

4/09

ИЗВЕСТИЯ
ВЫСШИХ
УЧЕБНЫХ
ЗАВЕДЕНИЙ

ISSN 0131-8039

Право ведение

4
2009

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

ПРАВОВЕДЕНИЕ

2009

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

4 (285)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ

JUSTITIA DEBET ESSE LIBERA,
QUIA NIHIL INIQUIUS VENALI JUSTITIA;
PLENA, QUIA JUSTITIA NON DEBET CLAUDICARE;
ET CELERIS, QUIA DILATIO
EST QUaedam NEGATIO

ПРАВОСУДИЕ ДОЛЖНО БЫТЬ СВОБОДНЫМ,
ИБО НЕТ НИЧЕГО БОЛЕЕ НЕСПРАВЕДЛИВОГО,
ЧЕМ ПРОДАЖНОЕ ПРАВОСУДИЕ;
ПОЛНЫМ, ИБО ПРАВОСУДИЕ НЕ ДОЛЖНО
ОСТАНАВЛИВАТЬСЯ НА ПОЛПУТИ;
СКОРЫМ, ИБО ПРОМЕДЛЕНИЕ
ЕСТЬ ВИД ОТКАЗА



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ
ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ ВУЗОВ РФ

СОДЕРЖАНИЕ**НОМЕРА****МАТЕРИАЛЫ**

АЛИМБЕКОВ М. Т.
АСТАНА, КАЗАХСТАН

СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ И ЕГО РОЛЬ В СОВЕРШЕН-
СТВОВАНИИ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

6

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО**ПРАВСУДИЕ**

ШЕСТАКОВА С. Д.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ
ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД:
ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

15

АЛЕКСАНДРОВ А. С.
НИЖНИЙ НОВГОРОД
КУХТА А. А.
КРАСНОЯРСК

ВЛАСТЬ ОБВИНИТЕЛЬНАЯ И ВЛАСТЬ
СЛЕДСТВЕННАЯ: КВАДРАТУРА КРУГА

22

РЫЖОВ К. Б.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ОЦЕНКА ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЭКСПЕРТА СУДОМ
В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

29

КОЧЕРГИН К. В.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ МИРОВЫХ
СОГЛАШЕНИЙ В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ

37

КУРОЧКИН С. А.
ЕКАТЕРИНБУРГ

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КОНТРОЛЯ ЗА РЕШЕНИ-
ЯМИ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ И МЕЖДУНАРОДНЫХ
КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ

44

**ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

РЕЗНИКОВА А. А.
МЫГИШИ

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬ-
НОСТИ — АДМИНИСТРАТИВНОЕ НАКАЗАНИЕ?

56

БУРЛАКОВ В. Н.
С.-ПЕТЕРБУРГ

НАЗНАЧЕНИЕ УГОЛОВНОГО НАКАЗАНИЯ

63

МАЦНЕВ Н. И.
С.-ПЕТЕРБУРГ
СТАНОВСКИЙ А. М.
НОВГОРОД

НАЗНАЧЕНИЕ НАКАЗАНИЯ ЗА НЕОКОНЧЕННОЕ
ПРЕСТУПЛЕНИЕ

75

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

ДРАГНЕВА-ЛЮЕРС Р. О.
МАНЧЕСТЕР, ВЕЛИКОБРИТАНИЯ

НА ПУТИ К СВОБОДНОЙ ТОРГОВЛЕ В СНГ:
ПРОБЛЕМЫ ПРАВА И ПОЛИТИКИ

83

**КОДИФИКАЦИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

ЩЕЛОКАЕВА Т. А.
ИРКУТСК

КОЛЬКО КОДЕКСОВ НУЖНО РОССИИ?

102

ВАСИЛЬЕВА Ю. В.
ПЕРМЬ

КОДИФИКАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СОЦИАЛЬ-
НОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ: ОСНОВЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
ИЛИ КОДЕКС?

109

ДИСКУССИИ

ЗАМЕТИНА Т. В.
САРАТОВ

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ НАЦИОНАЛЬНОЙ
ПОЛИТИКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
К НОВОЙ КОНЦЕПЦИИ

117

АЛИХАДЖИЕВА И. С.
САРАТОВ

НРАВСТВЕННОСТЬ КАК СОЦИАЛЬНАЯ КАТЕГОРИЯ
И НОРМЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА В СФЕРЕ ОХРАНЫ
ОБЩЕСТВЕННОЙ НРАВСТВЕННОСТИ

123

ЧАСТНОЕ ПРАВО**КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО**

ПОПОНДОПУЛО В. Ф.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ДОГОВОР — СРЕДСТВО ЧАСТНОПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ

137

СЛЕПЧЕНКО Е. В.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ О БАНКРОТСТВЕ:
НОВЕЛЛЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ

152

КИЛИНКАРОВ В. В.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ИЗ ИСТОРИИ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА ГРАЖДАНСКО-
ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ

166

СОДЕРЖАНИЕ**НОМЕРА****СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО****ТРУДОВОЕ ПРАВО**

- | | | |
|------------------------------------|---|-----|
| ЗЫКИНА Т. А.
АРХАНГЕЛЬСК | ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА РАБОТНИКА
НА ОХРАНУ ТРУДА | 177 |
| БУГРОВ Л. Ю.
ПЕРМЬ | УВОЛЬНЕНИЯ РАБОТНИКОВ В СЛУЧАЯХ ПОЯВЛЕНИЯ
НА РАБОТЕ В СОСТОЯНИИ АЛКОГОЛЬНОГО, НАРКОТИ-
ЧЕСКОГО ИЛИ ИНОГО ТОКСИЧЕСКОГО ОПЬЯНЕНИЯ | 184 |

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА**СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА**

- | | | |
|--------------------------------|---|-----|
| КРАСНОВ А. В.
КАЗАНЬ | НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СОДЕРЖАНИЯ ПООЩРИТЕЛЬ-
НЫХ САНКЦИЙ ПРАВОВЫХ НОРМ | 196 |
|--------------------------------|---|-----|

ИСТОРИЯ ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ

- | | | |
|---------------------------------------|--|-----|
| МИХАЙЛОВ А. М.
ЕКАТЕРИНБУРГ | НЕМЕЦКАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА ПРАВА —
РАЗНОВИДНОСТЬ «СОЦИОЛОГИЗМА» КАК ТИПА
ПРАВООПОНИМАНИЯ? | 202 |
|---------------------------------------|--|-----|

ИСТОРИЯ ПРАВА

- | | | |
|--------------------------------------|--|-----|
| ПАВЛОВА С. В.
С.-ПЕТЕРБУРГ | О КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКОМ ПОДХОДЕ В ИСТОРИКО-
ПРАВОВОЙ НАУКЕ | 227 |
|--------------------------------------|--|-----|

ACADEMIA**РОССИЙСКИЕ ЮРИСТЫ —
УЧЕНЫЕ И ПЕДАГОГИ**

- | | | |
|--------------------------------------|--|-----|
| ТОЛСТОЙ Ю. К.
С.-ПЕТЕРБУРГ | СТРАНИЦЫ ВОСПОМИНАНИЙ. Н. С. АЛЕКСЕЕВ.
К 95-ЛЕТИЮ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ (1914–1992 гг.) | 239 |
|--------------------------------------|--|-----|

ВІВЛЮГРАФІА

- | | | |
|--------------------------------------|--|-----|
| ЛЕБЕДЕВ К. К.
С.-ПЕТЕРБУРГ | ОБ ИЗДАНИИ ИЗБРАННЫХ ТРУДОВ
АНАТОЛИЯ АЛЕКСАНДРОВИЧА СОБЧАКА | 246 |
|--------------------------------------|--|-----|

- | | | |
|---------------------------------------|---|-----|
| КОЗЛИХИН И. Ю.
С.-ПЕТЕРБУРГ | ПЕРЕВАЛОВ В. Д. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ
И ИСТОРИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ РОССИЙСКОГО
ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ | 249 |
|---------------------------------------|---|-----|

- | | | |
|--|--|-----|
| ЗИГУННИКОВА Н. Н.,
СОКОЛОВА Е. С.,
СМЫКАЛИН А. С.
ЕКАТЕРИНБУРГ | ВЕТЮТНЕВ Ю. Ю. ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ
ЗАКОНОМЕРНОСТИ (ВВЕДЕНИЕ В ТЕОРИЮ) | 254 |
|--|--|-----|

- | | | |
|---|---|-----|
| КАРАТЕЕВ П. Ю.
ЮЖНО-САХАЛИНСК | ПАМЯТИ ПРОФЕССОРА
А. К. КРАВЦОВА (1935–2009 гг.) | 257 |
|---|---|-----|

ІН МЕМОРІАМ

- | | | |
|--------------------------------------|---------------------------------------|-----|
| ТОЛСТОЙ Ю. К.
С.-ПЕТЕРБУРГ | ПАМЯТИ МИХАИЛА ИСААКОВИЧА БРАГИНСКОГО | 260 |
|--------------------------------------|---------------------------------------|-----|

- | | | |
|----------------------------------|--|--|
| ШИЛОХВОСТ О. Ю.
МОСКВА | | |
|----------------------------------|--|--|

**АННОТАЦИИ
И КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА**

- | | | |
|-------------------------------|--|-----|
| ABSTRACTS AND KEYWORDS | | 265 |
|-------------------------------|--|-----|



Ильин
Андрей Витальевич

Уважаемые авторы и читатели
журнала «Правоведение»!

Прежде всего редакция обращает ваше внимание на важные изменения в оформлении публикуемых статей, которые также требуют дополнительных сопроводительных материалов от авторов.

Как известно, Высшая аттестационная комиссия Министерства образования и науки России разработала новые критерии для включения периодических изданий в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук». В соответствии с новыми требованиями, необходимо среди прочего:

- обязательно указывать основное место работы автора (авторов);
- оглашать их адреса электронной почты;
- предоставлять краткую аннотацию статьи на русском и английском языках;
- выделять ключевые слова для автоматизированного поиска статьи на русском и английском языках.

Кроме того, статьи перед публикацией должны обязательно подвергаться рецензированию с целью выявления их научного уровня.

Важнейшие из этих требований редакция нашего журнала соблюдает с момента выхода в свет первого выпуска «Правоведения», т. е. за полвека до того, как были ужесточены критерии отбора «ваковских» периодических изданий, поскольку они обеспечиваются при прочих равных условиях высокий стандарт научных публикаций. Однако в целом пакет требований ВАК не соответствует отечественной традиции научной юридической периодики, поэтому в таком комплексе они прежде и не реализовывались.

Тем не менее в отличие от ряда коллег мы посчитали, что, несмотря на известные организационно-материальные издержки, редакция должна перестроить свою работу в соответствии с предлагаемыми стандартами. При этом мы руководствовались прежде всего интересами наших авторов и читателей.

Чтобы выполнение требований ВАК не повлияло негативно на оригинальный дизайн «Правоведения», разработанный в последние годы и уже оцененный нашими читателями, сводная информация о статьях размещается на последних страницах номера в рубрике «Аннотации и ключевые слова • Abstracts and Keywords».

Напротив, адрес электронной почты (если автор счел возможным сообщить его редакции) помещен на первой странице каждой из статей — в блоке информации об авторе или в блоке копирайта.

Обязательная информация о статьях, публикуемая в форме аннотаций и ключевых слов, делает излишней традиционную характеристику этих

материалов в обращении главного редактора. Вместе с тем следует выделить основные «сюжетные линии» в содержании четвертого номера.

Номер открывают шесть статей, посвященных разнообразным проблемам правосудия. Знаменательно, что первая из этих статей принадлежит председателю Верховного Суда Республики Казахстан М. Т. Алимбекову. Сам факт поступления в редакцию этой статьи свидетельствует о том, что наш журнал по-прежнему заинтересованно читают в братской республике.

В традиционной рубрике «Проблемы юридической ответственности» необходимо выделить статью В. Н. Бурлакова о назначении уголовного наказания, которая помимо научной имеет и ярко выраженную дидактическую ценность.

С уходом Е. Б. Хохлова с поста главного редактора «Правоведения» несколько снизился прежний накал научной полемики на страницах журнала. Чтобы активизировать научные обсуждения, редакция возобновляет рубрику «Дискуссии». Хотя, конечно, в текущем номере, как и всегда, немало материалов с полемически заостренной позицией и неоднозначными выводами. Таковы, например, статьи в рубрике «Кодификация законодательства».

Давно обещанный читателям раздел по коммерческому праву, к сожалению, оказался скромнее, чем предполагалось при его планировании. Однако надеемся, что это искупается качеством материалов, которые подготовлены представителями петербургской школы коммерческого права во главе с членом редколлегии нашего журнала В. Ф. Попондопуло.

В рубрике «Bibliographia» советуем уделить особое внимание сообщению К. К. Лебедева о подготавливаемых к печати избранных сочинениях Анатолия Александровича Собчака. Фонд Анатолия Собчака обращается к нашим читателям с просьбой прислать ему различные материалы, которые могут быть использованы в этом многотомном издании.

В мемориальной статье Ю. К. Толстого и двух некрологах мы также отдаем дань памяти Николаю Сергеевичу Алексееву, Александру Кузьмичу Кравцову и Михаилу Исааковичу Брагинскому...

СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ И ЕГО РОЛЬ В СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

М. Т. АЛИМБЕКОВ



Алимбеков
Мусабек Тургынбекович,
к. ю. н., председатель Верховного
Суда Республики Казахстан

Вопрос о судебном правотворчестве относится к числу наиболее проблемных в юридической науке и практике. Согласно классической теории разделения властей суд не должен творить право, его роль сводится лишь к применению установленных либо санкционированных государством правил поведения. Сторонники этого направления обосновывают невозможность и вредность судебного правотворчества тем, что в нем скрыты возможности произвола, отхода от принципа законности при вынесении конкретных решений. Кроме того, по мнению противников судебного правотворчества само право должно быть четким, определенным и ясным, без чего вообще ни о каком праве не может быть речи.

Признавая наличие положительных сторон данной теории, следует все же отметить, что говорить об определенности и ясности правовых норм можно лишь с позиции относительности и условности, учитывая абстрактность правовых предписаний. Если бы они были идеально точным отражением действительности во всей ее сложности и конкретности, то они не давали бы регулирующего эффекта. Именно в силу приблизительности соответствия юридических норм объективной реальности, а значит, частичного несовпадения с нею и относительной независимости от нее, они могут относиться к очень широкому кругу правоотношений и выполнять свои социальные функции. Чем абстрактнее норма права, тем большее количество отношений и жизненных ситуаций она охватывает. В то же время такая ситуация порождает необходимость интерпретации норм права, призванной уменьшить их абстрактность, приводить их к виду, необходимому для непосредственного их применения и реализации. По данному вопросу Гегель отмечал: «Ничего не меняет то обстоятельство, что закон сам не устанавливает требуемой действительностью окончательной определенности, а предоставляет решение судье и ограничивает его лишь максимумом и минимумом, ибо каждое из этих минимумов и максимумов

есть само по себе круглое число и не противится тому, чтобы судья потом установил такое конечное, чисто положительное определение, а наоборот, признает за ним такое право, видя в последнем нечто необходимое».¹ Действительно, опыт законодательства и правоприменительной практики показывает, что законодатель стремится более полно урегулировать те или иные общественные отношения в законе. Но там, где отдельные стороны общественных отношений объективно не допускают их жесткой и подробной регламентации, законодатель регулирует такие отношения путем установления общих абстрактных норм права. При этом он заранее рассчитывает на конкретизацию последних в процессе применения и знает, что такая конкретизация будет осуществлена в пределах исходных норм. Это положение находит подтверждение и в мысли Гегеля о том, что требовать от закона, чтобы он был абсолютно законченным и не допускал дальнейших определений в форме суждений о содержании норм права, абсолютно неверно; это является результатом непонимания природы таких конечных предметов, как позитивное право, в которых так называемое совершенство есть непрерывное приближение.²

Обосновывая закономерность судейского правотворчества, некоторые зарубежные исследователи также останавливались на теории закона, подчеркивая, что, будучи, по сути, серией слов, связанная лингвистическими символами, всякая норма закона имеет способность к расширению. Ошибаясь относительно природы языка, воспринимаемая слова как нечто с фиксированным содержанием, судьи часто сами не замечают производимой ими скрытой работы с нормами, которая заключается в ее переформулировании. Аргументируя это положение, К. Левеллин отмечал: даже если предположить, что законодатель создал правило в одновариантной формулировке и что регулируемые им обстоятельства были хорошо ему известны и не переменялись с тех пор, однажды все же возникает сомнительный случай, который должен будет разрешить судья, прибегая к собственной оценке позитивного права с точки зрения соответствия его надпозитивным ценностям.³ О невозможности формулирования абсолютно ясных и определенных норм писали в свое время и советские ученые, отмечая, что хотя мысль и слово, суждение и предложение, норма права и предложение находятся в неразрывном единстве содержания и формы, но это содержание не есть их тождество. Человек, владеющий своим языком, знает, как можно употреблять то или иное слово, но он не может знать, как в действительности во всех возможных обстоятельствах будет употреблять это слово. Человек не может знать даже пределов возможности употребления слова — язык тем и примечателен, что открывает здесь безграничные возможности.⁴

Таким образом, абстрактность закона объективно обуславливает необходимость перевода его с высокого уровня общности и абстрактности на более низкий уровень, от меньшей конкретности к большей. Такой процесс нередко осуществляется в ходе принятия судебного решения через его мотивировку. Применяя право, судья обычно логически развивает ранее сформулированные нормы с привлечением новых понятий, определений,

¹ Гегель Г. *Философия права*. Сочинения. М.; Л., 1934. Т. 7. С. 235.

² Там же. С. 237.

³ *Llevelin K. N. The Case law system in America // Columbia Law Review. 1988. Vol. 88. N 5. P. 1007.*

⁴ *Звягинцев В. А. Язык и общественный опыт. М., 1971. С. 17; Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 8.*

методов сравнения, противопоставления и т. д., т. е. совершает такие мыслительные операции, которые вносят новизну в понимание рассматриваемого вопроса. При отсутствии этого элемента новизны всякое уяснение, комментирование и мотивировка бессмысленны. Поэтому применение (толкование) права всегда несет в себе элемент нового понимания действующего закона или же понимания его применительно к конкретному факту либо группе фактов, их которых складывается юридическая практика.⁵

При неоднократном применении по аналогичным делам сформулированных судьей правовых позиций, связанных с конкретизацией норм права в рамках закона, можно говорить о возникновении правоположений. Они представляют собой результат осмысления и приложения общих норм к своеобразным фактическим обстоятельствам, обладают определенной степенью нормативности, т. е. это такие положения, которые превращают некоторые судебные решения в типовые правила (источники права). В связи с созданием правоположений В. В. Лазарев отмечал, что в ряде случаев распространение предписаний нормативных актов на конкретные общественные отношения требует от суда дополнительных усилий, а именно наиболее полного выражения заключенной в этих актах государственной воли, ее развития, а в строго ограниченных пределах — даже ее формулирования, исходя из общих начал и смысла законодательства.⁶ Такого рода деятельность правоприменителя-судьи получает относительно самостоятельное значение по отношению к самому правоприменительному акту. Она закрепляется в особых *правовых положениях, выработанных судом*, которыми руководствуются нижестоящие суды и другие субъекты в той мере, в какой они причастны к рассмотрению дел, способных впоследствии стать объектом судебного разбирательства. Это происходит от того, что даже во время советской власти, когда судебное правотворчество практически не признавалось, Верховный Суд СССР, как правило, вменял в обязанность нижестоящим судебным органам принимать меры к единообразному разрешению принципиальных и спорных вопросов, считая ненормальным явлением вынесение судами разных решений по аналогичным делам и предлагая учитывать не только руководящие разъяснения Верховного Суда, но и решения по конкретным делам.⁷ Вместе с тем в тот период постоянно подчеркивалось, что применение правоположений, содержащих новые нормы, должно основываться на силе авторитета, а не на авторитете власти, что следование правовой позиции, сформулированной в судебном акте, не носит обязательного характера, что совершенно недопустимо при разрешении какого-либо дела ссылаться на правоположение, выработанное судом по другому делу. В связи с этой проблемой в юридической литературе правильно отмечалось, что таким подходом мы принижаем авторитет судебных органов, авторитет вошедших в силу и неотмененных юридических актов. Говорить о необязательности некоторых правоположений, являющихся, в конечном счете, результатом судебского правотворчества, — значит подвергать сомнению их необходимость или отвергать принцип единства законности.

Резюмируя сказанное, следует отметить, что проблема судебско-го правотворчества действительно очень сложна. С одной стороны

⁵ *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 33.

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

⁷ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1964. № 4. С. 12.

правотворческая функция суда не согласуется с принципом разделения властей; с другой — сущность принципа разделения властей не сводима к изоляции одной ветви власти от другой, т. е. не носит абсолютного характера. Напротив, их деятельность переплетена, во многих государствах разработаны специальные организационно-правовые меры, обеспечивающие не только взаимоограничение, но и взаимодействие полномочий всех ветвей власти в установленных пределах. В процессе такого взаимодействия, а также в пределах собственных полномочий возможно участие судебной власти в совершенствовании и развитии текущего законодательства. Исключения составляют режимы тоталитаризма и авторитаризма, где наблюдается серьезный отход от признания творческой и активной роли суда в правообразующем толковании закона и чаще всего принимаются специальные указания о запрете судебной интерпретационной деятельности и жестком подчинении суда букве закона. Следовательно, проявляется прямая зависимость между самостоятельностью суда в системе государственной власти и его правотворческой компетенцией, которая развивается через применение права по аналогии, создание противоположений прецедентного характера, издание Верховным Судом нормативных постановлений, дающих разъяснение законодательства по вопросам судебной практики. М. Н. Марченко правильно отмечал, что, исходя из фактов существования правотворческих функций у судебной власти, в настоящее время *было бы более целесообразным и продуктивным вести речь не о допустимости или недопустимости в стране судебного правотворчества, ибо этот правообразующий факт с неизбежностью со временем будет трансформирован в юридический акт, а о природе этих функций, формах реализации судебного правотворчества и о его пределах, о соотношении судебного правотворчества с парламентским и договорным.*⁸ Тем более что первый шаг в этом направлении сделан в Казахстане, и нормативные постановления Верховного Суда объявлены в Конституции РК действующим правом. Возможно, придет время, когда и судебные решения как вершины юридического мастерства, соединяющего в едином фокусе и утонченные юридические знания, и высокую правовую культуру, и юридическое искусство судьи, будут юридически оформлены в качестве *правообразующих документов*, станут результатом правотворческой компетенции.

Естественно, такая компетенция возможна лишь в рамках законности, которую в современных условиях можно охарактеризовать как постоянно функционирующий в обществе государственно-правовой режим, в условиях которого могут быть созданы необходимые возможности для функционирования всех государственных структур, должностных лиц и особенно для осуществления правосудия. Огромная социальная значимость законности состоит в том, что только при постоянно функционирующем государственно-правовом режиме может быть обеспечена стабильность осуществления законодательной, исполнительной и судебной власти государства.⁹ Вместе с тем судебная власть, защищая общественный порядок, должна быть свободна в пределах своей компетенции, иначе это не власть. Границы судебной власти четко обозначает закон, в его рамках, с одной стороны, допускается толкование, судебное усмотрение, интерпретация,

⁸ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2008. С. 418.

⁹ Сабикенов С. Н. Законность — основа осуществления судебной деятельности // Материалы науч.-практ. конф., посвященной 30-летию Алматинского горсуда. Алматы, 2000. С. 35.

судебное правотворчество, защита права, с другой — применение закона к фактическим обстоятельствам дела. Вот границы судебной власти.¹⁰

Учитывая, что законодатель нередко вынужден формулировать нормы относительно определенно, вводить ситуативные и оценочные понятия, казахстанская судебная практика идет вглубь, вырабатывая более определенные, конкретные составы, поскольку пока нет спора о праве, не возникает и вопроса о его определенности, и только когда спор о праве предстанет перед судом, окончательно выясняется содержание нормы.

В этом отношении большое значение имеют решения по конкретным делам, принимаемые Верховным Судом Республики Казахстан. Принципиальные обоснования решений того или иного вопроса общей части гражданского права, данные в его постановлениях, в силу их внутренней убедительности приобретают более общее значение как примеры правильного понимания закона и его правильного применения. В конкретном деле находят свое выражение и общие для многих аналогичных дел вопросы, с которыми встречаются судьи в своей практической работе. О роли судебных решений в Республике говорит уже только то, что обзоры судебной практики по гражданским и уголовным делам, которые готовят коллегии Верховного Суда РК, публикуются в печати. Сам факт публикации актуальных вопросов судебной практики, извлечений из постановлений надзорной коллегии, коллегий по гражданским и уголовным делам в «Бюллетене Верховного Суда Республики Казахстан» направлен на то, чтобы определить линию поведения судей в решении аналогичных вопросов. Кроме того, фактически все постановления надзорной коллегии на данный момент доступны в системе ЕАИС (единая автоматическая информационно-аналитическая система), которая связывает непосредственно Верховный Суд и местные суды, а также через веб-сайт Верховного Суда РК. Хотя нижестоящие суды при рассмотрении аналогичных дел напрямую не ссылаются на решения Верховного Суда по конкретным делам, трудно переоценить роль его постановлений, которые приобретают характер установленного практикой правоположения. Постановления Верховного Суда по конкретным делам способствуют единообразному пониманию и толкованию законов, являясь проверкой на опыте его «жизненности», официальным велением высшего судебного органа относительно понимания и использования права в связи с возникновением определенной жизненной ситуации, подпадающей под действие закона. В этом смысле судебное решение вплотную приближается к понятию источника права, и нижестоящие суды обязаны следовать его мотивировке.

На наш взгляд, не следует опасаться слов «обязаны следовать», поскольку судьи не свободны «творят» право в ходе правоприменительной практики, а, скорее, находят оптимальную для того или иного случая правовую идею, которой они придают формально-определенный вид. При всей самостоятельности судей они не руководствуются своими субъективными впечатлениями; основой их решений является дух действующего правопорядка в целом, его начал, выраженных в законе. Так, одним из примеров, когда надзорная коллегия Верховного Суда Республики Казахстан признала определенные имущественные притязания гражданина правовыми, хотя они не были точно отражены в законодательстве, но входили в сферу правового регулирования, является ее решение, которым она вернула

¹⁰ Завадская Л. Н. Судебное решение — акт защиты права // Теория права: новые идеи / Лившиц Р. З., Малеин Н. С., Славин М. М. и др. М., 1991. С. 157.

квартиру семье, выселенной из нее по иску прокурора решением суда № 2 Алмалинского района г. Алматы. Гражданка М. получила жилье по Государственной жилищной программе. Прокуратура при проверке законности реализации трехкомнатной квартиры семье М. обнаружила, что была использована фиктивная справка о месте работы, согласно которой она на момент получения жилья работала медсестрой Центрального военного госпиталя пограничной службы КНБ и, следовательно, как госслужащая, попадала в приоритетную категорию граждан, имеющих возможность получить жилье по льготной цене. Решением районного суда, оставленным без изменения постановлением коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда, иск прокурора был удовлетворен в полном объеме. Семья была выселена из спорной квартиры без предоставления другого жилья. В удовлетворении встречного иска главы семьи Ж., в котором он просил рассматривать покупателем и заемщиком себя, а не жену, ссылаясь на то, что он является участником Афганской войны и имеет приоритетное право на получение жилья по Госпрограмме, было отказано. Надзорная коллегия Верховного Суда, рассмотрев дело, постановила решение суда и постановление коллегии изменить, договор купли-продажи квартиры признать заключенным между Ж. и Департаментом жилья г. Алматы. Решение районного суда в части выселения М. с членами ее семьи отменено с принятием нового решения. Надзорная коллегия при вынесении решения учла то обстоятельство, что право на получение льготного жилья по Госпрограмме имеют широкие слои населения, нуждающиеся в жилье и доказавшие свою платежеспособность. Ж. как участник афганских событий, отец двух малолетних детей так и не получил полагающегося ему бесплатного социального жилья, хотя стоял на очереди с 1991 г., следовательно, попадал в категорию тех, кто имеет право получать квартиру по Государственной жилищной программе.

Думается, что при решении аналогичных дел нижестоящие суды будут руководствоваться выведенными надзорной коллегией правилами поведения, оказывающими непосредственное регулирующее воздействие на общественные отношения.

Такие решения, содержащие новые правовые положения, обусловлены и тем, что нормативно-правовые акты переходного периода обычно избыточны прагматическими новеллами, порождаемыми порой преходящими ситуациями и в силу этого неспособными в полной мере раскрыть свои регулятивные возможности. А судебные решения с нормативными правовыми положениями заполняют пустоты писаного права и гибко реагируют на изменения общественных отношений, предлагая переходному обществу систему устойчивых ориентиров непрерывного правового регулирования.¹¹ Следует сказать, что многие страны континентальной системы и при *устоявшемся законодательстве* идут еще дальше в этом направлении. Так, «судебные решения ФРГ, Италии, Нидерландов, Швейцарии и др. стран нередко содержат ссылки на решения судов... в романо-германской правовой системе может быть признана обязанность судьи следовать линии толкования, установленной судебными прецедентами».¹²

Роль судебных решений возрастает и при применении общеправовых принципов. К ним следует отнести принципы справедливости, юридического

¹¹ См.: *Сорокин В. В.* Судебная практика как источник права: за и против // Сибирский юридический вестник. 2002. № 3.

¹² *Бойцова В.* [Рец. на:] Барак А. Судейское усмотрение // Государство и право. 2000. № 5. С. 124.

равенства, гарантированности государством прав и свобод человека и гражданина, возмещения государством всякого ущерба, причиненного личности незаконными действиями государственных органов, должностных лиц. *Нередко такие решения оказывают впоследствии регулирующее воздействие на аналогичные общественные отношения.* Так, Надзорная коллегия Верховного Суда Республики Казахстан, рассмотрев в судебном заседании гражданское дело по иску Ч. в своих интересах и в интересах несовершеннолетнего К. к Городской больнице № 1 о возмещении вреда, понесенного в результате смерти гражданина, установила, что 27 декабря 2005 г. супруга Ч. была госпитализирована в отделение челюстно-лицевой хирургии Городской больницы № 1. Вследствие неоказания медицинскими работниками квалифицированной медицинской помощи и непрофессионально проведенной операции супруга Ч. скончалась. В связи с гибелью супруги Ч. просил суд взыскать с ответчика компенсацию за причиненный моральный вред в размере 50 млн тенге и в пользу сына заработную плату, утраченную в связи с потерей кормильца, в сумме 24 тыс. тенге ежемесячно до его совершеннолетия. Решением Усть-Каменогорского городского суда от 2 апреля 2007 г. иск был удовлетворен частично. Взыскано с Городской больницы № 1 в пользу Ч. 2 млн 500 тыс. тенге и 2 млн 500 тыс. тенге в интересах несовершеннолетнего сына К. С КГКП «Городская больница № 1» взыскано в пользу Ч. в возмещение утраченного заработка на содержание несовершеннолетнего К. 119 тыс. тенге и ежемесячно 10 647 тенге до его совершеннолетия и далее, в случае поступления в учебное заведение по очной форме обучения, но не более чем до 23 лет. Постановлением коллегии по гражданским делам Восточно-Казахстанского областного суда от 15 мая 2007 г. решение суда в части компенсации морального вреда было изменено, взысканная судом с ответчика в пользу истца и его сына сумма морального вреда снижена до 100 тыс. тенге. В остальной части решение суда было оставлено без изменения. Апелляционная инстанция, изменяя решение суда в части возмещения морального вреда, исходила из того, что ответчик является финансируемым из бюджета государственным предприятием, взысканная судом сумма компенсации морального вреда в размере 5 млн тенге для него значительна, и что взыскание в пользу истца и его сына в возмещение морального вреда 100 тыс. тенге каждому является достаточным.

В протесте прокурора ставился вопрос об отмене оспариваемых судебных актов с оставлением в силе решения суда первой инстанции. Исследовав материалы дела, надзорная коллегия Верховного Суда сочла необходимым удовлетворить протест по следующим основаниям. В соответствии со ст. 1, 15 Конституции Республика Казахстан утверждает себя демократическим, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы. Каждый имеет право на жизнь, никто не вправе произвольно лишать человека жизни. В силу ст. 4, 52 Закона от 19 мая 1997 г. «Об охране здоровья граждан в Республике Казахстан», действовавшего на момент смерти потерпевшей, государственная политика Республики в области охраны здоровья граждан проводится на основе принципов ответственности центральных исполнительных органов, а также местных представительных и исполнительных органов, органов местного самоуправления, работодателей, должностных лиц за создание условий, обеспечивающих укрепление и охрану здоровья граждан, ответственности медицинских и фармацевтических работников за вред, причиненный здоровью граждан. Граждане имеют право на возмещение морального и материального ущерба, причиненного их здоровью, государством, работодателями или иными лицами. **Между тем в нарушение**

указанных норм законодательства суд апелляционной инстанции не принял во внимание огромную важность объекта посягательства — жизнь человека, невозполнимость и тяжесть утраты, наступившей в результате некомпетентных и несвоевременных действий врачей Городской больницы № 1 г. Усть-Каменогорска. Надзорная коллегия Верховного Суда также подчеркнула, что определенный судом первой инстанции размер морального вреда соответствует степени тяжести причиненного истцу и его сыну нравственного ущерба. При этом ссылка суда апелляционной инстанции на имущественное положение ответчика некорректна. К тому же лицо, возместившее вред, причиненный другим лицом, имеет право обратного требования (регресса) к этому лицу в размере выплаченного возмещения по положению п. 1 ст. 933 Гражданского кодекса РК. Тем самым, указывалось в Постановлении Надзорной коллегии Верховного Суда, суд апелляционной инстанции, дав ненадлежащую оценку исследованным в судебном заседании доказательствам, неправильно применил нормы материального права, что повлекло вынесение неправильного решения по существу спора в части определения размера морального вреда. Также несостоятельны выводы надзорной коллегии Восточно-Казахстанского областного суда о том, что снижение размера компенсации морального вреда не является существенным нарушением норм материального права и, соответственно, отсутствуют основания для пересмотра судебного акта. На основе такого выработанного правоположения надзорная коллегия Верховного Суда РК отменила Постановление коллегии по гражданским делам Восточно-Казахстанского областного суда от 15 мая 2007 г. и Постановление надзорной коллегии этого же суда от 20 февраля 2008 г., оставив в силе решение суда первой инстанции от 2 апреля 2007 г.

Как видим, высшая судебная инстанция в данном случае создала правоположение, т. е. официальное веление правоприменяющего органа относительно понимания и использования права в связи с возникновением определенной жизненной ситуации, подпадающей под действие закона. Более того, приведенное решение надзорной коллегии Верховного Суда носит правоконкретизирующий характер, когда субъект правоприменения, не выходя за рамки закона, развивает, детализирует, углубляет содержание правовых предписаний. Эти правоположения, отраженные в судебном решении, становятся самостоятельным средством поднормативного юридического воздействия на нижестоящие судебные инстанции при рассмотрении аналогичных дел.

Таким образом, в условиях глобализации, когда идет взаимовлияние мировых правовых систем, существенно усиливается взаимопроникновение правовых принципов, включая и вопросы признания определенных источников права. Так, в англосаксонской правовой системе все большее значение приобретают акты парламента, предпринимаются попытки кодификации законодательства, не свойственной ранее этой системе, принимаются и другие меры, направленные на совершенствование законодательства и правоприменительной практики. В странах континентальной правовой системы, к которой относится и Казахстан, напротив, идет процесс осмысления значимости судебных решений в качестве актов, направленных на совершенствование и развитие национального законодательства. При этом следует учитывать, что деление на современные мировые правовые системы нередко носит условный характер, поскольку казахстанская судебная система хорошо знакома с судебным прецедентом, который зачастую применялся во время господства в казахской степи института суда биев. О правообразовательной деятельности биев-судей

писал С. З. Зиманов, отмечая, что, исходя из определяющих неписаных принципов, отдельных древних уложений и прецедентных судебных решений, суд биев формулировал конкретные нормативные правила, имеющие силу закона. Эти нормативные правила создавались из правовых принципов, которые являлись основой для выведения конкретных норм путем логического вычисления, толкования, адекватных конкретным жизненным случаям.¹³

Подводя некоторые итоги, следует заметить, что усиление роли судов в общем процессе правотворчества можно рассматривать в качестве позитивного явления. Континентальная правовая система все более широко заимствует англо-американскую судебную практику применения права, нередко ставящую судью на уровень законодателя. В свою очередь судебная практика англо-американской правовой системы черпает теоретические основы толкования закона из научной доктрины континентальной системы. Такое взаимодействие и взаимопроникновение служит конечной цели — укреплению законности в обществе и государстве.

¹³ Зиманов С. З. Состояние и задачи разработки проблем обычного права. Проблемы обычного права. Алма-Ата, 1989. С. 16–29.

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОНВЕНЦИЯ
О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД:
ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
В КОНТЕКСТЕ ПОЛОЖЕНИЙ,
РЕЛЕВАНТНЫХ УГОЛОВНОМУ СУДОПРОИЗВОДСТВУ

С. Д. ШЕСТАКОВА

Вступление России в Совет Европы и ратификация в 1998 г. Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция) является очередной вехой в развитии отечественного уголовного процесса. Конвенция содержит комплекс положений, релевантных уголовному судопроизводству, которые закрепляют права, нуждающиеся в обеспечении при осуществлении уголовно-процессуальной деятельности: право на свободу и личную неприкосновенность (п. «с» ч. 1 ст. 5); право на справедливое судебное разбирательство (ст. 6); право на уважение частной (личной) жизни, жилища и корреспонденции (ст. 8); право на апелляцию по уголовным делам (ст. 2 Протокола № 7) и др.

Конвенция гарантирует минимальный объем прав, который должен быть обеспечен государствами-участниками в национальном законодательстве и правоприменительной практике.

Положения Конвенции могут применяться лишь в официальной трактовке Европейского Суда по правам человека.

Для реализации конвенционных положений большое значение имеют решения Европейского Суда по правам человека, вынесенные не только в отношении России, но и в отношении других государств — участников Конвенции. Это объясняется тем, что свои решения Европейский Суд по правам человека мотивирует ссылками на предшествующие решения по делам с аналогичными обстоятельствами. Например, в решении по делу *Косси против Соединенного Королевства* Европейский Суд указал: «Следовать прецеденту необходимо в интересах правовой определенности и регулярного развития прецедентного права согласно Конвенции»,



Шестакова
Софья Дмитриевна,
д. ю. н., доцент, профессор
Санкт-Петербургского
университета МВД России

отклоняться от ранее принятых решений Суд будет по «убедительным основаниям» «для обеспечения того, чтобы толкование Конвенции отражало изменения в обществе и оставалось в соответствии с реалиями сегодняшнего дня».¹

Е. А. Чефранова верно отмечает, что «позиция по принципиальному вопросу, однажды занятая Судом и сформулированная в решении по конкретному делу, становится прецедентом и раз за разом воспроизводится в решениях по аналогичным спорам, хотя и претерпевает некоторые изменения, эволюционирует».²

Таким образом, в содержание российских правовых актов, аналогичное положениям иностранного законодательства, признанным Европейским Судом нарушающими Конвенцию, надлежит внести соответствующие исправления. Это позволит своевременно предотвратить нарушение прав человека, защищаемых Конвенцией, и избежать неблагоприятных юридических последствий, наступающих в отношении государства — члена Совета Европы в случае констатации Европейским Судом нарушения этих прав.

При приведении национального законодательства, а также правоприменительной практики в соответствие с Конвенцией необходимо основываться на заложенных в ней принципах правового регулирования в сфере прав и свобод человека, т. е. принципах действия Конвенции. Эти принципы были выявлены и сформулированы Европейским Судом по правам человека; к ним относятся: принцип соразмерности (пропорциональности), принцип пределов усмотрения государств — участников Конвенции, принцип положительных обязательств государств — участников Конвенции и принцип динамичного толкования Конвенции.

Принцип соразмерности (пропорциональности) распространяется на те случаи, когда Конвенция допускает определенные ограничения гарантированных ею прав.

Ограничения некоторых прав не разрешаются Конвенцией ни при каких условиях. Это касается прежде всего установленного ст. 3 Конвенции запрета пыток и бесчеловечного и унижающего человеческого достоинство обращения и наказания. Применительно к данному положению вопроса о действии принципа соразмерности не возникает.

Между тем большинство прав, гарантированных Конвенцией, могут быть ограничены в целях достижения баланса между противоположными интересами отдельных индивидов либо при противоречии интересов индивида общественным интересам. Исходя из принципа пропорциональности, национальное законодательство должно устанавливать такие правила, чтобы свобода каждого человека простиралась лишь до того предела, где начинается свобода других людей.

В решении по делу *Класс против Федеративной Республики Германия* Европейский Суд постановил, что «системе Конвенции внутренне присущ компромисс между требованиями защиты демократического общества и личных прав».³

¹ *Cossey v. The United Kingdom*, judgment of 27 September 1990, § 35 // Series A 184.

² Килкэли У., Чефранова Е. А. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 8. Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции. Прецеденты и комментарии. М., 2001. С. 182.

³ Решение по делу *Класс и другие против Федеративной Республики Германия* от 6 сентября 1978 г. (п. 59) // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. / редколл.: В. А. Туманов и др. Т. 1. М., 2000. С. 179.

Чем шире и глубже вмешательство в охраняемые Конвенцией права человека, тем более вескими должны быть причины для его оправдания и тем более сильными должны быть гарантии от злоупотребления властью. Например, ограничение гарантированного п. «d» ч. 3 ст. 6 права обвиняемого на очную ставку с показывающими против него свидетелями Европейский Суд признал допустимым в целях защиты безопасности свидетелей и при наличии процедур, делающих данное ограничение минимальным.

Решением по делу *Доорсон против Нидерландов* Европейский Суд признал отсутствие нарушения Конвенции в случае, когда личность свидетелей обвинения не была раскрыта обвиняемому в целях обеспечения безопасности свидетелей, но при этом обвиняемому и его защитнику была предоставлена возможность участвовать в их допросе в условиях, исключающих визуальное наблюдение допрашиваемых.⁴

В то же время решением по делу *Ван Мехелен и другие против Нидерландов* Европейский Суд признал, что ч. 3 ст. 6 Конвенции была нарушена, так как целью непредоставления обвиняемому информации о личности свидетеля обвинения было обеспечение оперативных потребностей полиции, а именно возможности эффективно осуществлять свою деятельность свидетелем — агентом в дальнейшем.⁵ Решением по делу *Костовски против Нидерландов* Европейский Суд признал нарушение ч. 3 ст. 6 Конвенции, в частности, потому что никаких уравнивающих процедур, направленных на минимизацию ограничений права обвиняемого, лишённого возможности допросить анонимного свидетеля, использовано не было.⁶

В упомянутом деле *Класс против Федеративной Республики Германия* заявитель утверждал, что его право на уважение частной (личной) жизни и конфиденциальность корреспонденции, гарантированное ст. 8 Конвенции, нарушается наличием Закона G, допускающего в целях борьбы с терроризмом прослушивание телефонных переговоров без уведомления их участников и без судебного разрешения. Европейский Суд посчитал, что отсутствие судебного контроля за прослушиванием телефонных переговоров в указанных целях не превышает пределов того, что может быть признано необходимым в демократическом обществе, поскольку Парламентский совет и Комиссия G 10 (*надзирающие за законностью прослушивания*) независимы от органов, ведущих наблюдение, и они наделены достаточными полномочиями и властью осуществлять эффективный и постоянный контроль. Европейский Суд признал отсутствие нарушения ст. 8 Конвенции, так как в результате подробного анализа Закона G усмотрел наличие равновесия между осуществлением прав лица, гарантируемых ему ч. 1 ст. 8 Конвенции, и необходимостью, вытекающей из ч. 2 ст. 8 Конвенции, вводить тайное наблюдение для защиты демократического общества в целом.

В решении же по делу *Броуган и другие против Соединенного Королевства* Европейский Суд посчитал, что даже такие насущные в Северной Ирландии цели, как борьба с терроризмом, не оправдывают расширения

⁴ *Doorson v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1996, § 25, 28, 70, 71 // Reports 1996-II.

⁵ Решение по делу *Ван Мехелен и другие против Нидерландов*, 23 апреля 1997 г. (п. 60) // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 2. С. 445.

⁶ *Kostovski v. the Netherlands* // Leading Cases of the European Court of Human Rights / compiled, edited and annotated by R. A. Lawson & H. G. Schermers. Leiden, 1997. P. 330.

содержащегося в ч. 3 ст. 5 Конвенции понятия *незамедлительности* доставления задержанного по подозрению в совершении преступления к судье в срок до четырех дней и шести часов.⁷

Таким образом, в двух последних решениях выражена следующая позиция Европейского Суда по правам человека. Законное стремление защитить общество от терроризма оправдывает существование строго регламентированного законом мер тайного наблюдения и прослушивания телефонных переговоров (ограничивающих право на уважение частной (личной) жизни и тайну корреспонденции). Однако это же стремление (эта же цель) не может служить оправданием такого ограничения права на неприкосновенность личности, как продление срока задержания без судебного решения до четырех дней и шести часов. Иными словами, цель — борьба с терроризмом — и меры, ограничивающие права граждан при прослушивании телефонных переговоров, в сочетании с предусмотренными законодательством Германии гарантиями от злоупотреблений властей уравнивают друг друга. В результате соблюдается баланс между интересами граждан и интересами демократического общества, и гарантированное конвенцией право на уважение частной (личной) жизни и тайну корреспонденции не нарушается. В то же время задержание без судебного решения на срок до четырех дней и шести часов этой же самой целью борьбы с терроризмом не уравнивается и образуется дисбаланс, в результате чего происходит нарушение гарантированного Конвенцией права на свободу и личную неприкосновенность.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что принцип соразмерности представляет собой своеобразную трехчленную пропорцию, состоящую из ограничиваемого права, ограничительных мер и цели ограничения. Данная пропорция призвана обеспечить баланс между такими социально-правовыми ценностями, как права человека, с одной стороны, и интересами общества по контролю преступности — с другой.

Принцип пределов усмотрения государств — участников Конвенции состоит в том, что им предоставляется определенная свобода в выборе правовых средств, обеспечивающих реализацию гарантированных Конвенцией прав и допускаемых ею ограничительных мер.

Этот принцип был сформулирован в решении по делу *Хендисайд против Соединенного Королевства*, в котором заявитель говорил о нарушении гарантированного ст. 10 Конвенции права на свободу выражения своего мнения. С тех пор Европейский Суд по правам человека руководствуется данным принципом, рассматривая жалобы на нарушения и других конвенционных положений, в том числе релевантных уголовному судопроизводству.

В решении по делу *Хендисайда* указывается, что «п. 2 ст. 10 оставляет за договаривающимися государствами определенную сферу усмотрения. Эта сфера предоставляется как законодателю, так и органам, в том числе и судебным, которые призваны толковать и применять действующее законодательство... Тем не менее п. 2 ст. 10 не дает им неограниченной свободы усмотрения... в задачу Суда входит не подмена национальных судов, а контроль за соответствием ст. 10 тех решений, которые они вынесли, осуществляя свое право усмотрения».⁸

⁷ Решение по делу *Броуган и другие против Соединенного Королевства* от 29 ноября 1988 г. (п. 62) // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. С. 617–618.

⁸ *Handyside v UK*, judgment of 7 Dec. 1976, § 48-50 // Series A. № 24.

В решении по делу «*Санди Таймс*» против *Соединенного Королевства* Европейский Суд отметил, что, реализуя свои дискреционные полномочия, государство — участник Конвенции остается под контролем Суда в отношении совместимости его действий с обязательствами, вытекающими из Конвенции; дискреционные полномочия государств — участников Конвенции должны использоваться ими разумно, осторожно и добросовестно.⁹

Применительно к ст. 8 Конвенции У. Килкэли и Е. А. Чефранова обращают внимание на то, что «Европейский Суд предоставляет национальным властям определенный предел усмотрения в вопросе о том, будет ли ограничение прав, гарантированных ст. 8 Конвенции (на уважение частной и семейной жизни, жилища и тайны корреспонденции), оправданным в рамках ч. 2 этой статьи. Пределы усмотрения зависят не только от цели ограничительных мер, но и от природы самого деяния. Факторы, которые следует принимать во внимание при определении предела усмотрения в данной области, включают существование общих основ в законодательстве стран-участниц; «чувствительности» рассматриваемой области и различия в правах, политике и практике стран-участниц».¹⁰

В решении по делу *Салабьяку против Франции* Европейский Суд указал, что ст. 6 Конвенции не исключает возможность существования в национальном законодательстве правовых и фактических презумпций, переносащих бремя доказывания невиновности на обвиняемого. Однако любое положение, которое определяет перенос бремени доказывания невиновности или делает возможным применение презумпции, действующей против обвиняемого, должно быть ограничено «разумными пределами, учитывающими важность того, что поставлено на карту для обвиняемого, и обеспечивающими его право на защиту».¹¹

Примером действия принципа пределов усмотрения государств — участников Конвенции при рассмотрении жалоб на нарушение права на свободу и личную неприкосновенность, гарантированного ст. 5, является решение по делу *Худобин против Российской Федерации*. Заявитель жаловался на нарушение п. 3 ст. 5 Конвенции, в частности, в связи с тем, что, по его мнению, продление срока содержания его под стражей не было необходимым. Европейский Суд, излагая общие принципы, применимые в данном деле, указал, что «прежде всего, именно внутригосударственные судебные органы власти должны решить, было ли необходимо в рамках конкретного дела применять к заявителю меру пресечения в виде заключения под стражу... Право Европейского Суда пересматривать¹² решения

⁹ *Sunday Times v United Kingdom*, judgment of 26 April 1979, § 59 // Series A. № 30.

¹⁰ Килкэли У., Чефранова Е. А. Европейская Конвенция... С. 48.

¹¹ *Salabiaku v. France*, judgment of 7 October 1988, § 28 // Series A. № 141-A.

¹² Авторы учебного пособия «Европейская конвенция и акты Европейского Суда по правам человека в механизме обеспечения прав и свобод личности при осуществлении уголовного судопроизводства в России» (Н. Новгород, 2007) на с. 96–97 отметили, что высказанное нами в статье «Значение гармонизации европейских уголовно-процессуальных систем для развития российского уголовно-процессуального права» (Правоведение. 2004. № 4) положение о том, что «Европейский Суд по правам человека, пересматривая решения, вынесенные судами государств — членом Совета Европы, по сути, решает вопрос о соответствии норм внутригосударственного права положениям Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод» якобы неверно трактует правовое значение постановлений Европейского Суда. Однако из контекста указанной научной статьи никоим образом не следует, что постановления Европейского Суда изменяют или отменяют предшествующие постановления национальных судов. Используемое в тексте деепричастие «пересматривая» вовсе не несет смысловой нагрузки, приписанной ему

внутригосударственных органов в этом контексте очень ограничено: только если доводы внутригосударственных органов власти являются произвольными и не имеют фактических обоснований, может вмешаться Европейский Суд и определить, что заключение под стражу было неоправданным». ¹³

Принцип положительных обязательств государств — участников Конвенции означает, что по смыслу Конвенции они не только должны воздерживаться от вмешательства в гарантированные ею права, но и предпринимать активные действия, чтобы предотвращать или пресекать подобное вмешательство со стороны других субъектов. В решении по делу *X&Y против Нидерландов* Европейский Суд определил, что «хотя целью ст. 8 и является в основном защита индивида от произвольного вмешательства со стороны властей, она не просто обязывает государство воздерживаться от такого вмешательства: это негативное обязательство может дополняться позитивными обязательствами, неотъемлемыми от действительного уважения личной и семейной жизни... Эти обязательства могут включать в себя принятие мер, направленных на обеспечение уважения личной жизни даже в сфере отношений индивидов между собой». ¹⁴

Примером выполнения Россией положительного обязательства по исполнению ст. 8 Конвенции может служить установление уголовной ответственности за нарушение неприкосновенности частной жизни (ст. 137 УК РФ), нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст. 138), нарушение неприкосновенности жилища (ст. 139 УК РФ). Субъектами указанных преступлений являются как должностные, так и частные лица.

Принцип динамичного толкования положений Конвенции означает, что Европейский Суд по правам человека не склонен окончательно и категорично определять понятия, содержащиеся в Конвенции. Так, Европейский Суд четко не установил, какой конкретно временной промежуток соответствует понятию «незамедлительно», употребленному в ч. 3 ст. 5 Конвенции при характеристике времени, в течение которого лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления, должно предстать перед судом для проверки законности и обоснованности задержания. Европейский Суд признал, что слово «незамедлительно» в контексте ч. 3 ст. 5 Конвенции не может означать «немедленно», «вопрос незамедлительности должен оцениваться в каждом случае в соответствии с его особенностями». ¹⁵ Аналогичную позицию Европейский Суд занял при трактовке понятия разумного срока, который должен соблюдаться при производстве по делу (ст. 6 Конвенции) и при содержании лица под стражей (ч. 3 ст. 5 Конвенции). ¹⁶

Как отмечают У. Килкели и Е. А. Чефранова, понятиям «личная жизнь», «семейная жизнь», «неприкосновенность жилища» и «тайна корреспонденции»,

Н. Н. Ковтуном и А. С. Симагиным, а лишь воспроизводит терминологию Европейского Суда по правам человека.

¹³ Решение по делу *Худобин против Российской Федерации* от 26 октября 2006 г. // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2007. № 11. С. 31.

¹⁴ Решение по делу *X&Y против Нидерландов* от 26 марта 1985 г. (п. 23) // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. С. 499.

¹⁵ *De Jong, Baliet & Van Den Brink v. the Netherlands*, judgment of 22 May 1984, § 52 // Series A. № 77.

¹⁶ См., напр.: *Matznetter v. Austria*, judgment of 10 November 1969, § 52 // Series A, № 10; *Labita v. Italy*, judgment of 6 April 2000 // ECHR 2000 IV; Решение по делу *Калашников против России* от 15 июля 2002 г. // Российская газета. 2002. 17 окт.

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ ПРАВ И УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО
ШЕСТАКОВА С. Д.

содержащимся в ч. 1 ст. 8, Европейский Суд не дал исчерпывающих дефиниций. Подход Европейского Суда состоит в том, чтобы «определить применимость ст. 8 — и тем самым установить, соответствует ли предмет индивидуальной жалобы тому перечню прав, которые защищаются по ст. 8 по каждому конкретному делу, от дела к делу, создавая тем самым концепцию независимого и гибкого понимания положений Конвенции».¹⁷

Рассмотренные четыре принципа Конвенции имеют большое значение для приведения национального законодательства стран-участниц в соответствие с ее нормами и их соблюдения в правоприменительном процессе. Данные принципы позволяют прогнозировать решение Европейского Суда по правам человека в каждом конкретном случае ограничения прав и свобод индивида в ходе уголовного судопроизводства. Следовательно, они служат ориентирами органам государственной власти при оценке внутригосударственных правовых норм и практики их применения с точки зрения соответствия Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Таким образом, этими принципами Конвенции необходимо руководствоваться в целях предотвращения и своевременного устранения нарушений гарантированных ею прав.

¹⁷ Килкэли У., Чефранова Е. А. Европейская Конвенция... С. 12.

ВЛАСТЬ ОБВИНИТЕЛЬНАЯ И ВЛАСТЬ СЛЕДСТВЕННАЯ: КВАДРАТУРА КРУГА

А. С. АЛЕКСАНДРОВ, А. А. КУХТА



Александр Сергеевич,
д. ю. н., профессор,
кафедра уголовного процесса
Нижегородской академии
МВД РФ



Кухта Андрей Андреевич,
к. ю. н., доцент,
начальник Сибирского УВД
на транспорте

Цель настоящей статьи — критический анализ изменений законодательства, затронувших предварительное расследование и прокурорский надзор за процессуальной деятельностью органов следствия.¹ Возможно, предстоят более существенные преобразования системы правоохранительных органов и их деятельности. Тогда дискуссия по данной теме сможет как-то повлиять на принятие более взвешенных решений в этом направлении.

Обществу нужна защита от внутренней и внешней опасности, проявляющейся в виде преступности. Борьба с преступностью в правовом поле осуществляется совокупностью так называемых правоохранительных органов путем уголовного преследования. Налаживание правового механизма уголовного преследования и отстраивание системы органов, его осуществляющих, должны рассматриваться в качестве важных задач демократического правового государства, ибо без них нормальное существование общества немислимо.

До последнего времени с известными оговорками можно было говорить, о том, что у нас есть единая *обвинительная власть*, т. е. та сила, которая выдвигает и предъявляет обвинение лицу, предположительно совершившему преступление, а затем поддерживает

© А. С. Александров, А. А. Кухта, 2009

E-mail: anrc@rambler.ru; smi-sibuvdt@mail.ru

¹ *Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2830; Федеральный закон от 6 июня 2007 г. № 90-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2833; Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 49. Ст. 5724.*

обвинение в суде. Понятие «обвинительная власть» неразрывно связано с уголовным преследованием и состязательным уголовным процессом. Первоначальная концепция УПК РФ вполне позволяла говорить о продолжении правовой традиции разделения властей в процессе производства по уголовному делу, заложенной еще судебной реформой 1864 г.

Термин «обвинительная власть» впервые был закреплен в ст. 510–511 Устава уголовного судопроизводства, а также в ст. 3–4 Устава уголовного судопроизводства. Н. А. Буцковский, Н. В. Муравьев, И. Г. Щегловитов, другие видные деятели царской прокуратуры и ученые-процессуалисты определяли концепцию пореформенного русского прокурорского надзора через понятие обвинительной власти. Так, Н. А. Буцковский отмечал, что, поскольку власть обвинительная должна быть отделена от судебной, обнаружение и преследование виновных необходимо предоставить прокурорам.² По мнению Н. В. Муравьева, прокуратура как судебное уголовное учреждение облечена обвинительной властью, которая проявляется в уголовном преследовании вообще и в обвинении на суде в частности. По его словам, под «обвинительной властью» подразумевается институт прокуратуры и совокупность субъективных прав и обязанностей прокуратуры по уголовным делам.³ Понятием «обвинительная власть» охватывается и совокупность облеченных этой властью деятелей, осуществляющих уголовное преследование.⁴

Разделение уголовно-судебных функций (на судебную, защитную и обвинительную) в состязательном уголовном судопроизводстве и потребность в специальном государственном органе, имеющем полномочия на реализацию публичного уголовного преследования, делает прокуратуру органом обвинительной власти, а само уголовное преследование — важнейшим предметом ведения прокурорского надзора.⁵

Таким образом, обвинительную власть можно определить как систему государственных органов, возглавляемых прокуратурой, наделенных соответствующими процессуальными, а также иными властными полномочиями, и их деятельность по осуществлению уголовного преследования в уголовном судопроизводстве и в ходе следственной проверки. Обвинительная власть распространяется исключительно на сферу уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности. Судебная власть по законному и обоснованному требованию обвинительной власти применяет уголовный закон в форме привлечения виновного к уголовной ответственности. Органы обвинительной власти, действуя в процессуальной и не процессуальной формах, раскрывают преступления, изобличают лиц, их совершивших, предъявляют и поддерживают в суде обвинение.

Обвинительная власть должна быть сосредоточена у прокуратуры. Прокуратура, как полномочный носитель обвинительной власти, должна быть независимой от органов остальных ветвей власти и в то же время надзирать за органами правительства, осуществляющими досудебное уголовное преследование. Уполномоченными на проведение этого досудебного уголовного преследования являются органы дознания, предварительного

² Буцковский Н. А. О деятельности прокурорского надзора вследствие отделения обвинительной власти от судебной. СПб., 1867. С. 8.

³ Муравьев Н. В. Общие основания устройства и уголовной деятельности прокурорского надзора (1891–1892 г.): из прошлой деятельности. Т. 1. СПб., 1900. С. 534.

⁴ Муравьев Н. В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. Пособие для прокурорской службы. Т. 1. М., 1899. С. 26.

⁵ Там же. С. 4–5, 26.

следствия и оперативно-розыскные органы. Их полномочия на проведение уголовного преследования следует рассматривать в качестве производных от власти прокурора. Таким образом, прокуратура должна рассматриваться как номинальный носитель обвинительной власти и руководитель уголовного преследования на всех стадиях уголовного процесса. Прокурор является субъектом права на публичный уголовный иск. Из этого вытекает его полномочие на распоряжение уголовным преследованием.⁶ Другие государственные органы, осуществляющие уголовное преследование, должны находиться в процессуальном подчинении у прокурора.

Такова теоретическая сторона вопроса об обвинительной власти в изложении классиков русской уголовно-процессуальной науки. В разных странах обвинительная власть организована различным образом, с учетом национально-правовой специфики. В России с ее смешанным уголовным процессом модель обвинительной власти всегда сочеталась с моделью следственной власти. В свое время судебно-следственная власть была квазисудебным органом, как бы делегированным в стадию предварительного расследования для внесения элементов состязательности в отношения стороны обвинения (в лице прокурора и подчиненного ему полицейского дознания) с обвиняемым.⁷ Теперь, после известных изменений законодательства, следственная власть позиционируется как самостоятельная и независимая по отношению к прокурорскому надзору. Такой конфигурации обвинительно-следственной власти еще не было в истории русского уголовно-процессуального права.

Современная обвинительно-следственная власть есть конгломерат обвинительной власти прокурора, а также следственной и оперативно-розыскной власти правительства. Это новый вид власти и новый тип отношений между субъектами данной власти. В чем суть анализируемого явления?

Анализ УПК РФ показывает, что прокурорский надзор за законностью предварительного расследования в концептуальном плане сохранен. В соответствии с ч. 1 ст. 37 УПК прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, установленной УПК, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия. Номинально прокуроры в рамках уголовного процесса по-прежнему реализуют функции прокурорского надзора: уголовное преследование, надзор за законностью, правозащиту, хотя и в модифицированном, точнее, в ослабленном виде.

В целом можно сказать, что за дознанием прокурорский надзор сохранен почти в прежнем виде, что же касается следствия, то значительная часть надзорных полномочий прокурора перешла к руководителю следственного органа (п. 38¹ ст. 5, ст. 39 УПК), который стал своего рода «прокладкой» между прокурором и следователем, тем самым обеспечивая большую процессуальную самостоятельность следователю, которая якобы нужна ему для проведения объективного, всестороннего расследования.

⁶ Подтверждением этой руководящей позиции прокурора в системе органов обвинительной власти стало введение гл. 40¹ УПК РФ (Федеральный закон от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ «О внесении изменений в УК РФ и УПК РФ» // СЗ РФ. 2009. № 26. Ст. 3139).

⁷ Эта система себя не оправдала.

Очевидно, раскол обвинительно-следственной власти осуществлен во имя благой цели — создания «системы сдержек и противовесов» внутри этой власти. Новая модель органов предварительного расследования по замыслу законодателя должна лучше управляться и контролироваться верховной властью (ввиду слабости общественного контроля за ней со стороны гражданского общества и гражданина). В настоящее время это касается кому-то оптимальным решением ввиду угрозы коррупции в правоохранительных органах, в том числе в прокуратуре.⁸

Как бы то ни было, по новому закону сосуществуют относительно независимые власти: обвинительная и надзорная власть в лице прокуратуры и подчиненного ему дознания (включая и ОРД) и следственная власть в лице следователя и руководителя следственного органа, которая имеет функцию предварительного расследования. Вместе с тем обе эти власти относятся к стороне обвинения (п. 47 ст. 5 УПК). При этом, несмотря на существенное снижение возможностей по непосредственному проведению досудебного уголовного преследования, прежде всего проводимого в форме предварительного следствия, прокуратура по-прежнему остается главным органом государства, ответственным за борьбу с преступностью посредством применения уголовного, уголовно-процессуального и иного законодательства. Прокурор лишен возможности лично осуществлять уголовное преследование. В то же время прокурор — это субъект уголовного преследования. Ведь, конечном счете, он решает судьбу обвинения и уголовного дела.⁹ В этом парадокс созданной модели обвинительно-следственной власти.

⁸ Этот довод был ведущим в аргументации инициаторов произошедших изменений.

⁹ Руководящая и координирующая роль прокурора в досудебном производстве проявляется в разрешении им вопросов о подследственности и направлении уголовных дел из одного органа предварительного расследования в другой. Новую редакцию п. 12 ч. 2 ст. 37 УПК надо толковать в ограничительном смысле: прокурор вправе передавать уголовное дело от одного органа предварительного расследования, в том числе от органа следствия, в орган дознания и наоборот, но только не в системе одного органа предварительного расследования. Если в органе предварительного расследования есть следственный аппарат и аппарат дознания, то вмешиваться в вопросы передачи дел между ними прокурор не имеет права. Аналогично решается вопрос и при передаче уголовного дела по территориальной подследственности в пределах одного органа предварительного расследования — это происходит без участия прокурора, по решению руководства органа предварительного расследования. А вот решение вопросов межведомственной координации деятельности органов предварительного расследования остается за прокурором. Прокурор сохранил «диспетчерскую» функцию при решении вопросов о направлении уголовного дела в порядке предметной, территориальной или персональной подследственности из органа предварительного расследования одного ведомства (скажем, Федеральной службы по контролю за оборотом наркотиков) в другой (МВД). Если орган следствия, которому прокурор дело передал из другого органа предварительного расследования, отказывается исполнять решение прокурора, то последний вправе применять механизм, предусмотренный ч. 6 ст. 37 УПК. Вторая часть нормы, содержащейся в п. 12 ч. 2 ст. 37 УПК, осталась без изменения. Прокурор обладает полномочием передавать уголовное дело от одного органа предварительного расследования другому в соответствии с правилами, установленными ст. 151 УПК (п. 12 ч. 2 ст. 37 УПК), т. е. он вправе сделать это и в отношении органа предварительного следствия. Таким образом, прокурор сохранил за собой право определения подследственности, прежде всего в случае конкуренции видовой подследственности нескольких органов расследования, когда надо применять правила об альтернативной подследственности и подследственности по связи дел, а также прибегать к исключениям из общего правила

На наш взгляд, произошедшие изменения в обвинительно-следственной власти носят конъюнктурный, политический характер и никак не связаны с логикой состязательного процесса, где есть сторона обвинения, сторона защиты и суд. Если следователь и прокурор на одной стороне, то зачем следователю независимость от прокурора? И кто, в конце концов, отвечает за дело обвинения: следователь или прокурор?

На наш взгляд, государственные органы уголовного преследования: следователь, руководитель следственного органа, дознаватель (п. 47 ст. 5 УПК), но также орган дознания и начальник подразделения органа дознания (хотя они и не упомянуты в п. 47 ст. 5 УПК) должны выступать как помощники, «процессуальные партнеры» прокурора. Все они, в конечном счете, суть агенты обвинительно-следственной власти; хотя между ними проводится принцип невмешательства в деятельность друг друга, они должны взаимодействовать. Теперь же номинально единство стороны обвинения нарушено, что в условиях состязательности чревато утратой эффективности уголовного преследования, борьбы с преступностью. Это первый, но не единственный порок реформы.

На прокурора законом возложена обязанность от имени государства осуществлять при наличии к тому оснований уголовное преследование подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений на всем протяжении процесса, а в центральной его стадии — в пределах своей компетенции и в установленном законом порядке требовать перед судом привлечения подсудимых, виновных в нарушении уголовного закона, к ответственности. Этим обуславливается характер деятельности прокурора во время досудебного производства по уголовному делу и тех полномочий, которые предоставлены ему ч. 2 ст. 37 УПК. По сути, досудебное уголовное преследование есть подготовка к поддержанию государственного обвинения в суде (публичного уголовного иска): собрание доказательств обвинения, принятие мер обеспечительного и пресекающего характера по делу и пр. Однако теперь эта и без того не отличавшаяся четкостью модель, где обвинительная власть на досудебном этапе готовит и выдвигает обвинение под руководством прокурора, а затем прокурор поддерживает, обособливает обвинение в судебных стадиях, оказалась еще более расстроеной, смешанной. Единство обвинительной власти подорвано структурным и процессуальным обособлением следственной власти, которая проводит свою работу по подготовке предмета и оснований уголовного иска независимо от прокурора — главного публичного уголовного истца, субъекта судебного уголовного преследования.

В результате реформы предварительного расследования появились два вида уголовного преследования: уголовное преследование в форме дознания (прокурорское дознание) и уголовное преследование в форме относительно независимого предварительного следствия. Что касается первого, то прокурор в полной мере является его руководителем, уголовное же преследование в следственной форме реализуется достаточно независимыми от прокурора следователем и руководителем следственного органа, составляющими единую вертикаль власти, которая замыкается на Президенте РФ. Таким образом, предварительное следствие прямо не подчинено надзирающему прокурору, и вмешиваться в его производство

о территориальной подследственности, однако все это только в рамках ст. 151 УПК. Но самое главное: за прокурором остается право решения споров о подследственности между различными органами предварительного расследования (ч. 8 ст. 151 УПК).

он непосредственно не может, это неизбежно ослабляет возможности по качественной подготовке обвинения (ведь прокурор видит судебную перспективу, а следователь — зачастую нет).

Однако ослабленной оказалась не только функция уголовного преследования, единого управления им, но и другие функции прокуратуры: надзорная и правозащитная. А ведь они составляли единый отлаженный десятилетиями механизм, который действовал. Конечно, были злоупотребления, но эксцессы в деятельности этого механизма не могут отменять сам механизм.

Поскольку предварительное следствие отчасти выведено из-под непосредственного прокурорского надзора, постольку большее значение приобретают судебный контроль и ведомственный контроль в лице руководства следственной власти (которой перешли многие из бывших надзорных полномочий прокуратуры) как гарантия законности и защиты прав и свобод человека и гражданина. Полагаем, что эти гарантии не могут быть равнозначными отмененному прямому повседневному прокурорскому надзору за предварительным расследованием.

Судебный контроль пассивен. Судья не будет следить за законностью действий (бездействия) следователя по своей инициативе. Нужна сила, которая приводила бы в действие судебный механизм. Воспользоваться судебной жалобой означает задействовать юридический, материальный и волевой потенциал, а он есть не у каждого нашего гражданина.

Руководитель следственного органа в системе контроля за следствием призван играть ключевую роль. Хотя, в конечном счете, вся многоступенчатая процедура (которая может включать в себя до трех инстанций) реализации прокурором своих надзорных полномочий, предусмотренных п. 3 ст. 37 УПК, в случае солидарного несогласия руководства следственных органов и следователя с его требованиями об устранении нарушений законности или в случае их возражений против его решения, замыкается на Генеральном прокуроре РФ: именно ему (а не судебной власти, как предполагалось первоначально) принадлежит последнее слово в разрешении спора между прокуратурой и следственной властью по поводу нарушений федерального законодательства следователем (ч. 6 ст. 37, ч. 4 ст. 221 УПК). Громоздкая и неповоротливая система реализации надзора за законностью ведения следствия со стороны прокуратуры оставляет мало надежды на быстрое исправление следственных ошибок, нарушений федерального законодательства (ведь предъявление прокурором требований об устранении нарушений закона не приостанавливает исполнения решений и влечет прекращение действий (бездействие) со стороны следователя), особенно вызванных ложно понятыми интересами следственного ведомства. Таким образом, второй порок новой конфигурации обвинительно-следственной власти — это потенциальная опасность, заложенная в ней для прав личности.

Полагаем, что создание единого следственного органа (Федеральной службы расследования), *неподнадзорного* прокурору, еще более усугубит отмеченные пороки. Российского аналога ФБР не может быть, потому что ФБР в нашем понимании в основном осуществляет ОРД по узкой категории уголовных дел. Вместо механического заимствования надо реформировать саму форму досудебного производства — вот где ключ к повышению эффективности уголовного преследования, а не в административной чехарде. Скажем более: с созданием единого аппарата предварительного расследования, подконтрольного только верховной власти, появится такой орган, который в условиях нашего розыскного досудебного производства может восприниматься как готовый инструмент для проведения массовых репрессий (чем не новые НКВД или МГБ?).

Укажем еще на то, что прокурорская монополия на поддержание государственного обвинения даже усилилась (хотя в первоначальной редакции проекта поправок в УПК предлагалось наделить потерпевшего правом на субсидиарное обвинение в случае отказа обвинителя от поддержания обвинения), исчезла и норма, допускаящая в качестве обвинителей должностных лиц органов дознания и следователей по делам, по которым предварительное расследование проводилось в форме дознания. Почему? Что это было: компенсации прокуратуре за утраченные полномочия? Ведь неоднократно предполагалось расширение прав потерпевшего и даже введение субсидиарного обвинения. Все эти разработки оказались невосстребованными. В остатке — власть, номинально разделенная на субинституты, а на деле единая в своем противостоянии человеку, обществу.

Таким образом, мы намечаем контуры глобальной проблемы, которая, возможно, является корнем всех остальных отмеченных пороков образуемой системы обвинительно-следственных органов: отчужденность их, как и вообще государственной власти, от народа. Карательная функция государства (своего рода «копье нации») поражает тех, чье поведение нарушает установленные законодательной властью уголовно-правовые запреты. Счастлив народ, вполне владеющий ею или контролирующей ее. Горе тому обществу, где карательный аппарат функционирует в автономном от общества режиме и где народ может только уповать на доброго начальника.

Проблема российского государства и, соответственно, обвинительно-следственной власти состоит в том, что она становится бесконтрольной, а здесь недалеко и до злоупотреблений, той же самой коррумпированности. Вся надежда только на высших должностных лиц государства, но в правильно устроенном государстве сами институты и процедуры нивелируют зло, происходящее от природы человека.

В системе сдержек и противовесов состязательной модели судопроизводства есть три субъекта, равнонезависимых друг от друга и отправляющих различные функции: сторона обвинения (обвинительная власть правительства), суд (судебная власть) и защита (обвиняемый плюс адвокатура). Естественно, эта конструкция действенна только при наличии развитого и независимого гражданского общества. К сожалению, намечающаяся перспектива выстраивания правоохранительной системы не берет в расчет главного — человека. Восстановление прокурорского надзора за предварительным расследованием необходимо дополнить мерами по установлению форм непосредственного контроля общества за деятельностью обвинительно-следственной власти.

Кризис существующей формы досудебного производства по уголовным делам налицо. Однако преодоление его может состоять не в очередных структурных перестройках органов предварительного расследования, а в радикальном изменении самой формы досудебного производства. В идеале должна быть «полиция» (собирательное название «правоохранительных органов»), которая раскрывает преступления и изобличает подозреваемых в совершении преступления любыми средствами и способами, не запрещенными законом, под прокурорским надзором и судебным контролем, и официальная обвинительная власть в лице прокурора, который выдвигает обвинение в отношении обвиняемого на основании материалов, собранных полицией, перед судом.

ОЦЕНКА ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЭКСПЕРТА СУДОМ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

К. Б. РЫЖОВ

Заключение эксперта как доказательство в суде обладает определенной спецификой, проявляемой задолго до начала оценки данного вида доказательств судьей первой инстанции. В литературе отмечается, что заключение эксперта есть единство фактических данных (вывода эксперта, в нем содержащегося) и формы их выражения вовне (соответствие заключения требованиям процессуального закона). При этом и форма, и содержание одинаково важны при определении доказательственной силы заключения эксперта.¹ Таким образом, не менее важен и процессуальный порядок получения заключения эксперта как доказательства. Отсутствие определения суда о проведении экспертизы, которое суд выносит в порядке и по форме ст. 80 ГПК РФ, может привести к признанию недопустимым доказательством предъявленного сторонами результата экспертизы, даже если выводы эксперта соответствуют действительности и основаны на реальных фактах, способных повлиять на разрешение дела по существу.

Само содержание судебной экспертизы как доказательства также можно условно разделить на две составляющие: 1) сведения о фактах, выявляемые экспертом и 2) выводы, которые, пользуясь своими специальными знаниями, делает эксперт относительно тех или иных фактов, событий, явлений и предметов материального мира.

Спор о приоритетном доказательственном значении этих двух составляющих заключения эксперта ведется в литературе давно. Часть исследователей полагает, что содержанием экспертизы является объяснение обстоятельств, уже известных суду (А. А. Добровольский).² Данная позиция, на наш взгляд, может быть подвергнута критике по совершенно очевидной причине. Известность факта суду (восприятие судьей факта, лежащего в основе выводов экспертного заключения, в качестве достоверного или в высокой степени вероятного) снимает необходимость экспертизы



Рыков Константин Борисович,
юрист юридической компании
Pen & Paper

© К. Б. Рыжов, 2009
E-mail: Kbr81@mail.ru

¹ Сахнова Т. В. Экспертиза в суде по гражданским делам. М., 1997. С. 59–60.

² Добровольский А. А. Участие органов государственного управления в советском гражданском процессе. М., 1958. С. 40.

как таковой. Иная позиция сводится к тому, что содержание экспертизы следует искать в установлении и обосновании фактов, выявленных в ходе исследования. Однако данные теоретические споры аналогичны, по сути, спорам о том, что первично и что вторично в содержании и последующей оценке судом экспертного заключения. На наш взгляд, на практике ситуация с содержанием и оценкой заключения эксперта судом первой инстанции обстоит следующим образом: суд непосредственно оценивает выводы, содержащиеся в заключении эксперта, так как именно их наличие и является целью назначения любой судебной экспертизы. Оценка выводов эксперта может быть (наряду с оценкой других доказательств) положена в основу решения суда по делу. Однако оценка выводов является предпосылкой оценки факта (события, размера ущерба и др.), в отношении достоверности и доказательственной ценности которого до назначения экспертизы у судьи не могло сформироваться внутреннее убеждение. Именно установление ряда обстоятельств дела — цель любой экспертизы. Средством же достижения достоверных сведений о факте (без которых выводы эксперта не имели бы процессуального значения) являются выводы лица, обладающего специальными знаниями в определенной области. Таким образом, выводы эксперта помогают судье формировать внутреннее убеждение относительно фактов, а сам эксперт выступает как своего рода помощник судьи в процессе. Например, в германском процессуальном законодательстве эксперт выступает именно в таком качестве.

Значительной следует считать и проблему оценки заключения эксперта с позиций доказательственной силы данного вида доказательств. Необходимо помнить, что эксперт не оценивает доказательство как таковое, а лишь делает определенные выводы в своей профессиональной области. Необходимость следовать процессуальной форме и обязательное (согласно ч. 2 ст. 80 ГПК РФ) предупреждение об уголовной ответственности за заведомо ложное заключение не означают возможность эксперта оценивать доказательство с точки зрения достоверности в совокупности с другими доказательствами по делу, а также исходя из целей процесса. В этом смысле интересно содержание нормы ч. 2 ст. 86 ГПК: если эксперт при проведении экспертизы установит *имеющие значение для рассмотрения и разрешения дела* обстоятельства, по поводу которых ему не были поставлены вопросы, он вправе включить выводы об этих обстоятельствах в свое заключение. Но эксперт работает с *информацией*, относящейся к объекту, который для суда и сторон процесса может быть *достоверным* доказательством или доказательственным фактом, а может и не быть таковым. Эксперт не может оценивать тот или иной факт в качестве доказательства и тем более решать вопрос о его значении для разрешения гражданского дела по существу. Как справедливо отмечается в литературе, «норма об относимости доказательств адресована суду, поскольку стороны и другие заинтересованные лица, представляя доказательства, могут ошибаться в оценке их относимости, либо могут сознательно уводить суд в сторону от объекта познания».³ Данное утверждение справедливо не только для сторон и иных заинтересованных лиц, но и для эксперта, проводящего исследование относительно факта, который в дальнейшем может стать основой позиции стороны в процессе. Это означает, что, как и в случае с иными видами доказательств, оценка не только выводов эксперта, но и

³ Советский гражданский процесс. Учебник / под ред. М. К. Треушниковой. М., 1989. С. 163.

