридического факультета: В 50 т. Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова, юрид. ф-т, кн. 9. М.: Правоведение, 2008.

6. *Козырев А. И.* Оценка интеллектуальной собственности. М. 1997.

7. *Северин Р. В.* Механизм защиты прав на коммерческую тайну: Дис. …канд. юрид. наук. М., 2011.

8. *Рассолов И. М.* Управление в сфере предпринимательства. М.: Изд-во Икар, 1998.

Гражданско-правовое регулирование использования свободных лицензий в Российской Федерации

регулирование; свободные лицензии; авторское право; интернет

А. Г. Дейнеко
аспирант Российской государственной академии интеллектуальной собственности

Правовые предпосылки появления свободных лицензий в законодательстве Российской Федерации.

Начало нового столетия в праве интеллектуальной собственности развитых стран можно смело назвать началом века открытости. Стремительное развитие технологий намного упростило процессы обмена информацией, в том числе результатами интеллектуальной творческой деятельности. С развитием телекоммуникационных сетей, в первую очередь, сети Интернет, многократно возросла скорость обмена произведениями, а с развитием компьютерных технологий стоимость создания «электронной» копии произведения стала близкой к нулю[1].

Интернет сегодня представляет собой не просто всемирную площадку для обмена информацией, а важнейший элемент современной культуры, который способен оказывать непосредственное влияние на экономические, социологические и даже мировоззренческие процессы в обществе. Мобильная, высокоскоростная и доступная для широкого круга лиц среда стала проводником новых идей и философий. Удобство и простота коммуникаций, а главное, интерактивность (то есть возможность каждого пользователя быть не только «потребителем» произведений, но и их создателем) сети Интернет все чаще подталкивают индивидуумов к свободному творчеству, преследующему своей целью доведение своего произведения до сведения как можно большего круга лиц. Причем, автор может преследовать своей целью не только ознакомление пользователей с его произведениями, но и его дальнейшую доработку в интерактивном режиме, то есть, по сути, «коллективную

[1] В данном случае речь идет о стоимости создании «электронной» копии произведения при наличии уже имеющейся «электронной» копии произведения. Стоимость копирования в данном случае можно условно определить, как стоимость электроэнергии, затраченной компьютером для выполнения команды пользователя, то есть, близкой к нулю – прим. авт.

переработку» произведения[1]. Экономические интересы авторов произведений при этом все чаще отходят на второй план, если, конечно, речь не идет о продукции коммерческой культуры.

Еще в 1998 году профессор Гарварда Л. Лессиг обратил внимание на одно из ключевых свойств информационно – телекоммуникационных сетей: «Киберпространство неизбежно развивается, но при этом киберпространство не поддается регулированию. Ни одно общество не может жить без него, но ни одно общество не может контролировать поведение в нем. Киберпространство – это место, где индивиды, по своей сути, свободны от контроля со стороны реальной государственной власти»[2].

Проблема создания новых правовых механизмов для регулирования правоотношений в сети Интернет стала еще более актуальной в последнее десятилетие, когда не только для России, но и для всего мира стало очевидно: Интернет из пассивного средства коммуникации трансформировался в новый геополитический фактор, способный напрямую влиять на внешнюю и внутреннюю политику самых разных государств. В этой связи только применительно к 2011 г. можно вспомнить как интернет – ресурс Wikileaks[3], так и «twitter-революцию»[4], произошедшую в Египте. Не исключено, что вышеуказанные события повлияли на принятие 16 мая 2011 г. Организацией Объединенных Наций специального доклада[5], в котором право на доступ в Интернет признается неотъемлемым правом человека. Этот шаг в контексте данной статьи можно рассматривать, как еще одно доказательство крайне высокой значимости Интернета в наше время.

Одной из наиболее распространенных систем, позволяющих авторам свободно распространять свои произведения в сети Интернет, является система свободных лицензий. Появившийся в конце прошлого века правовой институт, изначально разработанный для программного

---

[1] Как подчеркивает профессор М. А. Федотов, интерактивность, приглашая “кибернавта” к самостоятельным действиям в рамках произведения мультимедиа, «объективно формирует в его сознании представление о допустимости вторжения в авторское произведение». *Федотов М. А.* Киберпространство как сфера обитания права // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. Т. XXXII. № 1. 1999.

[2] *Lawrence Lessig.* The laws of cyberspace. Draft 3 (3.04.1998). Перевод с английского – авторский // http://www.lessig.org

[3] Международный социальный сетевой проект wikileaks.org известен своими публикациями секретных документов – дипломатических донесений и внутренней переписки различных ведомств Соединенных Штатов Америки, что неоднократно провоцировало дипломатические скандалы – прим. авт.

[4] Данный термин появился в СМИ по той причине, что многие из участников массовых волнений активно использовали социальный сервис twitter.com для обмена информацией // http://ru.wikipedia.org

[5] Специальный доклад Генеральной Ассамблеи ООН от 16.05.2011 г. № A/PKC/1727 // http://www2.ohchr.org

обеспечения, постепенно распространил свое действие и на другие объекты авторского права. Свободные лицензии сегодня – это не только лицензии для так называемого «свободного» программного обеспечения, которых насчитывается более 50 разновидностей (самые распространенные – GNU GPL, GNU LGPL, BSD, CPL, MPL и др.)[1]. Свободные лицензии включают в себя систему Creative Commons (далее – CC), объектом которой гораздо чаще становятся литературные, музыкальные и иные произведения, чем программы для ЭВМ. Система CC является удобным и современным инструментом для доведения самых различных произведений до сведения широкого круга лиц. В частности, именно на базе лицензии CC создана самая полная за всю историю человечества энциклопедия Wikipedia, включающая более 18 миллионов статей на 270 языках[2].

Система CC включает в себя 6 основных лицензионных моделей, среди которых можно условно выделить как абсолютно свободные модели[3], так и модели, содержащие в себе существенные ограничения свободы лицензиата[4], а также ряд «промежуточных» моделей лицензирования[5]. Основным препятствием для функционирования таких свободных лицензий в правовом поле России, является проблема их интеграции в действующее российское законодательство.

В первую очередь, необходимо отметить, что вопрос о целесообразности применения свободных лицензий в России является в научной среде дискуссионным. Это происходит, главным образом, потому, что система свободных лицензий, будучи «продуктом» англо-американской правовой семьи, не может быть включена в Четвертую часть Гражданского Кодекса РФ (далее – ГКЧЧ) «как есть», поскольку представления о правовой природе сделки, порядке ее заключения и исполнения в российском и американском праве различны.

В частности, известный российский эксперт в области интеллектуальной собственности В. О. Калятин полагает, что для практической реализации модели CC в России, «нужно переделать все гражданское законодательство, включая первую и вторую части Гражданского Ко-

---

[1] Подробный перечень наиболее распространенных лицензий доступен по адресу // http://ru.wikipedia.org

[2] Подробная статистика о ресурсе Wikipedia.org доступна по адресу // http://meta.wikimedia.org

[3] К примеру, лицензия Attribution (BY) содержит в себе единственное ограничение, а именно обязанность пользователей не нарушать право авторства. В остальном пользователи свободны в использовании произведения, распространяемого по такой лицензии – прим. авт.

[4] Самой «жесткой» лицензией в рамках системы CC является лицензия Attribution—Noncommercial—No Derivative Works (BY-NC-ND), предоставляющая лицензиату право использовать и распространять произведение с обязательным указанием авторства и без права перерабатывать такое произведение, или осуществлять его коммерческое использование – прим. авт.

[5] Подробнее о видах лицензий CC // http://ru.wikipedia.org

декса РФ»[1]. При этом необходимого результата, по мнению В. О. Калятина, возможно достичь «путем точечных изменений»[2]. Другой российский эксперт в сфере интеллектуальной собственности, руководитель юридической фирмы «Интернет и право» А. Г. Серго также полагает, что система СС «не вписывается в существующую модель авторского права в нашей стране»[3]. С указанными позициями невозможно не согласиться, однако по нашему мнению, они не отрицают возможности изменения системы российского авторского права в целях интеграции института свободных лицензий в российское законодательство.

О необходимости такой интеграции заявил Президент Российской Федерации Д. А. Медведев, выступая на встрече с представителями интернет-сообщества в Москве 29 апреля 2011 г[4]. По результатам этой встречи 2 июня 2011 г. Президентом РФ был утвержден перечень поручений[5], первым пунктом которого стало поручение Министру связи и массовых коммуникаций подготовить предложения о внесении изменений в гражданское законодательство РФ, направленных на закрепление для авторов произведений возможности предоставлять свои произведения на условиях свободных лицензий неограниченному кругу лиц. В качестве свободных лицензий в поручении были упомянуты «лицензии, аналогичные лицензиям СС и GNU FDL»[6].

Таким образом, можно говорить о наличии в России политической воли главы государства, прямо поддержавшего интеграцию в отечественное законодательство системы свободных лицензий. Такая интеграция может быть осуществлена при помощи различных подходов. Среди них можно выделить два основных подхода, вокруг которых и ведется основная дискуссия между специалистами в области интеллектуальной собственности и информационных технологий. Первый подход заключается в правовой квалификации свободных лицензий в качестве самоограничения права путем совершения односторонней сделки. Второй – в правовой квалификации свободных лицензий, как разновидности лицензионного договора, предусмотренного ст. 1235 ГКЧЧ.

Свободные лицензии, как односторонняя сделка

Сторонники такого подхода позиционируют его, как абсолютно укладывающееся в рамки ГКЧЧ решение. К несомненным плюсам

---

[1] Стенограмма круглого стола ЦЭМИ РАН «Изменения в экономике авторского права» от 16 марта 2010 г. Цитата дается по: http://www.labrate.ru

[2] Стенограмма круглого стола ЦЭМИ РАН «Изменения в экономике авторского права» от 16 марта 2010 г. Цитата дается по: http://www.labrate.ru

[3] Цитата из форума официального сайта фирмы «Интернет и право» // http://www.internet-law.ru

[4] Стенограмма указанной встречи доступна по адресу: http://www.kremlin.ru

[5] Перечень поручений по результатам встречи с представителями интернет – сообщества, состоявшейся 29 апреля 2011 г. № Пр-1547 // http://kremlin.ru

[6] Там же.

подхода можно отнести то, что он не порождает новые проблемы в правовом регулировании, и позволяет разрешить уже существующие. Этот подход можно назвать верным и по той причине, что он нивелирует разницу между многочисленными вариантами свободных лицензий, существующих на практике. Для всех этих вариантов остается единым принцип: при сложном составе интеллектуальных прав, автор, или иной правообладатель вправе самостоятельно, по своему усмотрению, ограничить то, или иное правомочие путем совершения односторонней сделки. Тем самым не осложняется функционирование других, менее популярных, чем, к примеру, CC, моделей свободных лицензий. Между тем, на практике, особенно в сфере программного обеспечения данные модели могут совмещаться. Например, одна и та же программа для ЭВМ может быть написана с помощью «блоков», распространяемых по лицензии GNU FDL, и «блоков», распространяемых по лицензии BSD, и т. д.

Вместе с тем, есть и ряд существенных минусов такого подхода. Относя свободные лицензии к односторонним сделкам, мы тем самым лишаем пользователей таких лицензий возможностей применять диспозитивный подход, характерный для договорного права и, тем самым, самостоятельно определять условия договора. Такой подход вызовет сложности и с позиций международного частного права, поскольку модель односторонней сделки не позволит применить к ней целый ряд формул прикрепления, характерных для договорного статута в международном частном праве.

Тем не менее, изменения, предложенные сторонниками первого подхода, еще до того, как состоялась вышеописанная встреча Д. А. Медведева с представителями интернет-индустрии, вошли в предложенный Исследовательским Центром Частного Права при Президенте Российской Федерации проект закона о внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского Кодекса РФ[1]. Данный проект предусматривает дополнение ст. 1233 ГКЧЧ, посвященной распоряжению исключительными правами, частью 6, предусматривающей для правообладателя возможность совершения односторонней сделки по предоставлению любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности (далее – РИД) на определенных условиях и в течение указанного срока.

Избранный авторами подход вызывает большие сомнения. Помимо вышесказанного, при выборе правильного подхода для адаптации

---

[1] Данный проект был представлен Исследовательским Центром Частного Права Президенту РФ Д. А. Медведеву, и в настоящее время проходит доработку в Государственно-правовом Управлении Президента РФ с целью его последующего внесения в Государственную Думу Федерального Собрания РФ – прим. авт.

свободных лицензий к российскому праву, ни в коем случае нельзя забывать про зарубежный опыт. Во множестве европейских стран лицензии CC и Artistic License рассматриваются правом как лицензионный договор присоединения[1]. А значит, выбор принципиально иного подхода, не признающего договорной природы свободных лицензий, в условиях трансграничного Интернета, в котором невозможно определить национальную юрисдикцию той или иной страны, заведомо обречен на провал.

Еще большие вопросы возникают к порядку реализации заявления правообладателя о предоставлении любым третьим лицам возможности безвозмездного использования РИД, предусмотренного законопроектом. Абзацем 5 пункта 6 статьи 1233 ГКЧЧ предусматривается, что такое заявление должно быть сделано путем размещения на официальном сайте федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Представляется, что такая конструкция является неэффективной, поскольку предоставляет федеральному органу исполнительной власти возможность затребовать от правообладателя любые документы и сведения, которые он посчитает необходимым. На практике это приведет к тому, что правообладатели, совершая такую одностороннюю сделку, попросту не будут размещать соответствующее заявление на сайте государственного органа. Что, в свою очередь, приведет к еще большей путанице в использовании свободных лицензий в России.

Свободные лицензии, как двусторонняя сделка

Второй подход, заключающийся в юридическом приравнивании свободных лицензий к лицензионным договорам, гораздо чаще становится объектом критики российских теоретиков права, чем практиков. Как уже было сказано выше, судебная практика европейских судов за последние 5 лет движется в сторону признания договорной природы свободных лицензий[2]. Такого же подхода придерживались разработчики Публичной лицензии Европейского Союза (European Union Public Licence)[3].

Сама по себе модель признания наличия двух сторон в свободных лицензиях, по нашему мнению, гораздо удобнее для пользователей, в первую очередь, с психологических позиций. Пользователям телеком-

---

[1] Об этом в частности, упоминает еще один эксперт в области интеллектуальной собственности, Е. А. Войниканис. См.: *Войниканис Е. А.* Свободные лицензии и гражданский кодекс // http://www.labrate.ru

[2] Это утверждение базируется на анализе судебной практики, проведенной Е. А. Войниканис в статье «Правовые аспекты использования Creative Commons в Российской Федерации» // Законодательство. М.: Гарант, 2010. № 8 // http://creativecommons.ru

[3] Публичная лицензия Европейского Союза действует с 2007 года, поддержана 27 странами – членами ЕС, полностью совместима с национальными законодательствами указанных стран и 5 видами лицензий CC // http://en.wikipedia.org

муникационных сетей, привыкшим к заключению различного рода лицензионных соглашений, при использовании программного обеспечения будет гораздо проще прочитать и понять два-три абзаца с описанием сути свободной лицензии, чем вникать в правовые последствия односторонней сделки, совершенной автором произведения.

Сложность адаптации свободных лицензий к нормам первой и второй частей Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), как правило, находит свое выражение в следующем:

1. **Сложность идентификации предмета договора[1].** Действие свободной лицензии распространяется не только на то произведение, которое существует на момент заключения договора, но и на все те произведения, которые могут быть созданы на его основе в будущем. В соответствии со статьей 432 ГК РФ, для заключения договора сторонам необходимо достичь соглашения по всем существенным условиям договора, составляющим его предмет. С формально-юридических позиций предмет договора в данном случае полностью не определен. А если предмет договора не определен, то и соглашения по нему, как по существенному условию договора, достигнуто быть не может.

Впрочем, вариант, предложенный Исследовательским Центром Частного Права, не решает данной проблемы, а пытается уйти от нее, поскольку позволяет идентифицировать лишь первоначальное произведение, а в отношении последующих произведений у авторов также возникает необходимость делать заявления на официальном сайте уполномоченного государственного органа при каждом изменении произведения.

По нашему мнению, действующее законодательство Российской Федерации допускает заключение договоров, предмет которых на момент заключения может быть не определен на 100%. В качестве примера можно привести брачный договор, при заключении которого, в соответствии со статьей 42 Семейного кодекса Российской Федерации, супруги могут предусмотреть правовой режим не только в отношении того имущества, которым они обладают на момент заключения договора, но и в отношении того имущества, которое будет ими приобретено в будущем. Строго говоря, в данном случае предмет договора так же не идентифицирован исчерпывающим образом, но, несмотря на это, брачный договор все равно исполняет свою главную функцию – устанавливает правовой режим имущества супругов. Если считать главной функцией договора свободной лицензии установление договорного

---

[1] Эта и нижеследующие формулировки проблем взяты из тезисов канд. юрид. наук, юриста компании IBM (Россия) Савельева А. И. к круглому столу «Свободные лицензии», или самоограничение права?» (Москва, 19.05.2011 г.) Тезисы были выбраны по той причине, что они наиболее исчерпывающим образом описывают проблемное поле свободных лицензий // http://privlaw.ru

статута, определяющего отношения сторон по поводу интеллектуальных прав на произведение, то она выполняется и при такой «неопределенности» предмета договора.

2. **Сложность идентификации сторон договора**. При заключении договора свободной лицензии в информационно-телекоммуникационой сети невозможно идентифицировать ни лицензиара, ни лицензиата. Данный тезис не означает принципиальной невозможности установить стороны в случае нарушения условий лицензии[1]. Вместе с тем, указанная проблема идентификации является частью общей проблемы «обезличенности» пользователей сети Интернет и других телекоммуникационных сетей. Даже если лицензиару, или правоохранительным органам не составит труда определить компьютер, который получил доступ к произведению, фактически доказать, *кто именно* в этот момент находился за компьютером практически невозможно.

Показательным в данном случае является приговор, вынесенный 16 августа 2011 г. судом английского города Честер по уголовному делу 20-летнего Джордана Блэкшоу и 22-летнего Пери Ситклифа-Кинанс. Двое граждан Великобритании были приговорены к 4 годам лишения свободы за призывы к мародерству в социальной сети Facebook[2]. Как установил суд, Блэкшоу и Ситклиф-Кинан создали в социальной сети Facebook две группы, в которых содержались призывы устроить погромы в городе Нортвич. Строго говоря, достоверно установить, что именно эти граждане были непосредственными создателями указанных групп, было невозможно. Поэтому суд, при вынесении приговора, руководствовался совокупностью фактов: IP-адреса, с которых отправлялись сообщения, принадлежали компьютерам обвиняемых; профили в социальной сети были зарегистрированы на их имена и при помощи их личных почтовых ящиков, и т. п. По нашему мнению, если в уголовном праве Англии суды допускают идентификацию пользователей социальных сетей подобным образом, и выносят на этом основании приговоры к реальным срокам лишения свободы, то указанная конструкция может применяться и к гражданским правоотношениям в информационно-телекоммуникационных сетях, если она не противоречит логике таких правоотношений.

В дополнение к сказанному, можно также отметить, что аналогичные трудности установления личности сторон договора, возникающие при заключении «оберточной» лицензии, предусмотренной ст. 1286

---

[1] В частности, это может быть сделано путем идентификации IP-адреса пользователя – прим. авт.

[2] Данный приговор стал одним из первых судебных решений, связанных с погромами в Лондоне, происходивших в августе 2011 г. Подробнее – см. «Виновны через сеть» // Газета.ру от 17.08.2011 г. // http://www.gazeta.ru

ГКЧЧ, вовсе не препятствуют признанию таких лицензионных договоров легитимными.

Также необходимо принять во внимание и то обстоятельство, что в правоотношениях по поводу свободных лицензий изначально отсутствуют обязательства денежного характера, а значит, объективной потребности в точной идентификации стороны договора на момент его заключения не существует.

3. **Проблема безвозмездности лицензии**, также относящаяся к предмету договора, актуальна для коммерческих организаций в силу п. 4 ч. 1 ст. 575 ГК РФ, устанавливающего запрет на дарение между коммерческими организациями. Поскольку свободные лицензии предполагают собой безвозмездность, их заключение между двумя коммерческими организациями может быть квалифицировано в качестве договора дарения. Однако в этой же статье указывается, что дарение допускается, если стоимость подарка не превышает трех тысяч рублей.

В данном случае принципиально важен подход, применяемый при определении стоимости копии произведения, распространяемого при помощи свободной лицензии. По нашему мнению, стоимость такой копии должна определяться исходя из себестоимости одного цифрового экземпляра произведения, а следовательно, она либо будет равной нулю, либо составит незначительную сумму. Сказанное, впрочем, не отрицает необходимости отдельно предусмотреть налоговые последствия при предоставлении прав на произведение в порядке свободной лицензии, что может быть сделано путем внесения соответствующих дополнений в налоговое законодательство Российской Федерации.

4. **Проблема соблюдения требований к форме договора**. Критики договорного подхода утверждают, что при использовании произведений, распространяемых при помощи свободных лицензий, не соблюдаются требования, установленные для письменной формы договора ст. 434 ГК РФ. Вместе с тем, ч. 3 ст. 438 ГК РФ говорит о том, что акцепт может быть сделан путем совершения лицом, получившим оферту, действий по выполнению указанных в ней условий договора. Таким образом, если в тексте лицензии будет указано, что начало использования произведения расценивается как полный и безоговорочный акцепт, требования к форме договора можно считать соблюденными. Само по себе заявление акцепта путем совершения конклюдентных действий не является новеллой для российского гражданского права, поскольку данных механизм уже предусмотрен ст. 438 ГК РФ[1].

Аналогичных подходов придерживается и законодательство европейских стран. Как указывает Е. А. Войниканис, «во французском и

[1] В которой указывается, что совершение лицом, получившим оферту, действий, указанных в ней, является акцептом – прим. авт.

немецком праве совершение конклюдентных действий считается законной формой заключения договора. Выражение согласия с условиями договора в форме клика или начало использования компьютерной программы, произведения рассматриваются как конклюдентные действия, влекущие за собой вступление договора в силу. Отметим, что в Европе в отношении "клик-лицензии" широко применяется законодательство о защите прав потребителей»[1]. Как видим, объективные реалии правоотношений в Интернете подталкивают гражданское право к более широкому использованию института конклюдентных действий, изначально применявшегося для правового регулирования достаточно узкой сферы правоотношений[2].

5. **Проблема распространения условий первоначального договора на последующих пользователей**. Одна из часто упоминаемых проблем «множественности» лиц на стороне лицензиара представляется не такой острой, как о ней часто говорят. Поскольку каждое измененное произведение может быть признано производным произведением, права на его использование пользователи получают от автора производного произведения. В отношении же различного рода злоупотреблений, вполне уместной выглядит оговорка в п. 3 ст. 1260 ГКЧЧ, которая предусматривает, что автор производного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав первоначальных авторов.

В свободных лицензиях как правило, указывается, что каждый последующий пользователь является представителем «первоначального» автора. В данном случае возникает ряд проблем применительно к главе 10 ГК РФ, которая устанавливает ряд императивных требований для представительства, которые в данном случае не соблюдаются. Представляется, что данную проблему можно решить путем использования и доработки правовой конструкции договора присоединения, установленной ст. 428 ГК РФ. Возможно, в эту статью стоит включить норму, предусматривающую, что у лица, присоединившегося к договору свободной лицензии, возникает неимущественное право выступать в качестве представителя его контрагента по вопросам дальнейшего распространения произведения на безвозмездной основе.

Так в общих чертах выглядят проблемы, с которыми сталкивается отечественное гражданское законодательство при попытке легализации договоров свободных лицензий. Савельев А. И.[3] указывает на еще

---

[1] *Войниканис Е. А.* Правовые аспекты использования Creative Commons в Российской Федерации // Законодательство. М.: Гарант, 2010. № 8 // http://creativecommons.ru

[2] Имеется ввиду совершение сделок по розничной купле-продаже при помощи платежных терминалов, торговых автоматов, а также в крупных магазинах – прим. авт.

[3] Савельев А. И. Тезисы к круглому столу «Свободные лицензии», или самоограничение права?» (Москва, 19.05.2011 г.) // http://privlaw.ru

одну проблему – проблему ограничения неимущественных прав авторов. Однако, данная проблема представляется несущественной, поскольку свободные лицензии признают как право автора на имя, так и право авторства. Что же касается права автора на неприкосновенность произведения, то оно, по сути, поглощается правом на переработку, передаваемым в составе исключительного права по лицензии. Любые негативные последствия такой передачи могут быть разрешены при помощи уже существующих в ГК РФ норм – запрета на злоупотребление правом и норм о защите чести, достоинства и деловой репутации.

Некоторые выводы.

Как показывает анализ двух противоположных подходов к свободным лицензиям, приведенный в данной статье, каждый из них имеет свои плюсы и минусы. Признание свободных лицензий односторонней сделкой проще и практически не потребует корректировки гражданского законодательства. Но взамен мы получим правовое регулирование, противоречащее сложившимся в европейских странах обычаям делового оборота и правоприменительной практики. Признание свободных лицензий договором – шаг более прогрессивный и отвечающий логике данного института. Но такой шаг потребует решения множества проблем, в том числе и тех, которые были описаны выше. Хотя, при внимательном рассмотрении выясняется, что многие из вышеуказанных проблем не так трудно разрешимы, как кажется на первый взгляд.

Многие авторы, в частности, Е. А. Войниканис, приходят к выводу о том, что условия свободных лицензий «в целом согласуются с нормами Гражданского кодекса и, следовательно, каких-либо непреодолимых препятствий для их адаптации в России не существует»[1].

По нашему мнению, сложности, с которыми сталкивается законодатель при попытке законодательно признать использование свободных лицензий в Российской Федерации, являются следствием более комплексной, а значит, более сложной проблемы. Речь идет о принципиальной новизне тех правоотношений, которые сегодня складываются в информационно-телекоммуникационных сетях. В силу иной правовой природы, многие из этих отношений не укладываются в традиционные институты авторского права.

К примеру, покупатели книг в «доцифровую» эпоху могли свободно предоставлять их в пользование друзьям и знакомым, поскольку автор фактически не мог осуществить контроль за таким использованием своего произведения. Авторское право с момента своего появления и по сей день остается эффективным инструментом борьбы авторов и правообладателей не с конечными пользователями, а с «недобро-

---

[1] *Войниканис Е. А.* Указ. соч.

совестными издателями», осуществляющими копирование произведений в коммерческих масштабах (производителями контрафактных книг, CD и DVD-дисков и т. п.) Однако при распространении произведений в сети Интернет непосредственными изготовителями копий, как правило, является широкий круг пользователей. Бороться с конечными пользователями, потребляющими, и/или размещающими нелегальный контент, правообладателю гораздо труднее.

Признание действительности свободных лицензий в России – шаг, который можно только приветствовать. Однако он сам по себе не способен решить более глобальные вызовы, стоящие перед современным авторским правом. Об этом Президент России Д. А. Медведев высказался на пресс-конференции по итогам саммита G8 («группы восьми»), состоявшемся в мае 2011 г. во французском Довилле:

«В Декларации[1] отражена абсолютно консервативная позиция в том, что права интеллектуальной собственности должны охраняться в соответствии с имеющимися конвенциями и внутри Интернета. С этим никто не спорит, но мне неоднократно приходилось говорить о том, что, к сожалению, эти конвенции были написаны 50, а то и 100 лет назад, и они не способны отрегулировать всю совокупность взаимоотношений между носителями авторских прав и пользователями»[2].

Отметив устаревшую конвенционную базу, регулирующую отношения в сфере авторского права, глава государства отдельно высказался о необходимости модернизации существующих правовых норм и институтов:

«…мы должны двигаться в сторону трансформации применения имущественных и личных неимущественных прав автора в Интернете, в сторону более современной конструкции, когда будут учтены не только абсолютные права носителя авторских прав, но и желание всех тех, кто заинтересован в использовании авторских прав, получить к ним доступ – спокойный, быстрый и, конечно, без нарушения. И для этого нужно создать новые конструкции»[3].

С необходимостью разработки новых правовых механизмов и инструментов для защиты авторских прав в информационно-телекоммуникационных сетях трудно не согласиться. Сегодня правообладателям, интернет-провайдерам, да и простым пользователям всего мира эта становится все более очевидным.

На фоне возрастающего общественного интереса к новым правовым механизмам, которые предлагает Интернет, уже сегодня можно констатировать появление принципиально новых концепций правового

---

[1] Декларация по итогам саммита G8 в Довилле от 27 мая 2011 г. // http://news.kremlin.ru
[2] Стенограмма пресс-конференции Д. А. Медведева по итогам саммита G8 в Довилле // http://kremlin.ru
[3] Там же.

регулирования отношений в сети Интернет. Особо хотелось бы выделить предложения, содержащиеся в отчете об исполнении одного из пунктов вышеупомянутого поручения Президента РФ Д. А. Медведева по результатам встречи с представителями интернет-сообщества. Среди достаточно общих принципов, содержащихся в отчете, особо следует отметить принцип, согласно которому контроль за соблюдением авторских и смежных прав в сети Интернет предлагается осуществлять в отношении информационных посредников и лиц, незаконно размещающих контент, а не обычных пользователей сети Интернет[1]. Такой подход свидетельствует о том, что законодатель принимает во внимание большие издержки (социальные, временные и финансовые), которые требуются для уголовного и административного преследования пользователей, нарушающих авторские права в сети Интернет и других информационно-телекоммуникационных сетях.

Еще одно предложение, содержащееся в данном отчете, также стоит упомянуть отдельно. Авторы отчета предлагают ввести презумпцию, согласно которой использование объектов авторских и смежных прав в сети Интернет для личных и гуманитарных целей считается свободным, если правообладатель прямо не заявил об обратном[2].

При всей расплывчатости указанных формулировок, они все же представляется шагом в правильном направлении, поскольку содержат в себе принципиально новые подходы, которых и требует ситуация. Сам по себе факт наличия соответствующей политической воли и понимания законодателя, что старыми механизмами проблему решить не удастся, позволяет сделать вывод о том, что вопрос о признании свободных лицензий в Российской Федерации – это вопрос самого скорого времени.

Библиографический список:

1. *Федотов М. А.* Киберпространство как сфера обитания права // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. Т. XXXII. № 1. 1999.

1. *Lawrence Lessig.* The laws of cyberspace. Draft 3 (3.04.1998). Перевод с английского – авторский // http://www.lessig.org

2. *Войниканис Е. А.* Свободные лицензии и гражданский кодекс // http://www.labrate.ru

4. *Войниканис Е. А.* Правовые аспекты использования Creative Commons в Российской Федерации // Законодательство. М.: Гарант, 2010. № 8 // http://creativecommons.ru

---

[1] Отчет об исполнении поручения Президента РФ Д. А. Медведева № Пр-1547 от 2 июня 2011 г. // http://kremlin.ru

[2] Там же.

К вопросу о проблеме правового регулирования доменных имен

доменное имя, товарный знак, кириллический домен.

К. В. Черных

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса факультета права, ученый секретарь Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Доменное имя – это сетевой адрес, который идентифицирует своего правообладателя или, по – крайней мере, владельца адреса. Адрес, в обычном понимании этого слова, служит для того, чтобы привести человека в конкретный пункт назначения. То же самое происходит и с доменным именем- он доставляет вас в желаемый пункт внутри сетевого пространства. Другими словами, пользователь вводит доменное имя в строке браузеров, чтобы посетить нужный сайт.

Легального определения доменного имени в гражданском законодательстве нет, хотя доменное имя может выступать объектом гражданско-правовых сделок: продаваться, сдаваться в аренду, выступать, например, вкладом в учредительный капитал общества и т. д.

Следует констатировать фактическое отсутствие специальных законодательных актов направленных на регулирование правового статуса доменных имен, вследствие чего, к порядку их регистрации и оборота применимы общие нормы действующего законодательства РФ, кроме того, порядок регистрации доменного имени (получение прав на доменное имя) регулируются регламентами регистрации доменных имен издаваемых регистрирующими организациями. Исследователи, характеризуя основы регулирования доменов (доменных имен) называют такие правила (регламенты) «сложившимися обыкновениями»[1].

Известно, что общественные отношения, регулирующие тот или иной объект возникают независимо от его обозначения в гражданском законодательстве в качестве объекта. По поводу доменного имени на практике возникают отношения по своему типу, соответствующие предмету гражданского права, следовательно, не имеет значения, на-

---

[1] *Трофименко А.* Наименования доменов как особая разновидность объектов информационной природы // Российская юстиция. 2003. № 2.

зван ли он где-либо в гражданском законодательстве или нет. Но такие пробелы должны восполняться, так как право должно реагировать и соответствовать реалиям хозяйственного оборота.

Международное правовое поле, регулирующее оборот доменных имен, формируется Корпорацией по распределению адресного пространства сети Интернет (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Эта организация координирует уникальную интернет персонификацию, другими словами, без ICANN не было бы интернета, или он существовал бы в другом виде.

Для начала, посмотрим, из каких элементов состоит доменное имя. Это необходимо для четкого понимания объекта гражданско-правового договора.

Доменный адрес состоит из сегментов, которые в совокупности образуют иерархию доменного имени. Крайний правый или последний сегмент называется доменом первого уровня. Первоначально они отсылали владельца сайта к одному из классов: .com – коммерческие сайты, .net – сетевые ресурсы, .org – некоммерческие организации. Сейчас в них можно регистрировать сайты любой тематики вне зависимости от первоначального предназначения домена верхнего уровня. В последнее время появились четырехбуквенные доменные зоны: .info – для информационных сайтов (на самом деле, доступна регистрация любых ресурсов), .aero – для аэроиндустрии, .coop – для кооперативов, .mobi – для мобильных ресурсов. Также существуют домены первого уровня с еще большим количеством букв: .travel – для сайтов, связанных с туризмом, .museum – для организаций, имеющих отношение к музейному делу.

Также существует множество (по количеству стран в мире) доменов стран. Они состоят из двух букв, например, .ru – Россия, .ua – Украина, .us – США и т.д.

Появились группы региональных доменов: .eu – для стран сайты Евросоюза, .su – для стран бывшего СССР.

Следом за сегментом первого уровня идет сегмент второго уровня, который может указывать на город, регион, штат и т. д. Хотя чаще всего за сегментом первого уровня следует название организации, которой принадлежит этот узел.

Так, в доменном адресе: www.hse.nnov.ru, hse – это название организации (Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»); nnov – Нижний Новгород (он показывает, что это доменный адрес Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»),т. е. сегмент второго уровня; ru – Россия, т. е. сегмент первого уровня.

Чтобы получить доменный адрес, его надо зарегистрировать. Еще несколько лет назад, чтобы зарегистрировать доменное имя второго

уровня в зоне .ru, нужно было написать письмо-заявку в Российский Научно-исследовательский институт Развития Общественных Сетей (РосНИИРОС). Но сейчас в России появились новые регистраторы.

Главным координатором в Интернете, занимающимся распределением и управлением доменных имен, является некоммерческая организация IANA (Internet Assigned Numbers Authority, Агентство по выделению имен и уникальных параметров протоколов Internet)[1].

У этой организации есть представители на региональных уровнях. Таких координаторов на сегодняшний день зарегистрировано пять[2], и называются они Regional Internet Registries (RIR). Сегмент .ru координирует RIPE NCC (Reseaux IP Europeens Network Coordination Centre[3], Европейский Сетевой Координационный Центр).

Однако на региональных регистраторах иерархия не заканчивается – за ними идут локальные координаторы. Если брать географический домен .ru, то локальным координатором является РосНИИРОС, который до недавнего времени занимался делегированием доменов второго уровня. Если мы говорим о международных (общих) доменах, таких как .com, .net, .org, .biz и т. д., то они не относятся к какой-либо определенной стране, и следом в иерархии управления ими сразу идут регистраторы – организации, занимающиеся непосредственной регистрацией доменных имен. То же самое сейчас произошло и с нашим родным доменом .ru – координатор переложил полномочия на регистраторов. Среди них Гарант-Парк-Телеком, Региональный сетевой информационный центр (АНО), СЦС Совинтел, Регтайм, Караван-Телеком и другие[4].

На этом этапе можно сделать вывод о том, что объектом гражданско-правовой сделки может выступать как доменное имя в целом, так и любой из уровней его сегментов.

Итак, чтобы получить доменное имя, нужно его зарегистрировать. Предположим, что есть необходимость зарегистрировать доменное имя с сегментом первого уровня .ru. Для этого надо обратиться к регистратору, с которым будет заключен договор возмездного оказания услуг. В соответствии со статьей 779 ГК РФ, по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать

---

[1] http://www.iana.org

[2] African Network Information Centre (AfriNIC) – Африка, American Registry for Internet Numbers (ARIN) – Америка, Канада, некоторые регионы Карибского бассейна, Asia-Pacific Network Information Centre (APNIC) – Азия, Автстралия, Новая Зеландия и соседние страны, Latin America and Caribbean Network Information Centre (LACNIC) Латинская Америка и часть Карибского региона, Réseaux IP Européens Network Coordination Centre (RIPE) – Европа, средний Восток, центральная Азия и африканские страны, находящиеся в северном полушарии.

[3] http://www.ripe.net

[4] www.your-hosting.ru

услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Заказчиком по договору оказания услуг по регистрации доменного имени может выступать физическое и юридическое лицо, индивидуальный предприниматель.

Договор на регистрацию доменного имени может быть заключен в письменной форме, а также в форме оферты. Для заключения договора в форме оферты, деньги за возмездное оказание услуг перечисляются на счет регистратора. Поступление денежных средств на его счет будет являться акцептом договора.

Регистрацией доменного имени считается занесение регистратором в реестр на основании заявки заявителя информации о доменном имени и его администраторе. Доменное имя считается зарегистрированным с момента занесения в Реестр информации о нем. С момента такой регистрации и внесения в реестр, администратор домена, вправе распоряжаться доменом.

Выбор доменного имени – это вопрос творческий. Самый простой вариант – это зарегистрировать, к примеру, полное наименование юридического лица, название товара, сферу деятельности или свою фамилию. Для коммерческих организаций важна узнаваемость, запоминаемость, звучность, легкость воспроизведения и т. д. Ведь от этого зависит клиентская база, по крайней мере, внутри социальной сети, или, как минимум, узнаваемость среди активных интернет пользователей.

С этого и начинается основная проблема регистрации доменного имени. Нужное доменное имя может быть занято. Это может произойти, как в случае, когда названия организаций совпадают, так и в случае, когда для сегмента третьего уровня берется название товара, работы или услуги, которую, к примеру, юридическое лицо продает, выполняет или оказывает.

Предположим, что существует некий журнал с названием: «Сад», который регистрирует доменное имя: www.sad.ru. Однако, в России может быть зарегистрировано огромное количество юридических лиц с одноименным названием, которые тоже желают иметь свое уникальное доменное имя. В данном случае, первый зарегистрировавший такое доменное имя будет являться добросовестным заказчиком (за исключением ситуаций, связанных с исключительными правами, о которых будет сказано ниже).

В связи с этим возникает резонный вопрос о соотношении таких понятий, как «доменное имя» и «товарный знак».

Статья 1477 ГК РФ определяет товарный знак, как обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. Товарный знак признается исключи-

тельным правом, который удостоверяется свидетельством на товарный знак (статья 1481 ГК РФ).

Согласно статье 1484 ГК РФ лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака.

Предположим, что существует некая фирма «Золотой дождь», которая зарегистрировала доменное имя rain, и сайт www.rain.ru становится их официальным сайтом. Но наименование «rain» не зарегистрировано в качестве ее товарного знака, фирма не использует его на этикетках, упаковках, рекламе своей продукции, хотя сайт является популярным. Если спустя некоторое время появится фирма «Rain», зарегистрировавшая товарный знак, то именно она будет правообладателем товарного знака: «rain», а фирма «Золотой дождь» – будет собственником доменного имени «rain». Сложнее обстоит дело с ситуацией, в которой обладатель прав на товарный знак захочет получить соответствующее ранее зарегистрированное доменное имя.

В результате споров, возникающих на практике относительно приоритета в зависимости от очередности регистрации прав на товарный знак и доменное имя в статью 1483 ГК РФ Федеральным законом от 04.10.2010 N 259-ФЗ были внесены изменения, в соответствии с которыми предписано: «в подпункте 3 пункта 9 статьи 1483 слова "доменному имени," исключить». В результате, из статьи 1483 ГК было удалено очень важное положение о том, что «Не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные: …промышленному образцу, знаку соответствия, доменному имени, права на которые возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака».