факта, выяснение которого послужило причиной назначения экспертизы, является задачей и «промежуточной» целью суда и только суда. Учитывая, что эксперт, выходя за рамки поставленных ему судом (или сторонами) вопросов, не способен определить процессуальную значимость фактов, которые не фигурировали в вопросах экспертизы, формулировка ч. 2 ст. 86 ГПК представляется нам не совсем удачной и логичной. Думается, что самой возможности выхода эксперта за пределы поставленных ему вопросов должно предшествовать требование суда, который, будучи органом правосудия, представляет границы предмета доказывания и определяет факты, способные иметь значение для разрешения дела по существу.

Суд, определяя достоверность выводов эксперта относительно искомого факта, достоверность факта, равно как и надежность самого эксперта, обязан исходить из отсутствия предустановленной силы заключения эксперта. Однако специфика заключения эксперта заключается в особом характере его знаний, на основании которых делаются выводы. Данная специфическая черта, влияющая на содержание экспертного заключения, не может не влиять на оценку заключения судьей, а также на его фактическую доказательственную силу. Сложность оценки содержания экспертного заключения можно свести к нескольким факторам:

— «эффект ореола»; данный фактор, наличие которого отмечали исследователи оценки доказательств,⁴ не может не влиять на судей при оценке любых доказательств, непосредственно связанных с личными качествами предоставляющих их субъектов. Действительно, профессионализм и надежность эксперта (и, бесспорно, его заключения) могут быть обусловлены многими причинами (место работы и опыт эксперта, порядок и форма изложения выводов в заключении, его внешний вид и манера изложения мыслей относительно объекта экспертизы). Эффект ореола может оказать сильное психологическое влияние на формирование внутреннего убеждения судьи и приоритетность фактов, выявленных экспертом в процессе проведения им экспертизы. Происходит это вопреки тому, что в судебной практике неоднократно подчеркивалось отсутствие приоритетной силы заключения эксперта как доказательства по делу;

— невозможность оценки правильности и достоверности используемых в процессе экспертизы методик исследования; так, Т. В. Сахнова отмечает, что проверка достоверности заключения эксперта предполагает логический анализ всех его составных частей и оценку соответствия выводов эксперта с точки зрения надежности примененных экспертом методик. Таким образом, судья обязан оценить следующие факторы: были ли предоставлены эксперту надлежащие и достаточные материалы для исследования, проведено ли исследование с достаточной полнотой, *основано ли оно на применении необходимых научных знаний и правильно использованных специальных методиках.*⁵ Т. В. Сахнова отмечает далее, что под проверкой обоснованности и достоверности научных методик следует понимать проверку судом обоснования выбора той или иной методики. Очевидно, что любой эксперт, если он на самом деле является таковым, может обосновать научную методику перед судьей, знания которого в специальных областях едва ли позволят сомневаться в результатах экспертизы и необоснованности применения способов ее проведения.

⁴ См., напр.: Коваленко А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; Сахнова Т. В. Экспертиза в суде по гражданским делам.

⁵ Сахнова Т. В. Экспертиза в суде по гражданским делам. С. 111.

На наш взгляд, в отношении оценки выводов эксперта речь не может и не должна идти об обосновании научных методик, как не должно быть и речи о познании судьей в той или иной степени научной составляющей экспертизы относительно объекта экспертизы. Для оценки выводов эксперта и достоверности обстоятельств дела судья будет использовать внутреннее убеждение в качестве универсального метода оценки любых доказательств. И признание судом факта, являющегося объектом экспертизы, также будет производиться на основе внутреннего убеждения. Проверка обоснованности методик не является задачей суда, но является профессиональной обязанностью самого эксперта, предупрежденного о предусмотренной законом ответственности за дачу заведомо ложного заключения. Следовательно, вменение суду обязанности проверки обоснованности применения экспертом тех или иных методик едва ли целесообразно.⁶ В случае возникновения у суда сомнений относительно достоверности подтвержденного выводами эксперта факта возможно проведение повторной экспертизы. При этом повторная экспертиза не должна пониматься как способ проверки первоначально проведенной экспертизы, но должна выступать в качестве самостоятельного доказательства.

Наименее исследованным с точки зрения оценки экспертизы как доказательства является вопрос о соотношении достоверности выводов эксперта и достоверности факта, относительно которого проводится экспертиза. Думается, что выводы эксперта, воспринятые судом в качестве достоверных, всегда будут означать достоверность объекта экспертизы. Однако сомнения суда или сторон в установлении экспертом искомого фактов в отличие от иных видов доказательств могут означать назначение повторной экспертизы, т. е. повторную оценку искомого факта. Специфика содержания заключения эксперта, возможность назначения повторной экспертизы, сложность оценки некоторых специальных знаний делают, на наш взгляд, невозможной положительную оценку судом *вероятных выводов* эксперта. Дело в том, что вероятностные выводы эксперта относительно объекта экспертизы не только влияют на соответствующее внутреннее убеждение суда, но и делают еще более неясным положение искомого факта, выявление которого и есть цель экспертизы как таковой. Следовательно, в отличие от других видов доказательств вероятностные предположения относительно правдоподобности того или иного факта, *сделанные экспертом*, а не судом по внутреннему убеждению в рамках оценки доказательства, не могут быть оценены как доказательство и положены в основу решения суда первой инстанции.⁷

Весьма важным можно было бы считать вопрос о допустимости применимых экспертом в ходе исследования методов (особенно в вопросах психологического воздействия, медицинских экспертизах). Однако недопустимость таких экспертиз не может быть объектом оценки суда, поскольку: во-первых, оценка допустимости методов не соответствует критерию относимости самой экспертизы; во-вторых, недопустимость тех или иных методик, используемых экспертом, как правило, означает возможность привлечения эксперта к административной или уголовной ответственности. Изыскание судом такой возможности не имеет отношения к делу и не является задачей и функцией гражданского судопроизводства, равно как и предметом данного исследования.

⁶ Там же. С. 113.

⁷ Давтян А. Г. Экспертиза в гражданском процессе. М., 1995. С. 75.

Таковы важнейшие аспекты оценки *содержания* заключения эксперта. При исследовании и оценке заключения эксперта не менее важен и вопрос формы заключения и его специфических черт, не позволяющих исследовать и оценивать заключение эксперта в качестве обычного письменного доказательства. Помимо указания в ч. 1 ст. 86 ГПК РФ о том, что заключение эксперт дает в письменной форме, следует также иметь в виду, что заключение эксперта принципиально отличается от письменного доказательства, равно как и его оценка имеет существенные особенности по сравнению с оценкой обычного письменного документа как доказательства.

Выделим специфические черты такого доказательства, как письменное заключение эксперта, и особенности его оценки судом.

1. Важнейшим, очевидным, но не часто отмечаемым в процессуальной литературе признаком письменного заключения эксперта является факт его возникновения в рамках судебного процесса. Назначение экспертизы, в том числе и по инициативе суда, означает постановку эксперту конкретных вопросов относительно определенных фактов, имеющих значение для разрешения данного дела по существу. Несомненно, что получение ответов на конкретные вопросы в установленной форме облегчает суду оценку выводов эксперта в его заключении. Любые другие письменные доказательства (договор, акт и иные документы) возникают в прошлом и несут в себе признаки воли тех субъектов правоотношений, от которых они исходят. С моментом возникновения заключения эксперта связан специфический характер такого признака данного вида доказательств, как *относимость экспертного заключения*. Представляется, что заключение эксперта, назначаемое судом по собственной инициативе или по ходатайству сторон, не может быть признано не соответствующим критерию относимости. Однако выводы эксперта, не охватывающие вопросы, поставленные перед экспертом, могут быть охарактеризованы судом как не относящиеся не только и не столько к разрешению дела по существу, сколько к конкретному факту, выяснение которого было задачей данной экспертизы. Выход же эксперта по собственной инициативе *за пределы* вопросов экспертизы следует считать возможным и допустимым, исходя из нормы ч. 2 ст. 86 ГПК РФ, формулировка которой, как было отмечено нами выше, оставляет желать лучшего.

2. Носитель любого письменного доказательства и его характеристики всегда имеют значение для оценки документов, представляемых суду. Исследование и оценка реквизитов документа, достоверности его содержания должны иметь для суда определяющее значение. Для оценки судом выводов заключения эксперта важны также и иные факторы: соблюдение процессуальной формы и соответствие выводов тем вопросам, которые были поставлены эксперту до проведения экспертизы.

3. Оценивая выводы эксперта, суд при формировании внутреннего убеждения, несомненно, опирается не только на информацию, получаемую из экспертного заключения, но и на надежность самого эксперта как источник доказательства, его профессиональные специальные знания, организацию, работником которой является эксперт, и другие факторы. Для оценки выводов экспертного заключения судом также важно поведение эксперта и обоснование его позиции по поставленным в экспертизе вопросам. Эти факторы могут проявиться при непосредственном ознакомлении суда с выводами эксперта, данными им в заключении или во время допроса эксперта со стороны суда или сторон. Таким образом, на результат оценки заключения эксперта (его выводов) влияет прежде всего

личностный фактор. Само заключение эксперта, несмотря на особенности его процессуальной формы, является личным доказательством. Письменные же доказательства представляют интерес в первую очередь с позиций их формы и содержания, а также других специальных критериев, таких как действительность документа и полномочия органа, выдавшего документ.

4. Немаловажной особенностью заключения эксперта как доказательства и его оценки следует считать наличие нескольких процессуальных способов повышения уровня его достоверности и точности. ГПК РФ предусмотрена возможность проведения комиссионной, комплексной, а также повторной экспертизы относительно одного и того же искомого факта. Неизменность же любого письменного доказательства в ходе судебного разбирательства, возникшего до возбуждения гражданского дела, есть важное условие его исследования и оценки судом. Возможность проведения повторной экспертизы ставит вопрос о соотношении содержания выводов первоначальной и последующей экспертиз при их оценке судом по внутреннему убеждению. Проблему противоречия выводов экспертов при проведении ими первичной и последующей экспертиз можно свести к следующему вопросу: может ли суд, поставив одни и те же вопросы перед экспертами, чьи выводы относительно тех или иных фактов противоречат друг другу, сделать вывод в пользу того или иного заключения, руководствуясь исключительно своим внутренним убеждением? На наш взгляд, на данный вопрос следует дать отрицательный ответ. Несмотря на широкую трактовку внутреннего убеждения судьи как метода оценки доказательств, противоречивость выводов по одному и тому же вопросу не может быть устранена внутренним убеждением судьи. Это недопустимо хотя бы потому, что внутреннее убеждение не включает в себя специальных знаний относительно объекта экспертизы. Данная точка зрения подтверждается также Конституционным Судом РФ.⁸

Итак, противоречие нескольких заключений эксперта не может быть снято мнением судьи по вопросам, лежащим вне его компетенции. При наличии двух противоречащих друг другу экспертных заключений суду, несомненно, необходимо не выбирать одно из этих заключений, руководствуясь только лишь внутренним убеждением, но обратиться за помощью конкретного специалиста в определенной области знаний. Участие в гражданском процессе специалиста в случае возникновения сложностей при исследовании различных видов доказательств предусмотрено ст. 188 ГПК РФ. Аналогично следует решать и вопрос о назначении судом повторной экспертизы по одному и тому же вопросу, если выводы двух экспертиз не противоречивы, но дополняют содержание друг друга. В этом случае, на наш взгляд, суду следует оценивать результаты повторной экспертизы, проведенной тем же или другим экспертом, в качестве самостоятельного доказательства, не оглядываясь на результаты первичной экспертизы.

Отметим также, что все сказанное имеет отношение к оценке исследованной части экспертизы, но не касается тех фактических данных и сведений, относительно которых судья может сделать вывод без применения им специальных знаний. Это могут быть вопросы полноты и достоверности предоставленного на экспертизу материала (документов, сведений и т. п.), а также отсутствия в выводах эксперта информативных

⁸ *Определение Конституционного Суда РФ от 4 марта 2004 г. № 145-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Проня А. В. на нарушение его конституционных прав п. 4 ч. 4 ст. 47, п. 2 ч. 1 ст. 53, ст. 74, 85 и 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2805.*

и достоверных, с точки зрения суда, ответов на вопросы экспертизы. Данные выводы суд вправе делать на основе внутреннего убеждения, принимая решение о проведении, например, повторной или комплексной экспертизы.

Как мы уже отмечали ранее, заключение эксперта, являясь письменным доказательством по форме, обладает спецификой, связанной с возникновением и содержанием заключения эксперта, что также накладывает отпечаток на процесс исследования и оценки судом данного вида доказательств. Влияние эксперта и, как следствие, его заключения на формирование внутреннего убеждения судьи велики не только из-за того, что эксперт обладает специальными знаниями, но и потому, что эксперт отвечает на конкретные вопросы экспертизы относительно определенного факта, что облегчает задачу суда по оценке заключения.

В то же время возможны процессуальные ситуации, при которых заключение эксперта будет оцениваться судом исключительно как письменное доказательство.

Так, не может фигурировать в процессе в качестве заключения эксперта заключение, данное в рамках *несудебной экспертизы*. Данное экспертное заключение, созданное ранее вне рамок гражданско-процессуальной формы, не может по формальным признакам исследоваться и оцениваться судом по правилам, предусмотренным в ГПК для оценки заключения эксперта и письменных доказательств. Данное обстоятельство, без сомнения, затрудняет определение судом достоверности такого доказательства и его силы, что и вызывает иногда предложения по особой регламентации исследования и оценки несудебной экспертизы.⁹

Кроме того, заключение эксперта, которое было представлено в суде первой инстанции, не может оцениваться как заключение эксперта в рамках второй инстанции, что связано с особенностями данного доказательства как письменного по форме, но личного по своей сути.

Наконец, заключение эксперта, бывшее доказательством в уголовном деле, не будет считаться таковым в деле гражданском или деле, рассматриваемом в арбитражном суде, в случае если речь идет о преюдициальных актах суда. Данная позиция подтверждается также судебной практикой, например, арбитражных судов округов. Так, в Постановлении Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа относительно признания недействительными учредительных документов ООО¹⁰ указано на недопустимость выводов суда первой инстанции и апелляционного суда, основанных исключительно на заключении эксперта, полученного в рамках уголовного дела. В Постановлении, в частности, указывается, что заключение эксперта, полученное в рамках уголовного дела и установившее принадлежность подписей в документах Щербакову А. В. (истцу), подлежало оценке суда с учетом требований ст. 71 АПК РФ. Заключение эксперта, полученное при расследовании уголовного дела, не является заключением эксперта по данному делу, поскольку данное заключение не было получено судом с соблюдением требований ст. 82 АПК РФ (назначение экспертизы), и потому оно не является тем допустимым доказательством, которым может быть в арбитражном процессе доказательство в виде заключения эксперта. Такое заключение эксперта может быть оценено судом лишь как одно

⁹ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса. М., 2008. С. 374.

¹⁰ Постановление Пленума ФАС СЗО от 7 февраля 2006 г. по делу № А21-5768/03-С2 // СПС «КонсультантПлюс».

из письменных доказательств по делу, не имеющее заранее установленной силы, и его достоверность должна быть оценена в установленном законом порядке в совокупности с другими доказательствами. Решение кассационной инстанции по данному вопросу представляется верным. Несколько удивляет лишь попытка суда подчеркнуть, что заключение эксперта, оцененное судом как простое письменное доказательство, не будет иметь заранее установленной силы. Буквальная трактовка текста указанного Постановления ФАС СЗО позволяет нам сделать вывод о наличии заранее установленной силы у заключения эксперта, которое оценивается судом как таковое, а не как простое письменное доказательство, что, конечно, нельзя признать правильной позицией.

Итоговые выводы, которые следует сделать относительно оценки заключения эксперта судом, на наш взгляд, сводятся к следующему:

1) специфика оценки заключения эксперта заключается в двояком характере как содержания, так и формы данного доказательства. Личный характер выводов эксперта как доказательства и использование при его создании специальных знаний в известной степени ограничивают внутреннее убеждение судьи в том, что касается оценки исследовательской части заключения, а также достоверности и допустимости методик исследования;

2) специфика содержания данного доказательства обуславливает возможность неоднократного экспертного заключения в отношении одного и того же факта путем проведения повторной и/или комплексной экспертизы. При противоречии двух экспертных заключений относительно одного или того же искомого факта суду следует обратиться за разъяснением к другому эксперту либо специалисту в данной области знаний, но не оперировать внутренним убеждением как методом оценки данного вида доказательств. При назначении же повторной экспертизы суд будет оценивать ее выводы в качестве самостоятельного доказательства, исключая влияние на нее выводов первоначальной экспертизы. Однако данное положение не исключает возможности суда в ходе исследования повторной экспертизы и на этапе формирования внутреннего убеждения обращаться к такому логическому приему исследования, как сравнение двух экспертных заключений;

3) следует также учитывать, что в ряде случаев заключение эксперта может и должно быть исследовано и оценено судом исключительно в качестве письменного доказательства, так как его содержание и/или форма не будут соответствовать заключению эксперта как виду доказательств, регулируемому в рамках того или иного процессуального закона и данного вида судопроизводства.

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ МИРОВЫХ СОГЛАШЕНИЙ В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ

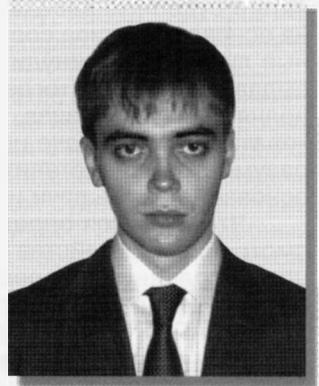
К. В. КОЧЕРГИН

В соответствии с ч. 2 ст. 142 мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению по правилам раздела 7 АПК РФ на основании исполнительного листа, выдаваемого по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение. На практике это выражается в том, что на исполнение решения исполнительный лист выдается после истечения предусмотренных для обжалования сроков, а на исполнение мирового соглашения — только в том случае, если суд при рассмотрении соответствующего ходатайства сочтет, что обязательство не исполнено (следует подчеркнуть, что принудительному исполнению подлежит именно мировое соглашение, а не определение об его утверждении).

По результатам рассмотрения ходатайства о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение мирового соглашения должно выноситься определение. Такой вывод следует из ч. 2 ст. 159 действующего АПК РФ, которая устанавливает, что по результатам рассмотрения заявлений и ходатайств арбитражный суд выносит определение.

Выдача исполнительного листа на основании специального определения — это лишь одна из особенностей исполнения мировых соглашений по сравнению с порядком исполнения решений. Поскольку раздел 7 АПК РФ рассчитан на исполнение судебных актов, а не мировых соглашений, в нем не урегулирован ряд важных вопросов. Так, остается неясным, как должны рассматриваться ходатайства о выдаче исполнительного листа? Прямо не урегулирован вопрос и о возможности обжалования определения, выносимого по результатам рассмотрения ходатайства.

Действительно, после вступления судебного акта в законную силу лицо может получить исполнительный лист. Но упомянутая норма ч. 2 ст. 142 предусматривает, что исполнительный лист выдается только в случае неисполнения мирового соглашения, т. е. суд должен оценить, исполнено мировое соглашение надлежащим образом или нет.



Кочергин Кирилл Владимирович,
аспирант кафедры
гражданского процесса
СПбГУ

Чтобы установить, что условия мирового соглашения не исполняются, необходимо исследовать факты, это подтверждающие (выдавая исполнительный лист на исполнение решения, суд этого не делает). Но в соответствии с принципом состязательности необходимо исследовать доводы и другой стороны мирового соглашения, для чего необходимо ее известить и дать возможность ознакомиться с доводами лица, ходатайствующего о выдаче исполнительного листа. Поскольку в случае с исполнением актов суда данный вопрос не возникает, в разделе 7 АПК РФ он не урегулирован.

Установив, что мировое соглашение исполняется надлежащим образом, суд может отказать в выдаче исполнительного листа. В таком случае возникает вопрос об обжаловании данного акта.

Нам представляется, что вопрос о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение мировых соглашений необходимо рассматривать в судебном заседании с извещением сторон мирового соглашения, на основе принципа состязательности. Это гарантирует, что исполнительные листы для принудительного исполнения мировых соглашений будут выдаваться только тогда, когда условия соглашения действительно не исполняются. Ведь узнав, что в арбитражный суд заявлено необоснованное ходатайство о выдаче исполнительного листа, противоположная сторона, разумеется, представит доказательства, свидетельствующие о том, что основания для выдачи исполнительного листа отсутствуют.

Что касается определения, которое выносится по результатам рассмотрения ходатайства о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение мирового соглашения, представляется, что оно может быть обжаловано как определение, мешающее дальнейшему движению дела. В АПК РФ не предусмотрено немедленное исполнение таких определений, поэтому следует сделать вывод, что оно может быть обжаловано в суд апелляционной инстанции, как и определение суда об отказе в утверждении мирового соглашения (ч. 9 ст. 141 АПК РФ).

Необходимо отметить, что действующий порядок выдачи исполнительных листов на исполнение мировых соглашений существенно отличается от прежнего.

В АПК РФ 1995 г. отсутствовала специальная норма, посвященная исполнению мировых соглашений. Только в ч. 3 ст. 135 «Вступление решения в законную силу» упоминалось об исполнении определения об утверждении мирового соглашения. Данная норма предусматривала, что немедленному исполнению подлежат решения о признании недействительными актов государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов, а также определения об утверждении мирового соглашения.

Поскольку наличествовал существенный пробел в правовом регулировании, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ разъяснил, что исполнительный «лист выдается одновременно с определением об утверждении мирового соглашения, в том числе, если в нем указан срок исполнения. Если в мировом соглашении предусмотрен срок его исполнения, в исполнительном листе указывается, с какого времени начинается течение срока его действия».¹ Однако при таком порядке выдачи исполнительных листов на исполнение мировых соглашений возникал ряд трудностей. Так,

¹ См. пункт 12 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 октября 1996 г. № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции» (Вестник ВАС РФ. 1997. № 1).

В. С. Анохин отмечал, что нередки случаи утверждения мировых соглашений, в которых закреплено поэтапное исполнение обязательств с определением нескольких конкретных сроков исполнения. В таких случаях суды либо выдавали один исполнительный лист, где предусмотрен срок предъявления его к принудительному исполнению по последнему сроку, либо выдавали несколько исполнительных листов по каждому этапу исполнения. Оба варианта, по мнению автора, противоречили действовавшему на тот момент законодательству.²

Нам также представляется, что оба рассмотренных варианта выдачи исполнительных листов на исполнение мировых соглашений с такими условиями не являются удачными. В первом случае нарушались права взыскателя по исполнительному листу, так как получалось, что мировое соглашение может быть принудительно исполнено только после истечения последнего из сроков, установленных соглашением. Второй вариант также противоречил действовавшему законодательству, ибо ст. 199 АПК РФ 1995 г. содержала закрытый перечень случаев, в которых возможна выдача нескольких исполнительных листов.

К сожалению, и в действующем законодательстве вопрос о необходимости выдачи нескольких исполнительных листов на исполнение мировых соглашений остался без внимания. В соответствии с ч. 4 ст. 319 АПК РФ по каждому судебному акту выдается один исполнительный лист. Выдача нескольких исполнительных листов в арбитражном суде в соответствии с законодательством возможна только в трех случаях: 1) если судебный акт принят в пользу нескольких истцов или против нескольких ответчиков; 2) если исполнение должно быть произведено в различных местах; 3) если вынесен судебный акт о взыскании денежных сумм с солидарных ответчиков.

По нашему мнению, необходимо предусмотреть возможность выдачи нескольких исполнительных листов для принудительного исполнения неисполненных добровольно мировых соглашений.

Во-первых, это обусловлено необходимостью исполнения мировых соглашений, предусматривающих поэтапное исполнение обязательств. Что делать в случае, если одно из обязательств по мировому соглашению не выполнено добровольно в срок, а срок исполнения других обязательств еще не наступил? Понятно, что необходимо выдать исполнительный лист на принудительное исполнение неисполненной части мирового соглашения, а не всего мирового соглашения. Если суд выдаст исполнительный лист на исполнение всего мирового соглашения, включая ту его часть, срок исполнения которой еще не наступил, то тем самым суд фактически изменит условия мирового соглашения, что недопустимо. Если же и другое обязательство после истечения срока добровольного исполнения не будет исполнено, возникнет необходимость в выдаче еще одного исполнительного листа по мировому соглашению.

Во-вторых, в соответствии с ч. 2 ст. 140 АПК РФ мировое соглашение должно содержать согласованные сторонами сведения о условиях, размере и сроках исполнения обязательств сторон друг перед другом или одной стороной перед другой. Поскольку мировые соглашения могут быть двусторонними (взаимными) договорами, т. е. устанавливать права и обязанности обеих сторон, то возникает необходимость в их принудительном

² Анохин В. С. Мировое соглашение в арбитражном процессе // Хозяйство и право. 2000. № 6. С. 61.

исполнении. Если ни та, ни другая сторона свои обязательства по соглашению не исполнили, надлежит выдать два исполнительных листа — один истцу, другой ответчику.

В соответствии с ч. 5 ст. 319 АПК РФ выдача нескольких исполнительных листов возможна, если судебный акт принят в пользу нескольких истцов (нескольким истцам выдаются несколько исполнительных листов) или против нескольких ответчиков (одному истцу выдается несколько исполнительных листов). В приведенном нами примере исполнительные листы необходимы и истцу, и ответчику.

Таким образом, необходимо внесение соответствующих изменений в АПК РФ, касающихся выдачи исполнительных листов на исполнение мировых соглашений.

При исполнении мировых соглашений возникают и другие проблемы. Так, ряд сложностей возникает при их принудительном исполнении «по правилам» раздела 7 АПК РФ. Например, К. И. Абдуллаев отмечает, что в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 320 АПК РФ и Федеральным законом «Об исполнительном производстве» в исполнительном листе должна быть указана резолютивная часть судебного акта. Суды указывали в исполнительных листах резолютивные части определений об утверждении мировых соглашений, в соответствии с которыми должники обязались добровольно погасить задолженности в установленные соглашениями сроки. Но Служба судебных приставов вернула такие исполнительные листы как не соответствующие требованиям закона, поскольку в исполнительных листах, по мнению судебных приставов, отсутствовала возложенная от имени государства на должника обязанность по передаче денежных средств.³

Положения Федерального закона «Об исполнительном производстве» 2007 г. также не совсем согласуются с тем, что принудительному исполнению подлежат неисполненные добровольно мировые соглашения. Так, ч. 1 ст. 1 данного закона устанавливает, что он определяет условия и порядок принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц, которым при осуществлении установленных законом полномочий предоставлено право возлагать на граждан и организации обязанности по передаче денежных средств иного имущества либо совершению в их пользу определенных действий или воздержанию от совершения определенных действий.⁴

Пункт 6 статьи 13 данного Закона среди прочих требований, предъявляемых к исполнительным документам, предусматривает, что в исполнительном листе надлежит указать резолютивную часть судебного акта, акта другого органа или должностного лица, содержащую требование о возложении на должника обязанности по передаче взыскателю денежных средств и иного имущества, либо совершения в пользу взыскателя определенных действий или воздержанию от совершения определенных действий. Мировые же соглашения не являются ни судебными актами, ни актами каких-либо иных органов и должностных лиц, которые могут возлагать на иных лиц определенные обязанности. Стороны заключают мировые соглашения добровольно и обязанности по ним принимают по собственной воле. В свою очередь суд, утверждая мировое соглашение, не возлагает

³ Абдуллаев К. И. Принудительное исполнение мирового соглашения // Арбитражная практика. 2005. № 7. С. 88–89.

⁴ Под судебными актами в Федеральном законе «Об исполнительном производстве» понимаются постановления арбитражных судов и судов общей юрисдикции, а не исполнительные листы, выдаваемые этими судами (п. 1 ч. 1 ст. 12).

на стороны каких-либо обязанностей, а лишь проверяет мировое соглашение, заключенное сторонами, на предмет соответствия закону.

Как уже отмечалось, АПК РФ и Федеральный закон «Об исполнительном производстве» предусматривают, что в исполнительном листе должна быть указана резолютивная часть судебного акта. Но в данном случае подразумевается резолютивная часть судебного акта, который подлежит исполнению, т. е. акта, на основании которого выдан исполнительный лист. В случае же с мировым соглашением в соответствии с ч. 2 ст. 140 АПК РФ принудительному исполнению подлежит именно мировое соглашение, не исполненное добровольно, а не определение об утверждении мирового соглашения или о выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение. Исполнительный лист выдается на исполнение мирового соглашения, а не судебного акта.

Следовательно, в исполнительном листе должны быть указаны положения мирового соглашения. Однако если содержание судебных решений регламентировано законом и в соответствии с ч. 1 ст. 170 АПК РФ решение арбитражного суда должно состоять из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей, то содержание мировых соглашений законом не регламентировано. Поэтому в мировом соглашении не всегда удастся выделить ту его часть, которую по аналогии с судебными решениями можно назвать резолютивной. Кроме того, как указано выше, принудительному исполнению подлежит мировое соглашение только в части, не исполненной добровольно.

Следует согласиться с М. А. Рожковой, что в случае выдачи судом исполнительного листа на принудительное исполнение мировых соглашений в исполнительном листе надлежит указывать неисполненные добровольно обязанности — те обязанности, которые приняли на себя стороны в соответствии с условиями мирового соглашения.⁵ При этом в исполнительном листе не следует дублировать условия мировых соглашений, например: «А обязуется передать Б десять тысяч рублей до первого января». В исполнительном листе следует указывать требования суда, которые должен принудительно исполнить пристав-исполнитель, например: «Взыскать с А в пользу Б десять тысяч рублей». В таком случае исполнительный лист будет соответствовать требованиям, предъявляемым к исполнительным документам, изложенным в Законе «Об исполнительном производстве», и проблем с его принудительным исполнением не возникнет.

Необходимо также установить срок, в течение которого можно обратиться в суд с ходатайством о выдаче исполнительного листа с момента, когда условия мирового соглашения не были исполнены добровольно. Применять установленный АПК РФ трехлетний срок предъявления исполнительного листа к исполнению (в том смысле, что лицо может обратиться в суд за исполнительным листом на принудительное исполнения мирового соглашения, не исполненного добровольно, в течение трех лет) нельзя, поскольку в рассматриваемом случае исполнительный лист еще не выдавался.

Ни в АПК РФ, ни в Законе «Об исполнительном производстве» такого срока не предусмотрено. А право лица обратиться в суд за исполнительным листом необходимо ограничить определенными временными рамками. По нашему мнению, такой срок должен быть достаточным для того,

⁵ Рожкова М. А. Мировое соглашение в арбитражном суде: проблемы теории и практики. М., 2004. С. 212.

чтобы обнаружить, что условия мирового соглашения лицом добровольно не исполняются, связаться с ним для установления причины неисполнения и предоставить еще одну возможность для исполнения условий соглашения добровольно, подготовить соответствующие документы и обратиться в суд.

Остается неясным и вопрос о том, как исчислять срок предъявления исполнительного листа, выданного в случае неисполнения мирового соглашения добровольно, к исполнению. Статья 321 АПК РФ регламентирует сроки предъявления исполнительного листа, выданного на принудительное исполнение судебного акта. Так, п. 1 ч. 1 ст. 321 указывает, что исполнительный лист может быть предъявлен в течение трех лет со дня вступления судебного акта в законную силу или со следующего дня после дня принятия акта, подлежащего немедленному исполнению, или со дня окончания срока, установленного при отсрочке или рассрочке исполнения судебного акта.

Как применить данную норму к мировому соглашению? Что следует считать моментом вступления мирового соглашения в законную силу, с которого, по общему правилу, начинается свое течение срок предъявления исполнительного листа к исполнению? Следует ли исчислять данный срок с момента утверждения мирового соглашения? Именно этот момент можно, по аналогии с судебными актами, назвать моментом вступления мирового соглашения в законную силу, ибо с этого момента мировое соглашение влечет соответствующие материально-правовые и процессуально-правовые последствия. Да и других вариантов исчисления данного срока применительно к мировым соглашениям не устанавливают ни АПК РФ, ни ст. 21 Закона «Об исполнительном производстве».

Однако теоретически стороны могут договориться, например, о возврате долга через четыре года или фиксированными платежами каждый месяц на протяжении четырех лет. Если исчислять данный срок с момента утверждения мирового соглашения, то в случае неисполнения условий мирового соглашения по прошествии трех лет исполнительный лист просто нельзя будет получить. В данном случае ограничивается право сторон на выбор способов урегулирования спора. Ведь очень часто договоры заключаются на гораздо более длительный срок. Так же обстоит дело и с мировыми соглашениями, стороны которого могли бы установить длительный срок исполнения обязательств, но ограничены установленным законом сроком предъявления исполнительного листа к исполнению.

Таким образом, исчисление срока предъявления исполнительного листа, выданного для принудительного исполнения мирового соглашения, с момента утверждения соглашения судом ограничивает предусмотренные ч. 2 ст. 140 АПК РФ возможности установления сторонами отсрочек или рассрочек исполнения обязательств тремя годами.

Представляется, что срок предъявления исполнительного листа, выданного на исполнение мирового соглашения, должен исчисляться с момента его выдачи. Для такого исчисления срока необходимо внесение соответствующих изменений в законодательство.

Исполнение мирового соглашения по правилам, установленным для исполнения судебных решений, вызывает определенные трудности, поскольку положения данного раздела не рассчитаны на исполнение мировых соглашений. Поэтому следует согласиться с авторами, предлагающими дополнить раздел 7 АПК РФ положениями, касающимися особенностей принудительного исполнения мировых соглашений. Необходимо внести соответствующие изменения и в Федеральный закон «Об исполнительном

производстве». Ряд положений данного Закона свидетельствует о том, что при его подготовке необходимость принудительного исполнения мировых соглашений вообще не учитывалась. Мировое соглашение упоминается в данном Законе только в связи с возможностью заключения мировых соглашений при исполнении.

Отсутствие четко определенного порядка исполнения мировых соглашений является одним из препятствий, которые мешают продвижению примирительных процедур в российской правовой системе. Спорящие стороны заинтересованы в скорейшем, наиболее выгодном для них разрешении спора. В случае заключения мирового соглашения спорящие стороны могут столкнуться с целым рядом трудностей при возникновении необходимости его принудительного исполнения. Поэтому зачастую стороны спора избегают заключать мировые соглашения, несмотря на их очевидные преимущества, экономию времени и средств.

Между тем главной ценностью мировых соглашений является то, что с их помощью ликвидируется конфликт, возникший между участниками спора. Судебные акты зачастую данный конфликт не ликвидируют, а усугубляют. А в свете того, что одной из задач судопроизводства в арбитражных судах является содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, значение мировых соглашений трудно переоценить. Мировые соглашения выгодны как для их участников, так и для российской судебной системы. Именно примирительные процедуры, результатом которых может стать заключение мировых соглашений, способны разгрузить российские суды.

Таким образом, с помощью надлежащего законодательного регулирования порядка исполнения мировых соглашений, устраняющего существующие противоречия и пробелы в праве, можно обеспечить дальнейшее увеличение числа заключаемых в российских судах мировых соглашений.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КОНТРОЛЯ ЗА РЕШЕНИЯМИ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ И МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ

С. А. КУРОЧКИН



Курочкин Сергей Анатольевич,
к. ю. н., доцент,
кафедра гражданского процесса
Уральской государственной
юридической академии

В настоящее время в Российской Федерации все более актуальными становятся вопросы, возникающие при разбирательстве гражданских дел третейскими судами и международными коммерческими арбитражами. С каждым годом растет количество разрешенных ими споров, усложняются отношения гражданского оборота, в хозяйственную деятельность вовлекаются иностранные компании. Эффективность проводимых в таких условиях третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража определяется целым рядом факторов, и наиболее важным среди них является контроль за выносимыми итоговыми решениями.

Для такого контроля принципиальны два основных аспекта. Первый из них связан с передачей государством ряда юрисдикционных полномочий третейским судам и международным коммерческим арбитражам. Как справедливо отмечает М. Ризман, арбитраж представляет собой делегированное и ограниченное властное полномочие выносить определенные виды решений вполне определенным способом. Любое ограниченное делегирование полномочий должно иметь свою систему контроля. Контроль — это технологии или механизмы, заложенные в создаваемом артефакте, физическом или социальном, функция которых состоит в том, чтобы убедиться, что артефакт работает так, как было задумано. В социальных и правовых конструкциях, основанных на делегировании властных полномочий, системы контроля жизненно необходимы, в их отсутствие установленные границы исчезают, и ограниченная власть может стать абсолютной.¹ Таким образом, передавая полномочия по рассмотрению и разрешению отдельных категорий частных споров особым юрисдикционным органам, формируемым участниками гражданского оборота, — третейским судам,

© С. А. Курочкин, 2009
E-mail: kurochkin@e1.ru

¹ *Reisman M. Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Break-down and Repair. Durham, 1992. P. 1.*

государство объективно нуждается в создании системы контроля за их реализацией.

Теоретической основой для такого контроля стала доктрина *exces de pouvoir* — превышения полномочий, суть которой кратко можно охарактеризовать следующим образом.² Арбитражное решение, вынесенное в соответствии с согласованными правилами, рассматривается как неотъемлемая часть арбитражного соглашения и является обязательным для сторон. В случаях если оно не отвечает их ожиданиям, решение не становится продуктом согласованной воли участников правоотношений. Арбитры в этой ситуации действуют за пределами, очерченными волеизъявлением спорящих субъектов, превышают переданные им полномочия, а потому вынесенное решение недействительно и проигравшая сторона может его просто игнорировать. Было замечено, что предложенная теория весьма привлекательна для сторон, поскольку дает им дополнительные возможности в разрешении споров без привлечения судов, а также и для государства (общества), которое не несет прямых расходов на осуществление контрольной функции.

Вполне очевидно, что в современных условиях контроль, построенный на основе доктрины *exces de pouvoir*, может оказаться недостаточным. Так, этот вид контрольного механизма может функционировать должным образом только в организованной политико-правовой системе с иерархической системой контроля, включающей эффективную обязательную юрисдикцию для проверки заявлений о превышении полномочий и независимого решения вопроса об утверждаемой недействительности арбитражного решения. Но этот механизм может быть искажен, например, в системе международного оборота, в которой не существует устойчивейшей эффективной иерархической структуры.³ Во многом именно по этим причинам в современной практике арбитражного разбирательства все большее внимание уделяется защите прав участников гражданского оборота на справедливое разбирательство, обеспечению соблюдения требований применимого процессуального законодательства, предотвращения возможных злоупотреблений со стороны арбитров и недобросовестных сторон. Эти обстоятельства могут быть рассмотрены в качестве второго аспекта контроля за арбитражными решениями.

Государство обладает исключительным правом на осуществление юрисдикции в пределах своей территории через отправление правосудия и вынесение обязательных решений. Признание и исполнение на суверенной территории актов иных юрисдикционных органов (в том числе третейских судов и международных коммерческих арбитражей) допускается только в строго ограниченных пределах через признание за такими актами юридической силы и выражение согласия на использование механизма принудительного исполнения. Вполне закономерно стремление любого государства выстроить систему, позволяющую контролировать в той или иной степени включаемые в правопорядок юрисдикционные акты. Основным способом реализации такой контрольной функции стал судебный контроль, а элементами системы — производства по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решений третейских судов

² О доктрине *exces de pouvoir* см.: *Reisman M., Craig L., Park W., Paulsson J. International Commercial Arbitration. Cases, materials and notes on the resolution of international business disputes.* Westbury; New York, 1997. P. 967 ff.

³ *Reisman M. Systems of Control...* P. 4.

(международных коммерческих арбитражей), о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

В мировой практике государственные суды наделяются правом утвердить арбитражное решение своим постановлением (сделав его тем самым исполнимым) или придать ему юридическую силу, выдав приказ (постановление) о его признании (*exequatur*); отменить арбитражное решение (*setting aside, vacatur* или *annulment*); признать за решением силу *res judicata* (*collateral estoppel*), которая ограничивает суды в возможности разрешения в дальнейшем споров между теми же сторонами и по тому же предмету; исполнить решение, выдав исполнительный лист против должника по арбитражному решению.⁴ Широкий спектр вариантов требуемых от государства действий вынуждает национального законодателя в процессе поиска оптимального и эффективного способа контроля выбирать его наиболее приемлемую форму. Так, контроль может носить превентивный характер, и в этом случае он реализуется до начала или в процессе арбитражного разбирательства (оценка действительности арбитражного соглашения и контроль компетенции арбитража). В остальных случаях он обращается на вынесенное итоговое решение через использование механизмов первичного и последующего (вторичного) судебного контроля арбитражных решений, сложившихся в мировой практике. Первичный (*primary*) контроль — это все процедуры, связанные с проверкой (обжалованием) или оспариванием решения по просьбе проигравшей стороны. Последующий (вторичный — *secondary*) судебный контроль осуществляется в рамках производства по признанию и приведению в исполнение арбитражного решения (выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда). Суды от имени государства решают вопрос о включении арбитражных решений в правопорядок, проверяя их на соответствие минимальным стандартам юрисдикционной деятельности (надлежащий характер сторон, равное к ним отношение, состязательность процедуры, подчинение юрисдикции третейского суда). В Российской Федерации сегодня воспринята система экзекатуры. Экзекватурирование — это процедура, обычно судебная, имеющая целью придание арбитражному решению исполнительной силы, т. е. способности быть приведенным в исполнение с применением в случае необходимости принудительных мер со стороны государственных органов по отношению к обязанному лицу или его имуществу.⁵ Принудительное исполнение решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей осуществляется по правилам исполнительного производства, действующим на момент исполнения, на основе выданного компетентным государственным судом исполнительного листа.

Анализ содержательной стороны первичного судебного контроля позволяет выделить несколько моделей его осуществления, к числу которых относятся: проверка решения по существу (на предмет правильности применения норм материального и процессуального права и установления фактов, имеющих существенное значение для дела, а также наличия процессуальных нарушений); проверка решения на предмет наличия у состава арбитража компетенции и существенных процессуальных нарушений, допущенных при рассмотрении спора; отсутствие какой бы то ни было

⁴ Reisman M., Craig L., Park W., Paulsson J. International Commercial Arbitration... P. 971.

⁵ Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж. М., 1965. С. 20.

судебной проверки.⁶ Кроме того, в некоторых странах (Англия, Швейцария) действуют смешанные модели. В Англии суды могут в апелляционном порядке проверять арбитражное решение по вопросам права в случаях, если стороны своим соглашением не исключили такую возможность, в Швейцарии стороны вообще вправе исключить любую его проверку судами.

В настоящее время в полном объеме в апелляционном порядке государственным судом могут быть пересмотрены арбитражные решения в Португалии, Канаде (Онтарио), Перу и Тунисе, решения «внутренних» арбитражей во Франции, кроме случаев, когда стороны в арбитражном соглашении не договорились об ином, либо решение было вынесено арбитрами — «дружескими посредниками». Такая апелляция исключает обращение с заявлением об отмене арбитражного решения. В некоторых странах общего права допускается ограниченная апелляция арбитражных решений по вопросам права. Такой подход наиболее последовательно реализуется в Англии, где, несмотря на проводимые реформы, сохраняется возможность судебной апелляции арбитражного решения, а также в Австралии, Канаде, Сингапуре и Гонконге. Проверка арбитражных решений по существу снижает риск вынесения актов, не основанных на нормах права, которому стороны подчинили свои отношения, но в то же время серьезно увеличивает временные, финансовые и организационные издержки участников гражданского оборота, уменьшает эффективность и привлекательность арбитража как метода разрешения споров. Целью апелляции является перерешение, т. е. вторичное рассмотрение дела по существу в целом или в части.⁷ П. Сандерс справедливо полагал, что полная апелляция арбитражного решения противоречит намерениям сторон. По его мнению, передавая дело в арбитраж, стороны выразили свое предпочтение разрешению спора третейским, а не государственным судом, и они не понимают, что позднее дело может быть передано на новое рассмотрение в государственный суд.⁸ Там, где государственный суд надежен право пересмотра арбитражного решения по существу, утрачивается оперативность и окончательность арбитражного разбирательства. Более того, арбитраж тогда становится лишь первым шагом на пути, который может при успешном обжаловании привести стороны в высшие судебные инстанции государства — места рассмотрения дела.⁹

Напротив, полная ликвидация судебного контроля за арбитражным решением по месту его вынесения существенно повышает риски сторон при обращении за разрешением спора в третейские суды. И если для проигравшего ответчика еще сохраняется возможность поставить вопрос о проверке «дефектного» решения в рамках процедуры выдачи экзекватуры, то проигравший истец вынужден будет принять его в том виде, в котором оно было вынесено. Заметим, что у истца (проигравшей стороны в арбитраже) все же имеется возможность предъявить иск по существу рассмотренного арбитражем спора в суд государства иного, чем то, в котором было вынесено арбитражное решение. Ответчик (выигравшая сторона) в этом случае будет требовать признания за арбитражным решением

⁶ Брунцева Е. В. *Международный коммерческий арбитраж*. СПб., 2001. С. 225.

⁷ Борисова Е. А. *Проверка судебных актов по гражданским делам*. М., 2005. С. 58.

⁸ Sanders P. *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague, 1999. P. 320.

⁹ Redfern A., Hunter M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London, 1986. P. 326.

силы *res judicata*, и государственный суд вынужден будет решать вопрос о его признании и приведении в исполнение.¹⁰

Исключение возможности отмены арбитражного решения государственным судом по месту его вынесения ориентировано на денационализацию (делокализацию) арбитражного разбирательства. Одним из противников этой идеи был П. Сандерс, который полагал, что арбитраж без контроля со стороны государственных судов не может быть квалифицирован как арбитраж, он может существовать и признаваться в таком качестве только тогда, когда основан на законе, регулирующем эту частную форму разрешения споров и устанавливающим за ней контроль, поскольку при передаче спора в арбитраж судебная юрисдикция устраняется.¹¹ Во многом сходную позицию занимал и У. Парк. По его мнению, роль места проведения арбитражного разбирательства является жизненно важной в поддержке международного коммерческого арбитража. В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией место проведения арбитража обеспечивает арбитражному решению презумпцию действительности в любой из стран, ратифицировавших Конвенцию. Поэтому освобождение арбитража от всякого контроля в вопросах соблюдения основных требований справедливо-го разбирательства в стране проведения может своеобразным способом доказать неудачность противоположной крайности пересмотра решений по существу.¹² Впервые нормы, допускающие исключение первичной судебной проверки арбитражных решений, появились в законодательстве Бельгии, Швеции и Швейцарии. Так, в 1985 г. бельгийский законодатель радикальным образом ограничил вмешательство судов в деятельность международных коммерческих арбитражей. Государственные суды отныне могли рассматривать только дела об отмене арбитражных решений, вынесенных по спорам с участием бельгийской стороны. Первичный судебный контроль не обращался на решения, вынесенные международными коммерческими арбитражами по спорам, в которых ни одна из сторон не принадлежала к бельгийской национальности, не находилась на территории Бельгии и не вела там предпринимательской деятельности. Все это вызвало жесткую критику, а в итоге стало причиной значительного сокращения количества проводимых в Бельгии арбитражей. В 1998 г. ст. 1747(4) Судебного кодекса Бельгии была изменена, и сегодня судебная проверка арбитражного решения может быть исключена лишь по соглашению сторон.

Вполне закономерным итогом примирения отмеченных крайних подходов — проверки решений по существу и ее полного отсутствия — стал ограниченный судебный контроль за арбитражным решением, ориентированный на выявление существенных нарушений. Рассмотрение заявлений об отмене решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей как основной, а часто и единственный способ первичного судебного контроля распространено в большинстве развитых государств, в том числе и в тех, где допускается их апелляция (как полная, так и ограниченная). И Российская Федерация здесь не стала исключением. Ключевым для указанной модели контроля является институт публичного порядка. Объективная необходимость интеграции в национальный правопорядок

¹⁰ *Varady T., Barcelo J., von Mehren A. International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective.* St. Paul (Minn.), 1999. P. 628–629.

¹¹ *Sanders P. Quo Vadis Arbitration?* P. 248.

¹² *Park W. National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration.* London, 1989. P. 688.

юрисдикционных актов, вынесенных за пределами государственной судебной системы, — решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей — требует установления барьера, позволяющего оградить основные устои и принципы правовой системы от возможных нарушений. Этим механизмом и стал институт публичного порядка. Публичный порядок традиционно рассматривается как выражение общих принципов и ценностей, из которых исходит определенное государственное сообщество и соблюдение которых необходимо для поддержания его существования и стабильности.¹³ Действие публичного порядка как защитного механизма реализуется в том числе и через применение судами строго ограниченных законом оснований для отмены решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей и отказа в их принудительном исполнении. Эти обстоятельства препятствуют государственному признанию результатов правоприменительной деятельности альтернативных юрисдикционных органов, все они представляют собой нарушения публичного порядка, угрожают основам правопорядка, посягают на основополагающие принципы построения национальной правовой системы. Все указанные в законе основания связаны с нарушениями, допущенными арбитражем при рассмотрении дела, и отражают воспринятую сегодня российским законодательством и правоприменительной практикой доктрину «превышения полномочий». Отмена (отказ в принудительном исполнении) арбитражного решения может быть следствием отсутствия у арбитража полномочий на рассмотрение спора в принципе, превышения арбитрами полномочий по рассмотрению спора сторон, существенных нарушений процессуального порядка (арбитражной процедуры) рассмотрения и разрешения спора, а также ненадлежащего характера сторон. Помимо отмеченных, законодатель традиционно оставляет судам и сводную оценочную категорию — нарушение национального публичного порядка. Это основание обладает наибольшим потенциалом по изменению уровня судебного контроля за арбитражным решением, и от мудрости правоприменителя зависит объем первичной проверки такого решения. Признание тех или иных обстоятельств в качестве нарушений публичного порядка осуществляется государственным судом по своей инициативе *ex officio* в ходе рассмотрения дела, поэтому рассматриваемое основание для отмены (отказа в признании и принудительном исполнении) арбитражного решения можно считать регулятором объема судебного контроля, ориентированного на достижение его оптимального уровня в конкретных исторических условиях.

Ограниченный судебный контроль за арбитражными решениями сконструирован для защиты прав сторон на справедливое и независимое разбирательство споров, альтернативное по отношению к традиционному разрешению дел в рамках государственной судебной системы. Функции такого контроля в арбитраже реализуются в процессуальной форме с участием обязательного властного субъекта — суда. Какова же тогда правовая природа совершаемых действий? Становится ли деятельность государственных судов по контролю за третейским (арбитражным) разбирательством правосудием? Е. И. Носырева отмечает, что сферой правосудия не охватывается рассмотрение дел об оспаривании решений третейских судов, о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение

¹³ Литвинский Д. В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб., 2005. С. 509.

решений третейских судов, о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений. В данных судебных процедурах не происходит рассмотрения дела по существу, суд имеет дело с решением другого органа — третейского суда или иностранного арбитража, которое является результатом их правоприменительной деятельности. Поэтому суд при рассмотрении указанных дел ограничен проверкой вынесенных решений на соответствие формальным основаниям и основополагающим принципам российского права или публичному порядку Российской Федерации.¹⁴ Таким образом, в рассматриваемых судебных процедурах, по ее мнению, нет основных критериев правосудия, суд выполняет здесь иную функцию — функцию содействия и контроля¹⁵ по отношению к указанным в законе решениям национальных или иностранных органов частной или публичной юрисдикции.

Полагаем, что предложенный вывод не столь уж очевиден. В теории правосудие рассматривается как конституционно закрепленная особая форма деятельности государства в сфере осуществления судебной власти, выражающаяся в защите и охране судами общей и арбитражной юрисдикции нормального функционирования общественных отношений, складывающихся с участием граждан, предприятий и организаций, и включающая механизм судебного разрешения споров о праве и иных конфликтов путем отправления гражданского, арбитражного, уголовного и административного судопроизводства в особом процессуальном порядке судебного заседания с применением на основе закона государственного принуждения в целях восстановления и охраны законных прав и интересов человека и всего гражданского общества.¹⁶ С. К. Загайнова определяет правосудие по гражданским делам как урегулированную нормами гражданского процессуального и арбитражного процессуального права деятельность судов общей юрисдикции и арбитражных судов по рассмотрению и разрешению гражданских дел, направленную на обеспечение прав, свобод и законных интересов участников гражданского оборота.¹⁷ В настоящее время судебный контроль проявляется в защите нормального функционирования общественных отношений, возникающих при использовании спорящими сторонами третейского (арбитражного) разбирательства. Рассматриваемая деятельность урегулирована нормами гражданского процессуального и арбитражного процессуального права (гл. 46–47 ГПК РФ, § 1–2 гл. 30, гл. 31 АПК РФ) и осуществляется путем отправления гражданского судопроизводства в особом процессуальном порядке. Обособление указанных производств обусловлено следующими обстоятельствами. При анализе видов гражданского судопроизводства и предмета процесса как критериев деления судопроизводства на виды Т. В. Сахнова и Т. П. Шишмарева отмечали, что «предметом процесса становятся не только спорные материально-правовые отношения, но и само право на судебную защиту

¹⁴ *Носырева Е. И.* О функциях суда первой инстанции при рассмотрении гражданских дел // Новеллы гражданского процессуального права. Материалы науч.-практ. конф., посвященной 80-летию М. С. Шакарян. М., 2004. С. 129.

¹⁵ *Носырева Е. И.* О функциях суда первой инстанции при рассмотрении гражданских дел // Российское правовое государство: Итоги реформирования и перспективы развития. В 5 т. Т. 2. Воронеж, 2004. С. 137–138.

¹⁶ *Челурнова Н. М.* Судебная власть в Российской Федерации: проблемы теории и государственно-правовой практики. Автореф. дис. ... д. ю. н. Саратов, 1999. С. 33.

¹⁷ *Загайнова С. К.* Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М., 2007. С. 39.

(например, в производстве по оспариванию решений третейского суда), а также гарантии права на судебную защиту средствами национальной юрисдикции, например, в производстве по признанию решений иностранных судов (в производстве, связанном с исполнением или приведением в исполнение — по терминологии АПК РФ — решений иностранных судов, предмет процесса также процедурный, но содержание его иное: признание свойств законной силы за актом иностранной юрисдикции)».¹⁸ Таким образом, по их мнению, другие (по отношению к исковому, из публичных правоотношений и особому) виды производств — по оспариванию решений третейских судов, выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей — обособляются по процедурному критерию, очевидно также в предмете процесса.¹⁹ О самостоятельном характере нового вида производства говорит и Т. Е. Абова. В рамках этого производства она выделяет два подвида: производство по делам, решения по которым вынесены российскими третейскими судами, и производство по делам о признании и приведении в исполнение решений, вынесенных иностранными судами и арбитражами.²⁰

Судебный контроль в сфере третейского (арбитражного) разбирательства реализуется с целью охраны и обеспечения прав и законных интересов участников гражданского оборота, а также государства. Как справедливо было отмечено С. К. Загайновой, обеспечение прав может проводиться не только в расширенной судебной процедуре путем рассмотрения и разрешения гражданских дел, но и в рамках приказного производства, при осуществлении судебного контроля за примирением сторон, а также в случаях оспаривания решений третейских судов, рассмотрения заявлений о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений.²¹ С учетом приведенных выше аргументов полагаем возможным сделать вывод о наличии в судебных процедурах, связанных с реализацией функций в сфере третейского (арбитражного) разбирательства, критериев (признаков) правосудия, а следовательно, и о признании их в этом качестве со всеми вытекающими последствиями.

В доктрине не остались без внимания и теоретические основы осуществления судами контрольной функции. Судебный контроль понимается и как конституционно закрепленная особая правовая форма реализации контрольной функции государства в сфере осуществления судебной власти, выражающаяся в охране судами конституционной, общей и арбитражной юрисдикции конституционного строя, прав и свобод человека и гражданина, обеспечения режима законности, верховенства и прямого действия Конституции РФ, осуществляемая в особом процессуальном порядке в целях восстановления и охраны законных прав и интересов

¹⁸ Сахнова Т. В., Шишмарева Т. П. О судебных процедурах в цивилистическом процессе, или к вопросу о дифференциации процессуальной формы // Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. Краснодар; СПб., 2005. С. 54.

¹⁹ Там же. С. 54–55.

²⁰ Абова Т. Е. Виды производств в арбитражном процессе // Новеллы гражданского процессуального права. С. 119.

²¹ Загайнова С. К. Судебные акты... С. 46.

человека и всего гражданского общества.²² Н. М. Чепурнова рассматривает судебный контроль как функцию социального управления, осуществляемую органами одной из ветвей власти — судебной. Его сущность заключается в осуществлении судами проверки на предмет соответствия закону решений, принимаемых в порядке осуществления управленческой деятельности органами законодательной, исполнительной власти и местного самоуправления, их должностными лицами, т. е. управляющими субъектами.²³ В производствах же, связанных с реализацией контрольной функции государственных судов в сфере арбитража, основное внимание уделяется соответствию закону актов, вынесенных в ходе осуществления юрисдикционной деятельности особыми негосударственными органами — третейскими судами и международными коммерческими арбитражами. Вместе с тем полагаем, что некоторые элементы судебного контроля в рассматриваемом качестве могут быть восприняты и для развития деятельности государственных судов по реализации установленных законом функций в сфере арбитражного разбирательства. Так, Н. М. Чепурнова отмечает в качестве особенности судебного контроля то обстоятельство, что он осуществляется не по инициативе управляющего субъекта, а по инициативе управляемых субъектов (граждан, юридических лиц), т. е. имеется система обратной связи в социальном управлении, позволяющая получать объективную, независимую информацию о состоянии социального управления, об исполнении законодательства.²⁴ В сфере арбитража эта особенность может быть использована для получения обратной связи в регулировании отношений, возникающих при передаче сторонами спора на разрешение негосударственных юрисдикционных органов.

Основная роль суда в арбитражном разбирательстве — обеспечение его эффективности как способа разрешения спора сторон. И если рассматривать правосудие как органичное движение норм материального права в процессуальном пространстве в интересах человека с целью достижения справедливости,²⁵ то отношения, складывающиеся с участием судов, сторон третейского разбирательства и арбитражей, должны развиваться в направлении, обеспечивающем создание эффективных механизмов защиты прав и законных интересов участников как внутреннего, так и международного гражданского оборота.

Судебный контроль за третейским (арбитражным) разбирательством не исчерпывается рассмотренными первичной и вторичной формами. Нельзя не отметить допускаемую в ряде случаев возможность возвращения судом дела в арбитраж для устранения недостатков решения (*remission*), а также его пересмотра. Процессуальная конструкция возвращения дела в арбитраж для устранения недостатков решения, известная праву стран системы общего права, в Российской Федерации установлена ч. 4 ст. 34 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».²⁶ Компетентный государственный суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить

²² Чепурнова Н. М. Судебная власть... С. 9, 37.

²³ Там же. С. 35.

²⁴ Там же.

²⁵ Немытина М. В. Модели правосудия: некоторые подходы к проблеме // Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. С. 65.

²⁶ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

на установленный срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитражное разбирательство или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения. Указанная норма была задана Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже и вошла в таком виде в законодательство ряда стран, воспринявших его (Сингапур, Литва и др.). В Китае народный (государственный) суд, в который было подано заявление об отмене арбитражного решения, может направить дело на повторное рассмотрение в арбитраж, установив для этого соответствующий срок. Производство по делу об отмене решения третейского суда в этом случае приостанавливается, и возобновляется при отказе состава арбитража от повторного рассмотрения дела. В соответствии с ч. 4 ст. 1059 Гражданского процессуального уложения Германии государственный суд может отменить арбитражное решение и возратить дело на новое рассмотрение в арбитраж. П. Сандерс полагал, что подход немецкого законодателя противоречит целям возвращения дела, заложенным в Модельном законе ЮНСИТРАЛ. Такими целями являются стремление избежать отмены арбитражного решения и предоставить арбитрам возможность устранить нарушения, которые могут стать основанием для отмены.²⁷ По общему правилу дело возвращается тому же составу арбитража, который рассматривал дело. Однако не исключены ситуации, при которых по различным причинам это станет невозможным даже в постоянно действующем арбитраже, не говоря уже об арбитраже *ad hoc*. В литературе настоятельно не рекомендуется решать эту проблему назначением нового состава арбитража, как это предусмотрено в некоторых странах системы общего права. Формирование нового состава арбитража для выполнения задачи предыдущего способно породить больше проблем, чем те, для решения которых он создается.²⁸

Еще одним способом реализации контрольной функции в сфере арбитража может послужить процессуальный механизм пересмотра решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей. В доктрине под пересмотром судебного акта понимается иницилируемая перечисленными в законе лицами деятельность суда, принявшего оспариваемый судебный акт, направленная на отмену судебного акта вследствие выявления обстоятельств, имеющих значение для дела и свидетельствующих о незаконности и необоснованности судебного акта, с последующим возобновлением производства по делу и принятием нового судебного акта.²⁹ В третейском (арбитражном) разбирательстве эта схема может быть осложнена участием компетентных государственных судов, и такие примеры в мировой практике имеются. Так, законодательство Швейцарии, Нидерландов, Италии и ряда других стран допускает пересмотр (повторное разбирательство) арбитражных решений в случаях, если: обвинительным приговором суда были установлены факты совершения противоправных действий, оказавших существенное влияние на арбитражное решение; такое решение было принято без учета существенных обстоятельств, возникших до его вынесения, при условии, что обратившаяся сторона по объективным причинам не могла представить соответствующие доказательства в ходе

²⁷ Sanders P. Quo Vadis Arbitration? P. 325.

²⁸ Ibid.

²⁹ Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам. С. 66.

арбитражного разбирательства (в том числе по причинам, вызванным действиями другой стороны); арбитражное решение полностью или в части было основано на подложных документах. Если такие обстоятельства будут установлены, арбитражное решение отменяется, а дело повторно рассматривается арбитражем (Швейцария) или государственным судом (Нидерланды). В случаях если арбитраж отказал в пересмотре дела, или такой пересмотр невозможен в том же самом арбитраже, либо новые обстоятельства стали известны уже после исполнения решения, стороны приобретают право обжалования решения в государственном суде первой инстанции. Необходимо отметить, что в странах, в которых допускается пересмотр арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам, выявление таких обстоятельств либо отказ арбитража в пересмотре образуют самостоятельное основание для отмены государственным судом арбитражного решения (Польша, Чехия, Хорватия).

Вопросы допустимости пересмотра арбитражных решений не остались без внимания и в Российской Федерации. Высший Арбитражный Суд РФ по одному из дел дважды дал правовую оценку положениям регламента одного из третейских судов в части возможности пересматривать принятый акт по новым или вновь открывшимся обстоятельствам по заявлению лиц, участвующих в третейском разбирательстве, или по собственной инициативе.³⁰ В настоящее время в России пересмотр решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей по вновь открывшимся обстоятельствам не допускается, однако при их выявлении в принудительном исполнении соответствующего арбитражного решения может быть отказано по мотивам нарушения публичного порядка.³¹

Основной судебный контроль не остался единственным. В ряде случаев и сам третейский суд (международный коммерческий арбитраж) осуществляет проверку вынесенных решений. Расширение практики разрешения споров в международных коммерческих арбитражах вынудило участников международного гражданского оборота искать способы осуществления контроля за арбитражными решениями без привлечения государственных институтов, прежде всего по тем спорам, одной из сторон в которых является государство. Изолированность арбитражей по отношению друг к другу и к государственным судебным системам обусловила особенности построения таких систем «внутренней» проверки вынесенных решений. В большинстве случаев контроль осуществляется в рамках одного институционального арбитража, однако объем полномочий последующего (проверяющего) состава арбитров дифференцируется в зависимости от избранного подхода. В практике международного коммерческого арбитража внутренний институциональный контроль либо предваряет первичный судебный контроль, либо заменяет его в отношениях, осложненных участием государств в качестве участников спора. Институциональный контроль имеет иную по сравнению с судебным контролем цель: не допустить появления юрисдикционного акта, нарушающего международный публичный

³⁰ *Определение* ВАС РФ от 29 октября 2007 г. № 3055/07 по делу № А40-24246/06-60-226 (официально не опубликовано, доступно в СПС «КонсультантПлюс»). — См. также: *Постановления* ФАС Московского округа от 25 декабря 2006 г. № КГ-А40/12170-06 по делу № А40-58518/05-40-494; от 5 февраля 2007 г. № КГ-А40/13976-06 по делу № А40-24246/06-60-226; *Определение* ВАС РФ от 20 марта 2008 г. № 2008/07 по делу № А40-58518/05-40-494 (Там же).

³¹ *Постановление* Президиума ВАС РФ от 26 октября 2004 г. № 3351/04 по делу № А40-35343/03-69-221 // Вестник ВАС РФ. 2005. № 2.

порядок. Пренебрежение требованиями об осуществлении институционального контроля может лишить силы арбитражное решение практически во всех странах мира, поскольку такой контроль может считаться неотъемлемой частью процедуры, согласованной сторонами, и несоблюдение порядка его проведения образует основание для отказа в признании решения в соответствии со ст. V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (процедура не соответствует соглашению сторон).³²

В завершение отметим, что эффективность работы системы, позволяющей государству контролировать включаемые в правопорядок юрисдикционные акты третейских судов и международных коммерческих арбитражей, производна от уровня такого контроля. Как недостаточное, так и чрезмерное внимание государства, в котором было разрешено дело или ставится вопрос о признании (исполнении) третейского решения, к результатам разбирательства может существенно исказить арбитражный режим, лишить спорящие стороны преимуществ третейской формы защиты прав и законных интересов, существенно снизить количество рассматриваемых арбитражами дел.

³² *Varady T., Barcelo J., von Mehren A. International Commercial Arbitration. P. 586–587.*

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДМИНИСТРАТИВНОЕ НАКАЗАНИЕ?

А. А. РЕЗНИКОВА



Резникова Анна Александровна,
помощник Мытищинского
городского прокурора, соискатель
кафедры конституционного
и административного права
Южно-Уральского госуд. ун-та

Федеральным законом от 9 мая 2005 г.¹ существовавшая ранее система административных наказаний была дополнена новым видом наказания — административным приостановлением деятельности и новой мерой обеспечения производства по делам об административных правонарушениях — временным запретом деятельности. По содержанию правоограничения административное приостановление деятельности, как и временный запрет деятельности, — это прекращение деятельности (различия только в продолжительность срока применения этого правоограничения). Мера, отнесенная к наказаниям, применяется на срок до 90 суток, отнесенная к процессуальному обеспечению — на срок до 5 дней. Названный законодательный акт не только определяет административное приостановление деятельности как вид административного наказания, но и впервые регламентирует правовой механизм его практического применения в новом качестве.

Хотя к настоящему времени завершено и уже защищено два диссертационных исследования, посвященных изучению данной меры административного наказания,² вопрос о правовой природе данной меры принуждения, как представляется, остается дискуссионным.

Прежде всего обратим внимание на ряд особенностей, которые выделяют административное приостановление деятельности из числа остальных административных наказаний.

© А. А. Резникова, 2009
E-mail: annayierman@inbox.ru

¹ *Федеральный закон от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и другие законодательные акты Российской Федерации, а также о признании утратившими силу некоторых положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 19. Ст. 1752.*

² *Брунер Р. А. Административное приостановление деятельности. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2009; Горобцова С. Е. Административное приостановление деятельности как вид административного наказания. Автореф. дис. ... к. ю. н. Воронеж, 2008.*

1. Целевое назначение. Целью административного наказания, согласно ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, является предупреждение совершения *новых* правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами. Административное же приостановление деятельности может применяться, во-первых, в случае «угрозы жизни или здоровью людей, возникновения эпидемии, эпизоотии, заражения (засорения) подкарантинных объектов карантинными объектами, наступления радиационной аварии или техногенной катастрофы, причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды» (ч. 1 ст. 3.12 КоАП) для предупреждения вреда, который может наступить от выявленного административного правонарушения, т. е. в качестве меры административного предупреждения.

В этих случаях основными являются не цели частной и общей превенции, а «обеспечение санитарно-эпидемиологической, техногенной, экологической, пожарной и иных видов общественной безопасности».³

Во-вторых, административным приостановлением деятельности «в случае совершения административного правонарушения в области оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, в области противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма...» (ч. 1 ст. 3.12 КоАП) достигается цель прекращения выявленного административного правонарушения. В этих случаях временный запрет деятельности и административное приостановление деятельности применяются в качестве меры административного пресечения.⁴

Даже краткий анализ позволяет, на наш взгляд, сделать вывод о том, что указанные меры административного принуждения с учетом их непосредственного целевого назначения следует отнести в одних случаях к предупреждению, в других — к пресечению, как правовой форме государственного принуждения, а не к наказанию или процессуальному обеспечению.

То, что целевое назначение административного приостановления деятельности выходит за рамки целей административного наказания, подтверждается результатами исследования С. А. Горобцовой. По ее мнению, «административное приостановление деятельности применяется с целью устранения нарушений законодательства путем пресечения противоправного поведения на определенный срок для предотвращения возникновения особо тяжких последствий совершенных правонарушений».⁵

2. Основания применения. Закрепляя рассматриваемую принудительную меру в качестве административного наказания, законодатель предопределяет, что основанием для назначения административного приостановления деятельности, равно как и любого другого наказания, должно являться наличие в действиях лица состава правонарушения.

Однако для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности наличия только признаков

³ *Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях* / под ред. А. П. Гуляева, Л. Л. Попова. 2-е изд. М., 2006. С. 50.

⁴ К таким случаям вполне применимо мнение, что административное приостановление деятельности является «мерой административного пресечения, по истечении пяти суток санкционируемой в судебном порядке» (*Косицин И. А.* Административное приостановление деятельности в системе мер административного принуждения // Омский научный вестник. 2004. № 5. С. 48).

⁵ *Горобцова С. Е.* Административное приостановление деятельности как вид административного наказания. С. 8.

административного правонарушения, предусмотренных статьями Особенной части КоАП РФ, в ряде случаев недостаточно. Законодатель связывает его применение с наличием следующих дополнительных условий:

— менее строгий вид административного наказания не сможет обеспечить достижение цели административного наказания (ч. 2 ст. 3.12 КоАП РФ);

— существование «угрозы жизни или здоровью людей, возникновение эпидемии, эпизоотии, заражения (засорения) подкарантинных объектов карантинными объектами, наступления радиационной аварии или техногенной катастрофы, причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды» (ч. 1 ст. 3.12 КоАП РФ). Для определенной группы административных правонарушений наличие именно этого условия в конечном счете определяет возможность и необходимость применения административного приостановления деятельности.

Кроме того, для применения данной меры административного принуждения необходимым условием является установление *вины* юридического лица. Но что должно быть определяющим при вынесении судьей постановления о назначении административного приостановления деятельности: *виновность* совершаемого деяния или все же *возникшая* в процессе совершения правонарушения *угроза* тому или иному виду общественной безопасности, предусмотренная ч. 1 ст. 3.12 КоАП РФ? Какое решение в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении, за которое может быть назначено наказание в виде административного приостановления деятельности, должен принять судья в случае, если лицо будет признано невиновным в совершении правонарушения, но имеется угроза наступления опасных последствий (предусмотренных ст. 3.12 КоАП РФ) в ходе осуществления лицом определенного вида деятельности?

Как показывает практика, такие ситуации не являются редкими, в частности, в случае установления наличия угроз в деятельности муниципальных или государственных учреждений должностное лицо, уполномоченное составлять протоколы об административных правонарушениях, передает материалы дела судье. В судебном заседании законные представители отрицают наличие вины вышеуказанных юридических лиц ввиду отсутствия соответствующего бюджетного финансирования для приобретения и установки необходимого оборудования. Если данное заявление не опровергается в ходе судебного заседания, ответственность юридического лица исключается и, следовательно, наказание в виде административного приостановления деятельности не может быть применено. Законом не предусмотрено, каким образом в таких случаях следует предотвращать угрозу наступления неблагоприятных последствий.

По нашему мнению, при решении вопроса о применении административного приостановления деятельности главным является не определение виновности данного предприятия, а именно — в случае «угрозы...» — выяснение вероятности наступления неблагоприятных последствий при дальнейшем осуществлении предприятием своей деятельности, что еще раз свидетельствует о функциональной направленности данной меры и характеризует административное приостановление деятельности не как карательную меру, а как меру предупреждения.

Противоречивый, на наш взгляд, механизм определения вины юридического лица предложил Р. А. Брунер. По его мнению, при характеристике вины юридического лица вначале необходимо выяснить, имелись ли у него возможности для соблюдения правил и норм, за нарушение которых назначается административное наказание, подразделив данные возможности на

финансовую, кадровую, техническую и юридическую. Правда, в автореферате автор не уточняет, необходимо ли для признания вины установить наличие только одного вида возможности или всех видов в совокупности. Далее Р. А. Брунер предлагает руководствоваться принципом «субъективного вменения», согласно которому «вина юридического лица в совершении административного правонарушения определяется в зависимости от вины его должностных лиц».⁶

3. Характер карательного воздействия. Административное приостановление деятельности, в отличие от других административных наказаний, не может быть признано карательной санкцией. Кара — неотъемлемое свойство наказаний, связанное с применением к правонарушителю определенных ограничений и лишений, соизмеримых с вредом, нанесенным правонарушением. Однако при совершении административного правонарушения, за которое может быть назначено административное приостановление деятельности, зачастую может иметь место не реально нанесенный, а потенциальный вред. Соответственно, возникает вопрос, каким образом административное приостановление деятельности в форме временного прекращения эксплуатации подвального помещения здания может являться возмездием за «угрозу жизни человека», которая создается в процессе эксплуатации данного помещения с нарушением требований пожарной безопасности? Очевидно, что в данном случае основной задачей правоприменителя будет не покарать лицо, виновное в создании угрозы, а предотвратить данную угрозу.

Административное приостановление деятельности назначается на срок до 90 суток с момента фактического прекращения деятельности организации.⁷ Кроме административного приостановления деятельности, согласно действующему КоАП РФ, сроками обладают такие административные наказания, как лишение специального права, административный арест и дисквалификация. Однако административное приостановление деятельности — единственное административное наказание, которое может быть прекращено судьей досрочно по ходатайству лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридического лица, если будет установлено, что обстоятельства, которые послужили основанием для назначения данного наказания, устранены.

До внесения изменения в КоАП РФ Федеральным законом от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ в отечественном административном законодательстве не было нормы, которая бы предусматривала возможность прекращения исполнения административного наказания, если будет установлено, что устранены обстоятельства, послужившие основанием для назначения административного наказания. КоАП РСФСР содержал норму (ст. 297), согласно которой срок лишения специального права мог быть сокращен в случае добросовестного отношения к труду и примерного поведения лица, подвергнутого данному виду административного взыскания, при этом

⁶ Брунер Р. А. Административное приостановление деятельности. С. 9–10.

⁷ Изначально данная мера являлась бессрочной и применялась до полного устранения нарушений норм и правил. Это, несомненно, более соответствовало природе данной меры, повышало эффективность ее применения, так как побуждало администрацию предприятия принимать действенные меры для устранения нарушений, в то время как в соответствии с действующим законодательством предприятие-правонарушитель вправе возобновить деятельность после истечения срока административного приостановления деятельности даже в случае, если причина прекращения деятельности не устранена.

обязательным являлось истечение не менее половины назначенного срока и ходатайство трудового коллектива или общественной организации. Следовательно, в данном случае возможность сокращения срока наказания связывалась с исправлением правонарушителя, в то время как сокращение срока административного приостановления деятельности связывается с прекращением правонарушения — устранением обстоятельств, послуживших основанием для назначения наказания. Однако предназначением наказания является не прекращение противоправного поведения, а возмездие за него; следовательно, наличие возможности досрочного прекращения административного приостановления деятельности в случае устранения обстоятельств, послуживших основанием для его назначения, еще раз доказывает не столько карательный, сколько предупредительный и пресекающий характер воздействия данной меры на субъекта правонарушения.

Данная особенность принудительного воздействия сближает эту меру принуждения с такими мерами обеспечения производства по делу об административном правонарушении в области дорожного движения, как задержание транспортного средства, запрещение его эксплуатации (ст. 27.13 КоАП РФ), которые применяются соответственно до устранения причины задержания или причины запрещения эксплуатации.

4. Наличие специальной меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях — временного запрета деятельности. Данная мера может применяться только в случае, если за правонарушение может быть назначено наказание в виде административного приостановления деятельности.

В соответствии с законом, административное приостановление деятельности «применяется в случае угрозы жизни или здоровью людей, возникновения эпидемии...» (ст. 3.12 КоАП РФ), в то время как временный запрет деятельности «может применяться только в исключительных случаях, если это необходимо для предотвращения непосредственной угрозы жизни или здоровью людей... и если предотвращение указанных обстоятельств другими способами невозможно» (ст. 27.16 КоАП РФ). Обе принудительные меры применяются при наличии угрозы возникновения определенных неблагоприятных обстоятельств, при этом исключительность временного запрета деятельности характеризуется наличием *непосредственной угрозы*.

В «Толковом словаре русского языка» Д. Н. Ушакова слово «непосредственный» определяется как «следующий за кем-нибудь, чем-нибудь без промежуточного участия кого-нибудь, чего-нибудь, без посредствующих звеньев».⁸ Таким образом, закон устанавливает более жесткие требования к применению временного запрета деятельности.⁹

С учетом целевого назначения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, временный запрет деятельности применяется для пресечения административного правонарушения. Ведь очевидно, что при обнаружении угрозы наступления радиационной аварии или техногенной катастрофы принять меры по их предотвращению

⁸ Толковый словарь русского языка. В 4 т. / под. ред. Д. Н. Ушакова. М., 1935–1940.

⁹ Практика рассмотрения судьями Москвы дел об административных правонарушениях, по которым предусмотрено наказание в виде административного приостановления деятельности, показывает, что временный запрет деятельности применяется крайне редко.

следует немедленно, именно в этом состоит смысл временного прекращения деятельности, в том числе в форме административного приостановления деятельности. Поэтому интересы обеспечения безопасности требуют, на наш взгляд, чтобы акценты по жесткости оснований применения временного запрета деятельности и административного приостановления деятельности были расставлены прямо противоположным образом.

Указанные особенности административного приостановления деятельности позволяют сделать вывод о том, что в институт административной ответственности посредством двух идентичных по характеру воздействия мер принуждения, а именно меры административного наказания в виде *административного приостановления деятельности* и меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях — *временного запрета деятельности*, по сути, «вмонтирована» в одних случаях *мера административного предупреждения*, в других — *мера административного пресечения*.

При этом временный запрет деятельности применяется должностными лицами, уполномоченными в соответствии со ст. 28.3 КоАП РФ составлять протокол об административном правонарушении, а административное приостановление деятельности — судьями.

Еще до принятия Федерального закона от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ Высший Арбитражный Суд РФ обращал внимание на два немаловажных обстоятельства, в соответствии с которыми административное приостановление деятельности не должно быть причислено к назначаемым судом административным наказаниям. Во-первых, отнесение применения административного приостановления деятельности к компетенции суда противоречит сущности данной меры, а также «не согласуется ни с концепцией административной реформы, ни с разделением функций органов исполнительной власти, предусмотренных Указом Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 г. № 314, и не будет способствовать укреплению их ответственности».¹⁰ Во-вторых, включение административного приостановления деятельности в число административных наказаний не согласуется с целями данной меры пресекать «совершение правонарушений, подвергающих опасности жизнь и здоровье людей».¹¹

Подобного рода законодательные решения, на наш взгляд, противоречат сложившимся в административном праве представлениям о видах административного принуждения и используемых в рамках каждого вида мерах воздействия и свидетельствуют о дальнейшей мутации института административной ответственности. Суть мутации состоит в том, что *административная ответственность превращается в универсальный правовой инструмент для решения различных правоохранительных задач за счет включения в число административных наказаний мер воздействия, не являющихся по своей природе мерами ответственности*.

Тот факт, что польза от подобных законодательных нововведений является весьма сомнительной, подтверждается также значительным усложнением применения указанных мер принуждения на практике.

Административное приостановление деятельности, традиционно считавшееся мерой пресечения и закрепившееся в сознании правоприменителя в данном качестве, продолжает восприниматься как средство

¹⁰ Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 27 июля 2004 г. № С8-4/уз-944 (официально не опубликовано; доступно в СПС «КонсультантПлюс»).

¹¹ Там же.

прекращения деятельности для пресечения совершающегося административного правонарушения, а не наказание.

Таким образом, многократно усложненный порядок прекращения деятельности зачастую толкает правоприменителя к назначению более привычного административного наказания — административного штрафа, что бесспорно является полезным для пополнения государственного бюджета, но не влечет достижения основной цели административного приостановления деятельности — устранения угрозы жизни и здоровью людей, а также предупреждения неблагоприятных последствий, предусмотренных ст. 3.12 КоАП РФ.

НАЗНАЧЕНИЕ УГОЛОВНОГО НАКАЗАНИЯ

В. Н. БУРЛАКОВ

1. Несмотря на то что в Уголовном кодексе России предусмотрена система уголовно-правовых норм для назначения наказания, судебная практика знает много примеров необоснованных и несправедливых приговоров. В немалой степени такие приговоры являются следствием нечеткости общих начал назначения наказания, влекущей ошибки в их единообразном понимании и применении. Например, в ч. 3 ст. 60 УК РФ говорится, что при назначении наказания суд должен учитывать характер и степень общественной опасности преступления и личности виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Однако в законе не определена мера влияния перечисленных критериев на назначение наказания. Что же касается личности виновного, то закон лишь в самой общей форме помогает суду сформулировать ее оценку, и поэтому в конкретном случае она полностью зависит от судейского усмотрения. При вступившем в силу приговоре почти всегда остается вопрос: соответствуют ли назначенное наказание, его вид и размер цели исправления осужденного и предупреждения совершения им нового преступления?



Бурлаков Владимир Николаевич,
д. ю. н., профессор,
кафедра уголовного права
юридического факультета
СПбГУ

Уголовно-правовая наука уделяет постоянное внимание проблеме общих начал назначения наказания. Если взять только последние пять лет, то можно назвать десятки научных работ по этой проблеме, в числе которых имеются солидные монографические исследования.¹ Однако понимание общих начал учеными и практиками по-прежнему остается неоднозначным. Некоторые ученые серьезно полагают, что «до сих пор окончательно не установлено, ни что считается общими началами назначения наказания, ни что необходимо относить к их числу».² Ясно, что при таких условиях не приходится ожидать на практике оптимальных решений при назначении наказания.

© В. Н. Бурлаков, 2009

E-mail: ug_pravo@jurfak.spb.ru

¹ См., напр.: Дядькин Д. С. Теоретические основы назначения уголовного наказания: алгоритмический подход. СПб., 2006; *Непомнящая Т. В.* Назначение наказания. Теория, практика, перспективы. СПб., 2006; *Чугаев А. П.* Назначение наказания. Краснодар, 2003.

² *Благов Е. В.* Общая теория применения уголовного права. Ярославль, 2003. С. 191.

Судья, не имеющий твердой правовой основы назначения наказания и ограниченный, как правило, лишь верхней и нижней границами санкции статьи УК, зачастую принимает решение о наказании на основе своего житейского опыта и собственного настроения. В конкретных случаях это приводит к назначению чрезмерно жесткого или излишне мягкого наказания. Участники процесса, в том числе подсудимый, ощущают себя беззащитными от усмотрения судьи, так как закон не дает им достаточно прочной опоры и гарантий от привнесения субъективных моментов в индивидуализацию наказания. Таким образом, неопределенность правовой основы назначения наказания подрывает веру в законность и справедливость приговоров по уголовным делам.

Единообразию в применении общих начал назначения наказания должны способствовать принципы уголовного права. Их предназначение применительно к индивидуализации наказания состоит в том, чтобы способствовать суду в получении сбалансированной оценки критериев, определяющих вид и размер наказания. Однако необходимость диалектического сочетания этих принципов порою ставит судью в затруднительное положение, и его решение не всегда оказывается адекватным данным принципам. Широкий простор для судейского усмотрения (по мысли законодателя, залог вдумчивого и взвешенного подхода судьи к избранию наказания) становится на практике необъятным океаном, плыть по которому судья вынужден, вверяясь скорее стереотипам и интуиции, нежели компасу и картам, предусмотренным в законе. Отсюда и назначаемое наказание для осужденного часто оказывается своеобразным капканом, поставленным судом задолго до совершенного им преступления.

Каким же способом можно, во-первых, обеспечить соответствие назначаемого судом наказания тем критериям, которые предусмотрены в уголовном законе, и, во-вторых, устранить «ножницы» при назначении наказания за аналогичные преступления?³ Мы полагаем, что таким способом может стать формализация процедуры назначения наказания.

Изучение вопроса формализации назначения наказания в сравнительно-правовом аспекте показывает, что в некоторых странах она уже внедрена. Например, в США имеется положительный опыт привнесения формального момента в процедуру назначения наказания. В этой стране с 1987 г. действует Руководство по назначению наказания, которое было разработано специальной комиссией Конгресса США. Суть американского подхода состоит в использовании заранее созданных шкал наказания, тесно увязанных с признаками, характеризующими преступление, подсудимого и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Эти признаки получили разные оценки в баллах, и в каждом конкретном случае их сумма позволяет определить на шкале наказания узкий интервал наказания с четко определенным минимумом и обозначенным максимумом, причем максимум возможного размера наказания, как правило, не может превышать минимум более чем на 25 %. Федеральные суды США вправе учитывать и не предусмотренные Руководством по назначению наказания смягчающие и отягчающие обстоятельства по конкретному уголовному делу и поэтому назначить наказание ниже определенного минимума либо выше рекомендованного максимума. Но такая возможность рассматривается как

³ «Ножницы» при назначении наказания за конкретные виды преступлений, сходные по объективным и субъективным признакам, в судах разных регионов России достигают порой пяти лет лишения свободы.

исключение из общего правила и требует обязательной аргументации. Таким образом, в подавляющем большинстве случаев федеральный суд в США при назначении наказания имеет право выбора в пределах 25 % от исходного размера, определенного в соответствии с Руководством по назначению наказания.⁴

О возможности использования аналогичного метода писали и российские ученые (И. М. Гальперин, В. С. Минская и др.). Однако предлагаемые ими решения, за некоторым исключением, имели весьма общий, неконкретный характер. А нужны ведь не «голые» предложения, а практические инструменты, позволяющие соединить научную идею и правовые основы назначения наказания и получить конкретный результат, т. е. вид и размер наказания. Такой результат при необходимости может быть проверен и вышестоящим судом, и другими участниками уголовного судопроизводства, что сделает процесс назначения наказания предсказуемым и прозрачным.

Ниже рассматривается один из возможных вариантов формализации назначения наказания. В отличие от американского подхода, основанного на оценке в балах тяжести преступления, личности осужденного и обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, этот вариант опирается на идею пропорциональности санкции статьи ее основаниям, т. е. тяжести совершенного преступления, личности виновного и смягчающим и отягчающим обстоятельствам. Иными словами, отправной точкой при разработке методики индивидуализации наказания была аксиома, согласно которой «в уголовном законе заложен диапазон санкции с учетом типовой принадлежности преступления и личности виновного».⁵ Таким образом, предлагаемая методика направлена на определение пропорции между частью санкции статьи Особенной части УК, с одной стороны, и совокупной оценкой тяжести совершенного деяния, личности осужденного и иными обстоятельствами дела — с другой.

Не останавливаясь на теоретических вопросах, которые подробно рассмотрены в ранее опубликованных работах,⁶ обратимся к «техническим» аспектам самой процедуры назначения наказания.

Итак, согласно ч. 3 ст. 60 УК РФ наказание за конкретное преступление назначается с учетом следующих критериев: а) характера и степени общественной опасности совершенного преступления; б) личности виновного, в том числе обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание.⁷

При оценке характера общественной опасности преступления суд должен принимать во внимание объект преступного посягательства, форму вины и категорию преступления. На первый взгляд, из такой трактовки

⁴ Подробнее см.: *Рарог А. И.* Шкала наказаний как средство ограничения судебного усмотрения // Российский ежегодник уголовного права. № 1. 2006 / под ред. Б. В. Волженкина. СПб., 2007. С. 124–126.

⁵ *Анашкин Г. З.* Лишение свободы: теоретические и практические вопросы справедливости его назначения // Актуальные вопросы применения лишения свободы и дополнительных наказаний / под ред. Г. З. Анашкина, И. М. Гальперина. М., 1979. С. 33. — В современном УК РФ есть примеры несогласованных санкций, однако в целом он не страдает масштабным изъяном несогласованности.

⁶ См., напр.: *Бурлаков В. Н.* Уголовное право и личность преступника. СПб., 2006.

⁷ В ст. 60 УК также говорится о влиянии назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи. Мы не относим перечисленное к критериям индивидуализации наказания и считаем, что законодатель подразумевает ее принципы, а именно принципы рациональности и эффективности. Подробнее см.: Там же. С. 58–61, 80.

характера общественной опасности деяния следует, что он уже учтен законодателем в санкции статьи Особенной части УК, поэтому требуется только оценить степень общественной опасности. Но это не так. Нужно обращать внимание на характеристику непосредственного объекта преступления (простой или сложный). Если непосредственный объект сложный, т. е. состоит из основного и дополнительного объектов, то в случае поражения основным деянием обоих объектов это надо обязательно учитывать при оценке характера общественной опасности преступления. Применительно к учету вины требуется определить ее форму и вид, например, был ли умысел заранее обдуманым или внезапно возникшим, полностью реализованным или частично реализованным и т. д.

При оценке степени общественной опасности преступления суду следует учитывать обстоятельство содеянного, например, способ совершения преступления, тяжесть наступивших последствий, роль подсудимого при совершении преступления в соучастии и др.

В материальных составах основным признаком степени общественной опасности преступления, как правило, являются последствия преступления и их тяжесть, например, вред имуществу или здоровью, его размер. В формальных составах степень общественной опасности преступления чаще определяется в зависимости от так называемых факультативных признаков объективной стороны преступления (способа, орудия и средства, обстановки совершения преступления), а также от реализации преступного умысла, роли подсудимого в групповом преступлении и др.

При учете личности виновного суд, в принципе, должен исходить из оценки ее общественной опасности и социальной запущенности, иначе говоря, из степени ее исправимости. Аналогично подразделению преступлений на четыре категории по степени общественной опасности (ст. 15 УК) можно выделить четыре типа личности виновного по степени исправимости: легко исправимую, средне исправимую, трудно исправимую, особо трудно исправимую. На практике инструментом для получения такой оценки является правосознание судей. Изучение материалов уголовных дел показывает, что часто такой инструмент не срабатывает, точнее, срабатывает как своеобразный шаблон, нивелирующий оценку личности конкретных преступников, хотя они имеют различные социально-правовые характеристики. Поэтому для оказания помощи суду в получении адекватной оценки личности преступника можно использовать матрицу диагностирования типа личности преступника.⁸

Следующий критерий назначения наказания — смягчающие и отягчающие обстоятельства; законодатель предлагает учитывать их в контексте (в законе сказано: «в том числе») общественной опасности преступления и личности виновного. Поэтому данные обстоятельства можно не рассматривать как самостоятельный критерий индивидуализации наказания, ибо их влияние на выбор наказания будет поглощаться оценкой деяния и личности. Лишь те обстоятельства, которые по своему содержанию не относятся к характеристике преступления и личности преступника, должны оцениваться самостоятельно, с указанием мотивов принятого решения. Правда, сила их влияния на назначение наказания будет значительно меньше по сравнению с деянием и личностью. К ним следует отнести обстоятельства, предусмотренные п. «д»–«з» ст. 61 и п. «в», «д», «ж», «з» ст. 63 УК.

⁸ Там же. С. 133–143.

2. Процедура назначения наказания состоит из последовательности шагов, направленных на определение пропорции между оценкой совершенного преступления и личности преступника, с одной стороны, и частью санкции статьи Особенной части УК — с другой. Данная процедура должна завершаться определением окончательного наказания. В предлагаемой методике таких шагов десять.

Первые восемь шагов нацелены на построение шкалы диапазона индивидуализации наказания. Под ней понимается линейка конкретного вида наказания, определенного в соответствии с оценкой совершенного деяния, в пределах которой производится индивидуализация наказания с учетом личности виновного и обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание. Для построения шкалы диапазона индивидуализации нужно определить его верхнюю и нижнюю планку (т. е. максимальный и минимальный предел). *Верхняя планка* диапазона индивидуализации соответствует размеру наказания за конкретное деяние и рассчитывается с учетом оценки характера и степени общественной опасности совершенного преступления. Поэтому верхняя планка шкалы диапазона чаще всего не будет совпадать с максимальным наказанием, предусмотренным в санкции статьи Особенной части УК. *Нижняя планка шкалы* диапазона, если санкция содержит только один вид основного наказания, равна минимальному размеру этого наказания, если более одного — минимальному размеру вида наказания за конкретное деяние. Для определения верхней планки шкалы диапазона последовательно строим несколько шкал: шкалу санкции статьи, шкалу общественной опасности преступления, шкалу конкретного деяния, шкалу наказания за конкретное деяние.

Непосредственно перед построением шкалы диапазона индивидуализации надо определить, имеется ли эксцесс личности. Под эксцессом личности понимается ситуация, при которой вид наказания по деянию менее строгий, чем вид наказания по личности виновного. Для определения вида наказания, соответствующего личности конкретного виновного, применяется правило № 2, содержание которого будет сформулировано ниже. Если вид наказания, выбранный согласно правилу № 2, окажется более строгим, чем вид наказания за конкретное деяние, то это означает, что имеет место эксцесс личности виновного. В этом случае диапазон индивидуализации строится на основе наказания по личности, и такая процедура назначения наказания будет иметь некоторые особенности.

Девятый шаг процедуры назначения наказания предназначен для уточнения размера наказания с учетом оценки личности виновного. Он состоит в выборе конкретного интервала на шкале диапазона индивидуализации, в пределах которого находится это наказание. Для этого применяется правило № 1, о содержании которого также будет сказано ниже.

Завершается процедура назначения наказания десятым шагом, с помощью которого уточняется размер наказания с учетом обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, которые не нашли отражение при оценке деяния и личности.

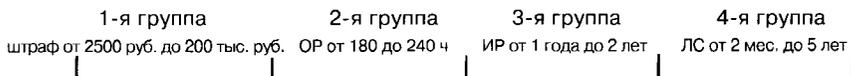
Теперь обратимся к подробному описанию процедуры назначения наказания, используя для наглядности примеры назначения наказания за совершение кражи и за умышленное причинение вреда здоровью.

Шаг первый. Строим шкалу санкции статьи, по которой назначается наказание. Шкала всегда состоит из четырех равномерных интервалов, т. е. групп, наказания. Если в санкции статьи только один вид основного наказания, то шкала санкции представляет собой деление его размера на четыре равномерных интервала, если два и более основных наказания, то

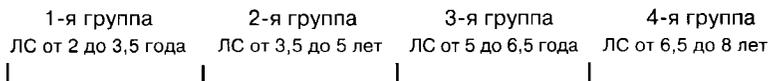
шкала санкции представляет собой четыре группы наказаний, построенных с учетом вида и размера этих наказаний исходя из их степени тяжести.⁹

Шкала санкции выглядит следующим образом:¹⁰

для ч. 2 ст. 158

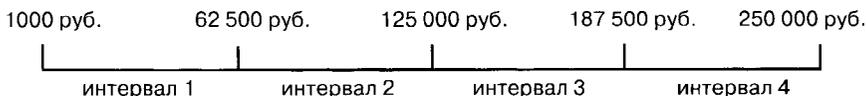


для ч. 1 ст. 111



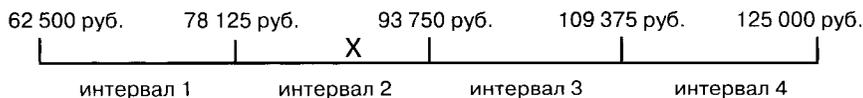
Шаг второй. Строим шкалу общественной опасности преступления, состоящую из четырех равномерных интервалов. В преступлении с материальным составом эта шкала строится на основе количественной характеристики общественно опасного последствия, с формальным составом — на основе характеристики иных признаков (они перечислены выше).

Например, при краже чужого имущества (до крупного размера) шкала общественной опасности преступления выглядит следующим образом:¹¹



Шаг третий. Строим шкалу конкретного деяния. Для этого сначала определяем, в каком интервале на шкале общественной опасности преступления находится размер ущерба (вреда), причиненного конкретным деянием, и затем на основе этого интервала строим шкалу конкретного деяния, состоящую из четырех равномерных интервалов. На этой шкале отмечаем точкой X размер причиненного ущерба.

Например, для кражи на сумму в 93 000 руб. (этот ущерб находится в интервале 2 шкалы общественной опасности преступления) шкала конкретного деяния выглядит так:



Шаг четвертый. Определяем вид наказания по конкретному деянию путем наложения шкалы санкции статьи (см. шаг первый) на шкалу общественной опасности преступления (см. шаг второй). Вид наказания определяется той группой наказания на шкале санкции, которая совмещается

⁹ Дополнительные наказания назначаются без учета данной методики.

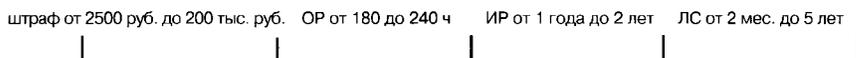
¹⁰ Здесь и далее в схемах используются следующие сокращения: ОР — обязательные работы; ИР — исправительные работы; ЛС — лишение свободы.

¹¹ Минимальный и максимальный ущерб при совершении простой кражи сегодня составляет соответственно 1000 руб. (ст. 7.27 КоАП РФ) и 250 тыс. руб.

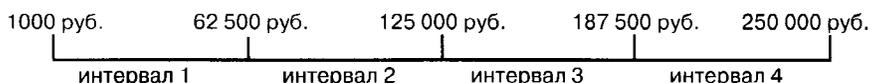
с интервалом шкалы общественной опасности преступления, в пределах которого находится размер ущерба (вреда), причиненный конкретным преступлением.

Например, вид наказания за кражу на сумму в 93 000 руб., совершенную группой лиц (ч. 2 ст. 158 УК), определяется следующим образом:

шкала санкции



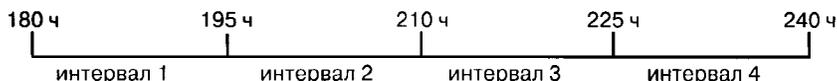
шкала общественной опасности преступления



Как можно убедиться, видом наказания за кражу в размере 93 000 руб. (этот размер находится в интервале 2 от 62 500 до 125 000 руб.) являются обязательные работы от 180 до 240 часов.

Шаг пятый. Строим шкалу наказания за конкретное деяние. Для этого вид наказания, определенный в четвертом шаге, разбиваем на четыре равномерных интервала.

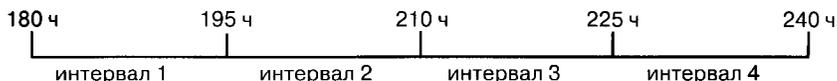
Например, шкала наказания для кражи на сумму 93 000 руб. (обязательные работы в пределах от 180 до 240 часов) выглядит так:



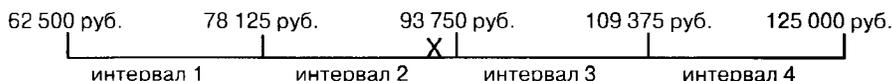
Шаг шестой. Определяем размер наказания за конкретное деяние, который будет верхней планкой (т. е. максимальным пределом) шкалы диапазона индивидуализации.

Для этого совмещаем шкалу наказания за конкретное деяние (шаг пятый) со шкалой конкретного деяния (шаг третий) и точку *X* причиненного ущерба, указанную на шкале конкретного деяния, экстраполируем на шкалу наказания за конкретное деяние и получаем на ней точку *O*, которая покажет размер наказания за конкретное деяние.

шкала наказания за конкретное деяние



шкала конкретного деяния



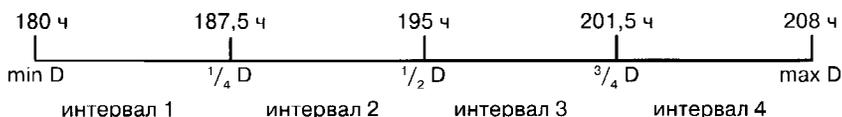
В нашем примере размер наказания за кражу на сумму 93 000 руб. будет равен 208 часов обязательных работ.

Шаг седьмой. Определяем вид наказания по личности виновного. Для этого применяется правило № 2: «Вид наказания по личности виновного зависит от степени ее исправимости. Он определяется путем выбора более или менее строгого вида наказания из предусмотренных наказаний санкцией статьи Особенной части УК. Если в санкции два вида наказания, то более строгое из них назначается для трудно и особо трудно исправимой личности, а менее строгое для легко и средне исправимой личности виновного. Если в санкции три вида, то наиболее мягкое наказание назначается для легко и средне исправимой личности, наиболее строгое для особо трудно исправимой личности, а оставшееся наказание для трудно исправимой личности. Если в санкции четыре вида и более, то наиболее строгое наказание назначается особо трудно исправимой личности, третий, второй и первый вид наказания соответственно трудно, средне и легко исправимой личности».

Если вид наказания, выбранный согласно правилу № 2, окажется более строгим, чем вид наказания по конкретному деянию (см. шаг четвертый), то констатируем эксцесс личности виновного. Особенности процедуры назначения наказания при эксцессе личности будут рассмотрены отдельно.

Шаг восьмой. Строим шкалу диапазона индивидуализации на основе шкалы наказания за конкретное деяние. Отмечаем на ней: минимальный предел диапазона ($\min D$), равный минимальному пределу шкалы наказания за конкретное деяние (см. шаг пятый); максимальный предел диапазона ($\max D$), равный размеру наказания за конкретное деяние (см. шаг шестой); середину диапазона индивидуализации ($1/2 D$); середину половины диапазона более мягкого наказания ($1/4 D$); середину половины диапазона более строгого наказания ($3/4 D$).

В нашем примере (кража на сумму 93 000 руб.) шкала диапазона индивидуализации выглядит так:



Шаг девятый. Определяем размер наказания по личности виновного. Для этого выбираем интервал на шкале диапазона индивидуализации, используя правило № 1: «Размер наказания по личности производится путем выбора конкретного интервала на диапазоне индивидуализации. Для легко исправимой личности выбирается интервал 1; для средне исправимой личности выбирается интервал 2; для трудно исправимой личности выбирается интервал 3; для особо трудно исправимой личности выбирается интервал 4».

Например, размер наказания для легко исправимой личности виновного, совершившего кражу на сумму 93 000 руб., находится в пределах интервала 1, т. е. от 180 до 187,5 часа обязательных работ.

Шаг десятый. Завершаем процедуру назначения наказания определением размера окончательного наказания с учетом обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, которые не нашли отражения в оценке деяния и личности. Если такие обстоятельства отсутствуют, размер

окончательного наказания соответствует середине интервала шкалы диапазона, установленного в шаге девятом. Если имеются только смягчающие обстоятельства, суд склоняется к минимуму этого интервала пропорционально их количеству; если имеются только отягчающие обстоятельства, суд склоняется к максимуму этого интервала пропорционально их количеству. Если имеются и смягчающие, и отягчающие обстоятельства, суд уточняет размер окончательного наказания в пределах этого интервала пропорционально количеству таких обстоятельств.¹²

3. Рассмотрим особенности процедуры назначения наказания в ситуации эксцесса личности виновного. В отличие от типовой процедуры, когда диапазон индивидуализации рассчитывался на основе шкалы наказания по конкретному деянию, а конкретизация размера наказания происходила путем учета степени исправимости личности преступника (с помощью правила № 1), при эксцессе личности виновного мы имеем обратную картину. Здесь диапазон индивидуализации рассчитывается по виду наказания, соответствующему оценке личности виновного (вид наказания определяется согласно правилу № 2), а конкретизация размера наказания на диапазоне индивидуализации происходит на основе учета степени общественной опасности конкретного деяния. Завершается назначение наказания, как и в типовой процедуре, определением окончательного наказания с учетом обстоятельств, его смягчающих и отягчающих, которые не нашли отражения при оценке деяния и личности.

Покажем особенности процедуры назначения наказания при эксцессе личности виновного.

Производим расчеты, предусмотренные шагами с первого по четвертый (см. выше).

Шаг пятый. С помощью правила № 2 определяем вид наказания по личности виновного. Если он окажется более строгим, чем за деяние, констатируем эксцесс личности. Используем этот вид наказания для построения шкалы диапазона индивидуализации. Верхняя и нижняя планки диапазона (т. е. его максимальный и минимальный предел) равны соответственно максимальному и минимальному размеру этого вида наказания в санкции статьи Особенной части УК.

Шаг шестой. Строим шкалу диапазона индивидуализации, на котором отмечаем четыре интервала.

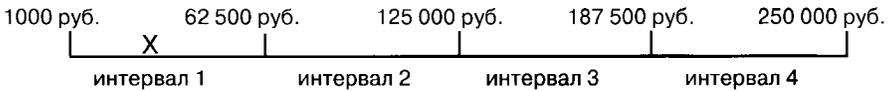
Например, для трудно исправимой личности, совершившей кражу чужого имущества группой лиц по предварительному сговору (ч. 2 ст. 158 УК), видом наказания согласно правилу № 2 будут исправительные работы от одного до двух лет, и шкала диапазона индивидуализации выглядит так:

¹² Если наказание назначается при наличии квалифицирующих признаков, предусмотренных частью второй и последующими частями статьи Особенной части УК РФ, то к полученному таким путем наказанию нужно прибавить наказание, равное цене квалифицирующего признака. Такая цена определяется путем деления разницы между максимальным пределом наказания по части второй (последующим частям) и максимальным пределом наказания по части первой статьи Особенной части УК на число квалифицирующих признаков, предусмотренных в части второй (последующих частях) этой статьи. Такое прибавление производится при квалификации по *более чем одному* квалифицирующему признаку, т. е. при *двух* квалифицирующих признаках добавляется цена *одного* квалифицирующего признака, при *трех — двух* квалифицирующих признаков и т. д.



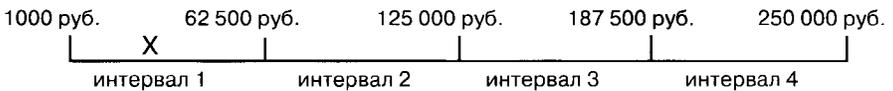
Шаг седьмой. Строим шкалу общественной опасности преступления (см. шаг второй), на которой выделяем четыре равномерных интервала. Определяем, в каком интервале находится ущерб (вред), причиненный конкретным преступлением, и отмечаем его точкой X.

Например, при краже в размере 25 000 руб. шкала общественной опасности преступления выглядит так:



Шаг восьмой. Определяем размер наказания с учетом оценки конкретного деяния, т. е. определяем интервал на шкале диапазона индивидуализации наказания, в пределах которого этот размер находится. Для этого совмещаем шкалу диапазона индивидуализации (шаг шестой) со шкалой общественной опасности преступления (шаг седьмой) и точку X конкретного ущерба, указанную на этой шкале, экстраполируем на шкалу диапазона индивидуализации. Точка O определит нужный интервал и конкретный размер наказания.

шкала общественной опасности преступления



шкала диапазона индивидуализации



Например, при групповой краже на сумму 25 000 руб., совершенной трудно исправимой личностью, нужно избрать первый интервал шкалы диапазона индивидуализации (от 1 до 1,25 года исправительных работ), в котором размер наказания отмечен точкой O.

Шаг девятый. Завершается процедура назначения наказания уточнением размера окончательного наказания с учетом обстоятельств, его смягчающих и отягчающих, которые не нашли отражения при оценке деяния и личности. Если такие обстоятельства отсутствуют, размер окончательного наказания соответствует наказанию, отмеченному точкой O в интервале шкалы диапазона, установленного в шаге восьмом. Если имеются только смягчающие обстоятельства, то суд склоняется от точки O к минимуму этого интервала пропорционально их количеству; если имеются только отягчающие обстоятельства, то суд склоняется от точки O

к максимуму этого интервала пропорционально их количеству. Если имеются и смягчающие, и отягчающие обстоятельства, суд уточняет размер окончательного наказания в этом интервале пропорционально количеству таких обстоятельств.

4. Назначение наказания имеет дополнительные особенности в случае применения специальных правил назначения наказания, предусмотренных в статьях Общей части УК РФ. Такие правила можно разделить на две группы:

1) правила, устанавливающие иной минимальный предел наказания, чем предусмотрен санкцией статьи Особенной части УК (ст. 64, 68, ст. 88.6.1 УК);

2) правила, устанавливающие иной максимальный предел наказания, чем предусмотрен санкцией статьи Особенной части УК (ст. 62, 65–66, 69–70 УК, а также ст. 316 УПК РФ).

Специальные правила могут влиять на выбор как вида, так и размера наказания. Процедура назначения наказания в зависимости от содержания специальных правил имеет следующие особенности.

Применяя **ст. 64 УК**, суд может тройко назначить более мягкое наказание: а) назначить наказание ниже низшего предела санкции статьи Особенной части УК РФ; б) назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрен этой статьей; в) не применить дополнительный вид наказания, предусмотренный в качестве обязательного.

Таким образом, вначале определяется основное наказание по типовой процедуре. Затем, если оно совпадет с самым мягким из наказаний в санкции статьи Особенной части УК РФ, суд может понизить его размер до минимального размера данного вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Общей части УК РФ, или назначить более мягкий вид наказания, не указанный в санкции соответствующей статье Особенной части УК в пределах, установленных для него статьей Общей части УК. Если вид основного наказания, определенный по типовой процедуре, окажется более строгим, чем самое мягкое наказание в санкции статьи Особенной части УК РФ, то суд может назначить более мягкий вид наказания, предусмотренный в санкции статьи Особенной части УК РФ, в пределах, установленных для этого вида наказания в статье Общей части УК РФ. Наконец, суд может назначить наказание, определенное по типовой процедуре, и не применить дополнительный вид наказания, предусмотренный в качестве обязательного.

Применяя **ст. 68 УК**, суд назначает наказание при рецидиве преступлений, и при этом он не может назначить наказание мягче, чем $\frac{1}{3}$ наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление. Поэтому шкала диапазона индивидуализации рассчитывается на базе этого *наиболее строгого вида* наказания.¹³ Его нижняя планка равна $\frac{1}{3}$ максимального срока этого вида наказания. Верхняя планка диапазона индивидуализации определяется путем совмещения шкалы общественной опасности преступления, на которой отмечается точка *X* конкретного ущерба (шаг третий), со шкалой *наиболее строгого наказания*, с последующей экстраполяцией точки *X* конкретного ущерба на шкалу наиболее строгого наказания и получением на ней точки *O*, которая и покажет верхнюю планку диапазона индивидуализации. Затем нужно совершить действия согласно шагам 9 и 10.

¹³ Другой вид основного наказания при рецидиве преступлений суд выбрать не может.

Применяя **ст. 88.6.1 УК** (назначение несовершеннолетнему осужденному наказания в виде лишения свободы за совершение тяжкого либо особо тяжкого преступления), суд должен сократить наполовину низший предел такого наказания, предусмотренный соответствующей статьей Особенной части УК. Поэтому на шкале диапазона индивидуализации в виде лишения свободы его нижняя планка будет равна половине низшего предела этого вида наказания. Верхняя планка диапазона индивидуализации определяется путем совмещения шкалы общественной опасности преступления, на которой отмечается точка *X* конкретного ущерба (шаг третий) со шкалой наказания в виде лишения свободы в пределах, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части УК, с последующей экстраполяцией точки *X* конкретного ущерба на эту шкалу и получением на ней точки *O*, которая покажет верхнюю планку диапазона индивидуализации. Затем нужно совершить действия согласно шагам 9 и 10.

Применяя **ч. 1 и ч. 2 ст. 62 УК** (назначение наказания при наличии смягчающих обстоятельств), **ст. 65 УК** (назначение наказания при вердикте присяжных о снисхождении), **ст. 66 УК** (назначение наказания за неоконченное преступление), **ст. 316 УПК** (вынесение судебного решения в особом порядке), суд не может назначить наказание, превышающее соответственно $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{2}$, $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{2}$ или $\frac{3}{4}$ либо опять же $\frac{2}{3}$ максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ, лишь в том случае, если судом согласно типовой процедуре будет определен именно наиболее строгий вид наказания. Если согласно такой процедуре размер этого вида наказания будет превышать вышеназванные пределы, он понижается до соответствующего предела. В тех случаях, когда согласно типовой процедуре видом наказания окажется менее строгий вид из числа предусмотренных в статье Особенной части УК РФ, правила означенных статей не применяются, и назначение наказания осуществляется по типовой процедуре.

Применяя **ст. 69–70 УК** (назначение наказания по совокупности преступлений и приговоров), суд вначале назначает наказание отдельно за каждое преступление, используя типовую процедуру, затем применяет правила, предусмотренные этими статьями.

5. Для применения вышеизложенной методики назначения наказания судами РФ ей нужно придать соответствующий статус. Например, она может быть утверждена Государственной Думой РФ в виде Положения (наставления, руководства) по назначению наказания. Дополнительно к методике нужно разработать шкалы санкций и шкалы общественной опасности преступлений для всех статей Особенной части УК.

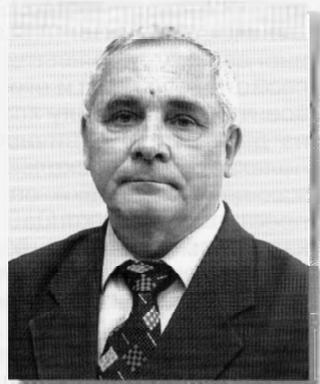
НАЗНАЧЕНИЕ НАКАЗАНИЯ ЗА НЕОКОНЧЕННОЕ ПРЕСТУПЛЕНИЕ

Н. И. МАЦНЕВ, А. М. СТАНОВСКИЙ

Уголовный кодекс Российской Федерации 1996 г. наряду с общими началами назначения наказания установил ряд специальных правил, которым должен следовать правоприменитель, определяя размер, а в некоторых случаях и вид наказания. В числе этих правил в ст. 66 УК РФ предусмотрен особый порядок назначения наказания за неоконченное преступление, общий принцип которого заключается в том, что в случае недоведения виновным преступления до конца по независящим от него обстоятельствам ему должно назначаться менее строгое наказание, чем за оконченное преступление.

Нельзя не согласиться с мнением Е. В. Благова о том, что наказуемость неоконченного преступления соответствует задачам Кодекса по охране объектов от преступных посягательств и предупреждению преступлений, поскольку степень общественной опасности таких преступлений значительно ниже, чем оконченных, а потому должна различаться и ответственность за них.¹

Вместе с тем законодательная регламентация наказуемости неоконченных видов преступления не является бесспорной. На наш взгляд, она нуждается в дальнейшем совершенствовании в целях наиболее точного отражения в наказании всех особенностей того или иного неоконченного преступления. Разнообразные предложения о внесении изменений в ст. 66 УК РФ неоднократно высказывались в юридической литературе, что свидетельствует



Мацнев Николай Иванович,
к. ю. н., доцент,
кафедра уголовного права
юридического факультета
Санкт-Петербургского
государственного университета



Становский
Алексей Михайлович,
преподаватель кафедры
уголовно-правовых дисциплин
юридического факультета
Новгородского государственного
университета им. Ярослава Мудрого

© Н. И. Мацнев, А. М. Становский, 2009

E-mail: ug_pravo@jurfak.spb.ru; alexei_s1984@mail.ru

¹ Благов Е. В. Особенности наказания за неоконченное преступление // Вопросы дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности. Ярославль, 1994. С. 25.

как об интересе к рассматриваемому вопросу, так и об отсутствии единого подхода к его решению.

Порядок назначения наказания за неоконченное преступление определяется следующим образом. Прежде всего, ч. 1 ст. 66 УК РФ обязывает суд учесть обстоятельства, в силу которых преступление не было доведено до конца.

Как неоднократно отмечалось в правовой литературе, при решении вопроса о назначении наказания в зависимости от степени осуществления преступного намерения недопустимо исходить только из близости наступления вредных последствий — в каждом случае надо учитывать причины, в силу которых преступный умысел не был реализован.² Т. Д. Устинова такими причинами считает объективные явления окружающего мира, находящиеся под действием определенных закономерностей и существующие вне волевой деятельности субъекта преступного посягательства, которые иногда могут проявляться не только сами по себе, но и через личностные свойства субъекта и его деятельность.³ Е. В. Благов предлагает разделить все причины, в силу которых преступление не было доведено до конца, на две группы — личностные и внешние обстоятельства. При этом он полагает, что, поскольку внешние обстоятельства проистекают из окружающей обстановки, они, скорее всего, случайно влияют на недоведение преступления до конца. Отсюда, личностные обстоятельства являются показателями меньшей, в сравнении с внешними, общественной опасности совершившего неоконченное преступление лица, и при прочих равных условиях наличие первых должно влечь менее строгое его наказание, чем последних.⁴

Из изложенного видно, что криминалисты высказывают различные взгляды относительно природы обстоятельств, в силу которых преступление не доводится до конца, не оспаривая при этом необходимость указания в законе на обязательный учет этих обстоятельств при назначении наказания. Мы также придерживаемся этой позиции, поскольку данные обстоятельства специфичны только для случаев назначения наказания за неоконченную преступную деятельность, в связи с чем должны быть отражены в специальных правилах назначения наказания за неоконченное преступление и учитываться правоприменителем наряду с общими началами назначения наказания. Причина же разногласий заключается в том, что действующая редакция ч. 1 ст. 66 УК РФ не отражает всех тех факторов, которые должны учитываться судом при назначении наказания за неоконченное преступление.

Например, В. Питецкий полагает, что в ч. 1 ст. 66 УК РФ должно также содержаться указание на необходимость учета степени осуществления преступного намерения, как это было в ранее действовавшей ст. 15 УК РСФСР. Свою позицию автор объясняет тем, что даже в рамках одного вида неоконченного преступления общественная опасность содеянного может существенно различаться. К примеру, при попытке убийства из огнестрельного оружия события могут развиваться следующим образом:

² См., напр.: *Дурманов Н. А.* Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. М., 1955. С. 182; *Кузнецова Н. Ф.* Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление. М., 1958. С. 152.

³ *Устинова Т. Д.* Назначение наказания за неоконченную преступную деятельность. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1980. С. 13–14.

⁴ *Благов Е. В.* Применение уголовного права (теория и практика). СПб., 2004. С. 392.

может произойти осечка, лицо может промахнуться либо причинить вред здоровью от легкого до тяжкого.⁵ Схожей позиции придерживается ряд других ученых.⁶

Данная точка зрения представляется верной, однако, на наш взгляд, она нуждается в дополнительной аргументации. Прежде всего необходимо уяснить, что предписания ст. 66 УК РФ являются специальными правилами назначения наказания, подлежащими применению по отдельным категориям уголовных дел. Их смысл заключается в том, что они необходимым образом дополняют общие начала назначения наказания, во-первых, ограничивая санкции статей Особенной части УК РФ определенными рамками, а во-вторых, как справедливо отмечает Д. С. Дядькин, устанавливая особые условия назначения наказания, что позволяет субъекту данного процесса в полной мере индивидуализировать наказание.⁷

Специальные правила назначения наказания не должны содержать положения, дублирующие общие начала назначения наказания, установленные ст. 60 УК РФ. В соответствии с ч. 3 ст. 60 УК РФ одним из обстоятельств, подлежащих учету при назначении наказания, является степень общественной опасности преступления, под которой в юридической литературе понимается в том числе и степень осуществления преступного намерения (стадия совершения преступления).⁸ Более того, и ранее действовавшее Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания» относилось к степени общественной опасности преступления наряду с другими обстоятельствами степень осуществления преступного намерения, размер вреда и тяжесть наступления общественно опасных последствий.⁹ Поэтому может показаться, что указание в ч. 1 ст. 66 УК РФ на необходимость учета при назначении наказания за неоконченное преступление степени осуществления преступного намерения будет излишним, так как ее учет уже заложен законодателем в общие начала назначения наказания. Однако это не совсем так. Необходимость учета степени осуществления преступного намерения встает только тогда, когда совершенно неоконченное преступление, поскольку в оконченных составах виновный свой умысел реализует полностью. Стало быть, степень осуществления преступного намерения носит не общий, а специальный характер, так как влияет на назначение наказания не по всем категориям уголовных дел, а только по уголовным делам о неоконченных преступлениях, где виновный реализует свой умысел частично, причем всегда находясь на разном расстоянии от достижения преступного результата, иногда причиняя, а иногда не причиняя определенные общественно опасные последствия.

На основании изложенного мы приходим к выводу, что указание на необходимость учета степени осуществления преступного намерения в ч. 1

⁵ Питецкий В. Назначение наказания за неоконченное преступление // Уголовное право. 2001. № 4. С. 61.

⁶ См., напр.: Благов Е. В. Применение специальных начал назначения уголовного наказания. М., 2007. С. 162–165; Энциклопедия уголовного права / отв. ред. В. Б. Малягин. Т. 9. Назначение наказания. СПб., 2008. С. 499–500.

⁷ Дядькин Д. С. Теоретические основы назначения уголовного наказания. СПб., 2006. С. 316.

⁸ См., напр.: Гребенкин Ф. Общественная опасность преступления и ее характеристики // Уголовное право. 2006. № 1. С. 25–26; Становский М. Н. Назначение наказания. СПб., 1999. С. 153–154; Уголовное право Российской Федерации. Общая часть / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, А. И. Рагоза, А. И. Чучаева. М., 2007. С. 414.

⁹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 8. С. 2.

ст. 66 УК РФ не будет дублировать положения общих начал назначения наказания. Наоборот, такое указание необходимо, поскольку учет степени реализации преступного намерения и учет обстоятельств, в силу которых преступление не было доведено до конца, являются факторами, дополняющими как друг друга, так и общие начала назначения наказания.

Более того, учет степени осуществления преступного намерения должен получить свое отражение не только в ч. 1 ст. 66 УК РФ, но и в остальных правилах назначения наказания за неоконченное преступление.

Так, общеизвестно, что в теории уголовного права покушение на преступление принято делить на оконченное и неоконченное. Данное деление играет важную роль при определении степени общественной опасности содеянного и при индивидуализации наказания.¹⁰ С учетом этого мы полагаем, что деление покушения на виды имеет не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку позволяет максимально учесть степень реализации преступного намерения и назначить в связи с этим более справедливое наказание, отражающее все особенности конкретного преступления.

Большинство ученых в основание деления покушения на виды в зависимости от степени его завершенности кладут субъективный критерий, т. е. понимают под неоконченным покушением такое покушение, при котором лицо не совершило еще всего того, что считало необходимым для приведения своего намерения в исполнение, а оконченным — такое, при котором лицо совершило все, что оно считало необходимым для приведения своего намерения в исполнение.¹¹ Следует отметить, что такой же критерий положен в основу деления покушения на виды в уголовном законодательстве некоторых зарубежных государств, например в Уголовном кодексе Украины 2001 г.¹²

Однако имеются авторы, считающие, что в основу деления покушения на виды должен быть положен объективный критерий, т. е. неоконченным покушением должно признаваться такое покушение, при котором виновный по не зависящим от него обстоятельствам не выполнил всех действий, необходимых для достижения преступного результата, а оконченным — такое, при котором виновный выполнил все действия, необходимые для достижения преступного результата, но таковой не наступил по не зависящим от него обстоятельствам.¹³ Критикуя данную позицию, Н. Д. Дурманов подметил, что принятие объективного критерия для разграничения оконченного и неоконченного покушения повлекло бы к бесконечным схоластическим спорам о том, были или не были необходимыми для совершения преступления действия, фактически совершенные виновным.¹⁴

На наш взгляд, отдавать предпочтение только какому-нибудь одному из приведенных критериев неправильно. Так, использование объективного

¹⁰ *Гринь М. В.* Неоконченное преступление. Автореф. дис. ... к. ю. н. С. 14; *Козлов А. П.* Учение о стадиях преступления. СПб., 2002. С. 289.

¹¹ См., напр.: *Дурманов Н. Д.* Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. С. 145–151; *Пионтковский А. А.* Учение о преступлении. М., 1961. С. 513–514.

¹² *Уголовный кодекс Украины* / науч. ред. В. Я. Таций, В. В. Сташис. СПб., 2001. С. 23.

¹³ *Тишкевич И. С.* Приготовление и покушение по советскому уголовному праву. М., 1958. С. 159.

¹⁴ *Дурманов Н. Д.* Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. С. 13.

критерия не всегда будет учитывать конкретный способ, при помощи которого виновный замыслил совершить преступления. Использование же только субъективного критерия позволит в некоторых случаях считать фактически оконченное покушение неоконченным. Например, виновный с целью убийства стремится нанести несколько ударов ножом в область сердца, но успевает нанести только один, причинив потерпевшему тяжкий вред здоровью, так как последний успел уклониться от других ударов. Объективно таких действий уже достаточно для причинения смерти, тем более что потерпевший серьезно ранен. Однако пользуясь субъективным критерием, мы вынуждены будем констатировать в данном случае неоконченное покушение, поскольку виновный желал ударить потерпевшего ножом несколько раз, а успел нанести только один удар.

Таким образом, при делении покушения на виды учитывать должны оба критерия — объективный и субъективный. Последний должен приниматься во внимание для того, чтобы объективный критерий определялся именно с учетом конкретного способа совершения преступления, охватываемого умыслом виновного.

Как известно, в уголовном праве большое значение имеет точность терминологии. Мы полагаем более правильным именовать виды покушения не как оконченное и неоконченное, а как завершенное и незавершенное. С точки зрения филологии эти термины подчеркивают процесс совершения деяния, а с позиции уголовного права четко разграничивают понятия неоконченного преступления и неоконченного покушения.

Основное назначение деления покушения на виды заключается не в квалификации преступления, а в назначении наказания, наиболее точно соответствующего степени осуществления преступного намерения в каждом конкретном случае. Очевидно, что степень общественной опасности незавершенного покушения ниже, чем завершенного. Следовательно, это должно быть учтено законом не только при регламентации видов покушения, как, например, в УК Украины, но и в специальных правилах назначения наказания.

На наш взгляд, правила назначения наказания за неоконченное преступление должны наиболее полно отражать степень осуществления преступного намерения, в связи с чем представляется, что срок наказания за незавершенное покушение не должен превышать $\frac{2}{3}$ максимального срока или размера самого строгого наказания, предусмотренного за оконченное преступление.

Еще один вопрос, который, несомненно, требует своего разрешения при рассмотрении проблемы наказуемости неоконченного преступления, — это случаи, когда в результате совершенных виновным действий наступают общественно опасные последствия, хотя и не те или не в том объеме, к которым стремился виновный.

Например, в специальной литературе можно встретить мнение, что в ст. 66 УК РФ целесообразно сделать оговорку о том, что при покушении на убийство, повлекшем особо тяжкий вред здоровью потерпевшего, наказание следует назначать как за оконченное преступление, однако при распространении на эти правоприменительные ситуации правила, согласно которому пожизненное лишение свободы и смертная казнь к осужденным не применяются.¹⁵

¹⁵ Малков В. П. К вопросу о дифференциации уголовной ответственности за покушение на убийство // Уголовно-правовая охрана личности и ее оптимизация / под ред. Б. Т. Разгильдиева. Саратов, 2003. С. 64.

С данной позицией трудно согласиться, так как, во-первых, в таком случае лицу, причинившему тяжкий вред здоровью, будет назначено почти такое же наказание, как за убийство. Во-вторых, наказание за покушение на убийство с учетом правил ч. 3 ст. 66 УК РФ (по ч. 1 ст. 105 УК — 11 лет 3 месяца, а по ч. 2 ст. 105 УК — 15 лет лишения свободы) и так является более строгим, чем наказание, предусмотренное в ст. 111 УК РФ, устанавливающей ответственность за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью. И это вполне разумно, поскольку при покушении на убийство учитываются не только наступившие последствия в виде тяжкого вреда здоровью потерпевшего, но еще и умысел, направленный на лишение его жизни, что и обуславливает более строгое наказание.

Как видно, в рассмотренной ситуации наступают качественно менее опасные последствия, чем те, к которым стремился виновный. При этом наказание за покушение на достижение более опасного преступного результата является более строгим, чем наказание, предусмотренное за наступившие последствия. Следовательно, принцип справедливости наказания соблюдается.

Другое дело, когда виновный достигает именно того преступного результата, к которому стремился, но в меньшем размере. Так, В. Ф. Щепельков приводит пример, когда лицо, желающее уклониться от уплаты налогов в особо крупном размере, не полностью реализует свой умысел, однако сумма фактически неуплаченного им налога уже составляет особо крупный размер. В таком случае содеянное уже образует состав наиболее квалифицированного оконченного налогового преступления. Автор приходит к выводу, что в таких случаях виновный должен отвечать как за оконченное преступление по ч. 2 ст. 199 УК РФ.¹⁶

Аналогичную ситуацию, связанную со сбытом наркотических средств по частям, описывает В. П. Смирнов, который тоже придерживается мнения, что в случае, если виновный полностью не реализовал свой умысел на сбыт наркотических средств в особо крупном размере, но фактически сбытая им часть наркотика уже составляет особо крупный размер, он должен отвечать за оконченное преступление. При этом часть наркотического средства, не реализованная по обстоятельствам, не зависящим от воли обвиняемого, обязательно должна быть отражена в описании преступного деяния, содержащемся в постановлении о привлечении конкретного лица в качестве обвиняемого, в обвинительном заключении и приговоре.¹⁷

Подобные ситуации могут встретиться и при совершении хищений. Так, например, лицо решает по частям украсть 10 млн руб., при этом девять раз похищает по миллиону, распоряжается ими по своему усмотрению, а на десятый раз его задерживают. С одной стороны, в данном случае налицо продолжаемое преступление, при котором умысел виновного до конца не доведен по не зависящим от него обстоятельствам. Следовательно, на первый взгляд, имеет место покушение на преступление. Но ведь виновный все же успел обратить в свою пользу 9 млн руб., что составляет состав оконченного хищения в особо крупном размере. Почему же он на основании ч. 3 ст. 66 УК РФ должен нести более мягкое наказание, чем тот, кто похитил чуть более 1 млн руб., полностью реализовав свой умысел?

¹⁶ Щепельков В. Ф. Квалификация посягательства при частичной реализации умысла // Журнал российского права. 2002. № 11. С. 25–29.

¹⁷ Смирнов В. П. Квалификация незаконного сбыта наркотических средств в не крупном, крупном или особо крупном размере // Уголовный процесс. 2005. № 8. С. 8–12.

Действия последнего будут квалифицированы по ч. 4 ст. 158 УК РФ, и при назначении наказания ему не будет никаких поправок, хотя степень общественной опасности совершенного им деяния несравненно меньше.

На наш взгляд, все приведенные ситуации следует считать оконченными преступлениями, и вот почему. В соответствии с ч. 1 ст. 29 УК РФ преступление признается оконченным, если в совершенном лицом деянии содержатся все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом. Как справедливо отмечают М. Третьяк и В. Волошин, законодатель, таким образом, по своему усмотрению определяет минимум действий и тот объем вредных последствий, при наличии которых деяние признается оконченным преступлением.¹⁸

Если разбирать, к примеру, приведенную нами ситуацию с продолжаемым тайным хищением 10 млн руб., предусмотренным ч. 4 ст. 158 УК РФ, то важно отметить, что его объективная сторона заключается в фактическом обращении виновным в свою пользу имущества, стоимость которого превышает 1 млн руб.

Как известно, состав преступления — это не просто совокупность, а строгая система образующих его признаков преступления, необходимых и достаточных для признания, что лицо совершило соответствующее преступление. Он отражает характерные для преступления внутренние связи образующих его элементов.¹⁹ Следовательно, в любом составе преступления субъективная сторона тесно связана с объективной. На этом основании можно прийти к выводу, что в рассматриваемой ч. 4 ст. 158 УК РФ субъективная сторона заключается в умышленных действиях, направленных на завладение имуществом, стоимость которого превышает 1 млн руб.

Таким образом, если виновный фактически обратил в свою пользу более 1 млн руб., то в его действиях содержится состав хищения в особо крупном размере, так как в наличии имеются все элементы данного состава, в том числе объективная и субъективная стороны, которых достаточно для квалификации деяния как оконченного преступления. При этом для квалификации не важно, что свой умысел виновный реализовал не полностью, поскольку это уже лежит за пределами состава преступления.

Безусловно, умысел виновного на хищение имущества стоимостью еще большей, чем уже достаточно для квалификации по ч. 4 ст. 158 УК РФ, будет иметь существенное значение для назначения справедливого наказания, но на квалификации это отразиться не должно, поскольку в противном случае, как отмечалось выше, о справедливом наказании не может быть и речи.

Это же относится и к другим подобным ситуациям, связанным с налоговыми преступлениями, а также со сбытом наркотических средств.

Подводя итог изложенному, мы предлагаем внести в Уголовный кодекс Российской Федерации следующие изменения.

Часть 3 ст. 30 УК РФ дополнить предложением: «Покушение на преступление может быть завершенным и незавершенным» и пунктами:

«а. Незавершенным признается покушение, если виновный по независящим от него обстоятельствам совершил не все действия, которые с учетом избранного им способа необходимы для совершения преступления»;

¹⁸ Третьяк М., Волошин В. Определение момента окончания хищения // Уголовное право. 2007. № 3. С. 61.

¹⁹ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступления. М., 1972. С. 73.

«в. Завершенным признается покушение, если виновный совершил все действия, которые с учетом избранного им способа необходимы для совершения преступления, но преступление не было доведено до конца по не зависящим от этого лица обстоятельствам».

Часть 3 ст. 66 УК РФ изложить в следующей редакции:

«Срок или размер наказания за завершенное покушение на преступление не может превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса РФ за оконченное преступление».

Статью 66 УК РФ дополнить ч. 31 следующего содержания:

«Срок или размер наказания за незавершенное покушение на преступление не может превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса РФ за оконченное преступление».

От редакции

Статья доктора Р. О. Драгневой-Люерс была опубликована в России в сборнике «Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь профессора Л. Н. Галенской». ¹ Однако из-за ограниченного тиража этого издания и публикации статьи в оригинале (на английском языке) она оказалась недоступной для некоторых наших читателей. Поэтому редакция журнала «Правоведение» сочла возможным с любезного согласия автора напечатать статью в переводе на русский язык.

В предлагаемом вниманию читателей материале представлен весьма критический взгляд на процесс становления режима свободной торговли в рамках СНГ. По сути дела, Р. О. Драгнева-Люерс поставила перед собой задачу очертить границы и выявить составляющие концепции экономического сотрудничества в рамках СНГ. Обзор получился весьма интересным и поучительным, поскольку автор осуществляет его в очень широком контексте, обращаясь к общемировым тенденциям экономической кооперации, вопросам соотношения универсального и регионального взаимодействия в сфере торговли, соотношения двустороннего и многостороннего сотрудничества, роли права и институтов в становлении региональных интеграционных образований. Постоянно обращаясь к опыту иных интеграционных и координационных образований (ВТО, ЕС, НАФТА, Меркосур и т. д.), ссылаясь на установившуюся международную практику, автор выявляет то общее и особенное, что характерно для торгового сотрудничества в СНГ. Наибольший интерес представляет, безусловно, скрупулезный разбор обширной нормативной базы, обеспечивающей создание режима свободной торговли, процесса заключения соглашений, принятия решений, их пересмотра и корректировки. Однако не менее интересны суждения Р. О. Драгневой-Люерс о том, как соответствующие соглашения и решения реализуются на практике.

Думается, что для специалистов всегда интересны взгляд «со стороны», возможность сравнить различные подходы и оценки. Статья Р. О. Драгневой-Люерс представляет ценность как непредвзятый взгляд специалиста, долгое время и заинтересованно анализирующего ход экономических процессов на постсоветском пространстве. Выступая за более четкие и детально закреплённые обязательства в зоне интеграции под эгидой СНГ, автор показывает, что альтернативы для стран СНГ по сути дела нет. Фрагментарное и разрозненное регулирование, многочисленные коллизии между различными соглашениями, возможность отсрочить участие в отдельных соглашениях или вообще их игнорировать — все это не обеспечивает создания эффективного режима свободной торговли. Несомненно, интерес представляет изложение причин, которые, по мнению автора, препятствуют разработке более четких правовых установлений применительно к свободной торговле в СНГ.

Особо ценны рассуждения автора о соотношении различных соглашений в рамках СНГ (многосторонних и двусторонних, общих и специальных, основных и дополнительных), порядке их толкования, а также разрешении споров, возникающих при их реализации. Р. О. Драгнева-Люерс показывает,

¹ Первая публикация: *Dragneva R. Towards Free Trade in the CIS: Challenges of Law and Policy // Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь профессора Л. Н. Галенской / под ред. С. В. Бахина. СПб., 2007. С. 114–132.*

что в рамках торгового сотрудничества эффективные механизмы разрешения споров, а также иные механизмы, способствующие выполнению сторонами взятых на себя обязательств, представляются жизненно необходимыми. Автор четко обосновывает свое мнение о том, что приоритетным в интеграционных группировках остается судебный механизм разрешения противоречий, правда, при том неременном условии, что решения такого суда будут носить обязательный характер для государств-участников.

Полагаю, что статья Р. О. Драгневой-Люерс может побудить российских специалистов высказать на страницах нашего журнала свою точку зрения по затронутым вопросам.

С уважением
профессор С. В. Бахин

Об авторе: доктор Драгнева-Люерс Рилка Огнянова (Dragneva-Lewers Rilka Ognyanova) родилась в Болгарии. Окончила юридический факультет Софийского университета, получила степень магистра и PhD в университете Сассекса (Великобритания). Работала в Институте центрально-европейского и восточно-европейского права при Лейденском университете (Нидерланды). В настоящее время доктор Драгнева является преподавателем и научным сотрудником юридического факультета Манчестерского университета (Великобритания). Она курирует и читает магистерские курсы в области права и правовых институтов, обеспечивающих экономическое развитие, а также корпоративного управления. К сфере научных интересов Рилки Драгневой-Люерс относятся вопросы региональной экономической интеграции, расширения и сотрудничества в рамках Европейского союза, унификации законодательства о компании, сравнительного корпоративного права, а также проблемы правовых реформ и правового развития. Р. Драгнева-Люерс неоднократно выступала в качестве консультанта по международным проектам в Центральной и Восточной Европе, в том числе при разработке модельного закона СНГ о защите инвесторов на рынке ценных бумаг. Является членом редакционной коллегии «Review of Central and East European Law» (Журнал центрально-европейского и восточно-европейского права), ассоциированным членом Brooks World Poverty Institute. Среди публикаций доктора Р. Драгневой-Люерс отметим следующие: *Investor Protection in the CIS: Legal Reform and Voluntary Harmonization* / ed. By Rilka Dragneva. Leiden; Boston, 2007; *Dragneva R., Dimitrova F. Patterns of Integration and Regime Compatibility: Ukraine Between the CIS and the EU* // *The CIS, the EU and Russia: Challenges of Integration* / eds.: K. Malfliet, L. Verpoest and E. Vinokurov. Palgrave/Macmillan, 2007; *Dragneva R., de Kort J. Legal Regime for Free Trade in the CIS* // *International and Comparative Law Quarterly*. 2007. V. 56. P. 233–266; *Dragneva R.* Is 'Soft' Beautiful? Another View on Law, Institutions and Integration in the Commonwealth of Independent States // *Review of Central and East European Law* 2004. V. 29. N 3. P. 279–324.

Несколько работ опубликованы Р. Драгневой-Люерс на русском языке: *Драгнева Р. О., Саймонс В. Б.* 1) Пересмотр корпоративного управления: можно ли с помощью концепции сторон, заинтересованных в результатах деятельности компании, избежать «дикого» капитализма в Восточной Европе? // *Цивилистические записки. Межвуз. сб. науч. трудов. Вып. 2 / редколл.: С. С. Алексеев и др.* Екатеринбург, 2002. С. 464–487; 2) *Права, договоры и конституционные суды: опыт России* // Там же. Вып. 3. С. 406–440.

О переводчике: перевод с английского осуществил Антон Владимирович Федотов — выпускник юридического факультета СПбГУ. В 2007 г. получил диплом о дополнительном образовании по специальности «Переводчик в сфере

профессиональной коммуникации» филологического факультета СПбГУ. Работал специалистом Главного управления Министерства юстиции РФ по Санкт-Петербургу и Ленинградской области, главным специалистом Главного управления Росрегистрации по Санкт-Петербургу и Ленинградской области, юристом компании «Capital Legal Services International». В настоящее время является юристом юридической фирмы «Salans». Сфера его деятельности — корпоративное право, статус коммерческой недвижимости, разрешение споров в сфере предпринимательской деятельности, сфера научных интересов: международно-правовое регулирование разграничения юрисдикции национальных судебных учреждений, международный коммерческий арбитраж.

НА ПУТИ К СВОБОДНОЙ ТОРГОВЛЕ В СНГ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВА И ПОЛИТИКИ

Р. О. ДРАГНЕВА-ЛЮЕРС

По мнению многих экспертов — как на Востоке, так и на Западе — Содружество Независимых Государств (СНГ) несколько сгладило распад СССР, но не смогло стать эффективным средством для новой экономической интеграции в границах своей территории. Безусловно, большинство инициатив, направленных на создание более продвинутого уровня интеграции в форме таможенного союза или экономического союза, не принесли ощутимых результатов.² Целью экономической интеграции стало создание зоны свободной торговли в рамках СНГ, в то время как более амбициозные проекты были оставлены для реализации в более мелких субрегиональных образованиях.³ Несмотря на постановку таких целей, несмотря даже на провозглашенное в 2003 г. завершение создания правовой основы для зоны свободной торговли,⁴ страны СНГ все еще не могут получить реальную выгоду от последней. Очевидно, что причины тому сложны и разнообразны, и многие из них связаны с «общей картиной» регионального сотрудничества на постсоветском пространстве. Эти причины активно обсуждались в последние несколько лет в процессе переосмысления роли и эффективности СНГ как международной организации.



© Р. О. Драгнева-Люерс, 2007

© А. В. Федотов (перевод), 2009

E-mail: info@jurisprudence-media.ru

² Соглашение о принципах таможенной политики от 13 марта 1992 г. предусматривало создание таможенного союза между подписавшими его государствами. Соглашение об экономическом союзе от 24 сентября 1993 г. было направлено на постепенное создание экономического союза.

³ См., напр.: Концепция осуществления экономической интеграции в СНГ, утвержденная решением Совета глав государств СНГ от 28 марта 1997 г.

⁴ Заявление Совета глав государств СНГ от 19 сентября 2003 г.

Целью настоящей работы является анализ некоторых кардинальных вопросов, связанных с правовой основой для экономического сотрудничества в рамках СНГ, а именно в рамках зоны свободной торговли. Таким образом, автор использует опыт СНГ и анализирует те вопросы, которые не утратили своей актуальности. В первую очередь, в настоящей работе рассматривается вопрос о том, что экономическое сотрудничество в рамках СНГ, в частности зоны свободной торговли, сохраняет свою экономическую целесообразность. До сих пор многие страны СНГ активно участвуют в торговле в рамках СНГ.⁵ Следует отметить, что произошла некоторая переориентация в пользу новых торговых партнеров; при этом, как показала практика, данный процесс является сложным и долгим. Более того, утверждается, что наряду с преимуществами для стран СНГ региональная свободная торговля может оказать положительное воздействие и на мировую торговлю в целом (включая ВТО).⁶ Действительно, многие международные эксперты выступают за реформирование существующей нормативной базы свободной торговли в СНГ с целью претворения этих преимуществ в жизнь.⁷

Необходимо также критически оценить важные уроки создания и развития режима свободной торговли в СНГ, сделав при этом акцент на их ценности для субрегиональных инициатив, направленных на создание более продвинутых форм экономической интеграции, таких как Евразийское экономическое сообщество (*ЕврАзЭС*) или Единое экономическое пространство (ЕЭП) между Российской Федерацией, Беларусью, Казахстаном и Украиной. Рассмотрение этих формаций не охватывается настоящей статьей. Тем не менее достаточно будет указать на то, что режим свободной торговли, вероятно, станет на некоторое время доминирующим элементом (или целью) экономической интеграции в рамках этих образований.⁸ Несмотря на то что нормативная база, созданная в рамках указанных выше

⁵ Могилевский Р., Тоцицкая И. Внешняя торговля стран СНГ // Эковест. 2004. № 4. С. 593–613; Freinkman L. et al. Trade Performance and Regional Integration of the CIS Countries // World Bank Working Paper. N 38. Washington DC, 2004.

⁶ Взаимоотношения между региональной и мировой торговлей стали предметом полемики в научном сообществе (см., напр.: Damro C. The Political Economy of Regional Trade Agreements // Bartels L., Ortino F., eds. Regional Trade Agreements and the WTO System. Oxford, 2006). Соответствующие статьи в контексте СНГ можно найти, например, в следующих работах: Строев Е. Глобализация и региональная интеграция в СНГ: Проблемы сочетания // Российский экономический журнал. 2001. № 8. С. 73–79. — Позитивная связь между региональной интеграцией СНГ и участием в ВТО была рассмотрена в следующей работе: Freinkman L. et al. Trade Performance and Regional Integration of the CIS Countries. United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), «Building Partnerships in the CIS Region». TRADE/2005/17. Washington DC, 2005; Tumbarello P. Regional Trade Integration and WTO Accession // IMF Working Paper. N 05/94. Washington DC, 2005.

⁷ См., напр.: Freinkman L. et al. Trade Performance and Regional Integration of the CIS Countries.

⁸ Это утверждение полностью справедливо для ЕЭП (см. соответствующие документы на сайте <http://www.eernews.ru>), а также для ЕврАзЭС, в отношении которого, складывается мнение, что на данном этапе работа по созданию таможенного союза ведется лишь *тройкой* государств — Россией, Беларусью и Казахстаном (см. соответствующие документы на сайте <http://www.evrazes.com>). Следует также отметить, что в 2003 г. в рамках ГУАМ (международная организация, объединяющая Грузию, Украину, Азербайджан и Молдову. — Прим. редактора) было подписано общее соглашение о свободной торговле. Однако нам неизвестно о каких-либо значительных результатах, достигнутых в соответствии с данным соглашением.

природу обязательности таких решений, следует обратить внимание на то, каким образом Экономический суд СНГ проводит различие между: 1) решениями, имеющими статус международных соглашений, и 2) решениями, имеющими декларативный, политический характер.¹⁶ Соответственно в настоящей работе автор также анализирует некоторые решения главных Советов, относящихся к первой группе. Во-вторых, есть и другие органы, которые имеют значение в развитии сотрудничества в области торговли, в том числе Экономический совет СНГ, а также органы отраслевого сотрудничества, такие как Межгосударственный совет по стандартизации, метрологии и сертификации и Совет глав таможенных служб. Наделенные соответствующими полномочиями, указанные органы вносят свой вклад в развитие торговли в рамках СНГ.¹⁷ Эти органы уполномочены принимать решения в пределах своей компетенции и, что наиболее важно, обращаться в главные Советы с проектами соглашений, а также, при соответствующем запросе главных Советов, принимать такие соглашения.

Говоря о международных соглашениях (или соответствующих решениях, упомянутых выше), составляющих режим свободной торговли в СНГ, можно выделить несколько категорий.

К первой категории относятся *двусторонние* соглашения в области свободной торговли, заключенные между государствами СНГ. Их разработка началась еще в 1992 г. В то время двусторонние соглашения в области свободной торговли заключались в основном между Российской Федерацией и другими странами СНГ.¹⁸ Важно отметить, что такие соглашения имели своей целью «нормализовать» отношения, возникающие в области поставок товаров и вытекающие из соглашений о торгово-экономическом сотрудничестве между странами СНГ. После подписания Соглашения СНГ о создании зоны свободной торговли от 15 апреля 1994 г. соглашения в области свободной торговли стали постепенно заключаться и между остальными участниками СНГ. К тому времени большинство стран СНГ уже являлись участниками таких соглашений, но были и те, кто не участвовал в последних. В настоящий момент процесс заключения этих соглашений продолжается.¹⁹ Наряду с этим некоторые государства — члены СНГ разрабатывают «новое поколение» соглашений в области свободной торговли

¹⁶ В своем консультативном заключении от 15 мая 1996 г. Экономический суд СНГ выделил решения, входящие в первую группу, среди которых: решения, которыми утверждаются проекты соглашений; решения, которые учреждают органы, предусмотренные международными соглашениями; декларации главных Советов, являющиеся приложениями к соглашениям, а также декларации, которые имеют черты международных соглашений.

¹⁷ См. Положение об Экономическом совете, утвержденное решением Совета глав государств СНГ от 25 января 2000 г.; Положение о Межгосударственном совете, принятое в качестве Приложения к Протоколу от 20 июня 2000 г., который внес дополнения и изменения в Соглашение о стандартизации, метрологии и сертификации 1992 г.; Положение о Совете глав таможенных служб, утвержденное решением Совета глав государств СНГ от 30 июня 2002 г.

¹⁸ См. соглашения Российской Федерации с Арменией (от 30 сентября 1992 г.), Азербайджаном (от 30 сентября 1992 г.), Киргизской Республикой (от 8 октября 1992 г.), Таджикистаном (от 10 октября 1992 г.), Казахстаном (от 22 октября 1992 г.), Туркменистаном (от 11 ноября 1992 г.), Беларусью (от 13 ноября 1992 г.), Узбекистаном (от 13 ноября 1992 г.), Молдовой (от 9 февраля 1993 г.), Украиной (от 24 июня 1993 г.) и Грузией (от 3 февраля 1994 г.).

¹⁹ Например, соглашение между Беларусью и Азербайджаном от 31 марта 2004 г.

как составной части развития их отношений.²⁰ Важным элементом двусторонних отношений в области свободной торговли выступают протоколы, являющиеся приложениями к соответствующим соглашениям и предусматривающие исключения из режима свободной торговли.

Ко второй категории относится *многостороннее* Соглашение о создании зоны свободной торговли от 15 апреля 1994 г. (Соглашение 1994 г.) с внесенными в него изменениями и дополнениями Протоколом от 2 апреля 1999 г. (Протокол 1999 г.). Как будет указано ниже, сравнительный анализ Соглашения 1994 г. и Протокола 1999 г. позволяет выявить интересные различия между этими двумя документами, что в свою очередь отражает не только накопленный опыт, но и изменения самой концепции экономического сотрудничества в рамках СНГ.²¹ Соглашение 1994 г. и Протокол 1999 г. были подписаны всеми странами — участниками СНГ (за исключением Туркменистана, который не подписал Протокол 1999 г.). Оба документа были ратифицированы и вступили в силу для всех подписавших его государств, кроме Российской Федерации. Российская Федерация занимает в данном случае довольно неоднозначную позицию: она принимала активное участие в разработке Соглашения 1994 г. и Протокола 1999 г. (Российская Федерация также принимала участие в разработке институтов, необходимых для реализации проекта зоны свободной торговли), приняла на себя обязательства по временному выполнению условий обоих документов до момента их ратификации, а также заключила ряд специальных соглашений, связанных с поддержанием жизнеспособности режима свободной торговли. Несмотря на это, Российская Федерация до сих пор вовлечена в процесс создания правоотношений на двустороннем и субрегиональном уровнях.

К третьей категории относится ряд *специальных многосторонних соглашений*, заключенных государствами — участниками СНГ. Двусторонние соглашения в области свободной торговли, Соглашение 1994 г. и изменяющий его Протокол о внесении изменений и дополнений от 2 апреля 1999 г. имеют общий широкий предмет и направлены на создание зоны свободной торговли: эти документы ставят своей целью определить границы такой зоны; установить наиболее существенные правила (например, правила происхождения товаров, правила таможенного оформления), иные правила и условия торговли (например, правила в области вопросов защиты конкуренции), а также создать определенные институты. В отличие от указанных выше документов, многие многосторонние соглашения, заключенные между странами СНГ, направлены на регулирование узких, специальных вопросов в области торгового сотрудничества. Примеры таких многосторонних соглашений будут приведены далее. Примечательно, что, исходя из «принципа заинтересованности», многие из таких соглашений были подписаны разным количеством стран СНГ.²²

Один режим или несколько? Первое, что необходимо рассмотреть, изучая опыт СНГ, — это выбор между двусторонним и многосторонним

²⁰ Сравните, например, соглашения между Украиной и Молдовой от 29 августа 1995 г. и от 13 ноября 2003 г.

²¹ К примеру, ссылка на зону свободной торговли как на промежуточный этап для таможенного союза была изъята Протоколом 1999 г.

²² В данном случае имеется в виду хорошо известное правило ст. 30 Временного соглашения от 30 декабря 1991 г. и ст. 23 Устава СНГ, предусматривающее, что государство — член СНГ вправе не участвовать в соглашении, если такое государство в этом не заинтересовано.

подходами к экономической интеграции. В принципе, экономическая теория и практика подсказывают, что региональное сотрудничество на многостороннем уровне обладает большими преимуществами для участников, чем сотрудничество на двустороннем уровне, на так называемой «веерной основе».²³ В частности, для небольших государств проще принять участие в выгодном для себя многостороннем соглашении, чем пытаться согласовать условия двустороннего соглашения с доминирующим в регионе партнером. Более того, наличие единого свода норм на территории всего региона способствует более эффективному региональному разделению труда. Хотя определенная сеть двусторонних соглашений и может обеспечить беспопылинную торговлю в регионе, региональные экономические отношения останутся сложными, поскольку остаются различия в применимых правилах торговли или неопределенности в их применении и толковании. Как заметили В. До и В. Ватсон, такая ситуация будет раем для юристов, специализирующихся в торговом праве, но увеличит операционные издержки.²⁴ Наконец, говоря о правовой реформе, следует отметить, что введение единообразных правил на многостороннем уровне позволит некоторым государствам воспользоваться значительными ресурсами другого государства-партнера или аккумулировать ресурсы — кадровые или финансовые — нескольких государств-партнеров.

В то же время, как показывает практика ГАТТ и ВТО, согласование условий значительного по объему многостороннего соглашения может быть очень сложным и длительным процессом. В данном случае симптоматичен тот факт, что большинство региональных соглашений в области торговли являются двусторонними.²⁵ Наиболее трудоемким представляется процесс согласования условий многосторонних соглашений между государствами, позиции и исходные данные которых сильно отличаются.

Наконец, следует отметить, что возможна вполне эффективная комбинация двустороннего и многостороннего подходов, особенно в области торговли. Ссылаясь на опыт ВТО, можно констатировать, что правила торговли согласовываются в основном в рамках многостороннего сотрудничества, в то время как конкретные вопросы выхода на рынок — в двустороннем порядке.

Учредительные документы СНГ в качестве инструментов сотрудничества называют как многосторонние, так и двусторонние соглашения. При этом ни многостороннему, ни двустороннему подходу не отдается предпочтение; нет также и каких-либо рекомендаций по применению таких подходов (кроме тех, которые вытекают из норм и принципов международного публичного права и определяют соотношение многосторонних и двусторонних соглашений). На определенном уровне, усмотрев значительно увеличившееся количество двусторонних соглашений в рамках СНГ в области свободной торговли, можно сделать вывод о том, что имеют

²³ См., напр.: *Freinkman L. et al. Trade Performance and Regional Integration of the CIS Countries.* — Отмечается, к примеру, что хотя Канада уже имела двустороннее соглашение с США, она захотела стать участником Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), чтобы не превратиться в частичку «веерной системы», контролируемой США (см.: *Do V., Watson W. Economic Analysis of Regional Trade Agreements // Bartels L., Ortino F., eds. Regional Trade Agreements and the WTO System.*

²⁴ *Do V., Watson W. Economic Analysis of Regional Trade Agreements.* P. 17.

²⁵ Более чем 75 % всех соглашений, о которых сообщала ВТО по состоянию на февраль 2005 г. (см.: *Crawford J., Fiorentino R. The Changing Landscape of Regional Trade Agreements.*)

место проблемы, связанные с участием в более амбициозных многосторонних инициативах. Например, когда стало ясно, что многостороннее Соглашение о принципах таможенной политики от 13 марта 1992 г. не приведет к созданию задуманного таможенного союза, Российская Федерация стала заключать в конце 1992 г. двусторонние соглашения в области свободной торговли со странами СНГ. Аналогичным образом может быть проанализирована ситуация с возросшим количеством двусторонних соглашений в области свободной торговли между странами СНГ после 1994 г.; это можно объяснить в том числе тем, что Соглашение о свободной торговле 1994 г. не принесло ожидаемых результатов в области создания единой зоны свободной торговли. Таким образом, имеет право на существование вывод о том, что, если многосторонние соглашения по каким-либо причинам не пользуются достаточным доверием, то государства заключают двусторонние соглашения с таким же предметом, при этом соответствующие многосторонние правила не обязательно дополняются или изменяются в какой-либо существенной степени.²⁶

На другом уровне комбинация двустороннего и многостороннего подходов может привести к полезному симбиозу. В связи с этим можно привести несколько примеров. Многие двусторонние соглашения в области свободной торговли содержат ссылку на применение режимов, которые были установлены специальными многосторонними соглашениями. Хорошим примером в данном случае может быть использование общих правил происхождения товаров для целей таможенного контроля, которые были приняты в 1993 г. и пересмотрены в 2000 г. В самом деле, эксперты оценили эти правила как ведущие к региональной интеграции, в частности, в связи с тем, что правила допускают получение полной информации о происхождении товаров.²⁷

Другой пример относится к выгоде для двусторонних отношений, происходящей из работы многосторонних институтов, таких как Межправительственный совет по стандартизации, метрологии и сертификации.²⁸ Совет стал важным инструментом стратегического регулирования в области стандартов, а также инструментом развития новых стандартов в соответствии с международными требованиями. Тем самым Совет способствовал развитию иностранной торговли и открытости экономик стран СНГ для всего остального мира. Ярким примером эффективности работы Совета может служить опыт Молдовы — маленькой страны с ограниченными финансовыми и человеческими ресурсами. Молдова испытывала значительные трудности в том, что касается приведения действующей в ней системы стандартизации в соответствие с передовой международной практикой.²⁹

Наконец, еще один пример может быть найден в Протоколе 1999 г., где указано, что устранение каких-либо исключений из режима свободной торговли должно осуществляться посредством заключения двусторонних

²⁶ Существует множество примеров таких соглашений в области таможенного и транзитного сотрудничества.

²⁷ *Freinkman L. et al. Trade Performance and Regional Integration of the CIS Countries. P. 48–49.*

²⁸ В 1996 г. Международная организация по стандартизации признала Совет международной организацией под эгидой Евроазиатского межгосударственного совета по стандартизации, метрологии и сертификации.

²⁹ *The Republic of Moldova: Trade Diagnostic Study // World Bank Report. N 30998-MD. Washington DC, 2004.*

протоколов. Тем самым Протокол 1999 г. предписывает двусторонний подход и, кроме того, направлен на его укрепление (по крайней мере, на бумаге), поскольку устанавливает общую процедуру согласования двусторонних протоколов, включая специальную примирительную процедуру, принимаемую в случае возникновения споров.