До этих изменений, в судебных спорах, можно было ссылаться на статью 1483 ГК и доказывать, что гражданское законодательство упоминает доменное имя как самостоятельный объект права, который может быть основанием для принятия определенных решений. Поэтому до внесения изменений в ГК РФ преимущественное право имели собственники доменного имени, если они регистрировали соответствующее наименование ранее регистрации аналогичного товарного знака.

Таким образом, можно совершенно легально произвести «обратный захват» успешно существующего интернет – проекта, просто зарегистрировав соответствующее доменное имя как товарного знака. Хотя, надо заметить, что «обратный захват» доменных имен существовал и до внесения изменений в статью 1483 ГК. Так как в пункте 63 совместного Постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26.03.2009 No 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской

Федерации» было разъяснено, что лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак, не может быть отказано в его защите (даже в случае, если в суд представляются доказательства неправомерности регистрации товарного знака) до признания предоставления правовой охраны такому товарному знаку недействительной в порядке, предусмотренном статьей 1512 ГК РФ, или прекращения правовой охраны товарного знака в порядке, установленном статьей 1514 Кодекса.

В соответствии с постановлением, если «регистрация товарных знаков не оспорена и предоставление правовой охраны товарного знака не признано недействительным в установленном законом порядке … с момента возникновения у истца исключительных прав на товарный знак его права подлежат защите, а ответчик, при отсутствии разрешения правообладателя на использование сходных до степени смешения доменных имен, обязан их использование прекратить».

Потому с момента возникновения у истца исключительных прав на товарный знак его права подлежат защите, а ответчик, при отсутствии разрешения правообладателя на использование сходных до степени смешения доменных имен, обязан их использование прекратить.

Право на доменное имя не отнесено Гражданским кодексом РФ к категории исключительных прав, и это надо иметь ввиду при регистрации домена. Чтобы защитить свое право на использование доменного имени необходимо также зарегистрировать исключительное право на него, т. е. зарегистрировать соответствующий товарный знак.

Если обратиться к международной практике, то становится понятным, что решение вопроса о соотношении прав на товарный знак и доменное имя имеет более сложную конструкцию.

Активную работу по решению юридических вопросов, связанных с использованием доменных имен, ведет Всемирная Организация Интеллектуальной Собственности (World Intellectual Property Organization)[1], сокращенно ВОИС. Еще в 1997 г. ВОИС, членом которой является и Россия, по просьбе Правительства США инициировала процесс выработки рекомендаций по разрешению доменных споров между владельцами товарных знаков и администраторами доменов в доменах .com, .net, .org. На основе этих рекомендаций была разработана Единая Политика Разрешения Споров о Доменных Именах (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP), являющаяся обязательной и неотъемлемой частью договоров регистраторов с клиентами в доменах .com, .net, .org. Этим документом создана принципиально новая система внесудебного урегулирования споров для рассмотрения

[1] www.wipo.int

случаев регистрации доменов с заведомо недобросовестными намерениями[1].

Согласно Единой Практике Разрешения Споров о Доменных Именах, при возникновении спора о соотношении прав обладателя исключительных прав на товарный знак и доменное имя, необходимо рассматривать проблему комплексно.

Подобные дела рассматриваются в Арбитражно-посредническом центре Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center) в Женеве и Национальный Арбитражный Форум (National Arbitration Forum) с использованием специальной юридической конструкции – недобросовестная регистрация – для квалификации действий администратора домена. Необходимыми условиями недобросовестной регистрации выделяются: использование в коммерческих целях в качестве доменного имени чужого товарного знака без согласия обладателя прав на товарный знак. При помощи процедуры UDRP[2] (Единообразная методика (политика) рассмотрения споров по доменным именам) выявляются недобросовестные регистраторы. И при обращении в соответствующую судебную инстанцию обладатель прав на товарный знак может отсудить право на соответствующее доменное имя, если, к примеру, докажет, что спорное доменное имя было зарегистрировано для дальнейшей перепродажи обладателю прав на товарный знак.

Хотя, надо отметить, что процедура UDRP защищает и владельца доменного имени. Он может доказать свои права на домен, если он использовал домен до получения уведомления о споре для добросовестного предложения товаров и услуг, или ответчик широко известен по доменному имени, или ответчик законно и добросовестно использует доменное имя, без намерения извлечь коммерческую выгоду[3].

Профессор Милтон Мюллер (Сиракузский университет, штат Нью-Йорк), чья сфера профессиональных интересов лежит в области регулирования в глобальном интернет пространстве, провел исследование в рамках которого пришел к выводу о значительных преимуществах владельцев товарных знаков. По статистике, собранной Мюллером, около 80 процентов доменных разбирательств завершаются решением арбитражной комиссии в пользу владельца товарного знака[4].

---

[1] www.info.nic.ru// Зарубежная практика разрешения конфликта доменное имя – товарный знак.

2 Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (As Approved by ICANN on October 24, 1999)

[3] www.info.nic.ru// Зарубежная практика разрешения конфликта доменное имя – товарный знак.

[4] Milton L. Mueller, Yuri Park, Jongsu Lee and Tai-yoo Yim. Digital Identity: How Users Value the Attributes of Online Identifiers // Information Economics and Policy. 18:4 (November 2006). P. 405–422.

Так, в 2011 году в ВОИС поступил иск от Hermes International of Paris, ответчиком выступал: Yuanyuan Deng / Deng Yuan of Xiamen. Компания Hermes (Франция), оцениваемая в 1,914 миллиардов евро, выступала против использования компанией Yuanyuan Deng / Deng Yuan of Xiamen (Китай) доменного имени hermescopy.com (сайт предоставляет ссылки на сайты по запросу: «hermes»). В результате чего было возбуждено дело No. D2011-0001. Решение было принято в пользу истца, как правообладателя товарного знака Hermes.

В 2010 году ВОИС рассмотрела 2696 дел по разбирательству относительно доменных имен (из них 49 – по российским доменным именам), а за первые месяцы 2011 года – 698 (из них 8 – по российским доменным именам)[1].

Итак, в зарубежной практике суды чаще выносят решения против владельцев доменных имен в пользу владельцев товарных знаков. Суды основываются не только на национальных законах о товарных знаках, но и на более общих нормах законодательства о недобросовестной конкуренции или гражданского права относительно возмещения убытков или защиты чести, достоинства и деловой репутации владельца товарного знака.

Вернемся к отечественному правовому регулированию и обратимся к другим проблемам, уже связанным непосредственно с регистраций доменных имен.

Некоторые регистраторы предлагают зарегистрировать доменное имя на регистрирующую компанию либо хостера (т. е. компанию, которая занимается выделением пользователю дискового пространства на своем сервере для размещения сайта пользователя) за символическую цену, но тогда надо осознавать, что правообладателем будет лицо, на которое зарегистрировано доменное имя. Это делается для того, чтобы пользователь доменного имени не менял хостера, ведь в противном случае он будет лишен права пользоваться уникальным доменным имененм, т. к. прав на него никаких не имеет.

Чтобы зарегистрировать доменное имя, его надо купить, следовательно, заключить договор купли-продажи. К договору купли- продаже доменного имени применяются общие положения главы 30 ГК РФ. В соответствие со статьей 454 ГК РФ по договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену). Применительно к договору купли-продаже доменного имени продавцом признается администратор доменного имени, желающий продать его за определенную цену. А покупателем – лицо, желающее купить домен-

[1] www.wipo.int

ное имя за определенную продавцом цену. Объектом договора выступает приобретение права администрирования доменного имени.

Продавец обязан проверить уникальность запрашиваемого доменного имени и внести его в реестр доменных имен – для доменного имени в домене RU или SU; или – в базу данных Автономной некоммерческой организация «Региональный Сетевой Информационный Центр» (RU-CENTER) – для доменного имени в любом из доменов NET, COM, ORG, BIZ, INFO, CC, TV, ME, TEL, MOBI.

Но как же быть с активно заполонившей интернет пространство практикой, когда доменные имена закупаются впрок для последующей перепродажи.

Осенью 2008 года организация ICANN, регулирующая вопросы, связанные с доменными именами и IP-адресами, приняла решение о создании кириллического домена верхнего уровня .рф.

11 ноября 2010 года в Российской Федерации стартовала открытая регистрация доменов в зоне .рф. Однако, как оказалось позже, самые популярные имена были выкуплены задолго до официального начала продаж самими регистраторами, а затем на правах аукциона перепродавались заинтересованным физическим или юридическим лицам. Так, например, регистратор RU-Center[1] уже в первые часы открытой регистрации занял более 64 тысяч доменных имён, а затем перепродал примерно 25 тысяч наиболее популярных адресов на закрытых аукционах (например, магазин.РФ, цветы.РФ и др.). Причём для преодоления лимита в 4,8 тысяч обращений на одного регистратора в час, RU-Center привлёк к делу других участников рынка.

19 ноября 2010 года Федеральная Антимонопольная Служба РФ возбудила дело по признакам нарушения пункта 3 части 1 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» в процедуре проведения аукционов среди пользователей на право регистрации доменных имен в кириллической зоне .рф. В нем говорится о запрете соглашений или согласованных действий между компаниями на товарном рынке. Согласно Кодексу об административных правонарушениях, санкция за нарушение этой статьи может достигать 15% от суммы выручки компании на конкретном рынке. Дело возбуждено против шести аккредитованных регистраторов доменных имен в зоне .рф: ЗАО «Региональный Сетевой Информационный Центр», АНО «Региональный сетевой Информационный Центр» (Ru-Center), ООО «Релком.Деловая Сеть», ЗАО «Демос-Интернет», ЗАО «Регистратор», ЗАО «Элвис-Телеком», говорится в сообщении ФАС.

В начале 2011 года действиями регистраторов доменных имен в зоне .рф заинтересовалась и Генеральная Прокуратура, таким образом,

---

[1] ЗАО «Региональный сетевой информационный центр»

ситуация с распределением доменов в зоне .рф может лечь и в уголовно-правовую плоскость (ст. 165 УК РФ "Причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием").

Видимо, нас ожидает эволюция законодательства, подлежащего применению в вопросах, связанных с доменными именами, а также издание ведомственных актов по доменам в зоне .рф. Тем более, что проект с национальной кириллической зоной .рф инициировался президентом РФ Дмитрием Анатольевичем Медведевым в целях повышения престижа страны.

Библиографический список:

1. *Калятин В.* Является ли доменное имя объектом права? // www.russianlaw.net

2. *Колосов В. А.* Природа прав на доменное имя // www. kolosov.ru

3. *Коник Н. В., Малуев П. А., Пешкова Т. А.* Товарные знаки и бренды. // Управление перосналом. М., 2006.

4. *Семенов В.* Товарный знак как базовый атрибут образа предприятия // Бренд-менеджмент. 2005. № 4.

5. *Трофименко А.* Наименования доменов как особая разновидность объектов информационной природы // Российская юстиция. 2003. № 2.

6. *Milton L. Mueller, Yuri Park, Jongsu Lee and Tai-yoo Yim.* Digital Identity: How Users Value the Attributes of Online Identifiers // Information Economics and Policy. 18:4 (November 2006).

Всероссийский научный журнал «Вопросы правоведения»
№ 3/2011

Обязанности организаций радиовещания в сфере интеллектуальных прав

радиовещание; интеллектуальная собственность; организация радиовещания

Н. Л. Якимовская

исполнительный директор АНО «Корпорация Радио», соискатель Российской государственной академии интеллектуальной собственности

Данная статья посвящена анализу обязанностей организаций радиовещания в сфере интеллектуальных прав. Обычно исследователи уделяют недостаточно внимания обязанностям, когда речь идет о правах интеллектуальной собственности и, в частности, об авторских и смежных правах. Гораздо больше внимания при анализе механизма реализации интеллектуальных прав уделяется правам, нежели обязанностям, возникающим при их реализации. Между тем, если организация радиовещания является пользователем объектов интеллектуальных прав, то у нее возникают обязанности по отношению к правообладателю.

В данной статье автор намерен рассмотреть наиболее важные обязанности радиовещателей как пользователей объектов интеллектуальных прав, акцентируя внимание на проблемах выплаты радиовещательными организациями авторского и компенсационного вознаграждений в пользу организаций по коллективному управлению соответственно авторскими и смежными правами – согласование размера отчислений, фактическое неравенство радиовещателей как плательщиков, несовершенство законодательного механизма и т. д. Также будут рассмотрены обязанности организаций радиовещания перед авторами в отношении их личных неимущественных прав, обязанности радиостанций как сетевых партнеров при ретрансляции сообщенных в эфир или по кабелю радиопередач, их обязанности при использовании различных средств индивидуализации.

При этом следует подчеркнуть, что в Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК4Ч) термин «пользователь» никак не определен. Более того, из текста ряда статей ГК4Ч трудно уяснить, о каком пользователе законодатель ведет речь: о пользователе исключительных прав или о пользователе объектов исключительных прав. Представляется, что в ГК4Ч понятие

«пользователь» используется для обозначения лица, которое правомерным образом использует тот или иной объект исключительных прав: произведение, фонограмму, товарный знак и т. д. В обоснование данной позиции сошлемся на диспозицию пункта 2 статьи 1243 ГК4Ч, где говорится: «Если лицензионный договор с пользователем заключает непосредственно правообладатель, организация по управлению правами на коллективной основе может собирать вознаграждение за использование объектов авторских и смежных прав только при условии, что это прямо предусмотрено указанным договором». Из этой формулировки можно сделать вывод, что пользователь, являющийся субъектом интеллектуально-правовых отношений, то есть отношений, возникающих из реализации интеллектуальных прав, использует не права как таковые, а их объекты: произведения, фонограммы, исполнения и т. д.

Обязанности организаций радиовещания в сфере исключительных прав

С 1 января 2008 года, после вступления в силу ГК4Ч, коллективное управление исключительными правами в сфере телевидения и радиовещания осуществляется организациями по управлению правами на коллективной основе, получившими государственную аккредитацию. При этом следует различать коллективное управление авторскими правами и коллективное управление смежными правами. Они различаются как по субъектам управления (Российское авторское общество, РАО осуществляет коллективное управление авторскими правами, а Всероссийская организация интеллектуальной собственности, ВОИС – смежными правами) и категориям правообладателей, являющихся их учредителями и конечными бенефициарами их деятельности, так и по объектам коллективного управления.

Однако нельзя не учитывать, что не все элементы содержания радиовещания, будучи объектами авторского права, одновременно являются объектами интеллектуальных прав, находящихся в управлении РАО. Объектами авторских прав в работе радиовещательной организации могут стать, в частности, следующие элементы содержания радиопередач: музыкальные и литературные произведения, фонограммы исполнения которых выпущены их производителями в коммерческих целях; музыкальные и литературные произведения, фонограммы исполнения которых изготовлены организацией радиовещания самостоятельно или по ее заказу; музыкальные и литературные произведения, исполненные их авторами или исполнителями без предварительной записи в режиме прямого эфира; музыкальные и литературные произведения, исполнения которых вошли составной частью в аудиовизуальные произведения (звуковые дорожки

аудиовизуальных произведений); устные произведения, создаваемые ведущими и другими участниками передачи, сообщаемые в эфир или по кабелю без предварительной записи, в режиме так называемого прямого эфира (репортажи, интервью, комментарии, дискуссионные программы, беседы с радиослушателями и т. д.); аудиопроизведения, созданные организацией радиовещания или по ее заказу и предварительно записанные (аналитические программы, различные авторские программы и т. п.); новости дня (если в них присутствует творческий элемент); рекламные ролики; звуковые «отбивки» и иные элементы оформления эфира.

Не являются объектами авторских прав в радиопередачах новости дня, прогноз погоды, программы передач[1] и т. д., если в них отсутствует творческий элемент, а также обязательные сообщения о выходных данных, предусмотренные законом Российской Федерации «О средствах массовой информации».

Однако, компетенция организации по коллективному управлению авторскими правами распространяется не на все объекты авторских прав, составляющие содержание радиопередачи. Она не распространяется, в частности, на устные произведения, на произведения, созданные по заказу радиовещательной организации и т. д.

В принципе, правообладатели могут создавать организации по коллективному управлению их исключительными правами в отношении любых сфер и любых форм использования объектов прав, однако в некоторых сферах коллективное управление может иметь

---

[1] Вопрос о правовой природе программ передач неоднократно вставал в отечественной и зарубежной судебной практике. Обращает на себя внимание решение 6-й палаты Суда Европейского Сообщества от 26.11.1998 по делу С-7/97, в котором рассматривался спор между Oscar Bronner GmbH & Co. KG и Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG и др. по поводу толкования статьи 86 EC Treaty (это решение вошло в научный оборот под названием Bronner-case). Сошлемся также на решение Суда ЕС по так называемому Magill-case, вынесенное 16.04.1995 по искам RADIO TELEFIS EIREANN (RTE) и INDEPENDENT TELEVISION PUBLICATIONS LTD (ITP) к Комиссии Европейских Сообществ по объединенным делам С-241/91Р и С-242/91Р. Российская судебная практика строится на постановлении Президиума ВАС РФ от 24.03.1998 № 6961/97 по делу № А27-3527/97-2, согласно которому программа передач как доводимая до слушателей (зрителей) информация о том, что и когда будет передано в эфир, при отсутствии оригинальной формы подачи такой информации, не образует самостоятельного произведения, а подпадает под понятие "сообщение о событиях и фактах, имеющее информационный характер", и поэтому не является объектом авторского права. Правда, после внесения в 2011 году изменений в Закон РФ от 27.12.1991 «О средствах массовой информации» (Федеральный закон от 14.06.2011 № 142-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового регулирования в сфере средств массовой информации») вопрос о правовой природе программ передач вновь оказался в зоне юридической неопределенности, поскольку новая редакция статьи 2 Закона о СМИ ставит знак равенства между понятиями «программа передач» и «сетка вещания».

место только при наличии государственной аккредитации. Как следует из положений п. 1 ст. 1244 ГК4Ч, наличие государственной аккредитации необходимо для коллективного управления правами в следующих сферах:

1) управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подпункты 6 – 8 пункта 2 статьи 1270 ГК4Ч);

2) осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения (пункт 3 статьи 1263 ГК4Ч);

3) управление правом следования в отношении произведения изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений (статья 1293 ГК4Ч);

4) осуществление прав авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений на получение вознаграждения за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (статья 1245 ГК4Ч);

5) осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (статья 1326 ГК4Ч);

6) осуществление прав изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (статья 1326 ГК4Ч).

Государственная аккредитация осуществляется на основе принципов открытости процедуры и учета мнения заинтересованных лиц, включая правообладателей, в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации.[1]

Подчеркнем, что государственная аккредитация на осуществление деятельности в каждой из сфер коллективного управления, указанных в пункте 1 статьи 1244 ГК4Ч, может быть получена только одной организацией по управлению правами на коллективной основе. Эта норма стала прямым ответом на ту неразбериху в сфере коллективного управления авторскими и смежными правами, которая

[1] Постановление Правительства РФ от 29.12.2007 № 992 «Об утверждении Положения о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами».

сложилась в результате произвольного применения положений статьи 44 Закона РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (далее – ЗоАП), и о которой будет сказано далее.

ЗоАП довольно поверхностно определял взаимоотношения вещателей и обществ по коллективному управлению авторскими и смежными правами. Так, статья 26 данного закона допускала «без согласия автора произведения, исполнителя и производителя фонограммы, но с выплатой им вознаграждения, воспроизведение аудиовизуального произведения или звукозаписи произведения исключительно в личных целях». Сбор такого компенсационного вознаграждения должен был осуществляться одной из организаций, управляющих правами авторов, производителей фонограмм и исполнителей на коллективной основе, в соответствии с соглашением между этими организациями.

Однако сам механизм формирования этих организаций был прописан в ЗоАП неудачно. В частности, пункт 2 статьи 44 Закона устанавливал, что допускается создание либо отдельных организаций по различным правам и различным категориям обладателей прав, либо организаций, управляющих разными правами в интересах различных категорий обладателей прав, либо организации, одновременно управляющей авторскими и смежными правами. Кроме того, в пункте 1 статьи 45 ЗоАП устанавливалось, что по отношению к деятельности таких организаций не применяются ограничения, установленные антимонопольным законодательством. В результате, как отмечает генеральный директор Российского авторского общества С. С. Федотов, в Российской Федерации «начался неуправляемый процесс создания различного рода организаций, которые называют себя организациями по коллективному управлению имущественными правами, и претендует на право выдавать лицензии от имени всех обладателей авторских или смежных прав. …При этом распределять и выплачивать авторское вознаграждение правообладателям эти псевдо-общества не собираются».[1]

Таким образом, благодаря положениям ЗоАП, с одной стороны, впервые в российском законодательстве появились некоммерческие негосударственные организации, управляющие правами авторов, производителей фонограмм и исполнителей на коллективной основе, а с другой стороны, возникла контрпродуктивная конкуренция между ними. Поскольку законодатель четко не определил, какие именно организации имеют право на сбор и распределение вознаграждения в пользу обладателей авторских и смежных прав, по-

[1] Коллективное управление авторскими и смежными правами: проблемы и перспективы. Под ред. д-ра юрид. наук, проф. М. А. Федотова // Труды по интеллектуальной собственности. Т. VIII. 2007. С. 24–25.

стольку подобные организации стали множиться. Некоторые из них вели настолько агрессивную политику по отношению к вещателям, что больше походили на рэкетиров, чем на организации, действующие во исполнение закона.

Были периоды, когда одновременно в стране действовали более двадцати подобных организаций, и все они претендовали на сбор вознаграждений с вещателей в пользу обладателей авторских и смежных прав. Как отметил в 2007 г. профессор М. А. Федотов, «ожесточенные, в том числе судебные, споры между организациями, позиционирующими себя в качестве обществ по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе, не прекращаются с момента вступления в силу Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах». Острая конкуренция привела к тому, что в сфере авторских прав система коллективного управления сталкивается с большими трудностями, а в сфере смежных прав практически не работает». Он подчеркнул, что такая неразбериха в организации сбора, распределения и выплаты вознаграждения за вторичное использование фонограмм имела весьма серьезные последствия. «Во-первых, пользователи не всегда уверены, какой именно организации они должны перечислять вознаграждение за вторичное использование той или иной фонограммы. Во-вторых, вещатели зачастую просто опасаются перечислять вознаграждение одной организации, поскольку требование может поступить в любой момент от другой организации. В-третьих, им не до конца ясно, какой организации перечислять вознаграждение за вторичное использование фонограмм, права на которые принадлежат иностранным правообладателям».

По мнению М. А. Федотова реализованное в ГК4Ч «усиление государственного регулирования в сфере коллективного управления правами является ответом на отсутствие здесь должного порядка, который мог бы быть обеспечен путем строгого следования требованиям закона и формирования эффективных механизмов саморегулирования. Однако не меньше оснований заключить, что этатизация данной сферы есть лишь частный случай общего тренда».[1]

Одной из попыток хоть как-то систематизировать сбор и отчисление вознаграждений по авторским и смежным правам до вступления в силу ГК4Ч стало Генеральное соглашение от 20.09.2005 «О порядке сбора и распределения вознаграждения за воспроизведение аудиовизуальных произведений или звукозаписи произведений в личных целях». Согласно данному соглашению несколько организа-

---

[1] Коллективное управление авторскими и смежными правами: проблемы и перспективы. С. 85.

ций по управлению коллективными правами, а именно: всероссийская общественная организация "Российское Авторское Общество" (РАО), некоммерческое партнерство "Российское общество по смежным правам" (РОСП), некоммерческое партнерство "Российское общество по управлению правами исполнителей" (РОУПИ), некоммерческое партнерство "Русское общество по управлению смежными и авторскими правами" (РОУСАП) и некоммерческая организация "Российское общество правообладателей в аудиовизуальной сфере" (РОПАС), договорились о том, что они «поручают и наделяют некоммерческое партнерство "Российское Общество по Смежным Правам" (РОСП) исключительными полномочиями на сбор вознаграждения, причитающегося авторам, исполнителям и производителям фонограмм за воспроизведение аудиовизуальных произведений или звукозаписи в личных целях, а РОСП принимает на себя указанные полномочия. Этим Соглашением РОСП объявлялся единственной уполномоченной организацией по сбору указанного вознаграждения в соответствии со ст. 26 ЗоАП.[1]

Представляется, что было просто абсурдно наделять общество по смежным правам исключительными полномочиями по сбору вознаграждения, причитающегося авторам, а не только исполнителям и производителям фонограмм. И хотя далее шло разъяснение, что РОСП «обязуется направлять 40% собранного вознаграждения, причитающегося обладателям авторских прав, в РАО для последующего распределения и выплаты правообладателям»[2], однако выглядело это нелогично, тем более, что роль других организаций-подписантов данного Соглашения оставалась непонятной. В пункте 7.3 говорилось, что «РОУСАП участвует в настоящем Соглашении как организация, управляющая имущественными правами обладателей смежных прав, и настоящее соглашение применяется к РОУСАП в части, регулирующей права и обязанности организации по коллективному управлению имущественными смежными правами». Об участии в сборе и распределении вознаграждений РОУПИ и РОПАС не говорилось вообще ничего.

Примечательно, что в соответствии с пунктом 7.2 данное Соглашение было «открыто для подписания представителями организаций по коллективному управлению имущественными правами авторов и обладателей смежных прав». При этом было «необходимо наличие письменного согласия РАО на присоединение нового участника-организации, управляющей имущественными правами авто-

---

[1] См.: пункт 1.1. Генерального соглашения от 20 сентября 2005 года «О порядке сбора и распределения вознаграждения за воспроизведение аудиовизуальных произведений или звукозаписи произведений в личных целях»

[2] п. 2.1.2 Генерального соглашения

ров на коллективной основе». То есть, доминирующее положение РАО в отношении управления имущественными правами авторов на коллективной основе четко оговаривалось. А вот для принятия в ряды участников данного Соглашения новых организаций по управлению смежными правами на коллективной основе не требовалось ничьего согласия. Примечательно, что такая странная позиция была официально одобрена Министерством культуры и массовых коммуникаций РФ.[1]

Как уже было сказано выше, со вступлением в силу ГК4Ч Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах" утратил силу. И на сегодняшний день для того, чтобы организации по коллективному управлению имущественными правами авторов, исполнителей и производителей фонограмм законно собирали вознаграждения и распределяли их, они должна иметь государственную аккредитацию. Первой в истории Российской Федерации организацией, получившей государственную аккредитацию, стало РАО[2]. Это вполне объяснимо, если учесть, что, во-первых, РАО как правопреемник Российского агентства интеллектуальной собственности при Президенте РФ, а следовательно, и Всесоюзного агентства по авторским правам, может вести свою историю, как минимум, с начала 70-х годов. Во-вторых, в отличие от всех других отечественных организаций по коллективному управлению правами именно РАО осуществляет свою деятельность «под покровительством Президента Российской Федерации».[3] Примем во внимание и то, что именно у РАО на протяжении многих лет складывались самые плодотворные договорные отношения с вещательными организациями по сбору и распределению вознаграждений авторам.

Сейчас РАО осуществляет управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (пп. 6–8 п. 2 ст. 1270 ГК4Ч). Также именно РАО осуществляет права композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в

---

[1] Письмо от 23 августа 2006 г. N 5232-01-49/01-АС об обязательности возникновения договорно-правовых отношений с РОСП о выплате вознаграждения в соответствии со статьей 26 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»

[2] Приказы Росохранкультуры от 15 августа 2008 г. №№15и 16

[3] П. 2 Указа Президента РФ от 07.10.1993 № 1607 «О государственной политике в области охраны авторского права и смежных прав»

эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения (п. 3 ст. 1263 ГК4Ч).

К вопросу о неравенстве пользователей объектов исключительных прав

Однако наличие единой организации по сбору авторского вознаграждения далеко не решает, в частности, проблему фактического неравенства радиовещателей как плательщиков авторского вознаграждения. Это неравенство возникает, в том числе, ввиду того, что современные технологии радиовещания допускают различные способы использования произведений. Для целей настоящей статьи предлагается следующая классификация видов радиовещания, опирающаяся, помимо прочего, на Федеральную целевую программу «Развитие телерадиовещания в Российской Федерации на 2009 – 2015 годы»[1]:

- *По характеру передачи сигнала:*

• Аналоговое

• Цифровое

- *По характеру распространения сигнала, несущего передачу:*

• Сообщение в эфир (п. 7 ст. 1270 ГК4Ч):

○ Эфирное наземное

○ Эфирное спутниковое

• Интернет-вещание потоковое по системам беспроводной связи

• Сообщение по кабелю (п. 8 ст. 1270 ГК4Ч):

○ Кабельное

○ Проводное

○ Интернет-вещание потоковое по кабелю

• Интернет-вещание архивированное (подкаст) – доведение до всеобщего сведения (не является вещанием в смысле п.п. 7, 8 ст. 1270, т. к. подпадает под действие п. 11 ст. 1270).

Возникает справедливый вопрос, если организация радиовещания осуществляет обнародование авторских произведений не путем сообщения их в эфир или по кабелю, а посредством Интернет-вещания или в виде подкаста, то выплата авторского вознаграждения необязательна? На сегодняшний день в российском законодательстве нет четкого указания по поводу порядка выплаты авторского вознаграждения, если вещание происходит не в эфире и не по кабелю. Соответственно, ни одна из организаций по управлению правами авторов на коллективной основе не вправе собирать авторские отчисления и распределять их, если авторские произведения

[1] Постановление Правительства РФ от 03.12.2009 № 985 «О федеральной целевой программе "Развитие телерадиовещания в Российской Федерации на 2009–2015 годы"».

сообщаются аудитории каким-либо иным способом. Государственной аккредитации на управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в сети Интернет а также иными способами не существует.

Примечательно, что в пункте 2.2.6. Устава РАО[1] оговаривается возможность управления «исключительными правами на обнародованные произведения при их воспроизведении в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовлении в трёх измерениях экземпляров двухмерного произведения и в двух измерениях – экземпляров трёхмерного произведения, а также путём записи произведения на электронный носитель, в том числе в память ЭВМ, и распространении воспроизведенных таким образом произведений, их публичном исполнении, сообщении в эфир и/или по кабелю (в том числе путём ретрансляции), доведении до всеобщего сведения, публичном показе, включая использование в цифровых сетях (Интернет, сети мобильной сотовой связи и т. п.)» В связи с этим автору данной статьи представляется логичным расширить сферу коллективного управления РАО, как она сформулирована в пп. 1 п. 1 ст. 1244 ГК4Ч, добавив после слов «…сообщения в эфир или по кабелю» слова «а также доведения до всеобщего сведения, включая использование в цифровых сетях (Интернет, сети мобильной сотовой связи и т. п.)»

Проблема фактического неравенства пользователей касается и размера сборов, собираемых РАО с радиовещателей в пользу обладателей авторских прав. Впервые минимальный размер ставок авторских отчислений для организаций радиовещания был установлен в 1994 году.[2] Размер минимальной ставки составлял 1% от общей суммы доходов компании-обладателя лицензии на эфирное радиовещание. Других способов радиовещания законодатель тогда, скорее всего, не учел. В данный момент действует норма о праве Правительства РФ устанавливать минимальные ставки авторского вознаграждения за отдельные виды использования произведений, содержащаяся в п. 4 ст. 1286 ГК4Ч. Но Гражданский кодекс ведет речь только о минимальных ставках. Реальные ставки оговариваются в Положении о ставках авторского вознаграждения за публичное исполнение обнародованных музыкальных произведений (с текстом или без текста), отрывков музыкально-драматических и иных произ-

---

[1] Размещено на официальном сайте РАО // http://rao.ru

[2] см. Постановление Правительства РФ от 21.03.1994 № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства».

ведений, утвержденным Постановлением №2 Авторского Совета РАО от 10.12.2009[1].

В корпоративном нормативном акте, принятым Российским авторским обществом, пользователи уже поделены на категории: радиокомпании, осуществляющие *эфирное* вещание в соответствии с лицензией, выданной Роскомнадзором, и радиокомпании, осуществляющие *проводное* вещание в соответствии с лицензией, выданной Роскомнадзором. Размеры ставок авторского вознаграждения исчисляются *в процентах от общей суммы дохода лицензиата за квартал* и составляют от 1,1% до 2,0% в зависимости от объема музыкальных и литературных произведений относительно общего объема вещания. Также здесь определены минимальные суммы отчисления авторского вознаграждения в зависимости от числа жителей в населенных пунктах, где радиокомпания осуществляет вещание.

Казалось бы, Авторский Совет РАО учел все обстоятельства. Однако на самом деле данный нормативный акт ставит российские организации радиовещания в неравные условия, поскольку в нем устанавливаются преференции для вещателей, являющихся членами Национальной ассоциации телерадиовещателей (НАТ). В постановлении Авторского Совета РАО говорится, что для радиокомпаний-членов НАТ размер ставок исчисляется *«в процентах от общей суммы дохода (выручки) и иных поступлений, связанных с размещением рекламы, включая спонсорскую рекламу, и любых сообщений коммерческого характера за квартал».* На конгрессе НАТ, состоявшемся в ноябре 2009 г., представитель РАО И. А. Базилевский сообщил, что для разных пользователей РАО устанавливает разные размеры выплат по авторским и смежным правам.[2]

Исторически всегда подразумевалось, что пользователи различаются по категориям, исходя из процентного соотношения музыкального и информационного контента вещательной организации, а не исходя из членства в НАТ или Российской Академии Радио (РАР). Заметим попутно, что членство в РАР индивидуальное, академиками становятся наиболее авторитетные руководители радиокомпаний и деятели в сфере радиовещания, а вовсе не организации радиовещания[3], в связи с чем распространение льгот на сами радиостанции и радиохолдинги становится еще более сомнительным.

Если бы РАО установило данную льготу до 01.01.2008, когда еще действовал ЗоАП, то налицо было бы прямое нарушение положений данного Закона, предусматривавших, что «организация,

---

[1] Размещено на официальном сайте РАО // http://rao.ru
[2] Бюллетень НАТ № 54 за 2009 год.
[3] См. Положение о Российской Академии Радио // http://www.radioacademy.ru

управляющая имущественными правами на коллективной основе, предоставляет лицензии пользователям на соответствующие способы использования произведений и объектов смежных прав. Условия таких лицензий должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории» (п. 3 ст. 45 ЗоАП). Однако в ГК4Ч данная норма не сохранилась, чем и воспользовался Авторский Совет РАО.

Проблемы уплаты вознаграждения в пользу обладателей смежных прав

Теперь рассмотрим обязанность выплаты радиостанциями вознаграждений в пользу исполнителей и производителей фонограмм. Государственную аккредитацию на коллективное управление правом исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГК4Ч) получила Общероссийская общественная организация "Общество по коллективному управлению смежными правами "Всероссийская Организация Интеллектуальной Собственности" (ВОИС). Она же получила государственную аккредитацию и на управление правом изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (статья 1326 ГК4Ч)[1].

Обратим внимание на то, что Положение о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами[2] обязывает при рассмотрении заявок учитывать следующие критерии:

а) возможность осуществления функций по сбору, распределению и выплате вознаграждения на всей или большей части территории Российской Федерации, а также представительство интересов российских обладателей авторского права и смежных прав на российском и мировом рынках;

б) оптимальность размера суммы, удерживаемой из вознаграждения на покрытие фактических расходов заявителя по сбору, распределению и выплате такого вознаграждения;

в) возможность предоставления всем заинтересованным лицам сведений о правообладателях, правах, переданных в управление организации, а также об объектах авторского права и смежных прав.

---

[1] Приказ Росохранкультуры от 6 августа 2009 г. № 137.

[2] См. п. 15 Положения о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, утв. постановлением Правительства РФ от 29.12.2007 № 992 «Об утверждении Положения о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами».

Примем во внимание также тот факт, что ВОИС была образована в апреле 2008 года, а Свидетельство о внесении записи о ней в Единый государственный реестр юридических лиц датируется концом мая 2009 года. Чем же успела так хорошо зарекомендовать себя организация, которая на момент получения государственной аккредитации функционировала не более 2,5 месяцев? Это можно объяснить, только если внимательно изучить состав Правления ВОИС: некоторые члены Правления ВОИС являются одновременно руководителями РАО. Таким образом, при решении аккредитовать ВОИС аккредитационная комиссия руководствовалась опытом и наработками именно РАО.

Отметим, что Некоммерческое партнерство по управлению имущественными смежными правами «Равноправный Фонографический Альянс» (НП РФА) посчитало решение Росохранкультуры о государственной аккредитации ВОИС в сферах коллективного управления правами исполнителей и изготовителей фонограмм необоснованным и принятым с игнорированием выявленных в ходе заседаний аккредитационной комиссии существенных несоответствий ВОИС требованиям действующего законодательства. В 2009 году РФА обжаловало решение Росохранкультуры в судебном порядке.

Примем во внимание, что на момент рассмотрения спора и ВОИС, и РФА одновременно осуществляли сбор вознаграждений с радиовещателей в пользу обладателей смежных прав. При этом ВОИС опиралось на имеющуюся государственную аккредитацию, а РФА – на договоры с правообладателями. Формально по закону наличие аккредитованной организации не препятствует созданию других организаций по управлению правами на коллективной основе, в том числе в сферах коллективного управления. Такие организации вправе заключать договоры с пользователями, но только в интересах правообладателей, предоставивших им полномочия по управлению правами в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 1242 ГК4Ч (ч. 2 п. 3 ст. 1244 ГК4Ч). В этой ситуации часть радиовещателей предпочла не вступать в договорные отношения ни с одной из перечисленных организаций до вступления в силу решения суда.

В декабре 2010 г. Девятый арбитражный апелляционный суд Московского округа отменил решение Росохранкультуры об аккредитации ВОИС. После этого РАР опубликовала на своем официальном сайте[1] информационное письмо с рекомендацией радиовещателям воздержаться от выплат вознаграждений по смежным правам. Но так как фонограммы продолжали использоваться в эфире

[1] http://www.radioacademy.ru

радиовещательных организаций, то радиовещателям следовало планировать выплаты за использование фонограмм в радиоэфире в означенном периоде на 2–3 кварталы 2011 г. 1 марта 2011 г. Федеральный арбитражный суд Московского округа отменил постановление Девятого арбитражного апелляционного суда, одновременно признав законным, мотивированным и обоснованным решение Арбитражного суда г. Москвы от 03.09.2010 г., подтвердившее законность приказов Росохранкультуры об аккредитации ВОИС. Таким образом, на сегодняшний день ВОИС является единственной аккредитованной организацией на территории РФ в сферах осуществления прав исполнителей и изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, сообщение в эфир и по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. То есть ясность, кому производить выплаты за использование фонограмм в эфире радиостанций, в настоящий момент есть.

Своих плательщиков ВОИС определяет следующим образом: «плательщиками вознаграждения за сообщение фонограммы в эфир и по кабелю являются организации, использующие фонограммы в передачах эфирного и/или кабельного теле- и радиовещания»[1]. Размер ставки определяется в процентах от дохода от рекламы, полученного организацией эфирного или кабельного вещания, и в зависимости от объема музыкального радиовещания к общему объему вещания составляет от 1,1% до 2,0%.

На официальном сайте ВОИС можно найти вот такое адресованное пользователям сообщение: «если Ваша радиостанция является членом Российской Академии Радио, то Вы заключаете по утвержденной форме с РАР Договор о выплате вознаграждения за сообщение в эфир фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Если Ваша радиостанция не является членом РАР, то Вы заключаете типовой Договор о выплате вознаграждения за сообщение в эфир фонограмм, опубликованных в коммерческих целях»[2].

Отличием формы договора, утвержденной ВОИС совместно с РАР, по сравнению с типовым договором являются более низкие ставки для членов РАР. Впрочем, сама РАР предлагает всем радиовещателям при оформлении своих взаимоотношений с ВОИС ссылаться на протокол переговоров между РАР и ВОИС. Приложением к протоколу переговоров РАР и ВОИС является типовая форма договора радиовещателя с ВОИС, условия которой гораздо более ло-

---

[1] См. Приложение №13 Положения о ставках вознаграждения в отношении исполнителей и изготовителей фонограмм за публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Дата неизвестна.