Однако ситуация в СНГ осложнена двумя существенными факторами. Первый фактор связан с уже упоминавшимся «принципом заинтересованности стороны», в силу которого государство может не участвовать в определенном соглашении или решении, которые были приняты в рамках организации; при этом такое неучастие не повлияет на действительность таких соглашения или решения. В целом, данный принцип применяется в современной международной практике: в рамках Европейского союза принимаются документы (например, в области социальной, денежной или иммиграционной политики), которые не подписываются всеми государствами — членами ЕС; существуют такие документы и в рамках ВТО, часто они называются «плюрилатеральными» (*plurilateral*). Однако на сегодняшний день «принцип заинтересованности стороны» пока что не применялся к фундаментальным областям экономического сотрудничества (включая соответствующие правила и институты) ВТО и Европейского союза. В СНГ применение этого принципа получило широкое распространение, что, естественно, вызвало критику, и сам такой принцип стал рассцениваться как имеющий «антиинтеграционную природу».³⁰ С одной стороны, применение данного принципа позволяет государству-участнику выбрать режим, наиболее соответствующий его интересам. С другой стороны, отсутствие какого-либо минимального ряда документов, в коих обязаны участвовать государства, в принципе противоречит идее общей обязательности, которая необходима для эффективной региональной экономической интеграции.

Другой институциональной чертой, которую следует упомянуть в рамках настоящего исследования, является предпочтительное заключение большого количества международных соглашений — рамочных, общих соглашений, а также соглашений с более специальным предметом регулирования — вместо заключения ограниченного количества более сложных, детализированных соглашений. Хотя этот подход отличается от тех, что применяются в других региональных образованиях, таких как НАФТА, он известен в рамках международного торгового сотрудничества, включая ВТО. С одной стороны, может быть выдвинут довод о том, что применение такого подхода добавляет некоторую гибкость соответствующей организации и позволяет реализовывать проект шаг за шагом, достигая определенного консенсуса на каждом уровне. Это представляется наиболее важным для образований, где государства-участники сильно отличаются друг от друга, например, в таком объединении, как СНГ. В сочетании с «принципом заинтересованности стороны» такой подход позволяет государствам-участникам выбирать и сочетать те регуляторы, которые наиболее им подходят и при этом не создавать препятствий для реализации проекта в целом. С другой стороны, фрагментарное многостороннее регулирование определенной области (в данном случае сотрудничества в области торговли) создает угрозу коллизии между различными правилами и частичной имплементацией таких правил, что, в свою очередь, может привести

³⁰ Кириленко В., Мишальченко Ю. Право Содружества Независимых Государств в системе международного права. С. 125.

к созданию непрозрачного режима, которым будет очень сложно управлять. Это, несомненно, способствует медленной и несинхронной ратификации соглашений, считающихся наиболее важными для СНГ.³¹ Наконец, такое регулирование требует, чтобы региональные институты обеспечивали соблюдение соответствующих правил и создавали необходимые механизмы интерпретации этих правил и урегулирования возникающих при их применении споров.

Учитывая вышеизложенное и принимая во внимание большое количество различного вида соглашений, принятых в рамках СНГ, полагаем, что определение применимого торгового режима представляется непростой задачей. В принципе, регулирование несколькими соглашениями одного и того же предмета может привести или к аккумуляции норм (в виде дополнения новыми нормами или повторения старых норм) или к их коллизии.³² Трудности возникают при определении применимых материальных норм, а также правил, регулирующих коллизии между нормами. Такие проблемы не возникают лишь в случае, когда соответствующие нормы применяются органами государства. Тем не менее возникновение таких проблем является важным сигналом для частных хозяйствующих субъектов.

Если проанализировать заключенные в рамках СНГ соглашения, то можно выявить несколько важных моментов. Говоря о Российской Федерации, не ратифицировавшей ни Соглашение о свободной торговле 1994 г., ни Протокол о свободной торговле 1999 г., можно сделать вывод, что отдельные двусторонние и специальные многосторонние соглашения, в которых участвует Российская Федерация, регулируют один и тот же предмет. Одни специальные многосторонние соглашения были заключены до появления каких-либо двусторонних соглашений (например, Соглашение о стандартизации, метрологии и сертификации от 13 марта 1992 г.), другие — после (например, Соглашение о реэкспорте товаров от 15 апреля 1994 г.). Однако ситуация с другими странами СНГ представляется еще более сложной. Соглашение о свободной торговле 1994 г. вступило в силу для всех этих стран (за исключением Туркменистана), и почти все они³³ заключили впоследствии соответствующие двусторонние соглашения в области свободной торговли. Как и в случае с Россией, эти страны также участвуют в ряде специальных многосторонних соглашений, а в некоторых случаях — и в специальных двусторонних соглашениях (например, в области транзита и таможенного сотрудничества).

Соотношение норм, содержащихся в таких соглашениях, определяется в основном правилами о неконкуренции норм. Многие специальные многосторонние соглашения содержат правила, в силу которых положения таких соглашений «не затрагивают» другие международные соглашения, в которых участвуют стороны.³⁴ Таким образом, в случае возникновения

³¹ См., напр.: Егизаров В., Оксамытный В. Право СНГ и национальное законодательство государств-участников // Право и экономика. 1998. № 2. С. 4–8.

³² Глубокое аналитическое исследование вопроса о том, как нормы взаимодействуют друг с другом, можно найти в работе: Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law. Cambridge, 2003. — Также см.: Aust A. Modern Treaty Law and Practice. Cambridge, 2000.

³³ Имеются такие исключения, как, например, Соглашение о свободной торговле между Украиной и Беларусью от 17 декабря 1992 г.

³⁴ Например, ст. 5 Соглашения о косвенном налогообложении от 25 ноября 1998 г., ст. 11 Соглашения о таможенном оформлении и таможенном контроле от 8 октября 1999 г., ст. 15 Соглашения по техническим барьерам в зоне свободной торговли от 20 июня 2000 г.

коллизии нормы соглашения, принятого ранее, будут, по-видимому, истолкованы как имеющие приоритет. Соглашение о свободной торговле 1994 г. и Протокол 1999 г. предусматривают, что ничто в этих соглашениях «не может рассматриваться как препятствующее любой из Договаривающихся Сторон выполнять взятые на себя обязательства в соответствии с каким-либо иным международным соглашением, участницей которого эта Договаривающаяся Сторона является или может являться при условии, если эти обязательства не противоречат положениям и целям настоящего соглашения».³⁵ Таким образом, Соглашение 1994 г. и Протокол 1999 г. допускают применение не противоречащих последним соглашений, принятых как до, так и после Соглашения 1994 г. и Протокола 1999 г. Однако не все специальные многосторонние соглашения содержат правила о неконкуренции норм.³⁶ Многие двусторонние соглашения в области свободной торговли хотя и содержат в преамбулах ссылки на многосторонние соглашения о свободной торговле, также не содержат таких правил.³⁷ В отсутствие таких правил, для определения подлежащих применению норм будут использоваться положения Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., например, принцип *lex posterior*, закрепленный в ст. 30 этой Конвенции.

Вне зависимости от того, имеются ли правила о неконкуренции норм, необходимо определить, существуют ли противоречия между соответствующими соглашениями; это можно сделать, проанализировав материальные нормы таких соглашений. Очевидно, что такой анализ проще осуществить в том случае, когда установлена взаимодополняемость соглашений, которые содержат ссылки на применение тех или иных норм (например, норм многосторонних соглашений относительно происхождения товаров), или тогда, когда специальные многосторонние соглашения имеют своим предметом ранее неурегулированный вопрос. Тем не менее очевидно, что процесс толкования соответствующих положений — как правил о неконкуренции норм, так и материально-правовых норм — представляет собой исключительную важность. Многие соглашения, заключенные в рамках СНГ, содержат положения, которые направлены на упрощение процесса толкования; в частности, они предусматривают, что споры, связанные с толкованием, должны разрешаться с учетом их определения международными соглашениями, такими, например, как соглашения ГАТТ/ВТО. Таким образом, описанное выше подчеркивает необходимость создания внутренних и региональных институтов, наделенных полномочиями в области толкования; речь о таких институтах пойдет далее.

Помогает ли практика улучшить качество правового регулирования? Не представляется возможным в рамках настоящей статьи детально проанализировать положения различных соглашений в области свободной

³⁵ Статья 20 Соглашения о свободной торговле 1994 г. и Протокола 1999 г.

³⁶ Например, Соглашение о стандартизации, метрологии и сертификации от 13 марта 1992 г., Соглашение о единой товарной номенклатуре от 3 ноября 1995 г. или Протокол о лицензировании импорта от 30 ноября 2000 г.

³⁷ Двусторонние соглашения в области свободной торговли содержат правила о неконкуренции норм в отношении не противоречащих последним и принятым ранее двусторонних соглашений, а также в отношении норм, отражающих принцип *pacta tertiis*, закрепленный в ст. 34 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Очевидно, что такие правила, а также соответствующие ссылки в преамбулах соглашений могут быть отправной точкой при толковании соглашений.

торговли, заключенных в СНГ.³⁸ Несмотря на это, следует все же упомянуть несколько моментов. Изучая материальные нормы двусторонних соглашений в области свободной торговли, можно прийти к выводу, что они регламентируют некоторые основные вопросы торговли, вместе с тем они остаются довольно лаконичными и простыми. Они регулируют такие основные вопросы, как тарифные отношения и, при этом, как правило, в недостаточной степени регламентируют барьеры в нетарифных отношениях. Такие вопросы, как технические требования и стандарты, а также вопросы, которые становятся все более актуальными в рамках торговых отношений (либерализация в области оказания услуг, инвестиционная деятельность, вопросы интеллектуальной собственности, вопросы охраны окружающей среды и труда), исключены из сферы регулирования этих соглашений. Многие положения соглашений являются неточными и размытыми. Не совсем понятна природа некоторых упущений данных соглашений: то ли это сделано умышленно, то ли это результат недостаточной оценки предмета регулирования, то ли такие упущения являются следствием неадекватного копирования предыдущих соглашений в области свободной торговли.

Тем не менее следует признать, что имеет место некоторая эволюция двусторонних соглашений и можно наблюдать качественное улучшение положений последних. Такое улучшение подтверждается, в частности, тем обстоятельством, что все чаще подобные соглашения содержат ссылки на соответствующие нормы, применяемые в рамках ГАТТ/ВТО; особенно это наблюдается в области специальных торговых мер. Существенно изменился подход к составлению таких соглашений: например, Соглашение о свободной торговле между Украиной и Молдовой от 13 ноября 2003 г. составлялось с явным учетом того, что Молдова уже является членом ВТО, а Украина находится в шаге от этого.³⁹

По сравнению с двусторонними договорами, Соглашение о свободной торговле 1994 г. и Протокол 1999 г. более четко нацелены на создание детализированных и качественных правовых норм, а также на обеспечение соблюдения государствами взятых на себя обязательств, что будет рассмотрено в следующем разделе. Несмотря на то что некоторые современные и перспективные вопросы торгового сотрудничества (такие, как охрана окружающей среды и труда) остаются неурегулированными, наблюдается качественное развитие норм Протокола 1999 г. по сравнению с Соглашением 1994 г. Такой же вывод можно сделать и в отношении многих специальных соглашений, в особенности тех, которые были приняты после 1999 г. Процесс такого положительного качественного развития, причем как на двустороннем, так и на многостороннем уровне, можно объяснить наличием уже накопленного опыта торгового сотрудничества, а также стремлением государств, желающих вступить в ВТО, соответствовать требованиям последней.

Указанное выше правовое развитие (по крайней мере, на уровне норм писаного права) является основанием для некоторой доли оптимизма, хотя зачастую остается недооцененным. Однако есть основания полагать, что даже если этот процесс продолжится, он не принесет ощутимых результатов в связи с институциональными особенностями режима СНГ, рассмотрению которых посвящена следующая часть настоящей статьи.

³⁸ Такой анализ можно найти в работе: *Dragneva R., de Kort J. The Legal Regime for Free Trade in the CIS // International and Comparative Law Quarterly. 2007. V. 2. P. 233–266.*

³⁹ К настоящему моменту Украина является членом ВТО. — *Прим. редактора.*

«Жесткий» или «мягкий» режимы? Изучая развитие международных правовых режимов (на глобальном, региональном и двустороннем уровнях) за последние 50 лет, можно увидеть стабильный рост их легализации (или юрисдикционализации). По ряду причин основания такой легализации все чаще усматриваются в достижениях в области экономической интеграции.⁴⁰ «Жесткие» или сильно легализованные режимы отличаются друг от друга, однако, несмотря на это, все они зачастую ассоциируются с юридически обязательными правилами, поддерживаемыми эффективными механизмами разрешения споров.⁴¹ Действительно, в рамках торгового сотрудничества эффективные механизмы разрешения споров, а также иные механизмы, способствующие выполнению сторонами взятых на себя обязательств, представляются жизненно необходимыми. Несмотря на это, развитие таких механизмов происходит медленно.⁴² Изучение данного вопроса показывает, что существует ряд факторов, которые предопределяют нежелание государств применять «жесткие» механизмы правового регулирования. К таким факторам можно отнести в том числе необходимость согласования различий и устранения неопределенностей, стремление защитить свой суверенитет, а также давление определенных групп лиц внутри государств.⁴³ Многие из этих факторов актуальны и в контексте СНГ.

В случае с СНГ многие авторы подчеркивают общую неэффективность механизмов разрешения споров.⁴⁴ Рассматривая механизмы, применяемые в соглашениях в области свободной торговли, можно установить следующее. Двусторонние соглашения в области свободной торговли не предусматривают каких-либо специальных механизмов разрешения споров, кроме переговоров. Некоторые из таких соглашений упоминают возможность разрешения споров «другими средствами, приемлемыми для сторон»; при этом не уточняется, какие именно средства имеются в виду.⁴⁵

⁴⁰ Основания и причины процесса легализации рассматриваются в работах: *Reich A.* From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations // *Northwestern Journal of International Law and Business.* 1996. N 17. P. 775–849; *Kahler M.* The Causes and Consequences of Legalization // *International Organization.* 2000. N 3. P. 661–683.

⁴¹ Формы и уровни легализации международных институтов рассматриваются более детально в работе: *Abbott K., Keohane R., Moravcsik A., Slaughter A.-M., Snidal D.* The Concept of Legalization // *International Organization.* 2000. N 3. P. 401–419.

⁴² Например, за исключением Европейского экономического соглашения, все соглашения, заключенные Европейским союзом до 2000 г., содержат традиционный дипломатический подход к разрешению споров (см., напр.: *Bercero I. Garcia.* Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned? // *Bartels L., Ortino F., eds.* *Regional Trade Agreements and the WTO System.* Interestingly also, out of the more juridicized dispute mechanisms envisaged, only NAFTA and Mercosur's procedures seem to be used in practice; *Davey W.* Dispute Settlement in the WTO and RTAs: A Comment // *Ibid.*

⁴³ *Abbott K., Snidal D.* Hard and Soft Law in International Governance // *International Organization.* 2000. N 3. P. 421–456; *Kahler M.* The Causes and Consequences of Legalization // *International Organization.*

⁴⁴ *Freinkman L.* et al. Trade Performance and Regional Integration of the CIS Countries; *Кириленко В., Мишальченко Ю.* Право Содружества Независимых Государств в системе международного права. С. 125. — Данный раздел частично основывается на более ранней работе автора настоящей статьи (см.: *Dragneva R.* Is «Soft» Beautiful? Another Perspective on Law, Institutions, and Integration in the CIS // *Review of Central and East European Law.* 2004. N 3. P. 279–324; *Dragneva R., de Kort J.* The Legal Regime for Free Trade in the CIS).

⁴⁵ Например, многие соглашения Казахстана в области свободной торговли, заключенные в 1997 г., или Соглашение о свободной торговле между Украиной и Узбекистаном от 29 декабря 1994 г.

Исключением в данном случае является Соглашение 2003 г. между Украиной и Молдовой, которое устанавливает, что споры, связанные с конкуренцией, государственными субсидиями и применением специальных торговых мер, подлежат урегулированию специально создаваемой для этой цели рабочей группой.⁴⁶ Несмотря на то что двусторонние соглашения в области свободной торговли, как правило, предусматривают создание двусторонних комиссий, призванных способствовать реализации подобных соглашений, лишь немногие из комиссий прямо наделены полномочиями в области урегулирования споров.⁴⁷ Таким образом, в части созданной ими организационной структуры данные соглашения могут быть отнесены к «соглашениям в области свободной торговли первого поколения», которые восприняли дипломатическую модель, используемую в торговых соглашениях 1960–1970-х годов на Западе.⁴⁸

Для сравнения отметим, что многосторонние соглашения представляют собой попытку придать более четкий характер взятым на себя обязательствам. Наиболее амбициозным в данном случае является Договор о создании Экономического союза 1993 г., который предусматривает урегулирование споров путем переговоров или путем обращения в Экономический суд (ст. 31). В случае если указанные выше средства не приведут к урегулированию возникшего спора, в Договоре 1993 г. предусмотрена возможность обращения в другие международные судебные органы.⁴⁹ Важно отметить, что положения Договора 1993 г. направлены на усиление роли Экономического суда, причем как в части обязательности его юрисдикции, так и применительно к действию его решений.⁵⁰ Экономический суд был учрежден в соответствии со специальным Соглашением от 6 июля 1992 г. и был уполномочен осуществлять свою деятельность для «обеспечения единообразного применения соглашений государств — участников Содружества Независимых Государств и основанных на них экономических обязательств и договоров путем разрешения споров, вытекающих из экономических отношений».⁵¹ Помимо права разрешать межгосударственные экономические споры (ст. 3 Положения о Суде), Суд может разрешать

⁴⁶ Статья 26 Соглашения 2003 г. между Украиной и Молдовой.

⁴⁷ Единственными исключениями, которые нам удалось обнаружить, являются Соглашение о свободной торговле между Украиной и Казахстаном от 17 сентября 1994 г. и Соглашение о свободной торговле между Украиной и Грузией от 9 января 1995 г., которые наделяют двусторонние комиссии правом толковать положения таких соглашений и разрешать возникающие споры. В то же время некоторые соглашения даже не упоминают о каких-либо комиссиях, например, Соглашение о свободной торговле между Казахстаном и Беларусью от 23 сентября 1997 г. и Соглашение о свободной торговле между Казахстаном и Узбекистаном от 2 июня 1997 г.

⁴⁸ Reich A. From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations.

⁴⁹ О других международных институтах, доступных странам СНГ, см.: Анисимов Л. Механизмы разрешения споров и предотвращения конфликтов между государствами — участниками СНГ // Московский журнал международного права. 2002. № 1. С. 97–115.

⁵⁰ Об общих институциональных особенностях (и проблемах) Суда: Клеандров М. Экономический суд СНГ: Что это такое? // Хозяйство и право. 1993. № 7. С. 60–69; Danilenko G. The Economic Court of the CIS // NYU Journal of International Law and Politics. 1999. N 4. P. 893–918; Симонян Г. К вопросу о признании юрисдикции Экономического суда СНГ // Московский журнал международного права. 2000. № 4. С. 104–111.

⁵¹ Статья 1 Соглашения о статусе Экономического суда от 6 июля 1992 г. — Роль Суда была подтверждена тем, что наряду с другими институтами СНГ он был включен в Устав СНГ 1993 г.

и любые другие споры в случаях, предусмотренных соглашениями сторон. Таким соглашением является Договор о создании Экономического союза 1993 г., который предусматривает, что все споры, связанные с его применением или толкованием, подпадают под обязательную юрисдикцию Суда.

В соответствии с Соглашением о статусе Экономического суда 1992 г., решение Суда не является обязательным: государству, признанному нарушившим соответствующие обязательства, только рекомендуется следовать такому решению.⁵² В случае если такая сторона откажется исполнять решение Суда, другая сторона может лишь обратиться к Совету глав государств.⁵³ В Совет также можно обратиться в том случае, если имеет место систематическое нарушение договорных обязательств, а также решений органов СНГ. Однако результат такого обращения не определен, за тем исключением, что на нарушителя может быть оказано давление со стороны других стран СНГ, а его репутации — причинен ущерб. Учитывая, что Совет принимает решения единогласно, заинтересованная сторона может блокировать применение тех или иных неуродных ей мер.

Договор о создании Экономического союза 1993 г. добавляет некоторой «жесткости» решениям Суда, устанавливая, что «если Экономический Суд признает, что какое-либо государство — член Экономического союза не выполнило одного из обязательств, возлагаемого на него настоящим Договором, это государство обязано принять меры, связанные с выполнением решения Экономического Суда».⁵⁴ Договор также предусматривает возможность заключения соглашений, в том числе соглашений, регулирующих порядок применения санкций в случае неисполнения взятых на себя обязательств. В соответствии с заключением Суда ст. 31 устанавливает, что все государства, подписавшие Договор, прямо и недвусмысленно признали обязательность для них решений Суда.⁵⁵

Однако, как упоминалось ранее, формула интеграции, предложенная вместе с Договором о создании Экономического союза, оказалась недолговечной. Действительно, отклонения от этого подхода были видны уже в Соглашении о свободной торговле 1994 г. Статья 19 Соглашения 1994 г. предусматривает ряд последовательных мер: переговоры, согласительная процедура, обращение в Экономический суд и обращение в другие международные судебные институты. Переход к следующей стадии может быть осуществлен или по взаимному согласию сторон, или по требованию потерпевшей стороны, если в течение шести месяцев применяемые процедуры не принесли результатов. Использование согласительной процедуры не привязано к каким-то специальным сферам, и поэтому по Соглашению о свободной торговле 1994 г. такая процедура может применяться к любым спорам; при этом норм, детализирующих применение согласительной процедуры, очень мало. Соглашение содержит лишь положения о назначении членов рабочей группы *ad hoc*, которая вправе давать рекомендации. При этом отсутствуют положения о сроках и порядке определения состава такой группы. Затрагивая вопрос о судебных механизмах разрешения споров, следует отметить, что стороны вправе обратиться к другим международным судебным институтам в качестве альтернативы

⁵² Абзац 4 ст. 3 Соглашения о статусе Экономического суда от 6 июля 1992 г.

⁵³ Статья 9 Соглашения о создании Содружества Независимых Государств от 8 декабря 1991 г., ст. 17 Устава СНГ.

⁵⁴ Абзац 2 ст. 31 Договора о создании Экономического союза 1993 г.

⁵⁵ Консультативное заключение Экономического суда C-1/19-96 от 15 мая 1997 г.

Экономическому суду. Несмотря на то что Экономический суд указал на необходимость приоритетного обращения к нему,⁵⁶ некоторые специальные многосторонние соглашения упоминают Суд в качестве альтернативного способа разрешения споров.⁵⁷

Кроме того, Соглашение о свободной торговле 1994 г. предусматривает некоторые коллективные меры «самопомощи». Если сторона нарушает взятые на себя обязательства и такое нарушение серьезным образом вредит целям соглашения, другие стороны этого соглашения вправе прекратить действие последнего (полностью или в части) в отношении такой стороны или даже исключить нарушителя из участников такого соглашения.⁵⁸

Протокол 1999 г., а также ряд документов, относящихся к последнему, предусматривают два важных положения о порядке разрешения споров.

Во-первых, Протокол 1999 г. устанавливает специальные согласительные процедуры применительно к специальным торговым мерам (ст. 19) и устранение изъятий (см. специальный протокол).⁵⁹ Установленная ст. 19 процедура включает консультации (которые должны проводиться в течение двух месяцев с момента соответствующего запроса); за ними следует согласительная процедура, осуществляемая рабочей группой *ad hoc*, которая назначается Исполнительным комитетом⁶⁰ в течение тридцати дней с момента запроса. Статья 19 не содержит каких-либо иных положений, детализирующих процедуру урегулирования спора, за исключением указания на то, что решения рабочей группы носят необязательный характер. Если согласительная процедура не приведет к урегулированию спора, Соглашение о свободной торговле допускает применение мер «самопомощи» в виде взаимного прекращения договорных обязательств ущемленной стороны. Согласительная процедура, применяемая при разрешении споров в области устранения изъятий, практически такая же, за исключением того, что она более детализирована. Если по результатам согласительной процедуры согласия не достигнуто, спор передается на разрешение Совета глав правительств.

Во-вторых, Протокол 1999 г., в отличие от предыдущих подходов, не содержит прямых ссылок на Экономический суд, а лишь предусматривает, что требование о применении консультаций и согласительных процедур не препятствует тому, чтобы стороны решали возникший спор «посредством процедур, установленных международным правом» (ст. 19.5). Не просто понять, не является ли такой подход скрытой попыткой уйти от разрешения споров через Суд. С одной стороны, наблюдается неудовлетворенность эффективностью Суда и отсутствием у него необходимых полномочий. Лишь немногие дела рассматривались Судом, и почти все они касались вопросов толкования соглашений или решений СНГ, а не

⁵⁶ Там же.

⁵⁷ Статья 11 Соглашения о принципах косвенного налогообложения 1998 г., ст. 15 Соглашения о процедурах таможенного оформления и таможенного контроля 1999 г.

⁵⁸ Абзац 2 ст. 25 Соглашения о свободной торговле 1994 г.

⁵⁹ Протокол о правилах процедуры проведения консультаций о поэтапной отмене изъятий из режима свободной торговли, принятый Решением Экономического совета от 24 декабря 1999 г.

⁶⁰ В Протоколе 1999 г. упоминается Межгосударственный экономический комитет, созданный в 1994 г. Затем Комитет был заменен Исполнительным комитетом СНГ, созданным в 1999 г. Однако в Положении об Исполнительном комитете СНГ прямо на это не указано.

межгосударственных споров.⁶¹ С другой стороны, предпринимались попытки (до сих пор не увенчавшиеся успехом) усилить институционный характер Суда, в том числе посредством распространения его юрисдикции на частноправовые споры в области свободной торговли.⁶² Другая инициатива была озвучена в августе 2005 г. на саммите глав государств СНГ. Однако по состоянию на сегодняшний день не наблюдается каких-либо результатов таких инициатив.

Таким образом, несмотря на то что по сравнению с двусторонними соглашениями в области свободной торговли многосторонний режим предоставляет большие возможности для разрешения споров, эффективность последнего все еще вызывает сомнения. Применение принципа заинтересованной стороны, отсроченная ратификация соглашений (как упоминалось выше, особенно это касается позиции России), а также частое использование оговорок⁶³ позволяют предположить, что определение субъектных рамок многостороннего правового регулирования является весьма сложной задачей.⁶⁴ При сравнении такого правового регулирования с международными аналогами становится очевидно, что правовой режим свободной торговли СНГ нуждается в положениях, устанавливающих обязательный механизм разрешения споров (в виде судебного органа или рабочих групп *ad hoc*). Даже когда он предусматривает необязательный для сторон порядок урегулирования споров при помощи рабочих групп *ad hoc* (что имеет большое значение при урегулировании споров в области применения специальных торговых мер), указанный режим не содержит норм, обеспечивающих независимость членов таких групп, либо норм, детально предусматривающих порядок и сроки осуществления процедуры урегулирования спора, что могло бы обеспечить эффективность последней.

Таким образом, можно сделать вывод, что недостаток нормативной базы в области обеспечения взятых на себя сторонами обязательств, а также низкий уровень легализации являются важнейшими проблемами как для многостороннего, так (возможно даже в большей степени) и для двустороннего режима свободной торговли СНГ.

Вместо заключения. Как показывает международная практика, соблюдение (или имплементация) международных соглашений является сложной задачей, не имеющей простых решений. Действительно, многие

⁶¹ В течение первых десяти лет существования Суда было рассмотрено шестьдесят пять дел. Большинство из них (сорок четыре) разрешилось путем принятия консультативных заключений по вопросам толкования соглашений и решений СНГ; девять дел вытекали из споров, связанных с невыполнением государствами — членами СНГ соответствующих экономических обязательств; и два дела касались трудовых споров (см.: <http://sudsng.org/about>). Нам было нелегко получить полную информацию об указанных девяти делах и соответствующих вынесенных решениях. Тем не менее удалось выяснить, что эти дела были разрешены путем переговоров (*Фисенко И.* Практика Экономического суда СНГ // Московский журнал международного права. 1997. № 3. С. 26–33).

⁶² Например, Решение Совета глав государств «О работе Экономического суда и необходимости его совершенствования» от 26 мая 1995 г., а также принятый в развитие последнего Проект концепции Экономического суда от апреля 1996 г. Также можно упомянуть подготовленный Судом Проект протокола от 3 декабря 1999 г., вносящего изменения в статус Экономического суда, а также Концепцию Экономического суда от 24 октября 2000 г.

⁶³ Относительно оговорок в данном контексте: *Dragneva R.* Is «Soft» Beautiful? Another Perspective on Law, Institutions, and Integration in the CIS.

⁶⁴ Подробнее о компетенции Экономического суда см.: *Симонян Г.* К вопросу о признании юрисдикции Экономического суда СНГ. С. 105.

СКОЛЬКО КОДЕКСОВ НУЖНО РОССИИ?

Т. А. ЩЕЛОКАЕВА



Щелокаева Татьяна Анатольевна,
к. ю. н., доц. кафедры теории
государства и права
Института (филиала)
Московской государственной
юридической академии
в г. Кирове,
судья Арбитражного суда
Кировской области

Кодекс как форма (источник) права. Попытки отыскать место кодекса в системе источников права тщетны, поскольку данный термин относится к заголовку нормативного правового акта, в то время как система источников права в целом и система нормативных правовых актов в частности строятся по наименованию правового акта. Например, в системе российского законодательства есть нормативный правовой акт с наименованием «Федеральный закон», датой «от 30 декабря 2001 г.», номером «№ 195-ФЗ» и заголовком «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

Наименование правового акта (федеральный закон, постановление Правительства РФ) является родовым признаком нормативного документа и определяет его место в системе законодательства, построенной по иерархическому принципу.

При этом установление как наименования нормативного документа, так и его положения в иерархии нормативных правовых актов находится в исключительной компетенции законодателя. Так, в ст. 90 Конституции РФ сформулирована коллизийная норма, согласно которой указы Президента РФ не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам. Следовательно, в силу конституционной нормы федеральные законы в иерархии нормативных актов выше указов Президента РФ.

Между тем установление правил (процедуры) подготовки, принятия, опубликования и вступления в силу нормативных актов определенного вида — это сфера регулирования того правотворческого субъекта, в компетенцию которого входит принятие данного вида нормативных актов. Действует принцип субординации: каждый правотворческий субъект самостоятельно определяет процедуру принятия своих актов. Представляется, что принятие проекта Федерального закона «О нормативных правовых актах Российской Федерации»,¹ в котором прописаны общие правила правотворческой процедуры, а также технико-юридические приемы,

© Т. А. Щелокаева, 2009

E-mail: taash@mail.ru

¹ Тихомиров Ю. А., Рахманина Т. Н., Хабибулин А. Г. Закон о нормативных правовых актах — актуальная повестка дня // Журнал российского права. 2006. № 5. С. 88–93.

содержании и, в конечном счете, определяет его место в системе отрасли законодательства. Кодифицированные акты, исходя из правила полноты правового регулирования, целесообразно создавать на уровне отраслей, подотраслей и институтов права.³

Кодекс — это нормативный акт, названный так правотворческим субъектом. Очевидно, что такой заголовок может иметь только кодифицированный акт. Но при этом не каждый кодифицированный акт следует называть кодексом.

Кодекс как вид кодифицированных нормативных актов не является особой (специфической) формой права. По форме права кодифицированные акты являются либо нормативными правовыми актами, либо нормативными правовыми договорами. В национальных (внутригосударственных) правовых системах кодифицируются нормативные правовые акты.

Юридическая сила кодифицированного акта определяется не техникой его создания (кодификацией), а его наименованием, отражающим порядок его принятия и, соответственно, его место в иерархической системе законодательства. Например, юридическая сила ГК РФ определяется не его кодификационными качествами, а его наименованием, его титулом федерального закона.

Построенная государством по иерархическому принципу (по вертикали) система законодательства, а также система отрасли законодательства не содержит таких элементов, как кодифицированный нормативный акт и кодекс. Данная система моделируется законодателем в зависимости от статуса правотворческого субъекта (Государственная Дума РФ), процедуры принятия (простая или сложная) и наименования нормативного акта (постановление или федеральный закон).

Между тем система законодательства также формируется по отраслевому (институциональному) критерию, а именно по сфере правового регулирования — система законодательства по горизонтали. В случае совпадения полностью или в части сфер правового регулирования между равными по юридической силе нормативными актами может возникнуть конкуренция.

Если кодификация осуществлена в соответствии с требованиями юридической техники, то кодифицированный акт является актом общего действия, а конкурирующий с ним нормативный правовой акт — актом специального действия. В соответствии с коллизионной нормой (правовым обычаем) приоритет имеет специальная норма.

Но законодатель в отдельных случаях⁴ непосредственно в кодифицированном акте устанавливает коллизионные нормы, посредством которых преодолевается указанная конкуренция вопреки названному правовому обычаю. Например, в п. 2 ст. 3 ГК РФ установлено, что нормы гражданского права, содержащиеся в других федеральных законах, должны соответствовать указанному Кодексу.

При этом нельзя утверждать о безусловном приоритете ГК РФ над другими федеральными законами, поскольку значительная часть специальных норм данного кодифицированного акта устанавливает преимущество иных федеральных законов. Так, согласно п. 1 ст. 544 ГК РФ оплата энергии производится за фактически принятое абонентом количество

³ Чухвичев Д. В. Особенности законодательной техники при проведении кодификации // Право и политика. 2005. № 10. С. 27–38.

⁴ Представляется, что это правило должно стать общим требованием кодификационной техники.

энергии в соответствии с данными учета энергии, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. С учетом положения п. 2 ст. 3 ГК РФ под законом, устанавливающим иные правила, понимается федеральный закон, входящий в систему гражданского законодательства.

Таким образом, утверждение о существовании такой формы права, как кодекс, является ложным, и вызывает большие сомнения тезис о приоритете кодифицированного федерального закона над некодифицированными федеральными законами.

Кодекс как заголовок нормативного документа. Поскольку одним из признаков кодифицированного акта является полнота правового регулирования в пределах отрасли права (института права), то кодификации подлежат нормативные акты соответствующих отраслей законодательства. Полагаем, единственным исключением из данного правила являются межотраслевые институты. Представляется невозможной кодификация законодательства о юридической ответственности, поскольку сформулировать общие конструкции (например, по субъекту или по основаниям) для уголовной и материальной ответственности весьма трудно с точки зрения техники кодификации и опасно с точки зрения задач и смысла правового регулирования.

Также необоснованно предложение о кодификации института частной собственности, поскольку он имеет «прописку» не только в гражданском праве и законодательстве, но и в уголовном праве.

Прогресс права, безусловно, связан с кодификацией законодательства и созданием кодифицированных актов, но осуществлять данную деятельность следует только по отраслевому принципу.

Более того, объектом кодификации как специфической техники обобщения и дифференциации социального регулирования может быть любой нормативный материал, даже не имеющий правового характера. Поэтому вполне закономерно и оправданно появление таких документов, как Кодекс чести таможенника РФ (введен в действие Приказом Государственного таможенного комитета РФ от 3 сентября 1997 г. № 530),⁵ Международный кодекс медицинской этики (принят Генеральной Ассамблеей Всемирной медицинской ассоциации в 1949 г.), Кодекс профессиональной этики психиатра.⁶

В деле кодификации остается актуальным вопрос о том, какой кодифицированный акт надлежит называть кодексом, а именно включать или нет соответствующий юридический термин в заголовок нормативного правового акта. Понятно, что правотворческий субъект самостоятелен в формулировке заголовка. Между тем правовая наука и практика выработали правило, согласно которому заголовок должен максимально точно отражать сферу правового регулирования нормативного акта. Также следует попытаться сформулировать технико-юридические правила обозначения озаглавливаемого акта термином «кодекс».

Исходя из того, что кодификация нормативных актов должна осуществляться по сферам правового регулирования, объектом кодификации становится отрасль законодательства. В рамках одной отрасли законодательства не может быть более одного кодифицированного акта.

При реализации данного правила возникает вопрос о том, что следует понимать под отраслью законодательства.

⁵ Таможенный вестник. 1990. № 20.

⁶ *Этика практической психиатрии. Руководство для врачей.* М., 1996. С. 229–237.

Полагаем, что отрасль законодательства — это совокупность нормативных правовых актов, изданных для регулирования группы общественных отношений, являющихся предметом обособленного правового образования (отрасли права, подотрасли права, института права). Соответственно подлежат кодификации уголовное законодательство, бюджетное законодательство, законодательство о пожарной безопасности.

При этом не все создаваемые кодифицированные акты следует называть кодексами. У кодекса помимо признаков, присущих любому кодифицированному акту, есть еще два отличительных признака.

Первый признак состоит в том, что общие конструкции такого кодифицированного акта должны устанавливать не только предмет, но и специфический метод правового регулирования. Поскольку метод правового регулирования как совокупность особым образом скомбинированных средств и приемов формализуется в нормах-принципах, в нормативных блоках о правовых и фактических основаниях возникновения охраняемых отношений, конструкциях способов защиты, то кодексом следует называть наиболее значимый по юридической силе и значительный по объему нормативный правовой акт. Данный акт должен главенствовать в системе источников соответствующей отрасли законодательства. Следовательно, такой нормативный документ должен быть федеральным законом.

Полагаем, что именно указанное свойство кодекса как вида кодифицированных актов объясняет сложившуюся практику кодификации российского законодательства.

Согласно теории отраслевой структуры права⁷ есть основные отрасли права, имеющие свой метод и механизм регулирования (правовой режим): конституционное, гражданское, уголовное, административное, соответствующие им процессуальные отрасли права, а также трудовое, семейное, земельное, финансовое право. Но не все основные отрасли права имеют в системе соответствующей отрасли законодательства общеправовой кодифицированный акт с заголовком «кодекс».

В конституционном законодательстве есть кодифицированные акты, но кодексами назвать их нельзя, поскольку главенствует (и по объему, и по силе) Конституция РФ.

В российской правовой системе есть Гражданский и Уголовный кодексы. Под соответствующим заголовком кодифицировано гражданское процессуальное законодательство и уголовное процессуальное законодательство.

Дискуссионным остается вопрос о кодификации административного и административного процессуального законодательства.

Отсутствие Административного кодекса как общеправовой кодифицированного акта в литературе комментируется по-разному. Большинство авторов объясняют сложившуюся ситуацию причинами объективного характера, а именно наличием значительного числа административно-правовых норм.⁸ Другие полагают, что некодифицированность материального административного законодательства есть следствие не столько технических сложностей, сколько нежелания аппарата государственной бюрократии устанавливать законодательные ограничения в сфере «собственной жизнедеятельности».⁹

⁷ Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 247–248.

⁸ Корнев А. П. Административное право России. Учебник. В 3 ч. Ч. 1. М., 2000. С. 40.

⁹ Ромашов Р. А. К вопросу о предмете и источниках административного права России // Административное право и процесс. 2006. № 3.

Между тем кодификация норм административного законодательства осуществляется, но не на общеотраслевом, а на подотраслевом и институциональном уровнях. Кодифицированными являются такие акты, как Консульский устав СССР,¹⁰ СанПиН 2.4.5.2409-08 «Санитарно-эпидемиологические требования к организации питания обучающихся в общеобразовательных учреждениях, учреждениях начального и среднего профессионального образования», утв. Постановлением Главного государственного санитарного врача РФ от 23 июля 2008 г. № 45,¹¹ и т. д.

Общеотраслевая кодификация административного законодательства, соответственно, разработка и принятие административного кодекса не могут быть осуществлены, поскольку полнота правового регулирования в административном праве достигается на уровне правительственного либо ведомственного регулирования. Обозначение же подзаконного кодифицированного акта как кодекса нарушает правила техники кодификации, так как метод правового регулирования управленческих отношений фиксируется в федеральных законах.

Объединение норм административного права в один нормативный акт в форме федерального закона нарушает принцип разграничения государственной власти между законодательной и исполнительной ветвью. Исходя из смысла системы сдержек и противовесов, административные органы самостоятельны в дифференциации правового регулирования управленческих отношений. Между тем общие административно-правовые конструкции закреплены в федеральных законах. Поскольку правовое регулирование осуществляется на разных по юридической силе уровнях, объединение их на одном уровне в принципе невозможно.

Также представляется целесообразным принятие не закона об административных процедурах, а именно Административно-процессуального кодекса, регулирующего только охранительное правоприменение административных органов (порядок принятия решения по делу об административном правонарушении).

Нормы специальных отраслей права формализованы в Трудовом кодексе РФ, Семейном кодексе РФ, Земельном кодексе РФ. Между тем нет Финансового кодекса. Поскольку «отдельные налогово-правовые, бюджетно-правовые, банковские нормы и конструкции сохраняют юридическое своеобразие... их общность проявляется в единстве целей финансовой политики»,¹² кодификация финансового законодательства осуществляется на уровне подотраслей, в которых детализируется специфика финансово-правового метода регулирования.

Таким образом, закрепление в кодексе метода правового регулирования, который обособляется только на уровне отраслевой структуры права, определяет *второй отличительный признак кодекса*: титул кодекса должен получать только такой кодифицированный акт, который создан в результате обобщения и дифференциации отраслевого законодательства, совпадающего в целом или в подавляющей части с отраслью права.

Итак, с учетом вышеизложенного полагаем, что кодифицированность — это содержательная характеристика нормативного документа, а кодекс — его заголовок, внешний формально-закрепленный реквизит. Однако в данном случае содержание определяет заголовок не безусловно.

¹⁰ Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 27. Ст. 404.

¹¹ Российская газета. 2008. 19 авг.

¹² Винницкий Д. В. Финансовое право в современных условиях: традиции и новации // Финансовое право. 2006. № 8. С. 23.

Кодексом может быть назван только закон, поскольку вследствие утверждения демократических начал правового регулирования только законодательный орган наделен полномочиями на создание общеправовых конструкций.

Соответственно, кодекс — это федеральный закон или закон субъекта РФ, формализующий общеправовые (в том числе метод правового регулирования) и частноправовые конструкции в пределах основной отрасли права.

Федеральный закон или закон субъекта РФ, устанавливающий общеправовые конструкции, но не содержащий специально правовых нормативных комплексов, должен называться «основами», «общими принципами», но не кодексом, поскольку в нем отсутствует полнота правового регулирования.

Подзаконные кодифицированные (с технико-юридической стороны) акты не должны называться кодексами: несмотря на то что они содержат общеправовые и специальные нормативные блоки, в них отсутствует общеправовой метод регулирования. Последний закрепляется в законе как нормативном акте большей юридической силы.

КОДИФИКАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СОЦИАЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ: ОСНОВЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ИЛИ КОДЕКС?*

Ю. В. ВАСИЛЬЕВА

С 2004 г. в Российской Федерации ведется систематическая работа по анализу состояния законодательства. В 2004 г. председателем Совета Федерации С. Мироновым впервые был сделан доклад «О состоянии законодательства в Российской Федерации».¹ Теперь эти доклады вошли в ежегодную практику. Усиление внимания российских парламентариев к состоянию отечественного законодательства не случайно и обусловлено, главным образом, ростом числа принимаемых законодательных актов и процессом сближения правовой системы и правотворческого процесса России с соответствующими институтами развитых демократических государств.² Последнее обстоятельство повлекло целый ряд позитивных изменений, в том числе повышение роли закона в правовом регулировании отношений в РФ. Вместе с тем превратное понимание значимости закона может привести к обратным результатам. Многие исследователи уже обратили внимание на неоправданное увеличение числа законов, регулирующих вопросы, явно находящиеся в сфере подзаконного нормотворчества, мелкотемье, низкое качество законов.

Указанные тенденции отчетливо проявляются и в законодательстве о социальном обеспечении. Объем нормативного материала в данной



Васильева Юлия Валерьевна,
к. ю. н., доцент,
кафедра трудового права
и социального обеспечения
Пермского государственного
университета

* Статья подготовлена при поддержке Российского гуманитарного научного фонда (грант № 09-03-00072а).

© Ю. В. Васильева, 2009

E-mail: kafedratrudovogoprava@rambler.ru

¹ Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2004 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации». М., 2005 (также доступен по адресу: <http://www.council.gov.ru/lawmaking/report/2004/index.html>).

² В качестве положительных моментов влияния глобализации на отечественный законодательный процесс учеными выделяются гласность и открытость законодательного процесса, экспертное сопровождение на различных стадиях законодательного процесса, ответственность законодателя, законодательное регулирование процедуры разработки и принятия закона и др. (Хабриева Т. Я. Глобализация и законодательный процесс // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. М.; Н. Новгород, 2007. С. 26–33).

сфере постоянно увеличивается, при этом, несмотря на то что многие группы общественных отношений теперь регулируются федеральными законами, объем подзаконного и ведомственного нормотворчества от этого не уменьшается. Социально-обеспечительное законодательство бессистемно, противоречиво и сложно в применении. Очевидно, что оно нуждается в серьезном и концептуальном пересмотре, результатом которого должен стать единый сводный отраслевой кодифицированный акт. Иные способы упорядочения нормативных предписаний, такие как инкорпорация и консолидация, также могут быть использованы, но в качестве вспомогательного средства. Разработка и принятие в ближайшее время Кодекса социального обеспечения — задача гораздо более насущная, поскольку это основной способ преодоления множественности нормативных актов, пробелов и противоречивости правового регулирования. О необходимости кодификации законодательства о социальном обеспечении на страницах юридических изданий говорилось неоднократно, но перевести научные дебаты в практическую плоскость до сих пор не удавалось. Возможно, с усилением внимания российских парламентариев к вопросам кодификации данная ситуация изменится.³

Задача кодификации законодательства о социальном обеспечении требует решения многих концептуальных вопросов, один из которых касается формы кодифицированного акта. Известно, что в результате кодификации законодательства обычно создаются кодексы. Но это далеко не единственный вид сводного кодификационного акта: кроме кодексов могут приниматься уставы и положения, например Устав железнодорожного транспорта РФ. Кодифицированными актами признаются некоторые конституционные и федеральные законы (например, есть все основания отнести к числу таковых федеральные законы от 10 декабря 1995 г. № 195-ФЗ «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации», от 16 июля 1999 г. № 178-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования»⁴ и др.). В недавнем прошлом в СССР большое распространение имел такой вид кодифицированного акта, как Основы законодательства или Основные начала законодательства. Только в период 1958–1977 гг. было издано 14 основ законодательства Союза ССР и союзных республик по различным отраслям (институтам) законодательства.⁵

Основы законодательства во многом отражали специфику советского государственного и правового устройства, характеризовавшуюся сочетанием централизации и федерализма. Основы законодательства тогда регулировали лишь наиболее важные, принципиальные, требующие единообразного решения для всего государства общественные отношения. Конкретизация этих вопросов, а также регулирование общественных отношений, отнесенных Конституцией СССР к республиканской компетенции, осуществлялись преимущественно в республиканских кодексах. Возможно, учитывая эту специфику, в 1970 г. В. С. Андреев высказал пожелание о разработке и принятии в сфере социального обеспечения именно Основ

³ В докладе о состоянии законодательства в РФ по итогам 2006 г. подчеркивается, что «важнейшим элементом обеспечения качества законодательства должна стать система мер по его кодификации» (Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2006 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» // <http://www.council.gov.ru/lawmaking/report/2006/25/index.html> (2009. 19 окт.)).

⁴ СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4872; 1999. № 29. Ст. 3686.

⁵ Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А. С. Поголкина. СПб., 2003. С. 342.

законодательства СССР о социальном обеспечении. По мнению ученого этот акт должен был подтвердить завершение процесса создания отрасли права социального обеспечения.⁶ Предложения о принятии Основ законодательства о социальном обеспечении высказывались и в более позднее время.⁷ Эффективна ли данная форма кодификационного акта для систематизации современного российского законодательства о социальном обеспечении?

Конституция РФ 1993 г. не упоминает среди видов нормативных правовых актов Основы законодательства. Само по себе это обстоятельство не является запретом для разработки и принятия такого акта, тем не менее Основ в российском законодательстве фактически нет. Немногие действующие основы законодательства — об охране здоровья граждан, о нотариате, о культуре — были приняты еще до Конституции РФ и нуждаются в определенной коррекции. Кроме того, в литературе отмечается, что не все из перечисленных актов в полной мере могут быть определены именно как основы законодательства. По мнению А. В. Мицкевича, особое значение основ законодательства как кодификационных актов заключается в их дальнейшей конкретизации в соответствующих законах (как это было в СССР). Такое особое значение ученый усматривал только для Основ законодательства об охране здоровья граждан. Остальные Основы, по его мнению, могут быть отнесены скорее к полноценным сводным законам конкретного регулирования для данной сферы деятельности.⁸

Продолжая данное рассуждение, можно добавить, что в развитие Основ законодательства предполагается принятие не только специальных законов, но в первую очередь отраслевых кодексов. Именно такой порядок существовал в СССР. Основы законодательства как вид сводного закона использовались для регламентации отношений, составлявших сферу совместного ведения Союза ССР и союзных республик. При этом Основы закрепляли исключительно принципиальные положения правового регулирования, оставляя их дальнейшее развитие республиканским кодексам и другим нормативным правовым актам. Таким образом, Основы не только сами выступали как результат кодификации отраслевого законодательства — в соответствие с ними приводилось все действующее законодательство и, как обязательное следствие, осуществлялась систематизация соответствующего законодательства союзных республик в республиканских кодексах.⁹

Основы законодательства, как и кодексы, обеспечивают создание единой нормативной базы и обладают в данной сфере регулирования

⁶ Андреев В. С. Социальное обеспечение в СССР. М., 1970. С. 29.

⁷ См., напр.: Советское право социального обеспечения / под ред. А. Д. Зайкина. М., 1982. С. 53; Концепции развития российского законодательства / под ред. Л. А. Окунькова, Ю. А. Тихомирова, Ю. П. Орловского. М., 1998. С. 165. — М. О. Буянова считает, что возникла потребность в принятии Федерального закона «Об основах социального обеспечения» (Буянова М. О. Социальное обслуживание граждан России в условиях рыночной экономики (теоретико-правовой аспект). Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2003. С. 42).

⁸ Мицкевич А. В. Кодификация законодательства в Российской Федерации // Систематизация законодательства в Российской Федерации. С. 149.

⁹ См. подробнее: Поленина С. В., Сильченко Н. В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. М., 1987. С. 143; Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самошенко. М., 1962. С. 12–16; Юртаева Е. А. История систематизации законодательства в России // Систематизация законодательства в Российской Федерации. С. 340–341.

определенным юридическим приоритетом. Но, в отличие от кодексов, Основы являются актом значительно более высокой степени обобщения нормативного материала, поскольку их назначением является установление лишь общих, принципиальных положений. Ввиду этой специфики Основы существенно ограничивают возможности законодателя исчерпывающе (одним актом) урегулировать ту или иную область общественных отношений. Конечно, такие возможности ограничены для любого кодификационного акта, но в особенности в случае Основ, которые, что называется, «по определению» требуют своего последующего развития, желательного путем принятия кодекса (кодексов) в данной сфере правового регулирования. Вряд ли столь непростая конструкция отвечает целям систематизации современного динамично развивающегося законодательства о социальном обеспечении. Кодифицированный акт о социальном обеспечении должен быть документом непосредственного действия, иначе его принятие не будет оправдано, он не выполнит своего назначения. Отсутствие достаточной полноты материала и необходимой детализации правового регулирования может породить определенное недоверие к такому акту, что отрицательно скажется на его авторитете как основного акта в иерархии источников права социального обеспечения.

Имеется и другая проблема. Известно, что субъекты Российской Федерации обладают законодательными полномочиями в социальной сфере. С принятием Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122¹⁰ данные полномочия были существенно расширены, в связи с чем на регионы возложена большая ответственность за принимаемые ими нормативные правовые акты. Однако качество законодательной работы во многих субъектах Федерации пока, к сожалению, низкое. Причин этого достаточно: незавершившийся процесс разграничения полномочий между Россией и ее субъектами и «остаточный» его принцип, отсутствие долгосрочной государственной стратегии в социальной сфере, недостаточное социально-экономическое развитие многих субъектов РФ, невысокий уровень профессионализма регионального законодателя. Можно добавить к этому, что до принятия Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122 законодательство о социальном обеспечении было в достаточной степени развито далеко не во всех субъектах Российской Федерации. Во многих регионах пришлось начинать все «с нуля», в большинстве — проводить ревизию всего действующего законодательства. В таких условиях невозможно было бы ожидать от региональных властей принятия полноценных кодексов социального обеспечения.

Не стоит забывать и о том, что в СССР сочетание федерализма и жесткой централизации государственной власти, единство (неделимость) экономического, социального и культурного пространства страны требовали единообразия в правовом регулировании на всей ее территории и обеспечивали практически полную идентичность республиканских кодексов и общесоюзных Основ. Правовая доктрина базировалась на том, что «законы и кодексы союзных республик должны непосредственно отражать общесоюзные законы, прежде всего Основы, изданные по различным отраслям права. Общесоюзные законы не могут не получать прямого отражения в кодексах. Без этого было бы немислимо существование самих кодексов как целостных правовых актов, дающих систематизированное и комплексное изложение норм соответствующей отрасли права

¹⁰ СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

и законодательства».¹¹ Дополнительно подчеркивалась необходимость текстуального воспроизведения в кодексах не только общих принципов Основ, но и иных нормативных положений. Понятно, что последнее замечание можно оценивать критически (в плане разумности полного и дословного повторения Основ), но сам факт соответствия и взаимозависимости союзных Основ и республиканских кодексов очевиден. В современной России необходимую преемственность федерального и регионального законодательства еще только предстоит обеспечить. Поэтому представляется, что законодательная связка «Основы — Кодекс», имманентная правовой системе и государственному устройству СССР, вряд ли будет столь же эффективной в деле систематизации российского законодательства о социальном обеспечении.

Интересно отметить, что и в советское время далеко не всеми подерживалась идея кодификации социального законодательства в форме Основ. Так, З. Д. Виноградова указывала, что, во-первых, Основы призваны закрепить наиболее важные, концептуальные положения политики государства в области социального обеспечения, а они полностью еще не сформированы. Это одновременно затрудняет разработку Основ и предопределяет вероятность их частых изменений, что не соответствовало бы характеру этого наиболее стабильного акта. Во-вторых, акты типа Основ эффективны в тех отраслях законодательства, многие институты которых имеют сложную союзно-республиканскую структуру или большая роль в которых принадлежит подзаконным актам. В-третьих, по своему характеру Основы должны содержать лишь наиболее принципиальные положения соответствующего законодательства, а нормы о материальном обеспечении граждан отличаются особой конкретностью, точностью и тщательностью определения прав граждан, гарантий и процедуры их осуществления. Ввиду этого нормативные обобщения более высокого уровня (посредством Основ законодательства) либо вообще невозможны, либо сведутся к абстракциям, не имеющим непосредственно регулирующей силы. Автор делает вывод о том, что Основы не являются наиболее оптимальной формой кодификационного акта и их воздействие на упорядочение законодательства о социальном обеспечении может оказаться не столь значительным, как это представляется.¹²

В основном указанные обстоятельства сохраняют свою актуальность. Российскому праву социального обеспечения и соответствующему ему главному акту должны быть присущи оптимальная централизация, позволяющая гарантировать обеспечение на всей территории России единого социального пространства и единых стандартов социального обеспечения, и вместе с тем непосредственное регулятивное воздействие, снижающее возможность подзаконного (особенно ведомственного) нормотворчества. *Оптимальным решением этих задач может стать Кодекс социального обеспечения*, способный не только обеспечить правовую определенность и связанную с ней эффективность правового воздействия, но и преодолеть многие социальные проблемы, которые в современной России достаточно остры.

Кроме выбора формы кодифицированного акта, еще на этапе подготовительных работ необходимо решить немало иных вопросов, в частности

¹¹ *Теоретические вопросы систематизации советского законодательства* / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самощенко. М., 1962. С. 107–108.

¹² *Виноградова З. Д. Кодификация законодательства о социальном обеспечении // Вопросы социального обеспечения. Сб. науч. трудов. Вып. 14. М., 1983. С. 25–26.*

об отборе актов для кодификации, о структуре будущего Кодекса и его месте в системе источников права социального обеспечения и др. Указанные вопросы требуют серьезного самостоятельного изучения, но отдельные, наиболее общие суждения по этому поводу можно обозначить.

Определяя общий план будущего Кодекса социального обеспечения, следует иметь в виду, что кодекс как никакой другой закон нуждается в системно-упорядоченном изложении правового материала. Если для «обычного» закона иногда может быть простительна некоторая непоследовательность в расположении глав и статей, то в кодексе недостаточно продуманный подход к решению данного вопроса может привести к нарушению логики построения и дальнейшего развития соответствующей отрасли права. Ведь система отрасли права обычно складывается из институтов и иных подразделений, выраженных в отраслевых нормативных актах. А с учетом своеобразия строения права, его деления на определенные структурные части производится, в свою очередь, систематизация и кодификация законодательства.¹³ С. С. Алексеев убежден: «Структура права не может быть с достаточной полнотой и точностью раскрыта, если не видеть ее органического единства с внешней формой права — с системой законодательства, внутренними подразделениями в нормативных актах».¹⁴ Поэтому систематический план будущего Кодекса социального обеспечения в идеале должен опираться на два столпа: во-первых, на достижения правовой доктрины, выработавшей ряд подходов к определению системы и структуры права социального обеспечения; во-вторых, на состояние действующего социально-обеспечительного законодательства. Более того, результаты работ по кодификации законодательства не будут столь успешны без использования Классификатора правовых актов.¹⁵ Последний может стать необходимым связующим звеном между абстрактной теоретической конструкцией и конкретными правовыми реалиями.

При этом важно, чтобы структура будущего Кодекса социального обеспечения соотносилась со структурой Классификатора правовых актов, но не воспроизводила ее полностью. М. О. Буянова, анализируя Классификатор, в частности его раздел 070.000.000 «Социальное обеспечение и социальное страхование», правильно замечает, что он закрепляет такую систему законодательства о социальном обеспечении, которая в полной мере не соответствует системе права этой отрасли.¹⁶ Дело в том, что Классификатор преследует иные, более прикладные цели, и его структура не может механически повторять структуру соответствующих отраслей права и законодательства.¹⁷ Этот документ разрабатывался главным образом в интересах массового пользователя для облегчения поиска и учета правовых актов. Поэтому выделение в ряде случаев какого-либо раздела не на основе строго научного подхода, а для удобства поиска информации представляется оправданным. Думается, на этом основано помещение в упомянутый раздел некоторых институтов, не включаемых обычно в систему права социального обеспечения: негосударственного пенсионного обеспечения, негосударственного социального обслуживания, управления социальным

¹³ Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. С. 18.

¹⁴ Там же. С. 59.

¹⁵ Указ Президента РФ от 15 марта 2000 г. № 511 «О классификаторе правовых актов» // СЗ РФ. 2000. № 12. Ст. 1260.

¹⁶ Буянова М. О. Социальное обслуживание граждан России в условиях рыночной экономики. Дис. ... д. ю. н. М., 2003. С. 113.

¹⁷ Систематизация законодательства в Российской Федерации. С. 165.

обеспечением и страхованием и др. Тем не менее структура Классификатора заслуживает подробного изучения, поскольку задача упорядочения нормативного материала, которую решает кодификация, неотделима от поиска оптимально удобного его расположения для правоприменителей и граждан.

Большинство ученых поддерживает классическое разделение отрасли на Общую и Особенную части, но вопрос о структуре и содержании обеих частей остается дискуссионным. При этом наибольшие разночтения касаются Общей части права социального обеспечения, формирование которой, по мнению ряда авторов, еще не завершено.¹⁸ Именно этим отчасти объясняется отсутствие четких предписаний, определяющих предмет права социального обеспечения, его цели, функции и другие отраслеобразующие категории, что, в свою очередь, оставляет место для сомнений в самостоятельности данной отрасли права в целом. Принятие Кодекса социального обеспечения с научно обоснованной Общей частью должно окончательно разрешить эти сомнения в пользу безоговорочного признания автономности права социального обеспечения в системе российского права.

Суммируя позиции исследователей по вопросу о структуре права социального обеспечения, можно выделить ряд институтов (разделов), которые обязательно должны присутствовать в Общей части Кодекса: цели и задачи законодательства о социальном обеспечении; основные принципы правового регулирования; отношения, регулируемые законодательством о социальном обеспечении; субъекты отношений и их правовое положение; основания социального обеспечения (социальные риски); виды социального обеспечения.¹⁹ Учитывая формирование в России социального государства и тенденции развития отраслевого законодательства, к этому перечню необходимо добавить положения: о разграничении законодательных полномочий между федеральным центром и регионами; о праве на социальное обеспечение (его месте в системе иных социальных прав); об ответственности за нарушение законодательства о социальном обеспечении; об источниках финансирования социального обеспечения. Традиционно финансовые отношения выносятся за рамки права социального обеспечения, поскольку составляют предмет иных отраслей права. В то же время эти отношения тесно связаны с социальным обеспечением, и отраслевая наука всегда это учитывала. Абсолютное большинство учебных и монографических работ по праву социального обеспечения в той или иной мере затрагивает проблемы финансирования социальной сферы. Новое звучание этой теме придало развитие в России отношений по социальному страхованию. В рамках этих отношений формирование права граждан на страховое обеспечение стало неотделимым от их участия в финансировании системы социального страхования. Поэтому определенная регламентация в Кодексе социального обеспечения финансовых отношений, хотя бы в части социального страхования, необходима.

¹⁸ Захаров М. Л., Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России. М., 2005. С. 98.

¹⁹ См., напр.: Азарова Е. Г., Виноградова З. Д., Полупанов М. И. Концепция развития законодательства о социальном обеспечении // Концепции развития российского законодательства. М., 1998. С. 165–166; Захаров М. Л., Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России. С. 99; Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения. Перспективы развития. М., 2000. С. 131–132; Шайхатдинов В. Ш. Право социального обеспечения Российской Федерации. Екатеринбург, 1999. С. 9.

Далее классическое построение Кодекса требует конкретизации общих положений в предписаниях более частного характера. И здесь наиболее эффективным представляется структурирование Особенной части по видам социального обеспечения, причем последовательность расположения разделов должна зависеть от развитости того или иного массива законодательства и значимости регулируемых им отношений. Первый раздел будет охватывать пенсионные отношения, второй — отношения по обеспечению пособиями и т. д. При этом, учитывая различные организационно-правовые способы формирования права на тот или иной вид социального обеспечения, соответствующие разделы следует дополнительно подразделять на структурные части, регламентирующие особенности обеспечения: а) в порядке социального страхования, б) в порядке обеспечения за счет государственных бюджетных средств, в) в режиме оказания государственной социальной помощи.

Концепция Особенной части Кодекса, основанная на привычной систематизации отрасли права социального обеспечения, на первый взгляд кажется достаточно простой. Но в действительности это не так. Все без исключения институты этой части необходимо оценить с нескольких позиций: состояния текущего законодательства, тенденций его развития, уровня государственной регламентации (общефедерального или регионального). В результате такого анализа выявятся блоки законодательства, требующие различной степени детализации в Кодексе либо вообще не подлежащие кодификации. Например, не потребует детальной регламентации на уровне федерального Кодекса институт социального обслуживания в связи с переносом «центра тяжести» в его регулировании на региональное законодательство. Совсем нецелесообразной представляется кодификация правовых нормативных актов РФ о льготах. Эти акты в определенной части еще продолжают функционировать, но все более заметным становится их временный характер. Очевидно, что кодификация актов временного характера не будет способствовать стабильности будущего Кодекса социального обеспечения.

Вопрос о месте Кодекса социального обеспечения в системе источников отрасли и его соотношении с иными правовыми нормативными актами о социальном обеспечении должен быть определен в самом Кодексе. Решение этого вопроса не может серьезно отличаться от аналогичных решений в иных отраслях российского законодательства. Единый отраслевой кодифицированный акт, без сомнения, является центральным в системе законодательства, все остальные, в том числе законодательные акты должны ему соответствовать. В то же время идея придания Кодексу социального обеспечения высшей юридической силы среди иных федеральных законов должна быть отвергнута. Здесь следует согласиться с А. В. Мицкевичем, заметившим, что кодекс не обладает по отношению к другим федеральным законам более высокой юридической силой, а воздействует «силой притяжения» системы по отношению к входящей в нее подсистеме (части, подотрасли, отдельному закону), т. е. чисто кодификационными связями.²⁰ Особая роль Кодекса социального обеспечения видится в его способности сцементировать отраслевое законодательство и одновременно придать качественно новый импульс его дальнейшему развитию. Будущий кодекс закрепит необходимую автономность правовых норм о социальном обеспечении, поднимет престиж данной отрасли российского права и правовой науки.

²⁰ Систематизация законодательства в Российской Федерации. С. 149.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ НАЦИОНАЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: К НОВОЙ КОНЦЕПЦИИ

Т. В. ЗАМЕТИНА

Россия исторически сложилась как многонациональный союз, объединение народов, консолидированных на началах исторической общности, равноправия и сотрудничества. Геополитический характер властеобразования отражен в положениях ч. 1 ст. 3 и Преамбулы Конституции РФ, согласно которым носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ.

Особенность демократического режима состоит в обеспечении прав культурных, этнических, конфессиональных, региональных и других меньшинств. По данным Всероссийской переписи населения 2002 г. в нашей стране 160 коренных народов с основным ареалом проживания (по переписи 1989 г. их было 126),¹ и только часть из них имеет собственные национально-государственные или национально-территориальные образования.

Формирование научно обоснованной, эффективной и демократичной национальной политики призвано обеспечить в условиях Федерации интеграцию национальных идей и общечеловеческих ценностей, удовлетворение национально-культурных интересов и потребностей многонационального населения РФ, гармонизацию межнациональных отношений.

Конституционные основы современной государственной национальной политики РФ образуют положения Преамбулы, ст. 1–3, ч. 3 ст. 5, ст. 9, 26, ч. 3 ст. 68, ст. 69, п. «в» ст. 71, п. «б», «м» ст. 72 Конституции РФ.

Сложившаяся модель регулирования национальных отношений в РФ относит к ведению Федерации общие принципы, формы и методы осуществления государственной национальной политики, предоставляя субъектам РФ самостоятельность в выборе механизмов ее проведения



Заметина Тамара Владимировна,
к. ю. н., доцент,
кафедра конституционного
и международного права СПбГУ

с учетом специфики межнациональных отношений в конкретном субъекте (субъектах) РФ.

Принципы и приоритеты национальной политики России закреплены в Концепции государственной национальной политики РФ, утвержденной Указом Президента РФ от 15 июня 1996 г. № 909² (далее — Концепция). Основные направления государственной национальной политики конкретизируются в таких нормативных актах, как Декларация о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 г. № 22-1,³ Закон РСФСР от 25 октября 1991 г. № 1807-1 в ред. Федерального закона от 11 декабря 2002 г. № 165-ФЗ «О языках народов РСФСР»,⁴ Федеральный закон от 1 июня 2005 г. № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации»,⁵ Федеральный закон от 17 июня 1996 г. № 74-ФЗ в ред. Федерального закона от 9 февраля 2009 г. № 14-ФЗ «О национально-культурной автономии»,⁶ Федеральный закон от 24 мая 1999 г. № 99-ФЗ в ред. Федерального закона от 25 июля 2009 г. № 214-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом»,⁷ Федеральный закон от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ в ред. Федерального закона от 5 апреля 2009 г. № 40-ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации»,⁸ Федеральный закон от 20 июля 2000 г. № 104-ФЗ в ред. Федерального закона от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ «Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации»,⁹ Федеральный закон от 7 мая 2001 г. № 49-ФЗ в ред. Федерального закона от 3 декабря 2008 г. № 250-ФЗ «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Российской Федерации»¹⁰ и др.

Проблемы формирования государственной национальной политики непосредственно отражены в работах С. А. Авакьяна, В. Ю. Зорина, А. Н. Кокотова, В. А. Кряжкова, Л. А. Морозовой, Т. Я. Хабриевой¹¹ и др.

На наш взгляд, необходимо разграничивать понятия «национальная политика» и «этническая политика», поскольку первое по своему превосходит второе. Национальная политика РФ не сводится к правовой регламентации особого статуса отдельного этноса (этносов), а предполагает комплекс мероприятий, осуществляемых органами государственной власти РФ, органами государственной власти субъектов РФ и органами местного

² СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 3010.

³ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22.

⁴ Там же. 1991. № 50. Ст. 1740; СЗ РФ. 2002. № 50. Ст. 4926.

⁵ СЗ РФ. 2005. № 23. Ст. 2199.

⁶ СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2965; 2009. № 7. Ст. 782.

⁷ СЗ РФ. 1999. № 22. Ст. 2670; 2009. № 30. Ст. 3746.

⁸ СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2208; 2009. № 14. Ст. 1575.

⁹ СЗ РФ. 2000. № 30. Ст. 3122; 2006. № 6. Ст. 636.

¹⁰ СЗ РФ. 2001. № 20. Ст. 1972; 2008. № 49. Ст. 5748.

¹¹ Авакян С. А. Национальный вопрос и государственное строительство: проблемы России и опыт зарубежных стран // Национальный вопрос и государственное строительство: проблемы России и опыт зарубежных стран. Мат-лы науч. конф. Москва, 27–28 апреля 2000 г. М., 2000; Зорин В. Ю., Хабриева Т. Я. Государственная национальная политика Российской Федерации: проблемы реализации и совершенствования // Журнал российского права. 2003. № 8; Кокотов А. Н. Русская нация и российская государственность. Екатеринбург, 1999; Кряжков В. А. Участие коренных малочисленных народов в политическом волеобразовании (Государственно-правовые вопросы) // Государство и право. 2000. № 1; Морозова Л. А. Национальные аспекты развития российской государственности // Там же. 1995. № 12.

самоуправления в целях создания условий существования и развития всех народов, населяющих РФ.

Действующая Конституция РФ вообще не использует термин «этническая политика» и его производные. Употребляются понятия «многонациональный народ» (Преамбула, ч. 1 ст. 3), «национальность» (ч. 2 ст. 19), «национальная принадлежность» (ч. 2 ст. 19, ч. 1 ст. 26), «права национальных меньшинств» (п. «в» ст. 71, п. «б» ст. 72), «национальное развитие РФ» (п. «е» ст. 71). Законодатель расставил приоритеты словоупотребления и в других правовых актах. Не случайно, например, упомянутая Концепция названа именно Концепцией государственной национальной политики. Но речь в ней идет о национальной политике именно в этническом, а не статистическом смысле, иначе произошло бы дублирование термина «государственная политика».

Этническая политика является неотъемлемой составной частью национальной политики. Однако необоснованное использование данного понятия, особенно на региональном уровне, способно подорвать стабильность национальных отношений, вызвать рост национального сепаратизма.

Государственная национальная политика — это целенаправленная, научно обоснованная, легитимная, долгосрочная, институционализированная в правовых формах деятельность органов государственной власти РФ, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, направленная на реализацию положений Конституции РФ, Концепции государственной национальной политики РФ, федеральных законов, законов субъектов РФ, обеспечение государственной целостности, равноправия, самоопределения народов, их национальное и культурное развитие.

Укреплению единства российского народа и государства, созданию общего коммуникационного пространства будут способствовать гуманистическая идеология, воспитание уважения к Конституции РФ и законам, последовательная реализация демократических ценностей и институтов, формирование установок толерантного сознания.

Межнациональные отношения затрагивают интересы как отдельных личностей, так и российского общества и государства в целом. Эффективная национальная политика выступает одной из основ национальной безопасности РФ.

Концепция государственной национальной политики РФ, как мы уже отмечали, принята в 1996 г., действует более 12 лет и нуждается в корректировке, отражающей объективные изменения, произошедшие за это время в экономической, политической, социальной и культурной сферах жизни общества. Рассмотрим основные направления совершенствования правовой регламентации национальной политики РФ и остановимся на отдельных разделах предлагаемой Концепции.

Раздел I Концепции должен быть посвящен анализу этнополитической ситуации или основных тенденций развития национальных отношений в РФ. Следует привести данные о межнациональном составе населения, о специфике материальной и духовной культуры наиболее многочисленных национальных групп населения, воздействии национальных отношений на развитие социально-экономической и общественно-политической ситуации в отдельных регионах страны. Кроме того, в этом разделе может содержаться общая оценка этнополитической ситуации, факторов, влияющих на ее стабильность, а также причин проявления национальной замкнутости и ограниченности.

Раздел II обновленной Концепции может содержать конкретные формы воспитания установок толерантного сознания. Недооценка развития

процессов в сфере межнациональных и межконфессиональных отношений, отсутствие системы мониторинга и прогнозирования этнополитических, этносоциальных и этноконфессиональных конфликтов приводят к проявлениям ксенофобии и экстремизма, поэтому необходимо создавать условия формирования гражданского общества, обеспечить потребности духовного развития населения, поддержку общественно значимой деятельности религиозных и национальных общественных объединений, в том числе национально-культурных автономий. В Концепции должно содержаться указание на необходимость принятия в субъектах РФ Стратегии профилактики экстремизма.

Раздел III Концепции должен закреплять основные цели, задачи, принципы национальной политики.

Общий анализ принципов, закрепленных в действующей Концепции государственной национальной политики РФ, позволяет прийти к следующим выводам.

Во-первых, некоторые принципы сформулированы неудачно и, по существу, дублируют друг друга, либо один принцип в смысловом значении поглощает другой. Например, принцип запрещения любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой принадлежности конкретизирует принцип равенства прав и свобод человека и гражданина независимо от его расы, национальности, языка, отношения к религии. «Сохранение исторически сложившейся целостности Российской Федерации», на наш взгляд, в большей степени относится к целям государственной национальной политики, чем к ее принципам.

Во-вторых, не всегда в основу принципов национальной политики РФ положена идея правового регулирования. Например, право каждого гражданина определять и указывать свою национальную принадлежность без всякого принуждения — это субъективное право, закрепленное ст. 26 Конституции РФ и относимое к категории личных конституционных прав и свобод. Часть принципов сформулирована в негативном плане, например, «запрещение деятельности, направленной на подрыв безопасности государства, возбуждение социальной, расовой, национальной и религиозной розни».

В-третьих, в Концепции государственной национальной политики не называются принципы: конституционности и правовой обеспеченности; единства и согласованности национальной политики Федерации и субъектов; сочетания государственного протекционизма и социального партнерства в сфере реализации интересов определенных этнических общностей; научной обоснованности; законности; гласности; организационной и материально-финансовой обеспеченности; сотрудничества государственных органов и общественных объединений, национально-культурных автономий иных организаций; соответствия основных направлений государственной национальной политики общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам РФ.

Миграционная политика оказывает влияние на этнодемографическую структуру многонационального российского народа — источника власти и носителя суверенитета в РФ. На фоне социально-экономических проблем необходимо отметить определенную связь миграции и межэтнической конфликтности. На сегодняшний день миграционные процессы в России соединяют в себе разнородные потоки: внешнюю трудовую миграцию, внешнюю и внутреннюю вынужденную миграцию, незаконную миграцию. Неконтролируемая миграция способна создать новые очаги межнациональной и межконфессиональной напряженности. Поэтому необходимо

заявить и в рамках Концепции закрепить формы координации миграционной и национальной политики (разд. IV Концепции).

Раздел V, на наш взгляд, должен называться так же, как и в действующей Концепции государственной национальной политики, — «Механизм реализации государственной национальной политики РФ». В целях совершенствования этого механизма необходимо создание эффективной системы взаимодействия федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления и их должностных лиц с населением и институтами гражданского общества в сфере решения задач национального развития и регулирования межнациональных отношений.

В действующем российском законодательстве четко не определены механизмы раннего предупреждения и своевременного разрешения межнациональных конфликтов, поэтому разд. VI обновленной Концепции государственной национальной политики должен называться «Процедуры разрешения межнациональных конфликтов».

Раздел VII Концепции должен быть посвящен вопросам контроля за реализацией Концепции государственной национальной политики и оценке эффективности такой реализации. Должен быть определен федеральный орган государственной власти — координатор, обеспечивающий реализацию Концепции в целом, целевое и эффективное использование средств федерального бюджета. Координатор несет ответственность за ход ее реализации, конечные результаты, целевое и эффективное использование финансовых средств, выделяемых из федерального бюджета, подготавливает доклады о ходе реализации Концепции. Контроль за выполнением Концепции может обеспечивать Министерство регионального развития РФ.

Необходимо разработать индикаторы эффективности реализации Концепции государственной национальной политики РФ.

Раздел VIII Концепции — это информационно-аналитическое и научное обеспечение государственной национальной политики. Необходимо постоянное накопление и системный анализ информации о жизни народов РФ в режиме мониторинга. Приоритетными направлениями научных исследований должны выступать: социально-этнические и политические факторы, направления деятельности национальных групп, движений, национальных элит, факторы напряженности и безопасности.

Сопоставляя предлагаемый проект Концепции с действующим вариантом, стоит отметить, что, по нашему мнению, нет необходимости выделять в Концепции разделы «Совершенствование федеративных отношений» и «Национально-культурное самоопределение (национально-культурная автономия) народов России» (они включены в действующую Концепцию), так как часть вопросов регламентирована Федеральным законом «О национально-культурной автономии».

Важной составляющей государственной национальной политики является участие Российской Федерации в реализации международных программ и проектов в области федеративных отношений, региональной, национальной и миграционной политики. В целях повышения эффективности функционирования федеральные и региональные органы власти должны проводить в установленном порядке консультации с соответствующими органами иностранных государств и международных организаций по вопросам правового положения национальных меньшинств, коренных малочисленных народов, беженцев, мигрантов. Последний раздел предлагаемой Концепции государственной национальной политики может

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

ДИСКУССИИ

называться «Международное сотрудничество Российской Федерации в сфере обеспечения прав национальных меньшинств».

Действующая Конституция РФ определила правовые основы демократического развития страны, интеграции общечеловеческих и национальных ценностей, национального равноправия и самоопределения народов. Основные принципы государственной национальной политики направлены на развитие федеративных отношений, обеспечение равенства прав и свобод граждан независимо от национальной принадлежности, содействие развитию национальных культур и языков народов РФ, укрепление духовной общности россиян, поддержку соотечественников за рубежом. Именно демократия и федерализм способны обеспечить решение задачи сохранения национальной самобытности народов, проживающих на территории РФ, и укрепления целостности и единства государства.

ПРАВСТВЕННОСТЬ КАК СОЦИАЛЬНАЯ КАТЕГОРИЯ И НОРМЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА В СФЕРЕ ОХРАНЫ ОБЩЕСТВЕННОЙ ПРАВСТВЕННОСТИ

И. С. АЛИХАДЖИЕВА

Нравственность (мораль)¹ — общечеловеческий социальный феномен, сопровождающий человеческое общество с момента его зарождения. Нравственность представляет собой систему принципов и норм, определяющих характер отношений между людьми в соответствии с принятыми в данном обществе понятиями о добре и зле, справедливом и несправедливом, достойном и недостойном. Выполнение моральных норм основано не на государственном принуждении, как это имеет место в праве, а на силе привычки, обычая, общественного мнения и совести людей.² Вне зависимости от юридической регламентации нравственность как форма общественного сознания наделена свойством социально-ценностного норматива, регулирующего поведение индивида во всех сферах жизнедеятельности. Нормы нравственности всегда выполняли функции регулятора социального поведения, являлись неформальным способом воздействия на поведение человека и контроля за ним.³

Мораль, нравственность как особые формы общественного сознания имеют историческую основу и выражают существующие общественные отношения. Понимание того, какой поведенческий акт индивида подлежит юридической оценке, а что заслуживает морального осуждения, с течением



Алихаджиева Инна Саламовна,
к. ю. н., доцент кафедры
административного права
и государственного строительства
Поволжской академии
государственной службы
им. П. А. Столыпина

© И. С. Алихаджиева, 2009

E-mail: Alins1@yandex.ru

¹ Разграничивая понятия «этика», «мораль» и «нравственность», А. А. Гусейнов и Р. Г. Апресян констатируют, что «в общекультурной лексике все три слова продолжают употребляться как взаимозаменяемые» (Гусейнов А. А., Апресян Р. Г. Этика. М., 2000. С. 10). По мнению В. Н. Кудрявцева, термины «мораль», «этика» и «нравственность» обозначают одно и то же (Кудрявцев В. Н. Преступность и нравы переходного общества. М., 2002. С. 53). Исследуя вопросы биоэтики, Н. Е. Крылова также пришла к выводу о синонимичности понятий «этика», «мораль» и «нравственность» (Крылова Н. Е. Уголовное право и биоэтика: проблемы, дискуссии, поиск решений. М., 2006. С. 8).