[2] http://www.rosvois.ru

яльны к вещателю, нежели условия типового договора ВОИС для пользователей фонограмм.[1]

Как уже было сказано выше, сама по себе идея дифференциации вещателей в зависимости от их членства в той или иной организации представляется довольно уязвимой с точки зрения соблюдения требований закона, хотя и весьма привлекательной в смысле вовлечения в НАТ и РАР новых членов. Следует обратить внимание на то, что ни в ГК4Ч (ст.ст. 1242–1244), ни в Типовом уставе организации по коллективному управлению правами нет никаких правовых оснований для подобной дифференциации. Напротив, в ч. 3 п. 4 ст. 1243 ГК4Ч подчеркивается, что собранное вознаграждение распределяется «пропорционально фактическому использованию соответствующих объектов авторских и смежных прав». Получается, что правообладателям, чьи объекты авторских и смежных прав используются «вещателями-льготниками», причитается меньшее вознаграждение, чем их коллегам, вне зависимости от пропорциональности использования этих объектов.

Анализируя обязанности радиовещателей в отношении РАО и ВОИС, следует обратить внимание на особенности существующей договорной практики. Обладая полномочиями, полученными непосредственно от обладателей авторских прав, по соответствующим договорам с иностранными авторско-правовыми организациями, а также в силу полученной государственной аккредитации РАО предоставляет пользователям право на использование произведений на условиях простой неисключительной лицензии. Лицензии (разрешения) пользователи могут получить путем заключения с РАО лицензионного договора о предоставлении права использования обнародованных произведений путем сообщения в эфир или по кабелю.

В соответствии с предметом договора РАО предоставляет эфирному радиовещателю (пользователю) на условиях простой (неисключительной) лицензии право использования произведений, входящих в так называемый репертуар Общества, в передачах пользователя на территории Российской Федерации путем сообщения в эфир произведений для всеобщего сведения по радио, а также путем ретрансляции средствами беспроводной связи, если радиовещатель осуществляет сообщение передач в эфир по радио с одновременным получением такого сообщения от другой организации эфирного вещания. За предоставление права использования произведений, входящих в репертуар РАО, пользователь обязуется вы-

---

[1] *Щербаков Т.* Фанера с маслом. Вещатель и ВОИС ищут компромисс // МедиаПрофи. 2010. №4 (28).

плачивать РАО авторское вознаграждение в размере, установленном таким договором.

ВОИС, в свою очередь, предлагает радиовещателям заключить договор о выплате вознаграждения за сообщения в эфир фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Предметом такого договора является выплата вещателем вознаграждения за сообщение в эфир фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГК4Ч). За сообщение в эфир фонограмм вещатель выплачивает правообладателям вознаграждение в порядке и на условиях, определенных договором с ВОИС.

Главным отличием в предметах договоров является следующее: РАО выдает разрешение на использование произведений путем их сообщения в эфир (то есть, нет лицензии от РАО – сообщение музыкальных произведений в эфир будет незаконным, если только у радиовещателя не заключено прямых договоров с авторами музыки и текстов), в то время как ВОИС просто собирает в пользу правообладателей вознаграждение за бездоговорное сообщение в эфир опубликованных в коммерческих целях фонограмм и зафиксированных на них исполнений. Указанное различие является следствием дифференцированного подхода Бернской и Римской конвенций к объектам своего регулирования. Именно это позволяет сделать вывод о том, что сообщение в эфир фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, будет законно и без получения разрешения изготовителя фонограммы и исполнителя. Но при этом вещатель обязан выплатить правообладателям вознаграждение (ст. 1326 ГК4Ч).

Данный тезис имеет большое практическое значение, поскольку в недавнем прошлом известно немало попыток привлечения радиовещателей к уголовной ответственности по ст. 171 УК РФ «Незаконное предпринимательство» на том только основании, что у них отсутствовала лицензия, выдаваемая обществами по коллективному управлению смежными правами.[1]

Еще одно отличие между содержанием договора с РАО и с ВОИС для радиовещательной организации (эфирной и проводной) состоит в следующем – РАО учитывает отдельно использование произведений в эфире и использование музыкальных произведений в рекламных роликах. В качестве приложений к Лицензионному договору с РАО вещатель получает отдельные формы отчетов: об использовании произведений в эфире и об использовании произведений в рекламе. В последнем случае указываются все рекламные ролики, где использовались музыкальные произведения, входящие в

[1] Коллективное управление авторскими и смежными правами: проблемы и перспективы. С. 40.

репертуар РАО, хронометраж каждого ролика и каждого музыкального произведения, количество выходов в эфир. Особняком стоит «Отчет о ретрансляции», предназначенный для радиовещателей, ретранслирующих сигнал «головной» станции. Также одним из обязательных приложений является «Форма расчета авторского вознаграждения», в котором учитываются все доходы (выручка) организации радиовещания, включая «поступления средств бюджета всех уровней, внебюджетных фондов, некоммерческих организаций и иных лиц».

В договоре с ВОИС разделения на использование фонограмм в эфире и в рекламе нет, учитываются лишь название фонограммы, авторы музыки и слов, длительность звучания фонограммы, количество сообщений в эфир, исполнитель и изготовитель фонограммы.

В соответствии с лицензионным договором РАО дает радиовещательной организации право использовать произведения путем их сообщении в эфир или по кабелю, при этом отдельно оговаривает невозможность переработки произведений. Для этого в Договоре существует отдельный пункт 2.1., гласящий: «Настоящий Договор не распространяется на перевод или другую переработку Произведений, в том числе обработку, аранжировку и т. п., а также на внесение в Произведения изменений, сокращений и дополнений, снабжение Произведений предисловием, послесловием, комментариями и какими бы то ни было пояснениями».

Выполнение данного условия лицензионного договора с РАО ставит радиовещателей в довольно сложное положение. Например, при изготовлении рекламных роликов очень часто у рекламопроизводителя есть соблазн воспользоваться уже готовым музыкальным произведением с текстом (песней), наложив на него вместо оригинального другой текст, рекламирующий какие-либо товары, услуги или их производителя. Поскольку лицензия РАО не распространяется на подобное использование произведений, постольку, строго говоря, рекламопроизводитель должен связаться непосредственно с правообладателями или их агентами и испросить разрешение на переработку музыкального произведения с текстом. Как правило, однако, ничего подобного не делается.

Казалось бы, подобная ситуация должна возникать также и с пародиями. Ярким примером может послужить утреннее шоу на московской радиостанции «Авторадио». В нем «поющие ведущие Мурзилки Интернешнл» каждое утро «перепевают» известные российские и зарубежные песни, оставляя неизменной мелодию, и накладывая на нее свой юмористический текст. Если рассматривать песню как сложное произведение (у которого есть автор слов и автор музыки), то очевидно, что необходимо перед сообщением в эфир

переработанного произведения получать у авторов разрешение на переработку. Однако тут на помощь приходит п. 3 ст. 1274 ГК4Ч, в соответствии с которым «создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения».

Примечательно, что радиовещательные организации обязаны осуществлять выплаты отчислений как авторам, так и исполнителям и производителям фонограмм, тогда как организации телевизионного вещания фактически освобождены от уплаты компенсационного вознаграждения в пользу ВОИС, так как считается, что телевидение не использует фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Действительно, звучание фонограммы в телевизионном эфире можно считать редкостью. Напротив, отнюдь не редкость звучание в радиоэфире звуковых дорожек из кинофильмов. Представляется, что в тех случаях, когда эти звуковые дорожки опубликованы их изготовителями в коммерческих целях и таким образом пущены в хозяйственный оборот (например, изготовлены и выпущены в продажу компакт-диски), к ним полностью применим режим фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Если же звуковая дорожка не была опубликована в коммерческих целях отдельно от аудиовизуального произведения, то она остается его неотъемлемой частью и может использоваться только с согласия правообладателя, каковым – в силу презумпции, установленной ст.ст. 1240 и 1263 ГК4Ч, – является изготовитель аудиовизуального произведения.

Впрочем, процессы конвергенции в медийной сфере с неизбежностью приводят к стиранию граней между разными видами средств массовой информации, а также разными видами использования произведений и объектов смежных прав, к радикальному изменению медийного рынка.

Соответствующие изменения происходят и в правовой базе, регулирующей процессы использования и охраны исключительных прав. Так, согласно статье 3 (d) Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. публикация фонограммы означает «предоставление публике экземпляров фонограммы в достаточном количестве». И именно сообщение опубликованной таким образом фонограммы в эфир порождает обязанность вещателя выплачивать компенсационное вознаграждение в пользу исполнителя и производителя фонограммы (ст. 12 Конвенции).

Однако сегодня радиовещатели фактически уже не используют фонограммы, выпущенные в коммерческий оборот на компакт-дисках, кассетах или пластинках. Обычно сообщение фонограмм в эфир или по кабелю происходит сегодня с помощью компьютерной программы, которая, в свою очередь, является самостоятельным объектом авторского права, чего нельзя сказать, например, о компакт-диске. В результате Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам 1996 г. отразил произошедшие изменения, расширив понятие опубликования фонограммы. Согласно статье 15 (4) Договора фонограммы, ставшие доступными для всеобщего сведения посредством Интернета, то есть путем реализации права на доведение до всеобщего сведения, рассматриваются как опубликованные для коммерческих целей. Правда, и этот правовой механизм трудно признать оптимальным. Очевидно, что уже в обозримом будущем ему предстоят серьезные изменения.

Обязанности организаций радиовещания в сфере личных неимущественных прав

Личные неимущественные права, перечисленные в статье 1255 ГК4Ч, особняком входят в комплекс интеллектуальных прав. Сюда относятся: право на имя, право на неприкосновенность произведения и право на обнародование произведения. Очевидно, что радиовещательные организации обязаны соблюдать перечисленные личные неимущественные права, однако на практике соблюдение данных обязанностей сопряжено с определенными трудностями.

На практике далеко не все радиостанции сообщают в эфир передачи, созданные непосредственно ими. Зачастую радиовещатели сообщают в эфир радиопередачи, которые созданы по их заказу другими лицами, например, компаниями, специализирующимися на производстве контента для радиостанций, телекомпаний и рекламных агентств. Например, расположенная в Казани компания «Седьмое небо» уже не первый год производит радиопередачу «Шоу шепелявых». По договору неисключительной лицензии производящая компания передает исключительное право на сообщение в эфир созданной радиопередачи различным организациям радиовещания при том условии, что в каждом городе вещания только одна радиостанция может получить такую лицензию. Так, в Казани это радиошоу выходит в эфире «БИМ-радио», а в Кургане – на волнах радиостанции «За облаками». При этом право на имя остается за «Седьмым небом», и это обязательно объявляется в эфире. В данном случае налицо сходство с положениями пункта 4 статьи 1263 ГК РФ, согласно которому изготовитель аудиовизуального произведения име-

ет право при любом его использовании указывать свое наименование или требовать такого указания.

В сфере радиовещания давно утвердилась традиция не вносить без согласия правообладателя никаких изменений в чужие передачи при их сообщении в эфир (по кабелю) или при ретрансляции. Особенно чувствительно нарушение права на неприкосновенность радиопередачи, когда это связано с размещением рекламных вставок в рамках ее хронометража. Подобное может означать как существенный материальный ущерб для правообладателя, так и урон для его деловой репутации.

К сожалению, в практике радиостанций нередко нарушаются права композиторов и авторов слов на неприкосновенность их произведений. Например, ведущему эфира необходимо «связать» две песни: он выходит в эфир на последних звуках одной песни, комментирует ее, дает «подводку» к следующей песне, нередко накладывая свои слова поверх ее первых тактов. Также он может укоротить длительность звучания песни (обычно для того, чтобы в отведенный для его программы по заявкам час успело прозвучать как можно большее количество песен), вырезав проигрыш между куплетами, а то и целый куплет. Таким образом, нарушаются личные неимущественные права авторов данных музыкальных произведений, а также их исполнителей. С точки зрения закона подобные действия должны каждый раз согласовываться с авторами, т. к. они затрагивают личное неимущественное право автора – право на неприкосновенность произведения. Но на практике радиовещательные организации даже не пытаются получить письменное согласие от авторов на внесение подобных изменений в их произведения.

Конечно, композитор вправе запретить использование своего музыкального произведения в переделанном виде, если нарушаются целостность и художественные особенности самого музыкального произведения. Он может потребовать восстановления своего произведения в первоначальном виде, если в него были внесены не согласованные с ним изменения. Однако, если его произведение уже сообщено в эфир в искаженном (укороченном) виде, то восстановление нарушенных личных неимущественных авторских прав в полном объеме невозможно. Может быть именно поэтому автору неизвестны случаи обращения авторов за судебной защитой в подобных случаях. Это дает основания предполагать, что возможность незначительного сокращения музыкальных произведений при их сообщении в эфир непосредственно друг за другом, в том числе с комментариями ведущего эфира, становится на сегодняшний день обычаем делового оборота.

Еще одним обычаем делового оборота, противоречащим, правда, как и предыдущий, формальным требованиям российского законодательства об авторском праве, является традиция не указывать имена композитора и автора текста в эфире музыкальной радиостанции перед или после сообщения в эфир каждой песни (музыкального произведения с текстом). В лучшем случае анонсируются названия песен, которые будут звучать (или уже прозвучали) в ближайшем часе и имена их исполнителей.

Иногда радиовещатели для выполнения обязанности по соблюдению прав авторов на имя размещают на своих сайтах информацию об авторах звучащих в эфире произведений. Такая форма соблюдения права автора на имя могла быть стать удачным решением проблемы, если бы получила законодательную основу или, как минимум, стала бы обычаем делового оборота. Представляется, что указанная форма выполнения вещателем обязанности по соблюдению права автора на имя не противоречит закону, поскольку п. 1 ст. 1265, закрепляющий право автора на имя, не содержит никаких правил касательно порядка указания имени автора, а ст. 15 Бернской конвенции требует для признания авторства всего лишь указания имени автора «обычным образом» (к сожалению, в ГК4Ч аналогичная норма отсутствует, а принятая Конвенцией модель используется только для определения изготовителя аудиовизуального произведения – п. 4 ст. 1263). Следовательно, если указание имени автора на сайте радиостанции станет обычаем делового оборота, то требования закона будут выполнены.

Обязанности организаций радиовещания в правоотношениях с сетевыми партнерами

Предметом специального интереса является проблематика сетевых правоотношений в радиовещании, то есть правовых отношений, складывающихся между организациями радиовещания при осуществлении сетевого вещания. Традиционно в сфере радио под сетевым вещанием понимается ретрансляция региональными вещателями радиопрограммы головной радиостанции. Например, радиопрограмма «Европа плюс» производится и сообщается в эфир радиостанцией «Европа Плюс – Москва»; одновременно она ретранслируется многочисленными сетевыми партнерами, входящими в «Европейскую Медиа Группу» или сотрудничающими с ней: «Европа Плюс – Кемерово», «Европа Плюс – Казань» и т. д.[1]

---

[1] В настоящее время определенность понятия «сетевое вещание» оказывается под угрозой в связи с тем, что принятые в 2011 г. поправки в ст. 2 Закона РФ «О средствах массовой информации» вводят понятие «сетевое издание», означающее сайт в сети Интернет (см. пп. «е» п. 1 ст. 1 Федерального закона от 14.06.2011 № 142-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совер-

Отношения между головной радиостанцией и ее сетевыми партнерами определяются, во-первых, сетевым договором, а во-вторых, наличием у сетевого партнера в Приложении №2 к его лицензии на вещание указания на радиопрограмму, ретрансляция которой осуществляется. Примечательно, что ни определения, ни даже просто понятия сетевого договора в российском законодательстве нет. Соответственно, нет четко обозначенных правил составления сетевого договора. На практике сетевой договор составляется юридическим отделом головной станции и предлагается к подписанию сетевым партнерам в таком виде, который максимально удобен головной радиостанции. В целом, сетевой договор, как правило, является смешанным договором, сочетающим черты, в частности, договора коммерческой концессии (гл. 54 ГК РФ) и договора простой, неисключительной лицензии (ст.ст. 1235, 1308 ГК4Ч).

Какие обязанности могут возникать по сетевому договору в отношении интеллектуальных прав? Рассмотрим их на примере сетевого договора московской радиостанции «Авторадио» со своими сетевыми партнерами[1]. Радиостанция, как следует из договора, является владельцем исключительных прав на «сетевую программу», то есть радиопрограмму, являющуюся, с одной стороны, средством массовой информации, производимым и выпускаемым в эфир организацией эфирного радиовещания «Авторадио», а с другой – совокупностью радиопередач, сообщаемых ею в эфир и составляющих содержание ее вещания как сообщения передач в эфир. Двойственная природа «сетевой программы», естественно, накладывает свой отпечаток и на характер обязанностей сетевых партнеров по отношению к головной радиостанции: они вытекают из законодательства как о средствах массовой информации, так и об интеллектуальной собственности.

На срок действия договора головная радиостанция предоставляет сетевому партнеру за вознаграждение исключительное право на использование «сетевой программы» на определенной территории. При этом обязанностью сетевого партнера является обеспечение распространения «сетевой программы» на соответствующей территории в полном объёме, с высоким качеством, без каких-либо изменений, дополнений и сокращений в её структуре и составе. Сообще-

---

шенствованием правового регулирования в сфере средств массовой информации»). Тем самым появляются достаточно весомые правовые основания для того, чтобы под сетевым вещанием понимать вещание в сети Интернет. В то же время понятие ретрансляции далеко не тождественно понятию «сетевое вещание», так как отношения между головной радиостанцией и ее сетевыми партнерами не ограничиваются только ретрансляцией.

[1] См. текст договора на официальном сайте радиостанции Авторадио // http://www.avtoradio.ru

ние радиопрограммы в эфир должно осуществляться исключительно под названием «Авторадио». Изменение названия радиопрограммы как средства массовой информации, любая переработка и использование его для распространения иных СМИ договором запрещены.

Решается в сетевом договоре и вопрос об уплате вознаграждения в пользу авторов сообщаемых в эфир произведений и обладателей смежных прав: соответствующая обязанность возлагается на сетевых партнеров. При этом сетевому партнеру не возбраняется сообщать в эфир и программы собственного производства, но только под собственным названием, в пределах хронометража, предусмотренного лицензией на вещание для собственных радиопередач, и под полную ответственность за соблюдение авторских и смежных прав. В отношении собственной радиопрограммы сетевой партнер, как сказано в сетевом договоре «Авторадио», обладает всеми правами владения, пользования и распоряжения.[1]

В сетевом договоре радиостанции «Авторадио» решается и вопрос об использовании средств индивидуализации: головная радиостанция предоставляет сетевому партнеру неисключительное право на использование на соответствующей территории товарного знака при условии строгого соответствия единому графическому решению (логотипу). При использовании товарного знака партнер может дополнить его географическим названием территории и указанием частоты своего вещания.

В качестве курьеза можно вспомнить положение сетевого договора радиостанции «Милицейская волна», согласно которому сетевой партнер не имеет права вносить в логотип какие-либо изменения. При этом следует иметь в виду, что графическое изображение логотипа обычно содержит указание на частоту вещания, которая в каждом городе, естественно, разная. На практике, однако, чтобы не вводить слушателя в заблуждение, сетевые партнеры обычно изменяют в логотипе московскую частоту вещания на собственную, тем самым внося изменения в логотип и нарушая положения сетевого договора.

---

[1] Смешение права вещной собственности с исключительными правами достаточно характерно в договорной практике, существующей в сфере радиовещания. В значительной степени это предопределено отсутствием единства или, как минимум, четкого соответствия между категориальными построениями законодательства о средствах массовой информации и об интеллектуальной собственности. Попытку преодоления этой органической коллизии предпринял проф. М. А. Федотов в своем инициативном авторском проекте Федерального закона «О средствах массовой информации», предложив рассматривать средство массовой информации как результат интеллектуальной деятельности, имеющий название в качестве средства индивидуализации. См.: *Федотов М. А.* Закон о средствах массовой информации. Редакция 2001 года. Инициативный авторский проект. М.: Издание Союза журналистов России. 2000.

Подчеркнем, что у организации радиовещания может быть несколько средств индивидуализации: фирменное наименование, товарный знак, название средства массовой информации. Хотя название средства массовой информации не перечислено в статье 1225 ГК4Ч в числе объектов интеллектуальной собственности, однако согласно правовой позиции Верховного Суда РФ «основная функция названия средства массовой информации заключается в идентификации средства массовой информации для своей аудитории и потенциальных потребителей на рынке средств массовой информации». Оно «предназначено, главным образом, для отличия его от других средств массовой информации».[1] Именно в этом и состоит юридический смысл средств индивидуализации. Вот почему нельзя не согласиться с профессором В. В. Орловой, которая отмечает, что «исследование содержания понятия «индивидуализация», выделение видов индивидуализации, а также изучение средств и способов ее осуществления является актуальной проблемой науки гражданского права».[2]

В отношении организаций радиовещания в качестве товарного знака обычно регистрируются изобразительные и словесные логотипы, в которых обязательно присутствует название радиостанции, указывается частота вещания, реже – слоган (девиз) радиостанции. Ничто не мешает организации радиовещания также зарегистрировать звуковой товарный знак. Наиболее ярким примером таких звуковых товарных знаков являются позывные радиостанции «Маяк» в виде нескольких первых нот песни «Не слышны в саду даже шорохи» или припеваемое нараспев «Ев-ро-па Плюю-ю-ю-юс!».

С названием радиостанции в эфире и ее товарным знаком неразрывно связано понятие бренда радиостанции. Примечательно, что понятие «бренд» вообще не закреплено в ГК4Ч, хотя споров по использованию брендов в радиовещании возникает много. В упомянутом выше постановлении Пленума Верховного Суда РФ отмечается, что «защита прав лиц, обладающих правом на название средства массовой информации, осуществляется способами, предусмотренными действующим законодательством». Здесь уместно вспомнить громкий спор между уважаемыми организациями радиовещания.

Речь идет о тяжбе между московской радиостанцией «Русское радио» и челябинской радиостанцией с зарегистрированным СМИ «Русское радио – Челябинск». После того, как московское «Русское

---

[1] Пункт 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2010 № 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 8, август.

[2] *Орлова В. В.* Индивидуализация и средства индивидуализации в гражданском праве: понятие, назначение, виды // Сборник научных трудов. М.: РГИИС. 2006. С. 98.

радио» передало свои права на ретрансляцию своего вещания в Челябинске третьему лицу, перед этим расторгнув сетевой договор с «Русским радио – Челябинск», лицензиат с зарегистрированным СМИ «Русское радио – Челябинск» начал транслировать в своем эфире русскоязычные композиции, по формату очень напоминающие передачи московского «Русского радио». В этот же момент организация, измеряющая рейтинги радиостанций в Челябинске, проводила свои исследования и опрашивала слушателей на предмет их вкусовых пристрастий в отношении челябинских радиостанций. Какое-то количество респондентов отвечали, что они слушают «Русское радио», не уточняя, какое именно – московское или челябинское. Из-за этого результаты исследования аудитории были признаны некорректными, а московская радиостанция «Русское радио» подала в суд на «Русское радио – Челябинск» за незаконное использование их товарного знака.

Суд вынес неожиданное решение, постановив, что слова «Русское» и «Радио» неохраняемы, т. к. они общеупотребительны. На сегодняшний день конфликт исчерпан: челябинская станция перерегистрировала свое СМИ и выходит в эфир под названием, которое никоим образом не мешает московскому «Русскому радио». Однако это не снимает вопрос о необходимости восполнения в законодательстве обнаружившегося пробела и устранения коллизии между названиями средств массовой информации и перечисленными в п. 1 ст. 1225 ГК4Ч объектами интеллектуальной собственности. Наиболее удачным решением вопроса представляется расширение существующего здесь перечня за счет включения в него такого средства индивидуализации как названия средств массовой информации.

Библиографический список:

1. Коллективное управление авторскими и смежными правами: проблемы и перспективы / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. М. А. Федотова // Труды по интеллектуальной собственности. Т. VIII. 2007.

2. *Щербаков Т.* Фанера с маслом. Вещатель и ВОИС ищут компромисс // МедиаПрофи. 2010. №4 (28).

1 См. текст договора на официальном сайте радиостанции Авторадио // http://www.avtoradio.ru

3. *Федотов М. А.* Закон о средствах массовой информации. Редакция 2001 года. Инициативный авторский проект. М.: Издание Союза журналистов России. 2000.

4. *Орлова В. В.* Индивидуализация и средства индивидуализации в гражданском праве: понятие, назначение, виды // Сборник научных трудов. М.: РГИИС. 2006.

Проблемные вопросы определения личного закона физического лица в международном частном праве

международное частное право, личный статут, гражданство, физическое лицо

Э. Г. Пилипсон

докторант Рижского университета Паула Страдыня, Латвия

Важность определения личного закона физического лица в системе международного частного права диктуется тем, что правовое положение иностранных граждан, а также в ряде случаев граждан, обладающих гражданством государства постоянного места жительства на территории определенного государства и при их участии в правоприменительном процессе, в ряде случаев опосредуются одновременным подчинением, по крайней мере, двум правопорядкам: государства гражданства или происхождения и государства места нахождения или деятельности.

Необходимо отметить, что соотношение двух упомянутых выше правопорядков в регулировании статуса субъектов международного частного права далеко не всегда однозначно и порождает значительное количество практических проблем.

Важность правильного определения личного закона физического лица также обоснована положениями многих нормативных актов, в частности в законе «О международном частном праве Лихтенштейна» (далее – закон «Об МЧП Лихтенштейна») определено, что «правопреемство на случай смерти определяется согласно личному закону наследодателя (ст.2 закона об МЧП Лихтенштейна)», в свою очередь статья 29 данного закона говорит, что «иностранный наследодатель может посредством носящего характер последней воли распоряжения, наследственного договора подчинить правопреемство после него одному из отечественных правопорядков или праву государства своего обычного местопребывания»[1].

Также деятельность юрисдикционных органов государства за границей государства также связана с гражданством физического лица – об этом говорит национальное законодательство – в частности закон Латвийской Республики (далее – ЛР) «Консульский регламент»

[1] Закон «О международном частном праве Лихтенштейна» // www.cisg-library.org

прямо указывает на это – в статье 11 данного закона сказано, что «в соответствующем консульском округе консул улаживает дела персоны, у которой есть латвийский паспорт, живущей в соответствующем консульском округе … и защищает личные, имущественные и иные права и интересы»[1].

Так как в данном случае речь идет об институте, традиционно регулируемым национальным правом, в целях пояснения международно-правовой составляющей института гражданства представляется необходимым сослаться на текст статей конвенции, которая носит название «Конвенция регулирующая некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве» от 12 апреля 1930 года, так как именно данный документ является на настоящий момент определяющим в деле конвенционного определения гражданства.

Статья 1 данной Конвенции гласит, что «каждое государство само определяет в соответствии со своим законом, кто является его гражданином. Данный закон признается другими государствами, в случае его соответствия международным конвенциям, международному обычаю и общепризнанным принципам права, касающимся вопросов гражданства».

В свою очередь статья 2 данной Конвенции гласит, что «любой вопрос о том, обладает ли лицо гражданством конкретного государства, определяется в соответствии с законодательством данного государства»[2].

На первый взгляд положения статей полностью отвечают духу и принципам права, так как гражданство обосновывается принципом или критерием «реальной связи», согласно которому гражданство является конкретной и продолжительной связью между суверенным государством и его гражданами. Оно предполагает эффективную связь между государством и его гражданами. В свою очередь, данная связь может быть установлена через происхождение, проживание, рождение, эмиграцию с целью постоянного проживания.

Данный подход устанавливает, что количество и качество связей, необходимых для установления эффективного гражданства, может быть различным и зависит от каждого конкретного случая и, как правило, качество и количество данных связей определяется системой

---

[1] Закон ЛР «Konsulārais reglaments». «Konsuls kārto attiecīgajā konsulārajā apgabalā dzīvojošo personu, kam ir Latvijas pase, reģistru (konsulārais reģistrs), sniedz tām palīdzību tiesu, administratīvajās, pilsonības un pasu lietās, kā arī aizstāv to personiskās, mantiskās un citas tiesības un intereses» // LV. 72 (203). 18.06.1994. [stājas spēkā 02.07.1994.] ar grozījumiem. Перевод автора.

[2] Конвенция, регулирующая некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве. Принята и вступила в силу 12 апреля 1930 года // http://www.memo.ru

национального законодательства, регулирующей институт гражданства.

Однако представляется, что столь однозначное определение института гражданства не являет собой пример современного подхода к правовым отношениям в сфере определения личного статута.

Представляется, что в качестве критерия для определения гражданства должен быть положены не просто количество связей, а их правовой характер, так как гражданство – это институт, характеризующийся в большей части правовой составляющей.

В данной связи представляется необходимым проиллюстрировать проблематику данного правового феномена на примере дела Фридриха Ноттебома.

Фридрих Ноттебом родился в Германии и в 1905 году уехал на постоянное жительство в Гватемалу. Он осуществлял там свою деятельность и обосновал основной центр своих интересов именно в данном государстве. В октябре 1939 года он выехал в Лихтенштейн и попросил о натурализации. В 1943 году, в результате военных мер, он был передан Соединенным Штатам и провел два года в тюрьме. В 1946 году он попытался вернуться в Гватемалу, но Гватемала отказала ему в этом. В 1949 году собственность данного лица была конфискована правительством Гватемалы. Тогда Лихтенштейн начал отстаивать иск Ноттебома по просьбе последнего в Международном суде Организации Объединенных Наций [1], тем самым, попытавшись осуществить правовую защиту в отношении своего гражданина. Гватемала отказалась дать дальнейшее развитие действиям Лихтенштейна, аргументируя это отсутствием эффективной связи между Лихтенштейном и Ноттебомом.

Рассмотрев данное дело, Международный Суд ООН постановил, что «приведенные факты, ясно указывают на отсутствие какой-либо связи между Ноттебомом и Лихтенштейном, с одной стороны, и на существование долговременной связи между ним и Гватемалой, которая не может быть ослабленной его натурализацией, с другой стороны. Эта натурализация не основывалась на реальной предшествующей связи с Лихтенштейном, и не изменила, никоим образом, образ жизни лица, получившего гражданство при исключительных обстоятельствах. В обоих случаях, здесь отсутствовала подлинность, необходимая для акта такой важности, чтобы быть признанным государством в позиции Гватемалы. Гражданство было предоставлено без учета концепции гражданства, принятой в международных отноше-

[1] Далее – Международный Суд ООН.

ниях. Гватемала не обязана признавать гражданство, предоставленное при таких обстоятельствах»[1].

Сравнивая подход, примененный Международным Судом ООН в деле Ноттенбома и подход, предлагаемый упомянутой выше Конвенцией, представляется необходимым признать, что в деле Ноттенбома закреплен более гибкий и более полно учитывающий интересы дела подход, который, в свою очередь, должен быть применен доктриной и юрисдикционной практикой международного частного права в деле определения личного закона физического лица.

Данный подход применен в процессе международной кодификации – Комиссией международного права при Организации Объединенных Наций – в основании понятия «гражданство» был заложен критерий, именуемый принципом «непрерывности и эффективности гражданства», в основу которого было положено «дело Ноттебома».

Данный принцип, получивший в ряде случаев правоприменительной практики название «принципа переопределения гражданства» был применен Верховным судом Швеции в разрешении дела от 25 февраля 1949 года.

В данном деле Верховный суд Швеции установил, что «чисто формальное гражданство не может быть основанием для выбора права, если соответствующее лицо не имеет действительной связи со своей страной»[2].

Безусловно, придание институту гражданства чисто функционального, формального характера, как это продемонстрировано в данном решении, представляет собой определенную опасность, и в большинстве случаев представляется нежелательным.

Однако, несмотря на свою проблематичность и, в ряде случаев, противоречивость, данный подход с достаточным основанием дает возможность выявить и закрепить в правоприменительной практике международного частного права необходимый набор легальных составляющих института гражданства.

В подтверждение данных слов представляется необходимым привести дело из практики Верховного Суда Латвийской Республики – судья Земельной книги отказалась короборировать сделку по приобретению земельного участка, мотивируя свое решение тем, что юридическое лицо, единственным учредителем которого являлся гражданин Ирландии не входит в список субъектов, которым разрешено приобретение в собственность земли, находящейся на территории Латвийской Республики.

---

[1] Дело Фридриха Ноттебома. Цитируется по материалам интернет-ресурсов http://www.un.org; http://www.hrights.ru

[2] *Рубанов А. Я* Заграничные наследства. Отношения между социалистическими и капиталистическими странами. М.: Наука, 1975. С. 253–254.

В свою очередь Департамент по гражданским делам Верховного Суда Латвийской республики отменил данное решение судьи Земельной книги, мотивируя это тем, что физическое лицо имеет постоянным местом проживания Великобританию, поэтому решением Верховного Суда ЛР дело было отправлено на новое рассмотрение[1].

Необходимость детализации легальных составляющих личного закона также диктуется тем, что в условиях отхода на настоящем этапе международного частного права от жесткого регулирования правоотношения в сторону большей гибкости, основывая данный подход на четких и определенных правовых конструкциях, отчетливо проступает принципиальное явление «конкурирования статутов», которое затрагивает, помимо прочего, выбор компетентного правопорядка в области личных и связанных с ними прав субъекта – иностранного физического лица. При этом возникли особое направление и прием коллизионного регулирования – выбор наиболее благоприятного для лица материального права.

Однако существуют и иные методы определения личного закона. Достаточно четко отрегулирована проблема правоспособности и дееспособности в праве Германии – Вводный закон к Германскому Гражданскому Уложению закрепляет принцип определения личного статута лица, основываясь на принципе статуарного гражданства – статья 7 данного закона гласит, что «правоспособность и дееспособность гражданина определяются правом того государства, гражданином которого лицо является». Более того, подчеркивая важность преференциального подхода к гражданину своего государства в упомянутом выше законе определено, что «однажды полученной правоспособности или дееспособности приобретением или утратой статуса немца (гражданина Германии) ущерб не наносится»[2].

Подобным образом отрегулировано понятие личного закона в праве Лихтенштейна – статья 10 закона «Об МЧП Лихтенштейна» говорит о том, что «личным законом физического лица является право того государства, к которому принадлежит лицо. Если наряду с иностранной государственной принадлежностью лицо имеет также подданство Лихтенштейна, то последнее является определяющим».

Данные примеры являются позитивными по своей сути, так как решают кардинальным образом проблему первичной квалификации личного статута лица – закрепление во вводной части закона, регулирующего основы гражданско-правовых отношений принципа статуарного гражданства, основанного на двух составляющих, имеющих в

---

[1]См.: Решение по делу Nr. SKC-410/2010 от 13 января 2010 года // Интернет ресурс Верховного Суда Латвийской Республики: www.at.gov.lv

[2] Вводный закон к Германскому Гражданскому Уложению. Принят 19.09.1896 года // www.cisg-library.org

целом для государства приоритетное значение – гражданство и титульная национальность.

В международной доктрине упомянутая выше позиция нашла подтверждение в докладе профессора Университета Париж 1 Поля Лягарда «Единое общеевропейское регулирование имущественных отношений супругов и наследования», в которой автор отмечает, что «наследование (в том числе и по договору наследования – примечание автора работы) после гражданина Германии будет регулироваться немецким правом (согласно параграфу 7 Вводного закона к ГГУ – примечание автора работы). Оно имеет явное достоинство, упрощая раздел наследства и регистрацию прав на передаваемое имущество в земельной книге»[1].

В данной связи важно отметить, что данное единство способствует координации наследственного, обязательственного и вещного статута, что по утверждению доктрины международного частного права, облегчает переход права, являясь определенной «цементирующей» основой, пригодной для институализации, либо новеллизации договорного начала в кодификационном акте.

Важность данного положения достаточно велика – именно первичная квалификация, связанная с вопросом гражданства лица, а также его постоянного места жительства[2], либо домицилия[3]**[11],** к которой также относится постановка предварительного коллизионного вопроса, является основой отыскания применимого к наследственному и обязательственному статутам, правопорядка.

Важность правильного определения личного статута лица является задачей первоочередной.

Смоделируем следующую ситуацию – гражданин Латвии (кредитор) заключил с гражданином иного государства (должник), например Германии, договор. По поводу договора возник спор в связи с невыполнением должником своих обязательств. На требование кредитора возместить убытки контрагент ответил, что в момент заключения договора он являлся ограниченно-дееспособным, по германскому праву, и поэтому договор был недействительным.

В итоге гражданин Латвии обращается в суд с исковым требованием, в котором указал, что договор был заключен на территории Латвийской республики, согласно правилам Гражданского закона

---

[1] Поль Лягард. Доклад «Единое общеевропейское регулирование имущественных отношений супругов и наследования». Данный доклад был представлен на немецком языке в ходе сессии Wissenschaftliche Vereinigungfur Internationales Verfarhensrecht, состоявшейся в Тюбингене 10 и 11 апреля 2003 года // http://www.notiss.ru

[2] В понимании романо-германской правовой системы.

[3] В понимании англо-саксонской правовой системы.

Латвийской республики[1], и указывает в исковом заявлении, что по гражданскому праву Латвии предусмотрены иные основания гражданской дееспособности, и, соответственно, недеспособности, и поэтому ссылка должника на недействительность договора в связи со своей недееспособностью юридически несостоятельна.

В данной связи представляется необходимым конкретизировать во Введении к ГЗ ЛР положение, которое не позволило бы лицу ссылаться на незнание своей недееспособности при заключении гражданско-правового договора.

Для этого во Введение к ГЗ ЛР следует ввести норму следующего выражения: «лицо, которое совершило сделку, несмотря на то, что по праву государства своего обычного местожительства (или гражданства) это лицо считается недееспособным, либо ограниченно дееспособным, не может ссылаться на свою недееспособность, если согласно праву государства по месту совершения сделки данное лицо считалось бы дееспособным».

Возвращаясь к теме реформирования ГЗ ЛР представляется необходимым сказать следующее.

В свое время Кабинетом Министров Латвийской республики была разработана Концепция по изменению Гражданского Закона Латвийской республики, которая, однако, не была утверждена – в рамках данной концепции единственное изменение предполагалось в отношении статьи 16 Введения к Гражданскому Закону. В настоящее время положения данной статьи гласят, что «права на наследство, находящееся в Латвии, приобретаются в соответствии с законом Латвии».

Данная ситуация представляется неудовлетворительной, так как ограничивает права наследников, проживающих за границами Латвии – в настоящий момент ни Гражданский закон, ни Введение к Гражданскому закону однозначно не дефинируют отдельно понятия домицилия лица и понятие его места жительства – в понимании статьи 7 Введения к Гражданскому закону место жительства (или домицил) является местом, где лицо «добровольно поселилось с прямо или молча выраженным желанием там постоянно жить и трудиться. У одного лица может быть несколько мест жительства. Временное пребывание не влечет за собой правовых последствий и рассматривается не в соответствии с продолжительностью, а в соответствии с характером».

Представляется, что в данном тексте имеется противоречие – лицо, в особенности лицо, обладающее гражданством иного государства, имеет возможность продекларировать свое место жительства в Латвийской республике в соответствии с нормами и положениями

---

[1] Далее – ГЗ ЛР.

закона «О декларировании места жительства», однако в реальности лицо может и не находиться в месте, задекларированном как место жительства, упомянутый выше закон такую возможность предоставляет.

В свете данного противоречия представляется, что данная норма нуждается в отмене, либо соответствующем изменении, так как данная норма не отражает современных правовых реалий – в соответствии положениями налогового законодательства временное пребывание влечет предоставление лицу статуса резидента Латвийской Республики, либо ее нерезидента, и именно с точки зрения продолжительности пребывания лица на территории Латвийской республики за лицом признается определенный правовой статус правоприменителем по гражданско-правовому договору.

Современное международное частное право сильно эволюционировало по сравнению с 1937 годом, когда был принят Гражданской Закон Латвийской республики, поэтому статьи, регулирующие отношения по международному частному праву, содержащиеся во Введении к ГЗ ЛР нуждаются в кардинальной переработке, которая должна быть проведена в соответствии с современными тенденциями.

Возвращаясь к теме настоящего исследования, важно отметить, что об объеме личного закона физического лица и наличии данного института в ГЗ ЛР и Введении к ГЗ ЛР не сказано не слова, что является существенным упущением по отношению к международному частному праву Латвийской республики.

Вследствие данного обстоятельства Введение к Гражданскому закону ЛР должно быть дополнено нормой, которая бы дефинировала понятие личного закона физического лица следующим образом: «в отношении правоспособности и дееспособности физического лица применяется право государства гражданства данного лица».

Исходя из сказанного выше, представляется, что также нуждается в изменении норма, гласящая, что «если у лица имеется несколько мест жительства и одно из них в Латвии, то его правоспособность и дееспособность рассматриваются по закону Латвии».

Критерий определения правосубъектности физического лица должен определяться не просто местом жительства, но сосредоточением реальных связей данного лица с определенной территорией и должен включать в себя также коммерческую, семейную, общественную, а также иные, правового характера, составляющие. В силу данного обстоятельства норма, определяющая территориальную привязку правосубъектности физического лица может быть закреплена в следующем выражении: «правосубъектность физического лица определяется по месту наиболее концентрированного сосредоточения связей физического лица, имеющих правовое значение».

Безусловно, стороны могут определить место рассмотрения спора договором, однако вопросы рассмотрения некоторых категорий дел, в частности, наследственных относятся гражданско-процессуальным законодательством к категории дел исключительной подсудности, которая не может быть изменена договором.

В ситуации латвийского законодательства объем личного закона физического лица говорит только положения статей 1 и 9 закона ЛР «О гражданстве», в которых указано, соответственно, что «содержание латвийского гражданства образуется объемом взаимных прав и обязанностей», часть 2 статьи 9 данного закона говорит, что «если латвийские граждане в соответствии с иностранными законами признаются иностранными гражданами или подданными, то в правоотношениях с Латвийской республикой они рассматриваются исключительно как граждане Латвийской республики»[1].

Говоря о данных нормах, представляется отметить следующие моменты: юридически отрицая двойное гражданство[2], часть 2 статьи 9 данного закона фактически ее презюмирует, создавая неопределенность в личном статусе гражданина Латвийской республики, во-вторых, говоря о взаимных правах и обязанностях, необходимо указывать данные категории.

Совмещая положения данного закона и положения Введения к ГЗ ЛР возможно сделать вывод о путанице в определении личного закона гражданина ЛР, так как, указывая на возможность нескольких мест жительства, расположенных в нескольких государствах, можно только догадываться право какого государства, определенного как постоянное место жительства физического лица, гражданина ЛР, будет положено в основу правоотношения.

На основе приведенных выше проблемных ситуаций представляется необходимым сделать вывод о том, что проблема идентификации, определения правового статуса физического лица в системе международного частного права является достаточно сложной и для ее разрешения требуется грамотный и взвешенный подход.

---

[1] Часть 2 статьи 9 закона ЛР «О гражданстве»: «Latvijas pilsonības saturu veido pilsoņa un valsts savstarpēji saistīto tiesību un pienākumu kopums». часть 2 статьи 9: «ja Latvijas pilsoni saskaņā ar ārvalsts likumiem var vienlaikus uzskatīt arī par attiecīgās ārvalsts pilsoni (pavalstnieku), tiesībattiecībās ar Latvijas Republiku viņš uzskatāms vienīgi par Latvijas pilsoni». 22.07.1994. likums «Pilsonības likums» // LV. 93 (224). 11.08.1994. [stājas spēkā 25.08.1994.] ar grozījumiem. Перевод автора.

[2] Часть 1 статьи 9 закона ЛР “О гражданстве»: «Personai, kura tiek uzņemta Latvijas pilsonībā, nedrīkst izveidoties dubulta pilsonība». «Лицо, которое принято в гражданство Латвийской республики, не может быть образовано двойное гражданство». 22.07.1994. likums «Pilsonības likums» // LV. 93 (224). 11.08.1994. [stājas spēkā 25.08.1994.] ar grozījumiem. Перевод автора.

Исторический отдел правоведения

Система нормативно-правовых актов в Коми Автономной области в 20-е – I половине 30-х годов XX века

Коми Автономная область, нормативно-правовые акты, источники права, сравнительно-правовой анализ, циркуляр, инструкция, постановление, подзаконные акты, приказы, правоприменительные акты, директивы, система, структура

О. А. Плоцкая
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Сыктывкарского государственного университета

Научная значимость разработки системы нормативно-правовых актов Коми Автономной области в 20-е – I половине 30-х годов XX века обусловлена началом формирования новой советской правовой системы в период серьезных государственно-правовых перемен после Великой Октябрьской революции. Коми край, не имевший к тому времени не только своей государственности, единой территории, но и выработанной собственной практики разработки нормативно-правовых актов, также как и другие республики и области РСФСР, стремился образовать национальную автономию и сформировать собственную систему источников права, являющуюся составной частью общероссийской системы.

Актуальность и сложность исследования, системы нормативно-правовых актов в Коми Автономной области в рассматриваемый период обусловлена началом нового правотворческого процесса, в рамках построения социалистического государства, а также постоянным динамизмом и подвижностью наименований и функций органов, издававших эти акты.

Система нормативно-правовых актов в Коми Автономной области в рассматриваемый период имела ряд особенностей. Одной из таких характерных особенностей, являлся выбор вида источника права.

Законодатель остановился именно на нормативно-правовом акте. Если в первые годы существования советской власти, ввиду не проработанности ряда институтов и отраслей права еще изредка применялись правовые обычаи и акты судебной власти, то в последующие годы законодатель отказался от их применения. Поэтому, нормативно-правовые акты являлись ведущими и основными источниками права. В научной сфере произошло отождествление системы источников права с системой нормативно-правовых актов. Поэтому, понятие «система источников права» обычно заменялось понятием «система законодательства» или «система нормативно-правовых актов». Проблема роли источников права вытеснялась вопросом о соотношении системы права и системы законодательства.

Еще одной особенностью системы нормативно-правовых актов в Коми Автономной области являлось отсутствие закона, так как в области не было собственного законодательного (представительного) органа, уполномоченного издавать такой нормативно-правовой акт, как закон. Отсутствие коми-закона в рассматриваемый период, в Коми Автономной области компенсировалось принятием большого количества подзаконных актов, правоприменительных актов. Причем правоприменительные акты часто наделялись нормативным характером. Эффективность подзаконных актов была недостаточна, так как они поясняли, регулировали, регламентировали те процессуальные вопросы, которые были ориентированы на общероссийский и общесоюзный уровни. Отсутствовал собственный понятийный аппарат, а материальная сторона норм обеспечивалась за счет общероссийских и общесоюзных норм права.

Процесс развития системы нормативно-правовых актов в Коми Автономной области не был единообразным, так как одни виды нормативно-правовых актов оправдали свое существование и доказали свою жизнеспособность, другие наоборот не привились на практике.

Правовые акты в рассматриваемый период в Коми Автономной Области, кроме общероссийских и общесоюзных актов, были представлены циркулярами, инструкциями, постановлениями, являвшиеся подзаконными актами. Встречались также и приказы, которые законодатель Коми часто относил не только к правоприменительным, но и к нормативно-правовым актам.

Филологические и юридические определения термина «постановления», едины в том, что это официальный документ коллективного органа власти, принимаемый в коллегиальном порядке. Таким образом, основные свойства постановления с точки зрения порядка принятия состоят в коллегиальной процедуре, включающей обсужде-

ние, согласование, одобрение. [1] На примере, Постановления СНК Коми Автономного Округа «О пенсиях лицам, имеющим особые заслуги перед рабоче-крестьянской революцией» можно отметить некоторые несоответствия формы и содержания акта. Так как Совет Народных Комиссаров Коми АО являлся высшим исполнительным и распорядительным органом государственной власти на территории Коми края и органом единоличного руководства, т. е. управлялся Председателем Совета Народных Комиссаров Коми АО, то соответственно использование подобной формы как «постановление» не вполне соответствует коллегиальной природе данного акта.[2]

Нецелесообразность издания СНК Коми АО актов в форме постановлений проявлялось также и в том, что это угрожало нарушению принципа иерархичности и системности при использовании акта с одним наименованием на двух уровнях: на уровне РСФСР и на уровне Коми Автономной области. Например, Постановление Президиума Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета, которое закрепляло административное деление Коми [3] на всероссийском уровне. И существовала, дублирующая форма акта – постановление об определении административного деления Коми области от 27.12.1921г., регулировавшее те же вопросы, что и Постановление Президиума ВЦИК, но оно было издано уже на уровне субъекта, т. е. на уровне Коми Автономной области.[4]

В постановлениях можно проследить иерархическую связь, существовавшую, между нормативно-правовыми актами различных уровней. Так, Постановление Президиума Исполнительного Комитета Автономной Области Коми от 14 февраля 1922 года ссылается на положения декрета СНК и на резолюцию I-ого ВСЕ КОМИ Съезда Советов. «… Основываясь на положениях декрета СНК от 16 сентября 1921 года и на резолюции, принятой 29 января 1922 года I-ым ВСЕ КОМИ С”ездом Советов по докладу Обкомпроса / I УГЫД ТУI – № 24 от сего февраля /, предложить всем Уисполкомам Области к руководству и исполнению нижеследующее постановление…» [5] Таким образом, судя по порядку и очередности названных актов в постановлении, декрет СНК обладал большей юридической силой, чем резолюция I-ого ВСЕ КОМИ С”езда Советов. (ввиду того, архивный до-

---

[1] *Бошно С. В.* Понятийные и технико-юридические проблемы подзаконных актов // Журнал российского права. 2004. № 12 (96). С. 54.

[2] Постановление СНК Коми Автономного Округа «О пенсиях лицам, имеющим особые заслуги перед рабоче-крестьянской революцией» // НАРК Ф-1 оп.1, д.43, л.28.

[3] Постановление Президиума ВЦИК от 27.12.1921г. // НА РК. ФР-3, оп.1, д.1, л.8.

[4] Выписка из протокола № 14 Пленарного Заседания Революционного Комитета Автономной Области Коми от 27.12.1921г. // НА РК. ФР-3, оп.1, д.1, л.6.

[5] Постановление Президиума Исполнительного Комитета Автономной Области Коми от 14 февраля 1922 года // НА РК. ФР-3, оп.1, д.1, л.6.

кумент не содержал полного наименования органа издавшего декрет, скорее всего речь идет о декрете СНК РСФСР).

Более высокой юридической силой, чем акты СНК РСФСР и резолюции I-ого ВСЕ КОМИ С"езда Советов обладали акты ВЦИК РСФСР. Это подтверждает очередность, в которой указаны акты вышестоящих органов власти. Так, в Обязательном Постановлении Областного Комитета Автономной Области Коми «Об охране лесов и насаждений от хищений и истреблений» законодатель ссылается на следующие нормативно-правовые акты: «В целя охраны лесов и насаждений на территории области от хищений и истреблений на основании постановления ВЦИК и СНК РСФСР от 10-го декабря 1928 года /С. У. от 5/ II – 1929 года/№7 ст.71/, Областной Исполнительный Комитет постановляет…».[1] Анализ Постановления Президиума Исполнительного Комитета Автономной Области Коми и Обязательного Постановления Областного Комитета Автономной Области Коми позволяет сделать вывод, о том что доминирующее значения в системе источников права предоставлялось именно актам российского уровня, причем более высокой юридической силой обладали акты ВЦИК РСФСР, далее по нисходящей, акты СНК РСФСР. Существовали акты органов государственной власти Коми Автономной области, издававшиеся во исполнение актов российского уровня, которые не должны были им противоречить.

Безусловный приоритет в иерархии нормативно-правовых актов, после образования СССР, был отдан актам, издаваемым на общесоюзном уровне. Так сущность системы нормативно-правовых актов состоит, с одной стороны, в единстве, связи, целостности всех элементов, составляющих ее устойчивой структуры с одной стороны [2], с другой – в наличии внутренней расчлененности, дифференцированности цели как системообразующего фактора, и иерархии. В иерархии один структурный элемент находится в определенном подчинении другому, т. е. существует иерархическое неравенство ее структурных элементов. Неравенство, подчинение выражается в зависимости элементов, находящихся на нижестоящих уровнях от элементов, находящихся на вышестоящих уровнях. Иерархический характер свойственен, прежде всего, системе нормативных правовых актов, [3] так как структурные элементы данной системы занимают в ней строго определенное место.

---

[1] Обязательное Постановление Областного Комитета Автономной Области Коми «Об охране лесов и насаждений от хищений и истреблений» // НА РК. Р-136, оп.1, д.125, л.4.

[2] *Блауберг И. В. Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. М., 1973. С.177.

[3] *Толстик В. А.* Иерархия источников российского права: Автореф. … дис. д-ра юрид. наук. Н. Новгород. 2002. С. 12.

Обязательное постановление Исполнительного Комитета Автономной Области Коми от 9 марта 1931г. «О сроках и правилах производства охоты» хотя и содержит ряд грамматических ошибок, подтверждает доминирующее значение нормативно-правовых актов общесоюзного уровня, соблюдая принцип иерархии. «…Провом производство охоты пользуются граждане достигшие 14-ти летнего возраста, не лишенные избирательных прав и имеющие свидетельство на право охоты, оплаченные единой государственной пошлиной, согласно постановления ЦИК и СНК СССР от 2 сентября 1930 года…».[1] Нормативно-правовые акты Коми Автономной области должны были не только соответствовать общесоюзным актам, пояснять их, конкретизировать, но и развивать принципы, заложенные в них, и создавать условия для их реализации на территории Коми Автономной области. Об этом свидетельствует тот факт, что многие постановления, изданные органами государственной власти в Коми Автономной области, в начале текста содержали ссылки на нормативно-правовые акты вышестоящих уровней. К примеру, Обязательное постановление Областного Исполнительного Комитета Коми Автономной области «О воспрещении убоя молочного и племенного рогатого скота, телят и свиней» содержит не просто ссылку на нормативно-правовые акты вышестоящего уровня, но и развивает, конкретизирует, поясняет те принципы, которые предусмотрены актами вышестоящих органов. «В развитие постановления ВЦИК и СНК СССР, опубликованных в «Известиях ЦИК и ВЦИК СССР» от 21 ноября 1931 года Коми Областной исполнительный Комитет постановляет…».[2]

Необходимо отметить, что у постановлений этого периода отмечаются особенности связанные с различными сроками введения их в действие. Сам акт, как правило, содержит различные сроки опубликования и введения его в действие для различных местностей, разделяя территорию Коми Автономной области на сельские и городские районы. Обязательное Постановление Областного Комитета Автономной Области Коми содержит следующие сроки введения его в действие: «…21. Настоящее обязательное постановление входит в силу в г. Устьсысольске через две недели со дня опубликования в Бюллетени ОИК-а, а в сельских местностях – через две недели со дня получения последнего.

22. С изданием настоящего обязательного постановления отменя-

---

[1] Обязательное постановление Исполнительного Комитета Автономной Области Коми от 9 марта 1931г. «О сроках и правилах производства охоты» // НА РК. Ф-99, оп.1, д.14, л.2.

[2] Обязательное постановление Областного Исполнительного Комитета Коми Автономной области «О воспрещении убоя молочного и племенного рогатого скота, телят и свиней» // НА РК. Ф-99, оп.1, д.14, л.5.

ется таковое за № 26 от 17-го мая 1929 года, опубликованное в Бюллетени ОИК-а № 5 – 1929г…».[1] Таким образом, государственные органы в Коми Автономной области, издававшие нормативно-правовые акты (далее – законодатель) намеренно указывает различные сроки введения в действие одного и того же нормативно-правового акта. Возможно, это было связанно, с низкой скоростью доставки информации в отдаленные сельские районы Коми, так как не хватало не только автомобильной техники, но и гужевого транспорта, а протяженность территории Коми АО довольно значительная. Поэтому, если в городе Усть-Сысольске для вступления в действие постановления, достаточно было всего двух недель со дня его опубликования в Бюллетени ОИК-а, то в сельских местностях этот срок отодвигался до дня получения постановления.

Уникально еще одно постановление, в котором сроки введения его в действие, оговоренные в самом акте различны не только для города и сельской местности, но и для кулацких хозяйств. Т. е. законодатель дифференцировал сроки введения в действие акта не только по территориальному признаку, но и по субъектам, участвующим в правоотношениях. В обязательном постановлении Областного Исполнительного Комитета Коми Автономной области «О воспрещении убоя молочного и племенного рогатого скота, телят и свиней» законодатель предусматривает следующие сроки введения в действие постановления. «8. Настоящее обязательное постановление входит в силу по истечению 14 дней; в гор. Сыктывкаре со дня опубликования его, в местной печати, а на местах по получении соответствующего номера газеты. В отношении же кулацких хозяйств – немедленно по опубликовании». [2] Можно заметить, что законодатель выделяет четыре срока вступления в силу постановления. Общий срок равняется 14 дням с момента издания подзаконного акта, и три особые срока: а) в городе со дня опубликования акта; б) в местностях, не относившихся к городу – в момент получения соответствующего номера газеты; в) для кулацких хозяйств – немедленно, в момент опубликования.

Распространен был в рассматриваемый период и такой правовой акт, как циркуляр. Циркуляр – это ведомственный правовой акт, содержащий определенные предписания подчиненным органам. [3] Коми законодатель часто подменял понятия «циркуляр» и «циркулярно», не

---

[1] Обязательное Постановление Областного Комитета Автономной Области Коми «Об охране лесов и насаждений от хищений и истреблений» // НА РК. Р-136, оп.1, д.125, л.8.

[2] Обязательное постановление Областного Исполнительного Комитета Коми Автономной области «О воспрещении убоя молочного и племенного рогатого скота, телят и свиней» // НА РК. Ф-99, оп.1, д.14, л.5.

[3] Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М. 1998. С. 757.

придавая этому большого значения. Многие циркуляры были выполнены в рукописном варианте. Тексты циркуляров по своему стилю напоминали наставления, содержащие дополнительную смысловую нагрузку поучительного характера, нежели четкие указания по конкретным вопросам. [1] Однако, встречаются циркуляры с пометкой СРОЧНО или СПЕШНО, в которых, описывались конкретные меры по искоренению волокиты, неэффективной работы. «…необходимо обратить на эту сторону работы серьезное внимание и проделать следующее:...».[2]

Для некоторых циркуляров 20-х годов характерно использование печати в левом верхнем углу текста. В оттиск печати вписывался орган издавший циркуляр, дата его издания, номер и место издания. Так, если в печати присутствовало название органа и остальные реквизиты циркуляра, то соответственно в названии документа эти данные уже не дублировались. Это, во-первых, экономило время на издание циркуляра, освобождая законодателя от необходимости дублирования реквизитов циркуляра в названии документа; во-вторых, экономило бумагу, которой в стране не хватало. [3]

Необходимо отметить и такую особенность как сочетание или объединение в одном документе, одновременно двух разных форм актов. Встречаются такие необычные экземпляры как: циркулярные распоряжения и циркулярные разъяснения. Коми законодатель пытался объединить циркуляр как ведомственный правовой акт, содержащий определенные предписания подчиненным органам, с распоряжением – ненормативным индивидуальным правоприменительным актом, принимаемым органами государственной власти на основе и во исполнение нормативного правового акта для решения отдельных вопросов. [4] О том, что недопустимо объединять в одном документе две разных формы актов, Коми законодатель в 20-е годы, вероятно, не знал, так как стремился придать издаваемому акту особую значимость. Например, изданное на газетном листе «циркулярное распоряжение», которое, имело двойное название «циркулярное письмо» содержит не просто описание проблемы налаживания письменной связи

---

[1] См.: Циркулярно Обсоберу, Обкомзему, Посевкому, Обпродкому и Всем Райревкомам Коми Области от 14.09.1921г. № 1263 //НА РК. Ф.1, оп.1, д.2, л.32; Циркулярно Всем руководителям областных учреждений от 5.12.1921г. // НА РК. Ф.1, оп.1, д.2, л.28.

[2] См.: Циркулярно Всем Волостным и Сельским ККОВ от 10.10.1925г. № 136 //НА РК. Р.41, оп.1, д.31, л.31; Циркулярно Всем Волисполкомам Ижмо-Печерского уезда от 30.08.1925г. № 2642 //НА РК. Р.41, оп.1, д.20, л.65.

[3] См.: Циркулярно Всем Обкомиссарам от 29.08.1921г. № 1063 //НА РК. Р.135, оп.1, д.2, л.38; Циркулярно Всем Волисполкомам Ижмо-Печерского уезда от 30.08.1925г. № 2642 //НА РК. Р.41, оп.1, д.20, л.65.

[4] См.: *Бошно С. В.* Понятийные и технико-юридические проблемы подзаконных актов // Журнал российского права. 2004. № 12 (96). С. 59.

между комитетами, но и решение данных вопросов. «Нередки случаи, когда материалы направляются просто «к делу» при наличии даже имеющихся возражений… Чтобы положить конец подобным явлениям, сводящим на нет существующую систему письменной связи между комитетами КОВ, – Центральный Комитет Крестьянской Общественной Взаимопомощи предлагает вам впредь руководствоваться следующими указаниями:…5. Вышестоящие Комитеты КОВ должны следить за своевременной и регулярной присылкой местами указанных материалов, к неаккуратным комитетам принимать нужные меры воздействия…» [1] К нормативным правовым актам подобное циркулярное распоряжение не относится. Его можно рассматривать как ненормативный индивидуальный правоприменительный акт, принятый Центральным Комитетом Крестьянских Обществ Взаимопомощи для решения проблемы налаживания письменной связи между комитетами. Ненормативность акта выдают также и используемые в нем словосочетания и лексические обороты: «сводящий на нет, просто «к делу», неаккуратным комитетам, нужные меры воздействия». Другим подобным примером, является «циркулярное распоряжение», имеющее двойное название. Ниже по тексту оно также содержало еще одно наименование акта – циркуляр № 80,[2] оставляя открытым вопрос, о том, что это за акт циркуляр или циркулярное распоряжение.

Объединение в одном документе, одновременно двух разных форм актов происходило не только с циркуляром и распоряжением. Имело место, также и сочетание циркуляра и разъяснения. В результате появлялось «циркулярное разъяснение», правовое назначение которого состояло в том, чтобы обеспечить правильное и единообразное осуществление толкуемых норм права во всех случаях, на которые они распространялись. По мнению С. В. Бошно до 1997 года разъяснения были законной формой, так как они входили в перечень форм актов, установленных в пункте 3 Правил подготовки ведомственных актов. В современной правовой системе России разъяснение – это не самостоятельный вид акта, это этап толкования правовых норм. [3] Поэтому, Циркулярное раз”4яснение от 5.05.1921г. [4] толковало и конкретизировало применение норм регламентирующих процесс конфискации и реквизиции имущества частных лиц.

Встречались также и акты, являющиеся по своей правовой природе локальными правоприменительными, например приказы. Приказ, согласно большому юридическому словарю, представляет собой акт руководителя органа государственного управления или государ-

---

[1] Циркулярные распоряжения // НА РК. Р.41, оп.1, д.31, л.40.
[2] Циркулярные распоряжения // НА РК. Р.41, оп.1, д.31, л.41.
[3] *Бошно С. В.* Нормативные правовые акты // http://www.centrlaw.ru
[4] Циркулярное разъяснение от 5.05.1921г. // НА РК. Р.41, оп.1, д.2, л.74.

ственного учреждения; либо распоряжение руководителя, начальника подчиненным. [1] По мнению, С. В. Бошно, приказ – это правовой документ, принимаемый правомочным на то должностным лицом, в порядке осуществления единоначалия… [2] Приказы издавались в основном уездными революционными комитетами по разнообразным вопросам, начиная от правил ведения документации, заканчивая хозяйственными вопросами. Например, «Приказ Печерскаго Уезднаго Революционнаго Комитета № 15 от 6-го апреля 1920 года» содержал требования по оформлению документации, несмотря на допущенные грамматические ошибки. «…Исходящие от отделов телефонограммы должны обязательно иметь число, месяц и исходящий №».[3] Приказ Печерского Уездного Революционного Комитета № 24 от 19-го апреля 1920 г. назначал дату созыва уездного съезда крестьянских депутатов. «… и 20 мая в Усть-Цильме созываем уездный съезд крестьянских Депутатов». [4] Приказ Печерской Уездной Комиссии по борьбе с трудовым дезертирством при Печерском уезде от 22-го апреля 1931г. [5] содержал перечень мер, необходимых для трудоустройства местного населения. В приказах этого периода наметилась общая тенденция присутствия большого количества описаний и констатации фактов, нежели конкретных действий.

Инициативный подход в создании правовых актов проявляли представители КраЙОНО, начальники ОСП ПП ОГПУ СК (трудовых лагерей ГУЛАГА), которые в числе иных актов издавали методические указания, методические письма. Например, Методические указания «Организация и работа с активом», [6] регулируют вопросы организации спецпоселка, формы работы с молодежью в спецпоселке, виды организации стенгазеты, лекций, докладов, кружков в спецпоселках. Методическое письмо «К вопросу коммунистического воспитания детей в школах спецпоселков» описывает процесс коммунистического воспитания детей-кулаков в школах. «…Особенностью работы школы в с/поселке является то, что школа имеет дело с детьми самого живучего, самого паразитического остатка капиталистиче-

---

[1] Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М. 1998. С. 547.

[2] *Бошно С. В.* Понятийные и технико-юридические проблемы подзаконных актов // Журнал российского права. 2004. № 12 (96). С. 57.

[3] Приказ Печерскаго Уезднаго Революционнаго Комитета № 15 от 6-го апреля 1920 года // НА РК. Р.41, оп.1, д.1, л.32.

[4] Приказ Печерского Уездного Революционного Комитета № 24 от 19-го апреля 1920 года // НА РК. Р.41, оп.1, д.1, л.47.

[5] Приказ Печерской Уездной Комиссии от 22-го апреля 1931 года // НА РК. Р.41, оп.1, д.2, л.74.

[6] Методические указания Организация и работа с активом //НА РК. Р.374, оп.1, д.4, л.44.

ского класса – кулачества. …Школа должна развивать у детей горячую любовь к школе…

Данное письмо …ставит своей целью помочь школе в постановке общественно-политического воспитания детей в школе с/поселка как части коммунистического воспитания вообще…» [1]

Методические указания, методическое письмо определяли в виде наставлений основные направления, формы, виды и методы работы подразделений ОГПУ. Поэтому, эти акты целесообразнее было назвать правилами или инструкциями.

Часто использовались и такие подзаконные акты, как инструкции. Инструкция, согласно большому юридическому словарю, это один из видов нормативных правовых актов подзаконного характера, издаваемый министерствами, руководителями других центральных и местных органов государственной власти и управления в пределах их компетенции на основании и во исполнение законов, указов, постановлений и распоряжений Правительства и актов вышестоящих органов государственного управления. [2]

Очевидно, что инструкция издается с целью разъяснить и определить порядок применения законодательного акта органами исполнительной власти. Например, инструкция «По заполнению формы № 6 об организации труда и трудиспользование», [3] инструкция «По заполнению формы № 8 об организации неуставных сельских артелях в спецпоселках», [4] инструкция «По составлению итоговых сводок уборочной и с/х кампаний в спецпоселках Северного края за 1933г.»,[5] где где определяется порядок заполнения, составления соответствующих форм документов. Необходимо отметить, что первые две инструкции были напечатаны с использованием молодцовского алфавита на бумаге имеющей водяные знаки. Подобные водяные знаки содержали повторяющиеся надписи «sidication ukrpapier».

Сложность идентификации определенного вида источника права рассматриваемого периода, связана с такими актами как резолюция и директива. Согласно, большому юридическому словарю, резолюция (·*лат.* resolutio) имеет насколько значений:

---

[1] Методическое письмо К вопросу коммунистического воспитания детей в школах спецпоселков // НА РК. Р.374, оп.1, д.4, л.27.

[2] Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М. 1998. С. 255.

[3] Инструкция По заполнению формы № 6 об организации труда и трудиспользование // НА РК. Р.374, оп.1, д.3, л.172.

[4] Инструкция По заполнению формы № 8 об организации неуставных сельских артелях в спецпоселках // НА РК. Р.374, оп.1, д.3, л.175.

[5] Инструкция По составлению итоговых сводок уборочной и с/х кампаний в спецпоселках Северного края за 1933г. // НА РК. Р.374, оп.1, д.3, л.269.

1) решение, название актов, принимаемых, лишь одной из палат парламента; она обсуждается в ином порядке, чем законопроекты и не передается на подпись главе государства. Содержание резолюции обычно связано не с законодательными, а с иными полномочиями парламента.

2) Письменное заключение, распоряжение должностного лица на деловой бумаге[1].

Если придерживаться первой интерпретации, то речь идет о резолюции, как о решении или постановлении, принятом в результате обсуждения какого-либо вопроса на заседании коллегиального органа, собрания и т. д. Действительно, резолюции, как решения, принимаемые в результате прослушанного доклада, издавались коллегиально Съездом Советов, Совещанием счетоводов, I-м Всезырянским Съездом Российской Коммунистической Партии и другими органами и организациями. По своему содержанию они скорее напоминали отчеты о проделанной работе, где выделялись положительные и отрицательные стороны общественно-хозяйственной деятельности в различных районах, успехи и неудачи в достижениях[2]. Кроме того, встречаются резолюции, в которых, кроме констатации фактов, принимались также и конкретные решения. Например:

«Заслушав информацию …о ходе мобилизации средств 1 квартала 1935 г. совещание счетоводов ОТМЕЧАЕТ:

1. Мобилизация средств по району идет неудовлетворительно…, такое безобразное положение объясняется в результате отсутствия массово-политических раз"яснений работы…

Совещание счетоводов ПОСТАНОВЛЯЕТ:

1. Обязать всех счетоводов с/совета широко развернуть массовую разъяснительную работу …

2. Предложить…»[3]

Другим примером является Резолюция I-го Всезырянского Съезда Российской Коммунистической Партии, в которой решается вопрос о выделении зырян в особую административную единицу и формировании Автономной Советской Социалистической Республики Коми[4].

К источникам права в рассматриваемый период в Коми Автономной области относились директивы вышестоящих органов.

---

[1] Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М. 1998. С. 589.

[2] Резолюция По докладу о задачах культурной рекволюции, принятая на II – м С"езде Советов Сыктывдинского района 1931 г. // НА РК. Ф.99, оп.1, д.14, л.43.

[3] Резолюция // НА РК. Р.1104, оп.1, д.48, л.20.

[4] Резолюция I-го Всезырянского Съезда Российской Коммунистической Партии // НА РК. Ф.398, оп.1, д.57, л.16.

Поскольку директиву необходимо рассматривать как руководящее указание, распоряжение, команду или предписание вышестоящего органа или должностного лица, которое было обязательно для выполнения, то ее необходимо относить к «особому» виду источников права. В качестве примера можно привести обвинительное заключение вынесенное Начальником Суворовского Р/С НКВД в котором присутствует ссылка на директиву УНКВД по СКК. «В 1930 году при выселении кулаков из бывшего Ессентуковского района был выслан кулак…

12 июня 1934г. … совершил побег со ссылки…

На основании предложенного и руководствуясь директивой УНКВД по СКК

ОБВИНЯЕТСЯ:…» [1]

С развитием и совершенствованием системы нормативно-правовых актов в Коми директивы потеряют свое былое значение, и не будут применяться в качестве источников права.

Необходимо отметить, что существовала острая проблема внутренней структуризации, существующих к тому времени Коми региональных нормативно-правовых актов, так как в этот период активизируется нормотворческая деятельность в Коми Автономной области. Понятие «структура» тесно связано с понятием «система», однако между ними существует и различие. Структура «представляет» систему, выражает способ существования и связи элементов системы. Понятие «структура» помогает вскрыть более глубокое содержание системы. Оно позволяет уяснить, почему качество системы в целом отличается от суммы качеств составляющих ее элементов. Структура – это особый способ внутренней взаимосвязи элементов в системе; [2] это то, что охватывает все элементы системы закономерной связью. [3] Структура будто пронизывает все элементы системы единой нитью, представляя собой характеристику любой системы.

Собственное нормотворчество для Коми Автономной области было явлением достаточно новым, Коми региональный законодатель не обладал достаточным количеством знаний и опыта, для создания качественных нормативно-правовых актов.

В идеале, система нормативно-правовых актов должна представлять собой совокупность элементов связанных друг с другом, образующих целостность, единство, порядок, целесообразные отношения друг с другом. Она имеет отличительные признаки, такие как: единство, взаимосвязанность элементов, взаимозависимость, целесообраз-

---

[1] Обвинительное заключение от 27 марта 1935г. // НА РК. Р.374, оп.1, д.18, л.165.
[2] См.: *Керимов Д. А.* Философия проблемы права. М., 1972. С. 274.
[3] См.: *Сорокин В. В.* К понятию правовой системы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2003. №2 (247). С.4.

ность отношений. Подобные признаки отличают понятие “система” от других сходных явлений и достаточно значимы для данного понятия, являясь ее элементами.

Однако, говорить о системе нормативно-правовых актов в Коми Автономной области в 20-е – I половине 30-х годов XX века необходимо достаточно условно. Подобная условность вызвана рядом особенностей, существовавших в данный период. К ним относятся: наличие плохо связанных друг с другом, и не образующих единой целостности, единого порядка нормативно-правовых актов; большое количество подзаконных актов; отсутствие такого источника права, как закон Коми Автономной области; наличие нормативной несогласованности среди нормативно-правовых актов; государственный характер нормативно-правовых актов; издание нормативно-правовых актов определенными органами государства и специально управомоченными общественными организациями, ранее в дореволюционный период, не существовавших; применение в качестве источника права правоприменительных актов; присутствие нормативного характера в нормативно-правовых актах; сочетание одновременно в одном акте двух форм.

Библиографический список:

1. *Блауберг И. В. Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. М., 1973.
2. *Бошно С. В.* Нормативные правовые акты // http://www.centrlaw.ru
3. *Бошно С. В.* Понятийные и технико-юридические проблемы подзаконных актов // Журнал российского права. 2004. № 12 (96).
4. *Керимов Д. А.* Философия проблемы права. М., 1972.
5. *Толстик В. А.* Иерархия источников российского права: Автореф.дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород. 2002.

Правовые акты как источник по истории среднего профессионального образования в дореволюционной России

положение; устав; циркуляр; правила; промышленное училище; коммерческое училище; земледельческое училище; Казань.

Т. А. Магсумов

кандидат исторических наук, доцент кафедры истории дисциплин Набережночелнинского государственного педагогического института

Законодательные акты и нормативно-правовые документы являются базой для современных исторических, и, в частности, историко-образовательных исследований. Данные источники, регламентировавшие и регулировавшие функционирование системы профессионального образования, занимают, как правило, первые места в источниковедческих обзорах исторических и историко-педагогических исследований.

Капиталистическая модернизация и быстрый экономический рост России во второй половине XIX – начале XX в. потребовали от правительства создания системы профессионального образования, и, следовательно, ее законодательного оформления. Как следствие, в стране увеличивается количество средних профессиональных учебных заведений разных типов – промышленных, земледельческих, коммерческих, речных и железнодорожных училищ.

Основной задачей законодательства в этой сфере стало создание сети профессиональных учебных заведений по всей стране, разграничение компетенции между органами центральной власти и органами управления образованием различных уровней, определение прав и обязанностей должностных лиц и учащихся и т. д. Правовое регулирование профессионального образования было хорошо продумано, достаточно результативно и касалось всех сторон деятельности учебных за-

ведений. Обязательность законодательных норм определила их важнейшую роль в развитии профессиональной школы России[1].

В большинстве своем нормативные акты опубликованы в «Полном собрании законов Российской империи», в периодически переиздававшемся «Своде законов Российской империи», в специальных сборниках постановлений и циркуляров министерств и ведомств, в ведении которых находились средние профессиональные учебные заведения, а также в официальных отделах специальных журналов, таких, как, «Журнал Министерства народного просвещения», «Техническое и коммерческое образование» и т. д.[2]

«Свод законов Российской империи» был утвержден в 1833 г. в царствование Николая I и введен в действие с 1835 г. В дальнейшем выходившие новые законодательные акты печатались как продолжение «Свода законов». В Своде каждый том посвящен определенному предмету, что составляет определенное удобство при изучении законодательства по исследуемому вопросу. Важно изучить одиннадцатый том, в котором собраны уставы учебных заведений МНП[3]. В Своде содержится множество документов, касающихся устройства и функционирования учебных заведений: мужских и женских гимназий и прогимназий, учительских институтов и семинарий. Каждый раздел, посвященный учебному заведению, состоит из нескольких пунктов: а) общие положения; б) управление учебными заведениями и их личный состав; в) учебно-воспитательная часть; г) учащиеся.

Имеются также сведения по конкретным учебным заведениям, например, о Казанской учительской семинарии[4]. Многие статьи Свода сопровождаются особыми примечаниями, уточняющими то или иное положение относительно конкретного учебного заведения, и приложениями, сопровождающимися таблицами числа недельных часов уроков в гимназиях Министерства народного просвещения (далее МНП).

---

[1] *Магсумов Т. А.* Правовое регулирование сферы среднего профессионально-технического образования в России на рубеже XIXXX вв. // Вестник НГПИ. Выпуск 13. Н. Челны: НГПИ, 2008. С. 24.

[2] Свод законов Российской Империи : [Изд. 1876–1917 гг.] СПб., 1876–1917. Т. 11, ч. 1: Свод уставов ученых учреждений и учебных заведений ведомства Министерства народного просвещения. 1893; Сборник постановлений по Министерству народного просвещения. СПб.: тип. Т-ва «Общественная польза», 1864–1904. Т. 8–17. СПб., 1881–1904; Средние технические училища. Низшие технические училища. СПб. : издание отдела промышленных училищ Министерства народного просвещения, 1909.

[3] Свод законов Российской Империи: [Изд. 1876–1917 гг.]. Спб., [1876–1917]. Т. 11, ч. 1: [Свод уставов ученых учреждений и учебных заведений ведомства Министерства народного просвещения]. 1893.

[4] Свод законов Российской Империи : [Изд. 1876–1917 гг.]. Спб., [1876–1917]. Т. 11, ч. 1: [Свод уставов ученых учреждений и учебных заведений ведомства Министерства народного просвещения]. 1893. С. 305–306.

Помимо основных сводов, законодательные материалы публиковались в специальных, как правило, ведомственных сводах или сборниках. Весьма информативным источником является сборник документов «Средние технические училища. Низшие технические училища»[1], который носил нормативно-правовой характер, содержал комментированные выдержки из официальных документов и имел четко выраженное функционально-целевое назначение.

Нормативно-правовой анализ исходных положений функционирования средней профессиональной школы позволяет охарактеризовать законотворческую деятельность власти в сфере образования, выявить основные элементы структурной организации средней школы как социально-политического института, определить правовой статус педагогов и учащихся, а также проследить эволюцию юридического статуса учебных заведений. Материалы законодательства позволяют сопоставить первоначальные замыслы и реальные практические шаги правительства в сфере среднего профессионального образования и тем самым содействуют более глубокому осмыслению образовательной политики правительства на рубеже XIX-XX вв.

Группу правовых источников по сфере действия можно разделить на три подгруппы: законы, ведомственно-нормативные документы и локальные акты учреждений.

В самом общем виде законодательные акты можно определить как нормативные документы, санкционированные верховной властью. В условиях самодержавия действовало правило, емко отражавшее суть существовавшего строя, – «всякое повеление государя есть закон», что обусловило многообразие разновидностей законодательных актов и неразграниченность их содержания от содержания прочих распоряжений главы государства. Законы Российской империи, касающиеся народного образования, вплоть до 1906 г., издавались в форме «положений», «уставов», «указов», «учреждений», «повелений», «разъяснений» и «мнений» Государственного совета и докладов министров, удостоенных Высочайшего утверждения.

Наиболее распространенной и важнейшей формой собственно законов, регулировавших деятельность сферы профессионального образования в России, было «Положение», под которым понималась «как совокупность правил, относящихся к устройству и способам деятельности правительственных установлений, так и совокупность правил о том или другом сословном или общественном учреждении, или о какой-либо отрасли управления, или о какой-либо стороне хозяйственной

[1] Средние технические училища. Низшие технические училища. СПб. : издание отдела промышленных училищ Министерства народного просвещения, 1909.

жизни»[1]. «Положения» в сфере образования можно определить как собрание правил, определявших устройство, права и обязанности определенных типов учебных заведений, отражавших суть государственной политики в области образования. Статус закона в нем подчеркивался соответствующей формулировкой – «Высочайше утвержденное Положение». Сравнительный анализ «Положений» о различных типах учебных заведений позволяет сделать вывод об их однотипности. Основными «Положениями», регулирующими деятельность в сфере среднего профессионального образования дореволюционной России являлись «Основные положения о промышленных училищах» [Утв. 7 марта 1888 г.][2], «Положение о земледельческих училищах» [Утв. 30 мая 1878 г.][3], «Положение о коммерческих учебных заведениях» [Утв. 15 апреля 1896 г.][4], «Положение о речных училищах Ведомства путей сообщения» [Утв. 10 июня 1902 г.][5], «Положение о технических железнодорожных училищах» [Утв. 7 апреля 1886 г.][6] и ряд других. «Положения» определяли цель и задачи учебных заведений, содержание образования, структуру управления, педагогическую деятельность, права и обязанности педагогов и учащихся.