² Шишкин А. Ф. Основы марксистской этики. М., 1961. С. 499.

³ Тасаков С. В. Нормы нравственности как социальный фундамент уголовного права // Российская юстиция. 2005. № 12. С. 8.

времени претерпевало изменения. В зависимости от различных общественных условий требования морали могли подкрепляться либо не подкрепляться действиями социальных институтов. И мораль вовсе не переставала быть моралью оттого, что прямо поддерживалась силой институциональных санкций.⁴ История показывает многочисленные примеры того, что ряд отношений человеческого общежития, ранее регулируемых писаными законами, институтами, постепенно подпадает под регуляцию моральную. С другой стороны, возникают новые, весьма своеобразные формы институционализации морали: общественные комитеты, суды (товарищеские, суды чести) и др.⁵

На протяжении веков заметному переосмыслению подверглись правовые, философские и этические воззрения на то, что суть право и мораль, какова их взаимосвязь и взаимообусловленность. Право и мораль рассматриваются как нормативно-ценностные системы, связанные друг с другом исторически, содержательно и логически.⁶ Исторически право возникает как бы для компенсации «недостаточности» морали, которая обнаруживается при возникновении частной собственности и политической власти.⁷ Справедливо утверждение О. И. Цыбулевской, что право как регулятор человеческого поведения «вырастает» из норм нравственности. На ранних этапах своего развития правовые регуляторы почти сливались с моральными, и только со временем право оформилось в законодательство и писаную судебную практику.⁸ Рассуждая о роли права и морали как социальных регуляторов, С. С. Алексеев отмечает: «Суровые и жесткие черты права во многом коренятся не в чем ином, как в морали, в ее бескомпромиссных, нередко максималистских, предельных требованиях, безоглядных императивах. Мораль устремлена к той цели, чтобы идеалы справедливости, добра, иные моральные требования воздействовали на человека преимущественно изнутри, через его сознание, его духовный мир при помощи стимулов сознания и общественного мнения. Право же — преимущественно регулятор внешний, он призван регламентировать людские поступки главным образом путем установления формально-определенных, писаных норм, содержащихся в законах, иных нормативно-обязательных документах, поддерживаемых властью».⁹ Иными словами, право включает в себе элементы нравственности, морали.¹⁰

Гармоничность нравственности и права, их взаимопроникновение отражаются на эффективности уголовно-правовых норм, которая обусловлена прежде всего воплощением в праве моральных (нравственных) идей и принципов, совпадающих с общечеловеческими началами.¹¹ А. М. Герасимов справедливо утверждает, что «императивный характер свойственен

⁴ Титаренко А. И. Специфика и структура морали // Мораль и этическая теория. М., 1974. С. 10–11.

⁵ Соколов В. М. Социология морали — реальная или гипотетическая? // Социологические исследования. 2004. № 8. С. 84.

⁶ Лукашева Е. А. Право, мораль, личность. М., 1986.

⁷ Сурия Пракаш Синха. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 86.

⁸ Цыбулевская О. И. Нравственные основания современного российского права. Саратов, 2004. С. 21.

⁹ Алексеев С. С. Философия права. М., 1999. С. 62.

¹⁰ Профессиональная этика сотрудников правоохранительных органов / под ред. Г. В. Дубова, А. В. Опалева. 2-е изд. М., 1998. С. 74.

¹¹ Рарог А. И. Некоторые аспекты эффективности уголовно-правовых норм // Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью. Сб. науч. трудов / под ред. Н. А. Лопашенко. Саратов, 2008. С. 79.

уголовному законодательству, нравственная обусловленность которого становится гарантией позитивной направленности всей совокупности уголовно-правовых норм и положений. Напротив, отсутствие нравственной составляющей в уголовном законе стимулирует всевозможные злоупотребления со стороны субъектов уголовно-правовых отношений, препятствуя осуществлению охраны интересов личности, общества и государства от преступных посягательств, а также предупреждению преступлений».¹² Уголовный закон «в состоянии исполнять общественные надежды лишь в том случае, если в его регламентах полно и без фальши отражены общечеловеческие представления о добре и зле, допустимом и необходимом, справедливости воздаяния. В его запретах должны фиксироваться те поступки, которые давно заклеены господствующей моралью и другими формами общественной саморегуляции... Тогда всякий случай юридической расправы над преступником будет иметь поддержку обывателя; тогда с уверенностью можно говорить о воспитательной (педагогической, стимулирующей) функции уголовного права...» — пишет А. И. Бойко.¹³ По мнению В. А. Туманова, «право во всех его проявлениях — как нормативная система, движение общественных отношений, правосудие — должно быть пронизано нравственностью. Внутренняя моральность права — одно из важнейших условий его эффективности».¹⁴

Между тем общепризнанных критериев определения эффективности права, его отраслей и норм теорией и практикой не разработано. С уверенностью можно лишь говорить об отдельных факторах, влияющих в той или иной мере на эффективность права. К таким факторам относится соответствие правовых норм принципам морали. Причем в уголовном праве — отрасли права, которая обладает наибольшим репрессивным зарядом, — значение нравственной составляющей особенно велико.¹⁵ Права Т. Г. Даурова, полагающая, что «трудно говорить об эффективности уголовно-правовой нормы, нарушителя которой законопослушные граждане не только не порицают, но рассматривают в качестве жертвы правоохранительных органов. Именно присутствие в Уголовном кодексе недостаточно нравственных или откровенно аморальных норм (а в нашем недавнем прошлом их было немало) — одна из причин такого искажения обыденного правосознания».¹⁶ С. В. Тасаков, разделяющий подобную позицию, точно подмечает: «Эффективность уголовно-правовых норм во многом зависит от того, насколько в обществе осуждается то или иное деяние, запрещенное данными нормами. Нормы не действуют или действуют неэффективно, если они противоречат общественному мнению и нормам нравственности».¹⁷

¹² Герасимов А. М. Нравственность в уголовном праве. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2006. С. 5.

¹³ Бойко А. И. Религиозный ренессанс и уголовное право // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. Материалы 4-й Междунар. научно-практ. конф. М., 2007. С. 34–35.

¹⁴ Туманов В. А. Внутренняя моральность права — одно из важнейших условий его эффективности // Государство и право. 1993. № 8. С. 56–58.

¹⁵ Даурова Т. Г. Нравственное состояние уголовного права как критерий его эффективности // Эффективность уголовного законодательства Российской Федерации и обеспечение задач, стоящих перед ним. Всерос. научно-практ. конф. (25–26 марта 2004 г., Саратов). В 2 ч. / под ред. Б. Т. Разгильдиева. Саратов, 2004. Ч. 1. С. 25.

¹⁶ Даурова Т. Г. Нравственное состояние уголовного права как критерий его эффективности. С. 26.

¹⁷ Тасаков С. В. Нормы нравственности как социальный фундамент уголовного права. С. 9.

Однако если при криминализации общественно опасных деяний руководствоваться такой субъективной категорией, как общественное мнение, то многие из вошедших в УК РФ преступлений должны быть исключены из него. Это касается таких посягательств, как уклонение от уплаты налогов, взяточничество, оказание сопротивления сотрудникам милиции, уклонение от прохождения военной и альтернативной гражданской службы и др. Т. В. Шипунова справедливо полагает, что поскольку «в обществе существует множество субкультур, то не может быть консенсуса о криминализируемом поведении, хотя такой консенсус существует в отношении “классической” тяжкой преступности (убийство, разбойное нападение и т. д.)». ¹⁸ Социологические опросы населения показывают, что степень морального осуждения респондентами ненормативного, неправового поведения варьируется. Традиционные нормативные предписания, регламентированные уголовным законом, в частности дорожно-транспортные преступления, отказ свидетеля от дачи показаний, неуплата налогов, незаконное получение кредита, незаконное предпринимательство, мелкие кражи, уклонение от службы в армии, компьютерные преступления, должностная халатность, употребление наркотиков, хранение оружия получили нейтральную оценку населением. Тенденция оправдания наблюдается в оценке аборта, эвтаназии, деяний, совершенных в состоянии аффекта, при превышении пределов необходимой обороны, крайней необходимости, вынужденной дачи взятки, кражи из-за крайней нужды. ¹⁹ Исследование иерархии моральных ценностей россиян, проведенное ИКСИ РАН, зафиксировало невысокую значимость норм, регулирующих отношения человека с властью и законом. Дача и получение взятки, уклонение от уплаты налогов, нарушение законов, уклонение от службы в армии, сопротивление милиции в той или иной мере оправдываются 32–60 % респондентов. ²⁰

Каждое криминализованное законодателем деяние, помещенное в Уголовный кодекс, можно отнести к аморальному, так или иначе посягающему на общественную нравственность. Развивая эту мысль, Н. Ф. Кузнецова отмечает, что все без исключения преступления аморальны. ²¹ И. И. Карпец указывал, что общественно опасное есть одновременно безнравственное, так как оно мешает достижению тех целей, которые стоят перед государством. ²² Ведь любое из преступлений, регламентированных УК РФ, косвенно (дополнительно) посягает на общественную нравственность, ибо наряду с основным объектом общественно опасного деяния не меньший вред в результате убийств, актов терроризма, захвата заложника, взяточничества и др. претерпевает общественная нравственность. Противники такой позиции опровергают утверждение о безнравственности всех преступлений и аргументируют это тем обстоятельством, что законодатель может отклониться от подлинно моральной оценки криминализируемого деяния, которое в результате этого не воспринимается обществом как общественно опасное поведение. ²³ «Без использования определенного минимума безнравственных средств, — пишет В. С. Устинов, — общество

¹⁸ Шипунова Т. В. Подходы к объяснению преступности: противостояние или взаимодополнение // Социологические исследования. 2006. № 1. С. 92.

¹⁹ Цит. по: Кудрявцев В. Н. Преступность и нравы переходного общества. С. 168.

²⁰ Седова Н. Н. Морально-нравственные ориентации и социальная активность // Социологические исследования. 2004. № 8. С. 90.

²¹ Кузнецова Н. Ф. Уголовное право и мораль. М., 1967. С. 50.

²² Карпец И. И. Уголовное право и этика. М., 1985. С. 91.

²³ Никулин С. И. Нравственные начала уголовного права. М., 1992. С. 12.

не может обойтись. В связи с этим я не могу, как Л. Н. Толстой, отрицать права на существование уголовной кары, так же как власти и государства. Я лишь выступаю против ложного постулата «законно — значит нравственно». Но использование безнравственных средств должно быть обставлено жестким частоколом демократических процедур и общественного контроля... хотим мы или не хотим, но все законы, даже основанные на понимании права как справедливости, не могут быть нравственными. И эта тяжелая необходимость служит фактором, будоражающим нашу совесть, способствует поиску эффективных нравственных средств борьбы со злом».²⁴ От ученых, в особенности юристов, «во многом зависит сведение до минимума использования безнравственных средств для обеспечения безопасности личности и общества. Необходимо стремиться к тому, чтобы законы были как можно более нравственными».²⁵

Велико значение нравственной составляющей для развития уголовного законодательства. Как известно, процесс криминализации деяний обусловлен объективно возникшей на данном этапе развития общества необходимостью защиты общественных отношений, приоритетно нуждающихся в уголовно-правовой охране. Перечень объектов, особо выделяемых законодателем, их иерархия, способ изложения в тексте уголовно-правовой нормы подвергаются изменениям в зависимости от происходящих в обществе политических, экономических, религиозных, культурных, нравственных трансформаций. «Каждое изменение в общественном строе, — писал видный русский криминалист Н. Д. Сергеевский, — неизбежно выражается в соответствующем изменении норм правопорядка, а следовательно, влечет за собой и соответствующее изменение области запрещенных деяний. То, что в одну эпоху было дозволенным, в другую является запрещенным, и наоборот».²⁶ Указывая на тесную связь нравственности, морали с религией, Е. В. Епифанова полагает необходимым для законодателя учитывать этот факт при проведении криминализации и декриминализации деяний. Уголовное право должно основываться на общечеловеческих ценностях, нравственных представлениях общества, принципах справедливости, гуманизма, а также общепризнанных нормах международного права.²⁷ Говоря о нравственности уголовно-правовых норм, С. В. Тасаков пишет: «Уголовное право может отклониться от господствующих в обществе нравственных норм, но в любом случае связь между уголовным законом и нормами нравственности прослеживается достаточно четко, так как в системе социального регулирования они выполняют сходные функции. Приоритет же необходимо отдавать именно нормам нравственности, поскольку они являются основой всей человеческой деятельности».²⁸ Не случайно российские правоведы предлагают рассматривать аморальность как новый признак преступления.²⁹ А. И. Бойко доказывает тезис «о приоритете

²⁴ *Законодательство Российской Федерации: теоретические вопросы, проблемы и перспективы («круглый стол») // Государство и право. 1992. № 10. С. 11.*

²⁵ *Цыбулевская О. И. Мораль, право, власть / под ред. Н. И. Матузова. Саратов, 2004. С. 15.*

²⁶ *Сергеевский Н. Д. Лекции по уголовному праву. Часть общая. СПб., 2008. С. 68.*

²⁷ *Епифанова Е. В. Криминализация и декриминализация деяний // Российская юстиция. 2006. № 5. С. 30.*

²⁸ *Тасаков С. В. Нравственное состояние уголовного права как критерий его эффективности. С. 10.*

²⁹ *Бойко А. И. Системная среда уголовного права. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2008. С. 23.*

(духовном и юридическом) нравственности перед государственным правом, ибо «мораль одушевляет уголовное право»,³⁰ ибо «сила и безопасность царств состоят в нравственных опорах»,³¹ а не наоборот». ³² Однако такой подход опасен другой крайностью: «Законодательство, возводящее все моральные принципы в ранг права, приводит к тому, что преступление (как нравственное понятие) становится поводом для карательной репрессии против всего общества, развращающей его сверху донизу. В этом случае наказанию подлежит не только уличенное и доказанное преступное деяние, но и сам образ мыслей, внутреннее намерение».³³

В Российской Федерации нравственность возведена в ранг конституционной ценности. Для ее защиты Основной закон России допускает ограничение прав и свобод граждан (ст. 55 Конституции). Однако ни действующее законодательство, ни судебная практика не предлагают разъяснений относительно того, что следует понимать под общественной нравственностью, и, следовательно, отказываются от легального толкования этой весьма важной социально-правовой категории. Весьма симптоматично, что в перечне объектов уголовно-правовой охраны в ст. 2 УК РФ общественная нравственность не упоминается, вопреки тому, что объектом вовлечения в занятие проституцией (ст. 240 УК РФ), организации занятия проституцией (ст. 241 УК РФ), незаконного распространения порнографических материалов или предметов (ст. 242 УК РФ) и изготовления и оборота материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних (ст. 242¹ УК РФ) в российском УК признается общественная нравственность. Что же следует понимать под общественной нравственностью применительно к посягательствам, изложенным в ст. 240–241 УК РФ?

Как объект общественной нравственности в уголовно-правовой литературе толкуется неоднозначно. Так, В. В. Сучкова трактует ее как сложную систему норм и ценностей, определяющих модель поведения человека в обществе, одним из элементов которой является общественная нравственность в сфере сексуальных отношений. Как полагает автор, «для сферы половых отношений как объект уголовно-правовой охраны общественная нравственность представляет собой одну из форм функционирования общества, включающую в себя, во-первых, систему принципов, требований, правил поведения, направленных на регулирование взаимоотношений полов и половое воспитание, во-вторых, установившуюся в обществе систему сексуальных отношений между полами и по поводу полового воспитания, в-третьих, совокупность идей, взглядов, представлений на сексуальные взаимоотношения мужчины и женщины».³⁴ Е. В. Миллеров пишет, что «общественная нравственность — это совокупность общественных отношений, обеспечивающих соблюдение норм и правил поведения, представлений об общечеловеческих ценностях, сложившихся

³⁰ Коган В. М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия. М., 1983. С. 34.

³¹ Мордвинов Н. Мнение 25 сентября 1811 г. // Чтения в императорском обществе истории и древностей российских. 1860. Кн. 2. С. 228.

³² Бойко А. И. Системная среда уголовного права. С. 24.

³³ Цыбулевская О. И., Милушева Т. В. Власть и реформы в России: нравственно-правовой аспект. Саратов, 2003. С. 128.

³⁴ Сучкова В. В. Общественная нравственность в сфере половых отношений как объект уголовно-правовой охраны. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2004. С. 7–8.

в обществе».³⁵ По мнению И. Г. Соломоненко, «общественная нравственность представляет собой исторически сложившуюся принятую людьми совокупность норм и правил поведения, которые отражают представление о добре и зле, о справедливости, чести, достоинстве».³⁶ Другой учебник утверждает, что общественная нравственность «покоится на системе норм и правил, идей, обычаев и традиций, господствующих в обществе и отражающих в себе взгляды, представления и правила, возникающие как непосредственное отражение условий общественной жизни в сознании людей в виде категорий добра и зла, похвального и постыдного, поощряемого и порицаемого обществом, чести, совести, долга, достоинства и т. д.».³⁷ Общественная нравственность также трактуется «как совокупность общественных отношений, определяющих представление в данном обществе о добре и зле, о пристойности и непристойности, о гуманном и негуманном, о справедливом и несправедливом. Моральные правила формируются в самом обществе и поддерживаются авторитетом общественного мнения».³⁸ С подобным пониманием объекта преступлений против общественной нравственности соглашаются и другие исследователи. По их мнению, «общественная нравственность — это моральные правила, выработанные в обществе и поддерживаемые авторитетом общественного мнения, представлений о добре и зле, о гуманности и негуманности, о справедливости и несправедливости, о пристойности, приличии и непристойности, неприличии».³⁹

Данные определения в качестве критерия общественной нравственности как объекта избирают общественное мнение, т. е. совокупность взглядов различных групп, коллективов, иных общностей граждан на то, что есть мораль. По справедливому замечанию С. В. Тасакова, «мораль возникает как мораль группы и нередко противоречит интересам других групп, неся на себе печать групповой ограниченности. Одно дело, когда человек принадлежит к группе, разделяющей господствующую мораль, а другое, когда он принадлежит к группе, мораль которой с ней не совпадает или вступает в противоречие».⁴⁰ Российские криминологи отмечают среди

³⁵ *Миллеров Е. В.* Уголовно-правовая охрана нравственности. Автореф. дис. ... к. ю. н. Ростов/Д., 2006. С. 6.

³⁶ *Современное уголовное право. Общая и Особенная части.* Учебник / под ред. А. В. Наумова. М., 2007. С. 784.

³⁷ *Курс уголовного права. Т. 1. Общая часть. Учение о преступлении* / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 2002. С. 142.

³⁸ *Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть* / под ред. Б. В. Здравомыслова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. С. 297. — Ср. аналогичное определение: *Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть* / под ред. А. И. Рарога. М., 2002. С. 374.

³⁹ *Рарог А. И., Степалин В. П., Шишов О. Ф.* Уголовное право. Особенная часть в вопросах и ответах. М., 2000. С. 213.

⁴⁰ *Тасаков С. В.* Нормы нравственности как социальный фундамент уголовного права. С. 9. — В своих работах И. В. Михайловский, напротив, отрицал идею о разнотипности нравственности: «Если нравственность есть только результат, то она всецело определяется условиями данной социальной среды. Она так же относительна и изменчива, как и эта среда. А если так, то мы получаем этику индивидуальную, этику сословную, профессиональную, классовую и т. п., но не может быть этики общечеловеческой. Но тогда, если, например, образовалась какая-нибудь «этика» адвокатская или врачебная, а какой-нибудь адвокат или врач не согласен с ней, то на каком основании его товарищи могут навязывать ему свои нравственные воззрения? Если их этика — результат, то и этика не согласного с ними врача или адвоката — такой же результат, а стало быть,

неблагоприятных тенденций последних лет оправдание противоправного и преступного поведения, если оно приносит выгоду; фактическое отступление от эталонов морального поведения при соприкосновении с жизненными трудностями и коллизиями; попытки определенных социальных групп выработать новые нормы морального поведения.⁴¹ «Надо помнить о неоднородности морали в обществе, разделенном на социальные группы, сословия. И криминологически существенно в этом плане выявление взаимосвязей между преступностью и моралью разных социальных групп, слоев населения».⁴² В связи с этим позволим не согласиться с В. М. Соколовым, который наделяет общественную мораль свойством объективности, поскольку она (общественная мораль) «по отношению к нравственности индивидуальной — своеобразное надсубъективное явление, и предстает перед человеком в виде объективных для него общественных требований, ценностей, образцов поведения. В этом смысле можно говорить, например, об объективном характере нравственной атмосферы, общественного мнения в сфере морали».⁴³ Иными словами, общественная нравственность не является и не будет являться единой, однородной и объективной. Конфликт уголовно-правовых норм и норм нравственности отдельных социальных групп чреват не только ущемлением прав и свобод личности, но и низким превентивным эффектом уголовного закона. Справедливо мнение Ю. Е. Пудовочкина о том, что если «общество теряет качество монолитности, если многочисленные мелкие социальные группы исповедуют различные системы ценностей, формирование номенклатуры преступлений значительно усложняется. Необходимо особое искусство законодателя в части отбора ценностей, благ, защита которых требуют уголовной репрессии. В противном случае актуализируется известная формула, что население будет видеть наказание, но не будет видеть за ним преступления».⁴⁴ Иначе говоря, если не существует консолидированной, монолитной общественной морали, категорически определяющей для всех без исключения индивидов, что есть нравственность, каково ее содержание, следует ли говорить об авторитете общественного мнения как критерии общественной нравственности?⁴⁵

Являясь социальным регулятором многих сторон жизнедеятельности индивидов и различных общностей, общественное мнение воздействует на

имеет одинаковую ценность. Или, быть может, ценность этических принципов зависит от количества лиц, признающих эти принципы?» (Михайловский И. В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 31–36).

⁴¹ Антонян Ю. М., Кудрявцев В. Н., Эминов В. Е. Личность преступника. СПб., 2004. С. 76–77.

⁴² Криминология. Учебник для вузов / под общ. ред. А. И. Долговой. М., 2005. С. 352–353.

⁴³ Соколов В. М. Социология морали — реальная или гипотетическая? // Социологические исследования. 2004. № 8. С. 83.

⁴⁴ Пудовочкин Ю. Е. Преступление и наказание в изменяющемся мире // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты. Материалы III Российского конгресса уголовного права (29–30 мая 2008 года). М., 2008. С. 472.

⁴⁵ В центре научного внимания находился и вопрос о соотношении общественного мнения и правовых норм: «Общественное мнение говорит одно, законодательство говорит другое, когда и почему они согласны, а когда и почему они расходятся — неизвестно. Чего нет и никогда не было в законодательстве, часто оказывается на деле, а что там предписывается самым строгим образом, то здесь нередко вовсе не существует» (Стронин А. И. Политика как наука. СПб., 1872. С. 14).

Формирование нравственных ориентаций, взглядов и установок личности. Так, становится более толерантным общественное мнение о допустимости с позиции нравственности той или иной формы сексуальных злоупотреблений. В массовом сознании значительной нравственной деформации подверглись представления о границах сексуального поведения полов, свободе в выборе интимного партнера, наблюдается тенденция терпимости общества в моральной оценке случайных сексуальных контактов, расширения разнообразия сексуальной практики.⁴⁶ Под воздействием негативных процессов, происходящих в российском обществе, когда высокие качества личности, в том числе ее нравственность, духовность, приобрели второстепенное значение, такая форма социальной девиации, как проституция, из общественно нетерпимого, осуждаемого порока превратилась в социально приемлемое явление. Произшедшая переоценка социально-нравственных идеалов и усиление роли рационально-материальных факторов в мотивации поведения индивида привели к тому, что общественное мнение не отождествляет проституцию с нарушением моральных устоев, считает ее социально востребованной формой досуга, доступным способом заработка, основанным на удовлетворении сексуальной потребности. «Сегодня, когда витрины магазинов сверкают и манят, телевидение демонстрирует “шикарную жизнь”, а 36 млн человек, или четверть населения России, бедняки (да еще минимум две четверти еле сводят концы с концами), трудно бросать упрек тем, кто торгует чем попало, включая собственное тело».⁴⁷ В перечне аморальных поступков проституция не вызывает морального осуждения и не воспринимается как отрицательный поступок у 12–31,2 % россиян.⁴⁸ По данным проведенного Е. Н. Федик исследования, 30 % граждан не считают проституцию негативным явлением, а 52,6 % выступают за ее легализацию.⁴⁹ Результаты социологического опроса М. Н. Никитиной показывают, что 56 % населения не считают проституцию социальным злом, а 30 % не относят ее к социальной девиации.⁵⁰ Иными словами, в сознании общества однозначного табуирования проституции, ее жесткого осуждения не наблюдается, а следовательно, проституция постепенно выводится из сферы регулирования посредством моральных норм. Либерализация сексуальной морали, наблюдаемая на всем протяжении российской и мировой истории, оказывает заметное влияние на установление либо изъятие уголовно-правовых запретов в сфере сексуальных отношений. Девальвация нравственных основ жизнедеятельности общества изменяет степень уголовно-правового вмешательства государства в регулирование сексуальных отношений. Как справедливо отмечал французский социолог Габриэль де Тард во второй половине XIX в., «система добродетелей, так же как и система преступлений и порока, меняется вместе с ходом истории».⁵¹

⁴⁶ Анурин В. Ф. Сексуальная революция: двойной стандарт // Социологические исследования. 2000. № 9. С. 88–95.

⁴⁷ Гилинский Я. И. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений». СПб., 2004. С. 378.

⁴⁸ Седова Н. Н. Морально-нравственные ориентации и социальная активность // Социологические исследования. 2004. № 8. С. 90.

⁴⁹ Федик Е. Н. Ответственность за действия, связанные с проституцией: уголовно-правовой и криминологический аспекты. Автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2003. С. 16–17.

⁵⁰ Никитина М. Н. Общественное мнение как фактор воспроизводства проституции. Автореф. дис. ... к. социол. н. Екатеринбург, 2004. С. 19.

⁵¹ Тард Г. Сравнительная преступность. М., 1907. С. 33.

Говоря о группе порнографических преступлений (ст. 242–242¹ УК РФ), в основе которых лежит эксплуатация интереса потребителя к сексу, следует отметить неоднократные попытки ученых дать универсальное определение порнографии. Ущербность предлагаемых в юридической литературе формулировок порнографии Р. Б. Осокин и М. В. Денисенко объясняют среди прочего и тем, что «имеющиеся национально-религиозные традиции могут обусловить расхождение в определении того, что непристойно и цинично в описании интимных сторон жизни человека, а следовательно, в определении того, что следует считать порнографией».⁵² В сознании населения это слово воспринимается как широкий круг изображений и описаний.⁵³ Расхождение в понимании социумом того, что есть «непристойность», ущемляющая общественную нравственность, отсутствие четких параметров для разграничения порнографического и эротического характера произведений, неоднозначное их восприятие в качестве порнографического продукта различными категориями населения исключают разработку единых оценочных критериев порнографии с учетом общественного мнения. Следовательно, объективно невозможно признавать объектом преступлений о порнографии общественную нравственность по причине неоднозначного восприятия населением порнографии, по логике законодателя подрывающей основы общественной нравственности.

Вопрос об объекте преступлений, предусмотренных ст. 242, 242¹ УК РФ, решен в юридической литературе неоднозначно. Одни авторы считают объектом здоровье населения, вторые — общественную нравственность, третьи — права и свободы личности. Порнография вообще есть возбуждение интереса к сексу при помощи непристойного, грубо натуралистического, предельно циничного изображения половой жизни людей с целью вызвать похотливые желания и помыслы.⁵⁴ В основе составов, преследующих в уголовном порядке действия, связанные с порнографией, лежит весьма специфическая сфера личностных сексуальных взаимоотношений. Создателями порнопродукции эксплуатируется нездоровый интерес к извращенному сексу, основанный на желании потребителя удовлетворить сексуальную страсть. Выделение специального состава о детской порнографии обусловлено особым статусом потерпевшего, стремлением упредить растление детей, их вовлечение в порнобизнес и секс-эксплуатацию, ибо под угрозой причинения вреда оказываются значимые блага и интересы ребенка. А посему выдвигать общественную нравственность как основной объект, условно претерпевающий вред от порнографических преступлений, нельзя. Однако по логике составителей УК расположение статей о порнографии, затрагивающей прежде всего сферу сексуальных отношений, свидетельствует о причислении этих преступлений к деяниям, посягающим на безопасность и порядок в обществе. Решение о размещении составов о порнографии в разделе IX о преступлениях против общественной безопасности и общественного порядка представляется необоснованным.

⁵² Осокин Р. Б., Денисенко М. В. Уголовная ответственность за незаконное распространение порнографических материалов или предметов. Учеб. пособие. М., 2005. С. 50.

⁵³ Шишков С. Об ответственности за незаконные действия с порнографическими предметами // Российская юстиция. 1996. № 5. С. 29–30.

⁵⁴ Осокин Р. Б., Петросян О. Ш. Предмет преступления, предусмотренного ст. 242¹ УК России // Некоторые аспекты правоохранительной деятельности в современных условиях. Информационный бюллетень. Вып. 10 / Тамбовский филиал МосУ МВД России. Тамбов, 2005. С. 22.

С. Кочоян отмечает, что признание объектом преступления общественных отношений, обеспечивающих господство нравственных принципов в области половых отношений (т. е. общественного порядка), не выдерживает критики.⁵⁵ Как пишет профессор Р. С. Джинджолия, «нравственность в сфере сексуальной жизни как непосредственный объект преступления представляет собой установившийся в обществе порядок, обеспечивающий сексуальное воспитание, являющийся необходимым условием развития личности».⁵⁶ По мнению Р. Б. Осокина и О. Ш. Петросяна, «преступные действия по изготовлению и обороту материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних приводят к ряду таких отрицательных последствий, как ранневозрастное половое влечение (как следствие, увеличение числа аборт в несовершеннолетнем возрасте), половые извращения (гомосексуализм, лесбиянство), повышение уровня преступности несовершеннолетних на сексуальной почве, расстройство полового здоровья (ранняя импотенция, бесплодие), увеличение числа актов сексуальной эксплуатации (вовлечение в занятие проституцией)».⁵⁷ В Комментарий к Уголовному кодексу РФ А. Н. Игнатов пишет: «Использование несовершеннолетних в порнобизнесе не только нарушает основные нравственные принципы общества, но наносит серьезный вред развитию и формированию личности несовершеннолетних».⁵⁸ А. А. Станская считает, что «в качестве видového (группового) объекта преступлений указанной группы выступают общественные отношения, обеспечивающие как материальные, так и нематериальные условия для нормального физического, интеллектуального, духовного и нравственного формирования личности несовершеннолетнего...».⁵⁹ По нашему убеждению, коммерческая эксплуатация детской сексуальности, вовлечение детей в секс- и порнобизнес опасны в первую очередь не угрозой причинения вреда некоей абстрактной категории, коей является общественная нравственность, а ущемлением половой неприкосновенности, физическим, психическим насилием, нравственным растлением детей, уязвимостью детской психики, последующей психологической травмой и т. п.

Между тем долгожданная новелла, призванная восполнить законодательный вакуум в сфере противодействия изготовлению, хранению или распространению порнографической продукции с участием несовершеннолетних, хотя и установила запрет на детскую порнографию, однако своим расположением в структуре УК подчеркнула первостепенное значение общественной нравственности, игнорируя тем самым другую, более значимую социальную ценность, страдающую в результате использования детей в порнографии, — половую неприкосновенность несовершеннолетних. Соглашаться с таким законодательным решением не следует, поскольку секс-эксплуатация ребенка и ее необратимые последствия представляют большую опасность, нежели действия, связанные с производством,

⁵⁵ Кочоян С. Ответственность за порнографию // Сов. юстиция. 1989. № 12. С. 12.

⁵⁶ Джинджолия Р. С. Преступления против общественной нравственности // Законность. 2005. № 3. С. 209.

⁵⁷ Осокин Р. Б., Петросян О. Ш. Предмет преступления, предусмотренного ст. 242¹ УК России. С. 19.

⁵⁸ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В. М. Лебедева. 2-е изд. М., 2004. С. 605.

⁵⁹ Станская А. А. Проституция несовершеннолетних — социальная и правовая проблема общества. СПб., 2005. С. 90.

хранением или реализацией соответствующих материалов порнографического содержания. Не случайно международные документы, регламентируя запрет на порнографию, используют термины «сексуальная эксплуатация»,⁶⁰ «сексуальная цель», «сексуальное совращение». Согласно п. «с» ст. 34 Конвенции о правах ребенка⁶¹ государства-участники обязуются защищать ребенка от всех форм сексуальной эксплуатации и сексуального совращения и в этих целях принимают на национальном, двустороннем и многостороннем уровнях все необходимые меры для предотвращения использования в целях эксплуатации детей в порнографии и порнографических материалах. В п. «с» ст. 2 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, детская порнография означает любое изображение какими бы то ни было средствами ребенка, совершающего реальные или смоделированные откровенно сексуальные действия, или любое изображение половых органов ребенка главным образом в сексуальных целях.⁶²

Репрессивный характер уголовного закона должен проявляться в защите общественных отношений, обеспечивающих нормальное физическое и нравственное развитие ребенка.⁶³ Следует согласиться с неприемлемостью того, что «распространение порнографических предметов и материалов сегодня относится к группе посягательств, где право несовершеннолетнего на защиту от сексуального совращения и сексуальной эксплуатации выступает лишь в качестве факультативного объекта».⁶⁴ При альтернативе двух объектов уголовно-правовой охраны — общественной нравственности и личности ребенка — второй объект более социально значим, а потому основным, а не дополнительным объектом состава, описанного в ст. 242¹ УК РФ, должно признаваться нормальное физическое и нравственное развитие ребенка. Каким образом возможно оценить, насколько пострадала общественная нравственность в результате одного только изготовления продукции порнографического свойства? Если отсутствует распространение такой продукции, то сомнительна постановка вопроса об ущемлении нравственности общества. Между тем неоспоримым является то обстоятельство, что привлечение несовершеннолетних к порносъемкам причиняет реальный, ощутимый вред их физическому, нравственному здоровью, ущемляет половую неприкосновенность, препятствует

⁶⁰ Так, А. В. Сумачев и Ю. В. Трунцевский под сексуальной эксплуатацией понимают вовлечение в занятие проституцией, участие в порнофильмах (Трунцевский Ю. В., Сумачев А. В. Права ребенка и секс-индустрия // Государство и право. 1999. № 2. С. 97).

⁶¹ Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г.) (вступила в силу для СССР 15 сентября 1990 г.) // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. М., 1993.

⁶² Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, был принят 25 мая 2000 г. Резолюцией А/RES/54/263 на 97-м пленарном заседании 54-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН и вступил в силу 18 января 2002 г. (Противодействие торговле людьми. Сб. нормативных правовых документов / под ред. Н. И. Абукикировой. М., 2004. С. 12–13).

⁶³ Последние новеллы уголовного законодательства, направленные на защиту детей от различных форм насилия, предусматривают ужесточение наказания, в том числе по ст. 242¹ УК РФ (Федеральный закон от 27 июля 2009 г. № 215-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 31. Ст. 3921).

⁶⁴ Гончченко О. А. Уголовно-правовые средства защиты несовершеннолетних от сексуального совращения и сексуальной эксплуатации. Автореф. дис. ... к. ю. н. Ставрополь, 2004. С. 23.

нормальному развитию личности. Простое сравнение общественной опасности деяний, регламентированных в ст. 242¹ УК РФ, затрагивающих права несовершеннолетних на здоровье, личную и половую неприкосновенность, и деяний, помещенных в главах 18, 20 УК, показывает, что состав преступления о детской порнографии, посягающей на здоровье, половую неприкосновенность, нормальное физическое, нравственное развитие личности несовершеннолетних, помещен в главе, никоим образом не связанной с разделом о преступлениях против личности. Это «не чисто «технический» вопрос, ибо место раздела, главы, статьи в системе Особенной части УК определяется опасностью предусмотренных в них преступлений».⁶⁵ Оперируя определением преступлений против семьи и несовершеннолетних, данным А. П. Коваленко (под такими преступлениями автор понимает виновно совершенные общественно опасные деяния, посягающие на общественные отношения в сфере охраны семьи, материнства, детства и нормальное нравственное развитие несовершеннолетних),⁶⁶ считаем верными предложения ученых⁶⁷ о перемещении составов о взрослой и детской порнографии в главу 20 УК РФ.

Создание любого продукта, в том числе материалов, предметов порноиндустрии, обусловлено спросом на подобный товар и рассчитано на определенную категорию потребителя, испытывающего потребность в его получении. Как показывают специальные исследования, число потребителей нелегальной продукции порнографического свойства велико, а соответствующие преступные деяния высоко латентны.⁶⁸ Не следует забывать, что порнография, в том числе детская, получила широкое распространение в Интернете, а сайты, размещающие продукцию порнографического содержания, пользуются огромной популярностью. По данным Управления «Р», в Интернете распространяется до 75 % детской порнопродукции. За последние пять лет объем коммерческой детской порнографии возрос на 400 %, а тысяча известных коммерческих веб-сайтов имеют оборот не ниже 1,4 млрд долл. в год.⁶⁹ 70 % осужденных за детскую порнографию использовали для своих целей Интернет.⁷⁰ Уместно ли говорить об угрозе общественной нравственности, если определенная часть социума относится к этому явлению как минимум нейтрально, что подтверждается статистикой количества подобных сайтов и их посещаемости пользователями Сети?

⁶⁵ Даурова Т. Г. Эволюция должностных преступлений в современном российском уголовном праве // Уголовно-правовые, пенитенциарные принципы и их реализация: правотворческий, правоприменительный уровни. Ч. 2. Саратов, 2005. С. 22.

⁶⁶ Современное уголовное право. Общая и Особенная части / под ред. А. В. Наумова. М., 2007. С. 560.

⁶⁷ Васильченко Д. Е. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с преступлениями, посягающими на нормальное половое и нравственное развитие малолетних. Автореф. дис. ... к. ю. н. Ростов/Д., 2002; Никитин С. Г. Некоторые вопросы понятия и объекта преступления // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая — 1 июня 2007 г., посвященного 10-летию Уголовного кодекса Российской Федерации. М., 2007; Пудовочкин Ю. Е. Ответственность за преступления против несовершеннолетних по Российскому уголовному праву. СПб., 2002.

⁶⁸ Тенденции преступности, ее организованности, закон и опыт борьбы с терроризмом / под общ. ред. А. И. Долговой. М., 2006. С. 121.

⁶⁹ <http://www.crime-research.ru/news> (2006. 25 мая).

⁷⁰ <http://www.securitylab.ru/news/269633.php> (2006. 21 июня).

Законодатель не принял во внимание стремительно изменяющиеся стереотипы в сфере сексуальной культуры, сексуальную толерантность возросшую терпимость к нестандартным формам сексуальных взаимоотношений, стремление к удовлетворению любым образом сексуальной инстинкта. Сексуальное пресыщение зачастую способствует изысканию новых форм сексуальной практики посредством запретных, в том числе преступных способов. Именно поэтому нет и не может быть однозначной оценки ущерба от порнографии, причиняемого общественной нравственности, ибо весьма условна и вариативна степень восприятия этого ущерба, к примеру, производителями или потребителями такой продукции. случайно в юридической литературе встречаются предложения об усилении ответственности потребителей продукции порнографического содержания с участием детей.

Таким образом, общественная нравственность — сугубо оценочная субъективная категория, учитываемая законодателем в данный исторический период развития общества при регламентации совокупно уголовно наказуемых деяний, изменяющаяся под воздействием социально-экономических, идеологических, политических, криминогенных факторов жизнедеятельности общества; это совокупность выработанных людьми неписаных норм, правил поведения, идей, традиций, взгляд на которые касается справедливости, долга, чести, достоинства, господствующий в обществе на данном этапе, носящих характер долженствования в отношении индивида подвергнуться моральному осуждению человеческим сообществом. Общественная нравственность не является застывшей она подвижна, исторически изменчива, условна и субъективна, а поэтому нельзя наделять эту непостоянную категорию статусом обязательного уголовно-правового элемента (объекта), характеризующего юридический состав преступлений.

Российский Уголовный кодекс не содержит понятия преступления против общественной нравственности, однако в криминализации и трактовке уголовным законодательством посягательств на общественную нравственность выражается понимание обществом нравственности социальных, этических норм, правил поведения, регулирующих поступки людей, их взаимоотношения; это понимание, в свою очередь, обусловлено уровнем развития духовных и социальных качеств отдельной личности. Уголовный закон не будет иметь должного объекта для регулирования, если общественные отношения в части защиты нравственности не развиты. И наоборот, бурное развитие общества и сопровождающая его процесс кардинальная ревизия нравственных представлений и сформировавшихся на протяжении длительного периода времени незыблемых моральных устоев обуславливают возникновение новых способов поведения на нравственность, что требует совершенствования уголовного законодательства.

ДОГОВОР — СРЕДСТВО ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В. Ф. ПОПОНДОПУЛО

Понятие договора. Многочисленные исследования договора в основном касаются отраслевых договоров, особенно гражданско-правового договора.¹ В последнее время стали появляться исследования института договора в общетеоретическом плане.² Между тем по мере развития общества договор постепенно становится одним из первостепенных и весьма значительных источников права.³ Особую значимость договор имеет в настоящее время, в эпоху глобализации экономики и иных сфер общественной жизни. Расширяется сфера договорных отношений. Договор приобретает значение универсального регулятора как в национальных системах права, так и в международном праве. Глобальное и ускоренное развитие договорной сферы общественных отношений предопределяет необходимость более глубокого и всестороннего изучения института договора, формирования общей теории договора и порождаемого им договорного права в целом.

Договор — это одна из фундаментальных категорий юридической науки, важнейший институт права в целом, а не только его отдельных отраслей, хотя именно в отдельных отраслях права, особенно в гражданском праве, договор наиболее широко применяется и получил наиболее детальную теоретическую разработку. В отдельных отраслях права выработаны и соответствующем законодательстве закреплены легальные определения понятия договора.

Например, в соответствии с ГК РФ договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (ст. 420).



Попондопуло
Владимир Федорович,
д. ю. н., профессор,
Заслуженный деятель науки РФ,
зав. кафедрой
коммерческого права СПбГУ

© В. Ф. Попондопуло, 2009

E-mail: ppn@jurfak.spb.ru

¹ Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954; Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. М., 1997; Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. СПб., 2003.

² Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. М., 2001; Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001.

³ Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 269.

ТК РФ устанавливает, что трудовой договор — это соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством, своевременно и в полной мере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать действующие в организации правила внутреннего трудового распорядка (ст. 56).

В Семейном кодексе РФ также предусмотрено, что брачный договор — это соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и/или в случае его расторжения (ст. 40).

Из приведенных определений понятия договора видно, что его родовыми признаками являются: 1) признак соглашения и 2) признак направленности на достижение определенного правового результата. Различия между указанными договорами можно провести по следующим видовым признакам: 1) сфера применения договора (товарный обмен, использование наемного труда, имущественные отношения супругов); 2) конкретная цель договора, преследующего конкретный правовой результат.

Очевидно, что для определения общеправового понятия договора значение имеют только родовые признаки, а именно то, что *договор — это соглашение лиц, направленное на достижение определенного правового результата*.

В юридической литературе приводятся и другие определения понятия гражданско-правового договора и общеправового понятия договора, которые так или иначе сводятся к вышеприведенному определению.

Так, Д. И. Мейер считал, что гражданско-правовой договор представляет собой соглашение воли двух или нескольких лиц, которое порождает право на чужое действие, имеющее имущественный интерес.⁴ В. И. Синайский определял гражданско-правовой договор как юридический акт свободной и сознательной воли сторон, направленной на возникновение обязательства.⁵ Г. Ф. Шершеневич называл договором соглашение двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридических отношений.⁶ А. Д. Корецкий считает договором объективированные вовне, свободно согласованные намерения нескольких лиц совершить (либо воздержаться от совершения) субъективно возможные юридические либо фактические действия в отношении друг друга в целях реализации личных интересов.⁷ Следует согласиться с К. И. Забелой в том, что использование термина «намерение» в приведенном определении некорректно.⁸ Речь должна идти не о намерениях лиц, а об их согласованной воле. В. В. Иванов определяет договор как совместный правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающий условия, исполнение которых предполагается обязательным.⁹

⁴ Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 1997. С. 156.

⁵ Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 309.

⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 304.

⁷ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 35–36.

⁸ Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. С. 19.

⁹ Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. С. 34.

В странах англосаксонской системы права договор определяется как обещание. Однако необходимой предпосылкой для осуществления (защиты) подобного договора является согласие контрагента принять по нему исполнение. Таким образом, как правильно замечает А. Д. Корецкий, в данном случае мы имеем дело с соглашением сторон, только в несколько иной форме.¹⁰

В качестве универсальных признаков договора выступают: свобода волеизъявлений сторон; формальное равенство сторон; согласие сторон по всем условиям договора; эквивалентный, обычно возмездный, характер договора; обязательное исполнение условий договора; взаимная ответственность сторон за нарушение условий договора.

Основной признак договора, через который раскрывается его понятие, — это *соглашение лиц*, т. е. согласование воли двух или более лиц. В этом смысле договор представляет собой общий волевой акт его сторон.

Иногда в литературе понятия «договор» и «соглашение» отождествляются,¹¹ иногда принципиально разводятся.¹² На наш взгляд, при всем тождестве указанных понятий, их разграничение приобретает определенный смысл в тех случаях, когда понятие договора определяется через понятие соглашения. Тем самым как бы подчеркивается, что основанием договора является согласие сторон по всем его существенным условиям.

Договор отличается от сделки, поскольку не любая сделка является договором. Как раз момент, связанный с соглашением, отличает договор от сделки как действия субъекта права, направленного на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Сделки могут быть односторонними, двух- или многосторонними.

Односторонняя сделка не может быть договором, так как для ее совершения необходимо и достаточно выражение воли одной стороны. Уместно напомнить о существовании спора относительно природы исполнения договора. Одни авторы рассматривают совершение действий по исполнению договора в качестве юридического поступка, но не сделки,¹³ другие (на наш взгляд, более обоснованно) полагают, что действия по исполнению обязанностей всеми своими признаками подходят под определение сделок.¹⁴ Тому есть и законодательное подтверждение: односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или *соглашением сторон* необходимо и достаточно выражение воли одной стороны (п. 2 ст. 154 ГК РФ). Иначе говоря, действия стороны по исполнению соглашения сторон являются односторонними сделками.

Для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех и более сторон — многосторонняя сделка (ст. 154 ГК РФ). Поэтому, когда используется словосочетание «договор-сделка»,¹⁵ то оно может означать только двух- или

¹⁰ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 35–36.

¹¹ См., напр.: *Гражданское право* / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. 2-е изд. Ч. 1. М., 1997. С. 472–474.

¹² См., напр.: Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 184–185.

¹³ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 154; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. С. 360–361.

¹⁴ Толстой В. С. Исполнение обязательств. М., 1973. С. 23; *Гражданское право* / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. С. 463.

¹⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. С. 110–115.

многостороннюю, но не одностороннюю сделку. Понятие договора уже понятия сделки. Договор всегда является сделкой, но сделка может и не быть договором, если она является односторонней.

Согласованная свободная воля сторон договора — это необходимый момент любого договора, его сущность. Стороны по своей воле решают вопросы о выборе контрагента, вступлении с ним в правоотношение, о содержании этого правоотношения.

Те или иные ограничения, установленные законом, административным или судебным актом, иным договором (например, международным соглашением в международном праве, коллективным договором в трудовом праве и др.), не лишают возникающее правоотношение его договорного характера, если остается определенная сфера для выражения сторонами их воли. Если же воля одной или обеих сторон не имеет абсолютно никакого значения для правоотношения, то нет и договора.

Этот аспект договорного права особенно активно обсуждался в советской юридической литературе, когда необходимо было обосновать договорное начало в отношениях между социалистическими хозяйственными организациями, практически лишенными хозяйственно-оперативной самостоятельности.¹⁶ Юристы искали проявление воли социалистической хозяйственной организации в том, что она может и должна что-то решать, а решать приходится тогда, когда есть разные возможности действовать, когда надо выбирать какое-либо одно из решений, т. е. когда имеется возможность выбора. С. Н. Братусь также обращал внимание на то, что всякое подлинное волевое решение есть избирательный акт, включающий сознательный выбор и решение.¹⁷

Возможность выбора может быть большей или меньшей; она обратно пропорциональна степени детализации императивных нормативных и ненормативных актов и прямо пропорциональна степени децентрализации правового регулирования.

Волеизъявления участников договора не должны противоречить воле государства (общей воле), выраженной в законе или основанных на нем актах публичных органов. В противном случае волеизъявления противозаконны, и соответствующие договоры признаются недействительными целиком или в части с применением последствий, установленных законом (§ 2 гл. 9 ГК РФ «Недействительность сделок»).

Таким образом, говоря о воле в договоре, следует иметь в виду не только соотношение (согласование) воли сторон договора, но и соотношение государственной (общей) воли и воли лица, вступающего в договор. В последнем случае налицо не два равноправных субъекта и не отношения равенства, а властные отношения, при которых определяющее значение имеет государственная (общая) воля. Лицо, вступающее в договор, согласует свою волю не только с волей контрагента по договору, но и с государственной (общей) волей, соблюдает установления законов и иных императивных актов. При этом выполняемая лицом воля государства в основе своей превращается (трансформируется) в его собственную волю.

Рассмотренные выше положения нашли четкое закрепление в ГК РФ. С одной стороны, в нем отмечается, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора, т. е. закрепляется общее правило на уровне

¹⁶ *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора... С. 75; *Гавзе Ф. И.* Социалистический гражданско-правовой договор. С. 63–64.

¹⁷ *Братусь С. Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 12.

принципа — принципа свободы договора, свободы согласования воли равноправных субъектов (п. 1 ст. 421). С другой стороны, ГК РФ указывает на то, что договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения, т. е. закрепляет приоритет общей государственной воли (п. 1 ст. 422).

Изложенные выше выводы, имея непосредственное отношение к гражданскому (частному) праву, по существу, приобретают общеправовое значение и могут быть применены к любым другим отраслям права, где используется институт договора: конституционному праву, публичному (административному, уголовному) праву, процессуальному (гражданско-процессуальному, уголовно-процессуальному) праву, международному публичному праву.

Лучшим образом это можно проиллюстрировать на примере Бюджетного кодекса РФ. В его новейшей редакции прямо указывается на то, что бюджетный кредит может быть предоставлен Российской Федерации, субъекту РФ, муниципальному образованию или юридическому лицу на основании договора, заключенного в соответствии с гражданским законодательством РФ, с учетом особенностей, установленных БК РФ. К правоотношениям сторон, вытекающим из договора о предоставлении бюджетного кредита, применяется гражданское законодательство РФ, если иное не предусмотрено БК РФ (п. 1 ст. 93.2 БК РФ). Из приведенного примера видно, как соотносятся свободная воля сторон договора и воля государства. Ограничения, установленные БК РФ, не лишают возникающее правоотношение его договорного гражданско-правового характера, остается определенная сфера для выражения сторонами их собственной свободной воли.

Договорное право — это частноправовой или комплексный межотраслевой институт права? Среди теоретиков права бытует мнение о межотраслевом характере института договора. Например, А. Д. Корецкий считает, что вычленение из отраслевых определений договора его общих элементов позволит придать последнему межотраслевой характер.¹⁸ С такими взглядами на отраслевую природу договора нельзя согласиться.

Отрасль права выделяется по специфическим особенностям предмета и метода правового регулирования. Если, например, предмет и метод административного права характеризуют властные отношения, то, очевидно, здесь нет и не может быть места договору как свободному согласованию воли равноправных субъектов. Другое дело, что, по мере того как применение метода договорного регулирования расширяется и он вытесняет метод власти и подчинения, договор распространяется на сферу отношений, обычно регулируемых методом власти и подчинения. Становится ли в таком случае договор институтом административного права или межотраслевым институтом права? На наш взгляд, не становится, он остается институтом частного права.

Договор может существовать только между равноправными независимыми друг от друга субъектами права. В этом смысле договорной характер правоотношения субъектов неразрывно связан с их гражданской правосубъектностью; они взаимообусловлены.¹⁹ И договор, и гражданская

¹⁸ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 17.

¹⁹ См. по этому поводу: Иоффе О. С. Логические пределы понятий юридического лица, оперативного управления, хозяйственного обязательства // Правоведение. 1972. № 9. С. 103–115; Бессмертный В. К. Объективные границы юридического лица // Вестник

правосубъектность как институты права зародились в гражданском праве и остаются гражданско-правовыми. Постоянное расширение договорного метода регулирования, распространение его на иные сферы, включая сферу публичного права, не делает этот метод публично-правовым, а институт договорного права — публичным или комплексным межотраслевым.

Возникает вопрос: как быть, когда договор заключается с участием публичного органа, например, договор аренды федерального имущества между Российской Федерацией в лице соответствующего федерального органа исполнительной власти и предпринимателем; соглашение о разделе продукции, концессионное соглашение и т. д.? Отвечая на этот вопрос, важно понимать, что публичные органы, являясь субъектами права, выступают в различных отношениях (выступают вовне в разных правовых масках): как публичных (основное назначение), так и частных (вспомогательное назначение). Этим определяются особенности их правового положения.

С одной стороны, публичные органы — это субъекты публичного права, участники публичных правоотношений. Для осуществления этой основной своей деятельности они наделяются компетенцией, т. е. определенными властными полномочиями по отношению к другим лицам. Очевидно, в силу прямого указания российского законодательства такие субъекты права (выступающие в качестве публичных органов) не могут быть стороной договорного правоотношения. Здесь спорить не приходится.

С другой стороны, публичные органы — это субъекты частного права. В ст. 124 ГК РФ прямо установлено, что в регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать, в частности через свои органы, также Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования. Это необходимо хотя бы для осуществления экономической деятельности, направленной на обеспечение нормального функционирования своей основной деятельности: приобретения по договорам купли-продажи мебели или транспортных средств, осуществления по договору строительного подряда ремонта здания и т. д. Для этого государственные органы наделяются правами юридического лица, т. е. гражданской правосубъектностью, что обеспечивает им участие в отношениях частного правового характера. Государственные органы, являясь юридическими лицами, создаются в организационно-правовых формах учреждений, государственных корпораций и могут вступать в гражданские правоотношения. В этих случаях публичные органы действуют не как властные органы, а как рядовые участники экономического оборота со всеми вытекающими отсюда последствиями. Следовательно, ни с теоретической, ни с практической точки зрения нет препятствий для участия государственных органов в договорных правоотношениях.

Договорное правоотношение — это правовое отношение (независимо от его цели и содержания), основанное на соглашении частных лиц, т. е. на их равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Следовательно, трактуя участие публичных органов в договорных отношениях, необходимо исходить не просто из того, что это публичные органы (и уже поэтому договор является публичным),²⁰ а из

Московского ун-та. 1974. Серия «Право». № 1; *Попондопуло В. Ф.* Объективные границы, правовые формы и критерии классификации обязательств // Проблемы гражданского права / под ред. Ю. К. Толстого, А. К. Юрченко, Н. Д. Егорова. Л., 1987.

²⁰ Следует различать понятия «публичный договор как договор между публичными органами или с их участием» и «публичный договор, заключенный коммерческой

природы (отраслевой принадлежности) договорных правоотношений независимо от того, кто в них участвует (публичный орган или частное лицо).

Договор может существовать только между равноправными субъектами права. Например, концессионное соглашение, несмотря на то что в нем в качестве концедента выступает публично-правовое образование (Российская Федерация, субъект РФ, муниципальное образование), является гражданско-правовым договором. То, что это соглашение заключается на основе акта государственного органа или органа местного самоуправления, вовсе не означает, что оно является не гражданско-правовым, а неким административным.²¹ Участие государства в концессионных соглашениях не меняет их частноправовой природы, так как принятие государством публичного решения об участии в концессионном соглашении есть лишь один из юридических фактов в сложном юридическом составе, лежащем в основании возникновения гражданско-правового концессионного отношения; другим основанием такого отношения является само концессионное соглашение — гражданско-правовой договор, в котором государство участвует на равных началах с другой стороной — частным инвестором (ст. 124 ГК РФ). Сначала государство в лице уполномоченных органов реализует свою властную компетенцию (принимается административный акт о заключении концессионного соглашения), а затем в лице уполномоченных органов, наделенных правами юридического лица, реализует свою гражданскую правосубъектность (участвует в гражданском правоотношении).²²

Следовательно, в какой бы отрасли права институт договора ни применялся, он остается частноправовым институтом и не приобретает характер комплексного межотраслевого института.

Место и роль договора в механизме правового регулирования.

Договоры подразделяются на виды в зависимости от того, какое место они занимают в механизме правового регулирования: а) договор как совокупность норм права, нормативно-правовой акт, средство правового регулирования (нормативно-правовой договор); б) договор как сделка, юридический факт; в) договор как правоотношение.

Н. Г. Александров подразделял договоры на: а) нормативные договоры, заключаемые между субъектами, обладающими нормативной властью; б) договоры-сделки, заключаемые между субъектами, не наделенными властными полномочиями; их юридическая сила возникает постольку, «поскольку они санкционируются органами государства и подлежат юрисдикции».²³

Приведенные выше классификации договоров, безусловно, имеют высокую ценность. Однако нельзя не согласиться с тем, что для деления договоров на нормативные и индивидуальные (договоры-сделки), при всей значимости такой классификации, характерна определенная условность.²⁴ Действительно, с точки зрения сторон, заключивших нормативный

организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится» (ст. 426 ГК РФ).

²¹ Рыженков А. Я., Черноморец А. Е. Рец. на кн.: Сосна С. А. Концессионные соглашения. М., 2002 // Новая правовая мысль. 2005. № 5. С. 53.

²² Попондопуло В. Ф. Концессионное соглашение — правовая форма государственно-частного партнерства // Правоведение. 2007. № 6. С. 255.

²³ Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВШЮН. Вып. VI. М., 1947. С. 68.

²⁴ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 44.

договор, последний, безусловно, является сделкой (в определенном смысле — договором-сделкой, индивидуальным договором). Договор-сделка, в свою очередь, не лишен регулирующих свойств, он сам по себе (наряду с нормой права) является способом индивидуальной регламентации поведения участников общественных отношений.

Рассмотрим кратко выделенные виды договоров и их место и роль в механизме правового регулирования.

В теории права под механизмом правового регулирования понимается система юридических средств, при помощи которых осуществляется правовое регулирование. Понятие механизма правового регулирования позволяет собрать и систематизировать юридические средства правового воздействия на общественные отношения, определить место и роль того или иного юридического средства в правовой жизни общества. К элементам, составным частям механизма правового регулирования относятся: юридические нормы, нормативно-правовые акты, правоотношения, акты реализации права, правоприменительные акты, правосознание, режим законности.²⁵

Некоторые авторы включают в механизм правового регулирования также такие элементы, как договор и другие юридические факты,²⁶ что, на наш взгляд, вполне обоснованно, поскольку: 1) вряд ли возможно действие механизма правового регулирования без тех жизненных обстоятельств (фактов), с которыми связаны реализация нормы права, возникновение (изменение, прекращение) правоотношения; 2) договор — это не только юридический факт, но и широко используемое в современных условиях средство правового регулирования.

а) Договор может выступать в качестве источника права, средства правового регулирования — *нормативно-правового договора*. В определенном смысле можно говорить о договорно-правовом регулировании, поскольку договор содержит в себе нормы права, т. е. правила поведения, обязательные для неопределенного круга лиц.

В качестве примера можно сослаться на определение коллективного договора в трудовом праве, который в ТК РФ определяется как правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения в организации и заключаемый работниками и работодателем в лице их представителей (ст. 40).

Нормативно-правовые договоры выступают в качестве источников и других отраслей права, например, конституционного (договоры о разграничении полномочий), международного (межгосударственные соглашения).

Нормативно-правовой договор, как и другие нормативные правовые акты, выступает в механизме правового регулирования в качестве нормативной основы, исходной юридической базы регулирования, с которой начинается правовое регулирование определенной сферы общественных отношений. С помощью согласованных сторонами нормативно-правового

²⁵ Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. М., 1979. С. 280; Теория государства и права / отв. ред. В. Д. Перевалов. 3-е изд. М., 2004. С. 157.

²⁶ Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 43–55, 173; Меркулов В. В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений. Рязань, 1994. С. 96; Теория права и государства / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М., 1997. С. 627; Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 120.

договора правил поведения, содержащихся в нем, программируется, нормативно направляется поведение участников общественных отношений, в которых рассчитано действие этого договора. Такой договор, как и иные нормативные акты, может содержать диспозитивные и императивные, регулятивные и охранительные, управомочивающие, обязывающие и запрещающие правила поведения.

б) Широко известно значение договора как *сделки* (ст. 153–154 РФ). Сделки — это юридические факты, т. е. предусмотренные нормами права жизненные ситуации, факты реальной жизни, влекущие юридические последствия: возникновение, изменение и прекращение правоотношений.

По общему правилу юридические факты не являются юридическими средствами воздействия на общественные отношения, поэтому они не входят в число элементов механизма правового регулирования. В то же время невозможно действие механизма правового регулирования без юридических фактов, поскольку именно с ними связывается действие норм права и возникновение (изменение, прекращение) правоотношений. В этом смысле юридический факт — это реальное жизненное обстоятельство, выступающее в качестве связующего звена различных элементов механизма правового регулирования: нормы права и правоотношения. Договоры же — это такие юридические факты, которые сами выступают средствами индивидуально-правового регулирования, устанавливая права и обязанности (правоотношения).

в) Договор может выступать и в качестве *правоотношения*, когда речь идет о договорном правоотношении. Правоотношение как элемент механизма правового регулирования представляет собой главное средство, при помощи которого нормы права воплощаются в жизнь, — средство трансформации общих моделей поведения в плоскость конкретных субъективных прав и юридических обязанностей для данных субъектов. Правоотношение свидетельствует о том, что перед нами точно определенные лица, которые что-то в юридическом отношении «могут» и что-то «должны».

Таким образом, видно, что в механизме правового регулирования активную роль играют как публичные органы посредством принятия и применения *нормативно-правовых договоров*, так и частные лица посредством заключения *договоров-сделок* и исполнения *договорных правоотношений*. При этом не исключается и связь выделенных значений договора: *договоры-сделки* могут заключаться, а договорные правоотношения исполняться на основании *нормативно-правовых договоров*. При этом следует подчеркнуть одну закономерность: чем меньше степень централизованного императивного нормативно-правового регулирования, тем больше роль договорного регулирования общественных отношений.

Содержание договора составляют те условия, на которых достигается соглашение сторон: условия о предмете, цене, сроке и т. д. В гражданском праве, где теория договора развита лучше всего, условия договора, составляющие его содержание, по юридическому значению подразделяются на существенные, обычные и случайные. Такое деление условий договора имеет значение на момент его заключения; после заключения договора все его условия становятся существенными.

Договор считается заключенным, если между сторонами достигнуто соглашение в требуемой в подлежащих случаях форме по всем *существенным условиям* договора. При этом существенными являются:

— условия о предмете договора;

— условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида; а также
— все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

Обычные условия договора — это те условия, которые заранее предусмотрены в соответствующих нормативных правовых актах и автоматически вступают в действие в момент заключения договора.

Случайные условия договора — это такие условия, которые включаются в договор по усмотрению сторон.

Приведенное выше понимание содержания договора и составляющих его содержание условий, на наш взгляд, имеет не только отраслевое правовое значение, но и общетеоретическое. Понятно, например, что предметы конституционного договора, семейного договора, трудового договора и др. будут различны, но, заключая эти договоры, стороны должны достичь соглашения о предмете соответствующего договора. То же можно сказать и о других условиях договора, и о содержании договора в целом.

В то же время, говоря о содержании договора, необходимо видеть его специфику в зависимости от вида договора. Так, содержание нормативно-правового договора, являющегося, по существу, средством правового регулирования (актом правотворчества), составляют общеобязательные правила поведения, зафиксированные в результате достижения соглашения. Содержание индивидуального договора как юридического факта (акта правоприменения) составляет совокупность согласованных его сторонами условий. Содержание договора как юридического факта и содержание договорного правоотношения различны: в первом случае это совокупность достигнутых сторонами договора условий, во втором — совокупность взаимных прав и обязанностей, основанных на достигнутых сторонами договора условиях.

Классификация элементов содержания договора может проводиться по различным критериям с учетом вида договора: нормативно-правового договора, индивидуального договора как юридического факта, индивидуального договора как правоотношения (договорного правоотношения).

Классификация договоров проводится по самым разным критериям на отраслевом и межотраслевом уровнях, в международно-правовой сфере, по ряду других критериев.²⁷

Отраслевая классификация договоров означает их классификацию в пределах той или иной отрасли права. Наиболее развернутая классификация договоров характерна для гражданского права, где в зависимости от избранного критерия классификации договоров-сделок выделяются предварительные договоры, публичные договоры, договоры присоединения, договор в пользу третьего лица и др., а в зависимости от цели договора-правоотношения — договоры на передачу имущества в собственность, договоры на передачу имущества в пользование, договоры на выполнение работ, договоры на оказание услуг. Проводятся и другие классификации.

Межотраслевая классификация договоров, по существу, означает классификацию их по отраслям права: конституционные договоры, договоры в частном праве (гражданском праве, семейном праве, трудовом праве, международном частном праве и др.), публичном праве (административном праве, включая налоговое право, бюджетное право и т. д., уголовном

²⁷ *Корецкий А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 41–63.

праве, международном публичном праве), процессуальном праве (гражданско-процессуальном праве, уголовно-процессуальном праве).

Говоря о межотраслевой классификации договоров, следует заметить, что применение института договора в разных отраслях права не меняет его частноправовой природы, не делает его межотраслевым комплексным институтом, как считают некоторые исследователи этого института. Определяя природу договора как явления правовой действительности, необходимо исходить не из той сферы, в которой этот институт применяется, а из природы самого договора как результата согласования воли свободных и равных субъектов. Свобода воли может быть ограничена законом, но если для свободы воли не остается места, то нет и договора.

Договоры могут заключаться в сфере публичного права, но публичными они не становятся. Так, на наш взгляд, даже согласие потерпевшего как обстоятельство, исключающее преступность деяния (ст. 122 УК РФ), является актом частного права. То же можно сказать о примирении с потерпевшим как основании освобождения от уголовной ответственности (ст. 76 УК РФ), о примирении сторон как основании прекращения уголовного дела (ст. 25 УПК РФ). С еще большим основанием это относится к соглашениям, которые допускаются в гражданском процессуальном праве: пророгационные соглашения, третейские соглашения, мировые соглашения, иные договорные процедуры.

Юридически значимая классификация договоров имеет большое значение для их квалификации. Достаточно привести в пример договоры, посредующие посредническую деятельность (договор поручения и договор комиссии), чтобы понять, что каждый из этих видов договоров при всем их сходстве весьма специфичен как по предмету, так и по другим условиям, включая оформление отношений сторон и условия налогообложения соответствующей посреднической деятельности.

По месту и роли договоров в механизме правового регулирования они подразделяются, как уже отмечалось, на нормативно-правовые договоры и индивидуальные договоры. В литературе отмечается недостаточная разработанность общей теории нормативного договора, в частности, отсутствие сопоставительного анализа различных типов таких договоров.²⁸ С учетом известных классификационных критериев можно выделить виды договоров-сделок и виды договоров-правоотношений, другие виды договоров.

Договор как средство правового регулирования. Как уже отмечалось, договор может быть нормативно-правовым. Необходимо определить его особенности, показать его сходство и отличие, с одной стороны, от других видов договоров (индивидуальных договоров), а с другой — от иных нормативных правовых актов.

С функциональной точки зрения нормативно-правовой договор рассматривается одновременно и как источник права — договорный акт, порождающий нормы права, и как акт нормативного саморегулирования, и как средство правового регулирования.²⁹

В настоящее время нормативно-правовые договоры рассматриваются в основном в пределах отдельных отраслей права, реже — в рамках общей теории права. Так, нормативно-правовой договор широко используется

²⁸ Мясин А. А. Нормативный договор как источник права. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2003. С. 5–6.

²⁹ Марченко М. Н. Источники права. С. 283–293.

в таких отраслях права, как конституционное право (например, федеративные договоры), трудовое право (например, коллективные договоры), международное право (например, международные конвенции). Иначе говоря, нормативно-правовые договоры представляют собой весьма значимую разновидность источников национального и международного права.³⁰

Также предпринимаются попытки сформулировать определение понятия нормативно-правового договора на общетеоретическом уровне — это «основанное на равенстве сторон и общности интересов соглашение (результат волеогласования либо волеслияния), содержащее в себе нормы права общего характера, направленное на достижение желаемого сторонами (как правило, правотворческими субъектами) результата».³¹

Родовыми признаками нормативно-правового договора (соглашения), роднящими его с иными договорами, являются, в частности, следующие признаки: добровольный характер, означающий свободное волеизъявление сторон; эквивалентный, в большинстве своем возмездный характер; обеспеченность в законодательном порядке; взаимно обязательный характер.

Видовыми, специфическими признаками нормативно-правового договора, выделяющими его из числа других договоров, являются, в частности, следующие признаки:

— содержит в себе правовые нормы — правила общего и обязательно-го характера. М. Н. Марченко считает, что «нормативно-правовой договор может содержать в себе не только нормы, но и принципы права».³² На наш взгляд, принципы права — это тоже нормы права, наиболее общие, принципиальные нормы права, поэтому выделять указание на принципы права в качестве отдельного признака нормативно-правового договора не следует;

— является актом правотворчества, а не актом правоприменения. При этом следует подчеркнуть, что нормативно-правовой договор в отличие от иных нормативно-правовых актов является актом договорного правотворчества, именуемого в литературе «согласительным правотворчеством».³³ С учетом этого обстоятельства нормативно-правовой договор определяется как «договор о правовых нормах», как соглашение сторон об установлении, изменении или отмене норм права;³⁴

— имеет публичный характер. Это проявляется в том, что: а) сторонами данного договора обычно выступают публичные институты (государство, его органы, органы местного самоуправления, общественные объединения, межгосударственные образования и др.); б) в таком договоре, как правило, закрепляется не частная, а общая, публичная воля — воля его сторон; в) целью договора является также публичная цель — публичные интересы (интересы сторон договора); г) предметом договора обычно выступают вопросы властвования, управления и саморегулирования, допускающие договорную форму правового регулирования.³⁵ Понятие

³⁰ *Договорные формы управления: постановка проблемы и пути решения.* М., 1981; Антонова Л. И. Локальное правовое регулирование. Л., 1985; Талалаев А. Н. Право международных договоров. Действие и применение договоров. М., 1985; Колесников Е. В. Источники российского конституционного права. Саратов, 1998; Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. М., 2001.

³¹ Мясин А. А. Нормативный договор как источник права. С. 11.

³² Марченко М. Н. Источники права. С. 287.

³³ Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. С. 72.

³⁴ Лазарев В. В., Кипень С. В. Теория государства и права. М., 1998. С. 183.

³⁵ Тихомиров Ю. А. Публичное право. С. 183–184.

нормативно-правового договора не совпадает с понятием публичного договора. Каждый нормативно-правовой договор обладает публичностью, но далеко не каждый публичный договор обладает вышеназванными признаками, позволяющими квалифицировать его как нормативно-правовой договор;

— возникает только на основе законов, а не подзаконных актов;

— на его основе могут издаваться подзаконные акты и заключаться иные договоры (индивидуальные публичные и частные договоры).

В зависимости от отраслевой принадлежности нормативно-правовых договоров выделяются:

— конституционные нормативно-правовые договоры, например, договоры, на основе которых возникают договорные федерации (Договор об образовании СССР 1922 г.), договорные конституционные федерации (США, Россия), договоры о разграничении предметов ведения и полномочий, заключаемые между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ, договоры о компетенции в сфере местного самоуправления;

— административные нормативно-правовые договоры, например, договоры между органами исполнительной власти субъектов РФ и федеральными органами исполнительной власти о временной передаче им осуществления части своих полномочий, договоры между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления;

— нормативно-правовые договоры в сфере трудового права (коллективные договоры и соглашения);

— нормативные договоры в сфере международного права, например, Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров.

В зависимости от функциональных, целевых и содержательных особенностей нормативно-правовых договоров можно выделить учредительные договоры, договоры о разграничении компетенции во внутри-федеральных отношениях и др. По временным параметрам выделяются срочные и бессрочные нормативно-правовые договоры. По особенностям предмета их регулирования выделяются договоры универсального характера (договоры по общим вопросам) и договоры специального характера (договоры по отдельным аспектам).³⁶

Проведение классификаций дает возможность глубже исследовать определенную разновидность договоров, понять их особенности.

Представляет определенный интерес вопрос о правовой природе и юридической силе нормативно-правового договора. Решение этого вопроса означает одновременно адекватный ответ на вопрос, касающийся его формально-юридического и фактического характера, его места и роли в механизме правового регулирования, его сущности и содержания.³⁷ Чтобы договор можно было рассматривать в качестве нормативно-правового, необходимы следующие условия:

— его стороны должны обладать правообразующей волей, а сам договор — правообразующей юридической целью. При этом «для действительности договора», направленного на установление, изменение или

³⁶ Там же. С. 180–194; *Мясин А. А.* Нормативный договор как источник права. С. 12–14; *Нечитайло М. А.* Нормативный договор как источник права. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2002. С. 9–12.

³⁷ *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 2. М., 1998. С. 6–8.

прекращение правоотношений, требуются его соответствие существующему правопорядку, непротиворечие действующему законодательству;

— его стороны должны обладать правообразующей способностью, т. е. способностью выступать в качестве субъекта правотворческого процесса, быть субъектом правотворчества. Такой способностью в силу закона обладают государство (Российская Федерация, субъекты РФ), муниципальные образования, их органы. Договоры с их участием, заключаемые в сфере конституционного права или административного права, могут приобретать характер нормативно-правовых.

Другие нормативно-правовые договоры приобретают юридическую силу и правовой характер по причине того, что образование и функционирование их в виде правовых и, соответственно, в виде источников права санкционируются государством. Государство посредством закона наделяет стороны договора правотворческой способностью. Например, коллективный договор является нормативно-правовым, хотя его стороны (работодатель и работники) сами по себе не обладают правотворческой способностью. Они наделяются такой способностью в силу прямого указания ТК РФ.³⁸

Индивидуальный договор в механизме правового регулирования. Индивидуальный договор — это юридический факт, двух- или многосторонняя сделка, отличающаяся таким признаком, как целевая направленность на определенный правовой результат. Индивидуальный договор как сделка — это двух- или многосторонняя сделка. Односторонняя сделка не является договором. В механизме правового регулирования индивидуальный договор в обозначенном качестве (договор-сделка) занимает место юридического факта, с которым связывается действие соответствующих норм права, в частности, правил нормативно-правового договора.

Договор является основанием возникновения правоотношения — договорного правоотношения. В этом смысле договор — это соглашение, содержащее условия будущего правоотношения. Нередко поэтому договор определяется как правоотношение, т. е. совокупность определенных прав и обязанностей.³⁹

Против определения договора как правоотношения резко выступает Б. И. Пугинский, который вообще считает ненужным учение о правоотношении.⁴⁰ На наш взгляд, определение договора как правоотношения допустимо постольку, поскольку оно означает договорное правоотношение (например, договорное обязательство) в отличие, например, от деликтного правоотношения (деликтного обязательства).

В механизме правового регулирования индивидуальный договор в таком своем качестве (договор-правоотношение) занимает место правоотношения, которое возникает на основании соответствующей нормы права, включая правила нормативно-правового договора, и договора-сделки.

Наиболее обстоятельно признаки индивидуальных договоров представлены в ГК РФ, где не только дается общее определение гражданско-правового договора — одного из наиболее распространенных видов индивидуальных договоров, но и закрепляются основные принципы его формирования и функционирования, форма договора, его разновидности, порядок заключения, изменения и расторжения договора (ст. 420–453).

³⁸ Марченко М. Н. Источники права. С. 296–297.

³⁹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. С. 10.

⁴⁰ Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // Вестник Московского ун-та. Сер. 11 «Право». 2002. № 2. С. 38, 47.

Индивидуальный договор в отличие от нормативно-правового договора характеризуется следующими чертами:

- определенность адресата;
- определенность содержащихся в нем прав и обязанностей;
- однократность применения как самого договорного акта, так и порождаемых им прав и обязанностей;
- прекращение действия индивидуального договора сразу же после его реализации.

Следовательно, в отличие от нормативно-правового договора, выступающего как акт правотворчества, индивидуальный договор является актом правоприменения. Однако и по этому поводу в юридической науке идут споры.

Некоторые авторы считают, что индивидуальному договору присущи черты акта правотворчества, и поэтому он представляет собой не столько юридический факт (акт правоприменения), сколько нормативный или поднормативный акт правотворчества, выступающий в качестве средства регулирования общественных отношений.⁴¹

На наш взгляд, правильной является позиция тех авторов, которые не смешивают норму права и соглашение, посредством которого норма права вводится в действие.⁴² Индивидуальный договор тем и отличается от нормативно-правового договора, что это акт применения правовых норм, т. е. юридический факт. Индивидуальный договор имеет обязательный характер лишь для тех, кто его заключил. В этом смысле справедливо утверждение, что «договор — закон для двоих». Однако такое индивидуально регулирующее значение индивидуального договора, роднящее его со средствами правового регулирования, не делает его источником права.

⁴¹ *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора... С. 106–107; *Исаков В. Б.* Юридические факты в советском праве. М., 1984. С. 68–70; *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовой договор. С. 44; *Кашанина Т. В.* Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Сов. государство и право. 1992. № 2.

⁴² См., напр.: *Юсупов В. А.* Теория административного права. М., 1985. С. 63; *Марченко М. Н.* Источники права. С. 311.

ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ О БАНКРОТСТВЕ: НОВЕЛЛЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ

Е. В. СЛЕПЧЕНКО



Слепченко
Елена Владимировна,
к. ю. н., доцент,
кафедра гражданского
и международного частного
права Ленинградского
государственного университета
им. А. С. Пушкина

Возбуждение производства по делам о банкротстве. Для возбуждения производства по делу о банкротстве требования заявителя должны быть официально подтверждены. Новый подход здесь заключается в том, что для возбуждения производства по делу о банкротстве по заявлению конкурсного кредитора, а также по заявлению уполномоченного органа по денежным обязательствам необходимо, чтобы указанные лица подтвердили заявленные требования вступившим в законную силу решением суда, арбитражного суда, третейского суда (ст. 6 Закона о банкротстве).¹ Требования уполномоченных органов об уплате обязательных платежей должны быть подтверждены решениями налогового органа, таможенного органа о взыскании задолженности за счет имущества должника либо вступившим в законную силу решением суда или арбитражного суда.

Таким образом, упрощено возникновение права на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом по

денежным обязательствам. Достаточно вступившего в силу решения суда, арбитражного суда или третейского суда. Предъявления решения к принудительному исполнению, как то необходимо было по ранее действовавшему законодательству, теперь не требуется.

© Е. В. Слепченко, 2009
E-mail: civillaw@lengu.ru

¹ Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190. — См. также Федеральные законы: от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»» (СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 4); от 30 декабря 2008 г. № 306-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество» (Там же. Ст. 14); от 28 апреля 2009 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (Там же. № 18. Ст. 2153); от 19 июля 2009 г. № 195-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (Там же. № 29. Ст. 3632).

Положениям ст. 6 корреспондируют положения ст. 7 Закона о банкротстве, в п. 2 которой определяется *момент возникновения права на обращение в арбитражный суд* с заявлением о признании должника банкротом. Право на обращение в арбитражный суд возникает у конкурсного кредитора и уполномоченного органа по денежным обязательствам со дня вступления в законную силу решения суда, арбитражного суда или третейского суда о взыскании с должника денежных средств. Право на обращение в арбитражный суд возникает у уполномоченного органа по обязательным платежам по истечении 30 дней со дня принятия решения налогового органа, таможенного органа о взыскании задолженности за счет имущества должника либо вступления в законную силу решения суда или арбитражного суда (абз. 2 п. 3 ст. 6 Закона о банкротстве).

В ст. 9 Закона о банкротстве уточнены правила, связанные с *обязанностью должника (руководителя должника, индивидуального предпринимателя) по подаче заявления должника в арбитражный суд*. В ней приводится примерный перечень случаев, когда руководитель должника или индивидуальный предприниматель обязаны обратиться с заявлением должника в арбитражный суд, в частности, когда должник отвечает признакам неплатежеспособности или недостаточности имущества.

Понятия «неплатежеспособность» и «недостаточность имущества», которые ранее широко использовались в научной литературе,² теперь нашли легальное закрепление в ст. 2 Закона о банкротстве. Неплатежеспособность определяется как прекращение исполнения должником части денежных обязательств или обязанностей по уплате обязательных платежей, вызванное недостаточностью денежных средств. Недостаточность имущества (иное обозначение неоплатности) — это превышение размера денежных обязательств и обязанностей по уплате обязательных платежей должника над стоимостью имущества должника.

Изменения, внесенные в ст. 37–41 Закона о банкротстве, определяющие *требования к заявлениям должника, конкурсного кредитора и уполномоченного органа, а также к документам, прилагаемым к указанным заявлениям*, связаны, главным образом, с изменением порядка утверждения арбитражных управляющих в деле о банкротстве и предъявляемых требований к кандидатурам арбитражных управляющих.

Так, в заявлении должника указываются кандидатура временного управляющего или наименование саморегулируемой организации арбитражных управляющих (далее — СРО), из числа членов которой должен быть утвержден временный управляющий.

Отсутствие в заявлении должника необходимых сведений является основанием для возвращения арбитражным судом заявления должнику (ст. 44 Закона о банкротстве).

Вместе с тем в заявлении должника могут быть указаны и иные сведения, необходимые для правильного разрешения дела о банкротстве, а также могут содержаться ходатайства должника, например, об истребовании у кредиторов необходимых документов.

К заявлению должника прилагаются документы, предусмотренные ст. 126 АПК РФ и ст. 38 Закона о банкротстве. Документы прилагаются

² См., напр.: *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. Т. 4. Торговый процесс. Конкурсный процесс. М., 1912. С. 150; *Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»* / под ред. В. В. Витрянского. М., 1998. С. 13; *Попондопуло В. Ф., Слепченко Е. В.* Производство по делам о банкротстве в арбитражном суде. СПб., 2004. С. 22–23.

к заявлению должника в подлиннике либо в виде копий, заверенных в установленном порядке.

Уточнения редакции ст. 39–41 Закона о банкротстве связаны не только с изменением порядка утверждения арбитражных управляющих в деле о банкротстве и предъявляемых требований к кандидатурам арбитражных управляющих, но и с указанными выше изменениями правил, касающихся порядка возбуждения производства по делу о банкротстве и права на обращение в арбитражный суд (ст. 6–7 Закона о банкротстве).

Так, теперь доказательствами, подтверждающими обоснованность требований, являются вступившие в силу решения судов, арбитражных судов, третейских судов, рассматривавших требования кредитора к должнику. Предъявления судебных актов к принудительному исполнению не требуются.

Судья арбитражного суда обязан *принять заявление о признании должника банкротом*, если оно подано с соблюдением требований, предусмотренных АПК РФ и Законом о банкротстве (ст. 42 Закона о банкротстве). Если заявление о признании должника банкротом подано с нарушением указанных требований, судья арбитражного суда *отказывает в принятии заявления*, либо оставляет его без движения, либо возвращает (ст. 43–44 Закона о банкротстве).

Редакции указанных статей Закона о банкротстве уточнены, в особенности ст. 44. Заявление о признании должника банкротом подлежит *оставлению без движения или возвращению по основаниям*, предусмотренным ст. 128–129 АПК РФ, а также если оно не соответствует требованиям, предусмотренным ст. 37–41 Закона о банкротстве.

В соответствии с Законом о банкротстве заявление о признании должника банкротом должно соответствовать требованиям, предусмотренным ст. 37–41, к нему должны быть приложены необходимые документы. Исключение предусмотрено абз. 2 п. 1 ст. 42 Закона о банкротстве, когда к заявлению должника о признании должника банкротом, поданному в соответствии со ст. 9 Закона о банкротстве, приложены не все документы, предусмотренные ст. 38 Закона о банкротстве. Такое заявление должно быть принято арбитражным судом, а недостающие документы истребуются при подготовке дела о банкротстве к судебному разбирательству.

Если заявление о признании должника банкротом подано с нарушением требований, предусмотренных ст. 37–41 Закона о банкротстве, то арбитражный суд выносит определение об оставлении без движения указанного заявления. Копии определения направляются должнику и кредитору-заявителю.

После устранения обстоятельств, послуживших основанием для оставления без движения заявления о признании должника банкротом, арбитражный суд принимает заявление к производству. При этом заявление о признании должника банкротом считается поданным в день поступления такого заявления в арбитражный суд.

Определение об оставлении без движения заявления о признании должника банкротом не подлежит обжалованию (ст. 128 АПК РФ).

Если обстоятельства, послужившие основанием для оставления без движения заявления о признании должника банкротом, не устранены в срок, установленный определением арбитражного суда об оставлении без движения заявления о признании должника банкротом, арбитражный суд выносит определение о возвращении заявления о признании должника банкротом и возвращает такое заявление с прилагаемыми к нему документами.

Определение о возвращении заявления о признании должника банкротом может быть обжаловано (ч. 4 ст. 129 АПК РФ).

Возвращение заявления не препятствует повторному обращению с таким же требованием в арбитражный суд в общем порядке после устранения обстоятельств, послуживших основанием для его возвращения (ч. 6 ст. 129 АПК РФ).

В ст. 45 Закона о банкротстве, редакция которой полностью изменена, определяется общий *порядок утверждения арбитражного управляющего*, который основан на принципах: соответствия кандидатуры арбитражного управляющего требованиям к кандидатуре арбитражного управляющего, предусмотренным ст. 20 и 20.2 Закона о банкротстве (п. 1 ст. 45), свободного доступа заинтересованных лиц к проведению указанной процедуры и принятия СРО решения о представлении кандидатуры арбитражного управляющего на коллегиальной основе (п. 3 ст. 45).

Выбор кандидатуры арбитражного управляющего для утверждения в деле о банкротстве осуществляет заявитель (конкурсный управляющий или уполномоченный орган в подаваемом в арбитражный суд заявлении о признании должника банкротом) либо собрание кредиторов (в протоколе собрания кредиторов).

Определение арбитражного суда о принятии заявления о признании должника банкротом (с указанием кандидатуры арбитражного управляющего) или протокол собрания кредиторов о выборе кандидатуры арбитражного управляющего направляются в СРО, членом которой является выбранный арбитражный управляющий.

СРО, получив указанные определение арбитражного суда или протокол, представляет в сроки, предусмотренные п. 4 ст. 45, в арбитражный суд, заявителю (представителю собрания кредиторов) и должнику информацию о соответствии кандидатуры арбитражного управляющего требованиям, предусмотренным ст. 20 и 20.2 Закона о банкротстве. Если ни в определении арбитражного суда о принятии заявления о признании должника банкротом, ни в протоколе собрания кредиторов не указана кандидатура арбитражного управляющего, СРО представляет кандидатуру арбитражного управляющего из числа своих членов, изъявивших согласие быть утвержденными арбитражным судом в деле о банкротстве.

По результатам рассмотрения представленной СРО информации о соответствии кандидатуры арбитражного управляющего требованиям, предусмотренным ст. 20 и 20.2 Закона о банкротстве, или кандидатуры арбитражного управляющего арбитражный суд утверждает арбитражного управляющего, соответствующего таким требованиям.

Если кандидатура арбитражного управляющего не представлена заявленной СРО в сроки и в порядке, которые установлены п. 1–7 ст. 45, арбитражный суд откладывает рассмотрение вопроса об утверждении арбитражного управляющего в деле о банкротстве на 30 дней. В этом случае заявитель, а также иные лица, участвующие в деле о банкротстве, вправе обратиться с ходатайством об утверждении арбитражного управляющего в деле о банкротстве из числа членов другой СРО.

Если в течение установленного срока заявитель или иные лица, участвующие в деле, не обратились в арбитражный суд с ходатайством либо указанная в таком ходатайстве СРО не представила информацию о соответствии кандидатуры арбитражного управляющего требованиям, предусмотренным ст. 20 и 20.2 Закона о банкротстве, или кандидатуру арбитражного управляющего, арбитражный суд обращается в орган по

контролю (надзору),³ который обязан обеспечить в порядке, установленном регулирующим органом,⁴ представление кандидатуры арбитражного управляющего другой СРО из числа СРО, сведения о которых включены в единый государственный реестр СРО.

В случае если кандидатура арбитражного управляющего не представлена в течение шести месяцев с даты, когда арбитражный управляющий в соответствии с Законом о банкротстве должен быть утвержден, арбитражный суд прекращает производство по делу.

В ст. 45 специально регламентируется порядок проверки кандидатуры арбитражного управляющего на соответствие требованиям о допуске к государственной тайне. С целью соблюдения этого требования должник и территориальный орган федерального органа исполнительной власти в области обеспечения безопасности (ФСБ России), получив определение арбитражного суда о принятии заявления о признании должника банкротом, обязаны представить в арбитражный суд и заявленную СРО информацию о форме допуска к государственной тайне руководителя должника и степени секретности сведений, которые обращаются на предприятии должника, либо об отсутствии такого допуска или таких сведений. Заявленная СРО не вправе представлять кандидатуру арбитражного управляющего, не имеющего допуска к государственной тайне установленной формы, если наличие такого доступа является обязательным условием утверждения арбитражным судом арбитражного управляющего (п. 1–2, 10–11 ст. 45).

Заявленная СРО несет ответственность за предоставление недостоверных сведений об арбитражных управляющих вплоть до исключения соответствующей некоммерческой организации из единого государственного реестра СРО.

Подверглась изменениям и ст. 47 «Отзыв должника на заявление о признании должника банкротом» Закона о банкротстве. В отличие от прежней редакции указанной статьи, предусматривавшей право должника направить отзыв на заявление о признании должника банкротом в арбитражный суд, в действующей редакции установлена *обязанность должника направить отзыв в арбитражный суд*, заявителю, а также представительк учредителей (участников) должника и собственнику имущества должника — унитарного предприятия. Отзыв должен быть направлен в 10-дневный срок со дня получения должником определения о принятии заявления о признании должника банкротом.

Непредставление отзыва должника с юридической точки зрения не является препятствием к рассмотрению дела о банкротстве, хотя фактически может затягивать его разбирательство, так как арбитражный суд и лица, участвующие в деле, не обладают необходимой информацией которая должна содержаться в отзыве.

Помимо сведений, предусмотренных ст. 131 АПК РФ, в отзыве должник указываются сведения, предусмотренные п. 2 ст. 47 Закона о банкротстве. В частности, если у должника имеются возражения против требовани

³ Функции органа по контролю (надзору) в сфере банкротства возложены на Федеральную службу государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестр) *Постановление Правительства РФ от 1 июня 2009 г. № 457 «О Федеральной службе государственной регистрации, кадастра и картографии»* // СЗ РФ. 2009. № 25. Ст. 305

⁴ Функции регулирующего органа в сфере банкротства возложены на Министерство экономического развития РФ: *Постановление Правительства РФ от 5 июня 2008 г. № 4 «О Министерстве экономического развития РФ»* // СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2867.

заявителя, он должен обосновать их, указав чем вызвана имеющаяся задолженность и когда она будет погашена. Эти возражения рассматриваются в порядке, предусмотренном ст. 48 Закона о банкротстве.

Иные сведения, которые должны быть указаны в отзыве должника (п. 2 ст. 47 Закона о банкротстве), способствуют быстрому и правильному рассмотрению дела.

Подготовка дела о банкротстве к судебному разбирательству. В ст. 50 Закона о банкротстве, посвященной подготовке дела о банкротстве к судебному разбирательству, уточнена редакция п. 3. Теперь при подготовке дела о банкротстве к судебному разбирательству, а также при рассмотрении дела о банкротстве для решения вопросов, требующих специальных знаний, арбитражный суд вправе назначить экспертизу, в том числе по собственной инициативе (ст. 82–87 АПК РФ, п. 3 ст. 50 Закона о банкротстве).

Следует учитывать также изменение редакции ст. 134 и 152 АПК РФ, в которых не указан конкретный срок для подготовки дела к судебному разбирательству. Подготовка дела к судебному разбирательству должна быть проведена в срок, определяемый судьей с учетом обстоятельств конкретного дела и необходимости совершения соответствующих процессуальных действий. В то же время дело должно быть рассмотрено арбитражным судом первой инстанции в срок, не превышающий трех месяцев со дня поступления заявления в арбитражный суд, включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству и на принятие решения по делу, если АПК РФ не установлено иное.

В исключение из этого правила в ст. 51 Закона о банкротстве установлено, что дело о банкротстве должно быть рассмотрено в судебном заседании арбитражного суда в срок, не превышающий семи месяцев со дня поступления заявления о признании должника банкротом в арбитражный суд. Такой длительный срок объясняется тем, что дела о банкротстве требуют от арбитражного суда совершения значительно большего количества процессуальных действий, чем по другим делам, подведомственным ему.

Закон о банкротстве прямо не указывает на возможность продления срока рассмотрения дела о банкротстве. Однако в исключительных случаях, когда проверку обстоятельств, связанных с платежеспособностью должника и возможностью ее восстановления, не удалось осуществить в срок, предусмотренный ст. 51 Закона о банкротстве, арбитражный суд, руководствуясь ст. 2 и 158 АПК РФ, в целях принятия обоснованного решения вправе отложить рассмотрение дела для дополнительного исследования доказательств на срок, необходимый для устранения обстоятельств, послуживших основанием для отложения, но не более чем на один месяц (п. 7 ст. 158 АПК РФ).

Рассмотрение дела о банкротстве может быть отложено также по специальным основаниям, например, по основаниям, предусмотренным п. 3 ст. 207 Закона о банкротстве.

В ходе подготовки дела о банкротстве к судебному разбирательству судья устанавливает круг лиц, участвующих в деле и в процессе по делу о банкротстве (ст. 34–35 Закона о банкротстве). Редакция указанных статей Закона о банкротстве подверглась уточнениям. В частности, расширен круг лиц, участвующих в арбитражном процессе по делу о банкротстве, за счет СРО, органа по контролю (надзору) и кредиторов по текущим обязательствам. Указанные лица вправе участвовать в арбитражном процессе по делу о банкротстве при рассмотрении соответствующих вопросов (п. 2 ст. 35). Так, при рассмотрении вопросов, связанных с утверждением,

освобождением, отстранением арбитражных управляющих, а также жалоб на действия арбитражных управляющих, в арбитражном процессе по делу о банкротстве вправе участвовать соответствующая СРО (ст. 21–22 Закона о банкротстве). При рассмотрении вопросов, связанных с утверждением арбитражных управляющих, в арбитражном процессе вправе участвовать орган по контролю (надзору) — Росреестр (п. 3 ст. 29 Закона о банкротстве). При рассмотрении вопросов, связанных с нарушением прав кредиторов по текущим платежам, в арбитражном процессе вправе участвовать кредиторы по текущим платежам (ст. 5, п. 1–3 ст. 134 Закона о банкротстве).

Указанные лица имеют право знакомиться с имеющими отношение к рассматриваемому вопросу материалами дела о банкротстве, делать выписки из них, снимать с них копии.

Подготавливая дело о банкротстве к судебному разбирательству, арбитражный суд по ходатайству заявителя или иного лица, участвующего в деле, вправе принять обеспечительные меры в соответствии с АПК РФ. В соответствии с новой редакцией ст. 46 Закона о банкротстве арбитражный суд принимает *обеспечительные меры* в целях обеспечения не только требований кредиторов, но и интересов должника. Соответствующее ходатайство может быть заявлено как при подаче в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом, так и в ходе всего производства по делу о банкротстве.

Перечень обеспечительных мер, предусмотренных ст. 91 АПК РФ (наложение ареста на денежные средства и иное имущество, запрещение должнику и другим лицам совершать определенные действия и др.), значительно расширен Законом о банкротстве. В соответствии со ст. 46 Закона о банкротстве после введения наблюдения (т. е. и в рамках других процедур, применяемых в деле о банкротстве) арбитражный суд вправе запретить совершать без согласия арбитражного управляющего сделки, не предусмотренные п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве. В п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве содержится перечень сделок, которые органы управления должника вправе совершать исключительно с согласия временного управляющего.

Заявление о принятии обеспечительных мер рассматривается судьей единолично не позднее следующего дня после поступления заявления в арбитражный суд (ст. 93 АПК РФ, п. 7 ст. 42 Закона о банкротстве).

По результатам рассмотрения заявления арбитражный суд выносит определение, которое подлежит немедленному исполнению и может быть обжаловано. Подача жалобы не приостанавливает исполнение определения о принятии мер по обеспечению требований кредиторов и интересов должника.

Обеспечительные меры действуют до даты вынесения арбитражным судом одного из определений, указанных в п. 3 ст. 46 Закона о банкротстве. Вынесение специального определения об отмене обеспечения требований кредиторов в этих случаях не требуется. Вместе с тем арбитражный суд вправе отменить обеспечительные меры и до наступления указанных выше обстоятельств. В этом случае выносится определение, которое может быть обжаловано.

Особенностью подготовки дел о банкротстве к судебному разбирательству является *рассмотрение обоснованности заявления о признании должника банкротом* (ст. 48 Закона о банкротстве). Судебная проверка обоснованности заявления о признании должника банкротом позволяет должнику своевременно осуществить свое право на судебную защиту.

(ст. 46 Конституции РФ) и заявить возражения против требований заявителя, тем самым возможно прекратить производство по делу о банкротстве. Если же заявление о признании должника окажется обоснованным, вводится наблюдение.

Наблюдение вводится по результатам рассмотрения арбитражным судом обоснованности заявления о признании должника банкротом. При принятии заявления о признании должника банкротом судья определяет дату судебного заседания по рассмотрению обоснованности заявления. Судебное заседание по проверке обоснованности заявления о признании должника банкротом проводится не менее чем через 15 и не более чем через 30 дней с момента вынесения определения о принятии заявления о признании должника банкротом (п. 6 ст. 42 Закона о банкротстве).

Заседание арбитражного суда по проверке обоснованности требований заявителя к должнику проводится судьей арбитражного суда единолично в порядке, предусмотренном АПК РФ (ст. 135), с особенностями, установленными Законом о банкротстве. В частности, неявка извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания заявителя, должника, представителей собственника имущества должника — унитарного предприятия или учредителей (участников) должника в судебное заседание не препятствует рассмотрению вопроса о введении наблюдения.

По результатам рассмотрения обоснованности заявления о признании должника банкротом суд выносит одно из определений, указанных в п. 3 ст. 48 Закона о банкротстве. Основания вынесения указанных определений также определены в п. 3 ст. 48. Определения могут быть обжалованы.

С момента принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и до момента проверки обоснованности заявления о признании должника банкротом в арбитражный суд могут поступать заявления о признании должника банкротом и от других заявителей. В таких случаях применяются правила п. 4 комментируемой статьи.

В случае признания арбитражным судом заявления о признании должника банкротом обоснованным требования иных заявителей рассматриваются в порядке, установленном ст. 71 Закона о банкротстве, как требования кредиторов, вступивших в дело о банкротстве.

В случае признания заявления о признании должника банкротом необоснованным и при наличии иных заявлений о признании должника банкротом арбитражный суд рассматривает обоснованность таких заявлений в порядке, установленном ст. 48 Закона о банкротстве.

Процедура наблюдения не применяется в отношении должников-граждан и при применении упрощенных процедур банкротства ликвидируемого должника и отсутствующего должника. В указанных случаях проверка обоснованности требований кредиторов проводится в порядке, установленном ст. 71 Закона о банкротстве, в рамках подготовки дела о банкротстве к судебному разбирательству (п. 2 ст. 50 Закона о банкротстве).

Проверка обоснованности требований кредиторов, заявленных в рамках иных процедур, применяемых в деле о банкротстве (финансового оздоровления, внешнего управления, конкурсного производства), проводится в порядке, установленном ст. 71, 100 Закона о банкротстве.

Рассмотрение дела о банкротстве. Правила рассмотрения дел о банкротстве также подверглись изменениям, особенно это касается правил об основаниях прекращения производства по делу о банкротстве. В ст. 57 Закона о банкротстве указаны специальные основания

прекращения производства по делу о банкротстве, поскольку указанное производство может быть прекращено и по основаниям, предусмотренным ст. 150 АПК РФ, если они применимы к делу о банкротстве (ст. 223 АПК РФ, ст. 32 Закона о банкротстве).

Из оснований прекращения производства по делу, предусмотренных ст. 150 АПК РФ, к делу о банкротстве неприменимо только основание, предусмотренное п. 3, поскольку дело о банкротстве не подлежит рассмотрению третейским судом (п. 3 ст. 33 Закона о банкротстве).

Остальные основания прекращения производства по делу, предусмотренные ст. 150 АПК РФ, могут быть применены в деле о банкротстве. Таким образом, арбитражный суд прекращает производство по делу о банкротстве, если установит, что: дело не подлежит рассмотрению в арбитражном суде (ст. 33 Закона о банкротстве); в отношении должника уже имеется вступившее в законную силу решение арбитражного суда; все кредиторы отказались от заявленных требований на условиях, предусмотренных абз. 6 п. 1 ст. 57 Закона о банкротстве, и отказ принят арбитражным судом; юридическое лицо — должник ликвидировано и запись об этом внесена в государственный реестр; после смерти гражданина-должника правоотношение не допускает правопреемства (в случае смерти гражданина-кредитора это основание не применяется, если другие кредиторы предъявили требования к должнику); имеются основания, предусмотренные ч. 7 ст. 194 АПК РФ.

Статья 57 Закона о банкротстве предусматривает дополнительные основания прекращения производства по делу о банкротстве.

Производство по делу о банкротстве подлежит прекращению арбитражным судом в случае восстановления платежеспособности должника в ходе финансового оздоровления или внешнего управления, т. е. погашения требований всех кредиторов в соответствии с реестром требований кредиторов, либо в случае утверждения арбитражным судом мирового соглашения (ст. 88, 119, 159 Закона о банкротстве).

Арбитражный суд прекращает производство по делу о банкротстве также в случаях:

— признания в ходе наблюдения необоснованными требований заявителя, в частности, в случае отмены судебного акта или признания недействительным договора, которые послужили основанием к возбуждению дела о банкротстве. При этом аннулирование требований заявителя возможно лишь в случае отсутствия требований иных кредиторов, заявленных и установленных в порядке, предусмотренном Законом о банкротстве, и соответствующих требованиям ст. 6 Закона о банкротстве;

— отказа всех кредиторов, участвующих в деле о банкротстве, от своих требований. Такой отказ возможен в рамках любой процедуры банкротства (наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления конкурсного производства);

— удовлетворения всех требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, в ходе любой процедуры, применяемой в деле о банкротстве;

— отсутствия средств, достаточных для возмещения судебных расходов по делу о банкротстве.

Перечень оснований для прекращения производства по делу о банкротстве, предусмотренный п. 1 ст. 57, не является исчерпывающим. Арбитражный суд может прекратить производство по делу о банкротстве и в иных предусмотренных Законом о банкротстве случаях. Например, в случае удовлетворения требований кредиторов по денежным обязательствам

и об уплате обязательных платежей в порядке, предусмотренном п. 1–2 ст. 174 Закона о банкротстве, производство по делу о банкротстве градообразующей организации подлежит прекращению (п. 3 ст. 174 Закона о банкротстве).

О прекращении производства по делу арбитражный суд выносит определение, которое подлежит немедленному исполнению (ст. 52 Закона о банкротстве), но может быть обжаловано (п. 2 ст. 151 АПК РФ).

В п. 2 ст. 57 определяются последствия прекращения производства по делу о банкротстве, которые являются такими же, как и последствия, установленные на случай принятия арбитражным судом решения об отказе в признании должника банкротом (ст. 56), т. е. влекущими прекращение действия обстоятельств, являющихся последствием принятия заявления о признании должника банкротом и введения наблюдения.

Если определение о прекращении производства по делу о банкротстве принято в ходе процедур финансового оздоровления, внешнего управления, конкурсного производства, то прекращается действие обстоятельств, являющихся последствием введения указанных процедур.

Большое значение для хода рассмотрения дела о банкротстве, реализации процедур, применяемых в деле о банкротстве, своевременного информирования лиц, участвующих в деле о банкротстве, имеют правила об *опубликовании сведений о судебных актах*, вынесенных арбитражным судом. Указанные правила, содержащиеся ранее в ст. 54 Закона о банкротстве (утратила силу с 31 декабря 2008 г.),⁵ теперь сосредоточены в ст. 28 «Порядок опубликования сведений, предусмотренных настоящим Федеральным законом» Закона о банкротстве.

Сведения, подлежащие опубликованию в соответствии с Законом о банкротстве, включая сведения о судебных актах, вынесенных арбитражным судом (о введении процедур, применяемых в деле о банкротстве, о прекращении производства по делу о банкротстве, об утверждении, отстранении или освобождении арбитражного управляющего, иные предусмотренные Законом о банкротстве сведения), включаются арбитражным управляющим в Единый федеральный реестр сведений о банкротстве и публикуются в официальном издании, определяемом регулирующим органом — Минэкономразвития РФ.

Пересмотр судебных актов по делам о банкротстве. В ст. 61 Закона о банкротстве предусмотрены специальные правила, регламентирующие производство по *пересмотру определений арбитражного суда, вынесенных по итогам рассмотрения разногласий в деле о банкротстве*. Пересмотр иных судебных актов арбитражного суда по делам о банкротстве, в том числе судебных актов, вынесенных по результатам рассмотрения дела о банкротстве (ст. 52 Закона о банкротстве), осуществляется по правилам разд. VI АПК РФ.

Определения арбитражного суда, вынесенные по итогам рассмотрения разногласий в деле о банкротстве, с точки зрения порядка их обжалования подразделяются на две группы.

Первая группа — это определения арбитражного суда, вынесенные по результатам рассмотрения арбитражным судом заявлений, возражений, жалоб и иных разногласий в порядке ст. 50, 71, 100 Закона о банкротстве. Они могут быть обжалованы в порядке, установленном ст. 188

⁵ Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»».

АПК РФ, с особенностями, предусмотренными комментируемой статьей. Указанные определения могут быть пересмотрены в соответствии с разд. VI АПК РФ во всех инстанциях (апелляционной, кассационной, надзорной), а также по вновь открывшимся обстоятельствам.

Это относится и к определениям, устанавливающим размер требований кредиторов. Однако при рассмотрении таких дел в вышестоящей судебной инстанции арбитражный суд, вынесший определение, направляет ей в порядке, предусмотренном ст. 275–276, 294–295 АПК РФ, только те материалы дела, которые непосредственно относятся к спору должника и кредитора (кредиторов) об установлении обоснованности, размера и очередности требований. Соответственно редакция п. 2 ст. 61 Закона о банкротстве уточнена.

Вторая группа — это иные определения арбитражного суда, вынесенные по делу о банкротстве, но не предусмотренные АПК РФ, в отношении которых не установлено, что они подлежат обжалованию, например, определения, вынесенные по итогам рассмотрения разногласий между арбитражным управляющим и гражданами, в пользу которых вынесен судебный акт о взыскании ущерба, причиненного жизни или здоровью; между арбитражным управляющим и представителем работников должника, не связанные с очередностью, составом и размером требований о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих по трудовым договорам; по жалобам представителей лиц, являющихся участниками процесса по делу о банкротстве, на действия арбитражных управляющих, решения собрания кредиторов или комитета кредиторов, нарушающие их права и законные интересы (п. 2 и 3 ст. 61 Закона о банкротстве).

Эти определения могут быть обжалованы только в апелляционном порядке не позднее чем через 14 дней со дня их принятия. По результатам рассмотрения жалобы суд апелляционной инстанции не позднее чем через 14 дней принимает окончательное постановление. Обжалование таких определений в апелляционной инстанции не является препятствием для продолжения производства по делу о банкротстве, а также основанием для его приостановления.

Особенности рассмотрения заявлений, предусмотренных ст. 10, 18.1, 61.8–61.9 Закона о банкротстве. Положения указанных статей Закона о банкротстве представляют собой безусловные новеллы законодательства о банкротстве, поскольку в отличие от ранее действовавшего законодательства упомянутые заявления теперь подлежат рассмотрению непосредственно в рамках производства по делу о банкротстве.

В ст. 10 Закона о банкротстве систематизированы правила об *ответственности должника и иных лиц в деле о банкротстве* за различные нарушения Закона о банкротстве и особенности рассмотрения заявления о привлечении указанных лиц к ответственности.

Особенности процессуального производства, связанного с подачей и рассмотрением заявления о привлечении должника и иных лиц в деле о банкротстве к ответственности, регламентируются правилами п. 6–8 указанной статьи.

Заявление о привлечении указанных лиц к ответственности по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве, теперь (в отличие от правил ранее действовавшего законодательства) подлежит рассмотрению арбитражным судом непосредственно в деле о банкротстве должника. Указанное заявление может быть подано в ходе конкурсного производства арбитражным управляющим по своей инициативе либо по решению собрания кредиторов или комитета кредиторов.

Лица, в отношении которых поданы заявления о привлечении к ответственности, имеют права и несут обязанности лиц, участвующих в деле о банкротстве, т. е. права и обязанности, связанные с рассмотрением указанного заявления, включая право обжаловать судебные акты, принятые в соответствии со ст. 10 Закона о банкротстве.

По результатам рассмотрения заявления о привлечении контролирующих должника лиц⁶ к ответственности выносится определение, которое вступает в силу немедленно. В указанном определении указывается размер ответственности, который применительно к случаям, предусмотренным п. 4–5 ст. 10, определяется как разница между общим размером требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, и размером удовлетворенных требований кредиторов на момент приостановления расчетов с кредиторами или исполнения текущих обязательств должника в связи с недостаточностью имущества должника, составляющего конкурсную массу. На основании определения о привлечении контролирующих должника лиц к ответственности выдается исполнительный лист.

В целях формирования конкурсной массы и наиболее полного удовлетворения требований кредиторов производство по делу о банкротстве не может быть прекращено до вынесения арбитражным судом определения по требованию о привлечении контролирующих должника лиц к ответственности. В случае прекращения процессуальных действий по делу о банкротстве арбитражный суд по своей инициативе может приостановить производство по делу о банкротстве до вынесения определения по требованию о привлечении контролирующих должника лиц к ответственности. Как уже отмечалось, денежные средства, взятые с лиц, привлеченных к ответственности, включаются в конкурсную массу и подлежат распределению между кредиторами.

В ст. 18.1 Закона о банкротстве, посвященной *особенностям правового положения кредиторов, требования которых обеспечены залогом имущества должника*, установлено, что если введено финансовое оздоровление или внешнее управление, у залогового кредитора появляется право обратиться в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, с требованием об обращении взыскания на заложенное имущество должника в целях удовлетворения своих требований преимущественно перед другими кредиторами. Такое заявление подлежит удовлетворению арбитражным судом, если должник не докажет, что обращение взыскания на указанное имущество должника сделает невозможным восстановление его платежеспособности.

Новшеством в данном случае является то, что вопрос о возможности обращения взыскания на заложенное имущество должника решается арбитражным судом, рассматривающим дело о банкротстве, по заявлению конкурсного кредитора, требования которого обеспечены залогом данного имущества.

Новеллами являются также *правила об особенностях рассмотрения заявления об оспаривании сделки должника в деле о банкротстве (ст. 61.8, 61.9 Закона о банкротстве)*. Прежде всего необходимо отметить, что в связи с включением в Закон о банкротстве новой гл. III.1 «Оспаривание сделок должника» утратила силу ст. 103 Закона о банкротстве.⁷

⁶ Понятие «контролирующее должника лицо» теперь также определено в ст. 2 Закона о банкротстве.

⁷ В то же время сохраняют актуальность разъяснения ВАС РФ по этому вопросу: Постановление Пленума ВАС РФ от 30 апреля 2009 г. № 32 «О некоторых вопросах,

В соответствии со ст. 61.1 Закона о банкротстве сделки, совершенные должником или другими лицами за счет должника, могут быть признаны недействительными в соответствии с ГК РФ (общие основания и порядок), а также по основаниям и в порядке, предусмотренным Законом о банкротстве (специальные основания и порядок). Соответственно, в Законе о банкротстве выделяются следующие специальные основания оспаривания сделок должника или других лиц за счет должника: 1) подозрительные сделки: а) сделки, совершенные при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной; б) сделки, совершенные в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов; 2) сделки, влекущие за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами (предполагается, что заинтересованное лицо знало о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества, если не доказано иное).

Заявление об оспаривании сделки должника может быть подано в арбитражный суд внешним управляющим или конкурсным управляющим от имени должника по своей инициативе либо по решению собрания кредиторов или комитета кредиторов, при этом срок исковой давности исчисляется с момента, когда арбитражный управляющий узнал или должен был узнать о наличии оснований для оспаривания сделки, предусмотренных Законом о банкротстве (ст. 61.9).

Новеллой процессуального характера является то, что заявления об оспаривании сделок должника подлежат рассмотрению в рамках производства по делу о банкротстве. Судебное заседание арбитражного суда по заявлению об оспаривании сделки должника проводится судьей арбитражного суда единолично в порядке, установленном АПК РФ, с особенностями, предусмотренными Законом о банкротстве. Судья арбитражного суда, в частности, уведомляет о времени и месте судебного заседания лица, направившее заявление об оспаривании сделки должника, должника и лицо, в отношении которого совершена оспариваемая сделка.

По результатам рассмотрения заявления об оспаривании сделки должника суд выносит одно из следующих определений: о признании сделки должника недействительной и/или применении последствий недействительности ничтожной сделки; об отказе в удовлетворении заявления о признании сделки должника недействительной. Определение может быть обжаловано в соответствии с ч. 3 ст. 223 АПК РФ.

Сделки должника неравнозначны с точки зрения упречности поведения лиц, их совершивших. Отсюда и различия в последствиях признания их недействительными, учитывающие интересы контрагентов должника по сделке (законодательно закрепляется баланс интересов реестровых кредиторов и контрагентов должника по сделке).

В случае признания указанных сделок недействительными наступают следующие последствия:

связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)" // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. Ст. 132; Информационное письмо ВАС РФ от 14 апреля 2009 г. № 128 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)"» // Там же. Ст. 146; Информационное письмо ВАС РФ от 14 апреля 2009 г. № 129 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами положений абз. 2 п. 1 ст. 66 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)"» // Там же. Ст. 153.

1) все полученное контрагентами должника по сделке возвращается в конкурсную массу;

2) контрагенты должника по сделке приобретают право требования к должнику, вытекающее из двусторонней реституции; указанное право подлежит удовлетворению в порядке, предусмотренном Законом о банкротстве:

а) в порядке очередности (сделки, совершенные при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной, и сделки, влекущие за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами, если они совершены после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом или в течение одного месяца до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом), либо

б) после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди (сделки, совершенные в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов, и сделки, влекущие предпочтение одному из кредиторов и совершенные должником за шесть месяцев до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом).

ИЗ ИСТОРИИ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ

В. В. КИЛИНКАРОВ



Килинкарров
Владимир Витальевич,
старший юрист компании
Максима — Консалтинг и Право

Настоящее исследование посвящено истории зарождения института гражданско-правовой защиты деловой репутации, а вместе с ней и таких нематериальных благ, как честь, достоинство, доброе имя, и является результатом системного историко-сравнительного анализа источников отечественного законодательства и взглядов отдельных представителей российской юридической науки на развитие указанных явлений в до- и послереволюционный период.

Вопрос о существовании какого-либо правового института имеет две составляющие: элемент *de lege lata* (выраженный в действующем законодательстве) и элемент *de lege ferenda* (выраженный в законодательном предположении — в законе, издание которого желательно). Каждая из этих составляющих обусловлена исторически: как действующий закон, так и законодательное предположение являются

результатом исторического развития юридической, экономической и социально-политической мысли и формируются под ее непосредственным воздействием. Поэтому изучение любого правового явления следует начинать с его исторической основы — именно в ней зачастую скрыты смысл и причина того или иного законодательного установления.

Таким образом, исследование проблемы формирования необходимых и достаточных механизмов защиты деловой репутации, чести, достоинства и доброго имени следует начать с выяснения того, какие механизмы защиты данных нематериальных благ существовали в прежнем законодательстве и что подталкивало государство к их развитию и реформированию.

1. Переходя к анализу исторического контекста развития института защиты указанных нематериальных благ, остановимся на общих понятиях чести, достоинства, репутации, деловой репутации и доброго имени.

С точки зрения наиболее распространенного подхода, воспринятого современным законодательством, честь определяется как положительная общественная оценка личности, а достоинство — как положительная

самооценка собственных качеств.¹ В современной науке выделяются «внешняя» и «внутренняя» честь. Под внешней честью А. Л. Анисимов понимает честь, «исходящую от государства»: «Предметом уважения со стороны государства является гражданин как таковой, гражданин вообще. Вот почему перед суждением государства все граждане совершенно равны, никто не пользуется преимуществом индивидуальных возможностей».² Внутреннюю честь немецкий философ-идеалист конца XIX в. И. Экштейн рассматривал как духовное «я» человека, от «всего телесного освобожденное».³

Достоинство отличается от чести, хотя и похоже на нее в субъективном смысле: «Достоинство выступает в виде ценности личности, а честь представляет оценку этой личности со стороны общества».⁴

Репутация в наиболее общем виде — это «приобретаемая кем- или чем-либо общественная оценка, общее мнение о качествах, достоинствах и недостатках кого- или чего-либо».⁵ Деловая репутация является разновидностью репутации в целом и представляет собой ту же социальную оценку, но рассматриваемую применительно лишь к деловым, профессиональным качествам субъекта. В отличие от чести и достоинства, деловая репутация свидетельствует не просто о признании ценности за личностью, но о положении человека в обществе в целом — она подтверждает наличие человека определенных деловых качеств, места в деловом мире. Кроме того, честь и достоинство — категории, имеющие сугубо позитивную направленность; деловая репутация, напротив, может иметь и отрицательную коннотацию.

Среди юристов распространены две основные точки зрения на деловую репутацию: широкая и узкая. Сторонники узкого взгляда полагают, что репутацией в целом обладает любое лицо, занимающееся общественно значимой деятельностью, а деловой репутацией — лишь предприниматели.⁶ Данные авторы различают деловую репутацию и репутацию служебную (профессиональную), указывая на то, что ст. 152 ГК РФ не защищает последнюю и неприменима для защиты прав и законных интересов граждан юридических лиц, не занимающихся предпринимательской деятельностью. Эта позиция опирается на систематическое толкование термина «деловой», используемого в ГК РФ, и небезосновательно критикуется юристами, придерживающимися широкого подхода. Последние указывают, что такая точка зрения «искусственно сужает возможности судебной защиты деловой репутации».⁷

¹ См., напр.: Анисимов А. Л. Гражданско-правовая защита чести, достоинства деловой репутации по законодательству Российской Федерации. М., 2001. С. 9.

² Там же. С. 13.

³ Экштейн И. Честь в философии и праве. СПб., 1895. С. 78.

⁴ Мароголова И. Л. Защита чести и достоинства личности. М., 1998. С. 11.

⁵ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 577.

⁶ См., напр.: Плотников В. Деловая репутация как объект гражданско-правовой защиты // Хозяйство и право. 1995. № 11. С. 38.

⁷ Потапенко С. Судебная защита деловой репутации юридических лиц от диффамации // Право и экономика. 2000. № 6. С. 69. — Справедливости ради стоит отметить, что ученые, определяющие деловую репутацию применительно к предпринимателям, основывают свою позицию на действующем законодательстве и судебной практике. Дело в том, что ГК РФ 1994 г. использует термин «деловой» лишь в двух случаях: применительно к «деловой репутации» и к «обычаю делового оборота», и дефиниция последнего в п. 1 ст. 5 ГК РФ дает основание полагать, что слово «деловой», а следовательно,

Согласно широкой трактовке, деловой репутацией обладают все граждане, занимающиеся профессиональной деятельностью того или иного рода. «Деловая репутация характеризует гражданина как работника, представляет собой оценку его профессиональных качеств, значимых для востребования на рынке труда»,⁸ это «оценка профессиональных качеств гражданина или юридического лица».⁹ Такой точки зрения придерживается большинство ученых.¹⁰

Таким образом, первой и основной особенностью, отличающей деловую репутацию от репутации в целом, является то, что она складывается в процессе профессиональной деятельности лица (предпринимательской или служебной).¹¹

Относительно закрепленного в ст. 23 Конституции РФ¹² права на защиту доброго имени ведутся дискуссии. Доброе имя, как обоснованно полагает большинство ученых, — более широкое понятие, нежели деловая репутация. Тем не менее объем понятия «деловая репутация» вряд ли можно целиком включить в объем понятия «доброе имя»: репутация может быть как положительной, так и отрицательной (хотя защищается только положительная), доброе имя же, подобно чести, всегда позитивно. Само словосочетание «доброе имя» также позволяет судить о нем как о понятии с положительным смыслом. Это обстоятельство, по мнению некоторых авторов, подтверждает, что доброе имя подчинено общим понятиям чести и положительной репутации.¹³ При этом, указывая среди нематериальных благ и честь, и доброе имя (ст. 23 Конституции РФ, ст. 150 ГК РФ), законодатель, как представляется, не допускает тавтологии, поскольку подразумевает две формы чести: внутреннюю, отраженную как честь, и внешнюю, названную добрым именем.¹⁴ С точки зрения А. М. Эрделевского, в ст. 150 ГК РФ о чести и добром имени говорится как о едином неимущественном благе, состоящем из двух элементов: доброе имя представляет собой положительную оценку обществом определенных качеств лица; честь — обусловленное наличием у лица доброго имени уважительное отношение

и словосочетание «деловая репутация» применимы лишь в отношении участников делового оборота — предпринимателей.

⁸ *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. М., 2002. С. 390.*

⁹ *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. О. Н. Садикова. М., 1997. С. 334.*

¹⁰ Эта позиция абсолютно правильна и понятна, если рассматривать деловую репутацию с точки зрения ее социального элемента. В то же время, если речь идет о правовой защите деловой репутации, то защита деловой репутации как совокупности профессиональных качеств лица, отраженных в сознании окружающих, возможна путем защиты права на честь и достоинство. Следовательно, пропадает необходимость в отдельном правовом регулировании деловой репутации. На наш взгляд, логичнее говорить о деловой репутации как о нематериальном благе, принадлежащем лишь тем лицам, которые осуществляют предпринимательскую деятельность. Такая точка зрения обоснована действующим законодательством, хотя и обладает существенным недостатком, лишаящим некоммерческие организации права на защиту от посягательств на их репутацию.

¹¹ Данный признак отличает деловую репутацию от чести и поддерживается всеми учеными, независимо от широты трактовки.

¹² СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

¹³ *Макарова Т. Н. Проблемы гражданско-правовой защиты деловой репутации. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2006. С. 6.*

¹⁴ См. об этом: *Бродская И. А. Особенности национальной трактовки чести, достоинства и деловой репутации // Адвокат. 2000. № 4.*

со стороны общества и отдельных лиц. Таким образом, при защите чести по ст. 152 ГК РФ защищается и доброе имя, поэтому данное понятие решили не включать в текст статьи.¹⁵

С нашей точки зрения, учитывая жесткость Конституции РФ и презюмируя грамотность позиции законодателя, следует исходить из того, что создатель Основного закона сознательно разделил понятия чести и доброго имени. Действительно, значение указанных терминов чрезвычайно близко и может быть объяснено лишь на социологическом и философском уровне. С точки зрения права же необходимо понимать, что и в том и в другом случае защищается не что иное, как право субъекта на положительное мнение о себе. Поэтому данные понятия можно объединить под общим названием «честь», «доброе имя» или даже «репутация». Однако необходимо осознавать, что социальное понятие доброго имени более ориентировано на профессиональную сферу, нежели понятие чести, и, в отличие от понятия репутации, в меньшей степени зависимо от активной деятельности субъекта, а потому, как представляется, более универсально.

2. Говоря об истории развития институтов защиты чести, достоинства, репутации и доброго имени, отметим, что эти нематериальные блага известны и ценимы человечеством с давних времен. Честь, достоинство и доброе имя позволяли человеку быть, с одной стороны, самостоятельной личностью, с другой — полноценной частью общества; репутация обеспечивала индивидуализацию субъекта, а положительная репутация — его успех в личном и профессиональном плане. Если честь, достоинство и доброе имя охранялись еще при зарождении общества, то репутация как самостоятельное явление возникла лишь на определенном этапе его развития, когда появилась необходимость в дополнительной личной, а затем и профессиональной индивидуализации отдельных субъектов. При этом функциональный диапазон репутации и его значение росли прямо пропорционально развитию и структуризации общественно-экономических отношений.

Можно предположить, что в начале своей истории вопросы охраны и защиты указанных благ регулировались социальными нормами. Всякого рода оскорбительные и клеветнические действия неизменно влекли социальную ответственность. Однако на определенном этапе эволюции общества значение и уязвимость данных благ возросли настолько, что потребовали вмешательства со стороны властного субъекта и вызвали появление ряда установлений абсолютно-правового характера — вначале в форме обычая, а затем в форме нормативного правового акта. Наряду с отдельными мерами социальной ответственности появились механизмы условно-уголовного, а после и условно-гражданского правового воздействия, позволившие обществу и государству вступить на новую ступень развития.

Некоторые механизмы защиты доброго имени и репутации известны еще со времен Древнего Рима. Римские юристы выделяли ряд понятий, толковавшихся ими как репутация (мнение). К ним относились: *existimatio* — репутация, доброе имя гражданина; *turpitude* — дурная репутация; *infamis* — пользующийся дурной славой.¹⁶ Использовались также термины, достаточно близкие по значению к терминам «честь» и «достоинство»:

¹⁵ Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. М., 2004. С. 117.

¹⁶ Бартошек М. Римское право: (понятия, термины, определения). М., 1989. С. 128.

honor — честь, почет, уважение, знаки внимания; *fides* (вера, доверие) — собственная честность и доверие к чужой чести, верность данному слову; *dignitas* — достоинство, проявление почтения, почет.¹⁷ Основным нарушением, посягавшим на данные блага, была личная обида («*iniuria*»), включавшая в себя и оскорбление. Совершение такого рода правонарушения являлось основанием для предъявления ряда исков — так называемых *actio iniurarum* и *actio iniurarum aestimatoria*, позволявших получить своего рода компенсацию и удовлетворение имущественного интереса заявителя.¹⁸ Впоследствии данные механизмы защиты были восприняты правовыми системами многих государств.

В древности понятия чести, достоинства, репутации и доброго имени тесно переплетались и как отдельные объекты права на защиту выделены не были. Более того, данные блага были тесно связаны с имущественной сферой человека: за посягательство на его имущество, как то воровство или незаконное пользование чужой собственностью, кроме возмещения имущественного ущерба полагалось особое вознаграждение «за обиду». При этом обида понималась в самом широком значении — не только как нарушение личных прав, но и как грубое вторжение в чужую имущественную сферу. Именно в этом смысле она понималась в римском и отчасти английском (общем) праве.¹⁹

В российской правовой традиции посягательства на указанные блага первоначально влекли лишь уголовную ответственность. Так, из Русской Правды нам известны различные виды оскорблений (обнажение меча, удар мечом, не вынутым из ножен, вырывание усов и бороды, побои и пр.), за которые полагались штраф или месть.²⁰ Данный штраф взыскивался сначала в пользу князя, а позднее шел в доход государственной верховной власти. Вплоть до XV–XVI вв. Русское государство стремилось взять дело защиты чести, достоинства и доброго имени граждан в свои руки и налагало на оскорбителей разного рода уголовные кары. В XV в., с изданием Судебника Ивана III, ситуация изменилась. В судебниках Ивана III (1497 г.) и Ивана IV (1550 г.), а затем и в Уложении царя Алексея Михайловича (1649 г.) содержится целый ряд постановлений о взыскании «бесчестья», т. е. денежной суммы в пользу обиженного.²¹ В данных памятниках древнерусского права красной нитью проходит забота законодателя об охране личных неимущественных прав граждан и компенсации в случае их нарушения. Как отмечает С. А. Беляцкий, «при полном смешении начал уголовных и гражданских непоколебимым оставалось следующее положение: за исключением редких случаев, обыкновенно случаев тягчайших преступлений, когда государство, усматривая нарушение государственных и общественных основ, требует от виновного удовлетворения в форме тяжкой уголовной кары, во всех

¹⁷ Там же. С. 110, 131, 144.

¹⁸ См. об этом: Флейшиц Е. А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран / Ученые труды ВИЮН. Вып. 6. М., 1941. С. 144.

¹⁹ Беляцкий С. А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 2005. С. 34.

²⁰ См., напр.: ст. 3–4, 8–9 Краткой Правды (Правда Русская и Судебник Царя и Великого Князя Ивана Васильевича / с примеч. тайного советника В. Н. Татищева. СПб., 1899).

²¹ См., напр.: ст. 8 Судебника 1497 г. (Там же); ст. 26 Судебника 1550 г. (Законы в. к. Иоанна Васильевича и внука его царя Иоанна Васильевича. М., 1878); ст. 186 Соборного уложения 1649 г. (Соборное уложение царя Алексея Михайловича 1649 года. М., 1907).

других случаях удовлетворение за нарушение личных прав, за «бесчестье» (понимаемое как нарушение физического и духовного достоинства человека) распределяется между государством и самим потерпевшим или же дается одному потерпевшему».²²

В XVIII столетии началось формирование института защиты чести и достоинства, более напоминающего современный. Артикул воинский 1715 г.²³ включал в себя главу 18 — о поносительных письмах, бранных и ругательных словах. Артикулу 149 и 151 содержали практически все признаки современного правонарушения — посягательства на честь, достоинство и репутацию лица, — однако виновный привлекался скорее к уголовной, нежели к гражданской ответственности.

Указанные выше правила «о взыскании за бесчестье», дополненные Уставом Морским 1720 г.²⁴ и Манифестом Екатерины II о поединках 1787 г.,²⁵ перешли в XIX в. в Свод законов Российской Империи 1832 г.²⁶ и помещены в разных отделах свода законов гражданских, в частности в разделе «О вознаграждении за обиды личные имуществом».

Таким образом, вплоть до середины XIX в. в России защищались лишь честь, достоинство, репутация и доброе имя физических лиц. В 1845 г. вступило в силу Уложение о наказаниях уголовных и исправительных,²⁷ которое содержало в Особенной части ряд норм, позволяющих защитить репутацию юридических лиц от так называемого «опозорения». Данный термин не содержался в тексте Уложения, однако применялся в науке и практике как собирательный по отношению к понятиям «клевета» и «диффамация», использованным в статьях Уложения. Согласно ст. 1535 Уложения о наказаниях, клевета есть заведомо ложное обвинение кого-либо в деянии, противном правилам чести. Диффамация, согласно ст. 1039, есть оглашение в печати о частном или должностном лице, обществу или установлении такого обстоятельства, которое может повредить их чести, достоинству или доброму имени. От клеветы диффамация отличалась тем, что: 1) она могла быть совершена только «через посредство печати», тогда как клевета — и в печати, и устно, и на письме, и символически; 2) существенным признаком клеветы являлась заведомая ложность оглашаемого, диффамацию же могло составлять и оглашение истинных фактов, а также фактов, не заведомо ложных.²⁸

Таким образом, с изданием Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. юридические лица получили возможность защиты

²² *Беляцкий С. А.* Возмещение морального (неимущественного) вреда. С. 35. — Поэтому не совсем правы те авторы, которые считают, что в России институт защиты чести и достоинства сформировался только в XVIII в. и лишь в составе уголовного права (см., напр.: *Поталенко С. В.* История развития российского законодательства по судебной защите чести, достоинства и деловой репутации // *Российский судья*. 2001. № 10. С. 31).

²³ *Российское законодательство X–XX вв.* В 9 т. Т. 4 / отв. ред. А. Г. Маньков. М., 1986.

²⁴ *Книга Устав морской. О всем, что касается к доброму управлению в бытности флота на море.* СПб., 1720.

²⁵ *Манифест о поединках 1787 Апреля 21 // Свод Российских узаконений по части военно-судной/ В 3 т. 2-е изд. Т. 3.* СПб., 1828.

²⁶ *Свод законов Российской империи.* В 15 т. СПб., 1832.

²⁷ *Уложение о наказаниях уголовных и исправительных.* СПб., 1845.

²⁸ См. об этом: *Познышев С. В.* Особенная часть русского уголовного права. Сравнительный очерк важнейших отделов особенной части старого и нового уложений. 3-е изд. М., 1912. — См. также: <http://allpravo.ru/library/doc101p0/instrum3668/item4717.html> (2008. 6 февр.).

своей репутации, однако пока лишь при помощи механизмов привлечения виновных к уголовной ответственности.

21 марта 1851 г. был издан закон, позволявший как гражданам, так и юридическим лицам возмещать вред от деяний преступных и непроступных. В данном установлении сформулирован общий принцип, согласно которому «как по общему закону никто не может быть лишен прав, ему принадлежащих, то всякий ущерб в имуществе и причиненные кому-либо вред или убыток, с одной стороны, налагают обязанность доставлять, а с другой — производят право требовать вознаграждения».²⁹ Таким образом, этот нормативный правовой акт, также вошедший в Свод законов Российской Империи, предусматривал право физических и юридических лиц возмещать ущерб как от преступных деяний, указанных выше, в том числе особо упомянутых в Своде законов гражданских — нанесения личной обиды или оскорбления, повлекшего или не повлекшего ущерб в кредите или имуществе,³⁰ так и от деяний непроступных, сформулированных в Своде законов гражданских наиболее общим образом — через понятие генерального деликта: «Всякий обязан вознаградить за вред и убытки, причиненные кому-либо его деянием или упущением, хотя бы сие деяние или упущение не составляли ни преступления, ни проступка, если только будет доказано, что оно не было принуждено к тому требованиями закона или Правительства, или необходимо лично обороною, или же стечением таких обстоятельств, которых он не мог предотвратить».³¹

Вторая половина XIX в. стала поворотным этапом развития российского гражданского права. Новые социальные и экономические реалии требовали реформирования законодательства и учета в правовом регулировании как актуальных современных тенденций, так и тех препятствий, что возникали на пути нормального экономического развития. В первую очередь речь идет о недобросовестной конкуренции в сфере делового оборота, одним из объектов которой являлась репутация предпринимателя — купца или юридического лица. В этот момент в российском гражданском праве ясно проявляется понятие деловой репутации, «кредита», подрываемого путем «употребления чужой фирмы», «употребления чужой вывески» и товарного знака.³² Такой кредит торговли (кредит вывески и фирмы)³³ и стал прообразом современной деловой репутации.

²⁹ Ст. 667 Свода законов гражданских (Свод законов Российской Империи. Т. X. Ч. 1. Пг., 1914. С. 150).

³⁰ Ст. 667–670 Свода законов гражданских (Там же. С. 150).

³¹ Ст. 684 Свода законов гражданских (Там же. С. 155).

³² «Употреблять чужую фирму — значит совершать подлоги чрез подделку подписи или же совершать обманы — чрез подделку клейма. Но употребить чужую вывеску, если вывеска не заключает в себе имени — значит составить и себе вывеску одинаковую или кажущуюся одинаковою с вывескою чужой торговли. Составление и выставление вывески одинаковой (или кажущейся одинаковою) с вывеской чужой торговли может явиться приемом и *corpus*'ом бесчестной конкуренции (*concurrency déloyale*), если одна и другая торговля одинакового рода и находятся по соседству. Тут бесчестная вывеска рассчитана не столько на то, чтоб привлечь к себе, сколько на то, чтоб отвлечь публику от соседа, — действие, подходящее под ст. 684 1 ч. X т.» (Цитович П. П. Трудь по торговому и вексельному праву. Т. 1. М., 2005. С. 230).

³³ П. П. Цитович писал: «Экономический и юридический состав торгового имущества еще не все. Есть, кроме того, кредит в смысле ст. 20 Устава Торгового, т. е. репутация торговли, *réputation* фирмы. Эта репутация тоже своего рода доверие: а) со стороны публики (потребителей, заказчиков "по вывеске", всех, для кого открыт вход под вывеской); б) со стороны деловых приятелей (корреспондентов, *Geschäftsfreunde*). В том

Таким образом, в конце XIX — начале XX в. российское законодательство предусматривало широкий спектр норм, регламентирующих защиту чести и достоинства граждан и деловой репутации юридических лиц. Помимо норм уголовно-правового характера, предусматривавших ответственность за клевету и диффамацию, существовали меры гражданско-правового воздействия, позволявшие требовать от правонарушителя возмещения вреда и убытков, причиненных «употреблением» не только чужой фирмы, товарного знака или вывески, но и умалением репутации.³⁴

Послереволюционный период истории российского права вплоть до начала 1960-х годов, за исключением отдельных недолгих отрезков, характеризовался безразличием власти к защите неимущественных прав и нетерпимостью к любому рода проявлениям предпринимательской деятельности.

8 декабря 1961 г. Верховный Совет СССР принял Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик.³⁵ Статья 7 Основ впервые после революции установила возможность гражданско-правовой защиты чести и достоинства. 1 октября 1964 г. вступил в силу ГК РСФСР,³⁶ где уже содержалась отдельная ст. 7 «Защита чести и достоинства», в соответствии с которой «гражданин или организация вправе требовать по

и другом направлении обыкновенно (в гражданской жизни) такой кредит оказывается лицу из-за его нравственных качеств. Но в торговом мире этот кредит представляет одну особенность: созданный в каждом данном случае личностью хозяина, он переходит на его торговлю, из репутации лица становится репутацией заведения, «дела», нагляднее: он прирастает к вывеске и к фирме. Публика не ищет или теряет из виду хозяина — она идет на вывеску; деловые приятели видят не столько лицо хозяина, сколько заведение, или просто — верят фирме. Кредит вывески сохраняет и расширяет круг клиентов (*clientele*, *assalandage*, *Kundschaft*, *avenitoris*), сохраняет и расширяет сбыт (сплав, *écoulement*); кредит фирмы сохраняет и расширяет круг деловых приятелей, расширяет экономическую основу торговли, чрез привлечение кредита. Кредит ст. 20 Уст. Торг. (кредит вывески и фирмы) сохраняет и расширяет оборотность, чрез оборотность расширяет доходность, чрез доходность — ценность торговли как целого, как предприятия. Этот момент до такой степени важен, что нередко от него одного зависит почти вся, если не вся, ценность данной торговли. Быть может, ликвидированное в данный момент, имущество торговли дало бы пассив; но торговля процветает, благодаря кредиту вывески и фирмы; и напр., наследство, обремененное долгами, может представлять ценность благодаря кредиту находящейся в нем торговли» (Там же. С. 231).

³⁴ Уголовное уложение 1903 г. содержало общее понятие опозорения, которое включало в себя уже известные клевету и диффамацию. Под опозорением понималось «разглашение о ком-либо слухов, касающихся или его действий, или каких-либо относящихся к нему обстоятельств, которые должны обесславить его в глазах других, опорочить его доброе имя» (Уголовное уложение 22 марта 1903 года / изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 720). Рядом с опозорением Уголовное уложение ставило, в качестве особого посягательства на честь, «разглашение заведомо ложного обстоятельства, подрывающего доверие к промышленной или торговой деятельности лица, общества или учреждения, или к способностям лица исполнять обязанности его звания или занятия» (ст. 540). К оскорблениям чести в Уложении примыкал целый ряд случаев «оглашения тайн», при которых разглашенные сведения могли опозорить лицо, к которому относятся (ст. 541–542), или когда разглашение было произведено с целью «причинить вред чести» (ч. 2 ст. 546). Эти случаи были соединены в Уложении с «оглашением тайн в подрыв кредиту» (Там же. С. 541–547). Таким образом, Уголовное уложение 1903 г. объединило в себе целый ряд законодательных положений, направленных в том числе на защиту репутации в предпринимательской деятельности. Тем не менее данным нормам не суждено было вступить в силу.

³⁵ Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 525.

³⁶ Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 406.

суду опровержения порочащих их честь и достоинство сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности».³⁷ Данное положение ГК РСФСР 1964 г. стало моделью современной ст. 152 ГК РФ. С вступлением в силу ГК РСФСР юридические лица впервые в истории советского законодательства получили право на защиту своей репутации (через защиту своей чести).

В 1977 г. впервые в истории российского государства право граждан на судебную защиту от посягательств на их честь и достоинство было возведено в ранг конституционной нормы.³⁸

Таким образом, во второй половине XX в. в нашей стране сформировался новый институт гражданского права — так называемый «институт диффамации»,³⁹ направленный пока на защиту только чести и достоинства граждан и организаций, но не деловой репутации. Деловая репутация — понятие нового уровня общественных отношений, термин, несмотря на свое вполне соответствующее советскому духу содержание, всегда считавшийся явлением коммерческой направленности, характерным более для рыночной экономики,⁴⁰ и поэтому не употреблявшийся в советском законодательстве вплоть до начала 90-х годов.

Защита непосредственно деловой репутации стала возможна только с 1 января 1992 г., когда в действие были введены новые Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик.⁴¹ Статья 7 Основ закрепляла право на честь, достоинство и деловую репутацию за всеми субъектами гражданского права, что являлось не совсем логичным, так как юридические лица, согласно наиболее распространенной в гражданско

³⁷ СЗ РСФСР. 1988. Т. 2. С. 7.

³⁸ Статья 7 Конституции СССР 1977 г. (СЗ СССР. 1990. Т. 3. С. 14).

³⁹ Ранее упоминалось об использовании данного понятия до революции. Однако диффамация в гражданском праве полностью проявилась лишь с изданием ГК РСФСР 1964 г.

Диффамация (от лат. *diffamare* — разглашать, лишать доброго имени, порочить) — термин, пришедший к нам из западной правовой доктрины, где под ним понимают распространение ложных и порочащих репутацию лица сведений. Различные зарубежные источники определяют диффамацию как «посягательство на репутацию другого лица» (*A Dictionary of Modern Legal Usage* / Bryan A. Garner. 2nd ed. Oxford, 2001. P. 255), «высуждение ложного утверждения о другом лице, вследствие чего данное лицо терпит убытки» (http://www.expertlaw.com/library/personal_injury/defamation.html (2008. 6 февр.)). Тем не менее в российской гражданско-правовой науке под диффамацией понималось и зачастую до сих пор понимается «распространение порочащих сведений, соответствующих действительности» (см., напр.: *Михню Е. А. Возмещение морального вреда при диффамации* // Правоведение. 1992. № 6. С. 63–69; *Гражданское право. В 4 т. Т. 2. С. 42*; Ясность в понимании термина вносит Постановление Пленума Верховного Суда РФ 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц», в п. 1 которого говорится, что «используемое Европейским Судом по правам человека в его постановлении понятие диффамации тождественно понятию распространения не соответствующих действительности порочащих сведений, содержащемуся в ст. 152 Гражданского кодекса Российской Федерации» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4).

⁴⁰ Данная позиция, несмотря на свою явную неоднозначность, по всей видимости заняла прочное место в сознании законодателя, использовавшего категории чести и достоинства не только по отношению к физическим лицам, но и применительно к организациям, хотя «честь и достоинство — категории нравственного порядка, характеризующие личность человека» (*Потапенко С. В. История развития российского законодательства по судебной защите чести, достоинства и деловой репутации. С. 33*).

⁴¹ Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

правовой науке и практике позиции, не обладают честью и достоинством. Указанное противоречие было снято после принятия в 1994 г. части первой ГК РФ, наделившей юридические лица лишь правом на защиту деловой репутации.

Принятие 12 декабря 1993 г. Конституции РФ, признавшей высшей ценностью общества и государства человека с его правами и свободами, провозгласившей переход России на рыночную экономику, а также вступление в силу с 1 января 1995 г. ГК РФ, задачей которого является регулирование не только имущественных, но и неимущественных отношений, оказали непосредственное влияние на гражданско-правовую защиту нематериальных благ, в том числе деловой репутации.

3. Как показано выше, вплоть до введения в действие в 1995 г. ГК РФ в российском законодательстве отсутствовало понятие «деловая репутация», данное же благо защищалось посредством защиты «чести и достоинства граждан и организаций», а до вступления в силу ГК РСФСР 1964 г. право на защиту репутации организации в отечественном законодательстве отсутствовало вовсе. Такой подход базировался на теории юридического лица как фикции. Организации были лишь фикцией и долгое время не имели прав на какие-либо нематериальные блага. Нельзя сказать, что в настоящее время, с получением ряда неимущественных прав, теория юридического лица претерпела существенные изменения. Появление прав на деловую репутацию посредством индивидуализации было закономерным результатом развития рыночных отношений и информационных технологий, когда зависимость бизнеса от мнения общества о нем возросла настолько, что сложившееся мнение стало одним из важнейших активов предприятия, а информация — ключевым фактором экономического развития и наиболее эффективным орудием конкурентной борьбы. Похожая тенденция, как было отмечено ранее, наблюдалась на рубеже XIX–XX вв., когда, чувствуя усиление конкурентной борьбы и преобладание в ней недобросовестных методов, законодатель установил ряд мер, направленных против посягательств на кредит, товарный знак и имя предпринимателя. К сожалению, теория права на кредит не успела тогда раскрыться в полном объеме — тому препятствовала, во-первых, консервативность законодателя, а во-вторых, отсутствие масштабной социально-экономической основы для преобразований.

В наши дни в условиях стремительно развивающейся рыночной экономики поддержание на должном уровне деловой репутации предпринимателя приобретает особое значение. Мнение о человеке становится весомым фактором, влияющим не только на его психологическое состояние, но и на экономическое благополучие. В еще большей степени это касается организаций, сама возможность существования которых зависит от представления о них как других организаций (поставщиков, кредиторов, спонсоров и т. д.), так и рядовых граждан (клиентов, потребителей). Деловая репутация в России представляет собой уже не только социально-правовое явление, но и категорию экономическую, имеющую особую специфику и значение. Сейчас о деловой репутации все чаще говорят не как о некоем благе с туманным содержанием, но как о нематериальном активе бизнеса, важнейшем рычаге современных предпринимательских отношений: «Хорошая репутация — большие деньги, инвестиции в этот актив дают десяти-двадцатикратную отдачу».⁴² Все большее распространение в на-

⁴² Репутация: как это делается в России // Эксперт. 2003. № 38. С. 82. — В качестве примера можно привести два весьма показательных случая: корпорация «Нестле» при-

шей стране приобретают так называемые «рейтинги деловой репутации». Опыт известных по всему миру *Financial Times* и *Fortune*⁴³ был воспринят изданием «Эксперт», впервые в России в 1997 г. опубликовавшим рейтинг ведущих отечественных компаний. Как следствие, понятие деловой репутации развивается, в деловую репутацию стараются вложить все большее содержание, пытаются выделить все ее возможные элементы. Понятие деловой репутации появляется во многих нормативных актах, развиваются старые и формируются новые механизмы защиты деловой репутации. Так, основу современной гражданско-правовой защиты деловой репутации составляет ст. 152 ГК РФ, ст. 129–130 УК РФ, ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,⁴⁴ ст. 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»,⁴⁵ ст. 43–46 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации».⁴⁶

Указанные механизмы предполагают не только различные способы и средства защиты, но и различные правовые основания для их применения, будь то распространение: 1) не соответствующих действительности порочащих деловую репутацию сведений; 2) ложных сведений, лишь ущемляющих право на деловую репутацию (общий механизм защиты права на деловую репутацию, механизм защиты от распространения информации СМИ); 3) неточных или искаженных сведений, которые могут нанести ущерб деловой репутации предпринимателя (механизм защиты от недобросовестной конкуренции); 4) рекламной информации, порочащей деловую репутацию лица (защита от недобросовестной рекламы).

Экономика и управление находятся ныне на том этапе развития, когда риск потери деловой репутации компании столь же велик, сколь и опасен. Репутационные риски грозят финансовой и управленческой нестабильностью и, тем самым, тормозят экономическое развитие. Сложившаяся ситуация требует определенного вмешательства со стороны законодателя — необходимо предоставление широкого спектра гарантий защиты предпринимателей от негативного вмешательства в формирование их деловой репутации извне. Анализ современного законодательства, судебной практики и существующих научных трудов в области защиты деловой репутации показывает, что текущий подход государства к регулированию указанных отношений не в полной мере отражает значение, придаваемое сегодня деловой репутации, зачастую не обеспечивает полноценной охраны деловой репутации и потому нуждается в дальнейшем совершенствовании.

обрела фирму «Роунтри» за 2,55 млрд долл. США, что более чем в пять раз превысило балансовую стоимость фирмы. А корпорация «Филлип энд Моррис» в октябре 1988 г. купила компанию «Крафт Фудс» почти за 13 млрд долл. США, что в четыре раза больше ее балансовой стоимости.

⁴³ *Financial Times* и *Fortune* — крупнейшие издания, публикующие наиболее авторитетные рейтинги репутации компаний: проекты «*World's Most Respected Companies*» (*Financial Times*) и «*Global Most Admired*» (*Fortune*).

⁴⁴ СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3434.

⁴⁵ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

⁴⁶ Ведомости СНГ и ВС РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА РАБОТНИКА НА ОХРАНУ ТРУДА

Т. А. ЗЫКИНА

Улучшение условий труда, экологической обстановки, в которой осуществляется труд, укрепление здоровья работников — это лишь часть проблем, относящихся сегодня к сфере охраны труда. Основными задачами являются признание ценности работника как человеческой личности и анализ препятствий, затрудняющих реализацию его прав и свобод.

Как следует из ст. 7 Конституции РФ, основой устойчивого развития Российского государства составляет создание условий для достойной жизни и свободного развития человека, при этом охрана труда представляется областью, в которой имеется реальная возможность утверждения господства права и гуманизма в трудовых отношениях. Тем не менее состояние дел в сфере охраны труда продолжает оставаться сложным. По данным Федерации независимых профсоюзов, каждый четвертый работник в Российской Федерации работает во вредных и (или) опасных условиях труда.¹ Такое состояние охраны труда отражается и на статистике Государственной инспекции труда, которая свидетельствует, что в организациях всех видов экономической деятельности в 2006 г. погибли на производстве 4514 человек.²

Национальное законодательство Российской Федерации в области охраны труда постоянно совершенствуется, постепенно приближаясь к общепризнанным принципам и нормам международного сообщества, в связи с чем в России внедрен новый межгосударственный стандарт «Системы управления охраной труда — общие требования. ILO-OSH 2001 (IDT)». Этот стандарт, рекомендованный Международной организацией труда, введен в действие в нашей стране с 1 июля 2009 г.; срок ввода в действие был выбран с таким расчетом, чтобы за подготовительный период обучить кадры экспертов и аудиторов, создать систему сертификации. Кроме того, становление современной российской системы



Зыкина Татьяна Алексеевна,
к. ю. н., доцент, зав. кафедрой
гражданского и трудового права
Института права
и предпринимательства
Архангельского государственного
технического университета

© Т. А. Зыкина, 2009
E-mail: TZykina@atnet.ru

¹ О действиях профсоюзов в связи с неудовлетворительными условиями труда // <http://fnpr.org.ru/4/23/2821.html> (2009. 27 июня).

² О работе технической инспекции труда профсоюзов в 2006 году // <http://fnpr.org.ru/4/23/2397.html> (2009. 27 июня).

охраны труда включает такие компоненты, как назначение компетентного учреждения, которое будет заниматься системой управления охраной труда, формулированием последовательной национальной политики и созданием базовых механизмов для их фактического применения в стране, а также подготовкой национальных отчетов об охране труда и разработкой национальных программ в области охраны труда, ставящих целью внедрение культуры охраны труда на каждом предприятии.³ Такие масштабные меры, принимаемые в России впервые, должны способствовать реализации права каждого работника на охрану труда.

Охрану труда принято рассматривать как систему обеспечения безопасности жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности. Она включает комплекс правовых, социально-экономических, организационно-технических, реабилитационных, санитарно-гигиенических, лечебно-профилактических и иных мероприятий, направленных на обеспечение безопасных условий труда. Следует отметить, что государство возложило обязанности по обеспечению здоровых и безопасных условий труда на работодателя, оставив за собой установление требований безопасности к ведению предпринимательской и трудовой деятельности граждан и надзор за их исполнением.

Именно работодателю принадлежит определяющая роль в сохранении жизни и здоровья работников путем создания ориентированной на человека трудовой среды. Это касается прежде всего обеспечения безопасного состояния рабочего места, под которым понимается место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя (офис, цех, склад, магазин и т. д.). В целях реализации права работника трудиться в безопасных условиях ст. 212 Трудового кодекса РФ устанавливает, что работодатель обязан обеспечить соответствующие требованиям охраны труда условия труда на каждом рабочем месте. Требования к оборудованию рабочих мест, как правило, содержатся в санитарно-эпидемиологических правилах и нормативах, разрабатываемых на основании Федерального закона от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения».⁴ В соответствии с существующей медико-физиологической классификацией все выполняемые работы условно разделены на шесть категорий. Работы первой категории тяжести выполняются в условиях, близких к физиологическому комфорту. Последующие категории характеризуются постепенным снижением положительных моментов и нарастанием негативных. В шестой категории тяжести условия труда являются особо неблагоприятными. К этой же категории тяжести относятся работы, при которых в результате чрезвычайных, часто внезапных стрессовых нервно-психических перегрузок возникают острые, очень тяжелые патологические реакции.

Следует учитывать, что позиции работников и работодателей по отношению к организации состояния рабочих мест различаются. Устранению этих противоречий служит аттестация рабочих мест, которая позволяет выявить и устранить недостатки в их оборудовании. Заслуживающим внимания представляется предложение Е. В. Кряжева о включении в содержание трудового договора аттестационного паспорта рабочего места,

³ 11 государств СНГ присоединились к международным стандартам в области охраны труда // <http://ktr.su/news/world/2007/06/29/1832> (2009. 27 июня).

⁴ СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650.

втором будут отражены все характеристики условий труда, негативно влияющие на здоровье работающих. Аттестационный паспорт при этом должен соответствовать перечню постоянных рабочих мест, подлежащих обязательной сертификации.⁵

Полностью избежать вредного воздействия условий труда на организм работника сложно, поскольку совершенствование техники и технологий производства, включая внедрение машин, заменяющих человека при наличии опасности для его жизни и здоровья, требует финансовых вложений. Как свидетельствует статистика, работодатели не проявляют заинтересованности в улучшении условий труда работников. Например, коэффициент обновления основных фондов по России сегодня составляет не более 4–5 % при их значительной изношенности, а срок их службы у нас достигает порядка 21 года, а то время как в развитых странах — 7–8 лет.⁶ Иногда сами работники, как это ни парадоксально, бывают не заинтересованы в улучшении существующих условий труда. Например, рабочие Верхнего-Канарского горно-обогатительного комбината в Свердловской области объявили забастовку с требованием работать с соблюдением всех правил, а когда работодатель удовлетворил эти требования, они в дальнейшем отказались от своих претензий. Соблюдение работодателем технологии производства привело к тому, что предприятие стало работать себе в убыток и не смогло выплачивать зарплату рабочим. Чтобы прокормить семьи, рабочие вынуждены продолжать работать на изношенном оборудовании, которое эксплуатируется в 2–3 раза дольше установленного срока.⁷

Кроме того, современные техника и технология производства уменьшают, но не могут полностью исключить воздействия на работающих вредных или опасных производственных факторов, поэтому наряду с техническими мероприятиями по обновлению техники и технологии производства работодатели должны выполнять еще и комплекс организационных мер, в частности осуществлять мероприятия по приведению существующих условий труда в соответствие с государственными нормативными требованиями охраны труда (например, при разработке технологических процессов, организации производства и труда).

Важная роль в обеспечении реализации права работника на охрану труда отводится постоянному контролю и надзору, осуществляемому в соответствии с требованиями закона как государственными, так и общественными органами. Например, только в одном субъекте Российской Федерации — Архангельской области — в результате таких проверок за различные нарушения в сфере охраны труда работников в 2004 г. от руководства различными предприятиями было отстранено 1600 руководителей, в 2005 г. — 500.⁸

В отдельных организациях сложилась практика осуществления оперативного ступенчатого контроля за состоянием охраны труда; его целью является предупреждение травматизма и профессиональной заболеваемости посредством осуществления комплекса организационно-технических

⁵ Кражев Е. В. Правовые аспекты охраны труда в Российской Федерации: состояние и перспективы. Автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 1997. С. 10.

⁶ Показатели банковской системы России отстают от развитых стран // <http://www.allcredits.spb.ru/item/4394/0/> (2009. 27 июня).

⁷ В России уровень травматизма на производстве в минувшем году вырос на 18 процентов // <http://orthomed.ru/news.php?id=24969> (2009. 27 июня).

⁸ 1600 руководителей Архангельской области отстранены за нарушение охраны труда // <http://www.arnews.ru/news/441918.html> (2009. 27 июня).

и профилактических мероприятий. Такой контроль осуществляется поэтапно, от отдельного подразделения к организации в целом, совместными усилиями представителей работодателя и работников и способствует проверке соответствия требованиям безопасности производственных процессов, оборудования, рабочих мест и выполнения административно-техническим персоналом подразделений и служб обязанностей по созданию работающим здоровых и безопасных условий труда.⁹ Система ступенчатого контроля законодательно не закреплена, но она подтвердила свою эффективность на практике и потому заслуживает широкого внедрения.

Одной из существенных проблем, затрудняющих реализацию права работника на охрану труда, следует назвать нежелание многих работодателей признавать в работнике личность. Распространена оценка работника как своеобразного ресурса, который, наряду с машинами и механизмами, влияет на состояние капитала. Между тем нельзя забывать, что работник представляет собой человека, стабильная и успешная трудовая деятельность которого обеспечивается охраной труда.¹⁰

Ориентированию процесса труда на человеческие интересы и ценности, включая интеллектуальные и морально-психологические особенности работников, и, таким образом, более полному использованию личностных производительных резервов работников служит общемировая тенденция гуманизации труда.

Гуманизация труда — явление многоаспектное, включающее среди других и особые требования к охране труда, поскольку в процессе трудовой деятельности работник не должен ощущать угрозы для своего здоровья, уровня дохода, обеспеченности работой, а его специфические качества как личности должны получать наиболее полное развитие, в том числе посредством предоставления возможности участвовать в распределении прибыли. Даже учет отдельных потребностей работника, например удовлетворенности трудом, может привести к повышению производительности труда без каких-либо дополнительных материальных затрат, а многие новые производства, основанные на современных технологиях, способны функционировать только в том случае, если учтены общечеловеческие потребности работающих, в частности потребность в комфортных условиях труда.

С позиции требований к охране труда работающих гуманизация труда имеет много направлений. Так, изменение представления о значимости работника как человека, учет его интересов, свойств его личности, потребностей и способностей включает в себя, как обязательное условие, охрану от недопустимых физических условий труда. Физические и умственные возможности человека, в том числе противостояние психическому стрессу, вызванному темпом работы, ее продолжительностью и монотонностью, не безграничны, их грамотный учет способствует реализации права работника на охрану труда. Этой же цели служат исправление существующих неблагоприятных условий труда и организации профессиональной деятельности, создание безопасного оборудования, а также планирование и выработка основных стратегий улучшения охраны труда на основе законных интересов самих работников.