К «Положению», как правило, прилагались в табличной форме «Штаты» учебных заведений. В них регламентировалось количество преподавателей и служащих, с указанием их годового содержания (жалованья, столовых и квартирных денег), классов и разрядов (по должности, мундиру и пенсии). В «Штатах» также закладывались конкретные суммы и статьи на содержание школ. Так, в средних технических училищах они включали: затраты на приготовление опытов, учебные пособия, материалы и инструменты, канцелярские расходы, наем прислуги, машиниста, кузнеца, подмастерьев, летние занятия учеников и содержание дома (зданий и служб учебного заведения)[7]. Небольшие

---

[1] *Брокгауз Ф.-А.* Энциклопедический словарь / Под ред. проф. И. Е. Андреевского. Т. 47. СПб.: Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон, 1905. С. 357.

[2] Основные положения о промышленных училищах : [Утв. 7 марта 1888 г.] // Средние технические училища… С. 6-27.

[3] Положение о земледельческих училищах от 23 мая 1878 г. : [Утв. 30 мая 1878 г.] // Сборник сведений по сельскохозяйственному образованию. Вып. IV. Сельскохозяйственные учебные заведения по сведениям к 1 января 1899 г. СПб : [Б.и.], 1900. С. 16–21 приложения.

[4] Положение о коммерческих учебных заведениях : [Утв. 15 апреля 1896 г.] // Полное Собрание Законов Российской Империи. Собрание 3-е. Т. XVI. 1896. Отделение 1-е. СПб. : Гос. тип., 1899. С. 286–291.

[5] Положение о речных училищах Ведомства путей сообщения; Штаты речных училищ Ведомства путей сообщения : [Утв. 10 июня 1902 г.] // Полное собрание законов Российской империи. Собрание 3-е. Отделение 1-е. СПб : Гос. тип., 1904. С. 607–610.

[6] Положение о технических железнодорожных училищах : [Утв. 7 апреля 1886 г. с изм. от 26 декабря 1888 г., 8 апреля 1891 г. и 28 февраля 1894 г.]. СПб : [Б.и.], 1894.

[7] Устав средних технических училищ : [Утв. 27 сент. 1889 г.]. СПб. : Типография Императорской Академии наук, [1889]. С. 27–42.

примечания к «Штатам» прописывали особенности финансирования в случае недостаточности сумм по ряду расходных статей и специфику оплаты труда административного персонала. При рассмотрении вопросов финансирования учебных заведений следует проводить сравнительный анализ штатов с бюджетом конкретного учебного заведения, не забывая о том, что, помимо штатных сумм, учебное заведение обладало дополнительными средствами в виде экономических денег (специальных средств), в состав которых входили остаточные деньги от прошлых лет, деньги, собираемые с учеников за обучение, пожертвования, доходы с принадлежащих училищам имуществ, продажи изделий и исполнения заказов[1].

Важным видом источников по истории образования в России рубежа XIX-XX вв. являются «Уставы», представлявшие собой нормативно-правовые акты, в соответствии с которыми должны были действовать профессиональные учебные заведения на местах. Для каждого типа учебных заведений профильные министерства разрабатывали примерные «Уставы», например «Устав средних технических училищ» (1889)[2], «Устав средних сельскохозяйственных училищ» (1912)[3], которые носили обязательный характер и затрагивали все сферы их функционирования. Для государственной школы Уставы издавались в виде законодательных актов, а для негосударственной – в виде ведомственных распоряжений. Министерские Уставы отличались однородностью и в основном повторяли, хотя и несколько расширяя и объясняя, разделы «Положений» об учебных заведениях и служили образцом для составления уставов каждого конкретного учебного заведения, которые затем утверждались соответствующим министром. Сравнительный анализ текстов уставов профессиональных учебных заведений Казани, например «Устава Казанского коммерческого училища» (1904)[4], «Устава Казанской городской торговой школы» (1912)[5], показал, что они имели значительное сходство, несмотря на различную профессиональную направленность и разницу утверждения во времени, что объясняется, по-нашему мнению, однотипностью «Положений» об учебных заведениях и министерских Уставов. Различным мог-

---

[1] *Магсумов Т. А.* Средняя профессиональная школа Казани в конце XIX – начале XX века : монография. СПб. : Инфо-да, 2010. С. 103.

[2] Устав средних технических училищ : [Утв. 27 сент. 1889 г.]. СПб. : Типография Императорской Академии наук, [1889].

[3] Устав средних сельскохозяйственных училищ по Положению 26 мая 1904 года : [Утв. 4 янв. 1912 г.]. СПб. : Типография В. Киршбаума, 1912.

[4] Устав Казанского коммерческого училища: [Утв. 17 февраля 1904 г.]. Казань : Литотипография И. Н. Харитонова, 1906.

[5] Устав Казанской городской торговой школы: [Утв. 25 сент. 1909 г.]. Казань : Типолитография Окружного штаба, 1912.

ло быть расположение структурных частей Уставов, что не имело принципиального значения.

Как министерские, так и Уставы конкретных школ делились на разделы, состоящие из параграфов. В разделе «Общие положения» отражались цели учебных заведений, ведомственная принадлежность, открытость или закрытость учебного заведения, иногда – уровень дававшегося образования. Раздел «Учебная часть» устанавливал продолжительность курса обучения и учебного года, определял список изучаемых дисциплин, число учеников в классе. В разделе «Об учащихся» регламентировались условия приема, порядок проведения переводных и выпускных экзаменов, льготы и привилегии выпускников, в уставах коммерческих учебных заведений – размеры и сроки внесения платы за обучение. Отдельные разделы были посвящены управлению учебным заведением: «Должностные лица» («Директор и инспектор»), «Педагогический совет», «Хозяйственный комитет», «Почетный попечитель» (в коммерческих школах – «Попечительный совет»). Они определяли устройство, состав, сферу компетенции и обязанности должностных лиц и органов, осуществлявших непосредственное управление школой. Завершали Уставы разделы, оговаривавшие права и льготы учебных заведений, преподавателей и служащих, а также определяли порядок счетоводства и отчетности. К министерским Уставам дополнительно прилагались штаты учебных заведений и таблицы числа часов учебных занятий в неделю.

К группе нормативных источников тесно примыкают циркуляры, являющиеся разновидностью распорядительной документации, разъясняющей законодательные акты или распоряжения администрации. При исследовании вопросов истории образования в Казанской губернии в основном используются циркуляры по Казанскому учебному округу (далее КУО), которые состояли из двух отделов. В первом были помещены правительственные распоряжения (высочайшие повеления, распоряжения министра народного просвещения и попечителя КУО). Во втором – извлечения из протоколов совета, состоящего при попечителе округа, педагогических советов гимназий, губернских и уездных училищных советов и уездных училищ. В ходе исследования проблемы развития среднего профессионального образования в Казанской губернии привлекаются главным образом циркуляры по КУО, которые в большинстве случаев были общими для всех учебных округов России, за исключением тех ситуаций, когда речь шла о конкретном учебном заведении. К примеру, об открытии и закрытии учебных заведений, дополнительных при них классах; выдаче свидетельств на звание учителей, воспитателей и домашних наставников; об отпусках; извлечения по осмотру учебных заведений и т. д. Циркуляры позволяют судить о некоторых сторонах жизни и деятельности профессиональных

школ, а именно о материальном обеспечении, профессиональном уровне педагогов, о назначении и увольнении учителей, о мотивах, целях и задачах, которые преследовались при открытии средних учебных заведений. Помимо этого, в них имеются данные о числе учебных заведений в губерниях и округе, количестве учителей и учащихся в них.

Циркуляры издавались, как правило, раз в месяц, в объеме от двух до пяти листов книжками. Причем приобретение их было обязательно для мужских и женских гимназий и прогимназий, учительских семинарий и институтов. При работе с циркулярами обнаруживается, что некоторые из них выходили под грифом секретности, и связано это было с ограничением использования законов или непосредственно с борьбой против ученических и студенческих выступлений. Среди таких циркуляров можно выделить циркуляр «О кухаркиных детях»[1], «Процентная норма евреев»[2]. Эта группа источников позволяет выявить и оценить отношение, как государственной власти, так и местных властей к системе среднего профессионального образования и к конкретным школам.

Особое место в данной группе источников занимают разнообразные Правила, являющие собой своеобразные правоприменительные акты. Особенно много Правил утверждалось и издавалось министром народного просвещения[3], в силу того, что МНП являлось самым консервативным из образовательных ведомств страны и стремилось мелочно регламентировать все сферы деятельности подконтрольных ему учебных заведений.

Безусловным преимуществом законодательных и подзаконных актов перед другими типами источников является то, что они лучше поддаются обобщению, чему во многом способствует устойчивая структура законодательного акта как документа. Эта группа источников является наиболее систематизированной, емкой и доступной для исследователей.

Как особый вид исторических источников, правовые акты требуют применения определенных приемов анализа, позволяющих наиболее полно раскрыть их содержание, особенности и значение. Методы рабо-

---

[1] Циркуляр «О кухаркиных детях» (Доклад «О сокращении гимназического образования») [Изд. 1 июля 1887 г.] за 1887 г. // НАРТ, ф. 92, оп. 1, д. 17324.

[2] Циркуляр «Процентная норма евреев» [Изд. 10 июля 1887 г.] за 1887 г. // НАРТ, ф. 92, оп. 1, д. 24413.

[3] Правила для приготовляющихся в учители специальных предметов и руководители практических занятий в средних и низших технических училищах Министерства Народного Просвещения : [Утв. 24 апреля 1894 г.] // Средние технические училища… С. 238–253; Правила для учеников средних четырехклассных технических училищ: [Утв. 28 июля 1906 г.] // Средние технические училища… С. 253–271; Правила для учеников низших технических училищ: [Утв. 26 мая 1901 г.] // Средние технические училища… С. 253–271.

ты с этими разновидностями источников зависят от цели исследования, типа документа, его назначения, времени создания и т. д. Источниковедческий анализ правовых документов может проводиться в нескольких плоскостях. В каждом случае ставятся специфические задачи: изучение истории текста, установление роли того или иного лица в его разработке, выявление характера законодательства, отражения в нем тех или иных аспектов исторической действительности, анализ его реализации. Рассмотрение действия закона важно проводить с учетом местных особенностей и исторического процесса, давать оценку возможности реализации этих положений в жизнь.

Помимо комплексного использования законодательных актов в историческом и источниковедческом исследовании, применяются и иные, частные методы изучения законодательных материалов – сравнительный анализ, статистический метод и метод грамматического толкования документа и изучения литературно-юридических форм его изложения[1].

При работе с нормативно-правовыми документами большое внимание следует уделять их сравнительному и системно-сопоставительному анализу, поскольку нельзя отдельный действующий закон рассматривать изолированно, без учета внесенных в него изменений и нормативных актов, регламентирующих деятельность других средних общеобразовательных и профессиональных учебных заведений (гимназий, семинарий и др.). Внутренний анализ представляет собой сравнение актов, касающихся отдельных типов учебных заведений, внешний – с актами по гимназиям, учительским институтам и семинариям[2].

Сравнительный анализ нормативных правовых актов в одной и той же сфере образования, но изданных в разное время, равно как и изменений, вносимых в законодательный акт, позволяет проследить изменение правительственной политики, направление его эволюции. Так, например, сравнивая «Положения» о земледельческих училищах 1878 г. и 1904 г., можно констатировать, что в отношении педагогов земледельческих училищ государство постепенно повышало их правовой статус и материальные гарантии. «Положение 1878 г.» разрешало лишь двукратное повышение оклада на 25 % по выслуге 5 и 10 лет в одном учебном заведении. «Положение 1904 г.» разрешило уже четы-

---

[1] Источниковедение истории СССР: Учебник для ист. спец. ун-тов и пед. ин-тов / И. Д. Ковальченко, С. В. Воронкова, А. В. Муравьев и др.; Под ред. И. Д. Ковальченко. М.: Высш. школа, 1973. С. 300.

[2] Устав гимназий и прогимназий ведомства Министерства народного просвещения: [Утв. 30 июня 1871 г.]. СПб. : Печ. В. Головина, 1871; Устав православных духовных семинарий [Утв. 22 авг. 1884 г.] // Полное собрание законов Российской империи. Собрание 3. СПб., 1887. Т. 4. С. 437–448.

рехкратное повышение окладов на 25 % каждые пять лет, которые сохранялись и при переходе в другие сельскохозяйственные учебные заведения[1].

При анализе локальных актов конкретных учебных заведений следует помнить, что при их составлении обязательно учитывались соответствующие законы и подзаконные акты, в регулировании школ они, как правило, не выходили даже за дозволенные рамки, но при этом в них отражалась специфика каждой школы, складывавшаяся под влиянием местных условий. Так, несмотря на дозволенный «Уставом» средних сельскохозяйственных училищ 1912 г., на усмотрение педагогического совета конкретной школы и под его ответственность, прием учеников более старшего возраста, в правилах приема Казанского сельскохозяйственного училища этот пункт отсутствует. Видимо, педагогический совет училища не решился взять на себя эту ответственность, скорее всего, боясь активного участия слишком взрослых учеников в общественном движении. Если говорить о специфике местных условий, то, к примеру, «Устав» Казанского коммерческого училища предусматривал преподавание «магометанского вероучения» для учащихся, исповедовавших ислам[2]. Сделано это было для привлечения учеников мусульманского вероисповедания, более того, по решению педагогического совета уже в 1905 г. детям-татарам было разрешено поступать в соответствующий класс училища в более старшем возрасте, чем это требовал устав, поскольку при поступлении в русские учебные заведения им приходилось тратить много времени на усвоение русской разговорной речи, чтобы понимать материал и преподавателей[3].

Материалы законодательства – это, по сути, массовый источник, поэтому к ним применим статистический метод. Его преимущество заключается в том, что, характеризуя количественную сторону явления, он помогает полнее понять присущую им закономерность. Особый интерес может представлять анализ учебных планов и, в частности, динамики количества учебных часов и изменения состава обязательных предметов. Так, по сравнению с «Положением» о земледельческих училищах 1878 г. в «Положении» 1904 г. к специальным предметам в сельскохозяйственных училищах было добавлено изучение землемерия, энтомологии и почвоведения общим количеством 12 не-

---

[1] Положение о земледельческих училищах от 23 мая 1878 г. : [Утв. 30 мая 1878 г.]… С. 19, § 13; Устав средних сельскохозяйственных училищ по Положению 26 мая 1904 года : [Утв. 4 янв. 1912 г.]… С. 17, § 42.

[2] Устав Казанского коммерческого училища : [Утв. 17 февраля 1904 г.]… С. 5, § 6, Прим. 3.

[3] Протоколы заседаний педагогического совета Казанского коммерческого училища за 1904 г. // НАРТ, ф. 120, оп. 1, д. 1 а, л. . 26–27.

дельных уроков[1]. По сути, эти предметы были просто выведены из общих курсов ботаники и зоологии, но их отдельное изучение в большем объеме, обусловленное практическими потребностями подготовки разносторонне развитых специалистов, способствовало более глубокому пониманию учениками этих дисциплин и приобретению соответствующих навыков.

Нормативные правовые и правоприменительные акты можно отнести к важнейшим источникам по истории профессионального образования, поскольку они составляют правовую основу функционирования учебных заведений этого типа. По своему назначению они фиксировали, регулировали и направляли наиболее важные виды деятельности профессиональных школ.

Источниковедческий анализ законодательных актов показал, что со временем они значительно изменялись, расширялись и корректировались в связи с изменениями в образовательной политике, с учетом местных условий и несовершенностью правовой системы. Комплексный анализ законодательных актов позволяет установить, кому принадлежала инициатива в разработке тех или иных норм или бездействия правительства по изменению уже существующих законов, проследить эволюцию системы образовательного законодательства России.

---

[1] *Танеев В. В.* Казанское сельскохозяйственное училище . Пг.: Типография В. Ф. Киршбаума, 1915. С. 32.

Правовая мысль прошлого

Анархизм[1]

(Окончание. Начало в № 2/2011)
анархизм; справедливость; критика; закон; историческое развитие; общество

П. Эльцбахер
приватдоцент, судья

Глава четвертая. Учение Бакунина

I. Общее

1. Михаил Александрович Бакунин родился в 1814 году в селе Прямухине, Торжокского уезда, Тверской губернии. В 1834 году он поступил в петербуржскую артиллерийскую школу, в 1835 году стал офицером; в этом же году оставил Петербург, после чего жил попеременно то в Прямухине, то в Москве.

В 1840 году Бакунин покинул Россию. В последующих годах он ездил по своим революцюнным делам то в одну страну Европы, то в другую. В Париже он встречался с Прудоном. В 1849 году он был в Саксонии присужден к смерти, по потом помилован, в 1850 году его выслали в Австрию, где он опять был осужден на смертную казнь: в 1851 году он был выдан России, заключен в Шлиссельбургскую крепость, а в 1857 г. сослан в Сибирь.

В 1865 году он бежал из Сибири через Японию и Калифорнию в Лондон. По возвращении он сейчас же взялся опять за свою революционную деятельность и жил попеременно в различных местах Европы. В 1868 году он стал членом Интернационального Союза рабочих, а вскоре потом основал Союз Социалистической Демократии.

В 1869 году он сблизился с Нечаевым, с которым он в следующем году разошелся. В 1872 году он за свои партикулярные стремления был

[1] Перевод с немецкого. Публикуется по изданию 1921 г.

исключен из Интернационального Союза Рабочих. Он умер в 1876 г. в Берне.

Бакунин написал целый ряд сочинений философского и политического содержания.

2. Учение Бакунина о праве, государстве и собственности изложено в его Proposition motivee au comite central de la Ligue de la paix et de la liberte (1868). В составленных им статутах Alliance internationale de la democratic socialiste (1868) и в его труде Dieu et 1'Etat (1871).

Не приняты здесь во внимаше книги, про которые нельзя с уверенностью сказать, что они написаны Бакуниным. Сюда относятся «Принципы революции» и «Катехизис революции», в которых защищаются взгяды Нечаева. Они приписываются некоторыми Бакунину» хотя содержание их противоречит его взглядам и деятельности, чему доказательством служит то, что он неоднократно сильно выступал против Нечаевского маккеавелизма и иезуитства».

Бакунин называет свое учение о праве, государстве и собственности анархизмом. «Одним словом, мы отрицаем всякое законодательство, всякий авторитет, всякое привилегированное и легальное влияние, если даже оно создано посредством всеобщей подачи голосов, а именно на том основании, что все это постоянно служит господствующему меньшинству эксплуататоров и вредит порабощенному громадному большинству. В этом смысле мы поистине анархисты».

II. Основание

Бакунин считает наивысшим для человека законом закон развития человеческого прогресса от менее совершенного к более совершенному бытию.

«Наука имеет своей задачей систематическое изложение естественных законов телесной, духовной и нравственной жизни, физического и социальнего мира, которые вместе образуют один естественный мир».

«Наука, т. е. истинная бескорыстная наука», учит нас следующему: «Всякое развитие означает отрицание своей исходной точки. Так как исходная точка, по мнению материалистов, материальна, то ее отрицание должно быть идеальным». Другими словами «все, что живет, имеет стремление по возможности усовершенствоваться».

Так «историческое развитие человека движется, по мнению материалистов, по восходящей линии». «Оно вполне естественно движется от самого простого к сложному, снизу вверх, от низшего к высшему». «История состоит в прогрессивном отрицании первоначального животного в человеке посредством развития его человечности».

«По происхождению своему человек зверь, двоюродный брат гориллы. Но он выдвинулся вперед из глубины тьмы зверских побужде-

ний, чтобы пробраться к свету духа. Это естественнейшим образом объясняет нам все его прежние заблуждения и утешает нас, в некоторой степени, относительно его настоящих ошибок. Он отвернулся от животного рабства и шагает через царство религиозного рабства, которое лежит между его животной и человеческой жизнью, все больше и больше навстречу свободе. Итак, позади нас лежит наше животное бытие, впереди нас человеческое; свет человечности, который один только в состоянии нас осветить, нагреть, освободить, поднять, сделать нас свободными, счастливыми и братьями, никогда не находится в начале, но в конце истории».

Это «историческое отрицание прошлого происходит то медленно, то страстно и сильно». Всегда совершается оно с законообразной необходимостью; «мы верим в конечное торжество человечности на земле». «Мы предвидим этот триумф, и соединенными силами стараемся ускорить его»; «мы никогда не должны осматриваться назад, но всегда смотреть вперед; впереди нас наше солнце, впереди нас наше спасение».

III. Право

1. На пути прогресса человечества от его животного к человеческому бытию, по мнению Бакунина, прежде всего уничтожится установленное право.

Установленое право относится к низшей ступени развития. «Политическое законодательство, создано ли оно по воле одного властелина или по согласию народных представителей, которые выбраны всеобщей подачей голосов, никогда не может соответствовать законам природы: оно уже потому всегда вредно и враждебно свободе массы, что оно навязывает ей систему внешних, следовательно деспотических законов». Никакое законодательство никогда не имело «другой цели кроме той, чтобы утвердить эксплуатацию рабочего народа господствующими классами и возвести ее в систему[1]. Таким образом, каждое законодательство имеет своим следствием одновременно порабощение общества и испорченность законодателей»[2].

Но скоро человечество будет иметь позади себя ту стадию развития, которая находится под владычеством права. Установленное право неразрывно связано с государством: «государство есть исторически необходимое зло», «переходная форма общества», «вместе с государством должно неизбежно пасть право юристов, так называемое законное упорядочение жизни народа сверху вниз посредством законодательства».

1Programme de la section slave a Zurich: Dragomanow. P. 382.
2Dieu et I'Etat. P. 30.

«Всякий уже чувствует, что этот момент приближается», «переворот стоит перед нами», его следует ожидать еще в этом столетии».

2. На ближайшей ступени развития, которую человечество должно скоро достигнуть, не будет законного права, а право вообще.

Все, что Бакунин предсказывает относительно этой стадии развития, указывает на то, что по его ожиданиям в будущем будут существовать только такие нормы, «которые будут опираться на волю всех», и «повиновение которым будет в нужных случаях принудительное», которые, таким образом, будут правовыми нормами.

Из таких правовых норм нашей ближайшей стадии развития Бакунин упоминает ту, в силу которой существует «право самостоятельности». «Для меня, как для единичного лица, это значит, что я как человек имею право не слушаться никого другого и действовать по своему усмотрению». «Также и каждый народ, каждая провинция, каждая община имеют неограниченное право на самостоятельность, предполагая, что их внутреннее законодательство не угрожает самостоятельности и свободе соседних областей».

Бакунин также считает правовой нормой ближайшей ступени развития, что договоры должны быть соблюдены. Понятно, что обязательство по отношению к этим договорам имеет свои границы. «Человеческая справедливость не признает вечной обязанности. Все права и обязанности основаны на свободе. Право свободного объединения и распадения есть самое первое и самое главное из всех политических прав».

Дальнейшая затронутая Бакуниным правовая норма ближайшей стадии развития это та, в силу которой «земля, орудия производства и всякий другой капитал, образуя коллективную собственность всего общества, будут исключительно служить на пользу земледельческих и ремесленных союзов».

IV. Государство

1. По мнению Бакунина прогрессом человечества от его животного к человеческому бытию уничтожится государство. «Государство это исторически временное упреждение, переходная общественная форма».

1. Государство относится к низшей ступени развития.

«Первый шаг от своего животного бытия к человеческому бытию дикий делает посредством религии. Но до тех пор, пока он будет религиозен, он не достигнет своей цели, так как всякая религия делает его безумным, наводит его на фальшивый путь и заставляет его искать божественное вместо человеческого». «Все религии с их богами, полубогами, пророками, с их мессиями и святыми представляют собою продукт легкомысленной фантазии людей, которые еще не достигли пол-

ного развития и полного владения своими духовными силами». «Это справедливо и по отношению к христианству: оно есть извращение человеческого понимания и разума».

Государство это продукт религии. «Оно родилось во всех странах от бракосочетания насилия, воровства, грабежа, коротко говоря войны и победы с богами, которые постепенно создали религиозное увлечение».

«Кто говорит об откровении, тот этим самым говорит о божественных мессиях, пророках, пастырях и законодателях; коль скоро же они являются представителями Бога на земле, самим Богом избранные учителя человечества, то само собой разумеется, что они имеют неограниченную власть.

Все люди обязаны им слепо поклоняться, так как по сравнению с божественным разумом человеческий не имеет никакого значения, по сравнению с божественной справедливостью земная не имеет никакого значения. Как рабы Бога люди должны быть рабами церкви и, поскольку последняя освящает государство, и рабами государства».

«Нет государства без религии и не может быть. Возьмем, например, самые свободные государства земного шара, как Соединенные Штаты Северной Америки, Швейцарский Союз, и мы увидим, какую важную роль играет во всех официальных речах божественное Провидение». «Правительства не без основания считают важным условием их силы веру в Бога». «Есть люди, которые, если они даже не веруют в Бога, должны делать вид, что веруют. Этот класс обнимает всех мучителей, угнетателей и эксплуататоров человечества.

Пастыри, монархи, государственные мужи, солдаты, финансисты, чиновники всех родов, полицейские, жандармы, тюремщики и палачи, капиталисты, ростовщики, предприниматели, домовладельцы, адвокаты, экономисты, политики всех оттенков – все эти люди до последнего мелкого торговца всегда повторяют слова Вольтера: «если б не было Бога, следовало бы изобрести его, так как народ должен же иметь свою религию. «Она именно и есть предохранительный клапан».

2. Свойства государства соответствуют низшей ступени развития.

Государство порабощает своих подданных. «Оно – насилие, глупое хвастовство насилием. Оно не хочет стать любимым, не хочет направлять на истинный путь; если оно во что-нибудь вмешивается, то делает это неприязненно, так как сущность его состоит не в увещевании, но в приказании и принуждении. Ему никак не удается скрыть, что он законный нарушитель нашей воли, постоянный отрицатель нашей свободы.

Если оно даже приказывает делать что-нибудь хорошее, то оно и это хорошее своим приказанием делает бессмысленным, так как этим поругана свобода. Свобода, нравственность и человеческое достоинст-

во состоят в том, чтобы делать хорошее не по приказанию, но по собственной воле, по собственному убеждению».

Государство также портит и правящих. «Свойства привилегированного положения таковы, что они отравляют дух и сердце человека. Это закон социальной жизни, который не допускает никаких исключений и применим как к целым народам, так и к классам и единичным лицам».

«Могущественные государства приобретают свое главенство среди других государств посредством преступления, добродетельность мелких вытекает из их слабости». «Мы презираем монархию всею днщою, но вместе с этим мы убеждены, что и большая республика с войском, бюрократией и политической централизацией сделает внешнее завоевание и внутреннюю эксплуатацию своим делом и нисколько не будет в состоянии дать своим подчиненным, которых она называет гражданами, счастье свободу».

3. Ступень развития, при которой мыслимо государство, человечество скоро остановит позади себя.

«С самого начала исторического общества до сегодняшнего дня существовало угнетение народов государством. Следует ли из итого заключить, что угнетение неразрывно связано с человеческим бытием?». Понятно, что нет! «Великая, истинная, единственно оправдываемая цель общества состоит в развитии человечности и освобождении всех людей, живущих общественной жизнью». «В триумфе человечности заключается цель и смысл истории, а этот триумф может быть достигнут только посредством свободы». «Так же как государство в прошедшем было неизбежным историческим злом, так оно неизбежно, рано или поздно, должно погибнуть». Этот момент приближается, и мы можем ожидать его еще в этом столетии.

2. На ближайшей стадии развития, которую человечество должно скоро достигнуть, вместо государства водворится общественное сожительство людей, основанное на той правовой норме, что договоры должны быть выполнены.

1. И после падения государства люди будут жить общественной жизнью. Цель человеческого развития, совершенная «человечность может быть достигнута только в свободном обществе».

Людей в обществе будет связывать не высшая власть, а правовая сила договора. «Моя свобода, или мое человеческое достоинство состоит в том, что я, как человек, имею право никому не повиноваться и поступать по своему усмотрению».

«Я сам постольку свободен, поскольку признаю свободу и человечность окружающих меня людей. Людоед, который обращается с своим пленным как со зверем, сам зверь. Рабовладелец не человек, но господин». «Чем больше свободных людей меня окружает и чем боль-

ше и ниже их свобода, тем сильнее, шире и могущественнее моя свобода. С другой стороны, всякое порабощение людей одновременно ограничивает и мою свободу».

2. Как же будет будущее общество в частностях?

«Единство эта та цель, к которой человечество неудержимо движется». Все союзы будут основываться только на естественной потребности, симпатии и интересе людей. Таким образом создастся свободное соединение личностей в общины, общин в провинции, провинций в народы и наконец в соединенные штаты Европы и затем всего мира».

«То, что одна какая-нибудь область некогда принадлежала государству, будь это даже на почве свободного соединения, ее не обязывает быть постоянно соединенной с этим государством. Человеческая справедливость, которая одна только имеет для нас какое-нибудь значение, не может иметь для нас вечного обязательства. Свобода это основание всех прав и обязанностей. Право свободного соединения и разделения – первое и важнейшее из всех политических прав: Без этого права союз был бы только замаскированной централизацией».

V. Собственность

1. При прогрессе человечества от животного к человеческому существованию исчезнет, по теории Бакунина, не собственность, но неограниченная частная собственность.

1. Частная собственность, поскольку она простирается на все вещи без различия, относится к той же низкой ступени развития, как государство.

Частная собственность в одно и то же время следствие и фундамент государства». «Всякое правительство зиждется с одной стороны на эксплуатации, а с другой стороны имеет своей целью эксплуатацию и дает ей защиту и законность».

2. Низшей ступени развития, на которой господствует частная собственность над всеми вещами, соответствуют свойства частной собственности.

Привилегированные умственные работники, которые, как сыновья привилегированного класса, управляют обществом, пользуются всеми благами и испорченностью культуры; удел же миллионов простых рабочих – это несчастье и жалкое существование. Чем больше в какой-нибудь стране развиты торговля и промышленность, тем больше на одной стороне безнравственность привилегированных, а на другой стороне несчастье и справедливое возмущеше рабочих масс.

3. Но человечество скоро перешагнет через ту низкую ступень развития, к которой относится частная собственность.

Точно так же. как существовало постоянно подавление народов со стороны государства, «существовала и эксплуатация закрепощенных трудящихся масс небольшим меньшинством». Но как всякое угнетение и «эта эксплуатация неразрывно связана с существованием человеческого общества». Неограниченная частная со ственность уничтожится «силой самих обстоятельств». Всякий чувствует, что этот момент близок, он может наступить в этом столетии уже.

II. На ближайшей ступени развития, которую человечество должно скоро достигнуть, собственность будет иметь такую форму, что средства потребления будут представлять собой частную собственность, земля же, орудия труда как и весь остальной капитал будут представлять собою общественную собственность. Будущее общество будет коллективное.

Таким образом, всякому рабочему будут гарантированы плоды его трудов.

«Справедливость должна лечь в основание нового мира; без нее невозможны ни свобода, ни общежитие, ни развитие, ни мир». «Справедливость, но не справедливость юристов, теологов или метафизиков, а простая человеческая справедливость велит», чтобы «в будущем наслаждение каждого человека соответствовало бы созданному им богатству». Необходимо, таким образом, найти средство, «которое сделало бы невозможной эксплуатацию чужего труда и которая каждого человека лишь постольку допускала бы к пользованию общественным трудом, поскольку он сам непосредственно своим трудом содействовал создание этого богатства».

Средство это состоит в том, чтобы земля, орудия производства и капитал представляли коллективную собственность трудящихся. «Я не коммунист, а коллективист».

2. Коллективизм будущего общества «не требует устройства какой-нибудь высшей власти. Во имя свободы, на которую может опираться экономическая, как и политическая организация, мы постоянно будем протестовать против всего того, что хоть несколько напоминает коммунизм или государственный социализм». «Я стремлюсь к организации общества и коллективной собственности снизу вверх посредством свободного соединения», а не сверху вниз посредством какой-нибудь власти».

VI. Осуществление

Переворот, ожидаемый при прогрессе человечества от животной к человеческой жизни, т. е. уничтожение государства, преобразование права и собственности и наступление нового строя совершится, по теории Бакунина, посредством социальной революции, т. е. насильственного переворота, который хотя наступит благодаря силе обстоятельств,

но ускорение и облегчение которого есть задача людей, предвидящих ход развития.

1. «Для того чтобы избавиться от своей судьбы, народ имеет три средства: два фантастических и одно реальное. Первые два средства это кабак и церковь, третье социальная революция». «Спасение возможно только посредством социальной революции», т. е посредством «уничтожения всех учреждений неравенства и установления экономического и социального равенства».

Революция не может быть сделана кем-нибудь. Революции долго подготовляются в глубине темного сознания народных масс, пока они не прорываются внезапно наружу. Революция стоит перед нашими глазами; она может еще в этом столетии наступить.

1. «Под революцией мы понимаем взрыв страстей, называемых злыми, и уничтожение всего того, что на современном языке называется общественным порядком».

Революция разразится не против людей, а против условий и предметов. «Кровавые революции часто необходимы вследствие человеческой глупости, но они постоянно зло, страшное зло и большое несчастье не только из-за жертв, но и вследствие чистоты и совершенства цели, во имя которой

они совершаются». Для того чтобы революция увенчалась успехом, она должна быть направлена не против людей, а против учреждений, а именно против собственности и ее неизбежного последствия, государства. При настоящем международном характере государственных условий никакая революция не может расчитывать на успех, если она не распространится за пределы собственной страны, но для того, чтобы революция стала общей, она в себе самой должна носить универсальный характер, т. е. быть социалистической и направленной против государства. Ибо ничто не может объединить рабочих, как полное освобождение труда и уничтожение всех учреждений, предназначенных для защиты наследственной собственности и капитала. «Политическая и национальная революция не могут победить, если политическая революция не становится социальной, а национальная революция благодаря своему социалистическому и антигосударственному характеру универсальной».

2. «Революция, как мы ее понимаем, должна с первего дня уничтожить окончательно государство и все государственные учреждения. Это уничтожение будет иметь следующие естественные и необходимые последствия: а) государственный банкрот, б) прекращение государственного взыскания частных долгов, в) прекращение податей и налогов, г) уничтожение войска, суда, чиновничества, полиции и духовенства, д) прекращение государственного судопроизводства и уничтожение так называемого юридического права; из этого вытекает пол-

нейшее обесценение всех бумаг частноправового характера, так как повсюду на место права, защищенного государством, выступит революционный факт, е) превращение капиталов и орудия труда в коллективную собственность рабочих организаций, ж) превращение всей государственной и церковной собственности, как и драгоценных металлов частных лиц в собственность коммуны, образованной из союза рабочих обществ.

За свое конфискованное имущество частные лица получают от коммуны безусловно необходимое; частные лица сумеют потом приобрести и больше посредством своего труда».

После уничтожения государства, последует введение нового строя. Для этого «всякая коммуна должна будет революционно организоваться, революционная столица должна будет объявить, что она после уничтожения государства не будет претендовать на управление провинциями и должна будет разослать прокламацию во все провинции и общины, чтобы они революционно организовались и объединились. Затем необходимо будет разослать революционных агитаторов во все провинции, общины, в особенности же к сельскому населению. И наконец необходимо будет отменение национального государства в том смысле, чтобы все чужие страны, провинции, общины и союзы и даже единичные личности, восставшие во имя одинаковых принципов, соединялись бы между тем как провинции, общины, союзы и единичные личности собственной страны, который станут на сторону реакцш. будут исключены.

Таким образом, всемирная революция, благодаря объединению восставших стран, будет неудержимо подвигаться к победе, шагая через уничтоженные границы и развалины прежнего государства».

II. «Служение революции, которая везде должна быть орудием в руках народа». «ее организация и ускорение» – вот задача тех, которые предвидят ход развития. Мы должны «способствовать нарождение революции».

Для этой цели мы должны «во-первых, распространять среди массы такие идеи, которые соответствуют ее массовым инстинктам».

«Что препятствует быстрейшему проникновению среди рабочей массы тех мыслей, которые являются спасительными для нее? Ее невежество, а именно ее политическое и религиозные предрассудки, которые благодаря усилиям господствующих классов теперь еще затемняют естественное мышление и здоровое чувство рабочих. «Поэтому наша цель состоит в полнейшем разъяснении ему того, чего он хочет, в возбуждении в нем той мысли, которая соответствует его побуждениям. Как только мысль рабочей массы достигла степени побудительной силы, ее воля определена и ее мощь непобедима».

Далее мы должны «образовать не армию революции – армию может образовать только народ – но нечто в роде революционного генерального штаба. Для этого должны быть преданные, деятельные и талантливые люди, которые прежде всего должны без всякого честолюбия и тщеславия любить народ и обладать способностью согласить революционные мысли с народными инстинктами. Для этого не требуется особенно большое число людей. Для интернациональной организации всей Европы достаточна сотня крепко объединенных и добросовестных революционеров. Двести – триста революционеров достаточны для организации самой большой страны».

Здесь то именно поле для деятельности тайных обществ. «Для служения, организации и ускорения общей революции».

Бакунин образовал «Alliance internationale de la democratic socialiste». «Союз должен был иметь двоякую цель: а) Распространение среди народных масс верных взглядов относительно политики, народного хозяйства и философских вопросов: деятельную пропаганду посредством газет, брошюр, книг, а также посредством организации публичных союзов; б) Склонение на свою сторону умных, деятельных, добросовестных и искренне преданных идее людей; покрытие всей Европы и насколько возможно и Америки сетью жертвоспособных и сильных революционеров».

Глава пятая. Учение Кропоткина

I. Общее.

1. Князь Петр Алексеевич Кропоткин родился в 1842 году в Москве. С 1862 до 1867 год он был офицером амурских казаков: в то время он объехал большую часть Сибири и Маньчжурии. С 1867 по 1871 год он изучал в Петербурге математику: тогда он был также секретарем Географического Общества, по поручению которого он в 1871 году исследовал глечеры Финляндии и Швеции.

В 1872 году Кропоткин отправился в Бельгию и Швейцарию, где он пристал к Интернациональному Рабочему Союзу. Еще в том же году он вернулся в Петербург и стал видным членом тайного кружка Чайковцев. В 1874 г. общество было открыто и Кропоткин был арестован. Ему удалось однако в 1876 г. бежать в Англию.

Из Англии Кропоткин в 1877 г. поехал в Швейцарию, откуда он был выселен в 1881 г. С того времени он жил попеременно то во Франции, то в Англии. Во Франции он был арестован в 1883 г. за принадлежность к тайному обществу и осужден на пять лет тюремнего заключения; в 1886 г. однако он был помилован. С того времени он живет в Англии.

Кропоткин написал географические исследования, а также книги из области философии права, политической экономии и политики.

2. Для понимания учения Кропоткина о праве, государстве и собственности наиболее важны его брошюры, журнальные статьи и рефераты. Статьи, которые он с 1870 до 1882 гг. печатал в Женевской газете «Le revolte» вышли в 1885 г. в особом издании под названием «Paroles d un revolte». Его учение изложено главным образом в «La conquete du pain» (1802).

3. Кропоткин называет свое учение анархизмом. «Когда внутри Интернационала образовалась партия, не признававшая авторитета ни внутри этого общества, ни где бы то ни было, она называла себя сначала федералистической, а потом антигосударственной. Она еще тогда не называлась анархистической. Слово ан-архия (так это слово писалось в то время) слишком напоминало Прудона, против политики реформ которого Интернационал боролся. Но именно из-за этого противники называли их анархистами для того, чтоб вызвать путаницу понятий. Кроме того, это название сделало возможным утверждение, что анархисты стремятся создать только беспорядок и хаос, не задумываясь ни над чем дальше. Анархистическая партия однако не замедлила принять это название. Сначала она еще подчеркивала то, что анархия обозначает по-гречески отсутствие правления над людьми, а не беспорядок, скоро однако она отказалась от поучений в греческом языке и начала употреблять для себя это название без всяких поправок и разъяснений». И в самом деле, «слово анархия, отрицающее современный так называемый порядок и напоминающее самый красивый момент в жизни народов, вполне подходит для партии, стремящейся создать лучшее будущее».

II. Основание

По теории Кропоткина наивысший закон для человека это закон развития человеческого прогресса от менее счастливой жизни к более счастливой; из этого закона он выводит требование справедливости и требование активной деятельности.

1. Существует «только одна научная метода, естественно-научная», и эту методу мы также употребляем «в науках, занимающихся человеком», а именно в «социологии».

Во всех науках совершается теперь переворот, а именно благодаря «философии эволюции».