⁹ Нуртдинова А. Защита трудовых прав работников // Хозяйство и право. 2002. № 12. С. 23.

¹⁰ Маврин С. П., Филиппова М. В., Хохлов Е. Б. Трудовое право России. СПб., 2005. С. 302.

Гуманизация труда не допускает умаления прав работника, вызывающих, кроме всего прочего, значительные потери для работодателя. Увеличение материальных затрат работодателя может наступить, например, вследствие поручения работнику дополнительных трудовых обязанностей, выполнять которые он не готов по различным причинам, привлечения к сверхурочной работе, незаконных штрафов и даже ненормированного рабочего дня.

Гуманизация труда предполагает осуществление труда в условиях благоприятной окружающей среды, которая не оказывает негативного воздействия на здоровье и жизнедеятельность человека и других живых организмов. В идеале каждый работник должен трудиться в благоприятной природной обстановке, позволяющей ему максимально эффективно материализовывать свой физический и духовный потенциал.

К одному из направлений гуманизации условий труда следует отнести внешнее оформление места работы, в том числе специальной одежды, что положительно влияет на формирование благоприятной, комфортной атмосферы труда работников.

Гуманизации условий труда служит также формирование у работников не просто заинтересованного отношения к выполняемой работе, но и стремления улучшать существующие на рабочих местах условия и охрану труда. Помочь данному процессу способны меры организационного характера, в том числе обучение работников способам и приемам обеспечения безопасности и охраны труда, предупреждения несчастных случаев при выполнении возложенных на них функций и работ на основе укрепления самодисциплины и повышения уровня общей культуры труда.

Обеспечение надлежащих условий труда, переход к гуманизации труда работников означает инвестирование средств в человеческие ресурсы и квалификацию работников, в качество и производительность труда, а не просто дополнительные затраты работодателя. Следует иметь в виду, что интенсивность развития трудового рынка России находится в прямой зависимости от состояния работоспособности работников, под которой понимается способность к трудовой деятельности, определяемая наличием физических, психических и моральных сил человека. Реализация права работника на охрану труда предполагает постоянное поддержание его работоспособности, особое значение при этом должно уделяться режиму труда и отдыха. Рациональный, физиологически обоснованный режим труда и отдыха подразумевает такое чередование периодов работы с периодами отдыха, при котором достигается высокая эффективность общественно полезной деятельности человека, хорошее состояние здоровья, высокий уровень работоспособности и производительности труда.

Главным умением работодателя считается его способность грамотно, на основе достижений науки и техники управлять своим бизнесом. Ключевым компонентом правильного управления является создание безопасных и достойных человека условий труда, способствующих достижению высокой производительности труда и качества продукции с помощью мотивированной и квалифицированной рабочей силы. Неадекватная нормам охраны труда рабочая среда в конечном итоге дорого стоит и работодателю, и обществу за счет увеличения расходов на доплаты за вредность, предоставления дополнительных отпусков работникам, занятым на вредных и опасных производствах, расходов на средства индивидуальной защиты, на компенсации пострадавшим от несчастных случаев и профессиональных заболеваний.

Права каждого отдельного работника на охрану труда могут быть реализованы не только при помощи законодательных норм, здесь важна

система согласованных действий работодателя и работника. Например, когда нарушение правил безопасности привело к серьезному несчастному случаю с одним из сотрудников в итальянской компании DHL, ее работники объявили забастовку из-за нарушений правил охраны труда, что заставило руководство организации начать переговоры с профсоюзами.¹¹ Напротив, статистика забастовочного движения в России все еще свидетельствует о том, что основной причиной возникновения коллективных трудовых споров остаются задержки выплат заработной платы, но не факты нарушений охраны труда, несмотря на их повсеместную распространенность.

Таким образом, гуманными могут быть те условия труда, при которых выполняемая работа по своим критериям не относится к тяжелой или вредной, производственная среда не содержит отклонений от установленных стандартов, по эстетическим критериям отвечает современным требованиям и рекомендациям и создана благоприятная мотивационная атмосфера среди работающих, способствующая соблюдению требований охраны труда и техники безопасности.

Основная задача следования политике гуманизации условий труда состоит в том, чтобы, избавляясь от элементов риска, вводить элементы комфорта. На это должны быть направлены совместные усилия органов государственной власти, работодателей и профсоюзов. В связи с этим представляется необходимым включить понятие «гуманизация труда» в российское законодательство — прежде всего в ст. 2 ТК РФ — в качестве одного из основных принципов правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений и в дальнейшем строить практику регулирования трудовых отношений, руководствуясь данным принципом.

Необходимость следования нормам безопасности труда должна быть осознана как работниками, так и работодателями, поэтому следует преодолевать существующие недостатки в информировании работников об условиях и охране труда на рабочих местах, о риске повреждения здоровья и полагающихся при этом компенсациях и средствах индивидуальной защиты.

В заключение следует добавить, что задача всеми способами способствовать реализации права работника на охрану труда пока еще не воспринята в обществе как приоритетная, несмотря на то что она имеет тесную связь с неотчуждаемыми правами человека на жизнь и здоровье. Именно право на сохранение здоровья и жизни составляет основу права на охрану труда работника и является самым уязвимым и нарушаемым в современных условиях. В самом общем виде здоровье, как особую ценность человека, можно определить как правильную, нормальную деятельность организма.¹² Работодатель должен обеспечить и в необходимых случаях осуществить финансирование прохождения медицинских осмотров работниками как при поступлении на работу, так и в процессе осуществления трудовой деятельности.

Обеспечение приоритета сохранения жизни и здоровья работников в соответствии со ст. 210 ТК РФ входит в основные направления государственной политики в области охраны труда. По этой причине право

¹¹ *Забастовка из-за нарушений охраны труда в компании DHL в Италии помогла добиться обещания начать переговоры* // <http://ktr.su/news/world/2007/10/22/3579> (2009. 27 июня).

¹² *Ожегов С. И.* Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1986. С. 198.

работника на сохранение здоровья и жизни должно найти отражение в обязанностях работодателя, перечисленных в ст. 22 ТК РФ («Основные права и обязанности работодателя»), путем включения в содержание данной статьи запрещения работодателю требовать от работника выполнения работы, которая ставит под угрозу сохранение его здоровья и жизни.

Реализация права работника на охрану труда предполагает систематическую деятельность всех заинтересованных в этом лиц и организаций на различных уровнях, включая процесс принятия нормативных актов. Преодоление препятствий к наиболее полному претворению в жизнь права работника на охрану труда предполагает комплексный, системный подход, при котором мероприятия, направленные на охрану труда, получают достаточное финансирование и осуществляются на основе гуманизации процесса труда, с учетом насущных потребностей работников, использования новейших достижений в науке, технике и технологиях как на национальном, так и на международном уровнях.

УВОЛЬНЕНИЯ РАБОТНИКОВ В СЛУЧАЯХ ПОЯВЛЕНИЯ НА РАБОТЕ В СОСТОЯНИИ АЛКОГОЛЬНОГО, НАРКОТИЧЕСКОГО ИЛИ ИНОГО ТОКСИЧЕСКОГО ОПЬЯНЕНИЯ

Л. Ю. БУГРОВ



Бугров Леонид Юрьевич,
Заслуженный работник
высшей школы РФ, д. ю. н.,
профессор, зав. кафедрой
трудового права и социального
обеспечения Пермского
государственного университета

Речь пойдет о давнем социальном зле в нашем Отечестве, имеющем чрезвычайно вредные последствия для всех социальных институтов и общества в целом. Определенное время оно связывалось только с употреблением напитков содержащих алкоголь, но в дальнейшем стало охватывать и ряд иных ситуаций. Естественно что государство стремилось установить меру во воспрепятствованию этому злу, в частности предусмотрев негативную юридическую ответственность для лиц, которые появлялись на работе в состоянии опьянения. Одной из таких мер было и остается увольнение.

Признавая давность указанного порока нельзя не обратить внимание на то, что до Октябрьской революции соответствующая проблема не существовала. В доказательство можно сослаться на Устав о промышленном труде который не предусматривал такого основания для увольнения работника, как его появления на работе в состоянии опьянения. Правда, среди причин для расторжения договора найма Устав называл «дурное поведение рабочего, если оно угрожает имущественным интересам предприятия или личной безопасности кого-либо из лиц управления предприятием или наблюдающих за рабочими» (ст. 62), в примечании при этом указывалось, например, на «курение табаку и держание при себе спичек, трубок и папирос» в пожароопасных помещениях. Вряд ли законодатель того времени хотя бы не упомянул здесь и нарушения, связанного с алкоголем, если бы такая проблема действительно существовала. Вместе с тем изучение текста Устава о промышленном труде показывает, что случаи появления на работе в состоянии опьянения или место и в царской России. Так, среди возможных нарушений поряд

© Л. Ю. Бугров, 2009

E-mail: bugrov@psu.ru

¹ Устав о промышленном труде с правилами и разъяснениями / сост. В. В. Грол
Пг., 1915.

в Уставе назывался и «приход на работу в пьяном виде» (ст. 102). Но, видимо, количество и качество таких «приходов» не требовали применения столь экстраординарной меры, как расторжение договора найма.

Есть веские основания предполагать, что подобная ситуация в целом оставалась характерной для нашей страны и в первые годы советской власти. Ведь ни Кодекс законов о труде (КЗоТ) 1918 г., ни КЗоТ 1922 г.

каких-то особых мер по поводу пьянства на работе не предусматривали, хотя документы подтверждают, что подобные правонарушения имели место и тогда. Например, 5 ноября 1917 г. Председатель СНК В. И. Ленин в обращении «К населению» упоминал о том, что надо установить «революционный порядок» и для пьяниц.²

Анализ различных юридических материалов показывает, что среди нарушителей трудовой дисциплины до 70-х годов прошлого века в нашей стране выделялись прежде всего «прогульщики», и именно прогулы фигурировали как особые по значимости причины для расторжения трудовых договоров. Оценивая подобное положение, необходимо помнить, что при советском строе сложилось практическое обыкновение — расценивать появление на работе в состоянии опьянения в качестве прогула. Такое решение в прямом противоречии с субординацией нормативных актов было сначала зафиксировано на ведомственном уровне в п. 23 Типовых правил внутреннего трудового распорядка для рабочих и служащих (утв. Государственным комитетом Совета Министров СССР по вопросам труда и заработной платы и ВЦСПС 12 января 1957 г.),³ а потом — закреплено в первоначальной редакции ст. 17 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде, принятых 15 июля 1970 г.⁴ (далее — Основы законодательства о труде), и ст. 33 КЗоТ РСФСР, принятого 9 декабря 1971 г.⁵ (далее — КЗоТ 1971 г.), предусматривавших в п. 4 расторжение трудового договора «в случае прогула без уважительных причин (в том числе появления на работе в нетрезвом состоянии)».

28 июля 1983 г. было принято Постановление Совета Министров СССР и ВЦСПС «О дополнительных мерах по укреплению трудовой дисциплины». В п. 8 данного документа отмечалось: «Считать грубейшим нарушением трудовой дисциплины появление на работе в нетрезвом состоянии или распитие спиртных напитков на рабочем месте. В борьбе с этими явлениями повысить дисциплинарную... ответственность рабочих и служащих, для чего предусмотреть... в качестве самостоятельного основания расторжения трудового договора по инициативе администрации появление рабочего или служащего на работе в нетрезвом состоянии».⁶ Вследствие этого в ст. 17 Основ законодательства о труде (на основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 12 августа 1983 г.)⁷ и в ст. 33 КЗоТ 1971 г. (на основании Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 20 декабря 1983 г.)⁸ появился п. 7, отдельно регламентировавший увольнение в связи с появлением работника на работе в нетрезвом состоянии. Последовавшая

² Социалистическая дисциплина труда. Сб. документов / сост. В. А. Фомин. М., 1984. С. 13.

³ Сборник законодательных актов о труде. 3-е изд. М., 1960.

⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1970. № 29. Ст. 265.

⁵ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007.

⁶ СП СССР. 1983. № 21. Ст. 116.

⁷ Ведомости Верховного Совета СССР. 1983. № 33. Ст. 507.

⁸ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1983. № 51. Ст. 1782.

вскоре знаменитая кампания по борьбе с пьянством 1985 г. в данном вопросе ничего не изменила.⁹

При этом относительно понимания нетрезвого состояния оставалась по меньшей мере недосказанность. Имеются в виду прежде всего случаи наркотического опьянения, которые поначалу были эпизодическими (здесь можно вспомнить колоритный пример, приведенный в творчестве М. А. Булгакова),¹⁰ а затем становились все более и более распространенными. В судебной практике 70-х годов прошлого века появились решения о том, что нетрезвое состояние охватывает не только алкогольное опьянение, но и опьянения, связанные с другими токсическими веществами. Однако эта практика не была стабильной — иногда суды констатировали нетрезвое состояние лишь как результат принятия алкоголя. Положение усугублялось тем, что проблема наркомании и токсикомании при советском строе была закрытой для широкого публичного обсуждения. Тем не менее нарастающее количество подобных ситуаций заставило отечественного законодателя 4 февраля 1988 г. изменить формулировку п. 7 ст. 17 Основ законодательства о труде, а 5 февраля 1988 г. — п. 7 ст. 33 КЗоТ 1971 г. Она была сконструирована следующим образом: появление на работе в нетрезвом состоянии, в состоянии наркотического или токсического опьянения.

Здесь сразу же следует отметить, что российское трудовое право с тех пор и по настоящее время далеко не полностью отвечает специальным требованиям международного и российского права о наркотических средствах и психотропных веществах.¹¹ Если упоминание о наркотическом опьянении работников все же будет сохранено в Трудовом кодексе РФ (далее — ТК РФ) и других источниках российского трудового права, то необходима скрупулезная работа по устранению имеющихся несоответствий. Это прежде всего относится к определенным средствам доказывания, не вытекающим ныне из норм отечественного трудового права, но обязательным по специальным нормам. Однако усложнение доказательственной стороны приведет к тому, что работодатели на практике сослаться на факт наркотического опьянения попросту перестанут. Думается, что с учетом крайней противоречивости сложившейся ситуации из источников трудового права России все-таки целесообразно изъять все особые упоминания о наркотическом опьянении работников.

Таким образом, до принятия ТК РФ работник мог быть уволен, во-первых, за появление на работе в нетрезвом состоянии, причем термин «нетрезвое состояние» указывал исключительно на наличие в организме работника алкогольных токсинов (в любом количестве, в том числе незначительном). Во-вторых, возможно увольнение за появление на работе в состоянии наркотического опьянения, которое отделялось от токсического. В-третьих, выделялось увольнение из-за токсического опьянения, невзирая на то, что и при приеме алкоголя, и при приеме наркотиков, употреблении многих иных веществ происходит интоксикация

⁹ См., напр.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 16 мая 1985 г. «Об усилении борьбы с пьянством» // Законодательство о борьбе с пьянством и алкоголизмом / отв. ред. Б. А. Столбов. М., 1985.

¹⁰ Булгаков М. А. Морфий // Собр. соч. В 5 т. Т. 1. М., 1989. С. 147–176.

¹¹ См., напр.: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 8.

человеческого организма. Кроме того, в измененной редакции п. 7 ст. 33 «ЗоТ 1971 г. увольнение в связи с употреблением алкоголя не требовало констатации опьянения, а наркотическая и иная интоксикация юридически понимались только как опьянение.

В подп. «б» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ это учтено. Действующая ныне формулировка для расторжения трудового договора по инициативе работодателя такова: появление работника на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения. Получается, что в настоящее время в России работник может быть уволен в случае даже однократного появления на работе в состоянии интоксикации любым веществом, достигшей стадии опьянения.¹²

При этом важно, чтобы опьянение было виновным и противоправным. Если, например, работник, исполняя трудовую функцию, вынужденно вдыхает токсические вещества (формалин и т. д.), не образуется состава дисциплинарного проступка из-за отсутствия как вины, так и противоправности.

На противоправности следует остановиться особо. В свете сложившихся подходов противоправность в вопросах юридической ответственности должна трактоваться с оптимальной степенью формализации. Целям защиты прав и интересов работников не отвечают случаи, когда эти субъекты обвиняются в нарушении неких общих устоев, принципов, «неписаных» правил и т. п. Специфика юридического положения более слабой стороны трудового договора, как думается, с обязательностью требует, чтобы при привлечении к негативной юридической ответственности предъявлялись обвинения в нарушении конкретных позиций в нормативных актах или договорах, содержащих прямо зафиксированную обязанность (в том числе в форме запрета). Анализ отдельных локальных нормативных актов, нормативных актов, действующих в отдельных отраслях хозяйства и управления в России, коллективных и трудовых договоров показывает, что в некоторых из них присутствует запрет на употребление алкоголя и других токсических веществ на работе в день выполнения работы, а иногда — и накануне этого дня. Но соответствующего общего запрета в отечественном трудовом праве нет.

Для того чтобы придать исследуемому составу дисциплинарного проступка завершённый вид и поставить всех работников в одинаковое юридическое положение (независимо от содержания правил внутреннего трудового распорядка, трудовых договоров и т. п.), необходимо прямо в Трудовом кодексе предусмотреть запрещение работникам появляться (оставаться) на работе в состоянии опьянения. Этого можно достичь посредством включения новой ч. 3 в ст. 21 ТК РФ («Основные права и обязанности работников»). Пока же, без подобной новеллы, в России вполне реальны случаи, когда противоправность поведения работников

¹² В зарубежных системах трудового права состояние опьянения обычно не рассматривается как особое основание для прекращения трудового договора и если упоминается, то как один из случаев нарушения работником трудовых обязанностей, влекущий применение своеобразного порядка расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Например, в ст. 88 Закона о трудовом договоре, принятого в Эстонии 17 декабря 2008 г. и «объявленного» Постановлением Президента этой республики от 12 января 2009 г., регламентируется «отказ работодателя от трудового договора при наличии исключительных обстоятельств по обусловленной работником причине». Среди таких причин упоминается случай, когда работник, «несмотря на предупреждение работодателя, находился на работе в состоянии опьянения» (RT I 2009, 5, 35).

на достаточной формальной основе не установлена, а юридическая ответственность все-таки наступает. В правовом государстве такого быть не должно.

Итак, современное российское трудовое право предполагает, что рассматриваемое увольнение следует за определенным юридическим фактом — дисциплинарным проступком в виде появления работника на работе в состоянии опьянения. Под «появлением» понимаются две ситуации: когда работник пришел на работу в состоянии опьянения и когда он привел себя в это состояние, уже находясь на работе. В первом случае он не имеет права приступить к работе и, более того, находиться на месте выполнения работы; во втором — он обязан прекратить работу и покинуть место ее выполнения. Представляется, что таким образом надлежит на децентрализованном уровне конкретизировать ту общую обязанность работников, которой выше предложено дополнить ст. 21 ТК РФ.

Еще более важным видится прояснение того, что такое «опьянение» и как его доказать. Правомерным здесь представляется использование имеющихся в России правил о судебных доказательствах и их распространение на прикладные юридические ситуации, которые только предположительно могут стать предметом судебного разбирательства. Следует также обратить внимание на оперативность. Если увольнение не требует дополнительной (с учетом сроков привлечения к дисциплинарной ответственности) поспешности, то с отстранением работника от выполнения работы медлить нельзя. При этом обе ситуации требуют весомых улик, свидетельствующих о пребывании работника в состоянии опьянения. Для отстранения такие улики должны быть найдены быстро. Но если за отстранением работника последует его увольнение, основанием увольнения будет тот же самый доказанный юридический факт (хотя не возбраняются и какие-то другие доказательства, усиливающие процесс и результат доказывания). Возникает определенное противоречие. Выход возможен либо путем некоего компромисса в вопросе доказательности, либо в пользу полной защиты прав и интересов работников, т. е. тщательного сбора и анализа работодателем абсолютных доказательств соответствующего деяния работника. В настоящее время в российском трудовом праве используется именно компромисс. Он двухвариантен.

Во-первых, в силу того что в целом юридический факт появления работника на работе в состоянии опьянения может подкрепляться любыми достоверными доказательствами (а это вытекает из ст. 55, 59–60, 67 ГПК РФ¹³ и, по сути, прямо предусмотрено в ч. 3 п. 42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»¹⁴), опьянение как фрагмент указанного юридического факта может фиксироваться по его внешним проявлениям наблюдавшими работника людьми, не являющимися специалистами в таком доказывании. Результаты такого восприятия могут быть устными (показания свидетелей) и письменными (акты о появлении работника на работе в состоянии опьянения, акты об отстранении работника от работы в связи с подобным появлением, докладные, служебные записки и т. п.).

¹³ См. подробнее: *Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации* / под ред. Г. А. Жилина. М., 2003. С. 132–154.

¹⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 6.

Например, Н. 15 октября 2001 г. был уволен за появление на работе в нетрезвом состоянии. Обжаловав действия работодателя (МП «Тверьгорэнерго») в судебном порядке, Н. настаивал на признании своего увольнения незаконным, в частности, из-за отсутствия медицинского освидетельствования. Суд, отказывая Н. в удовлетворении его исковых требований, сослался на то, что в деле имеется акт от 12 октября 2001 г., составленный двумя работниками сторожевой охраны, а также дежурным диспетчером. В этом акте было констатировано, что в тот день ранним утром на территорию предприятия вернулась дежурная машина в аварийном состоянии. Водитель С. был доставлен в медицинский вытрезвитель; электромонтер Н., также прибывший на данном автомобиле, находился в нетрезвом состоянии, но в менее значительной степени опьянения, поэтому в медвытрезвитель не доставлялся. Допрошенные судом в качестве свидетелей трое других сотрудников «Тверьгорэнерго», работавших в ту ночь, пояснили суду, что Н. действительно вернулся с места выполнения заявки в нетрезвом виде, о чем свидетельствовали шаткая походка, несвязная речь и запах спиртного.¹⁵

Данный вариант доказывания обеспечивает требуемую оперативность и явно выгоден с точки зрения работодателя (а также общего социального интереса, сопряженного с предупреждением опасных последствий пьянства). Но он крайне ненадежен с позиции работника: слишком сильна доля субъективности в оценке всей ситуации, в том числе ее причины. Особенно ненадежным положение становится при неалкогольных опьянениях. Дело в том, что внешние реакции человека при принятии, например, наркотических средств аналогичны реакциям на воздействие многих вполне очевидных обстоятельств. Например, зрачки глаз могут расширяться из-за сильного волнения работника. Получается, что с позиции интересов работника от такого варианта доказывания целесообразно отказаться.

Во-вторых, на практике крайне распространены ситуации, когда состояние опьянения констатируется специалистами, но поверхностным путем. Это часто сопряжено с применением несложного специального оборудования. В этом случае, по сути, уравниваются вовсе не одинаковые по юридическим последствиям ситуации опьянения и выявленного прибором наличия в организме человека определенного количества веществ, способных вызвать опьянение. Широко используется и наружный медицинский осмотр, который зачастую проводится наспех и недостаточно квалифицированным медицинским работником. Последний, как правило, состоит в трудовых отношениях с тем же работодателем, что и работник, обвиняемый в появлении на работе в состоянии опьянения. Поэтому квалификация и независимость такой экспертизы нередко вызывает большие сомнения. (Распространены также комбинации использования оборудования и наружного осмотра, ничего не меняющие в изложенной оценке рассмотренных ситуаций.)

Внешне данный вариант претендует на большую степень объективности, на деле не имея для этого достаточных оснований. Вот почему с позиции защиты прав и законных интересов работника он в известной мере опаснее первого.

В России критерии, указывающие на состояние опьянения, перечислены в нормативных правовых актах, связанных со ст. 27.12 КоАП РФ. Это: запах алкоголя изо рта, неустойчивость позы, нарушение речи, резкое

¹⁵ Судебная практика по трудовым делам / сост. Д. И. Рогачев. М., 2004. С. 23–24.

изменение окраски кожных покровов лица, поведение, не соответствующее обстановке.¹⁶ Невзирая на то, что в Российской Федерации подобного рода акты являются источниками административного права, их следует принимать во внимание и в сфере действия трудового права.

Отчасти похожая ситуация складывается и в ряде сопредельных России государств. Вызывает интерес, например, Инструкция о порядке направления граждан для освидетельствования на состояние опьянения в учреждения здравоохранения и проведения освидетельствования с использованием технических средств (утв. Приказом МВД, Минздрава и Минюста Украины от 24 февраля 1995 г.). Данный нормативный межведомственный правовой акт обладает межотраслевым (в системе национального права) характером, проявляющимся и в сфере трудовых отношений.

В п. 1.1 этого документа констатируется, что признаками нахождения лица в состоянии алкогольного опьянения являются: запах алкоголя изо рта, неустойчивость позы, нарушение речи, выраженное дрожание пальцев рук, резкое изменение окраски кожного покрова лица, не соответствующее обстановке поведение, заявление граждан об употреблении этим человеком спиртных напитков, а равно признание в этом самого лица. Признаками наркотического либо иного опьянения являются приведенные выше признаки алкогольного опьянения (кроме запаха алкоголя изо рта), а также суженные или сильно расширенные зрачки, которые почти не реагируют на свет, замедленность движений либо ответов на вопросы, многочисленные следы от инъекций на руках или теле. А в п. 1.3 установлено: в случае, когда лицо, находящееся в состоянии опьянения, доставляют в медицинский вытрезвитель, основанием для привлечения его к ответственности является протокол, составленный сотрудниками медицинского вытрезвителя.

Раздел 2 рассматриваемой Инструкции регламентирует порядок освидетельствования с использованием индикаторных трубок «Контроль трезвости». К проведению такого освидетельствования допускаются уполномоченные работники органов внутренних дел, имеющие специальные звания и прошедшие соответствующую подготовку в системе служебного обучения. Освидетельствование лица проводится в присутствии двух свидетелей. Работник органов внутренних дел обязан получить согласие лица на данную процедуру; при получении согласия трубка вскрывается непосредственно перед применением в присутствии освидетельствуемого лица и свидетелей. Если цвет реагента в трубке изменится с желтого на зеленый, то проба считается положительной. Результаты освидетельствования оформляются протоколом о таком освидетельствовании, а в случае, когда соответствующие позиции предусмотрены в протоколе об административном правонарушении, — фрагментом этого протокола.

Раздел 3 определяет правила освидетельствования в учреждениях здравоохранения. Оно проводится в любое время суток в специализированных кабинетах наркологических диспансеров врачами психиатрами-

¹⁶ См., напр.: *Постановление* Правительства РФ от 26 июня 2008 г. № 475 «Об утверждении Правил освидетельствования лица, которое управляет транспортным средством, на состояние алкогольного опьянения и оформления его результатов, направления указанного лица на медицинское освидетельствование на состояние опьянения, медицинского освидетельствования этого лица на состояние опьянения и оформления его результатов и Правил определения наличия наркотических средств или психотропных веществ в организме человека при проведении медицинского освидетельствования на состояние опьянения лица, которое управляет транспортным средством» // СЗ РФ. 2008. № 27. Ст. 3280.

наркологами или в определенных органах здравоохранения лечебно-профилактических учреждениях либо передвижных специализированных медицинских лабораториях врачами-психиатрами, психиатрами-наркологами, невропатологами, специально подготовленными врачами других специальностей. В порядке исключения освидетельствование может быть осуществлено фельдшерами фельдшерско-акушерских пунктов, значительно отдаленных от лечебных учреждений. Обязательным условием выступает специальная подготовка соответствующих работников. С позиции трудового права важно следующее. Если работник направляется на освидетельствование работодателем, необходимо письменное обращение об этом, заверенное в установленном порядке. Допускается проведение освидетельствования по личному обращению гражданина (в том числе в статусе работника) на основании его письменного заявления. Работник, направляемый на освидетельствование по письменному обращению работодателя, может явиться в учреждение здравоохранения как самостоятельно, так и в сопровождении других специально уполномоченных работников такого работодателя. При этом работник должен явиться (быть доставленным) к месту проведения освидетельствования не позднее двух часов с момента установления оснований для его проведения. Выводы по результатам освидетельствования сообщаются этому лицу в присутствии указанных выше уполномоченных, о чем делается запись в протоколе. Протокол составляется в двух экземплярах: первый выдается любому из уполномоченных лиц, а второй — остается в учреждении здравоохранения. Работник, а также лицо, доставившее его на освидетельствование, в десятидневный срок имеют право обжаловать выводы освидетельствования в порядке, предусмотренном рассматриваемым украинским нормативным правовым актом.

Анализ изложенного материала показывает, что медицинское освидетельствование на состояние опьянения, проводимое третьими лицами по отношению к сторонам трудового договора, с позиции защиты прав человека и интересов работника более надежно. Однако в условиях рыночных отношений приходится предполагать, что по мере увеличения спроса эта услуга со стороны третьих лиц может стать дорогостоящей, а значит — недоступной для части работодателей. Кроме того, усиление в заданном направлении юридических гарантий для работников может сделать отечественные нормы об отстранении от работы неосуществимыми на практике, что, в свою очередь, способно выступить детерминантой многих опасных нарушений. Ведь по данным Открытого института здоровья в среднем один житель нашей страны выпивает более 15 литров чистого спирта за год.¹⁷ Отечественная статистика пока вуалирует количество спиртного, вылитого перед работой или во время ее, но несомненно, что и эта цифра значительна.

Таким образом, представляется, что в понимании опьянения применительно к отстранению от работы существенные перемены в российском трудовом праве пока вряд ли возможны. До факта отстранения включительно реальность все-таки требует считать оптимальным доказательством коллегиальный письменный акт об отстранении от работы работника, появившегося на работе в состоянии опьянения, составленный, как правило, при участии медицинского работника, в том числе и состоящего с данным работодателем в трудовых отношениях. Другое дело, что российское

¹⁷ Чкаников М. Промилле на троих // Российская газета. 2008. 26 марта.

трудовое право должно гарантировать максимальные возможности для установления законности и справедливости. В частности, работник должен получить прямо зафиксированное в Трудовом кодексе РФ право на сбор достоверных письменных доказательств о том, что он в состоянии опьянения не был. При предоставлении таких доказательств и при согласии работодателя с ними, как думается, работодателя нужно обязать возместить работнику весь причиненный ущерб, включая средний заработок за время воспрепятствования осуществлению работником своего права на труд, стоимость документально доказанных работником затрат на сбор указанных доказательств, возможно следует также предусмотреть в пользу работника определенную штрафную имущественную санкцию. О несогласии работодателя в предлагаемом случае должен свидетельствовать только факт заявления работодателя в судебные органы на предмет признания предоставленных работником доказательств недостоверными. Все это целесообразно прямо указать в ст. 76 ТК РФ.

Необоснованным представляется существующее ныне в России положение, когда отстранение от работы в связи с появлением работника в состоянии опьянения и увольнение по тому же основанию не зависят друг от друга. Между тем отстранение от работы в рассматриваемой ситуации несет на себе важные функции пресечения правонарушения и предупреждения нарастания его вредных последствий. Например, в результате дорожно-транспортных происшествий в России ежегодно погибает около 35 тыс. чел. Официальная статистика связывает многие из этих смертей с опьянением водителей, среди которых немало тех, кто находился при исполнении своей трудовой функции.¹⁸ Если бы каждого из таких работников удалось своевременно отстранить от работы, жизнь части погибших людей была бы сохранена. В современной же юридической практике увольнение выступает главным образом способом наказания работника, а не средством исполнения функций пресечения и предупреждения. Когда работодатель в определенной ситуации не отстраняет работника от работы, но впоследствии все-таки увольняет его за появление на работе в состоянии опьянения, получается, что именно карающую функцию работодатель расценивает в качестве главной. Это указывает на дисбаланс в позиции работодателя как субъекта дисциплинарной власти. Логично в законодательном порядке потребовать от последнего при однократном соответствующем нарушении увольнять работника только после упреждающего увольнения отстранения от работы. Исключения видятся возможными, когда работодатель применяет увольнение за неоднократное нарушение работником трудовых обязанностей, а также при однократном нарушении, но в тех случаях, когда факт появления работника в состоянии опьянения был обнаружен одновременно с окончанием рабочего дня (смены) этого работника.

Оправданным представляется введение в России ограничений в допустимости доказательств появления работника на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения и установление определенных средств доказывания.

Как уже отмечено выше, нетрезвое состояние работника и состояние его опьянения — это не одно и то же. Соответствующие понятия связаны между собой как целое и часть. Нетрезвое состояние, как думается, означает наличие в организме человека любого фиксируемого количества

¹⁸ Там же.

алкогольных и иных токсинов. Факт же опьянения указывает на такое их количество, которое организм данного человека приводит в состояние, опасное с позиции общесоциальных интересов и интересов работодателей для самого работника, окружающих его людей, лиц, которые будут использовать изготовленную им продукцию, и т. д.

Каждый человек по-разному реагирует на одну и ту же концентрацию алкоголя. Тем не менее имеются исследования, подтверждающие, что при 0,5 промилле у большинства людей меняются физиология и психология.¹⁹ Вот почему общесоциальные интересы требуют ввести как бы презумпцию алкогольного опьянения в случае такого и более значительного показателя. Подобное крайне желательно и по другим видам токсинов, хотя бы из числа тех, что чаще встречаются на практике. Такого рода нормы хотелось бы видеть закрепленными на межотраслевом (в системе российского права) уровне. Например, они должны действовать в связи с применением ТК РФ, КоАП РФ, УК РФ. В частности, в трудовом праве увольнение работников, как представляется, должно допускаться при документально подтвержденном достижении или превышении установленных таким образом показателей. Исключения могут составить случаи отказа работника от прохождения соответствующей тестовой процедуры. Замена данной процедуры, как средства доказывания, представляется возможной только на освидетельствование работника с его согласия в медицинском учреждении. Отказ работника и от такого освидетельствования должен означать, что работодатель свободен в выборе средств доказывания.

Вопросы, связанные с пониманием словосочетания «на работе», решаются легче.²⁰ Они касаются места выполнения работы либо рабочего времени.

Что касается места выполнения работы, диспозиция подп. «б» п. 6 ст. 1 ст. 81 ТК РФ указывает три возможных случая появления работника в состоянии опьянения: 1) на рабочем месте; 2) на территории организации-работодателя; 3) на объекте, где по поручению работодателя работник должен выполнять свою трудовую функцию. Данная новация предопределяет ряд суждений теоретического и прикладного характера. Из теоретических выводов следует выделить мысль о том, что в отечественном трудовом праве существуют четыре взаимодействующие понятийные конструкции одного ряда, а не две, как это принято считать, исходя из ст. 57 ТК РФ. К терминам «место работы» и «рабочее место» добавляются термин «объект, где выполняется трудовая функция» и соединяющий их термин «место выполнения работы». Из более прикладных суждений наиболее значительными представляются два. Во-первых, это констатация того, что у работодателя — индивидуального предпринимателя наличие обособленной территории для своей деятельности ныне не является редкостью. Значит, работник, заключивший трудовой договор с индивидуальным предпринимателем, может появиться на данной территории в состоянии опьянения. Но если он при этом не появится на своем рабочем месте, следуя логике Трудового кодекса РФ, он не появится на работе в состоянии опьянения. Налицо несоответствие имеющегося формального

¹⁹ Там же.

²⁰ Термин «работа» в трудовом контексте, вопреки распространенному уравниванию, не всегда равнозначен термину «трудовая функция». Нередко понятие работы шире и включает в себя и другие компоненты. Подобное понимание работы характерно и для некоторых других разделов трудового права России, например для правил о переводах на другую работу.

решения стоящим задачам; изучаемая диспозиция явно требует дополнения. Во-вторых, термин «объект, где выполняется трудовая функция» нуждается в конкретизирующем пояснении, хотя бы посредством примерного перечня. В настоящее время к таким объектам формально можно отнести город, где выполняется работа сотрудником, находящимся в командировке, здание, где ведутся ремонтные работы, конкретный станок, который монтируется, и т. д. Такая «палитра» чересчур многообразна и может провоцировать злоупотребление правом любой стороной трудового договора. Думается, что здесь должны иметься в виду только здания, сооружения, фиксированные участки территории и другие подобные объекты, которые расположены вне территории работодателя, в том числе и в другой местности.

Критерий рабочего времени вытекает из понимания дисциплинарного проступка прежде всего как нарушения работником трудовых обязанностей. Нарушение трудовых обязанностей в период времени отдыха формально таковым не считается. Тем не менее работник, который находится в состоянии опьянения, например, за 15 минут до начала своего рабочего дня в проходной завода, через четверть часа останется в том же состоянии. Вот почему видится необходимым одно исключение из рассматриваемого правила. Если работник появляется на месте выполнения работы в состоянии опьянения непосредственно перед началом своего рабочего дня (смены), то он может быть подвергнут мерам юридической ответственности за появление на работе в состоянии опьянения в обычном для этого порядке. При подобных рассуждениях возникает кажущаяся параллель с ситуацией, когда работник, например, выходя по истечении своего рабочего времени и будучи в состоянии опьянения, задерживается в проходной завода. Однако в данном случае работодатель не принял необходимых мер своевременно, поэтому работник уже не должен быть привлечен к дисциплинарной ответственности.²¹

Приведенный анализ российских правил об увольнении работников из-за их появления на работе в состоянии опьянения указывает на согласие (в целом) с идеей об ограничении прав работодателей на такое прекращение трудового договора. Тем не менее вряд ли можно полностью согласиться с предложением о переносе в российское право действующей во многих западных системах трудового права нормы о том, что алкогольное опьянение влечет увольнение работника только при привычном (систематическом, повторном и т. д.) совершении этого правонарушения. Так, в Испании дисциплинарное увольнение возможно по ряду оснований, среди которых называется привычное пьянство (*habitual drunkenness*) и наркомания (*drug addiction*), если они имеют негативное влияние на выполняемую работу.²² Малоприемлемой для России видится и локальная практика отдельных работодателей в Канаде, которые принимают на себя обязательства вместо увольнения соответствующих работников вводить для них особые программы реабилитации. Нельзя согласиться и с А. М. Котовой-Смоленской, полагающей, что рассматриваемое основание для прекращения трудового договора целесообразно преобразовать из общего в применяемое только для определенных категорий работников.²³

²¹ Другое мнение см. в: *Комментарий* по статьям к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Н. Г. Гладкова, И. О. Смигиревой. М., 2006. С. 215.

²² 2001. Guide to Labour and Social Affairs. Madrid, 2001. P. 172.

²³ См. об этом: *Котова-Смоленская А. М.* Ограничение права работодателя на прекращение трудового отношения. М., 2003. С. 85–88.

УВОЛЬНЕНИЕ ЗА ПОЯВЛЕНИЕ НА РАБОТЕ В СОСТОЯНИИ ОПЬЯНЕНИЯ

БУГРОВ Л. Ю.

Представляется, что развитие отечественного трудового права в направлении ограничений в расторжении трудового договора по инициативе работодателя при появлении работника на работе в состоянии опьянения, в дополнение к вышеизложенному, должно исходить из следующих соображений. Выбор санкций дисциплинарной ответственности осуществляется субъектом дисциплинарной власти. Следовательно, российский работодатель не обязан всегда прекращать трудовой договор с работником, появившимся на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения (в противоположность отстранению от работы). Поскольку рассматриваемое увольнение целесообразно при увязывании наказания с функциями пресечения и предупреждения правонарушений, расторжение трудового договора представляется веско обоснованным при наличии следующих признаков. Во-первых, это особенности труда, требующие от работников повышенной дисциплинированности (производство, хранение, транспортировка взрывоопасных веществ и т. п.). Во-вторых, это особенности субъекта труда, указывающие на склонность к промискуванию в состоянии опьянения. В-третьих, это особенности ситуации в трудовом коллективе, когда увольнение какого-то работника будет особенно важным в целях общей превенции. Во всех других случаях при прекращении трудового договора в связи с появлением работника на работе в состоянии опьянения преобладать будет именно функция кары, абсолютизация которой не является достойной для работодателей в условиях социального государства.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СОДЕРЖАНИЯ ПООЩРИТЕЛЬНЫХ САНКЦИЙ ПРАВОВЫХ НОРМ

А. В. КРАСНОВ



Краснов Александр Валерьевич,
к. ю. н., доцент, кафедра теории
и истории государства и права
Института экономики,
управления и права, Казань

Вопрос о содержании санкций правовых норм в юридической науке относится к ряду дискуссионных. Довольно часто санкции рассматриваются через категорию «принуждение».¹ В то же время широко распространен взгляд на правовую санкцию как на неблагоприятные правовые последствия.² Известна также попытка уравнивать меры принуждения и неблагоприятные правовые последствия.³ Порой санкция трактуется через юридическую ответственность (санкция как разновидность ответственности⁴ и ответственность как разновидность санкции⁵).

Санкцию правовой нормы, на наш взгляд, следует понимать как элемент, призванный обеспечить исполнение тех вариантов поведения, которые заложены в диспозиции нормы,⁶ что позволяет говорить о некоем двуединстве санкций, которые способны выступать как в негативном, так и в позитивно-стимулирующем аспекте. Таким образом, мы полностью поддерживаем идею выделения в нормативном массиве поощрительных санкций,⁷ поскольку обеспечение может производиться отнюдь не только путем применения мер неблагоприятно-правового характера.

© А. В. Краснов, 2009

E-mail: field08@mail.ru

¹ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 268; Т. 2. С. 57; Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2008. С. 70–78; Пиголкин А. С. Нормы советского права и их толкование. Автореф. дис. ... к. ю. н. Л., 1962. С. 6; Серегина В. В. Государственное принуждение по советскому праву. Воронеж, 1991. С. 23–38.

² Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 148; Теория государства и права / отв. ред. А. И. Королев, Л. С. Явич. 2-е изд. Л., 1987. С. 361.

³ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 77.

⁴ Нормы советского права / под ред. М. И. Байтина, К. К. Бабаева. Саратов, 1987. С. 106, 108.

⁵ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. С. 271; Мартемьянов В. С. Хозяйственное право. В 2 т. Т. 1. М., 1994. С. 249.

⁶ Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 233.

⁷ Гуцина Н. А. Поощрительные нормы российского права. СПб., 2003. С. 76–101; Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. С. 227–239;

На наш взгляд, если норма права содержит меры поощрения, то они находят закрепление на уровне санкции правовой нормы. Другого же рода правовые стимулы могут содержаться и в иных элементах нормы.⁸ Если право на поощрение, на получение соответствующих мер стимулирования закреплено на уровне диспозиции, то содержание санкции сводится только к позитивным, поощрительным последствиям.⁹

Регулирование отношений с помощью санкций правовых норм должно происходить во взаимосвязи с диспозицией нормы. Последняя же предполагает связь субъектов, которая не исчезает и не может исчезнуть применительно к санкции. Более того, в науке прямо или косвенно высказывалось суждение о том, что санкция правовой нормы может выступить как своего рода диспозиция применительно к тем или иным субъектам.¹⁰ При этом давно выдвигается предложение рассматривать санкцию с учетом связи специфических прав и обязанностей.¹¹ Указание на санкцию правовой нормы просто как на меры принуждения, или как на неблагоприятные последствия, или как на негативные или позитивные последствия несколько обедняет ее содержание, не может в полной мере показать, каким образом строится связь между участниками правоотношения на уровне реализации санкции.

По нашему мнению, содержание поощрительной санкции должно предполагать, что лицо, совершившее специально поощряемое поведение, имеет право на получение определенных в санкции мер поощрения. В свою очередь компетентное лицо обязано предоставить эти меры поощрения. Если речь идет именно о санкции, то должна использоваться только юридическая обязанность предоставить поощрение, иначе санкция теряет свои свойства и ее нельзя в собственном смысле слова вообще именовать санкцией. Ведь если поощрительные, стимулирующие меры не предпосланы лицу, то нельзя говорить об обеспечении его поведения.

В свою очередь, в диспозиции нормы, содержащей поощрительную санкцию (а диспозиция в таком случае, как правильно подмечается, слита с гипотезой),¹² должны содержаться право определенного субъекта (к примеру, работника) совершить особо заслуженное поведение и обязанность компетентного органа (например, работодателя) обеспечить условия для пользования таким правом. Возможно, конструктивно построение такой нормы может предусматривать отсылку к обязанности работодателя по созданию и обеспечению условий труда. Без обеспечения такого рода права работника опять-таки бессмысленной становится поощрительная санкция — зачем обещать поощрение, если заслужить его по объективным причинам (вследствие отсутствия условий) невозможно?

Подход к государственному принуждению как к одному из средств, с помощью которых достигаются цели права и его норм, помогает снять

Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2005. С. 71–81; Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 202; Поощрительные санкции в праве: реальность и юридическая конструкция / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Саратов, 2008; Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. С. 233.

⁸ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. С. 58–71.

⁹ Гущина Н. А. Поощрительные нормы российского права. С. 92–93.

¹⁰ Братко А. Г. Запреты в советском праве: вопросы теории. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 1979. С. 7; Лейст О. Э. Сущность права. С. 66–67; Черданцев А. Ф. Специализация и структура норм права // Правоведение. 1970. № 1. С. 46.

¹¹ Черданцев А. Ф. Специализация и структура норм права. С. 45.

¹² Малько А. В. Льготная и поощрительная правовая политика. СПб., 2004. С. 211.

противоречие, на которое чаще всего указывают ученые, отрицая факт существования поощрительных санкций на том основании, что они принудительно не осуществляются.¹³

Принуждение необходимо как средство реализации санкций, причем как неблагоприятно-правовых, так и поощрительных. Существенная разница состоит в том, что в случае неблагоприятно-правовой санкции речи идет о праве требовать применения мер негативно-правового характера, а в санкции поощрительной — о праве на получение заслуженного поощрения. То есть субъектный состав санкций различается: в первом случае право принадлежит лицу, которое пострадало от нарушения нормы; во втором случае право принадлежит лицу, которое совершило специальное поощряемое заслуженное поведение.

Возможно, что соответствующий субъект (работник) не воспользуется своим правом на совершение специально заслуженного поведения. Такое вполне допустимо, так как специально поощряемое поведение является добровольным и нельзя принуждать субъекта к его совершению. Необходимо иметь в виду, что в нормах с поощрительными санкциями совершенно иначе расставлены акценты в том, что касается государственного принуждения. Если в норме с негативной санкцией принуждение подключается для того, чтобы заставить правонарушителя претерпеть правовые ограничения и обременения, то в норме с поощрительной санкцией принуждение применяется к лицу, которое обязано предоставить меру поощрения.

Примеры из действующего законодательства, однако, показывают что юридически-техническое закрепление поощрительных санкций оставляет желать лучшего. Типичными в этом смысле выступают нормы Трудового кодекса РФ. Очевидно, что правовое регулирование в данном случае осуществляется на разных уровнях. Кроме того, в системе нормативных предписаний, которые можно встретить в соответствующих статьях ТК РФ достаточно сложно выделить как таковую целостную норму, содержащую все возможные элементы. Основным в этом плане выступает предписание ст. 191, где говорится о поощрениях за труд: работодатель поощряет работников, добросовестно исполняющих трудовые обязанности; другие виды поощрений работников за труд определяются коллективным договором или правилами внутреннего трудового распорядка, а также уставами и положениями о дисциплине.

Очевидно, что указанную норму необходимо толковать систематически в сочетании с предписаниями ст. 21–22, 129, 135 ТК РФ. Достаточно сложно говорить, насколько приведенные нормативные предписания являются завершенными в структурном плане. Однако конструирование целостной нормы путем логического и систематического толкования не выглядит чем-то невозможным и дает нам возможность прийти к выводу, что работодатель имеет право устанавливать поощрения. То есть речь идет субъективным праве как элементе содержания трудового правоотношения. Работодатель как сторона этих отношений является носителем системы прав и обязанностей, среди его прав содержится и право на поощрение работника. Если рассмотреть такое право как самостоятельное правовое средство, то и в таком случае отдельное поощрительное правоотношение предстает как диспозиционное. Общая схема норм, где говорится о прав

¹³ См., напр.: *Баранов В. М.* Поощрительные нормы советского социалистического права. Саратов, 1978. С. 24; *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. Ч. 2. Т. 1. М 1996. С. 149.

работодателя на поощрение, построена конструктивно по правилам диспозиции, поскольку речь идет о праве поощрить, что не соответствует структурным особенностям нормы с поощрительной санкцией.

Далее из указанных норм мы выводим, что работник имеет право на заработную плату, которая включает поощрительные выплаты, премии. Зарплата устанавливается трудовым договором, локальными актами, коллективными договорами. При этом установлена обязанность работодателя вести переговоры по коллективным договорам, заключать их. Наконец, работодатель обязан выплачивать зарплату. Таким образом, существует возможность установления поощрений в соответствии с коллективным договором или локальным актом, в которых может быть установлена система поощрений. Их выплата при достижении закрепленных показателей может рассматриваться как обязанность. И только в таком случае, как нам кажется, поощрение в виде премирования и т. п. может рассматриваться в качестве санкции.

Закрепление права компетентного лица поощрить того, кто совершил специально поощряемое поведение, можно встретить во многих нормативных актах. Так, в ст. 55 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе РФ» (в ред. от 25 декабря 2008 г.)¹⁴ после перечисления видов поощрения и награждения за безупречную и эффективную государственную службу следует фраза: решение о поощрении или награждении принимается... (далее указываются субъекты). Аналогичная фраза содержится в ч. 1 ст. 41.6 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре РФ» (в ред. от 24 июля 2007 г.)¹⁵ Используется также формулировка «могут применяться поощрения», «могут устанавливаться поощрения», «могут быть представлены к поощрениям», как это сделано в ст. 28 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 114-ФЗ «О службе в таможенных органах РФ» (в ред. от 26 июня 2008 г.)¹⁶ ч. 3–4 ст. 41.6 Закона «О прокуратуре РФ». Кроме того, можно найти достаточно много подзаконных нормативных актов, в которых упоминается о стимулирующих выплатах. Так, используется оператор «рекомендуется устанавливать следующие выплаты стимулирующего характера», «выплаты стимулирующего характера производятся по решению руководителя территориального органа»,¹⁷ «премии за выполнение особо важных и сложных заданий, исходя из сложившейся экономии фонда оплаты труда, могут выплачиваться по итогам выполнения особо важных и сложных заданий в течение месяца, ежеквартально и по результатам работы за год»,¹⁸ «в целях поощрения работников учреждения культуры

¹⁴ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215; 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6235.

¹⁵ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 8. Ст. 366; СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2007. № 31. Ст. 4011.

¹⁶ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3586; 2008. № 26. Ст. 3022.

¹⁷ Пункты 4.2–4.3 Приказа Федеральной авиационной службы (Росавиация) от 21 октября 2008 г. № 181 «Об утверждении Условий оплаты труда работников, работающих в территориальных органах Росавиации, оплата труда которых в настоящее время осуществляется на основе Единой тарифной сетки по оплате труда работников федеральных государственных учреждений» (Российская газета. 2008. 21 нояб.).

¹⁸ Пункт 8 Положения о порядке выплаты ежемесячной надбавки к должностному окладу за особые условия гражданской службы, премий за выполнение особо важных и сложных заданий и материальной помощи федеральным государственным гражданским служащим Федеральной службы по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций (Приказ Федеральной службы по надзору в сфере связи массовых коммуникаций

за выполненную работу устанавливаются следующие премии» (далее перечисление), «премия за выполнение особо важных и срочных работ выплачивается работникам учреждения культуры единовременно по итогам выполнения особо важных и срочных работ с целью поощрения работников за оперативность и качественный результат труда»¹⁹ и т. д.

Надо думать, что в данном случае у нас нет полных оснований считать, что законодатель закрепил обязанность применять поощрения и награждения; как нам кажется, речь идет о субъективном праве поощрить работника. Но если возникает ситуация, в которой никто не обязан, а лишь вправе предоставить поощрение, то мы имеем дело по существу с рекомендательной нормой, в которой поощрительная санкция отсутствует. Либо в таком случае можно ставить вопрос о том, что перед нами не субъективное право, а лишь законный интерес лица в том, чтобы ему было предоставлено поощрение.

Как известно, законный интерес по-разному трактуется в правовой науке. В последних работах все чаще высказывается суждение о том, что законный интерес представляет собой отраженное в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определенной степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлении субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным.²⁰ Данное определение находит поддержку и дальнейшее развитие в научных работах новейшего времени.²¹

Что касается законного интереса лица, совершившего заслуженное поведение, в получении поощрения, можно вполне согласиться с теми факторами, которые выделяются в науке в качестве своего рода условий эффективной реализации законных интересов:²² это и грамотное использование лицом своих прав и обязанностей, в частности права на труд в соответствующих условиях; и равноудаленность законного интереса от имеющихся субъективных прав (право на труд в соответствующих условиях, право на совершение особо заслуженного поведения и право поощрить); и совокупность сопутствующих условий (развитость локального регулирования, уровень правовой культуры и пр.); и решимость отстаивать свой интерес (активность лица, совершившего заслуженное поведение) и т. д.

Мы согласны с тем, что законный интерес может позитивно сдерживать его носителя от совершения определенных действий. «Так, если у работника возник законный интерес на поощрение, то последний должен позитивно сдерживать своего носителя от необдуманных поступков, способных испортить отношения с работодателем».²³

(Россвязькомнадзор) от 17 октября 2008 г. № 218 «О денежном содержании федеральных государственных гражданских служащих Федеральной службы по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций» // Российская газета. 2008. 21 нояб.).

¹⁹ Пункты 5.1, 5.4 Приказа Федерального агентства железнодорожного транспорта (Росжелдор) от 10 ноября 2008 г. № 393 «Об утверждении Примерного положения об оплате труда работников государственного учреждения культуры, подведомственного Федеральному агентству железнодорожного транспорта» (Российская газета. 2008. 23 дек.).

²⁰ Малько А. В. Проблемы законных интересов // Проблемы теории государства и права. М., 1999. С. 342.

²¹ Субочев В. В. Законные интересы. М., 2008.

²² Там же. С. 108–109.

²³ Там же. С. 189.

Не совсем, правда, понятно другое: как применительно к рассматриваемой ситуации можно говорить о том, что «законному интересу корреспондирует обязанность контрsubjекта не мешать заинтересованному лицу пытаться использовать возможность для реализации своего интереса... Не мешать использованию возможности для реализации законного интереса не означает, что контрsubjект обязан совершать определенные действия или воздерживаться от кажущегося ему правомерным поведения "в случае реализации" кем-либо своего законного интереса».²⁴ Получается своего рода логический тупик. Обязанность не мешать существует, но при этом совершенно непонятно, каково же содержание данной обязанности. Нет не только обязанности совершить определенные действия, но даже и обязанности воздержания от совершения действий. Как нам кажется, стоит все же признать, что обязанность воздержания от совершения препятствующих действий есть, но реализация ее зависит от усмотрения правоприменителя в случае обращения с требованием о защите законного интереса. Ведь возникает вопрос: как же работодатель должен «не мешать» работнику реализовать свой интерес в получении поощрения? Если работник обращается с такой просьбой (что маловероятно — могут изводить за наглость), работодатель совершенно не обязан на нее отвечать. Он не обязан указывать причины отклонения такой просьбы. Но тем самым он уже создает помехи для реализации интереса. Единственное, что приходит в голову, — работодатель не должен ограничивать работника, если он пытается совершить особо заслуженное поведение.

Как нам кажется, следует поставить вопрос о том, возможно ли построение правовой нормы таким образом, чтобы применение обеспечительных мер, которые должны закрепляться на уровне санкции, было необязательным, и обращение с просьбой применить такие меры представляло собой только законный интерес. Пожалуй, такого рода проблематика требует отдельного исследования. Однако отметим, что вряд ли подобная санкция сможет выполнять свои основные задачи и обеспечивать поведение — ведь ее применение в гораздо меньшей степени гарантировано (реализация законного интереса зависит от множества факторов, в том числе и субъективных),²⁵ чем если бы закреплялась обязанность компетентного лица при достижении условий применить меры поощрения.

Конструкция с правом работодателя (компетентного лица) на поощрение работника (лица, совершившего особо заслуженное поведение) крайне неудачна и потому, что такое право работодателя предстает как одностороннее. Оно не обеспечено никакой обязанностью. Получается, что работодатель должен заниматься самообеспечением своего субъективного права.²⁶ О корреспондирующей обязанности можно вести речь лишь в том случае, если есть система вышестоящих органов и организаций, которые поощрительную санкцию предусмотрели в своих нормативных актах.

Таким образом, следует констатировать, что закрепление содержательных аспектов поощрительных санкций требует определенной корректировки, дабы, во-первых, само существование такого рода санкций не ставилось под сомнение, а во-вторых, появились условия для их эффективной реализации.

²⁴ Там же. С. 170.

²⁵ Там же. С. 108–109.

²⁶ О самообеспечении субъективных прав см., напр.: Рудаков А. А. Права и обязанности как парные юридические категории: вопросы теории. Автореф. дис. ... к. ю. н. Красноярск, 2006. С. 15.

НЕМЕЦКАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА ПРАВА «РАЗНОВИДНОСТЬ СОЦИОЛОГИЗМА» КАК ТИПА ПРАВООПОНИМАНИЯ?

А. М. МИХАЙЛОВ



Михайлов Антон Михайлович,
преподаватель кафедры теории
государства и права УрГЮА

Значимым событием российской правовой мысли последнего десятилетия стал выход в свет учебника А. В. Полякова по общей теории права,¹ образно и по праву названного одним из рецензентов «интеллектуальным романом с теорией права»². В рамках данного учебника автором предпринимается попытка построения типологии правопонимания, в основу которой положены генетический, онтологический, гносеологический и аксиологический аспекты.³ На их основе А. В. Поляков выделяет юснатурализм, этатизм, социологизм и психологизм как типы правопонимания.

Полностью соглашаясь с автором в том, что для дальнейшего развития теории правопонимания необходимо построение полной типологии, основывающейся на фундаментальных аспектах правопонимания, нельзя в то же время не высказать критического замечания, сводящегося к тому, что степень обобщенности такой типологии зачастую может практически исключать из «поля зрения» некоторые юридические школы.

Исследователь следующим образом формулирует свою позицию в отношении немецкой исторической школы права: «Право в рамках этого варианта правопонимания трактуется как самоорганизующаяся (если использовать современную терминологию) в рамках этноса (общества) система. *В исторической школе права нет ничего, что принципиально не укладывалось бы в социологическую парадигму.* Различия во второстепенных моментах не могут перевесить единственность в главном —

© А. М. Михайлов, 2009

E-mail: antonmikhailov@hotmail.com

¹ Поляков А. В. 1) Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001; 2) Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. СПб., 2003; 3) Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004.

² Пригодич В. Интеллектуальный роман с теорией права // <http://prigodich.8m.com/html/notes/n051.html> (2009. 5 окт.).

³ Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. С. 195.

в понимании обусловленности права жизненным миром социума»⁴ (курсив мой. — А. М.).

В связи с этим нам представляется уместным обсудить вопрос о том, насколько адекватным и точным является отнесение исследователем немецкой исторической школы права к социологическому типу правопонимания.

На первый взгляд может показаться, что для этого имеются все основания. Действительно, и историческая юриспруденция, и социологическая школа 2-й половины XIX — XX вв. полагали, что генетически первичным источником права является общество, право представляет собой социальное явление, которое онтологически укоренено в бытии социума и относительно независимо от государства. Как «истористы», так и «социологи» могли бы подписаться под словами А. В. Полякова, что «право... возникает непосредственно в обществе, через отдельные правовые отношения постепенно складываясь в нормы обычаев и традиций».⁵

Как для «истористов», так и для «социологов» подлинное право *не создается, а только образуется*: государственное правотворчество без опоры на существующие социальные практики остается не более чем «бумагопроизводством». Иными словами, «истористы» и «социологи» согласны в том, что «официальное» (гетерономное) право производно от «неофициального» (автономного).⁶

«Родимым пятном» правопонимания и немецких юристов исторической школы, и представителей социологической юриспруденции является непоколебимая убежденность в *стихийности, спонтанности правообразования*, которую разделяли Г. Гуго, Ф. К. Савиньи, Е. Эрлих, Г. У. Канторович, Г. Д. Гурвич. Отсюда, первичной и центральной формой права «истористами» и «социологами» признается обычай, без которого *немыслимо* ни «народное право» основателя исторической школы, ни «живое право» Эрлиха, ни «свободное право» Канторовича, ни «социальное право» Гурвича. Более того, имеются значительные сходства между стадиями правогенеза, выделяемыми Ф. К. Савиньи и Г. Ф. Пухтой, и типами права, различаемыми Е. Эрлихом. «Духу народа» исторической школы у Эрлиха соответствует «живое право»,⁷ «народному праву» Савиньи корреспондирует «общественное право» Эрлиха, причем как первый, так и второй убеждены, что именно данная форма права является наиболее естественной, живой, полноценной;⁸ как Савиньи, так и Эрлих выделяют «право юристов», являющееся, по их описанию, искусственной и рациональной основой для дальнейшей кодификации;⁹ кодифицированному же праву основоположника исторической школы у австро-венгерского социолога права соответствует государственное право, в обоих случаях *немыслимое* без государственной власти.¹⁰

⁴ Данное утверждение представляет собой ответ ученого автору данной статьи, опубликованный на федеральном юридическом портале «Юридическая Россия» (www.law.edu.ru/centers/lawtheory/message_tree.asp?mid=3410).

⁵ Там же. С. 88.

⁶ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. М., 2007. С. 108.

⁷ Проблемы буржуазной теории права. М., 1981. С. 88.

⁸ Поздняков Э. А. Философия государства и права. М., 1995. С. 207; Тихонравов Ю. В. Основы философии права. М., 1997. С. 504.

⁹ Завадский А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008. С. 110.

¹⁰ Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Leipzig, 1907. S. 28, 38.

В онтологическом аспекте и немецкая школа юристов, и социологическая «школа» полагали, что право представляет собой некий *порядок общественных отношений, реально определяющий социально значимое поведение субъектов*, из которого — в результате привыкания, типизации и интернализации — постепенно «кристаллизуются» правовые нормы.¹¹ Ставившийся и «истористами» и «социологами» акцент на социальных практиках как первоисточнике права логически приводил, в частности, к тому, что ни первые ни вторые *не определяли четких границ между правовыми и иными социальными нормативными регуляторами*: как «истористы», так и «социологи» воспринимали право в органичном контексте всей системы соционормативного регулирования; природа юридических норм для них ничем не отличалась от природы иных социальных норм.¹²

Казалось бы, и в плане методологических установок немецкую историческую школу и социологический тип правопонимания роднит *научный позитивизм*, призывающий изучать наблюдаемые, проверяемые, исчисляемые явления и процессы, отвергающий всякие метафизические «химеры»¹³ и априорные полагания (типа естественного права) как изначально не проверяемые, недоступные опытному познанию. Французский ученый, автор термина «позитивизм» О. Конт утверждал, что только основывающиеся на наблюдаемых фактах знания являются реальными¹⁴ и, соответственно, «цель науки состоит в простом исследовании законов, т. е. константных отношений, имеющих между наблюдаемыми явлениями»¹⁵ при помощи строгих математических методов по аналогии с естественно-научным описанием явлений природы.¹⁶ Действительно, и немецкая историческая школа, и социологическая юриспруденция *признают исходным звеном в правопознании общественную практику*. «Настоящим отцом юриспруденции отношений обыкновенно считается Савиньи, который, как

¹¹ «Подобно тому, как в далеком прошлом право представляло собой порядок, существующий в родах, семьях, домашних общностях, сегодня его нужно искать в нормах, определяющих внутренний строй союзов, и в разработанных с помощью соглашений договоров и уставах» (*Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München; Leipzig. 1913. S. 30*). — См. также: *Weber M. On Law and Economy in Society. Cambridge (Mass.), 1966. P. 5*.

¹² «Главный пункт концепции Эрлиха — минимизация различий между законом и другими нормами социального регулирования. Различие это, по его мнению, относительно и не столь велико, как обычно считается, потому что принудительная сила юридических норм в не меньшей степени, чем таковая же сила других социальных норм, является выражением социального принуждения, а не власти государства» (*Тихонравов Ю. В. Основы философии права. С. 535*). Основываясь на данной установке, Е. Эрлих рассматривал все общественные явления как правовые, что германец О. фон Гирке иронично назвал «манией правового величия» (Там же. С. 540).

¹³ «Наука должна основываться на фактах, считали первые позитивисты О. Конт, Г. Спенсер, Д. Ст. Миль. Всякие абстрактные суждения (без которых, конечно, невозможна никакая наука) допустимы лишь в том случае, если их можно верифицировать, то есть свести к эмпирическим фактам (чувственным данным, результатам наблюдений и экспериментов)» (*Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права. СПб., 2004. С. 34*).

¹⁴ *Социология Конта* в изложении Ригولاжа. Вступительные лекции в курс положительной философии Конта. СПб., 1898. С. 4 (цит. по: *Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006. С. 296*).

¹⁵ Цит. по: *Циппелиус Р. Общество и право. Основные понятия социологии права и государства // Право XX века: идеи и ценности. М., 2001. С. 253*.

¹⁶ *Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 296*.

сторонник органического мировоззрения, вполне естественно стремился сделать из системы права не каталог, а органическое целое. Под влиянием социологизма XIX века эта тенденция все усиливалась», — отмечал Е. В. Спекторский.¹⁷ В «Социологии права» (1911) Е. Эрлих писал: «Чтобы понять истоки, развитие и сущность права, следует, прежде всего, изучить порядок, существующий в общественных союзах».¹⁸ Более того, как немецкая историческая, так и социологическая школы чутко реагируют (осознанно или интуитивно) на проблему общественного признания, *социальной легитимации* правовых норм.¹⁹

В отличие от юснатуралистов и позитивистов, как для «истористов», так и для «социологов» характерно особое внимание к *динамическим аспектам права, «моментам» становления, развития и взаимодействия в правовой сфере*: право представляется сторонниками данных школ более как процесс,²⁰ нежели некий «застывший» результат (совокупность общеобязательных, гарантированных государством правовых норм (юридический позитивизм) или дарованных природой прав человека (классической юснатурализм)).

И для провозглашенных в 1814 году Ф. К. Савиньи методологических установок исторической школы, и для подавляющего большинства представителей социологической «школы» характерна убежденность в *приоритете юридической деятельности над правовыми правилами познания*: социальные практики формируют правила, но не *vice versa*:²¹ исследование правогеиза для Ф. К. Савиньи — необходимая предпосылка создания правильного кодекса, свода правовых правил; для Е. Эрлиха действенность правовых норм, их выражение в социальных практиках — необходимый, конститутивный признак «живого», подлинного права. Более того, абстрактные нормы законодательства, исчерпывающим образом систематизированные в форме кодекса, являются для центральных представителей обеих школ лишь итогом постепенного развития и обобщения процедур разрешения отдельных правовых ситуаций: для Ф. К. Савиньи законодательство не создается государством, а является результатом работы профессиональных юристов над конкретными «символическими действиями» народного права;²² для Е. Эрлиха, сходным образом, «урегулирование отдельного случая, как правило, предшествует общему правовому положению».²³

¹⁷ Спекторский Е. В. Христианство и культура. Прага, 1925. С. 227.

¹⁸ Цит. по: Тихонравов Ю. В. Основы философии права. С. 534.

¹⁹ Данное философское полагание немецкой исторической школы подчеркивается Е. В. Тимошиной (Тимошина Е. В. Историческая школа права // Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 312, 318–320).

²⁰ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 2008. С. 303; Гамбаров Ю. С. Право в основных его моментах // Правоведение. 1995. № 4. С. 118; Завадский А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008. С. 111. — См. также: Поляков А. В. Общая теория права. С. 147.

²¹ Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 25; Синха С. П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 181–182; Хирш Э. Социология права для юристов // Право XX века: идеи и ценности. С. 290.

²² Savigny F. C. von. The Vocation of our age for Legislation and Jurisprudence / transl. by A. Hayward. New Jersey, 2002. P. 45. — См. также: Кузнецов К. А. К характеристике исторической школы юристов. Одесса, 1914.

²³ Ehrlich E. Grundlegung der Sociologie des Rechts. S. 141.

Наконец, в аксиологическом аспекте как для «истористов», так и для представителей социологической школы, в отличие от их предшественников юснатуралистов, право представляет собой лишь относительную, социокультурно обусловленную, а не абсолютную, исторически и культурно инвариантную ценность.

Насколько верны и точны данные характеристики для немецкой исторической школы? Можно ли утверждать, что они схватывают суть ее воззрений на право?

На наш взгляд, далеко не случайно известный французский социолог права Ж. Карбонье при освещении немецкой правовой доктрины в разделе, посвященном истории юридической социологии, хотя и указывает, что положения исторической школы «имели социологический резонанс», вместе с тем приходит к выводу, что «при более детальном анализе позиций исторической школы социологов ожидает разочарование», поскольку «социологический баланс исторической школы весьма худосочен».²⁴

В порядке первого приближения к вопросу о типологическом тождестве немецкой исторической и социологической школ правопонимания необходимо отметить, что «час заката» исторической и «пик расцвета» социологической школы, во всяком случае в России, разделяет по меньшей мере треть XIX века — золотого века «классических» школ правопонимания, богатого на метаморфозы в воззрениях юридического и в целом научного сообщества на природу, генезис и действие права. Социологическая школа права завоевывает доктринальное правосознание ученых-юристов отнюдь не потому, что развивает исходные философские полагания немецкой исторической школы права (этого было бы явно недостаточно для ее широкого распространения в юридическом сообществе), а в силу того, что по многим принципиальным вопросам выступает ярким антиподом господствующей школы правопонимания середины XIX в. — юридического позитивизма, в то время как ведущим «противником» исторической школы в доктринальных баталиях первых декад XIX столетия выступал, несомненно, классический юснатурализм XVII–XVIII вв.²⁵ Идейным вдохновителем в вопросах правопонимания для таких ведущих представителей социологической школы в России, как С. А. Муромцев и Н. М. Коркунов, являлся отнюдь не Ф. К. Савиньи (школа которого к тому времени уже не принадлежала к авангарду юридической науки), а, напротив, центральный, наиболее последовательный и беспощадный критик воззрений исторической школы на сущность и происхождение права Р. фон Иеринг, учение которого глубоко укоренило в профессиональном мышлении юристов сознательные начала интересов, целей и борьбы за них, противопоставляемые стихийно вызревающему «народному духу» «истористов».²⁶ Итак, историческая и социологическая школы правопонимания формируются и распространяют свое влияние на профессиональное правосознание юристов на разных этапах развития юридической науки, имеют разных идейных вдохновителей и качественно разных «противников» на «поле» правопонимания. Разумеется, отмеченных различий еще совершенно недостаточно для оспаривания тезиса о типологическом тождестве данных школ в вопросах правопонимания.

²⁴ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 91–92.

²⁵ См., напр.: Тимошина Е. В. Историческая школа права. С. 324.

²⁶ Иеринг Р., фон. Избр. труды. В 2 т. СПб., 2006.

1. При первом приближении может показаться, что как Ф. К. Савиньи, Г. Ф. Пухта, так и С. А. Муромцев, Р. Паунд говорят именно о социуме как первичном источнике права. Вместе с тем едва ли допустимо утверждать, что «истористы» и «социологи» понимали под обществом одно и то же. Для «социологов» общество конституируется множеством *социальных практик*, оно немислимо вне *совместной деятельности* членов общества; для «истористов» общество изначально обуславливается «*народным правосознанием*» (в особенности у Г. Пухты — ученика Ф. Савиньи), из которого «вырастают» все социальные институты, т. е. определяющим первоначалом общества выступает отнюдь не деятельность, практика, а *национальное сознание*. Иными словами, «социологи» видят общество интeрcубъeктивнoм и множественным, а «истористы» — объективным единым целым (органичным). Поэтому если для «социологов» правоотношения выступают *первопричиной*, движущим «локомотивом» права, то для «истористов» правоотношения являются *следствием* развития «народного духа». Выражаясь языком популярного сегодня «широкого» правопонимания, для «истористов» первичны *правовые идеи* (национальное правосознание), а правоотношения и правовые нормы — производны, в то время как для «социологов» исходными выступают *правоотношения* (правопорядок), а правовые нормы и идеи носят производный характер. С позиции исторического материализма допустимо утверждать, что если для многих представителей социологической юриспруденции характерна *материалистическая* методологическая установка, поиск первопричин, оснований социального во «внешних» по отношению к человеку, «деятельностных» факторах, то «истористам» свойственно *идеалистическое* полагание, при котором исходным основанием социальных институтов признается «внутренний», когнитивный фактор — общественное *сознание* нации.

2. Для представителей социологической школы общество — это совокупность разнохарактерных социальных групп, сообществ, которым чужды единые ценностные начала, и потому с позиций социологического подхода изначально признается *плюрализм* государственно-правовой системы, в границах которой могут сосуществовать общинное, церковное, корпоративное, официальное и пр. право. Симптоматично то, что многие родоначальники социологии как науки (Г. Зиммель, М. Вебер и др.) не рассматривали общество как некую духовную общность, из чего исходили в своих философских полаганиях «истористы» немецкой школы (*der Volksgeist*), а, напротив, воспринимали общество как сложную анонимную структуру с размытыми границами и неопределенными отношениями.²⁷ Критикуя историческую школу с социологических позиций, И. А. Покровский указывал, что немецкая историческая школа права «предполагала народ как нечто единое и психологически цельное. Между тем даже та история, к изучению которой так настоятельно призывала историческая школа, свидетельствовала о том, что право рождается часто из столкновения различных социальных противоположностей внутри народа, что народ слагается из разнообразных более мелких групп — национальных, сословных, профессиональных и т. д., — правосознание которых сплошь и рядом радикально расходится».²⁸ В исходных полаганиях «истористов»,

²⁷ Смелзер Н. Социология. М., 1998. С. 89–90. — Противопоставлению целостных средневековых общностей и «гражданских обществ» буржуазного типа посвящен классический труд Ф. Тённиса (*Тённис Ф.* Общность и общество. Основные понятия чистой социологии. СПб., 2002).

²⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 73.

напротив, общество представляет собой *национальное единство, целостную духовную общность*, сложившуюся на основе общих истории, языка, ценностных воззрений многих поколений («дух» нации не формируется одним поколением). Автор термина *der Volksgeist* Г. Ф. Пухта рассматривал «общее убеждение народа» как не подлежащую научному исследованию *prima causa* любой самобытной нации, из которой стихийно, закономерно, органично вырастают все самобытные социальные институты, включая право.²⁹ Ф. К. Савиньи, восприняв от своего ученика в 1840 г. термин «дух народа», в «Системе современного римского права» писал: «В действительности везде, где люди живут вместе, мы видим, что они образуют одно *духовное целое*, и это единство их проявляется и укрепляется в употреблении одного общего языка. В этом *единстве духовном* и коренится право, так как в общем всех проникающем народном духе представляется сила, способная удовлетворить потребности в урегулировании совместной жизни людей».³⁰ В силу этого «истористами» движет отнюдь не стремление к децентрализации и диспозитивности³¹ правового регулирования (Л. Дюги, Е. Эрлих, Г. У. Канторович), а политически обусловленная интенция сформировать целостное единство германской нации в рамках достаточно централизованной, отражающей народное правосознание государственно-правовой системы. Таким образом, «социологи» видят общество интерсубъективным и механическим «конгломератом», а «истористы» — объективным, органичным единым целым. Важно указать на несомненную связь данных образов социального образования с определенными историческими эпохами в развитии западной цивилизации: практически все сословно-традиционные общества феодального типа могут адекватно рассматриваться как системы разнообразных «духовных» корпоративных общностей, конституируемых посредством безличного «мы», а не личностного «я», тогда как буржуазное западноевропейское общество, «вскормленное молоком» протестантского индивидуализма и секуляризованного либерализма, действительно может быть описано в качестве «сложной анонимной структуры», основанной на приоритете индивидуального «я» над социальным целым.

3. Основные философские полагания и методологические установки немецкой исторической школы были уже сформулированы Ф. К. Савиньи

²⁹ Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. Гл. II. § 10.

³⁰ Цит. по: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1908. С. 109.

³¹ По нашему мнению, для диспозитивного метода правового регулирования кодификация романо-германского типа (в отличие от византийской компиляции или американской инкорпорации), претендующая на исчерпывающий характер, не представляет никакого смысла, поскольку за любой кодификацией в традиции континентального права (начиная с *Corpus Juris Canonici*) лежит стремление законодателя к централизации и унификации правового регулирования, к устранению коллизий, пробелов и громоздкости нормативного массива, вполне достижимое при использовании императивного метода и изначально недоступное для диспозитивных «средств». Применение диспозитивного метода правового регулирования неизбежно приводит к децентрализации, к формированию множества «маленьких центров» саморегулирования (И. А. Покровский, Б. Б. Черепахин), что не может со временем не породить противоречивость и громоздкость правового массива. Поэтому (разительно отличаясь от указанных представителей социологической школы) «истористы», стремящиеся, в конечном счете, к согласной с началами целостного, органически вырастающего «народного духа» кодификации немецкого права, склонялись к императивному, а не диспозитивному методу правового регулирования: актуальной задачей для Германии того времени было построение единой государственно-правовой системы.

в середине первой декады XIX в., т. е. как минимум за 15–20 лет до формирования научного позитивизма О. Конта как целостного методологического подхода (30-е годы XIX в.). Основоположники исторической школы не могли осознанно и целенаправленно применять методологические установки философского позитивизма, в то время как многие представители социологической «школы» права сознательно использовали их в качестве основы своих учений о природе, генезисе и функционировании права. Кроме того, сами основатели социологической науки (О. Конт, Г. Спенсер, Дж. С. Милль, Э. Дюркгейм, М. Вебер), без методологических установок которых социологическая «школа» права никогда бы и не сформировалась ни в Западной Европе, ни в России, стремились вывести за пределы научного знания всякие метафизические полагания, абсолютные истины, идеи и ценности,³² принципиально недоступные для научного познания «конечные» сущности вещей («вещь-в-себе» И. Канта), и обратиться к исследованию наблюдаемых явлений (О. Конт), «социологических фактов»³³ (Э. Дюркгейм, М. Вебер), их описанию, установлению взаимосвязей, систематизации, классификации.³⁴ Более того, как русские дореволюционные представители социологической школы в лице М. М. Ковалевского и С. А. Муромцева, так и (тем более) основоположники и последователи «американского реализма» 1-й половины XX в. (К. Н. Ллевеллин, О. У. Холмс, Д. Ч. Грей, Дж. Фрэнк, Д. В. Бингам и др.) абсолютно не приемлют в качестве исходной фундаментальной категории учений о праве некий метафизический «народный дух», который, разумеется, — не стоит этого отрицать — явился прародителем «историзма» социологической юриспруденции, но не более того. Важно также обратить внимание и на то, что акцентуация «истористами» уникальности общественного сознания каждой национальной культуры стоит гораздо ближе к герменевтической методологической установке с ее направленностью на понимание социокультурных явлений в их конкретно-исторических контекстах,³⁵ нежели к стремлению позитивистов открыть — по образцу естествознания — общие законы развития и функционирования социальных систем и полностью объяснить «частные» социокультурные явления и процессы путем «подведения» их под открытые национально-культурно инвариантные законы общественного развития.³⁶ Для многих историков правовой мысли далеко не секрет, что — с подачи Р. фон Иеринга — именно для представителей социологической школы было характерно резко негативное, даже «репульсивное» отношение к «пределным основаниям» воззрений

³² Коркунов Н. М. История философии права. СПб., 1915. С. 474–475.

³³ Э. Дюркгейм определял социологический факт как «более или менее твердо установленный способ действительности, обладающий способностью оказывать на индивидов внешнее воздействие» (цит. по: Циппелиус Р. Общество и право. С. 253).

³⁴ «Позитивистский гносеологический идеал требует решительного отказа от теоретического познания права через поиск метафизической идеи права и ее разворачивания путем логической дедукции... Поскольку с позиций позитивистской методологии метафизические идеи не имеют реального бытия и не могут включаться в предмет научного познания, то собственно научное исследование права может быть только познанием его законов путем обобщения реально существующих в юридической сфере явлений» (Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 117).