«Все, что мы вокруг нас видим, есть проходящее явление и должно перемениться, потому что спокойствие было бы равносильно смерти». У организмов это развитие прогрессивно, так как «они имеют способность приспособиться к условиям жизни. Они развивают такие свойства, посредством которых весь организм все совершеннее при-

способляется своей среде, а всякая часть организма потребностям свободной общей деятельности». «Это и есть «борьба за существование», которая поэтому не должна быть понята в узком смысле, как борьба за средства к существованию».

«Развитие никогда не совершается так медленно и планомерно, как это полагали. Эволюция и революция замещают друг друга, и революции, т. е. эпохи ускоренной эволюции, точно так же принадлежат к единству природы, как эпохи медленной эволюции». «Порядок это свободное равновесие всех сил, действующих на одну и ту же точку; если некоторые из этих сил задержаны в своей деятельности человеческой волей, то они не перестают однако действовать, их действия накопляются только, чтоб в один прекрасный день прорвать плотину и совершить переворот».

Эти общие положения Кропоткин применяет к общественной жизни людей. «Общество есть накопление организмов, которые стараются удовлетворить потребности каждого в отдельности и действовать сообща для блага всего рода»; общество это «целое, служащее к тому, чтоб осуществить наибольшее количество счастья при наименьшей потере человеческой силы». Общества развиваются от низших форм организации к высшим; цель этого развития, т. е. точка, к которой оно стремится, состоит, «в установлении лучших условий для достижения большего счастья человечества». То, что мы называем прогрессом, это путь к этой цели; «человечество может временами отклониться от этого пути, но в конце оно постоянно попадает на путь прогресса».

Но и здесь эволюция совершается не без революции. То, что совершается со взглядами человека, с климатом страны, со свойствами рода, то же совершается и с обществами, «они развиваются медленно, но бывают и времена самых быстрых переворотов». Бывает, что вырастают препятствия против стремления человеческих обществ к достижение наибольшего количества счастья. «Повсюду произрастают новые мысли, которые стремятся выйти наружу и осуществиться в жизни, но они задерживаются инерцией всех тех, которые заинтересованы в сохранении старого порядка, так что они подавлены тяжестью состарившихся предрассудков и традиций». «Политические, экономические и социальные учреждения превращаются в развалины, а здание, ставшее необитаемым, мешает развитию всего того, что произрастает в его щелях и вокруг него».

«Тогда необходимы крупные события, которые круто разрывают нити истории, выбрасывают человечество из его старых, путей и дают ему новое направление», «революция становится необходимостью». – «Человек узнал свое положение в природе, он узнал, что его учреждение – его продукт, и что они им одним могут быть преобразованы». «Чего ведь не предприняла техника, и чего не совершают теперь лите-

ратура, искусство, драма, музыка!» Поэтому мы должны и там, где учреждения задерживают обществен ный прогресс, «начать борьбу, для того, чтобы создать для всех богатую и обильную жизнь».

2. Из закона развития прогресса человечества от менее счастливой к более счастливой жизни Кропоткин выводит требование справедливости и требование активной деятельности.

В борьбе за существование человеческие общества развиваются по направлению к такому состоянию, где были бы осуществлены наилучшие условия для достижения наибольшего счастья человечества. Если мы что-нибудь называем хорошим, то мы этим думаем, что это способствует достижешю цели, т. е. приносит пользу обществу, в котором мы живем, плохим же мы называем то, что по нашему мнению препятствует достижению цели, т. е. вредит обществу, в котором мы живем.

Взгляды относительно того, что способствует установлению наилучших условий для достижения наибольшего счастья челове чества и что этому препятствует, т. е. взгляды относительно того, что полезно и что вредно, могут конечно меняться. Но при всем различии мнений постоянно должно быть признано одно основное требование для достижения цели. Оно «может найти свое выражение в положении: делай другим то, что ты хочешь, чтобы в подобном случае было сделано с тобой». Но это положение «ни что другое, как требование равенства»; равенство же обозначает то же самое, что и солидарность», справедливость.

Но существует еще другое фундаментальное требование для достижения этой цели. Это «нечто более высокое, красивое и сильное, чем обыкновенное равенство». Как правило оно гласит следующим образом: «Будь силен, изобилуй страстью мысли и действуй, и тогда твои разум, твоя любовь и твоя сила деятельности передадутся другим».

III. Право

1. При прогрессе человечества от менее счастливой к более счастливой жизни, согласно теории Кропоткина, должно исчезнуть не право, а законное право.

1. Законное право стало препятствием для прогресса человечества по направлению к наибольшему счастью.

«Правители целое тысячилетие повторяют правило: «уважай закон»: «в современных государствах на новый закон смотрят как на средство против всякого зла». «Но закон не может претендовать на уважеше людей». «Закон представляет собой искусную смесь одних обычаев, которые полезны обществу и без закона тоже соблюдались бы, и других, которые полезны только для господствующего меньшинства – для большой массы же вредны и потому опираются только на

страх и боязнь». Закон не имеет никакой культурной задачи больше. Его единственная задача состоит только в защите эксплуатации. «Вместо прогрессивного развития он создает неподвижный»[1], «он стремится к тому, чтобы увековечить обычаи, полезные для господству ющего меньшинства»[2]. «Рассматривая миллионы законов, которым человечество повинуется, можно среди них различить три обширных класса: законы для защиты собственности, защиты правительства и защиты личности. При разборе этих трех классов повсюду приходишь к одному и тому же результату: бесцельности и вредности закона. Какую ценность защита собственности имеет, это социалисты знают прекрасно. Законы о собственности не для того существуют, чтоб единичным личностям или обществам доставить плоды их трудов, а наоборот для того, чтобы лишить производителя частного продукта и защитить меньшинство в его пользовании тем, что оно похитило у производителя или всего общества». Что касается законов для защиты правительства, то «мы знаем прекрасно, что все правительства без исключения имеют своей целью удержать посредством насилия привилегии имущих класов, аристократии, духовенства и буржуазии. Достаточно только разобрать все эти законы, видеть их ежедневное действие, чтобы убедиться в том, что ни одни из них не стоит того, чтобы его сохранили». Точно также «излишни и вредны законы для сохранения личности, для наказания и предохранения от преступления. Еще ни одинубийца не остановился из-за страха перед наказанием. Кто желает убить своего ближнего из мести или нужды, тот не задумывается над последствиями, и до сих пор каждый убийца еще был убежден в том, что он избегнет преследования. Если бы убийство было объявлено безнаказанным, то количество убийств не только не увеличилось бы, но скорее уменьшилось бы, так как теперь многие убийства совер шаются рецидивистами, испорченными в тюрьме».

2. Человечество опередило ту ступень развития, которой соответствует законное право.

«Закон сравнительно юное явление. Человечество многие столтия жило без всякого письменного закона. Тогда отношения людей между собою регулировались простыми привычками и обычаями, которые старина сделала священными, и которые всякий усваивал себе с малолетства, как охоту, скотоводство или хлебопашество». Но когда общество все больше и больше распадало на два враждебных класса, на господствующих и управляемых, победитель старался каждый раз увековечить законченный факт и осветить его всем тем, что побежденный

1Ib. P. 219.
2Ib. P. 226.

считал священным. Тогда явился закон, освященный церковью и защищаемый кулаком воина».

Но уже дни закона сосчитаны, «повсюду находятся бунтовщики, не желающие больше повиноваться закону, пока они не знают его происхождения, пользы, права и основания. Они подчиняют своей критике все то, что до сих пор считалось основанием общества, наиболее всего же фетиш, закон». Момент его исчезновения, который мы должны ускорить, близок «и может уже наступить в конце 19 столетия».

2. На следующей ступени развития, которую человечество скоро достигнет, законное право будет отменено, но будет существовать право вообще.

«Законы будут совершенно отменены»; «неписанные обычаи», «обычное право, как говорят юристы», «будут достаточны, чтобы сохранить добрый мир». Эти нормы ближайшей ступени развития будут покоиться на общей воле; а их исполнение будет достаточно гарантировано потребностью каждого человека в содействии, помощи и симпатии, равно как боязнью исключения из общества. В особенных случаях исполнение нормы будет вынуждено вмешательством единичного гражданина или массы. Это будут, таким образом, правовые нормы.

Из правовых норм ближайшей ступени развития Кропоткин упоминает те, по которым договоры должны будут быть выполнены.

Затем по теории Кропоткина на ближайшей ступени развития будет существовать такая правовая норма, в силу которой не только средства производства, но все вещи вообще будут представлять собою общественную собственность.

Наконец правовая норма ближайшей ступени развития будет, по теории Кропоткина, такая, в силу «которой каждый, участвующей в производстве, будет иметь право не только на жизнь, но и на приятную жизнь».

IV. Государство

I. В прогрессе от менее счастливой к более счастливой жизни государство, по теории Кропоткина, скоро исчезнет.

1. Государство стало препятствием развитая человечества по направлению к возможно большему счастью.

«Чему служит эта страшная машина, которую мы называем государством? Для того чтоб сделать невозможной эксплуатацию рабочего капиталистом, мужика землевладельцем, или для того, чтобы нам доставить работу, чтоб защитить нас от ростовщничества, чтоб дать нам пищу, если мать имеет только воду для своего ребенка? Нет, никогда!» Наоборот «государство вмешивается во все наши дела и опутывает нас с колыбели до гроба. Оно определяет все наши поступки, накопляет законы и предписания, в которых самый ловкий адвокат не может ра-

зобраться. Оно создаст целую армию чиновников, которые сидят, как пауки в паутине и видят мир только сквозь грязные стекла своей канцелярии. Громадные суммы, которые государство беспрестанно собирает от народов, никогда не бывают достаточны; государство живет на счет будущих поколений и все более и более приближается к банкроту. «Государство» обозначает то же самое, что – «война»; одно государство старается ослабить другое и уничтожить его, для того чтоб навязать ему свои законы, свою политику, свои торговые договоры и для того, чтоб обогащаться на счет его. Европа находится теперь в постоянном военном положении, поводов к войне имеется в запасе на тридцать лет. И одновременно с внешней войной царит и внутренняя война.

Государство, которое вначале должно было быть защитой для всех, в особенности для слабых, теперь стало орудием богатых против эксплуатируемых, владельцев против неимущих».

При этом нет никакой разницы между различными формами государства. «В конце прошлого века французский народ низпровергнул монархию и последний неограниченный король поплатился за свои преступления на эшафоте». «После совершилось это развитие у всех народов контингента, которые низвергнули монархию и создали систему парламентаризма». «Теперь замечают, что парламентаризм, на который возлагали такие большие надежды, стал везде средством личного обогащения и вредных для народа стремлении. Точно так же, как всякий деспот и всякое народное представительство, – называйся оно парламентом, конвентом или чем-нибудь другим, будь оно создано префектами Бонапарта или выбрано восставшям городом, – всегда будет стремиться к тому, чтоб расширить свою власть и подавить самодеятельность личности или группы путем закона».

«Господство людей, называющих себя «правительством», несовместимо с моралью, основанной на солидарности». Это доказывают лучше всего «так называемые гражданские права, значение которых буржуазная пресса восхваляет на все лады». «Права эти созданы разве для тех, которые нуждаются в них? Нет. Общее право голоса может иной раз защитить буржуазию от вмешательства центральной силы, оно может установить равновесие двух сил, без того чтоб, как раньше, обе стороны вынуждены были употребить насилие друг против друга. Но оно бесценно, когда речь идет о том, чтоб низвергнуть или хотя бы только ограничить насилие. Для господствующих это отличное средство для решения своих споров: но какую пользу оно приносит порабощенным?

То же самое со свободой печатью. В пользу свободы печати приводит главным образом то обстоятельство, что пресса бессильна.

«Посмотрите», говорят, «на Англию, Швейцарию, Соединенные Штаты. Там пресса свободна, и нигде, однако, владычество капитала

не так сильно, как там». То же самое думают и о праве союзов. «Почему нам не дать полной свободы союзов? – говорит буржуазия. «Она не причинит вреда нашим привилегиям. Мы должны бояться только тайных обществ: открытые ферейны наилучшее средство для парализирования их. «Святость квартиры», – говорит буржуазия,- «мы также должны охранять, полиция не должна повсюду совать свой нос. В нужный момент мы на эту святость не посмотрим и арестуем людей в постелях». «Тайну письма», – говорит буржуазия, – «мы также можем провозгласить: наши маленькие тайны ведь не должны обнаружиться. В случае комплота против наших привилегий мы не будем долго церемониться. А если кто-нибудь будет противоречить, то мы скажем, как недавно один английский министр при одобрении всего парламента говорил: Да, господа, мы с тяжелым сердцем вынуждены раскрыть письма, отечество (т. е. аристократия и буржуазия) в опасности!» Все эти права терпимы до тех пор, пока народ ими не пользуется против привилегированных классов. Но в тот день, когда народ начнет пользоваться ими для уничтожения привилегии, они будут брошены за борт».

2. Человечество скоро опередит ту ступень развития, которой соответствует государство. «Государство осуждено на гибель».

Государство «сравнительно юного происхождения». Государство это историческая формация, явившаяся в известное время в жизни народов на место свободных союзов. Его установили церковь, закон, военная сила и богатство.

Теперь государство в состоянии разложения. Народы, в особенности романские, хотят уничтожить его могущество и заменить его свободными союзами. Разложение государств идет быстрыми шагами. Они слабые старики, больные и без всякого понимания новых идей. Момент исчезновения государства близок. По мнению Кропоткина, это исчезновение наступит через несколько лет, или в конце 19 века.

II. На ближайшей ступени развития. которую человечество скоро достигнет, место государства займет ассоциативное общежитие людей на почве правовой нормы, по которой договоры должны будут быть выполнены. Анархизм «неизбежно» «ближайшая высшая форма развития общества».

1. И после уничтожения государства люди будут жить общественно, но не правительственное насилие, а правовой договор их будет связывать между собой. «Свободное развитие личностей в группы, групп в союзы, свободное развитие от простого к сложному, смотря по желанию и симпатии», – такова будет будущая форма общества. Мы можем теперь отметить растущее анархистическое движение, «имеющее своей целью ограничение правительственной деятельности. После того как человечество испробовало все формы правления, оно теперь хочет от-

бросить все оковы правительства и жить лучше сообща при полной свободе». «Свободные союзы начинают завоевывать себе все поле человеческой деятельности». Примером этому могут служить разнообразные организации, основанные на свободном договоре».

«Соглашение между сотнями обществ, которым принадлежат железные дороги, установились без вмешательства какой-нибудь центральной силы, которая приписывала бы различным обществам законы. И это обоюдное согласие охраняется конгрессами, на которые съезжаются делегаты, чтобы сообща вести переговоры и предложить своим доверителям не законы, а планы».

«Как разовьется в будущем обществе общественная жизнь, над этим не имеет смысла теперь задумываться. Но относительно общих черт мы теперь уже должны быть согласны. Мы не должны забывать, что мы может быть через один или через два года будем призваны решить все вопросы социального строя».

Будут существовать общины, члены которых будут между собой связаны не территориально, но сообразно своим интересам. Люди соединятся в такие общины посредством «договоров». Они примут на себя обязанности по отношению к обществу, которое со своей стороны по отношению к ним будет иметь обязательства. Не нужно будет принуждать к исполнению этих договоров, не будет надобности ни в наказаниях, ни в судьях- исполнение договоров будет достаточно гарантировано потребностью каждого в сотрудничестве, помощи и симпатии; кто не исполнит своих обязанностей, того можно будет исключить.

В общинах всякий «сам будет делать все нужное, не ожидая приказов правительства». Община не уничтожит государство для того, чтобы его опять восстановить. «Люди поймут, что можно жить с наибольшей свободой и наибольшим счастьем, если и не иметь никаких уполномоченных и так же мало надеяться на народных представителей, как на провидение». Не будет никаких темниц и никаких карательных учреждений: наилучшим средством против немногих антисоциальных поступков будет хорошее обращение, нравственное влияние и свобода.

Общины с своей стороны точно так же, как члены единичных общин, соединяются между собой. «Община будет признавать только интересы союза, которые она свободно заключила с другими общинами». Сообразно своим различным экономическим потребностям общины соединятся еще между собою в различные союзы, которые таким образом между собой перекрещиваются.

3. Будущее общество будет иметь возможность выполнять легко все задачи, которые теперь выполняет государство.

Все нужные общественные постройки и учреждения общины сами лучше устроят, чем правительство. Граждане лучше сумеют защи-

щаться против врага, чем полагаясь на своих генералов, а мужик легче приобретет орудия и машины, чем посредством предпринимателей. «Но положим, что явился маленький спор, или сильный желает поработить слабого. В первом случае народ сам устроит третейский суд, во втором случае же каждый гражданин будет считать своей обязанностью самому вмешаться, а не ждать полиции; полицейские будут так же мало нужны, как судьи и тюремные сторожа».

V. Собственность

I. В прогрессе человечества от менее счастливой к более счастливой жизни исчезнет, по теории Кропоткина, не собственность, но ее современная форма, т. е. частная собственность.

1. Частная собственность стала препятствием для развития человечества по направлению к высшему счастью.

Каковы теперь следствия частной собственности? Хронический кризис во всех производствах, миллионы безработных, нищета среди рабочих и при всем том – перепроизводство. Но может быть возразят, что частная собственность имеет хорошие последствия для крестьянского землевладения. В действительности и для мелкого крестьянина прошел золотой период. Он весь в долгах и только номинально называется собственником, фактически же он только платит проценты капиталисту и ростовщику.

Но частная собственность имеет еще другие косвенные последствия. Богатые бездельники представляют собой заразительное гнездо для общественной нравственностн. Кто живет глупой и ленивой жизнью и только думает об удовольствиях, тот необходимо должен все вокруг себя унизить и развратить. Общество безпрестанно производит людей, которые не способны к честному труду и антисоциальны. Оно преклоняется перед ними, если их преступления увенчаны успехом, и посылают их в острог, если им не повезло.

«Частная собственность нарушает справедливость». «Все накопленное богатство создал общественный труд теперешняго поколения и прошедших поколений». «Наука и промышленность, теория и практика, изобретение и исполнение, которое ведет опять к новым изобретениям, умственная и физическая работа, – все это связано между собой. Всякое открытие, всякий прогресс, всякое увеличение наших богатств вытекает из общей физической и духовной деятельности прошедшего и настоящего. По какому же праву кто-нибудь может себе присвоить малейшую частицу этого целого и сказать: это принадлежит мне, а не вам»? Но это несправедливое присвоение того, что принадлежит обществу, все-таки совершилось. Маленькое меньшинство завладело всеми природными богатствами, орудиями производства и средствами сообщения.

2. Ступень развития, к которой относится частная собственность, будет скоро перешагнута человечеством. Частная собственность осуждена на погибель.

Частная собственность это историческая формация, она «развилась, как паразит, среди свободных учреждений наших предков», в самой тесной связи с государством. «Политическое устройство общества постоянно выражение и освящение его экономического устройства». «Происхождение и право существования какого-нибудь общества кроются в том, что оно все делает в пользу имущих и во вред неимущим». «Всемогущество государства это фундамент, на котором зиждется сила буржуазии).

Но частная собственность приближается к своему разложению. «Характерная черта нашего века это рост социализма среди рабочего класса». Частная собственность может исчезнуть через несколько лет.

II. На ближайшей ступени развития человечества, которая таким образом скоро наступит, собственность превратится в общественную собственность. «Ближайшая, высшая форма развития общества» будет не только анархизм, но «анархистический коммунизм». «Стремление к экономической и политической свободе это выражение одной и той же потребности в равенстве, вокруг чего вращается вся историческая борьба»; «наше столетие ознаменовапно тем могуществом, с которым оба эти течения выступают».

Таким образом, всякому человеку, участвующему известным образом в производстве, будет гарантирована прятная жизнь.

1. Ближайшая ступень человечества будет знать только общественную собственность.

Во все современные учреждения проникает коммунистический дух. Музеи, библиотеки, школы, сады открыты для всех. Водопроводы, железные и конные дороги вводят единые тарифы и пошли бы еще дальше в этом направлении, если бы они не представляли собой частной собственности.

Будущее, общество будет таким образом коммунистическим. «Первое дело общины девятнадцатого столетия будет состоять в том, что она завладеет всем общественным капиталом, накопленным у ней».

«Это справедливо для средств потребления точно так же, как для средств производства». И предметы потребления должны быть общественной собственностью: частичное уничтожение частной собственности было бы с самого начала бесполезно.

Нечего при этом опасаться изолирования коммунистических общин. Коммунистическая община будет находиться в самой тесной связи с окружающим миром и вызовет всеобщее удивление.

2. Коммунизм будущего общества не будет «коммунизм монастырей или казарм, как его раньше проповедывали, а свободный коммунизм, который представит всеобщее производство в распоряжеше всех, причем каждый будет иметь право пользоваться им дома по своему усмотрению». Выяснить себе коммунизм во всех его подробностях теперь невозможно: «однако же мы должны согласиться относительно его основных пунктов».

Какую форму примет производство богатства?

Прежде всего должно быть произведено то, что «необходимо для удовлетворения первичных потребностей людей». Для этого достаточно, «чтобы все взрослые, за исключением тех женщин, которые должны воспитывать детей, обязались бы с двадцати или двадцатипяти лет до сорок пятого или пятидесятого года ежедневно работать пять часов по собственному выбору одну из тех работ, которую признают необходимой». Каждое общество, например, заключит с своим членом такого рода договор: «Мы предоставим тебе пользование нашими домами, амбарами, улицами, средствами передвижения, школами, музеями и т. д. под условием, что ты с двадцати лет до сорок пятого или пятидесятого года ежедневно употребишь пять часов для необходимых работ. Ты всегда можешь избрать ту группу, к которой ты хочешь примкнуть, или даже образовать другую, под условием, что она готова будет делать необходимые работы. В свободное от обязательных занятий
время ты можешь с кем тебе угодно соединиться для научного или эстетического отдыха. Итак, мы требуем от тебя 1200 или 1500 часов ежегодной работы в одной из групп, которые производят пищу, одежду, жилище или заботятся о гигиене, о путях передвижения и т. д., и за это мы доставляем тебе все то, что эти группы производят, или должны производить».

«Не будет больше разъединения между земледелием и промышленностью. Фабричные рабочие будут одновременно и земледельцами». «Земледелие, как преимущественно периодическое занятие, которое требует в известные времена, в особенности во время жатвы и еще более во время удобрения почвы увеличения рабочей силы, образует союз между деревней и городом». Также «будет положен конец разделению между духовной и физической работой». «Поэты и ученые не найдут ни одного бедняги, который за тарелку супа продаст им свои силы, – они должны будут соединиться, чтобы вместе со своими почитателями и почитательницами сами печатать свои сочинения». «Каждая работа будет приятна». «Если теперь существует неприятная работа, то это потому, что люди науки никогда не задумывались над тем, чтобы сделать ее более приятной: они всегда знали, что существует достаточно голодающих, которые за пару грошей и так работать будут». «Фабрики, заводы, горные заводы могут быть так же гигиениче-

ски устроены, как самые лучшие лаборатории наших университетов, и чем совершеннее они будут устроены, тем дадут больший доход». Плоды такой работы будут «бесконечно лучше и больше, чем богатства, которые до сего времени добывались при рабстве, крепостничестве и эксплуатации труда».

Как будет распределяться богатство?

Каждый, кто вносит свою часть в производство, получит часть продукта. Но этот надел продукта не будет соответствовать участию в производстве. «Каждый по своим силам, каждому по его потребностям». «Потребность поставят выше участия каждого в труде: будет признано, что каждый, который в некоторой степени участвовал в производстве, имеет право на жизнь и даже на приятную жизнь», «независимо от его способностей, сил»; «далее ему предоставлено будет право самому решать, что считать приятной жизнью».

Запас богатства общества даст полнейшую возможность для этого. «Когда с одной стороны видишь ту быстроту, с какой возрастает продуктивная сила культурных народов, с другой стороны границы, которые поставлены производительности существующимн условиями, то приходишь к заключеннию, что мало-мальски осмысленное экономическое законодательство даст возможность культурным народам в течение немногих лет накопить столько полезных предметов, что придется воскликнуть: «достаточно угля! достаточно хлеба! достаточно платья! Мы хотим отдохнуть, с большею пользою употребить наши силы и наше время!».

Но как же, если потом запас богатства окажется недостаточным для всех потребностей? «Решение гласит: свободное пользование тем, что имеется в избытке, разделение того, в чем может оказаться недостаток: при этом будет оказано преимущество детям, старикам и слабым. Так происходит теперь уже в деревне. Никакая община не думает ограничить свободное пользование тем. что она имеет на своих полях и лугах. Что крестьянин вводит, когда какого-нибудь продукта становится мало? Разделение по порциям».

VI. Осуществление

Переворот, ожидаемый от прогресса человечества от менее счастливой к более счастливой жизни, т. е. исчезновение государства, преобразование права и собственности, наступление нового строя произойдет, по теории Кропоткина, посредством социальной революции, т. е. посредством насильственого ниспровержения старого строя, которое совершится хотя само собой, но подготовление к которому есть обязанность тех, которые предвидят ход развития.

I. «Мы знаем, что мы без сильных потрясений не достигнем будущего строя».

«Чтобы справедливость победила, и чтобы новые мысли сделались действительностью, необходима ужаснейшая буря, которая унесла бы с собой всю гниль, оживила бы своим дыханием уставшие души и возвратила бы устаревшему, разложившемуся обществу жертвоспособность, самоотречение и геройский дух». Необходима далее «социальная революция, т. е. конфискация народом общественного богатства и уничтожение всех правлений». «Социальную революцию мы можем ожидать еще в конце этого столетия». «Она наша историческая задача». «Она произойдет независимо от того, желательна ли она нам или нет».

1. «Социальная революция не есть явление нескольких дней, – она может продлиться три, четыре, пять лет, пока не закончится преобразованием общественных и материальных отношений». В течение этого времени взойдет все то, что мы теперь сеем и принесет плоды, а тот, кто теперь еще равнодушен к новой идее, сделается ее приверженцем». Революция не ограничится одною какой-нибудь местностью. «Она не начнется одновременно во всех частях Европы». «Но где бы она не началась, во Франции ли, Германии, Испании, России – она в конце концов разгорится во всей Европе и с такою же быстротою, как революция наших предков, героев 1848 года».

2. Первое действие социальной революции будет разрушение. «Страсть к разрушению, которая так естественна и справедлива, потому что она является как бы страстью обновления, найдет свое полное оправдание. Сколько старого хламу надо вынести! Не должно разве быть все преобразовано: дома, города, ремесленное и сельское производство, словом все учреждения общества?». «Немедленно должно быть все разрушено – тюрьмы, остроги, крепости, вредные для здоровья кварталы, очумленным воздухом которых мы так долго дышали».

После всего этого революция не будет страшным временем. «Понятно, что борьба потребует жертв. Легко понять, что народ в Париже, раньше, чем отправился сражаться на границу, перебил в тюрьмах всех дворян, которые вместе с неприятелями расчитывали подавить революцию. Того, кто будет порицать его за это, следует спросить: Страдал ты вместе с народом? В противном случае стыдись и молчи». Но народ подобно королям и царям не возведет страх в систему. «Он имеет сочувствие к жертве; он слишком добросердечен для того, чтобы жестокость ему скоро не надоела. Общественный прокурор, катафалк, гильотина возбуждают отвращение. Через некоторое время узнают, что время ужасов подготовляет только диктатуры, и гильотина сама уничтожится».

Сначала будет ниспровергнуто правительство. «Его силы нечего бояться. Правительства только кажутся страшными: уже через пару часов после первого напора возмутившегося народа они побеждены».

«Народ восстал, и государственная машина приостановилась; чиновники в замешательстве и не знают, что им делать; войско потеряло доверие к своим предводителям».

Но этим не все еще кончено. В тот же день, когда правительство будет ниспровергнуто, должна быть уничтожена и частная собственность». «Крестьяне прогонят крупных землевладельцев, а их имения объявят общественными; они уничтожат закладные и объявят всех свободными от долгов». В городах же «народ овладеет всем накопленным там богатством, отстранит фабрикантов и возьмет производство в свои руки».

«Уничтожение частной собственности только в широких размерах в состоянии будет начать преобразование общества, отчуждение же в небольших размерах будет походить на грабеж». Оно распространится не только на средства производства, но и на средства потребления; «первое, что народ сделает после переворота, будет состоять в том, что он приобретет себе здоровые квартиры, достаточное количество пищи и платья». «Но это отчуждение будет иметь свои границы». Имущество бедных не будет отчуждено. «Отчуждение распространится только на то, что кому-либо дает возможность эксплуатировать чужой труд».

3. «После разрушенья последует устройство нового общества».

Большая часть людей представляет себе революцию «с революционным правительством во главе». Одни представляют себе это правительство выборным правительством; другие же проповедуют революционную диктатуру. «Но мы анархисты знаем, что мысль эта есть только больной плод правительственного фанатизма, и что всякая диктатура есть смерть революции».

«Мы сами сделаем все нужное, не ожидая приказания правительства». Как только государство начнет разлагаться, начнут образовываться свободные союзы.

«Реформа производства богатств не будет возможна в несколько дней», тем более что революция вероятно не разгорится одновременно во всей Европе. Народ поэтому примет предварительные меры, чтобы обеспечить себя пищей, платьем и квартирами. Народ заберет все это в свои руки и возьмет себе без ограничения все то, что имеется в избытке и равные части со всего того, что имеется в меньшем количестве и должно быть поэтому разделено.

III. Задача всех тех, которые предвидят ход развития, состоит в том, чтобы «подготовить умы» к предстоящей революции. Это – задача анархистической партии. Анархисты «теперь еще в меньшинстве, но число их растет ежедневно и будет накануне революции большинством». – Но как же подготовить умы к революции?

1. Раньше всего нужно разъяснить повсюду цель революции. «Необходимо возвещать цель революции словом и делом, пока она не станет вполне популярной».

Но это недостаточно. «Следует возбудить дух возмущения, нужно пробудить чувство независимости и дикую смелость, без которых никакая революция не может осуществиться».

2. Средства для достижения этой цели – это «постоянная, безпрерывная деятельность меньшинства. Мужество, преданность, жертвоспособность так же заразительны, как трусость, подчиненность и боязнь».

Пропаганда должна принять все формы, в особенности же она всегда должна действовать примером.

«Люди чувства, которые не только хотят говорить, но и делать, которые предпочитают тюрьму, изгнание и смерть жизни, несоответствующей их принципам, смелые натуры, которые знают, что следует рискнуть, чтобы выиграть, – это те потерянные посты, которые открывают сражения, прежде чем народ созрел для открыто го восстания и для борьбы с оружием в руках. Посреди жалоб, болтовни и рассуждений является революционный посту пок, который воплощает страсть всех».

И эти революционные поступки поведут постепенно к открытой революции.

3. Для того чтобы еще больше выяснить средство, посредством которого, с одной стороны, цель революции стала бы общеизвестной, а с другой стороны, был бы пробужден дух возмущения. Кропоткин рассказывает кое-что из истории волнений народа во Франции, предшествовавших революции 1789 года».

Кропоткин не считает нужным делать из этого заключение. Он ограничивается тем, что называет сообщенные им факты «ценной для нас наукой».

Глава шестая. Учение Тукера

I. Общее

Беньямин Р. Тукер родился в 1854 году в Дартмоте около Нью-Бедфорда в Массачусете. С 1870 по 1872 гг. он изучал в Бостоне технологию. Там он познакомился в 1872 г. с Варреном. В 1874 году он путешествовал по Англии, Франции и Италии.

В 1877 году Тукер принял редакцию выходившего в Принцентоне, в Массачусетсе, журнала Word; в 1878 году он издавал в Нью-Бедфорде раз в три месяца выходивший журнал The radical review, из которого вышло только всего четыре номера. В 1881 году он основал в

Бостоне двухнедельный журнал Liberty. В Бостоне он был десять лет сотрудником Glode'a.

С 1892 года он живет в Нью-Йорке, где он издает еженедельную газету Liberty.

2. Учение Тукера о праве, государстве и собственности превосходно изложено в его статьях, помещенных в Liberty. Собрание

этих статей он издал под заглавием Instead of a book. By a man to busy to write one. A fragmentary exposition of philosophical anarchism (1893).

3. Тукер называет свое учетние анархизмом. «Стечение обстоятельств сделало меня в некоторой степени известным последователем учения новейшего анархизма». «Анархия не обозначает просто противоположность к archos, т. е. к политическому предводителю. Она обозначает противоположность к arche. Раньше всего arche значит начало; затем основное положение; потом первое место, верховенство, господство, высочайшее повеление, высочество; наконец высочайшая власть, государство, королевство, высочайшая государственная должность. Итак, этимологически слово анархия, как философское выражение, и слово анархизм, как обозначение известного философского направления, начали употреблять для выражения противоположности господству и владычеству, а теперь твердо держатся этого обозначения, так что всякое другое употребление этого слова неуместно и ведет к заблуждению».

II. Основание

Тукер считает личную выгоду высшим законом для каждого из нас: но отсюда же он выводит закон равной свободы для всех.

1. Для каждого человека его личная польза высший закон. «Анархисты не только признают утилитаризм, но и эгоизм в полном смысле этого слова».

Что означает личная выгода? Моя выгода это все то, что целесообразно для меня. Она обнимает не только нижние, но «высшие формы себялюбия». Таким образом, выгода общества есть одновременно и выгода каждого в отдельности. «его жизнь неотделима от жизни единичного лица: кто разрушает общественную жизнь, тот должен неизбежно разрушить и личную жизнь». Для каждого человека его личная выгода высший закон. «Анархисты абсолютно отрицают идею нравственной зависимости, естественных прав и обязанностей». «Сила – единственное мерило для наших естественных потребностей. Каждый человек, зовут ли его Билль Сикс или Александр Романов, и каждый круг людей, будет ли это китайский тайный союз или конгресс Соединенных Штатов», имеет право убивать или порабощать других людей, подчинять себе весь мир, если он имеет нужную для этого силу». «Об-

щество имеет право порабощать личность, личность имеет право порабощать общество, по мере того, как сильна каждая из этих сторон».

2. Из этого закона Тукер выводит «закон равной свободы для всех». Этот закон основан на выгоде каждого ибо «свобода есть основное условие человеческого счастья, самая таким образом важная вещь в мире, и я стараюсь добыть из нее столько, сколько мне только возможно». С другой стороны равенство это условие жизни общества»; жизнь же общества «не отделима от жизни личности». Следовательно, выгода каждой личности требует равной свободы для всех.

«Равная свобода для всех означает наивысшую меру свободы, совместимую с тем чтоб живущие в обществе личности уважали в равной степени область деятельности каждого». «Заботься о своих делах – это единственный нравственный закон анархизма». «Мы обязаны уважать права других, т. е. их ограниченную равной всеобщей свободой власть». Таким образом, «благодаря закону равной свободы для всех власть личности находит свой логический предел». На законе равной свободы для всех основано различие между «нарушением прав и сопротивлением, между господством и защитой; свобода имеет значение основного закона; без нее немыслима никакая прочная общественная теория».

«Нарушить права кого-нибудь значит вторгнуться в область чужой личности, а эта область омежена линией, в пределах которой не сталкивается свобода деятельности одного лица с свободою деятельности других».

Эта межа иной раз не дает места никаким сомнениям: так например угроза не есть нарушеше прав, «я могу грозить тем, что я вправе сделать». Межа эта может быть и сомнительной: «так, например, нельзя сказать с уверенностью, представляет ли собой плохое обращение родителей с своим ребенком нарушение свободы третьей личности или нет». «Посредством опыта нам удается с каждым днем резче проводить эту линию». Для сущности нарушения свободы безразлично, совершается ли оно одним против другого, как простое преступление, или одним против всех в виде неограниченного властилина, или всеми против одного в виде современной демократия».

«С другой стороны сопротивление чужому нападению не есть нападение, а защита». «Каждая личность имеет право сопротивляться вторжению в свою область деятельности» и даже употребить против этого силу, «если она только целесообразна».

«Также и для сущности сопротивления безразлично, совершается ли оно одним против одного, если, например, я защищаюсь против преступника, или одним против всех, если, напротив, я отказываюсь исполнять тиранический закон, или всеми против одного, если, напри-

мер, народ восстает против своего деспота, если члены общества добровольно соединяются для обезоружения преступника».

III. Право

По теории Тукера нельзя ничего возразить против права в виду личного блага и равной свободы всех. Правовые нормы должны быть признаваемы, т. е. такие нормы, которые основаны на воле всех и исполнение которых должно быть вынуждено всеми средствами, даже тюрьмой, пыткой и смертной казнью. Но право должно быть «таким гибким, чтобы оно приспособлялось ко всякому случаю и не нуждалось бы ни в каком изменении, чтобы оно признавалось справедливым по степени его гибкости, а не, как теперь, но степени его окаменелости». Средство к этому заключается в том, «чтобы суды присяжных принимали решение не только относительно фактов, но и относительно права»; тогда не нужны будут учреждения для изменения права. – В особенности должны быть действительны следующие законы, правильность которых Тукер выводит из закона равной свободы для всех.

Прежде всего, должна существовать правовая норма, которая защищала бы личность от насилия. «Мы непримиримые враги всякого насилия личности и стремимся главным образом к устранению причин таких насилий; но мы не пугаемся ни перед каким насильственным законом против них, поскольку он согласует с разумностью и с данными условиями. «Смертная казнь вполне согласуется с защитой личности против насилия, так как такое наказание по своей сущности есть не агрессивный поступок, но защитительный.

Затем должна быть признана правовая норма, в силу которой «собственность зиждется на работе». «Такая форма собственности гарантирует каждому владение его собственным производством и тем чужим производством, которое он прибрел без обмана и насилия». «Анархистическая собственность распространяется таким образом только на производство. Производство же есть все то, на что была затрачена человеческая работа. Следует однако заметить, что при ограниченном количестве каких-нибудь предметов анархизм будет защищать только такие права, которые будут вытекать из владения и пользования этими предметами». При нарушении прав собственности и личности анархизм не останавливается «ни перед какими насильственными законами, которые диктуются разумом и данными обстоятельствами».

Далее должна быть признана правовая норма, в силу которой договоры должны быть выполнены. Если кто-нибудь сознательно и добровольно берет на себя какое-нибудь обязательство, то вследствие этого возникает для него обязанность, а для другой стороны «право». Понятно, что обязывающая сила договора имеет свои пределы. «Договор это очень ценное и удобное орудие, но полезность его не неограничена.

Никто не может пользоваться им для человеческого самоотречения»; «образование общества с общим отказом на право выступления из него было бы поэтому пустой формой». «Далее, никто не может им воспользоваться для нарушения прав третьего лица; поэтому должно быть недействительным обещание, исполнение которого было бы нарушением прав третьего лица». – «Неисполнение договора такое важное дело, что только в исключительных случаях нарушение его может быть оправдано. Доверие членов общества друг к другу имеет такую важность, что хорошо делают, если не подрывают этого доверия». «Неисполнение какого нибудь обещания есть обман того, кому обещали, произвольное нарушение его свободы, его прав». «Каждое лицо, кому что-нибудь обещано, имеет право даже силой заставить исполнить обещанное. Для этой цели оно может даже соединиться с другими людьми; последние же имеют право решать, в какой степени они окажут ему помощь. При этом решении дело касается вопроса целесообразности. Вероятнее всего придут к заключению, что исполнение договоров тогда вернее будет, когда договаривающееся лицо заранее знает, что исполнние не будет принудительное».

IV. Государство

I. Во имя личного блага каждого, т. е. на основании закона всеобщей равной свободы, Тукер отрицает государство вообще, без всякой зависимости от каких-либо временных и местных условий. Ибо «государство есть олицетворение идеи нарушения чужого права».

1. «Все учреждения, которые когда-либо были названы государством, имеют в двух отношениях общее между собою. Во-первых – нарушение прав другого», «или, что одно и то же, господство», «подчинение неповинного в нарушении чужого права человека под власть другого». «Во-вторых – присвоение исключительной власти над известной областью со всем тем, что в ней находится, и употребление этой власти для окончательного угнетения подчиненного».

Поэтому анархистическое понимание государства следующее: государство есть воплощение идеи нарушения чужого права в одном или многих лицах, которые захватывают себе власть и господство над населением известной области».

«Всякое господство есть зло, и оно и тогда не лучше, когда оно господство большинства». «Теократический деспотизм королей и демократический деспотизм большинства должны быть одинаково отвергнуты». «Что представляет собою избирательная записка? Она не более и не менее, как бумажный представитель сабли, булавы, пороха и олова. Она изобретена для того, чтобы с небольшой затратой работы определить, какая часть владеет властью и какая должна повиноваться неизбежному. Голос большинства сокращает кровопролитие, но он так

же есть произвол власти, как и приказание неограниченного властелина, имеющего за собой сильнейшее войско».

2. «Все действия правительства заключают в себе косвенное нарушение права, так как оно базирует па первоначальном нарушении, называемом податью». «Первое дело государства, установление и насильственное взыскание податей, есть уже нарушение всеобщей равной свободы и этим самым оно делает всякую дальнейшую деятельность ложной, даже и ту, которая была бы чисто защитительной; деятельностью, если бы расходы на нее покрывались бы добровольными взносами. Как же это совместимо с законом всеобщей свободы, если с меня взыскивают деньги для уплаты за защиту, которой я не требовал и не желаю?». «И если это уже насилие, то как же назвать то взыскание податей, когда жертвы его получают камень вместо хлеба, угнетение вместо защиты? Это издевательство, а это именно делает государство». Действия правительства, во-вторых, содержат в себе «и прямое нарушеше свободы, так как они имеют своей целью создать для народа различные ограничения в его хозяйственной, общественной и личной жизни».

3. Нельзя также возразить в пользу государства, что оно необходимо для борьбы против преступления. «Государство само самый большой преступник. Оно гораздо скорее создает преступников, чем наказывает их». Точно также нельзя защитить государство тем, что «оно необходимо для помощи от несчастья. Помощь эта не стоит того, что за нее платят».

II. Личное благо каждого, в особенности равная свобода всех, требует вместо государства общежития людей на почве правовой нормы, по которой договоры должны быть выполнены. Место государства должно занять «свободное соединение личностей, заключающих договор».

1. «Уничтожение общества не лежит ни в желании и ни в стремление анархистов.

Они знают, что жизнь общества неотделима от жизни личности, и что нельзя уничтожить первой, не уничтожая второй». Но людей должна связывать не высшая сила, а только правовая сила договора. Форма общества должна быть «свободное соединение», «устройство» которого должно базировать на договоре.

3. Но как же должно быть устроено это свободное соединение в частностях?

Раньше всего оно не должно связывать своих членов пожизненно. Затем оно не должно господствовать над данной областью. Таким образом право и возможность выступления из общества были бы гарантированы за каждым из его членов.

Члены свободного общества носят и известные обязательства. Особое значение имеет для членов обязанность платить подать, которая однако свободная обязан нсть, так как она вытекает из договора.

3. Между свободными союзами нового общества занимают видное место общества страхования и банки взаимного кредита, в особенности же общества для защиты.

«Общества для защиты должны будут после уничтожения государства» защищать против всех тех, «которые нарушают закон равной свободы всех». Но это будет только временная надобность. «Мы приближаемся к тому времени, когда не нужно будет больше насилия для борьбы против преступления».

V. Собственность

1. Против собственности, по теории Тукера, нельзя ничего возразить в виду личного блага каждого и равной свободы всех. Тукер отвергает только разделение собственности, базирующее на государственной монополии. «Государство берет и дает монополии и делает таким образом возможным растовщничество».

1. Получение прибавочной стоимости есть ростовщничество. «Существуют три формы ростовщничества: процент с денег, наем и аренда и прибыль при обмене товаров. Кто получает один из этих доходов уже ростовщик. А пользуются этими доходами все: банкир, фабрикант, купец, маленький домовладелец. Богатеют однако только ростовщики, крупные помещики и банкиры. Они поглощают прибавочную стоимость».

«Откуда же черпают они свою силу? Из государственной монополии. На ней покоится ростовщничество». «Между различными современными монополиями четыре имеют особое значение»: денежная монополия, земельная монополия, пошлинная монополия и авторская монополия.

II. Личное благо каждого, в особенности же равная свобода всех, требует такого распределения собственности, при котором каждый получал бы полный доход своего труда.

1. «Единственная форма собственности, которая удовлетворяет этому требованию, это собственность, базирующая на труде». «Анархистическая собственность считается действительной только по отношению к продуктам. Продукт все то, на что употреблен человеческий труд, будь это кусок железа, или кусок земли. Следует однако заметить, что по отношению к земле и другим предметам, которые находятся в ограниченном размере, анархизм желает защищать только требования, вытекающие из настоящего владения и употребления».

2. Распределение собственности, при котором каждому гарантирован полный доход его труда, предполагает только, чтоб равная свобода

всех нашла свое применение в тех областях, на которых теперь еще господствует государственная монополия.

«Раньше всего необходима свобода денег». «Свобода денег обозначает отсутствие всякого ограничения возможности пустить деньги в оборот». «Пустить деньги в оборот должно быть так же дозволительно, как шитье сапог». Свобода денег увеличила бы сумму оборотного капитала, уменьшила бы денежный процент, уничтожила бы квартирную плату и свела бы прибыль при обмене товаров на заработную плату ремесленника или купца.

Во-вторых, необходима свобода земли. «Страна для народа, – это значит, чтоб всякий, желающий обрабатывать землю, был защищен в своем владении всей обработываемой им землей, без различия между помещиками, арендаторами и рабочими и без поддержки взимания какого нибудь найма».

Затем необходима свобода торговли и свобода духовных произведений. Свобода в этих областях понизила бы цены на все оплачиваемые пошлиной товары и заставила бы авторов бояться конкуренции удовлетворяться платой остальных рабочих.

VI. Осуществление

Переворот, необходимый из-за личнего блага каждого, должен, по Тукеру, совершиться так, что все, познавшие истину, убедят большое количество людей в том, что переворот необходим для их собственнего блага, и что все они потом путем отказа в повиновении устранят государство, преобразует право и собственность и установят новый строй.

I. Раньше всего необходимо убедить достаточное количество лиц в том, что их собственное благо требует переворота. Средством для распространения анархистической мысли служит устное и печатное слово. Если же свобода слова и печати подавлена, тогда можно употребить и насилие. Но насилие можно употребить только в самом крайнем случае».

Но кроме устного и печатного слова существуют еще другие средства «пропаганды». Одно такое средство состоит в том, «чтоб каждый сам по себе отказался от уплаты податей». Другое средство пропаганды состоит в том, чтоб «испробовать анархистическое учение в жизни».

II. Как только достаточное количество лиц убеждено в том, что их собственное благо требует переворота, тогда наступил момент, когда можно посредством «социальной революции», т. е. путем общего отказа в повиновении устранить государство, преобразовать право и собственность и осуществить новый строй.

Некоторые полагают, что государство может тогда только исчезнуть, когда человек станет совершенным. Но в действительности необ-

ходимо уничтожить государство посредством «скорой социальной революции».

Друие находятся в «ошибке, что анархия может быть достигнута насилием». Каким образом она будет достигнута, это только вопрос «целесообразности».

Социальная революция должна совершиться путем пассивного сопротивления, т. е. путем отказа в повиновении. «Пассивное сопротивлеше наисильнейшее оружие, которое человек когда-либо употребил против угнетения». «Восстание легко подавить, но никакая армия не может и не хочет направить свои орудия против мирных людей, не собирающихся даже на улицу, а остающихся дома и отстаивающих свое право».

Глава шестая. Учение Толстого

Общее

Лев Николаевич Толстой родился в 1828 году в Ясной Поляне Крапивнинского уезда Тульской губернии. С 1843 до 1846 г. он изучал в Казани сначала восточные языки, а потом право, которым он продолжал заниматься в течение 1847 и 1848 гг. в Петербурге. После довольно продолжительнего пребывания в Ясной Поляне он поступил на военную службу на Кавказе, в артиллерию. Он был произведен в офицеры, оставался на Кавказе до 1853 г., участвовал затем в Крымской кампании и вышел в отставку в 1855 г.

После этого Толстой жил сначала в Петербурге. В 1857 г. он предпринял длинное путешествие по Германии, Франции, Италии и Швейцарии. По возвращении на родину до 1860 г. он жил преимущественно в Москве. С 1860 по 1861 г. он путешествовал по Германии, Франции, Италии, Англии и Бельгии. В Брюсселе он познакомился с Прудоном.

С 1861 г. Толстой почти безвыездно жил в Ясной Поляне, занимаясь одновременно сельским хозяйством и литературными работами.

Перу Толстого принадлежат очень многие сочинения. До 1878 г. он писал преимущественно рассказы; из сочинений этого периода особенно выдаются романы «Война и мир» и «Анна Каренина», позднейшие его сочинения преимущественно философского содержания.

Для ознакомления с учением Толстого о праве, государстве и собственности особенно важны следующие сочинения: Исповедь (1879 г.), Краткое изложеше евангелия (1880 г.), О жизни (1887 г.) и Царство Божие внутри вас, или Христианство не как мистическое учение, а как новое жизнепонимание (1893 г.).

Толстой не называет свое учение о праве, государстве и собственности анархизмом.

Этим именем он называет учение, ставящее целью жизнь без правительства и рекомендующее достижение этой цели путем насилия.

I. Основание

По учению Толстого высшим законом для нас должна быть любовь: отсюда он выводит заповедь непротивления злу насилием.

1. Толстой говорит, что в основе его ученья лежит «христианство»; но под христианством он разумеет не учение одной из христианских церквей – православной, католической или одной из протестанских, а чистое учение Христа.

«Как ни странно это кажется, церкви, как церкви, всегда были и не могут не быть учреждениями не только чуждыми, но прямо враждебными учению Христа». Церкви, как церкви, не суть учреждения, имеющие в основе своей христианское начало, хотя и несколько отклонившиеся от прямого пути, как это думают многие; церкви, как церкви, как собрания, утверждающие свою непогрешимость, суть учреждения противохристианские. Между церквами, как церквами, и христианством не только нет ничего общего, кроме имени, но это два совершенно противоположные и враждебные друг другу начала. Одно – гордость, насилие, самоотвсржение, неподвижность и смерть; а другое – смирение, покаяние, покорность, движение и жизнь». Церковь, в угоду миру перетолковала метафизическое учение Христа так, что из него не вытекло никаких требований для жизни, так, что оно не мешало людям жить так, как они жили. Церковь тут уступила миру, а раз уступив миру, она пошла за ним. Мир делал все что хотел, представляя церкви, как она умеет, поспевать за ним в своих объяснениях смысла жизни. Мир учреждал свою, во всем противную учению Христа жизнь, а церковь придумывала иносказания, по которым бы выходило, что люди, живя противно закону Христа, живут согласно с ним. И кончилось тем, что мир стал жить жизнию, которая стала хуже языческой жизни, и церковь стала не только оправдывать эту жизнь, но утверждать, что в этом-то и состоит учение Христа».

Особенно отличается от учения Христа церковное «вероучение», т. е. совокупность совершенно непонятных и потому бесполезных «догматов». «Бога внешнего Творца, начала всех начал, мы не знаем». «Бог есть дух в человеке», «его совесть», «разумение жизни»; «каждый человек сознает в себе дух свободный, разумный и независимый от плоти. Этот-то дух есть... то, что мы называем Богом». Христос был человеком; «сыном неизвестного отца; не зная отца своего он в детстве своем называл отцом своим Бога»; и он был сыном Бога по духу как и всякий человек есть сын Бога, он был воплощением «человека, признавшего свою сыновность Богу». Те, которые проповедуют, что «Христос искупил своею кровью род человеческий, павший из-за Адама, что Бог

– Троица, что Св. Дух сошел на апостолов и перешел через рукоположение на священство, что для спасения нужны семь таинств и т. п.» «проповедуют учение совершенно чуждые Христу». «Никогда Христос... ни одним словом не утверждал личное воскресенье и бессмертие личности за гробом»; при том же это «очень неизменное и грубое представление». Вознесение и воскресенье из мертвых принадлежат к самым соблазнительным чудесам».

Учение Христа признается Толстым за истину не на основании веры в откровение, а просто вследствие разумности этого учения. Вера в откровение была «главной причиной сначала непонимания учения, а потом и полного извращения учения». Вера в Христа «не есть доверие в что-нибудь, касающееся Иисуса, но знание истины».

«Есть закон эволюции и потому... надо жить для одной своей личной жизни, предоставляя остальное делать закону эволюции. Это есть последнее выражение утонченного образования и вместе с тем того затемнения сознания, которым заняты образованные классы нашего времени».

Но «жизнь человеческая есть ряд поступков от вставанья до постели; каждый день человек должен не переставая выбирать из сотни возможных для него поступков те, которые он сделает... без руководства в выборе своих поступков человек не может жить». Руководителем для него может быть лишь разум. «Разум человека тот закон, по которому совершается его жизнь». «Если нет высшего разума — а его нет, и ничто доказать его не может— то разум есть творец жизни для меня». «Большее и большее подчинение» «животной личности разумному сознанию» есть «жизнь истинная», оно есть «жизнь» в противоположность просто существованию».

«Прежде говорили: не рассуждай, а верь тому, что мы предписываем. Разум обманет тебя. Вера только откроет тебе истинное благо жизни. И человек старался верить и верил; но сношения с людьми показали ему, что другие люди верят в совершенно другое и утверждают, что это другое дает большее благо человеку. Стало неизбежно решать вопрос о том, какая — из многих –вера вернее; а решать это может только разум».

«Буддист, познавши мегометанство, если он остается буддистом, останется буддистом уже не по вере, а по разуму. Как скоро ему предстала другая вера и вопрос о том, откинуть ли свою или предлагаемую — вопрос решается неизбежно разумом. И если он, узнав мегометанство, остался буддистом, прежняя слепая вера в Будду уже неизбежно зиждется на разумных основаниях». «Человек и всегда познает все через разум, а не через веру».

Закон разума открывается людям постепенно. «1800 лет тому назад среди языческого Римского мира, явилось странное, не похожее ни

на какое из прежних, новое учение, приписывавшееся человеку Христу». Это учение содержит «самое строгое, чистое и полное» выражение закона разума, «выше которого не поднимался до сих пор разум человеческий». Учение Христа есть сам разум; оно должно быть принято людьми, «потому, что только оно одно дает те правила жизни, без которых не жил и не может жить ни один человек, если он хочет жить как человек, т. е. разумной жизнью». «Человек на основании разума не имеет права отрекаться от него».

2. Учение Христа ставит высшим законом для нас любовь.

Что такое любовь? «То, что люди, не понимающие жизни, называют любовью, это только известные предпочтения одних условий блага своей личности другим. Когда человек, не понимающей жизни, говорит, что он любит свою жену, или ребенка, или друга он только говорит то, что присутствие в его жизни его жены, ребенка, друга – увеличивает благо его личной жизни».

«Истинная любовь всегда имеет в основе своей отречение от блага личности ради блага ближнего. «Истинная любовь есть состояние благоволения ко всем людям, которое присуще детям, но которое во взрослом человеке возникает только при отреченнии». «Кто из живых людей не знает того блаженнего чувства, хоть раз испытанного и чаще всего только в самом раннем детстве, когда душа не была еще засорена всей той ложью, которая заглушает в нас жизнь, того блаженного чувства умиления, при котором хочется любить всех: и близких, и отца, и мать, и братьев, и злых людей и врагов, и собаку, и лошадь, и травку; хочется одно – чтобы всем было хорошо, чтобы все были счастливы и еще больше хочется того, чтобы самому сделать так, чтобы всем было хорошо, самому отдать себя, всю свою жизнь на то, чтобы всем и всегда было хорошо и радостно. Это-то и есть, и эта одна есть та любовь, в которой жизнь человека».

Истинная любовь есть «идеал полного, бесконечного, божеского совершенства». «Божеское совершенство есть идеал жизни человеческой, к которому она всегда стремится и приближается, и которое может быть достигнуто только в бесконечности». «Истинная жизнь по прежним учениям состоит в исполнении правил, закона: по учению Христа она состоит в наибольшем приближении к указанному и сознаваемому каждым человеком в себе, божескому совершенству».

Любовь, по учению Христа, есть наш высший закон. Заповедь любви есть «выражение самой сущности учения». Существуют три «и только три» жизнепонимания: «первое – личное или животное, второе – общественное пли язычное» и третье – «Христианское или божеское». Человек животного жизнепонимания, «дикарь признает жизнь только в себе... двигатель его жизни есть личное наслаждение... Человек языческий, общественный признает жизнь уже не в самом себе, но

в совокупности личностей – в племени, семье, роде, государстве. Двигатель его жизни есть слава... Человек божеского жизнепонимания признает жизнь уже не в своей личности и не в совокопуности личностей, а – в источнике вечной, не умирающей жизни – в Боге... Двигатель его жизни есть любовь».

Что любовь, согласно учению Христа, есть наш высший закон, означает не что иное, как то, что таково требование разума. Еще в 1852 г. Толстой высказывает мысль, что, ... любовь и добро есть истина и счастье, и одна истина и одно возможное счстье в мире»; а гораздо позже, в 1887 году, он называет любовь «единственной разумной деятельностью человека», «разрешающей все противоречия жизни человеческой». Любовь прекращает праздную и мучительную деятельность, направленную на наполнение бездонной бочки животной личности, она устраняет неразумную борьбу существ, стремящихся к личному счастью, она дает жизни, которая без нее бессмысленно протекала бы в ожидании смерти, смысл независимой от времени и пространства.

3. Из закона любви в учении Христа выводится заповедь непротивления злу насилием. «Не противиться злому, значит не про

тивься злому никогда, т. е никогда не делай насилия, т. е. такого поступка, который всегда противоположен любви».

Христос с полной определенностью выводит эту заповедь из закона любви. Он дал несколько заповедей и в особенности пять заповедей нагорной проповеди; «заповеди эти – не составляют учения... но составляют только одну из бесчисленных ступеней его в приближении к совершенству», «они все отрицательные и показывают только то, чего на известной ступени развития человечества люди могут уже не делать». Первая из пяти заповедей нагорной проповеди гласит: «Будь в мире со всеми» и «если мир нарушен, то все силы употребляй на то, чтобы восстановить его». Вторая заповедь говорит: «бери муж одну жену и жена одного мужа и не покидайте друг друга ни под каким предлогом»; третья заповедь: «не давай никаких обетов»; четвертая «неси обиды, а не делай зла за зло», пятая заповедь: «не нарушай мира ни с кем во имя народных целей». Из этих заповедей четвертая самая важная; она высказана в V гл. Мф.,ст. 39: «Вам сказано: око за око, зуб за зуб. – А я вам говорю: Не противьтесь злу»).

Толстой рассказывает, как место это сделалось для него «ключем всего». «Стоило мне понять эти слова просто и прямо, как они сказаны, и тотчас же во всем учении Христа, не только в нагорной проповеди, но во всех Евангелиях, все, что было запутано, стало понятно, что было противоречиво стало согласно, и, главное, что казалось излишне, стало необходимым. Все слилось в одно единое и несомненно подтверждало одно другое, как куски разбитой статуи, составленные так, как они должны быть». Принцип непротивления злому «есть положение, свя-

зующее все учение в одно целое, но только тогда, когда оно не есть изречение а есть закон». «Оно есть точно ключ, отпирающей все, но только тогда, когда ключ этот просунут до замка».

Заповедь непротивления злу насилием с необходимостью вытекает из закона любви, так как закон этот требует, или чтобы был найден верный, неоспоримый кретериум того, что есть зло, или чтобы мы совершенно отказались от сопротивления злу насилием»). «Ревнителем того, что должно было считаться злом, и чему противиться насилием, был то папа, то император, то король, то собрание выбранных, то весь народ. Но как внутри так и вне государства, всегда находились люди, не признававшие для себя обязательными ни постановлений, выдаваемых за веление божества, ни постановлений людей, облеченных святостью, ни учреждений, долженствовавших представлять волю народа, и люди, которые считали добром то, что существующая власть считали злом, и таким же насилием, которое употреблялось против них, боролись против властей...«Люди, облеченные святостью, считали злом то, что люди и учреждения, облеченные светской властью, считали добром, и наоборот: и борьба становилась все жесточе и жесточе... Так .... и дошло до того, до чего дошло теперь, — до совершенной очевидности того, что внешнего, обязательного для всех определения зла нет и не может быть». Отсюда неизбежность принять решение вопроса, данное Христом.

Согласно Толстому, учение непротивления не следует понимать так, «что оно будто бы запрещает всякую борьбу со злом». Оно запрещает лишь прибегать к насилию в борьбе со злом. Но насиль

ственную борьбу оно запрещает безусловно. Это запрещение относится, таким образом, не только к борьбе со злом, причиняемым нашим ближним: когда Петр отсек слуге первосвященника ухо, он защищал «не себя, но своего любимого и божественного учителя. И Христос прямо запретил ему это, сказав, что поднявший меч от меча погибнет». «Заповедь непротивления злу не означает также, что одна лишь часть людей обязана без борьбы покоряться тому, что известными авторитетами будет предписано им»; заповедь эта состоит в том, «чтобы никому, следовательно и тем (и преимущественно тем), которые властвуют, не употреблять насилия ни против кого, ни в каком случае».

III. Право

I. Во имя любви, а именно на основании заповеди непротивления злу насилием, Толстой отрицает право, конечно не безусловно, но по крайней мере для современных народов, стоящих на более или менее высокой ступени развития. Он, правда, говорит только о законе, но имеет в виду всякое право, так как он отрицает принципиально всякие нормы, покоящиеся на воле людей, поддерживаемые насилием и в ча-

стности судами могущие отклоняться от нравственного закона, быть различными в разных странах и во всякое время быть произвольно измененными.

Быть может, прежде когда-нибудь существование права было лучше его отсутствия. Прово поддерживается насилием; с другой стороны, оно не допускает насилия, совершаемого отдельными личностями друг над другом; а может быть и «было время ... что насилие государства было меньше насилия чем друг над другом. Теперь это время во всяком случае миновало для нас; нравы стали мягче, люди нашего времени, исповедуя правила человеколюбия и сострадания к ближним, желают только... возможности спокойной и мирной жизни».

Право нарушает правило непротивления злу насилием. Это было высказано Хрисом. Слова: «не судите и не будете судимы» (Мф. VII. 1), «не осуждайте и не будете осуждены» (Луки. VI. 37) значат: «не только не судите ближнего на словах, но и не осуждайте его судом – не судите ближние своими человеческими учреждешями – судами». Здесь Христос говорит не только о «личном отношении человека к судам», но отрицает «самое правосудие». «Он говорит: вы думаете, что ваши законы исправляют зло – они только увеличивают его. Один есть путь пресечения зла – делание добра за зло всем без всякого различия». И то же самое, что говорит Христос, говорят мне «сердце и здравый смысл».

Но это не все, что может быть сказано в доказательство несостоятельности права. «Насилие... отрицает и осуждает в одной неподвижной форме закона, что большею частью уже гораздо прежде отрицалось и осуждалось общественным мнением, но с тою разницею, что тогда как общественное мнение отрицает и осуждает все поступки, противные нравственному закону, захватывая поэтому в свое осуждение самые разнообразные положения, закон, поддерживаемый насилием, осуждает и преследует только известный, очень узкий ряд поступков, тем самым как бы оправдывая все поступки такого же порядка», не вошедшие в его определение. Общественное мнение уже со времен Моисея считает корыстолюбие, распутство и жестокость злом и осуждает их. И оно отрицает и осуждает всякого рода проявления корыстолюбия, — не только приобретение чужой собственности насилием, обманом, хитростью, но и жестокое пользование ею; осуждает всякаго рода распутство, будь то блуд с наложницей, невольницей, разведенной женой и даже своей: осуждает всякую жестокость, выражающуюся в побоях, в дурном содержании, в убийстве не только людей, но и животных. Закон же, основанный на насилии, преследует только известные виды корыстолюбия, как то: воровство, мошенничество и известные виды распутства и жестокости, как то: нарушение супружеской верности, убийства, увечья – вследствие этого как бы разрешая все те

проявления корыстолюбия, распутства и жестокости, которые не подходят под его узкое, подтвержденное лжетолкованиям определение».

«Хорошо было еврею подчиняться своим законам, когда он не сомневался в том, что их писал пальцем Бог: или римлянину, когда он думал, что их писала нимфа Егерия; или даже, когда верили, что цари, дающие законы – помазанники Божии, или хоть тому, что собрания законодательные имеют и желание и возможность найти наилучшие законы». Но «уже во времена появления христианства люди начинали понимать, что законы человеческие, выдаваемые за законы божесие, насаны людьми, что люди не могут быть непогрешимы, каким бы они не были облачены внешним величием; и что ошибающиеся люди не сделаются непогрешимыми оттого, что они соберутся вместе и назовутся сенатом или каким нибудь другим таким именем». «Но ведь мы знаем, как делаются законы, мы все были за кулисами, мы все знаем, что законы суть произведения корысти, обмана, борьбы партий – что в них нет и не может быть истинной справедливости». Поэтому «признание каких бы то ни было... особенных законов... есть признак самого дикого невежества».

II. Любовь повелевает, чтобы вместо права она сама стала для людей законом. Из этого следует, что мы должны руководствоваться не правом, а заповедями Христа. Это и есть царство Бога на земле».

Что же касается дня и часа, когда наступит Царство Божие, то, «наступление этого часа ни от кого другого не зависит, как от самых людей». «Стоит только каждому начать делать то, что мы должны делать, и перестать делать то, чего мы не должны делать, ... для того, чтобы сейчас же наступило ... обещанное Царство Божье». «Пусть только каждый человек сейчас же... но мере сил своих исповедует ту правду, которую он знает, или хотя, по крайней мере, пусть не защищает ту неправду, которую он делает, выдавая за правду, и тотчас же в нынешнем 93-м году совершились бы такие перемены к освобождению людей и установлению правды на земле.

Царство Божие «не во внешнем мире, а в душе людей». «И не придет Царствие Божие приметным образом и не скажут: вот оно здесь или вот оно там. Ибо вот: Царствие Божие внутри вас есть» (Лк. XVII, 20)». Царство Божие есть не что иное, как исполнение заповедей Христа, в особенности же пяти заповедей нагорной проповеди, говорящих нам, каково должно быть наше поведение на настоящей ступени нашего развштя, чтобы оно как можно более соответствовало идеалу любви. и повелевающих нам быть в мире со всеми и если нарушен мир, употреблять все силы на то, чтобы востановить со всеми людьми».) Царство Бога на земли есть мир всех людей между собою... Так представлялось Царство Бога всем пророкам еврейским. И так оно представлялось и представляется всякому сердцу человеческому».

V. Государство

Для современных народов, достигших более или менее высокой ступени развития, Толстой вместе с правом неизбежно должен отрицать также и государство, как правовое учреждение.

Если и было время, что при известном низком уровне нравственности и при всеобщем расположении людей к насшию друг над другом, существоваше власти, ограничивающей эти насилие, было выгодно, т. е. что насилие государственное было меньше насилия личностей друг над другом, то нельзя не видеть того, что такое преимущество государственности над отсутствием ее не могло быть постоянно.

Чем больше уменьшалось стремление к насилию личностей, чем более смягчались нравы, и чем более развращалась власть вследствие своей нестесненности, тем преимущество это становилось все меньше и меньше.

В этом изменении отношения между нравственным развитием масс и развращенностью правительств и состоит вся история последних двух тысячилетий». «Я не могу доказать ни общей необходимости, ни общего вреда государства», «знаю только то что с одной стороны, мне не нужно более государства, с другой – я не могу совершать те дела, которые нужны для существования государства».

«Христианство в его истинном значении разрушает государство», оно разрушает всякое правительство. Государство находится в противоречии с любовью, а именно с заповедью непротивления злу насилием. Мало того, учреждая господство, государство погрешает против вытекающей из закона любви «сыновности людей Богу... и равенства всех людей». Поэтому помимо того, что, как правовое учреждение, оно зиждется на насилии, существуют и другие основания для его отрицания. «Напрасно говорят, что учение христианское касается личного спасения, а не касается вопросов общих государственных. Это только смелое и голословное утверждение...». «Для каждого искреннего и серьезного человека нашего времени не может не быть очевидной несовместимости истинного христианства – учения смирению, прощению обид, любви – с государством, с его величием, насилиями, казнями и войнами». Государство «идол», оно должно быть отвергнуто независимо от того, каково бы оно ни было: «самодержавное, монархическое, конвент, консульство, империя того или другого Наполеона или Буланже, конституционная монархия, коммуна или республика». – Эта мысль подробно развивается Толстым.

1. Государство есть господство дурных, доведенное до крайности.

Государство есть господство. В государстве правительстве есть «собрание одних людей насилующих других». «Правительства в наше время – все правительства, самые деспотические так-же, как и либе-

ральные – сделались тем, что так метко называл Герцен, Чингис-Ханом с телеграфами». Люди, обладающие властью, «совершают насилие уже не во имя противодействия злу, а во имя своей выгоды пли прихоти, а другие люди подчиняются насилно не потому, что они считают ... что насилие делается над ними во имя пзбавления их от зла и для их добра, а только потому, что они не могут избавиться от насилия». «Не потому присоединена Ницца к Франции, Лотарингия к Германии, Чехия к Австрии; не потому раздроблена Польша; не потому Ирландия и Индия подчиняются английскому правлению; не потому воюют с Китаем и убивают африканцев, не потому американцы изгоняют китайцев, а русские теснят евреев, ... что это – добро, нужно и полезно людям, и что противное этому есть зло, а только потому, что те, кто имеет власть, хотят, чтобы это так было».

«Государство есть господство злых». «Устранение государственного насилия ... сделает только то, что злые будут властвовать над добрыми ... говорят защитники существующего строя жизни». Но при переходах власти в одном государстве от одних лиц к другим, разве всегда власть переходила к более добрым? «Когда свергнут был Людовик XVI, и во власть вступил Робеспьер и потом Наполеон, кто властвовал? Более добрые или более злые? И когда властвовали более добрые: когда версальцы или коммунары были во власти? Или когда во главе правительства был Карл I или Кромвель? Или когда царем был Петр III, или когда его убили и царицей стала в одной части России Екатерина, а в другой – Пугачев? Кто тогда был злой, кто добрый? Все люди, находящееся во власти, утверждают, что их власть нужна для того, чтобы злые не насиловали добрых, подразумевая под этим то, что они-то суть те самые добрые, которые ограждают других добрых от злых». В действительности же те, которые захватывают и удерживают власть, никак не могут быть более добрыми. «Для того, чтоб захватить власть и удерживать ее, нужно любить власть. Властолюбие-же соединяется не с добротой, а с противоположными доброте качествами: с гордостью, хитростью, жестокостью. Без увеличивания себя и унижения других, без лицемерия, обманов, без тюрем, крепостей, казней, убийств не может ни возникнуть, ни держаться никакая власть». «Даже как-то смешно говорить о властвующих Христианах». К тому же «обладание властью развращает людей». «Люди, обладающее ... властью, ... не могут не зло употреблять ею, не могут не ошалевать от такой безумной, страшной власти». «Сколько ни придумывали люди средств для того, чтобы лишить людей, стоящих у власти, возможности подчинять общие интересы своим ... все эти меры оказывались и оказываются недействительными ... Все знают, что ... люди, находящиеся у власти — будь они императоры, министры, полицеймейстеры, городовые – всегда, вследствие того, что они имеют власть, делаются более склонными

к безнравственности, т. е. к подчинению общих интересов личным, чем люди, не имеющие власти, как это и не может быть иначе».

Государство есть господство злых, доведенное до высшей степени. «Расчет или даже боссознательное стремление насилующих всегда будет состоять в том, чтобы довести насилуемых до наибольшего ослабления, так как чем слабее будет насилуемый, тем меньше потребуется усилий для подавления его». «Остается теперь только одна область деятельности людской, не захваченная правительственною властью, – область семейная, экономическая, область частной жизни и труда. И эта область теперь, благодаря борьбе коммунистов и социалистов уже понемногу захватывается правительствами, так что труд и отдых, помещение, одежда, пища людей все понемногу, если только исполнятся желания реформаторов, будет определяться и назначаться правительствами». «Самая жестокая, ужасная шайка разбойников не так страшна, как страшна такая государственная организация. Всякий атаман разбойников все таки ограничен тем, что люди, составляющие его шайку, удерживают хотя долю человеческой свободы и могут воспротивиться совершению противных своей совести дел». Но для государства не существует таких преград; «нет тех ужасающих преступлений, которые не совершили бы люди, составляющие часть правительства и войска по воле того, кто случайно (Буланже, Пугачев, Наполеон) может стать во главе их».

2. Господство в государстве основано на физической силе. Всякое правительство опирается на войско, т. е. на вооруженных людей, готовых путем физического насилия приводить в исполнение волю правительства на сословие людей, «воспитывающихся для того, чтобы убивать всех тех, кого велит убивать начальство». Людей такого рода представляет полиция и в особенности войско. «Войско есть не что иное, как собрание дисциплинированных убийц». формирование его есть «обучение убийству», его победы убийства. «Войско всегда и стояло и теперь стоит в основе власти. Всегда власть находится в руках тех, кто повелевает войском, и всегда все властители – от римских кесарей до русских и немецких императоров – озабочены более всего войском».

Войско служит, во-первых, для ограждения господства правительства от нападок со стороны внешних врагов. Оно не позволит соседним правительствам захватить власть в свои руки. Война есть не что иное, как борьба между правительствами из за господства над их подданными. Поэтому то и не может быть достигнут мир народов между собою разными конвенциями, арбитрацией до тех пор, пока будет существовать подчинение народов правительствам, которое всегда неразумно и всегда пагубно». Ввиду такого значения войска «каждое государство ... невольно приведено к необходимости друг перед другом увеличивать

войска. Увеличение же войск заразительно, как это еще 150 лет тому назад заметил Монтескье».

«Но те, которые думают, что войска содержатся правительствами только для обороны от нападений извне, забывают, что войска нужны прежде всего правительствам для обороны себя от своих подавленных и приведенных в рабство подданных». «Недавно в германском рейхстаге, отвечая на запрос о том, почему нужны деньги для прибавления жалования унтер-офицерам, германский канцлер прямо объявил, что нужны надежные унтер-офицеры для того, чтобы бороться против социализма. Каприви сказал во всеуслышание только то, что всякий знает, хотя это и старательно скрывается от народов, он сказал то, почему нанимались гвардии швейцарцев и шотландцев к французским королям и папам, почему в России старательно перетасовывают рекрут так, чтобы полки, стоящие в центрах, комплектовались рекрутами с окраин, а полки на окраинах людьми из центра России... Каприви нечаянно сказал то, что каждый очень хорошо знает, а если не знает, то чувствует, а именно то, что существующей строй жизни таков, какой он есть, не потому, что он естественно должен быть таким, что народ хочет, чтобы он был таков, но потому, что его таким поддерживает насилие правительств, войска со своими подкупленным унтер-офицерами, офицерами и генералами».

3. Господство в государстве поддерживается физическим насилием и притом насилием, совершаемым самими же подданными.

«Одна из особенностей правительств в том, что они требуют от граждан того самого насилия, которое лежит в основе их (т. е. правительств), и что поэтому в государстве все граждане стали угнетателями самих себя». Правительство требует от граждан как активного участия в насилии, так и поддержки его. Сюда относятся: обязательная для всех в России присяга при перемене царствования, так как при этой присяге обещаются повиноваться властям, т. е. людям, предающимся насилиям; обязанность уплачивать подати, так как подати употребляются на дела насилия; паспортная система, так как, беря паспорт – человек признает свою зависимость от государства, живущего насилием; обязанность быть свидетелем на суде и участвовать в суде в качестве присяжнаго. так как всякий суд есть исполнение закона мести; обязательное в России для всех крестьян исполнение полицейских обязанностей, так как при исполиении этих обязанностей приходится употреблять насилие против своих братьев и мучить их; в особенности же сюда относится всеобщая воинская повинность, т. е. обязанность быть палачем и готовиться к палачеству. В всеобщей воинской повинности противоречие между христианством и государством всего резче бросается в глаза. «Всякий человек должен взять орудие убийства: ружье, ножь, и

если не убить, то зарядить ружье и отточить нож, т. е. быть готовым на убийство».

Но отчего же граждане исполняют эти требования правительства, несмотря на то, что последнее именно и держится исполнением их, так что в конце концов граждане сами взаимно угнетают друг друга? Это возможно только благодаря существованию созданной с помощью усовершенствованной науки искусной организации, «при которой все люди захвачены в круг насилия, из которого нет никакой возможности вырваться. Круг этот составляется теперь из четырех средств воздействия на людей. Средства эти все связаны между собою и поддерживаются одно другим, как звенья кольцом соединенной цепи». Первое средство всего лучше может быть охарактеризовано как «гипнотизация народа». Эта гипнотизация заставляет людей «делать то ложное рассуждение, что существующий порядок неизменен и потому должно поддерживать его, тогда как очевидно, что, напротив, он только оттого неизменен, что они то и поддерживают его». Гипнотизация эта производится путем поощрения двух родов суеверия: … религиозного ... и патриотического»; «и, начиная свое воздействие с детского возраста, продолжается над людьми до их смерти». Имея в виду эту гипнотизацию, можно сказать, что государственная власть покоится на обмане, вводящем в заблуждение общественное мнение. «Второе средство есть средство подкупа. Оно состоит в том, чтобы, отобрав от трудового рабочего народа посредством денежных податей его богатства между чиновниками, обязанными за вознаграждение, поддерживать и усиливать порабощение народа». Чиновники «верят в неизменность существующего порядка, потому главное, что он выгоден им». В виду этого подкупа можно сказать, что государственная власть покоится на эгоизме тех, кому она доставляет выгодное положение. Третье средство есть «устрашенье. Средство это состоит в том, чтобы выставлять существующее государственное устройство (какое бы оно ни было — свободное республиканское или самое дикое деспотическое) чьм то священным и неизменным, и потому казнить самыми жестокими казнями все попытки измененить его». Наконец четвертое средство состоит в том, «чтобы посредством трех предшествующих средств выделять из всех таким образом закованных и одуренных людей еще некоторую часть людей для того чтобы подвергнуть этих людей особенным усиленным способам одурения всех тех жестокостей и зверств, которые понадобятся правительству». Это достигается в войске, к которому в настоящее время, благодаря всеобщей воинской повинности, принадлежат все молодые люди. «Этим средством замыкается круг насилия. Устраните, подкуп, гипнотизация приводят людей к тому, что они идут в солдаты; солдаты же дают власть и возможность и казнить людей и

обирать их (подкупая на эти деньги чиновников) и гипнотизировать и вербовать их в те самые солдаты, которые дают власть делать все это».

II. Любовь требует, чтобы государство было заменено общественным устройством, основанным всецело на заповедях, вытекающих из закона любви. «Всякий самый мало размышляющий человек нашего времени» видит «невозможность продолжения жизни на прежних основах и необходимость установления каких то новых форм жизни». «Неизбежно христианскому человечеству нашего времени отречься от осуждаемых им языческих форм жизни и на признаваемых им христианских основах построить свою жизнь».

I. И после устранения государства люди будут продолжать жить обществами. Но что же будет соединять их тогда в одно общественно целое?

Во всяком случае не какие либо обеты. «Христос заповедал нам не давать никаких обетов», «не обещать ничего людям». «Христианин … не может ... обещаться, что либо определенное делать в известное время или от чего либо в известное время воздержаться, потому что он не может знать, чего и в какое время потребует от него тот христианский закон любви, подчинение которому составляет смысл его жизни». Еще того менее может он обещаться «исполнять чью либо другую волю, не зная в чем будут состоять требования этой воли: этим обещанием он «заявил бы то, что внутренний закон Божий не состовляет уже для него единственный закон его жизни»; «нельзя служит двум господам».

В будущем людей должно будет сплочивать в одно общественно целое то влияние, которое оказывают личности, опередившие других в познании истин, на менее развитых членов общества. «Влияние духовное есть такое воздействие на человека, вследствие которого изменяются самые желания человека и совпадают с тем, что от него требуют. Человек, подчиняющейся влиянию духовному, действует соответственно своим желаниям». Сила, благодаря которой люди могут жить обществами, заключается в духовном влиянии, оказываемом личностями, опередившими других в позиции истины, в способности людей маломыслящих подчиняться указаниям людей, стоящих на высшей степени сознания. Благодаря этой способности люди подчиняются «одним и тем же разумным началам ... одни – меньшинство – сознательно ... вследствие согласья их с требованиями своего разума; другие – большинство – ... бессознательно, только потому, что эти требования стали общественным мнением». «В этом подчинении нет ничего неестественного и противоречивого».

2. Но каким образом будут исполняться в будущем обществе те задачи, которые в настоящее время берет на себя государство? Спрашивающие это обыкновенно имеют в виду задачи троякого рода.

Во-первых, защиту от злых людей, находящихся среди нас. «Но кто же эти среди нас злые люди, от насилия и нападения которых спасает нас государство и его войско? Если три, четыре века тому назад, когда люди гордились своим военным искусством, вооружением, когда убивать людей считалось доблестью, – были такие люди, то ведь теперь таких людей нет, а все люди нашего времени не употребляют и не носят оружия, и все исповедуют правила человеколюбия. «Если же под людьми, от нападения которых спасает нас государство, разуметь тех людей, которые совершают преступления, то мы знаем, что это не суть особенные существа, вроде хищных зверей между овец, а суть такие же люди, как и все мы и точно также не любящие совершать преступления, как и те, против которых они их совершают. Мы знаем теперь … что деятельность правительств со своими, отставшими от общего уровня нравственности, жестокими приемами наказаний, тюрьм, каторг, виселиц, гильотин – скорее содействуют огрублению народов, чем смягчению их, и потому скорее увеличение, чем уменьшение числа насильников». Если мы христиане «и потому полагаем свою жизнь в служении другим, то не найдется такого безумного человека, который лишил бы пропитания или убил бы тех людей, которые служат ему. Миклуха-Маклай поселился среди самых зверских, как говорили, диких, и его не только не убили, но полюбили его, покорились ему только потому, что он не боялся их, ничего не требовал от них и делал им добро».

Во-вторых, спрашивают, кто будет защищать нас в будущем обществе от внешних врагов. Но ведь «мы знаем, что все европейские народы исповедуют одинаковые принципы свободы и братства и потому не нуждаются в защите друг от друга. Если же говорить о защите от варваров, то для этого достаточно 0.001 тех войск, которыя стоят теперь под ружьем, ... государственная власть не только не спасает от опасности нападения соседей, а напротив, она-то и производит опасность нападения». Но «если бы было общество христиан не делающим никому зла и отдающих весь излишек своего труда другим людям, никакие неприятели – ни немцы, ни турки, ни дикие – не стали бы убивать или мучить таких людей. Они брали бы и себе все то, что и так отдавали бы эти люди, для которых нет различия между русским, немцем, турком и дикарем».

В-третьих, спрашивают, каким образом будет возможно в будущем обществе существование путей сообщения, воспитательных, образовательных, религиозных и других общественных учреждений. «Если было время, когда люди были так разобщены между собою, так мало были выработаны средства сближения и передачи мыслей, что они не могли согласиться ни в каком общем, ни торговом, ни экономическом, ни образовательном деле без государственного центра, то теперь уже

нет этой разобщенности. Широко развившиеся средства общения и передачи мыслей сделали то, что для образования обществ, собраний, корпорации, конгрессов, ученых, экономических, политических учреждений люди нашего времени не только вполне могут обходиться без правительств, но что правительства в большей части случаев скорее мешают, чем содействуют достижению этих целей».

3. В какие же именно формы выльется общественная жизнь в будущем? Будущее будет таким, каким его сделают обстоятельства и люди». В настоящее время мы не в состоянии отдать себе вполне ясный отчет в этом.

«Люди говорят: ... Какие именно и в чем будут состоять те новые порядки, которые заменят теперешние? До тех же пор, пока мы не будем знать, как именно сложится наша жизнь, мы не пойдем вперед и не тронемся с места». «Если бы Колумб так рассуждал, он никогда не снялся бы с якоря. Сумашествие ехать по океану, не зная дороги, по океану, по которому никто не ездил, плыть в страну, существование которой – вопрос. Этим сумашествием он открыл новый мир. Конечно, если бы народы переезжали из одного готового hotel garni в другой, еще лучший, – было бы легче, да беда в том, что некому заготовлять новых квартир». Но когда люди стараются представить себе условия жизни в будущем обществе, их не так беспокоит этот вопрос: «что будет?» «Их тревожит вопрос, как жить без тех привычных нам условий нашей жизни, которые мы называем наукой, искусством, цивилизацией, культурой»). «Да, ведь все это суть только различные проявления истины — предстоящее же изменение совершается только во имя приближения к истине вследствие осуществления ее? Они будут иные, лучшие и высшие, но никак не уничтожатся. Уничтожится в них то, что было ложно: то же, что было от истины, то только более процветет и усилится».

«Если бы жизнь отдельного человека при переходе от одного возраста к другому была бы вполне известна ему, ему незачем бы было жить. То же и с жизнью человечества: если бы у него была программа той жизни, которая ожидает его при вступлении в новый возраст его, то это было бы самым видным признаком того, что оно не живет, не двигается, а толчется на месте. Условия нового строя жизни не могут быть известны нам, потому что они должны быть выработаны нами же. Только в том и жизнь, чтобы познавать неизвестное и сообразовать с этим новым познанием свою деятельность. В том жизнь каждого отдельного человека, и в том жизнь человеческих обществ и человечества».

V. Собственность

Вместе с правом Толстой неизбежно должен отрицать также и необходимость учреждения собственности современных народов, стоящих на высокой ступени развития.

Может быть, когда-нибудь и было время, когда насилие, необходимое для того, чтобы обеспечить отдельной личности исключительное обладание известными благами, было меньше той суммы насилия, которая получалась бы при борьбе всех против всех из за обладания этими благами, так что тогда существование права собственности было лучше его отсутствия. Но этот период во всяком случае уже миновал, совершенный общественный строй «отжил свое время»; если бы даже и не существовало никакого права собственности, между людьми нашего времени не возгорелась дикая борьба из за обладашя матерьяльнымн благами: теперь все исповедают человеко-любие», все знают «что люди все имеют одинаковые права на жизнь и блага мира»; «есть уже и такие богатые люди, которые ... вследствие особенной чуткости к зарождающемуся общественному мнении, отказываются от унаследованного состоянья».

Собственность не совместима с любовью, а именно с заповедью непротивления злу насилием; мало того, учреждая господство имущих над неимущими, собственность погрешает против вытекающей из закона любви сыновности людей Богу и равенства всех людей. Поэтому собственность, помимо того, что, как правовое учреждение, она покоится на насилии, должна быть отвергнута и по другим соображениям. Богачи виноваты уже одним тем, что богаты. Существование десятков тысяч голодных, зябнувших и глубоко униженных «людей в Москве, тогда как я с другими тысячами объедаюсь филеями и осетриной и покрываю лошадей и полы сукнами и коврами» «есть преступлеше». Я «не перестану чувствовать себя участником постоянно совершающегося преступления до тех пор, пока у меня будет излишняя пища, а у другого совсем не будет, у меня будет две одежды, а у кого-нибудь не будет ни одной».

Толстой подробно развивает эту мысль.

1. Собственность означает господство имущих над неимущими.

Собственность есть исключительное право владения известными вещами, причем безразлично, пользуются ли ими в действительности или нет.

Значение собственности в том, что бедный, не имеющий ее, находится в зависимости от богатого, обладающего собственностью; бедный, чтобы добыть себе вещи, необходимые ему, но принадлежащие другому, должен делать то, что пожелает этот другой, а именно он должен работать на него. Таким образом собственность разделяет людей «на две касты: одну трудящуюся, а другую угнетающую, роскошествующую и веселящуюся». «Мы все братья, а между тем каждое утро

брат или сестра выносит мой горшок. Мы все братья, а мне утром необходима сигара, сахар, зеркало и т. п. предметы, на работе которых теряли и теряют здоровье мои, равные братья и сестры». «Я всю свою жизнь провожу так: ем, говорю и слушаю, опять ем и ложусь спать; и так каждый день я другого ничего не делаю и не умею делать. И для того, чтобы я мог это делать, нужно, чтобы с утра до вечера работали дворник, мужик, кухарка, повар, лакей, кучер, прачка; не говорю уже о тех работах людей, которые нужны для того, чтобы эти кучера, повара, лакеи и прочие имели те орудия и предметы, которыми и над которыми они для меня работают – топоры, бочки, щетки, посуду, мебель, воск, ваксу, керосин, сено, дрова, говядину. И все эти люди тяжело работают целый день и каждый день для того, чтобы я мог говорить, есть и спать».

«Это значение собственности особенно ясно выступает в тех случаях, когда объектом собственности являются вещи, необходимые для производства». «Не может быть земледельца без земли, на которой он работает, и без косы, телега, лошади; не может быть и сапожника без дома на земле, без воды, воздуха и орудий труда, которыми он работает»; собственность же означает, что «у мужика нет земли, лошади и косы, у сапожника дома, воды и шила, а это значит, что кто-нибудь согнал его с земли и отнял или выманил у него косу, телегу, лошадь, шило». Вследствие этого «для некоторой части этих рабочих ... нарушаются свойственные людям условия производства, так что рабочих лишают земли и орудой труда и пригоняют к чужим орудиям труда» и собственник орудия труда может заставить их работать не на себя, а на хозяина». Поэтому рабочий трудится «не для себя, по своей охоте, а по нужде, для прихоти вообще роскошествующих и праздных людей и в частности для наживы одного богача, владе

теля фабрики или завода». Таким образом собственность означает эксплуатацию рабочего теми, кому принадлежат земля и орудия производства; она означает, «что произведения труда людей все более и более переходят от массы трудового народа к нетрудовому.

Значение собственности, как средства ставить бедных в зависимость от богатых, особенно ясно выступает в деньгах. «Деньги ценность, всегда равная самой себе и считающаяся правильною и законною. «По-русски выходит, что люди, у которых есть деньги, могут вить веревки из тех, у кого их нет». «Деньги есть новая форма рабства, отличающаяся от старой формы рабства только безличностью, освобождением от всяких человеческих отношений к рабу»; «ибо корень всякого рабства есть пользование чужим трудом, и потому принуждение к нему других, все равно, зиждется ли оно на моем праве на раба или на моем владении деньгами, неизбежно необходимыми ему».

«В самом деле, какие мои деньги и откуда они завелись у меня? Часть их я собрал за землю, полученную мною от отца. Мужик продал последнюю овцу, корову, чтобы отдать мне их. Другая часть моих денег, это деньги, которыя я получил за мои сочинения, за книга. Если книги мои вредны, то я только соблазняю тех, кто их покупает, и деньги, которые я за них получаю, дурно добытые деньги, но если книги мои полезны людям, то выходит еще хуже. Я не даю их людям, а говорю: дайте мне 17 рублей, и тогда я дам вам их. И как там мужик продает последнюю овцу, здесь бедный студент, учитель, всякий бедный человек лишает себя нужнего, чтобы дать мне эти деньги. И вот я набрал много таких денег, и что же я делаю с ними? Я привожу эти деньги в город и отдаю их бедным только тогда, когда они будут исполнять мои прихоти и придут сюда в город чистить для меня тротуары, лампы, сапоги, работать для меня на фабриках. И за эти деньга я выторговываю у них все, что могу, т. е. стараюсь как можно меньше дать им и как можно больше получить от них. И вдруг я совершенно неожиданно начинаю так, просто задаром, давать эти деньга этим же бедным – не всем, но тем, кому мне вздумается». Это значит одной рукой отнимать у бедных тысячи рублей, а другой некоторым из них раздавать копейки.

2. Связанное с собственностью господство имущих над неимущими покоится на физическом насилии. «Если огромные богатства, накопленные рабочими, считаются принадлежащими не всем, а исключительным лицам; если власть собирать подати с труда н употреблять эти деньга на что они это найдут нужным, предоставлена некоторым людям, ... то все это происходит не потому, что народ этого хочет и что так естественно должно быть, а потому, что этого для своих выгод хотят правительства и правящие классы и посредством физического насилия над телами людей устанавливают это»; все это зиждется на «насилии, на убийствах и истязаниях людей». «Если люди, считая это несправедливым (как это считают теперь все рабочие) отдают главную долю своего труда капиталисту землевладельцу», то делают они это «только потому, что знают, что их будут бить и убивать, если они не сделают этого». «Смело можно сказать, что в нашем обществе, где на каждого достаточно, по-господски живущего человека приходится 10 измученных работой, завистливых, жадных и часто прямо с своими семьями страдающих рабочих, все преимущества богатых, вся роскошь их, все то, чем лишним пользуются богатые против среднего рабочего, все это приобретено и поддерживаемо только истязаниями, заключениями, казнями». Существование собственности обеспечивается полицией и войсками. «Нельзя нам притворяться, что мы не видим того городового, который с заряженным револьвером ходит перед окнами, защищая нас в то время, как мы едим свой вкусный обед или смотрим

новую пьесу, и про тех солдат, которые сейчас же войдут с ружьями и боевыми патронами туда, где будет нарушена наша собственность. Ведь мы знаем, что если мы доедим свой обед и досмотрим новую пьесу и довеселимся на балу, на елке, на катании, скачках или охоте, то только благодаря пуле в револьвере городового и в ружье солдата, которая пробьет голодное брюхо того обделенного, который из-за угла, облизываясь, глядит на наши удовольствия и тотчас же нарушит их, как только уйдет городовой с револьвером или не будет солдата в казармах, готового явиться по нашему первому зову».

3. Связанное с собственностью господство имущих над неимущими покоится на физическом насилии, совершаемом самими же страдающими от этого господства.

Те самые люди из неимущего класса, которые, благодаря существованию собственности, находятся в зависимости от людей имущих, должны исполнять обязанности полицейских, служить в войске, платить подати, на которые содержится полиция и войско; таким образом они или сами участвуют в совершении того насилия, которым держится собственность, или, по крайней мере, поддерживают это насилие. «Ведь если бы не было этих людей, готовых по воле тех, кому они подчиняются, истязать, убивать того, кого велят, никто никогда не решился бы утверждать то, что с уверенностью утверждают все неработающие землевладельцы, а именно, что земля, окружающая мрущих от безземелья крестьян, есть собственность человека, не работающего на ней»); «не могло бы никогда прийти в голову помещику отнять у мужиков лес, ими вырощенный», и никто не стал бы утверждать, «что мошеннически собранные хлебные запасы должны храниться в целости среди умирающего с голода населения, потому что купцу нужны барыши».

II. Любовь требует, чтобы собственность была заменена формой распределения, всецело основанной на требованиях любви. «Невозможность продолжения жизни на прежних основах и необходимость установления каких то новых форм жизни» чувствуется, между прочим, также и в сфере распределения богатств. «Уничтожение собственности» и замена ее новой формой распределения – один из вопросов, стоящих теперь на очереди.

Согласно закону любви каждый человек, работающий сообразно своим силам, должен иметь все то, в чем он нуждается, но и не более того.

Что всякий человек, трудящийся по мере своих сил, должен пользоваться всем необходимым ему, и только необходимым, следует из двух заповедей, вытекающих из закона любви.

Первая из этих заповедей повелевает человеку «не требовать труда от других, а самому всю жизнь свою полагать на труд для других. ...

Человек не затем живет, чтобы на него работали, а чтобы самому работать на других».

Он не должен считаться с другими из-за своей работы и думать, «что имеет право на тем большее пропитание, чем больше его работа». Исполнение этой заповеди доставляет человеку то, в чем он нуждается. Это относится, во-первых, к здоровому взрослому человеку. «Если человек работает, то работа кормит его. И если работу этого человека берет себе другой человек, то другой человек и будет кормить того, кто работает именно потому, что пользуется его работой. «Человек обеспечивает свое пропитание не тем, что он будет его отбирать от других, а тем, что он сделается полезным, нужным для других. Чем он нужнее для других, тем обеспеченнее будет его существование». Но исполнение заповеди, требующей, чтобы человек служил ближним, доставляет пропитание также больным, старикам и детям. Люди «не перестанут кормить овцу, быка, собаку, которая заболеет. Они даже старую лошадь не убивают, а дают ей по силам работу; они кормят семейство, ягнят, поросят, щенят, ожидая от них пользы: так как же они не будут кормить нужного человека, когда он заболеет, и как же не найдут

посильной работы старому и малому, и как же не станут выращивать людей, которые будут на них же работать?».

Вторая заповедь, вытекающая из закона любви и требующая, чтобы человек, трудящийся сообразно своим силам, имел то, что ему необходимо и не более того, гласит: «Делись тем, что у тебя есть, с другими – не собирай богатств». Иоанн Креститель на вопрос людей что им делать? отвечал просто, коротко и ясно: «у кого две одежды, тот дай тому, у кого нет, у кого есть пища, дай тоже (Лк. III, 10, 11). То же, но еще с большей ясностью и много раз говорил Христос. Он говорил: блажены нищие и горе богатым. Он говорил, что нельзя служить Богу и мамону. Он запретил ученикам брать не только деньги, по две одежды. Он сказал богатому юноше, что он не может войти в царствие божие, потому что он богат, и что легче верблюду войти в ушко иглы, чем богатому в царство божие; он сказал, что тот, кто не оставит всего, – и дома, и детей, и полей – для того, чтобы идти за ним, тот не его ученик. Он сказал притчу о богатом, ничего не делавшем дурного, как и наши богатые, но хорошо одевавшемся и сладко пившем и павшем и погубившем этим только свою душу, и о нищем Лазаре, ничего не сделавшем хорошего, но спасшемся только оттого, что он был нищий».

2. Какие же именно формы примет в будущем распределение богатств?

«Это можно видеть всего лучше на примере – русских поселенцев. Поселенцы приходят на землю, садятся на нее и начинают работать, и никому в голову не приходит, чтобы человек, не пользующейся землею, мог иметь какие-нибудь права на нее; ... напротив, поселенцы соз-

нательно признают землю общим достоянием и считают справедливым, чтобы каждый косил, пахал, где кто хочет и сколько захватит. Поселенцы для обработки земли, для садов, для постройки домов заводят орудия труда и так же никому в голову не приходит, чтобы эти орудия труда могли по себе приносить доход, а напротив, поселенцы сознательно признают, что всякий рост за орудия труда, за ссужаемый хлеб, за капитал есть несправедливость. Поселенцы на вольной земле работают своими или ссуженными им без роста орудиями каждый для себя или все вместе на общее дело».

Говоря о такой общине людей, я описываю то, что происходило всегда и происходит теперь не у одних русских поселенцев, а везде, пока не нарушено чем нибудь естественное свойство (сос

тояние) людей. Я описываю то, что представляется каждому естественным и разумным. Люди поселяются на земле и берутся каждый за свойственное ему дело, и каждый, выработав что ему нужно для жизни, работает свою работу. Если же людям удобнее работать вместе, они сходятся артелью». «Но ни в отдельном хозяйстве, ни в артелях, ... ни вода, ни земля, ни одежда, ни кол, которым работают, ни заступ, ни плуг не могут никому принадлежать, кроме тех, которые пользуются лучами солнца, дышат воздухом, пьют воду, едят хлеб, закрывают свое тело и работают заступом или машиной, потому что все это нужно только тем, которые все это употребляют». «Своим» можно называть только труды свои, которые дают человеку столько, сколько ему надо.

IV. Осуществление

По мнению Толстого, требуемое любовью изменение общественнего строя должно произойти таким образом, что люди, сознавшие истину, убедят как можно большее число других людей в том, как необходима перемена для осуществления любви; тогда путем отказа в повиновении будут уничтожены право, государство и собственность и осуществится новый строй. Прежде всего необходимо, чтобы люди сознавшие истину, убедили как можно большее число других людей в необходимости перемены, ввиду требований, предъявленных любовью.

«Для того чтобы изменился противный сознанию людей порядок жизни и заменился соответственным ему, нужно, чтобы отжившее общественное мнение заменилось живым, новым».

Величайшие и знаменительнишие перемены в жизни человечества вовсе не являются результатом каких-либо предприятий, для этого не нужно ни вооружение миллионов войск, ни постройка новых дорог и машин, ни устройство выставок, ни устройство союзов рабочих, ни революции, ни баррикады, ни взрывы, ни изобретения воздухоплавания и т. п., а нужно только изменение общественного мнения». Освобожде-

ние достигается только «изменением понимания жизни»; «все зависит ... от силы сознания каждым отдельным человеком христианской истины»; «познаете истину и истина сделает вас свободными». «Освобождение необходимо происходит от того, что христнин признает закон любви, открытый ему его учителем, совершенно достаточным для отношений людских и потому считает всякое насилие излишним и беззаконным».

Произвести такой переворот в общественном мнении находится во власти людей, сознавших истину. «Общественное мнение не нуждается для своего возниконовения и распространения в сотнях и тысячах лет и имеет свойство заразительно действовать на людей и с большою быстротою охватывать большие количества людей». «Как бывает достаточно одного толчка для того, чтобы вся насыщенная солью жидкость мгновенно перешла бы в кристаллы, так, может быть, теперь достаточно самого малого усилия для того, чтобы открытая уже людям истина охватила бы сотни, тысячи, миллионы людей, – установилось бы соответствующее сознанию общественное мнение, и вследствие установления его изменился бы весь строй существующей жизни. И сделать это усилие зависит от нас».

2. Наилучшее средство произвести необходимый переворот в общественном мнении состоит в том, чтобы люди, сознавшие истину, свидетельствовали о ней своими делами.

«Христианин для того только и знает истину, чтобы свидетельствовать о ней перед теми, которые не знают ее» и при том свидетельствовать не иначе как делом». «Истина передается людям только делами истины. Только дела истины, внося свет в сознание каждого человека, разрушают сцепление обмана». Поэтому, собственно, следует, «если ты землевладелец, чтобы ты сейчас отдал свою землю бедным, если капиталист, – сейчас бы отдал свои деньги, фабрику рабочим, если царь, министр, служащей, судья, генерал, то чтобы ты тотчас отказался от своего выгоднего положешя, если солдат ... то, не смотря на все опасности отказа в повиновении, тотчас бы отказался от своего положения. Но может случиться – и самое вероятное – то, что ты не в силах будешь сделать этого: у тебя связи, семья, подчиненные, начальники, ты можешь быть под таким сильным влиянием соблазнов, что будешь не в силах сделать это».

3. Но есть еще другое, хотя и не столь действительное, средство произвести необходимую перемену в общественном мнении и применять это средство «ты всегда можешь». Оно состоит в том. чтобы люди, сознавшие истину, «явно высказали ее».

«Только бы люди, хотя небольшое количество людей, делали это, и тотчас само собой спадет отжившее общественное мнение и проявится молодое, живое, настоящее».

«Никакие миллиарды рублей, миллионы войск и никакие учреждения, ни войны, ни революции не произведут того, что может произвести простое выражение свободным человеком того, что он считает спреведливым независимо от того, что существует и что ему внушается. Один свободный человек скажет правдиво то, что он думает и чувствует, среди тысяч людей, своими поступками и словами утверждающими совершенно противоположное. Казалось бы, что высказавший искренне свою мысль, должен остаться одиноким, а между тем большею частью бывает так, что все или

большинство уже давно думают и чувствуют то же самое, только не высказывают этого. И то, что было вчера новым мнением одного человека, делается нынче общим мнением большинства». Только бы мы перестали лгать и притворяться, что мы не видим ... истину ... только бы мы признали эту истину, которая зовет нас, и смело исповедали ее, и мы тотчас же увидали бы, что сотни, тысячи, миллионы людей находятся в том же положении, как и мы, так же, как и мы, видят истину и так же, как и мы, только ждут от других признания ее».

Ш. Чтобы изменилось общественное устройство и чтобы на место права, государства и собственности стал новый общественный строй, нужно далее, чтобы люди, сознавшие истину, устроили свою жизнь соответствующим образом и, в особенности, отказались бы повиноваться государству.

1. Люди сами должны вызвать общественную перемену. Они не должны более «ожидать, что кто-то придет и поможет им: Христос на облаках с трубным гласом, или исторический закон, или закон дифференциации и интеграции сил. Никто не поможет, коли сами себе не помогут».

«Мне разсказывали случай, проишедший с храбрым становым, который приехал в деревню, где бунтовали крестьяне и куда были вызваны войска, взялся усмирить бунт в духе Николая I, один своим личным влиянием. Он велел привезти несколько возов розог, и, собрав всех мужиков в ригу, с ними вместе вошел туда, заперся и так напугал сначала мужиков своим криком, что они, повинуясь ему, стали по его приказанию сечь друг друга. И так они секли друг друга до тех пор, пока не нашелся один дурачек, который не дался сам и закричал товарищам, чтобы они не секли друг друга. Только тогда прекратилось сеченье, и становой убежал из риги. Вот этому-то совету дурачка и должны бы последовать люди нашего времени».

2. Но люди должны произвести этот переворот не насильственным путем. «Революционеры извнве борятся с правительством. Христианство вовсе не борется, но изнутри разрушает все основы правительства.

«Если некоторые люди утверждают, что освобождение от насилия или хотя ослабление его может произойти вследствие того, что угне-

тенные люди, свергнув силою угнетающее правительство, заменят его новым... и некоторые люди пытаются делать это, то эти люди только обманывают себя и других... Деятельность этих людей только усиливает деспотизм правительства. Попытки освобождения этих людей дают только удобный предлог правительствам для укрепления своей власти».

Если даже и допустить, что вследствие особенно блегоприятного стечения обстоятельств, как, например, во Франции в 1870 году, удалось бы свергнуть какое нибудь из правительств, то партия, восторжествовавшая путем насилия, «для введения в жизнь своих порядков, так же как и для удерживания власти, ... должна употребить не только все существующие средства насилия, но и придумать новые. Порабощены будут другие люди, и людей будут принуждать к другому, но будет не только то же, но более жестокое насилие и порабощение, потому что вследствие борьбы усилится ненависть людей друг против друга, и вместе с тем усилятся и выработаются новыя средства порабощения. Так всегда и было после всех революций и всех попыток революций, всех заговоров, всяких насильственных перемен правительств. Всякая борьба только усиливает средства порабощешя тех, которые в данное время находятся во власти».

3. Люди, чтобы произвести перемену в общественном строе, должны устроить свою жизнь так, чтобы она находилась в соответствии с познанной ими истиной. «Христианин освобождается от всякой человеческой власти тем, что считает для своей жизни и жизни других божественный закон любви, вложенный в душу каждого человека и приведенный к сознанию Христом, единственным руководителем жизни своей и других людей».

Это значит, что надо платить добром за зло, отдавать ближнему все, что есть лишнего, и не брать от него ничего сверх необходимого, в особенности же не приобретать денег и раздавать те, какие есть, не покупать и не отдавать в наем и, не боясь никакой работы, самому делать все, что необходимо для удовлетворения потребностей; и главное, это значит также, что следует не повиноваться требованиям государственной власти, противным христанству.

Случаи отказа в повиновении государственной власти в настоящее время представляют нередкое явление в России. Отказываются от уплаты податей, от общей присяги, от присяги в судах, от исполнения полицейских обязанностей, от участия в суде в качестве присяжных, от исполнения воинской повинности. «Правительства перед отказами христиан находятся в отчаянном положении». «Они могут перебить, переказнить, перезапереть по тюрьмам и каторгам навечно всех своих врагов, желающих насилием свергнуть их; могут засыпать золотом половину людей, которые им нужны, и подкупить их; могут подчинить

миллионы вооруженных людей, готовых погубить всех врагов правительств. Но что могут они сделать против людей, которые, не желая ничего ни разрушать, ни учреждать, желают только для себя, для своей жизни не делать ничего противного христианскому закону, и потому отказываются от исполнения самых общих и потому самых необходимых для правительств обязанностей». «Как бы ни поступало правительство по отношению этих людей, оно неизбежно будет содействовать не их, а своему уничтожению», а вместе с тем и уничтожению права и собственности и установлению нового общественного строя. «Если правительство не будет преследовать людей, которые, подобно духоборам, штуидистам, назаренам и отдельным лицам отказываются от участия в делах правительства, то выгоды христанского мирного образа жизни этих людей будут привлекать к себе не только искренне убежденных христиан, но и людей, которые только из-за выгод будут принимать личину христианства, и потому количество людей, не исполняющих требований правительства, будет все увеличиваться и увеличиваться. Если же правительство будет жестоко, как теперь, относиться к таким людям, то самая эта жестокость к людям, которые виноваты только в том, что они ведут более нравственную и добрую жизнь, чем другие и хотят на деле исполнять исповедуемый всеми закон добра, самая жестокость эта будет все более и более отталкивать людей от правительства. И очень скоро правительства не будут находить людей, готовых насилием поддерживать их».

4. Приведение жизни в соответствие с сознанной истиной в начале должно быть делом отдельных личностей. Не надо каждому ждать, чтобы все или многие изменили свою жизнь одновременно с ним.

Человек не должен думать, что будет бесполезно, если он один устроит свою жизнь согласно учению Христа. «Люди в теперешнем своем состоянии подобны сроившимся пчелам, висящим кучею на ветке. Положение пчел на ветке временное и неизбежно должно быть изменено. Они должны подняться и найти себе новое жилище. Каждая из пчел знает это и желает переменить свое положение и положение других, но ни одна не может этого сделать до тех пор, пока не сделают остальные. Все же не могут вдруг подняться потому, что одна висит на другой и мешает ей отделиться от роя, и потому все продолжают висеть. Казалось бы, пчелам нет из этого положения никакого выхода»; и выхода действительно не было бы, если бы каждая из пчел не была отдельно живущим существом. «И как стоит одной пчеле раскрыть крылья, подняться и полететь, и за ней второй, третьей, десятой, сотой для того, чтобы висевшая неподвижно кучка стала бы свободно летящим роем пчел, так точно стоит только одному человеку понять жизнь так, как учит его понимать ее христианство, и начать жить так, и за ним сделать то же другому, третьему, сотому для того, чтобы разрушился

тот заколдованный круг общественной жизни, из которого, казалось, не было выхода».

Отдельные личности не должны также отказываться от проведения в жизнь своих убеждений из страха перед страданиями.

«Если я один среди мира людей, не исполняющих учение Христа, говорят обыкновенно, стану исполнять его, буду отдавать то, что имею, буду подставлять щеку, не защищаясь, буду даже не соглашаться на то, чтобы идти присягать и воевать, меня оберут, и если я не умру с голода, меня изобьют до смерти, и если не изобьют, то посадят в тюрьму или расстреляют и я напрасно погублю все счастье своей жизни и всю свою жизнь». Пусть будет так.

«Больше ли у меня будет неприятелей, раньше ли я умру, исполняя учение Христа, мне не страшно. Это может быть страшно тому, кто не видит, как бессмысленна и погибельна его личная одинокая жизнь, и кто думает, что он не умрет. Но я знаю, что жизнь моя для личного одинокого счастья есть величайшая глупость и что после этой глупой жизни я непременно только глупо умру. Я умру так же, как и все, как и не исполняющие учения; но моя жизнь и смерть будут иметь смысл и для меня для всех. Моя жизнь и смерть будут служить спасению и жизни всех, – а этому-то и учил Христос».

Раз достаточное число отдельных личностей устроят свою жизнь сообразно сознанной ими истине, то вскоре и толпа последует за ними. «Переход людей от одного устройства жизни к другому совершается не постоянно так, как пересыпается песок в песочных часах: песчинка за песчинкой от первой до последней, а скорее так, как вливается вода в опущенный в воду сосуд, который сначала только одной стороной медленно и равномерно впускает в себя воду, а потом от тяжести уже влившейся в него воды вдруг быстро погружается и почти сразу принимает в себя всю ту воду, которую он может вместить». Таким образом, данный отдельными личностями толчек вызовет движение, которое будет идти, все убыстряясь и убыстряясь, расширяясь, подобно лавине, до тех пор, пока вся остальная масса людей сразу не перейдет на сторону новой истины и не установит нового склада жизни. Тогда наступит время, когда все люди научены Богом, разучатся воевать, перекуют мечи на арала и копья на серпы, т. е. переводя на наш язык, все тюрьмы, крепости, казармы, дворцы, церкви останутся пустыми и все виселицы, ружья, пушки останутся без употребления; и то, что казалось мечтой, найдет осуществление в новых формах жизни.

Глава восьмая. Анархизм и его виды

Пусть изложения этих главных семи анархистических учений устранят некоторые из многочисленных ошибок, распространенных относительно анархизма.

Теперь можно установить, какие общие свойства все эти учения имеют между собою, и какие отличительные признаки им присущи.

Анархистические учения имеют то общее между собой, что они все отрицают государство для будущности. Годвин, Прудон, Штирнер и Тукер отрицают государство безусловно; Толстой отрицает государство не безусловно, а только по отношение к будущности; Бакунин и Кропоткин предвидят, что прогрессивное развитие устранит в будущем государство.

Анархистические учения распадают по отношению к основанию на генетические, признающие наивысшим законом человеческого поведения исключительно естественный закон (Бакунин, Кропоткин), и критические, признающие норму наивысшим законом. Критические учения распадают с своей стороны на идеалистические, наивысший закон для которых это долг (Прудон, Толстой) и эйдемонистические, для которых наивысший закон счастье. Эйдемонистические учения опять распадают на альтруистические, для которых счастье общества наивысший закон (Годвин), и эгоистические, видящие в счастьи личности наивысший закон (Штирнер, Тукер).

По отношению к тому, что они признают для будущего в противоположность к государству, анархистические учения или федералистичны, т. е. признают для будущности общежитие людей на почве правовой нормы, что договоры должны быть соблюдаемы (Прудон, Бакунин, Кропоткин, Тукер), или спонтакистичны, т. е. признают для будущности общежитие людей на почве неправового закона (Годвин, Штирнер, Толстой).

По отношению к праву анархистические учения частью аномистичны, т. е. отрицают право для будущности (Годвин, Штирнер, Толстой), частью номистичны, т. е. признают право для будущности (Прудон, Бакунин, Кропоткин, Тукер). По их отношению к собственности анархистические учения частью антидоминистичны, т. е. отрицают собственность для будущности (Годвин, Прудон, Штирнер, Толстой), частью доминистичны, т. е. признают ее для будущности. Доминистические учения опять частью индивидуалистичны, признавая неограниченно собственность для единичных личностей и для общества (Тукер), частью коллективистичны, признавая собственность предметов потребления за единичными личностями, собственность же средств производства только за обществом (Бакунин), наконец частью коммунистичны, признавая собственность исключительно за обществом (Кропоткин).

По способу осуществления анархистические учения распадают на реформаторские, представляющие себе переход к новому строю без нарушения права (Годвин, Прудон), и революционные, представляю

щие себе этот переход при нарушении права. Революционные учения распадают на пассивные, представляющие себе нарушение права без употребления насилия (Тукер, Толстой), и активные, представляющая себе нарушение права при помощи наслиия (Штернер, Бакунин, Кропоткин).

Заключение

1. Внутренняя потребность, побудившая нас к научному пониманию анархизма, в известной мере удовлетворена.

Понятия анархизма установлены: важные ошибки устранены: выдающаяся анархистические учения изложены. Все важное, что заключается вообще в анархизме, изложено в разобранных здесь теориях.

2. Но и внешняя потребность, ради которой необходимо было понять научно анархизм, может быть теперь удовлетворена. Одно мы во всяком случае должны сделать по отношение к анархизму – мы должны изучить его мужественно, спокойно и нетенденциозно. Необходимо ли еще выступить против анархизма с особенными законодательными мерами, следует ли смотреть на преступления анархистов иначе, чем на всякие другие политические или уголовные преступления, это должны решить законодатели каждой страны, сообразно особенным условиям данной страны.

Сведения об авторах

Артемьева Ю. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Российского университета дружбы народов (117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6; тел.: (495) 434-53-00; info@rudn.ru)

Бачило И. Л., доктор юридических наук, профессор, заведующая сектором информационного права Института государства и права Российской академии наук (119991, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; тел.: (495) 691-33-81; igpran@igpran.ru)

Братановский С. Н., доктор юридических наук, профессор кафедры административного и уголовного права Поволжского института им. П. А. Столыпина РАНХиГС при Президенте РФ (410031, г. Саратов, ул. Соборная, д. 23/25; тел.: (8452) 33-92-02; pags@pags.ru)

Верхотуров Д. А., аспирант, ассистент кафедры «Бухгалтерский учет и аудит» Дальневосточного федерального университета (690000, г. Владивосток, ул. Суханова, д. 8; тел.: (423) 243-32-80; info@dvfu.ru)

Дейнеко А. Г., аспирант Российской государственной академии интеллектуальной собственности (117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55а; тел.: (495) 330-12-38; info@rgiis.ru)

Дзарасов М. Э., кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора теории конституционного права Института государства и права Российской академии наук (119991, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; тел.: (495) 691-33-81; igpran@igpran.ru)

Кобзарь-Фролова М. Н., кандидат юридических наук, доцент профессор кафедры административного и таможенного права Российской таможенной академии (140009, г. Люберцы, Комсомольский проспект, д. 4; тел.: (495) 559-00-33; rta@mail.customs.ru)

Крохина Ю. А., доктор юридических наук, профессор, и. о. директора Государственного научно-исследовательского института системного анализа Счетной палаты, заведующая кафедрой правовых дисциплин Высшей школы государственного аудита (факультета) МГУ им. М. В. Ломоносова (119121, г. Москва, ул. Смоленский бульвар, д. 19; тел.: (495) 939-41-45; info@audit.msu.ru)

Магсумов Т. А., кандидат исторических наук, доцент кафедры истории дисциплин Набережночелнинского государственного педагогического института (423806, г. Набережные Челны, ул. Низаметдинова, д. 28; тел.: (8552) 46-62-16; ngpi@tatngpi.ru)

Медведев Е. В., кандидат юридических наук, доцент, заместитель декана юридического факультета по научной работе, 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)

Нерсесян В. С., кандидат технических наук, доцент, старший научный сотрудник отдела теории и истории права и судебной власти Российской ака-

демии правосудия (117418, г. Москва, Новочерёмушкинская ул., д.69, корп. «а»; тел.: (495) 332-55-55; raj-priem@mail.ru)

Осипян Б. А., кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (117218, г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34; тел.: (495) 719-73-02; info@izak.ru)

Панченко П. Н., доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», руководитель Секции по уголовно-правовым вопросам Научно-консультативного совета при Нижегородском областном суде (603155, г. Нижний Новгород, ул. Б. Печерская, д. 25/12; тел.: (831) 416-96-52; info@hse.nnov.ru)

Пилипсон Э. Г., докторант Рижского университета Паула Страдыня, Латвия (LV-1013, Latvija, Rīga, Vilandes, 13; tel.: 672-11-00; bapu@one.lv)

Плоцкая О. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Сыктывкарского государственного университета (167001, г. Сыктывкар, Октябрьский проспект, д. 55; тел.: (8212) 43-06-26; info@syktsu.ru)

Разгильдиева М. Б., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной юридической академии (410056, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1; тел.: (8452) 20-56-58; post@sgap.ru)

Рассолов И. М., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой информационного, предпринимательского и торгового права Российского государственного торгово-экономического университета (125993, г. Москва, ул. Смольная, д. 36; тел.: (495) 458-94-79; mail@rsute.ru)

Сазонникова Е. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права России и зарубежных стран Воронежского государственного университета (394006, г. Воронеж, Университетская площадь, 1; тел.: (473) 220-87-55; office@main.vsu.ru)

Федотов М. А., доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, Советник Президента Российской Федерации, председатель Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (109017, г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17; тел.: (495) 637-52-68; unesco.chair.copyright@mtu-net.ru)

Фидельский С. В., преподаватель кафедры уголовного процесса Краснодарского университета МВД России (350005, г. Краснодар, ул. Ярославская, д. 128; тел.: (861) 258-24-64; info@krdu-mvd.ru)

Хилюта В. В., кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Гродненского государственного университета им. Я. Купалы, Республика Беларусь (230023, Республика Беларусь, г. Гродно, ул. Ожешко, д. 22; тел.: +375 (152) 73-19-00, mail@grsu.by)

Черных К. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса факультета права, ученый секретарь Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Выс-

шая школа экономики» (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел. (495) 771-32-32; hse@hse.ru)

Шаблинский И. Г., доктор юридических наук, кандидат философских наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел. (495) 771-32-32; hse@hse.ru)

Якимовская Н. Л., исполнительный директор АНО «Корпорация Радио», соискатель Российской государственной академии интеллектуальной собственности (109189, г. Москва, ул. Николоямская, д. 1; тел.: (495) 956 3113/14; info@radioportal.ru)

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

Учредитель и издатель: АНО «Международный исследовательский институт»
109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 5, стр. 1
Адрес редакции: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 5, стр. 1
Почтовый адрес: 115563, г. Москва, а/я 77, МИИ
www.mii-nauka.com
info@mii-nauka.com

Подписано в печать 08.09.2011 г. Сдано в набор 19.06.2011 г.
Формат 70×100 $^{1}/_{16}$. Печать офсетная.
Объем 27 п. л.
Тираж 5600 экз. Заказ 5243.
Отпечатано в типографии НОУ «ПМБ ЕГУ».
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

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

Свободная цена.

ISSN 2073502-2