³⁵ См. подробнее: Гадамер Х.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики. М., 1988. С. 45–46; Виндельбанд В. Избранное: Дух и история. М., 1995. С. 43.

³⁶ Фон Вригт Г. Х. Логико-философские исследования. Избр. труды. М., 1986. С. 198.

«истористов» на правогенез (С. А. Муромцев, Н. М. Коркунов, Ю. С. Гамбаров). Многие представители социологической школы прямо указывали на «метафизическую неуловимость», априорный характер, «аморфность» постулируемого «истористами» «народного духа». К примеру, Ю. С. Гамбаров буквально восклицал: «Что такое, в самом деле, „дух“ народа, или народное сознание, на котором основана вся так называемая „историческая теория правообразования“, как не совершенно априорное построение от разума, не только ничем не доказанное, но и прямо опровергаемое тем, что нам действительно известно о происхождении и развитии права?»³⁷ Первоначально ряд историков права (Г. С. Мэйн, А. Мишель, Ф. Поллок и др.) заменили мистический «народный дух» исторической школы популярной в то время эволюционной теорией Ч. Дарвина,³⁸ а впоследствии представители позитивной социологии права вообще исключили какие-либо метафизические полагания из социологической юриспруденции. По мнению П. И. Новгородцева, «социологи» сняли с исторической методы «покровы реакционной романтики», в результате чего историзм стал «объективно-научным течением».³⁹ На наш взгляд, допустимо утверждать, что философско-методологические основания исторической школы права носят *метафизический* характер, а социологической школы — *позитивистский*.

Нам представляется очевидным, что невозможно отнести к определенному типу правопонимания школу юристов, если основоположники данного типа отрицают *исходную, фундаментальную* категорию этой школы, из которой ее представители выводят свои утверждения.

4. Немецкая историческая школа, в отличие от многих «течений» внутри «социологизма», никогда не бралась утверждать эмпирическую обусловленность всех правовых ценностей, аксиологический релятивизм и вытекающий из него прагматизм — ставший практически «визитной карточкой» социологической юриспруденции в США.⁴⁰ Сверх того, есть основания утверждать, что политическое стремление «истористов» пробудить и интегрировать национальное сознание Германии (в чем Ф. К. Савиньи был абсолютно солидарен с инициатором кодификации гражданского права Германии романистом А. Ф. Ю. Тибом) никогда бы не было реализовано на основе убеждения о полном господстве противоречивой социальной эмпирии и установки на ценностный релятивизм. Лозунг Г. Ф. Пухты «право имеет историю»⁴¹ абсолютно не адекватен в отношении воззрений социологической школы, поскольку ни одна *осмысленная история* не может быть рассказана на основе разрозненных эмпирических «социальных фактов» или противоречивого конгломерата правоотношений.⁴² Любая

³⁷ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 158.

³⁸ Коркунов Н. М. История философии права. С. 361; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1995. § 48; Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. М., 2004. С. 17.

³⁹ Новгородцев П. И. Нравственный идеализм в философии права. К вопросу о возрождении естественного права // О свободе. Антология мировой либеральной мысли (I половина XX века) / отв. ред. М. А. Абрамов. М., 2000. С. 592–593. — См. также: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. С. 158; Кузнецов К. А. К характеристике исторической школы юристов. С. 12–13; Ячменев Ю. В. Естественно-правовая теория и историческая школа права (http://referats.spb.ru/analit/estesv_teor.htm).

⁴⁰ Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика // Жидков О. А. Избр. труды. М., 2006. С. 354.

⁴¹ Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. С. 42.

⁴² Как справедливо отмечал Л. Штраус, идеалом истории с позиции позитивной науки (О. Конт) стала «история, отделенная ото всех сомнительных или метафизических

история есть интерпретация и предполагает исходную концептуализацию, изначально полагаемые ценностные установки-ориентиры, определяющие «ракурс» восприятия событий и лежащие в основе языков описания, целостных интерпретаций фактов социальной действительности,⁴³ которые имелись у немецкой исторической школы («дух народа») и которые — в силу методологических установок научного позитивизма О. Конта — были исключены из исследовательского метода социологической школы. «Историческая юриспруденция, — отмечает Г. Дж. Берман, — это не просто социологическая констатация; она начинается с простых истин, но не останавливается на них и утверждает, что право — это продукт истории, что жизнь права — это опыт и что законодатель или судья находят в истории источники для приспособления права к новым обстоятельствам. ...Когда мы говорим «история», то имеем в виду нечто большее, чем хронология; мы имеем в виду не просто изменение, но структуру изменений, предполагая определенное направление во времени, что, в свою очередь, предполагает либо цель, либо судьбу».⁴⁴ Вполне обоснованно Г. Риккерт указывал на то, что «социология никогда не может претендовать на то, чтобы стать философией истории, ибо она необходимо применяет естественнонаучный метод».⁴⁵ Так, Е. Эрлих стремился представить социологию права в виде пассивного аполитичного наблюдателя жизненных процессов, свести ее «научность» к голый, безоценочной констатации фактов.⁴⁶ Поэтому, на наш взгляд, право последовательных «социологов» целостную, осмысленную «историю» сформировать и рассказать изначально не в состоянии, как и конкретно-социологический или статистический методы

предположений... Однако беспристрастный историк должен был признаться в неспособности вывести какие-либо нормы из истории — никаких объективных норм не осталось... Перед беспристрастным историком «исторический процесс» явил себя бессмысленной паутиной, сплетенной не более чем из того, что люди делали, производили, думали, чем из чистой случайности — сказка, рассказанная идиотом» (*Штраус Л.* Естественное право и история. М., 2007. С. 21).

⁴³ Еще со времен Геродота в той или иной мере осознается простая истина, что история имеет дело не непосредственно с феноменами, а со способами их описания (*Коллингвуд Р. Дж.* Идея истории. Автобиография. М., 1980. С. 13; *Блок М.* Апология истории, или ремесло историка. М., 1986. С. 30), и именно поэтому гносеологические идеалы позитивистской науки, выражающиеся, в частности, в попытке сформировать исчерпывающий перечень объективно действующих социальных причин, неизбежно порождающих определенные последствия, представляются для истории недостижимыми: *способы описания с логической необходимостью предполагают языки описания, в основу которых положены те или иные концептуализации, которым имманентно свойственны ценностно-целевые предпочтения.* — Ср.: «Методолог сопоставляет свою концепцию не с историческими фактами как таковыми, а с интерпретированными фактами. Поэтому он видит в истории то, что позволяет ему видеть принимаемая им методологическая концепция...» (*Порус В. Н.* Между философией и историей науки: на пути к «гибкой» теории научной рациональности // *Лакатос И.* Избранные произведения по философии и методологии науки. М., 2008. С. 23); «Само единичное суждение становится научным фактом лишь после того, как будет интерпретировано в контексте соответствующей, уже существующей научной теории» (*Сапельников А. Б., Честнов И. Л.* Теория государства и права. СПб., 2006. С. 131).

⁴⁴ *Берман Г. Дж.* Вера и закон. С. 305, 309.

⁴⁵ *Риккерт Г.* Границы естественнонаучного образования понятий // *Классическая философия науки.* Хрестоматия / под ред. В. И. Пржиленского. М., 2007. С. 507.

⁴⁶ *Марчук В. П.* Идеи «свободного права» в концепции Е. Эрлиха и их роль в буржуазной юриспруденции. Автореф. дис. ... к. ю. н. Киев, 1971. С. 11.

не могут быть ничем иным, как методами *количественного* анализа эмпирических фактов.⁴⁷

5. Если — на философско-правовом уровне исследования — рассматривать соотношение исторической и социологической школ с позиций «флуктуационной» типологии культур П. А. Сорокина,⁴⁸ то станет вполне очевидно, что взгляд «истористов» был устремлен к идеациональному (или, по крайней мере, идеалистическому) типу культуры, для которого установления Бога проявляются в национальном сознании, а Бог и нация стремятся к единству друг с другом. Именно данный тип культуры искали в Средневековье романтично настроенные умы «истористов». Социологическая же школа права, напротив, ориентирована на чувственный (сенсорный) тип культуры, которым правит вечноизменяющаяся общественная повседневность — деятельность, лишённая единой высшей ценностной «системы координат». Для социологизма как типа правопонимания вполне справедливым представляется утверждение «то, что имеет фактическую силу здесь и сегодня, считается правом».⁴⁹ Более того, только в рамках сенсорной культуры и возможно формирование и широкое распространение социологической юриспруденции, ибо философской «картине мира» идеациональной культуры абсолютно чужды методологические установки социологизма (принципиальное отрицание метафизических первопричин, ограничение науки данными чувственного опыта, положение в основу любого научного исследования эмпирических фактов и др.). Для идеациональной культуры «должное» непоколебимо, безусловно, оно императивно нормирует «сущее» без какой-либо оглядки на распространённые социальные — но тем не менее — *девиации*; идеациональная этика и право не признают никаких «полутонов», мир для них предстает в черно-белом цвете: есть бесконечный град Небесный и конечный град земной. Для социологической школы социальная норма функционирует лишь в социуме и детерминируется социальными отношениями, т. е. норма — ничто без фактов, породивших ее; норма есть социально типичное, среднестатистическое и в этом смысле нормальное, которое *ab initio* изменчиво, относительно и ограничено пределами того или иного общественного союза. Именно такое представление о социальной нормативности, по нашему мнению, и превалирует в сенсорном типе культуры.⁵⁰

⁴⁷ Еще в 1918 г. известный ученый Н. Н. Алексеев утверждал, что «социологизм отнюдь не правомочен переходить область конкретно-эмпирического и превращаться в учение об идее права и идее общества» (*Алексеев Н. Н. Основы философии права*. С. 28). Ср.: «Столетний опыт расхожего для социологии эмпирического исследования позволяет... утверждать, что хотя таким путем и могут регистрироваться вполне макроскопические феномены (к примеру, растущая/снижающаяся преступность, миграционные движения, квоты разводов), однако невозможно возникновение теории общества (как целостности всех социальных феноменов), так что дальнейшие перспективы не выглядят особенно благоприятными» (*Луман Н. Общество как социальная система*. М. 2004. С. 40–41).

⁴⁸ *Сорокин П. А.* 1) Кризис нашего времени. [Фрагменты] // *Сорокин П. А. Человек. Цивилизация. Общество*. М., 1992. С. 427–504; 2) *Социальная и культурная динамика* СПб., 2000.

⁴⁹ *Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства*. М., 2003 С. 36.

⁵⁰ Возведенные в абсолют «социальные факты» в крайних версиях американского реализма Дж. Фрэнка или К. Н. Левеллина, по сути дела, приводят к отрицанию нормативности права, что совершенно недопустимо утверждать в отношении правопонимания немецкой исторической школы.

реалиям *техногенной* цивилизации. Совершенно не случайно, на наш взгляд, и то обстоятельство, что социологический подход к праву представляется весьма актуальным для профессионального сознания юридического сообщества современной западной цивилизации и рассматривается в учебной и научной юридической литературе в качестве одной из ведущих школ (типов) правопонимания, тогда как немецкая историческая школа представляется большинству современных ученых-юристов продуктом истории правовой мысли и исследуется в рамках предмета соответствующей учебной дисциплины.⁵⁴

7. У Ф. К. Савиньи и Г. Ф. Пухты право ярко и образно объективируется, предстает в качестве продукта некоей внесоциальной высшей силы, «духа народа», на основе степени выражения которого в позитивном законодательстве становится возможным достаточно четко оценить государственно оформленное право либо как в высшей степени аутентичное, соответствующее объективно существующему «духу народа», либо как произвольное, искусственно сконструированное. Индивид по отношению к объективно существующему «духу народа» предстает исключительно в качестве реципиента подлинного народного права, не способного что-либо качественно в нем изменить. Представители же социологической школы воспринимали право именно как непосредственный продукт социального взаимодействия, лишенный каких-либо объективных оснований: именно различные социальные группы формируют подлинное право для своих участников. Индивидуальные и коллективные субъекты правоотношений представляются в социологических концепциях одновременно и как субъекты социального правообразования. Поэтому, на наш взгляд, допустимо утверждать, что «истористы» остаются верны аристотелевской «*корреспондентной*» концепции истины (подлинное право должно полно выражать объективно существующий *Volksgeist*), в то время как представители социологической юриспруденции по своим воззрениям на право гораздо ближе находятся к *прагматической* и *конвенциональной* концепциям истины⁵⁵ (право представляет собой правила поведения практического характера, действующие в границах социального образования, рассматриваемые последним как значимые для своего воспроизводства).⁵⁶

8. Не стоит упускать из виду и то, что хотя «истористы» и провозгласили эмпирическую исследовательскую направленность, указав, что

⁵⁴ Г. Дж. Берман пишет: «В XX веке историческая школа почти повсюду подверглась остракизму и практически исчезла из всех работ по юриспруденции, по крайней мере в Англии и США. Школа Савиньи подверглась серьезным нападкам на протяжении десятилетий после Первой мировой войны. ... Историческая школа даже не упоминается в большинстве ведущих работ по юриспруденции с 1950-х по 1980-е годы» (Берман Г. Дж. Вера и закон. С. 304, 459). Для нас весьма показателен тот факт, что многие современные российские ученые-юристы, в предмет исследований которых непосредственно входят вопросы правопонимания, практически не уделяют серьезного внимания немецкой исторической школе.

⁵⁵ Об основных концепциях истины см., напр.: Лакатос И. История науки и ее рациональные реконструкции // Кун Т. Структура научных революций. М., 2001. С. 462 и след.; Поппер К. Факты, нормы и истина: дальнейшая критика релятивизма // Поппер К. Открытое общество и его враги. Т. 2. М., 1992; Чудинов Э. М. Природа научной истины. М., 1977. С. 11 и след. — Применительно к юридической науке проблемы научной истины исследовал Н. Н. Тарасов (Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 184–207).

⁵⁶ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений: основные классические идеи. М., 2003. С. 291.

согласный с народным правосознанием кодекс никогда не будет создан без опытного исследования действующего народного обычного права, вместе с тем в своих исследовательских практиках они практически не обращались к социальным условиям, основаниям позитивного права, устремив свои взоры к изучению конструкций римского права, а не к средневековому или современному германским обычаям, на что впоследствии обоснованно указывали их критики — германист К. Г. Безелер, «реалист» Р. фон Иеринг, последовательный позитивист Г. Ф. Шершеневич. Иными словами, представители исторической школы вместо антропологии права, «археологии юриспруденции», занялись фундаментальными исследованиями категориального аппарата римского права, как будто бы дух германской нации чудесным образом нашел в нем свое воплощение.⁵⁷ Глава исторической школы Ф. К. Савиньи, как свидетельствует известный швиллист Д. И. Мейер, называл деятельность юристов «счетом понятиями».⁵⁸ Иными словами, основоположники исторической школы подменили историческое исследование права догматическим, полагая, что правовые понятия вбирают в себя социальную жизнь.⁵⁹ Социологическая же юриспруденция изначально базируется на утверждении невозможности исследования права вне социального контекста, «среды» его действия — экономических, политических, национально-культурных, религиозных, психологических оснований права,⁶⁰ вне его связи со всем массивом социально-нормативного регулирования. И. И. Царьков справедливо указывает: «Если историки немалого внимания уделяли методам догматики права, занимаясь разработкой пандектного права, то Конту была чужда идея формально-догматического анализа правового материала. Дух закона содержится не в формально-логической догматике, а непосредственно в социальных связях».⁶¹ Фактически — в ее развитии учениками Ф. К. Савиньи — немецкая историческая школа стала академической, «кабинетной» (термин Б. Виндшейда) *юриспруденцией понятий* (термин Р. Иеринга), использующей так называемый «*догматический*» метод, уходящий своими корнями в мышление глоссаторов,⁶² в то время как социологическая школа представляет собой *практическую юриспруденцию деятельности*, применяющей приемы *конкретно-социологического* метода, — отсюда и центральное понятие социологической юриспруденции «право в действии»⁶³ (Е. Эрлих, Р. Паунд и др.), противопоставляемое «праву в книгах». Таким

⁵⁷ Ср.: Шпенглер О. Закат Европы. Т. 2. С. 75, 79.

⁵⁸ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 62. — В «Шутках и делах» Р. Иеринг справедливо указывает, что именно Савиньи явился первым, кто привил ученой юриспруденции «безумную мысль», что «у нее нет иной более высокой цели, нежели корректные вычисления с помощью понятий» (цит. по: Кузнецов К. А. К характеристике исторической школы юристов. С. 16).

⁵⁹ Аннерс Э. История европейского права. М., 1996. С. 303.

⁶⁰ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903. S. 35–39; Шпенглер О. Закат Европы. Т. 2. С. 84, 86.

⁶¹ Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 296.

⁶² О методе глоссаторов см., напр.: Аннерс Э. История европейского права. С. 161; Берман Г. Дж. Западная традиция права. С. 135–136, 146–153; Полдников Д. Ю. Договорные теории глоссаторов. М., 2008. С. 64–70, 78; Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 103–106; Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 46–59.

⁶³ Берман Г. Дж. Западная традиция права. С. 22; Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика. С. 353.

образом, можно заключить, что «истористы» ориентированы на абстрактную, логически выверенную догму права, а «социологи» — на иррациональную динамику «права в жизни». Если немецкая историческая школа немыслима вне письменного юридического текста, то социологическая школа с легкостью обходится без него; первая стремится выстроить когерентную и беспробельную систему юридических понятий, вторая верит скорее в опыт, а не в магическую силу понятия и формальную логику.⁶⁴ «Историческая школа, — пишет Г. В. Мальцев, — в самом деле научила юристов относиться к правовым понятиям как к чему-то священному, стоящему выше реальной жизни, вознесенному к вершинам духа и чистой логики».⁶⁵ Философское же кредо социологической юриспруденции точно выразил П. Г. Виноградов: «Ни жизнь семьи, ни жизнь профессиональной гильдии, а равным образом — церкви, нации, государства не зависит всецело или главным образом от совершенства логико-понятийных отображений».⁶⁶ Е. Эрлих призывает избавиться от логических приемов толкования законов, принятых в «юриспруденции понятий», и обратиться к свободному нахождению права судьей.⁶⁷ В «Основах социологии права» (1913) «научному» правовому понятию исторической юриспруденции он противопоставляет «практическое» правовое понятие⁶⁸ и призывает вести борьбу с юридическими понятиями, которые претендуют на самодовлеющее значение, независимое от практических целей существования.⁶⁹

«Филологический» метод «истористов» применим лишь при условии четкого отграничения правового материала от «неправового» — текст права должен уже существовать, прежде чем данный метод возможно будет применять;⁷⁰ в то время как конкретно-социологический метод, ориентированный на социальные реалии, не может не исследовать право в органичном контексте с другими социальными нормативными регуляторами,

⁶⁴ «Культ логического, который намеревается довести юриспруденцию до уровня своего рода “правовой математики”, является заблуждением и покоится на непонимании сущности права. Не жизнь существует ради понятий, а понятия — ради жизни. Осуществляется не то, что постулирует логика, а то, что устанавливает жизнь, ощущение, ощущение права, независимо от того, возможно или невозможно это дедуцировать при помощи логики» (*Jhering R. v. Geist des römischen Rechts. Bd. III/I. Leipzig, 1924. S. 321*). Тожественную позицию занимал известный представитель социологической юриспруденции США О. У. Холмс (*Holmes O. The common law. Boston, 1938. P. 1*). См. также: Кленнер Г. От права природы к природе права. М., 1988. С. 204; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М., 2000. С. 283.

⁶⁵ Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007. С. 315.

⁶⁶ Виноградов П. Г. Обычай и право. Осло, 1925 (цит. по: Тихонравов Ю. В. Основы философии права. С. 99).

⁶⁷ Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen, 1918. S. 296.

⁶⁸ Кузнецов К. А. К характеристике исторической школы юристов. С. 18.

⁶⁹ Там же. С. 17.

⁷⁰ Специально-юридические исследования догмы права исторически сформировались на основе найденного около 1080 г. текста свода Юстиниана: формирование профессионального сословия юристов и специального юридического инструментария (способы толкования, систематизации и др.) имело своей необходимой предпосылкой юридический текст, послуживший тем первичным исследовательским материалом, на основе которого сформировалась континентальная университетская юриспруденция. Представляя собой знаковую реальность, юридический текст выступает необходимой предпосылкой объективации права, при которой юридическая реальность не выступает тождественной социальному бытию, что является аксиомой для социологической юриспруденции.

ибе в общественной жизни, на уровне социальных практик, общественного и группового сознания, они действуют в органичном единстве.

Далее, если для «истористов» *формальная определенность* права является исходным пунктом и необходимым условием их исследований, то для «социологов» скорее важна *действенность* (осуществление) права в социальной метасистеме, которая вполне может обходиться и без *формальной определенности* (текстуальной фиксации).⁷¹ Более того, многие исследователи отмечают, что социологическая школа права формируется именно как ответ на господство в общественном и профессиональном сознании *правового формализма* юридических позитивистов.⁷² В итоге, с некоторой долей огрубления, допустимо утверждать, что «истористы» мыслят *структурно, логико-понятийно*, «социологи» же — *функционально, процедурно*.⁷³ «Можно сказать, что юридический социологизм отличается от юридической догматики так же, как физиология отличается от анатомии. Анатомия и догматика изучают структуру, физиология и социология — функции».⁷⁴ Поэтому, на наш взгляд, нормативист Г. Кельзен был несравнимо ближе к исследовательским практикам исторической школы, нежели, к примеру, американский реалист Дж. Фрэнк или «социальный инженер» Р. Паунд, традиционно причисляемые к социологической школе правопонимания. Историки права и компаративисты указывают на «процедурный» характер мышления англо-американских юристов,⁷⁵ что, по нашему мнению, еще раз подтверждает то обстоятельство, что социологическая юриспруденция широко распространилась в первой половине XX в. именно в семье общего права, нашла свое непосредственное выражение не только на уровне правовой доктрины, но и в судебных решениях, установках адвокатского сознания, в то время как в романо-германской правовой семье «социологизм» остается лишь школой правопонимания, оказывающей весьма ограниченное влияние на профессиональные практики юристов, основывающиеся на философско-методологических полаганиях юридического позитивизма.

9. При системном подходе к истории становления юридической науки несложно заметить то, что немецкая историческая школа четко укладывается в общее русло развития континентальной юридической традиции: именно «истористы» первыми пытаются применить в юридических исследованиях философские основания, актуализированные естественно-правовой школой, к «низшей юриспруденции» глоссаторской традиции.⁷⁶ «Можно считать, что к концу XVIII века в европейской юриспруденции, по

⁷¹ «Действовать может и норма, не выразившаяся еще ни в законе, ни в обычае, ни в судебной практике, и такое действие нормы есть необходимое предположение образования обычая и судебной практики» (Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 346–347).

⁷² См., напр.: Алексеев Н. Н. Основы философии права. С. 24; Аскназий С. И. Общие вопросы методологии гражданского права // Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 60.

⁷³ Ср.: «Античное право было правом тел, наше же право — это право функций. Римляне создали юридическую статику, нашей задачей является юридическая динамика» (Шпенглер О. Закат Европы. Т. 2. С. 86). В сравнительном правоведении данные установки дали жизнь соответственно нормативному и функциональному сравнению.

⁷⁴ Алексеев Н. Н. Основы философии права. С. 24.

⁷⁵ Maine H. Early law and custom. L., 1889. P. 389; Арчер П. Английская судебная система. М., 1959. С. 173–174; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 241–245.

⁷⁶ Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 115.

сути дела, сложилось два слабо взаимодействующих направления развития: философско-правовое и догматическо-юридическое. Философско-правовое направление, безусловно, находится под сильным влиянием идей рационалистической философии⁷⁷ и ориентируется на гносеологические установки классической научной рациональности («технологизация» исследовательской деятельности, строгие языки анализа, эксперимент). «Базирующиеся на философском рационализме принципиальные идеи этого правового течения лежали не столько в области действующей юриспруденции, сколько в области философии права и юридической позитивизм практически не затрагивали».⁷⁸ «Догматическо-юридическое» направление было основано на применении глоссаторами и постглоссаторами (комментаторами) «диалектического» (формально-логического) метода, основанного Аристотелем и развитого стоиками, к римскому юридическому материалу в форме Юстиниановой «кодификации». Разумеется, ограниченное исследовательскими рамками позитивно-правового материала и формально-логическими средствами догматическо-юридическое направление в романо-германской традиции не могло исследовать и не исследовало философско-правовые проблемы,⁷⁹ актуализированные классическим юснатурализмом XVII–XVIII вв. Две исследовательские «традиции» романо-германских юристов «истористам» когерентно синтезировать не удастся, следствием чего выступают противоречия между философскими основаниями и исследовательскими практиками основоположников исторической школы, в то время как «инструменты» и техники социологической школы права соответствуют ее исходным полаганиям, поскольку последние представляются как выведенные путем неполной индукции и обобщения из первых.⁸⁰ Основной акцент историческая школа ставит — несмотря на декларированный *Volksgeist* — все же на «право юристов»⁸¹ (к исследованию «национального духа» предметно, а не декларативно обратятся лишь германисты во главе с К. Г. Безелером), на формирование и развитие профессиональной исследовательской традиции юридического сообщества, без существования которой — в соответствии со схемой правогебеза, сконструированной на основе исследования истории римского права, — в принципе невозможна правильно ориентированная и плодотворная кодификационная работа: юристы являются «движущим локомотивом» развития правовой системы,⁸² право же является «собственностью юристов» (термин Н. Н. Тарасова). «Начиная с известного исторического момента, активные силы народа обязательно дробятся, и право, до сих пор бывшее продуктом коллективного творчества всего народа, становится частным делом особого класса специалистов, юристов.

⁷⁷ Там же. С. 114.

⁷⁸ Там же. С. 111.

⁷⁹ Алексеев Н. Н. Основы философии права. С. 20–24.

⁸⁰ Там же. С. 27–28.

⁸¹ «У Виндшейда, как у Савиньи, преклонение перед жизненным призванием ученых-юристов, умаление роли законодателя, который лишь закрепляет истины, которым его научила современная ему юридическая теория» (Кузнецов К. А. К характеристике исторической школы юристов. С. 10). — См. также: Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 92.

⁸² Юристы «представляют народ в этой его функции» (Savigny F. K. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1814. S. 7–8). — См. также: Аннерс Э. История европейского права. С. 299, 384–385.

Отныне оно живет лишь «в их сознании».⁸³ Социологическая же школа, напротив, связала генетически первичное «социальное право» прежде всего не с существующими юридическими доктринами и профессиональными практиками юристов, а с обществом, и поэтому отдифференцированное «зрелое право» (научное, законное) «историков» здесь «растворилось» в недрах общества, деятельностью разнообразии социальных групп, став одним из видов «социального права», а наука права ученых-юристов, соответственно, стала частью социологии. Выдающийся представитель социологической юриспруденции П. А. Сорокин указывал на принципиальную ошибочность воззрений исследователей, сводящих право к «мертвым, застывшим статьям официальных кодексов» или «безжизненным измышлениям юристов», поскольку «вопреки мнению таких лиц, мы видим, что право — живая реальность, окружающая нас со всех сторон. Оно, в виде убеждений — в нас, и в виде словесных и письменных формул, в виде поступков и общественно-правовых институтов — вне нас».⁸⁴ Очевидно, что данная правовая онтология совершенно не вписывается в рамки континентальной университетской юридической традиции (письменный текст права, экзегетический метод, система доктринальных конструкций, дедуктивное мышление и др.), которая на протяжении многих столетий сохраняла непоколебимую веру в то, что «мир права — это совсем особый мир, как бы надстраиваемый юриспруденцией над эмпирической действительностью»⁸⁵ и потому способный выступать по отношению к социальному существу в виде регулирующего стандарта должного, задающего цели и направления социального развития. Справедливо указание К. В. Арановского, что «без правовой догматики... недостижимо согласие в правовых понятиях и невозможна нормотворческая, правоприменительная деятельность, вообще профессиональная юриспруденция».⁸⁶ По своей сути методологическая позиция социологической школы права являет собой протест еще сравнительно молодой гуманитаристики, стоящей на философской платформе позитивной науки, против традиционной «замкнутости» корпорации юристов, пытается разрушить профессиональную закрытость юридических практик, не рассматривает юридическое сообщество как блэкстоунского хранителя и оракула права и фактически призывает ученых-юристов становиться социологами,⁸⁷ заниматься не генерированием и развитием профессиональных исследовательских традиций, а изучением права как «живого», функционирующего в социальном контексте института. Что, несомненно, невозможно в пределах догматического и теоретического направлений юриспруденции, которые, при таком подходе, отрываются от исторического контекста становления континентальной юриспруденции и принципиально лишаются статуса самостоятельных сфер юридических исследований.⁸⁸ Е. Эрлих утверждал, что «вся юридическая наука не имеет

⁸³ Мишель А. Идея государства. Критический опыт истории социальных и политических теорий во Франции со времени революции. М., 2008. С. 146.

⁸⁴ Сорокин П. А. Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919. С. 31.

⁸⁵ Спекторский Е. В. Юриспруденция и философия // Юрид. вестник. 1913. Кн. 2. С. 80.

⁸⁶ Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 23.

⁸⁷ Циппелиус Р. Общество и право. С. 255; Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 292.

⁸⁸ Кисслер Л. Социология права в юридической практике // Право XX века: идеи и ценности. С. 297.

права на самостоятельное существование и должна входить в социологию, поскольку право как социальное явление представляет собой определенный аспект, часть общественного бытия». ⁸⁹

Иными словами, сравниваемые юридические школы имеют качественно разные предметы исследований: историческая школа внесла огромный вклад в развитие *догматической* и способствовала формированию *теоретической юриспруденции* (Р. фон Иеринг, Н. М. Коркунов, Г. Ф. Шершеневич, Л. И. Петражицкий и др.), содействовала развитию *внутрисистемного анализа догмы права* (Б. Виндшейд, Г. Дернбург и др.), в то время как социологическая школа, развивающая лишь некоторые философские позиции «истористов», сосредоточивается на изучении социального действия, функционирования права, «встраивая» право в более широкие, «внешние» по отношению к нему контексты: для первой право — это самостоятельная система, для второй право — компонент социальной метасистемы. Еще выдающийся мыслитель и ученый-юрист И. А. Ильин отмечал, что «догматическая разработка норм права, имеющая целью построить систему юридических понятий, и социологическое объяснение правовых явлений движутся в двух совершенно различных плоскостях, в известном отношении могут стать в положение взаимно индифферентных рядов, в определенных вопросах обнаружить даже прямую противоположность». ⁹⁰ Таким образом, если использовать концепты современной философии науки, то можно заключить, что в вопросе развития юриспруденции немецкая историческая школа, пусть и неосознанно, но склоняется к позиции *интернализма* (правовая система «органически вырастает» из самой себя: со времени профессиональной стратификации социума право отдано в ведение юристов, впоследствии согласный с «духом народа» кодекс является результатом профессиональной деятельности юристов) тогда как социологическая «школа» видит юриспруденцию лишь одним из социальных институтов и, следовательно, придерживается позиции *экстернализма*. ⁹¹ К примеру, один из представителей социологического подхода к праву в российском правоведении XIX столетия С. А. Муромце был убежден, что право «составляет произведение всех вообще факторов культуры и обусловливается в своем развитии развитием прочих областей этой последней». ⁹²

Показательно в этом отношении то, что если у Г. Ф. Пухты право «имеет историю», которая нуждается в специальных догматических (пандектисты) и исторических (германисты) исследованиях именно юристов, а н

⁸⁹ *Социология права. Учебник / под ред. В. М. Сырых. М., 2004. С. 35 (автор гл. вв — В. М. Сырых). — См. также: Глазырин В. А. Когда и почему возникла социология права // Право и закон: философско-социологические исследования. Екатеринбург 2008. С. 45.*

⁹⁰ *Ильин И. А. Понятие права и силы (опыт методологического анализа) // Соч. в 10 т. Т. 4. М., 1994. С. 10.*

⁹¹ Схоластическая университетская традиция глоссаторов и комментаторов рационализм классической школы естественного права, «юриспруденция понятия пандектистов, как и вся континентальная догма права, несомненно, стоят на позициях интернализма, в то время как социологическая юриспруденция, марксистская традиция юридического позитивизма, как и юридические практики традиции *common law*, основываются на полагании экстернализма.

⁹² *Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. СПб., 2004. С. 45. См. также: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право // История политических и правовых учений. Хрестоматия / сост. В. П. Малахов. М., 2008. С. 333; Поляков А. В. Общая теория права. С. 147; Спиридонов Л. И. Избр. произведения. СПб., 2002. С. 95.*

социологов, экономистов или философов, то у К. Маркса,⁹³ Э. Дюркгейма⁹⁴ и Е. Эрлиха⁹⁵ право никакой собственной истории в принципе иметь не может: «движущие силы» становления и развития права всецело находятся в других компонентах социальной метасистемы (далеко не секрет то, что во многих течениях «социологизма» право, по сути, лишено собственной сущности, поскольку его содержание и генезис обусловлены неюридическими факторами — социальными фактами (Е. Эрлих),⁹⁶ экономическим базисом и классовым антагонизмом (К. Маркс),⁹⁷ противоречивыми социальными интересами (Р. Иеринг),⁹⁸ психологией судебного сообщества (Дж. Фрэнк)⁹⁹ и т. д.). Соответственно, *различной становится и степень социальной обусловленности права* у «истористов» и «социологов»: если для последних существо права определяется его социальной природой и потому право невозможно мыслить вне общества,¹⁰⁰ то первые, на уровне философских оснований также не отрицающие его социальную (национально-культурную) природу, вместе с тем — на уровне исследовательских практик — признают «эмансипацию» юридических конструкций от контекстов наличной социальной действительности.¹⁰¹ Ведь римское право в XII–XVI вв. или даже *usus modernus pandectarum* в XVII–XIX вв. как предмет изучения всей университетской континентальной традиции *в строго социологическом смысле слова правом не только не являлось, но и не стало* даже в результате французских и германских кодификаций XIX в. Для представителей социологической школы юристы континентальной университетской традиции, начиная с глоссаторов и заканчивая пандектистами, занимались, подобно археологам или патологоанатомам, исключительно исследованием *памятника уже умершего* — в социологическом смысле — римского права, принадлежащего к совершенно иной культурно-исторической традиции и очень слабо выражающего социокультурный контекст (включая официальный и «социальные» правовые порядки) западной цивилизации периода Средневековья, Нового или Новейшего времени.¹⁰²

⁹³ «Не надо забывать, — писал К. Маркс в "Немецкой идеологии", — что право точно так же не имеет своей собственной истории, как и религия» (Маркс К., Энгельс Ф. Избр. соч. Т. 2. М., 1985. С. 74). См. также: Берман Г. Дж. Западная традиция права. М., 1998. С. 523.

⁹⁴ См. об этом: Тихонравов Ю. В. Основы философии права. С. 545.

⁹⁵ См. об этом: Синха С. П. Юриспруденция. Философия права. С. 181–182.

⁹⁶ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 98.

⁹⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 63; Т. 4. С. 443; Т. 5. С. 342; Т. 6. С. 259; Т. 13. С. 6–7; Т. 19. С. 393; Т. 37. С. 418.

⁹⁸ Иеринг Р., фон. Борьба за право // Избр. труды. Т. 1.

⁹⁹ Frank J. 1) Courts on Trial. New York, 1963; 2) Law and the Modern Mind. London, 1949.

¹⁰⁰ Алексеев Н. Н. Основы философии права. С. 27–28.

¹⁰¹ Поэтому совершенно не случайно то, что пытающийся восстановить историчность права в западной традиции Г. Дж. Берман спорит с представителями социологической и марксистской юриспруденции, указывая: «Следует также рассматривать право и как самостоятельный фактор, как одну из причин, а не только один из результатов целого ряда общественных, экономических, политических, интеллектуальных, моральных и религиозных явлений» (Берман Г. Дж. Западная традиция права. С. 57).

¹⁰² О. Шпенглер, придерживающийся социологического подхода к праву, не случайно обвинял современную ему немецкую юриспруденцию начала XX в. в геллертерстве, в слепой преданности юстиниановым понятиям и средневековой схоластике (Шпенглер О. Закат Европы. Т. 2. С. 84). Аналогичную позицию занимал Г. Канторович (Завадский А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008. С. 96).

10. Немецкая историческая школа, как и вся континентальная традиция права, мыслит *дедуктивно* и использует приемы *теоретического* познания; исследовательская эпистема социологической школы, несомненно, *индуктивна* и базируется на приемах *эмпирического* познания.¹⁰³ Как Ф. К. Савиньи, так и Г. Ф. Пухта изначально полагают некое базовое метафизическое начало, из которого дедуктивно «выводятся» конкретные юридические нормы, что находится в русле мышления всей университетской юридической традиции романо-германского права. В качестве показателя развитости правовой системы рассматриваются правовые принципы (Ф. К. Савиньи,¹⁰⁴ Г. Ф. Пухта¹⁰⁵) доктринально обработанного, систематизированного законодательства, представленного в пандектной структуре (Общая и Особенная части). Ф. К. Савиньи полагал, что основной целью исследований ученых-юристов является формирование ясности «юридических положений, сокрытых в духе национального права», как продукта *научной дедукции*.¹⁰⁶ От «социологов» же позитивистская гносеологическая установка требовала первичного обращения к «социальным фактам», которые всегда представлены для исследования в единичной и конкретной форме; соответственно, важнейшими логическими приемами научной обработки эмпирического материала выступают неполная индукция и обобщение. Так, например, Е. Эрлих в «Юридической логике» утверждал, что судьям следует заменить логическую дедукцию, основанную на тексте нормы, являющуюся принципом юриспруденции понятий, индукцией, основанной на социальных данных и интуитивном чувстве справедливости.¹⁰⁷ Социология права «должна действовать методом индукции, то есть с помощью непосредственного наблюдения социальной жизни». ¹⁰⁸ Как указывает Ю. В. Тихонравов, «прагматики-инструменталисты (представители американской социологической юриспруденции О. Холмс, Р. Паунд. — А. М.) отвергли дедуктивный метод, заменив его методом индуктивным». ¹⁰⁹ В англо-американской юриспруденции, в силу специфики судебной деятельности, всегда присутствовало понимание того, что работа судьи не может строиться исключительно на правилах формальной логики, применяемых в отношении дедуктивно выведенных юридических понятий, поскольку это может привести к своего рода «закупорке вен» в «теле права», «потере эластичности и неспособности адаптироваться к новым социальным условиям». ¹¹⁰

Поэтому, на наш взгляд, совершенно не случайно историческая юриспруденция возникла и получила распространение в юридическом

¹⁰³ Представители американской социологической юриспруденции настаивали на изменении методов принятия судебных решений, замене дедукции индукцией (*Карбонье Ж.* Юридическая социология. М., 1988. С. 67).

¹⁰⁴ «В нашей науке, — писал Ф. К. Савиньи, — все зависит от обладания основными принципами, и именно это владение и составляет величие римских юристов» (*Savigny F. C., von. The Vocation of our age for Legislation and Jurisprudence / transl. by A. Hayward. New Jersey, 2002. P. 45*).

¹⁰⁵ Пухта Г. Ф. История римского права. М., 1864. С. 351. — См. также: Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 264.

¹⁰⁶ Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. С. 34.

¹⁰⁷ Цит. по: Полищук Н. И. Эволюция идеи права и правовые отношения: вопросы теории и практики. СПб., 2005. С. 59.

¹⁰⁸ Ehrlich E. Soziologie des Rechts, in die Geisteswissenschaften. Munchen; Leipzig, 1913. S. 202.

¹⁰⁹ Тихонравов Ю. В. Основы философии права. С. 559.

¹¹⁰ Ллойд Д. Идея права. С. 337.

сообществе *романо-германской* правовой семьи, со времен постглоссаторов работающей на основе дедуктивных умозаключений, а социологическая школа права наиболее широко распространилась именно в рамках *американской* правовой системы, для которой, как для яркой представительницы семьи общего права, по свидетельству многих ученых юристов,¹¹¹ характерен «индуктивно-описательный» стиль мышления. Ведь, *несколько редуцируя*, допустимо утверждать, что юристы романо-германской семьи мыслят в подавляющем большинстве случаев согласно схеме силлогизма — от общих норм к юридически значимым фактам конкретного дела, в то время как адвокаты и судьи англо-американской традиции мыслят в «противоположном направлении»: от фактов конкретного дела — через «судейский разум» (Э. Кук) — к более-менее обобщенным правилам. При этом если в континентальной системе гипотезы абстрактных норм определяют юридическую значимость фактов дела (поэтому-то данная «система» и рассматривается зачастую как более «закрытая»),¹¹² то в системе общего права уникальное сочетание фактов дела «по первому впечатлению» обуславливает «рождение» креативного прецедента (*original precedent*). Именно немецкая историческая школа права, поставив перед юридическим сообществом задачу нахождения общих «руководящих правовых принципов», существенно способствовала формированию национальных правовых систем романо-германской традиции как «законченных», «замкнутых», выстраиваемых дедуктивно и способных эволюционировать «изнутри», при помощи развития принципов права.¹¹³

На наш взгляд, имеются даже основания для более радикального заключения: историческая школа права могла сформироваться, «вызреть» и найти свое инструментальное применение только лишь в лоне романо-германской правовой семьи, в которой понятийно-категориальный аппарат юристов сформирован рецепцией римского частного права и где единственно существует университетская юридическая наука, конституирующая традиции профессионального правосознания — в прецедентной традиции феномен исторической школы права с ее предметом исследования (пандектное право), методологическими установками (дедуктивное

¹¹¹ Бехруз Х. Сравнительное правоведение. Одесса, М., 2008. С. 310; Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 180–181; Правовая система Нидерландов / отв. ред. В. В. Бойцова, Л. В. Бойцова. М., 1998. С. 42; Танаев В. М. Типологические основы классификации рациональных правовых систем (постановка проблемы) // Вестник Гуманитарного ун-та. Вып. 4. 2005. С. 285–291; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. С. 404–405; Burton S. J. An Introduction to Law and Legal Reasoning. Boston; Toronto, 1985. P. 25–41; McLeod I. Legal Method. London, 1999. P. 12.

¹¹² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 245; Явич Л. С. Сущность права. Л., 1985. С. 46. — В противоположность праву континентальной Европы, традиция *common law* имеет характер «открытой» системы (Pound R. The Spirit of Common Law. Boston, 1921. P. 1; Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 114; Бехруз Х. Сравнительное правоведение. С. 363; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 245; Кашанин А. В., Третьяков С. В. Общетеоретические основания исследования проблем правоприменения // Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Ю. А. Тихомиров. М., 2008. С. 31; Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2000. С. 96; Скурко Е. В. Принципы права. М., 2008. С. 112; Черноков А. Э. Введение в сравнительное правоведение. СПб., 2004. С. 69).

¹¹³ Кузнецов К. А. К характеристике исторической школы юристов. С. 5.

мышление) и средствами (доктринальные понятия, конструкции и др.) просто немислим.

11. Если сопоставить философско-методологические установки немецкой исторической и социологической школ, то достаточно отчетливо становятся заметны их различия. Для базовых оснований учения «истористов» характерна консервативная идеологическая направленность: правовой идеал лежит в прошлом, обычное право которого наиболее полно и непосредственно выражало «народный дух»; «жизнь» же права носит циклический, детерминированный традицией характер. «Отрицая творческое воздействие личности на образование права, отстаивая идею саморазвития путем внутреннего процесса, историческая школа должна была принять консервативное направление», — обоснованно утверждал Г. Ф. Шершеневич.¹¹⁴ Именно устремленность «истористов» в обычно-правовое прошлое, без знания стихийного генезиса которого невозможно, по их мнению, понять правовую действительность настоящего, абсолютизация «истористами» традиционной легитимации социальных норм превращала их в ярых реакционеров в глазах марксистов, убежденных в неизбежности социального прогресса, движимого неуклонным развитием производительных сил.¹¹⁵ Социологическая школа права, отталкиваясь от позитивистского идеала научного знания, как основанного на констатации, а не на оценке фактов,¹¹⁶ лишается какой-либо ясно выраженной идеологической доминанты.¹¹⁷ Чаще она склонна принимать либеральную, нежели консервативную политическую идеологию. Вместе с тем установка на эмпирическое исследование «социальных фактов», «права в действии» неизбежно приводит к общему ослаблению «идеологического заряда» концепции и способна эффективно скрывать за «инструментализацией» («технологизацией») права и консервативные, и даже националистические идеи. В отличие от «истористов», «социологи» не верят и в единый органический «цикл» жизни права, ибо истоки права для них коренятся не в духовной целостности нации, представленной в полной мере традиционными обществами (общность мышления и действия), а в действительном разнообразии «внутреннего порядка» как естественных, так и искусственных социальных союзов. Поэтому, хотя и «истористы» и «социологи» признавали право как относительную культурную ценность, если для первых право всецело принадлежит к национальной культуре и потому обладает некоей (пусть и не вполне самодостаточной, но все же собственной) ценностью *in se*,¹¹⁸ способностью по-своему выражать синкретичный «народный дух», то для «социологов» право рассматривается исключительно как средство нормативного регулирования, обладает сугубо инструментальной ценностью. К примеру, Р. Паунд был убежден, что единственным объективным критерием оценки права является его практическая полезность, а познано право может быть лишь в той степени, в какой открываются результаты

¹¹⁴ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1995. Т. II. § 48. — См. также: Тимошина Е. В. Историческая школа права. С. 323.

¹¹⁵ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 416.

¹¹⁶ Ehrlich E. Soziologie des Rechts, in die Geisteswissenschaften. S. 202.

¹¹⁷ Тихонравов Ю. В. Основы философии права. С. 555.

¹¹⁸ Э. Аннерс указывает, что взгляд «истористов» на позитивное право как на результат обобщенного опыта прошедших времен утвердил его самоценность в глазах юристов и общества (Аннерс Э. История европейского права. С. 307). Именно это и выступило одной из ведущих причин актуализации позитивистского правопонимания в Европе.

его воздействия на общество.¹¹⁹ Восприятие права представителями социологического направления исключительно в качестве инструмента соционормативного регулирования обусловлено даже не столько их приерженностью философии прагматизма или позитивизма, сколько самой методологической установкой на исследование права как составной части социальной метасистемы. В результате право предстает исключительно инструментом, нивелируется его собственная ценность (ценность *in se*, а не для чего-либо), значимость специально-юридических качеств и функций.¹²⁰ Неизбежным результатом реализации данной методологической установки становится явное ослабление регулятивного значения общих аксиом, абстрактных концепций и столь значимых для «истористов» *per se* юридических конструкций в праве, формально-логических приемов работы с нормативным материалом, поскольку для «социологов» очевидно, что даже интегрально они абсолютно не способны гарантированно исключить влияние ценностных установок, субъективизма судьи и детерминировать содержание его решения. Разумеется, школе Ф. Савиньи такой «инструментализм» был совершенно не свойствен, основной акцент ставился не на эффективность и практичность, а на национально-культурную аутентичность законодательства, его соответствие «национальному духу», который по определению не может быть редуцирован к социальным целям и интересам.

12. «Истористы» в своих воззрениях на право, пусть и неосознанно, но все же основывались на полагании, что *сущность подлинного права («народный дух») предшествует его существованию*¹²¹ (особенно ярко эта черта выражена в воззрениях Г. Ф. Пухты), в то время как социологическая юриспруденция исходит из неотрефлексированной аксиомы, что *опытное существование права предшествует его сущности* (которую социологическая юриспруденция целенаправленно не исследует),¹²² право для ее представителей немислимо вне социального опыта. Поэтому, на наш взгляд, и легитимность права для «истористов» основывается на *содержательных* критериях (соответствие «народному духу»), а для «социологов» — на *формально-процедурных* (действенность, полезность и др.). Для исторической школы было вполне допустимо заниматься исследованием текстов не действующего в Европе того времени римского права, тогда как представить подобное в отношении социологической школы невозможно в силу ее изначальной установки, что только действующее, выраженное в общественных отношениях, «живое» право является подлинным

¹¹⁹ Теория государства и права. Учебник для вузов / под ред. О. В. Мартышина. М., 2007. С. 38 (автор главы — В. Н. Жуков). — См. также: Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика. С. 354.

¹²⁰ Там же. С. 353.

¹²¹ Противоположный тезис «существование предшествует сущности» был провозглашен в трудах известного французского философа-экзистенциалиста Ж.-П. Сартра (см., напр.: Сартр Ж.-П. Экзистенциализм — это гуманизм // Сумерки богов. М., 1989. С. 319–344). Идея деления типов правопонимания по данному критерию (первичность сущности или существования права) принадлежит современному исследователю И. Д. Невважаю (Невважай И. Д. 1) Типы правовой культуры и формы правосознания // Правоведение. 2000. № 2. С. 23–31; 2) Принцип коммуникации в контексте фундаментализма и релятивизма // Философская и правовая мысль. Вып. 3. СПб., 2002. С. 118).

¹²² Козюбра Н. И. Характерные черты и тенденции современной буржуазной политической и правовой идеологии // Современная буржуазная политико-правовая идеология. Критический анализ. Киев, 1985. С. 29. — См. также: Поляков А. В. Общая теория права. С. 147.

и заслуживающим исследовательского внимания: «новое римское право» пандектистов — даже и после введения в действие в 1900 г. Германского гражданского уложения — уже в силу методологической установки являлось для «социологов» в гораздо большей степени «правом в книгах», нежели «правом в действии».

По вышеизложенным причинам не все типологические черты, выделяемые А. В. Поляковым в отношении социологизма как типа правопонимания, применимы, на наш взгляд, к немецкой исторической школе, общие же характеристики двух школ не позволяют точно выразить сущность воззрений «истористов» на право в силу чрезмерно высокой степени генерализации. Разумеется, никто не отрицает «материнских уз» между исторической и социологической школами, но и считать, что «яблоко от яблони недалеко упало» и что растут они в одном и том же саду, едва ли оправданно. Как справедливо указывают А. Б. Сапельников и И. Л. Честнов, «философский критерий типологии правопонимания является слишком абстрактным и не дает возможности разобраться в многообразии юридических концепций. Отказаться от философского анализа типологии правовых теорий нельзя, но его недостаточно».¹²³

¹²³ Сапельников А. Б., Честнов И. Л. Теория государства и права. С. 128.

О КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКОМ ПОДХОДЕ В ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ НАУКЕ

С. В. ПАВЛОВА

«Визитной карточкой» советской юридической науки являлся известный *формационный подход*, отдававший приоритет при анализе политико-правовых институтов экономическому фундаменту общества. В силу этого акцент в историко-правовых исследованиях делался на споре производства материальных благ и анализе производственных отношений. Марксова теория однозначно выводила уровень развития общественных отношений, государства и права из характеристики экономического базиса. Вся отечественная юридическая мысль советского периода выстраивалась на этой взаимообусловленности: каждому типу экономических отношений соответствует свой тип государства и права. Выделенные таким образом общественно-экономические формации легли в основу периодизации не только экономической, но политической истории. И по сей день типологизация государства и права ведется юридической наукой по этому основанию.

Такой подход может быть признан верным лишь отчасти, поскольку экономическая составляющая жизни общества является одной из главных, но не приоритетной. Период XVII–XVIII вв. с его повышенным интересом к экономической борьбе и борьбе классов, которые отличаются прежде всего «отношением к средствам производства и продукту труда», увидел основное общественное противоречие в области экономических отношений. Борьба с частнособственническими проявлениями, ликвидация частной собственности рассматривалась как панацея от всех социальных зол и главное средство для достижения счастья.

Достигшие своего апогея на рубеже XIX–XX вв. социальные противоречия разрешились социальными взрывами и мировыми войнами. Человек предстал как материальный субъект, как арена экономических страстей, счастье которого определялось отныне уровнем потребления материальных благ. Лозунгом социалистического времени и конечной целью государства было провозглашено повышение материального благосостояния народа. Доказывая несостоятельность «буржуазного права», отечественное правоведение утвердило в конечном итоге советский нормативизм.



Павлова Светлана Викторовна,
к. ю. н., доцент,
профессор кафедры
теории государства и права
Санкт-Петербургского
университета МВД России

Лишь сравнительно недавно в науке стали распространяться идеи многоаспектного понимания права. Сегодня выражается беспокойство по поводу отсутствия союза между родственными отраслями научного знания — правоведением, экономикой, политологией, философией, социологией, психологией, этикой, — что снижает потенциал общественных наук.¹ Ведь «только целостно-системное изучение человека, личности, гражданина позволит проникнуть в глубинные основания его свободы, правового статуса и ответственности с учетом трудовых, политических, социокультурных, половозрастных и иных характеристик».² В настоящей статье автор использует методологический подход к изучению права как сложноорганизованной системы средствами различных наук, в частности богословия, что было характерным способом исследования досоветского правоведения.

Связь религии, государства и права была задана русской политико-правовой мыслью еще со времен митрополита Илариона. Невозможно размышлять о человеке вне его отношения к Богу. В этом отношении (богообщении) человек находит счастье. В России всегда искали правду жизни, не удовлетворяясь полезностью и умозрительностью, и состояние достоинства человека и достойного государства усматривали прежде всего в области религиозно-нравственной. С богословских позиций человек есть существо **духовное**,³ а государство выступает прежде всего как духовный союз людей.⁴ Высшей целью государственного союза признавалось сохранение нравственного идеала нации.

Средневековая эпоха с ее господством христианского мировоззрения признавала достоинством человека его духовность, которая есть не набор культурных достижений эпохи, а богоподобие человека. Человек есть носитель Высшей Правды, дарованной ему Творцом. Присутствие в человеке этой связи с Творцом (*religio* на латыни — «соединение») и составляет его достоинство и величие, отличающее от остального тварного мира. Понять этот замысел о человеке есть высшее призвание науки.

В этой сопричастности человеческого духа Духу Творца заключается все величие человека и главное его достоинство, так превратно подчас истолковываемое. Человеческое достоинство определяется единственно богоуподоблением, а эта божественная природа едина в каждом человеке. Все люди, мужчины и женщины, рабы и господа, эллины и иудеи, равны в силу богоподобия. И это главная человеческая ценность.

Несомненно, способ производства материальных благ является экономическим фундаментом, но есть и духовный фундамент — религия. Государство и право как внешние явления вторичного порядка несут в себе и выражают внутренние духовные и нравственные законы человеческой жизни. Только этически ориентированная политика может решить общенациональные проблемы. Возрождение все той же предпринимательской свободы нельзя отделять от системы нравственных ценностей; только тогда естественное стремление к материальному достатку уравнивается влиянием духовно-нравственных принципов.

¹ Керимов Д. А. Методология права. М., 2000. С. 530.

² Там же. С. 547.

³ См. подробнее: Феофан Затворник. Что есть духовная жизнь и как на нее настроиться. Л., 1991.

⁴ [Филарет]. Филарета, митрополита Московского и Коломенского, творения. М., 1994. С. 312–313.

Современная теория права все чаще употребляет понятие «духовный» применительно к государственно-правовой тематике, но не задается целью раскрыть его содержание, в лучшем случае вкладывая в это понятие этнические и социокультурные особенности общества. Говорится об опасности потери национальных духовных ценностей, о проблемах разрушения национальной культуры, подчас констатируется необходимость духовного единения народа, хотя при этом юридическая мысль избегает углубляться в вопросы «духа» правовой «плоти». Поэтому проводимые правовые реформы «буксуют», упираясь в неприятие большинством населения и социальную апатию, вплоть до духовной деградации, с трудом сочетаемой с человеческим достоинством.

Любое историческое исследование, в том числе в области права, невозможно изолировать от исследования культурного развития государства, понятого как духовный организм. Духовность — это прежде всего религиозное содержание культурной жизни, которое отвечает за высшие смыслы и ценности человеческого существования, понятия Истины, Добра и Красоты. «Государство есть организованное единение духовно *солидарных* людей, понимающих мыслью свою духовную солидарность, приемлющих ее патриотическую любовь и поддерживающих ее самоотверженной волею».⁵

Если согласиться с тем, что религиозное сознание (ответственное за главные вопросы бытия) есть стержень человеческого сознания, а религия — главный *культурообразующий фактор*, определяющий характер нации, ее политическое и экономическое своеобразие, то главным методом исследования историко-правовой действительности должен быть признан *культуроологический подход*.⁶ Он предполагает исследование исторических событий, права и правовых идей и всей исторической реальности в целом с точки зрения ответа на вопрос, что есть истина (справедливость), каков духовно-нравственный идеал общества в конкретно-исторический момент, поскольку этот духовный идеал есть движущая сила истории как процесса постижения людьми искомой истины.

В любом историческом явлении религиозное сознание отыскивает прежде всего религиозный (духовный) идеал (смысл). С этих позиций значение имеет не столько социальное и биологическое, сколько духовное начало народа, которым определяется основная ценность его бытия (культуры). Культура есть то, что налагает неизгладимый, неповторимый отпечаток на лик народной души. Каждый народ, избирая для себя духовный смысл бытия, подчиняя ему свое существование и служа как сознательно избранному идеалу, обретает неизгладимые черты, новую природу. Можно сказать, что народ есть общность святынь, а религия — их создатель и хранитель.

При всем многообразии определений понятия «культура», отражающих различные стороны человеческого бытия (насчитывают более 150 определений), неверным будет взгляд на культуру как на «предельное обобщение всего».⁷ В буквальном переводе с латинского культура есть «возделывание». Речь может идти о возделывании народом духовных

⁵ Ильин И. А. Родина и мы. Смоленск, 1995. С. 331.

⁶ Павлова С. В. Вопросы методологии историко-правовой науки // История государства и права. 2000. № 3. — Заявленный нами культууроологический подход находит все больше последователей (см., напр.: Сорокин В. В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007).

⁷ Лосев А. Призрак идейного врага // Литературная газета. 1991. 7 авг. С. 15.

и душевных способностей в достижении избранных им идеалов. Иначе говоря, культура есть служение народа своей идее.

Надо полагать, что в этом же ключе рассуждал наш гениальный соотечественник академик Д. С. Лихачев, отстаивая гуманистическую концепцию единого культурного пространства, предполагающую исследование проблем культуры через изучение природы человека. «Культура — это то, что в значительной мере оправдывает перед Богом существование народа и нации».⁸ Думается, что культура — если объединить ее материальный и духовный аспекты — это то, что люди, используя дар жизни, сделали позитивного в преумножении материального и духовного богатства. Культура служит благу человека, в первую очередь его духовному здоровью. Это позитивная деятельность человека, освященная идеалом.

Знаменитый культуролог также рассматривает культуру как огромное целостное явление, которое делает людей, населяющих определенное пространство, из простого населения — народом, нацией. В понятие культуры должны входить и всегда входили религия, наука, образование, нравственные и моральные нормы поведения людей и государства.⁹ Поэтому творец культуры — только народ.

Всемирно известный нидерландский ученый Й. Хейзинга в рассуждениях о важнейших чертах, необходимых для преодоления кризиса и возрождения культуры, приходит к выводу: каждая оценка культурного состояния народа определяется этическим и духовным мерилami. *Культура есть направленность на идеал общества.* Культура отличается гармоническим равновесием духовных и материальных ценностей и характеризуется определением идеала, на который ориентированы различные формы деятельности.

Духовный кризис нарушает равновесие материальных и духовных ценностей в ориентации общества, приводит к дисгармонии, дезинтеграции, утрате идеалов. Для выздоровления необходимо обновление духа: необходимо внутреннее очищение самого индивидуума. Должно измениться духовное состояние человека.

Основоположник науки о культуре, немецкий просветитель XVIII в. И. Г. Гердер назвал свой основной труд «Идеи к философии истории человечества», тем самым обозначив предмет культурологии в начальный период. По мнению Гердера подлинная задача человеческой философии есть исследование духа гуманности. Участиливость, сочувствие — необходимые черты гуманности. Но при этом важно опираться на правило справедливости и истины. Высшая гуманность проявляется в религии, в ней заключен самый возвышенный дух человечности. Религия — это упражнение сердца в нравственном совершенствовании. Она же дает наиболее чистую, полную, устойчивую, наиболее древнюю систему ценностей, которые служат высшими стимулами человеческого поведения.

По мысли Э. Тайлора, английского классика эволюционной теории истории культуры XIX в., культура слагается из знания, верований, искусства, нравственности, законов, обычаев и некоторых других способностей и привычек, усвоенных человеком как членом общества. Культура — общее усовершенствование человеческого рода путем высшей организации отдельного человека и целого общества с целью одновременного содействия развитию нравственности, силы и счастья человека.¹⁰ Общий

⁸ Лихачев Д. С. Культура как целостная среда // Русская культура. СПб., 2007. С. 9.

⁹ Там же.

¹⁰ Тейлор Э. Первобытная культура. М., 1989. С. 36.

прогресс развития состоит в стремлении к благосостоянию человеческого рода. Хотя эти изменения не всегда ведут к позитивным переменам и прогрессу. Однако разрушительные действия способны смести цивилизации отдельных стран, но не в силах истребить культуру всего мира.

В «Письмах о русской культуре», написанных в эмиграции в 30-е годы XX в., наш соотечественник Г. П. Федотов усматривает истоки культуры в первоначалах цивилизации. Культура сильна своими могучими «подпочвенными» слоями — и чем они древнее, тем культура тверже. Эта старина, болезненно сжатая, прорывается сквозь толщу веков и составляет основу национальной культуры. Проходя через революционные катастрофы, каждая нация меняет свое лицо, создает новый культурный тип, не похожий на предшествующие. Исторический подход позволяет увидеть немало культурных пластов в облике (русского) народа, которые изменили его национальные черты, хотя неизменным при этом осталось ядро, основа русской духовности.¹¹

В продолжение этой мысли Г. П. Федотова следует идея другого отечественного исследователя П. Н. Милюкова. В известных «Очерках по истории русской культуры»¹² он доказывает, что основой духовности русской культуры является религия. Культурное влияние церкви и религии было преобладающим в исторической жизни русского народа, хотя и неоднозначным.

Идеологически насаждаемый атеизм советского времени препятствовал исследованию религиозно-мировоззренческих и духовно-нравственных аспектов отечественной культуры. Лишь немногие авторы изучали социально-психологические и историко-литературные аспекты русского национального своеобразия (Д. С. Лихачев, который связывал величие России не с экономикой, армией или территорией, а с культурой, Ю. М. Лотман, Б. А. Успенский). Необходимость исследования специфики русской духовности с очевидностью обнаружилась после крушения советской системы.¹³

Российская историография традиционно отводила недостаточное место изучению русского духовного мира, его динамики и своеобразной логики развития. Отечественные историки преимущественно интересовались политическими, экономическими, социальными и юридическими фактами жизни народа. Познание духовного своеобразия нашей страны стало задачей оригинального отечественного философствования, пробудившегося, по слову Н. А. Бердяева, на вопросе о том, что есть Россия и каково ее историческое призвание.¹⁴ Отечественная философия исследовала историческую самобытность России в сравнении с духовными особенностями западного мира, а также стран Азии.

В России с ее особенными христианскими идеалами справедливости и традициями общинности «пафос социального равенства всегда подавлял пафос свободы личности, а обязанности человека к человеку и человека к Богу» (Бердяев) ставились выше прав человека.¹⁵ Поэтому в национальном менталитете доминировал коллективистский тип прав и свобод,

¹¹ Федотов Г. П. Письма о русской культуре // Русская идея. М., 1992. С. 379–419.

¹² Милюков П. Н. Очерки по истории русской культуры. В 3 т. М., 1993–1995.

¹³ Булычев Ю. Ю., Рябов Ю. А. Духовные основы истории русской культуры. СПб., 2006. С. 7.

¹⁴ Бердяев Н. А. Истоки и смысл русского коммунизма. М., 1990. С. 22.

¹⁵ Цыбулевская О. И. Доклад «Современное российское право: нравственное измерение» // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 17. С. 164.

существенно отличный от господствующего на Западе индивидуалистического типа прав личности.

Однако господствующим мировоззрением дореволюционного образованного общества явилось не славянофильство, а западничество, которое проявило равнодушие к традиционным устоям исторической жизни России. Гипертрофированное развитие западнического элемента в культурном самосознании русской интеллигенции, возглавившей все три русские революции, породило тезис о необходимости ломки всей системы политических и социально-культурных отношений. Лишь революционная катастрофа Октября 1917 г. выявила интерес к духовной национальной культуре в среде ученых, покинувших Россию (Н. С. Трубецкой, Л. П. Карсавин, Г. П. Федотов, И. А. Ильин, о. Василий Зеньковский, о. Сергей Булгаков и др.), которые исследовали вопрос о русской идее.¹⁶

В переходные периоды в поисках выхода из кризиса интерес к прошлому обостряется. Классическое античное наследие в области историко-правовой мысли в который раз подтверждает свою ценность. Мыслители древности завещали важный методологический подход: природу права ищите в природе человека. Но человеческая природа многоаспектна: достаточно вспомнить аристотелевский подход к человеку как общественному животному, платоновское открытие невозможности обеспечить человеком свои индивидуальные потребности в одиночку, страх как движущую силу к объединению по Полибию и, наконец, склонность любить друг друга, которую «вскрыл» Цицерон. Именно присущее людям чувство любви Цицерон поставил в основу права, правда, ограниченный языческими представлениями о последней в рамках своей эпохи. Устами Аристотеля древний мир провозглашал целью государства не богатство, не могущество, а добродетель.¹⁷

Всю дохристианскую эпоху античная мысль пребывала в поиске ответа на вопрос, что есть истина, пока не обрела ее в лице Христа. Ответ Христа на суде Пилата «Я есть Истина» был воспринят европейским сознанием и юридически закреплен признанием христианства государственной религией Римской империи. Привнесенная в мир проповедь христианской любви призвала к новой любви: к врагам, ненавидящим и обижающим. Христос призвал человека к *служению* Правде и подчинению этой идее всего общественного и государственного строя.

Различение в человеке телесного и душевного, известное древнему миру, дополнилось третьей составляющей: человек есть *духовное* существо с духовными потребностями, главная из которых — потребность нравственного самосовершенствования.

Первые три века истории христианства, отмеченные гонениями на церковь, выявили важность вопроса о взаимоотношениях Церкви и Государства. Этот вопрос решался через призму заповеди самого Христа: «отдавайте кесарево кесарю, а Божие Богу» (Мф. 22, 21).

Христианство признает государство как необходимую форму общежития, заданную изначально (Рим. 13, 1). Государство является необходимым институтом для защиты людей от нападения внешних врагов и для поддержания внутреннего порядка (I Пет. 2, 14; Рим. 13, 3–4). За государством признаются права законодательства по его делам, права управления и суда за нарушение его законов (I Пет. 2, 14; Рим. 13, 3–5). Христианам

¹⁶ Бульчев Ю. Ю., Рябов Ю. А. Духовные основы истории русской культуры. С. 5–6.

¹⁷ Аристотель. Политика. Афинская полития. М., 1997. С. 232–233.

предписывается воздавать гражданским властям все должное: подати и повинности (Мф. 22, 21; Рим. 13, 6–7), повиноваться их распоряжениям (Рим. 13, 1), оказывать им уважение (Рим. 13, 2). «Противящийся власти противится Божию установлению» (Рим. 13, 2).

С позиции признания верховенства духовного начала над всеми другими составляющими человеческого естества проблема благополучного государственного устройства требует определения приоритетов в деятельности государства. Призыв «ищите прежде Царствия Божия, а остальное все приложится вам» (Мф. 6, 33), так созвучный античному пониманию цели государства (коей, по Аристотелю, является добродетель), определял иерархию интересов в христианской государственности. Христианская мысль видит высшее назначение государственной власти в содействии условиям спасения людей. С этой точки зрения власть, если она покровительствует добродетели и сдерживает разрушительные страсти, есть одна из общечеловеческих ценностей. Призвание Церкви — дать духовную основу государственной власти, не претендуя на подмену ее самой. Отсюда вытекает важность союза церкви и государства, «духа и плоти», в котором государство, решая задачи земного благоустройства, в то же время заботится о благочестии подданных, оберегает духовно-нравственное начало народа.

Еще Цицерон в диалоге «О государстве»,¹⁸ соединяя теорию сионизма Аристотеля о естественно-историческом происхождении государства из семьи и договорную теорию Эпикура, утверждает, что договор нужен исключительно для того, чтобы достичь согласия в вопросах права, т. е. справедливости. Только в этом смысле государство есть достояние народа, отличного от толпы. Если нет согласия, единодушия в вопросах права (справедливости), нет и государства, так как нет народа, а есть толпа, которая лишь подражает внешнему виду народа и присваивает себе его имя.

Линию Цицерона, с его определением государства, продолжали многие мыслители последующих эпох. Так, И. Ильин в своей концепции государственного интереса утверждает: для того чтобы образовать государство, множество людей «должны, прежде всего, иметь единый, и при этом именно общий интерес, а не множество отдельных, индивидуальных интересов, состоящих друг к другу в отношении конкуренции и исключения. Этот интерес должен быть присущ не только каждому человеку в отдельности, но всем сразу сообща, так, чтобы удовлетворение его было возможно только через объединение всех». В качестве такого интереса у Ильина выступает «усовершенствование совместной жизни посредством установления и поддержания справедливого порядка»; а «государственный союз... будет тем сплоченней, он будет тем дружнее и успешнее разрешать свои задачи, чем глубже в гражданах будет чувство общей объединенности, чем сильнее в них будет уверенность в том, что единый и общий интерес лежит в основании их объединения». В свете оценки причин распада СССР интересен следующий вывод философа: «Государственный союз, в котором это чувство и эта уверенность ослабевают, идет навстречу своему разложению».¹⁹

Таким образом, суверенное государство представляется союзом духовно свободных личностей, соединенных между собой согласием

¹⁸ Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах. М., 1994.

¹⁹ Ильин И. А. Собр. соч. В 10 т. Т. 4. М., 1994. С. 112.

в вопросах духовно-нравственного и правового порядка. Достижением этого согласия скрепляются новые общественные союзы, образуя государство в формально-юридическом смысле; утратой духовного единства объясняется распад существовавших держав. Суверенное государство зиждется на верховенстве признанного всеми общепримиряющего начала. Самобытность цивилизации определяется особенностями религиозных традиций, своеобразными формами нравственного, философского, политического сознания.

О значении нравственности в жизни общества говорил другой наш соотечественник П. Сорокин. В работе «Восстановление гуманности» (1948) он приходит к неожиданному выводу: исследователи изучали «темные» стороны социальной и культурной жизни — явления ненависти, преступности, патологии, но совсем не придавали значения изучению «светлых» феноменов — дружбы, любви, гармонии, согласия, считая их объектом теологической проповеди. Именно любовь обладает той таинственной энергией, которая наделена исключительно созидательными и терапевтическими возможностями. Мыслитель уверен — история предъявляет человечеству ультиматум: погибнуть или подняться на более высокий моральный уровень. За два тысячелетия человечество пережило 967 войн и 1629 внутренних смут.²⁰ Конфликты нельзя предотвратить ни силой оружия, ни сменой политических режимов, ни подъемом образования. *Именно поэтому ученые должны начать всестороннее исследование феномена любви как важнейшего источника созидательной энергии человечества.*

Из всех форм любви (космическая, биологическая, психологическая) П. Сорокин выделяет агапе — любовь, в которой главным является самоотдача, самопожертвование и щедрость. Она обращена на злых и добрых, бедных и богатых, больных и здоровых, добродетельных и порочных, она не ищет личного удовольствия, но свободно изливается на все окружающее, не добиваясь признания. «Любовь порождает любовь, ненависть рождает ненависть».²¹ Такую любовь проповедовал Христос. Дружелюбие, как и агрессия, способно вызвать эффект «заражения и иррадиации», когда эти эмоции распространяются и вовлекают все большее число людей. Мирное и гармоничное общество основывается на отношениях любви и согласия. П. Сорокин выдвигает принцип «альтруизации» посредством культуры, которая должна пропитать человечество благодатью любви и освободить от яда вражды.

Заповеди есть рациональное описание нравственной человеческой природы. В идее самоорганизации общества важна цель, ради которой люди самоорганизуются. В основе национальной идеи лежит идея религиозная. Если общество основывается не только на законе, но и на нравственности, если присутствует национальная идея — можно достичь поставленной цели. Как только утрачивается внутреннее единство — утрачивается и внешнее. По сути, речь идет о задаче соединения нравственных традиций и религиозных заповедей с правами человека.

Понятие справедливости лежит в сфере духовной составляющей человека. Несомненно, духовно-нравственный подход к человеку как духовной сущности и к праву как справедливости обязывает рассматривать

²⁰ Цит. по: Иконникова С. Н. История культурологических теорий. СПб., 2005. С. 221.

²¹ Сорокин П. А. Таинственная энергия любви // Социологические исследования. 1991. № 8. С. 132.

социум и социально-правовую реальность с учетом нравственного состояния и духовных потребностей общества.

В историко-юридическом исследовании наряду с юридическими фактами должно исследовать и факторы духовные, их внутреннюю взаимосвязь и влияние на общественную и государственную жизнь. Культура в своей религиозно определенной основе есть царство «вечных» смыслов, ценностей, идеалов, принципов, духовно организующих историческое бытие. Потребуется изучить сферу общественного сознания, народные верования, нравственные понятия, мировоззренческие представления. Духовными факторами послужат вековые национальные предания, религиозная и общественная жизнь, классические произведения литературы и искусства, жития святых и всенародно почитаемых людей.²²

Лишь на уровне научно-теоретической абстракции мораль и право могут существовать изолированно друг от друга. В действительности они сосуществуют и взаимно переплетены, поскольку их носителем является человек, без которого они есть лишь мертвая буква. Только человек как моральное существо, вступив в правоотношение, приводит в действие правовые нормы. Отсюда вытекает требование рассматривать человека не только как субъекта правоотношений, но и как духовно-нравственное существо. Из такого подхода мог родиться постулат древних — природу права ищите в природе человека.

«Разрыв морали и права с логико-теоретической точки зрения не выдерживает критики. Отсутствие налаженных научно-организационных связей между этикой и правоведением дорого обходится. На передний план выдвигается задача создания усилиями различных наук целостно-системной концепции морально-правового воздействия на искоренение негативных явлений, интенсификацию воспитательных процессов и утверждение гуманистического образа жизни».²³

Сложность реализации этой задачи состоит в том, что «право может предписывать только внешнее поведение и не может требовать от людей, чтобы они осуществляли по приказанию какие-нибудь внутренние, душевные состояния: о чем-нибудь думали, что-нибудь любили, чего-нибудь не желали и т. д. Такие предписания со стороны права несостоятельны хотя бы потому, что внутренние, душевные качества нравственно ценны только тогда, если они выработаны и созданы доброю волей и личными усилиями человека».²⁴ Зависимость добровольного признания от личного внутреннего убеждения отличает моральные нормы от правовых. Проблема соотношения морали и права, государственной власти и церковной всегда присутствует в государственно-правовой жизни и является настолько значимой и важной, что можно сказать, что от ее решения зависит сам ход исторического развития.

Русская религиозная философия XIX в., используя опыт Нового времени, обращала внимание на своеобразные традиции отечественной философии права. Это и соборность как свободное единение людей во круг нравственно-религиозного идеала, и стремление к нравственному прогрессу через внутреннее обновление в православной традиции. Это и непосредственная связь права и нравственности, и подчинение их более высокому религиозному закону как норма социальной жизни, и постоянный

²² Булычев Ю. Ю., Рябов Ю. А. Духовные основы истории русской культуры.

²³ Керимов Д. А. Методология права. С. 540–541 (см. также с. 547).

²⁴ Ильин И. А. Теория права и государства. М., 2003. С. 89.

антагонизм права и нравственности, равенства и свободы, личности и общества. Указанный антагонизм объясняет несбыточность всех социальных утопий и невозможность абсолютной рационализации социальных отношений (во всяком случае, надо полагать, вне духовной самореализации личности и высших нравственных целей общества; «светлое будущее» невозможно построить без Бога).

Трагедия русского самосознания эпохи Нового времени и беда советского мышления заключается в том, что исчезло понятие духовного достоинства человека, превращенного политической мыслью и правовой системой в гоббсовский «винтик».

Отсюда и ненужность обществу особого духовного института — церкви, призванной поддерживать в нации духовно-нравственный идеал, и гонения на нее в мученический XX век.

На необходимость учета специфики ценностей, которых придерживается народ, указал Всемирный русский народный собор, проходивший в Москве весной 2007 г. Собор обратил внимание на то, что тысячелетняя история России сформировала мощный духовно-культурный код нашего народа, который направляет образ жизни отдельного человека и всего общества. Он представляет собой совокупность истин, которые сформировались под воздействием религиозной традиции и прошли проверку в опыте народной жизни. Поэтому, когда игнорируют эти ценности или, тем более, когда пытаются заменить их на другие, происходит отчуждение народа, скрытое или открытое, от политики, которая проводит подобный курс. Следовательно, реформы в нашей стране не должны посягать на культурный код России. Это значит, что при проведении модернизации страны надо искать ценностные основания в собственной духовно-культурной традиции.²⁵

Традиция, наряду с консервативной составляющей, имеет и творческое начало. Путем сохранения изначального смысла религиозной веры, нравственных ценностей, эстетических идеалов народа и *создания новых форм* культурного выражения этого смысла в рамках очередной исторической эпохи осуществляется творческое бытие конкретного национального общества в истории,²⁶ рождающее «современную классику».

В культурном коде России есть мощная традиция утверждения приоритета духовных ценностей над материальными. Она характерна для всех традиционных религий России. Другая мощная традиция — бережное и благодарное отношение к богатству, которое дает возможность совершать добрые дела. Синтез этих двух подходов в отечественной богословской мысли и практике, заданный еще полемикой «иосифлян» и «заволжских старцев», открыл широкие горизонты для созидания национального богатства и использования его во благо людей.

«Россия сегодня должна избрать модель развития, основанную на синтезе научно-технического прогресса и модернизации, с одной стороны, и любви и верности нашего народа своей духовно-культурной традиции. В центре этой традиции как главная опора — духовность, культура и язык русского народа. Именно это поможет нам снять противоречия между развитием экономики и ее нравственным измерением. Национальная идея выражает систему ценностей, объединяющих весь народ.

²⁵ Митрополит Кирилл. Из выступления на 11-м Всемирном русском народном Собрании // Историческая газета. 2007. № 4. С. 3.

²⁶ Булычев Ю. Ю., Рябов Ю. А. Духовные основы истории русской культуры. С. 10–11.

Включить модернизацию страны в ценностный контекст духовно-культурной традиции народа означает обеспечить реальную поддержку со стороны абсолютного большинства граждан».²⁷

Единство культуры, понимаемой как система ценностей, — вот главный признак нации. Разрушение традиционных устоев, веками сложившейся системы ценностей губительно для нации, ведет к утрате национального самосознания.

По сути своей человек есть существо свободное — свободное «избирать и делать лучшее».²⁸ В силу двойственности своей природы человек стремится одновременно и к порядку, и к свободе, которая проявляет себя как творческий дар и как испытание. Аналогичный двойственный характер имеет и правовая система.

Задача дня — снять извечное русское противопоставление: судить по закону или по совести. Господство права, верховенство закона — первостепенный вопрос для выживания и развития России. Главная задача для России: нам необходима комплексная правовая реформа — и судебная, и правового воспитания, и образования. Правовая реформа должна базироваться прежде всего на изменении массового правосознания (а это уже сфера Духа), профессионального сознания юристов. «Без развитого правосознания народ превращается в чернь».²⁹

Продолжая сегодня традицию древних в исследовании права через исследование человека, глава современной российской судебной системы В. Д. Зорькин видит человека прежде всего как существо правовое, стремящееся к праву-правде в непротивопоставлении их друг другу.³⁰ Конечной задачей автор поставляет достижение единства права и правды. Для человека совершить правонарушение, нарушить Конституцию должно стать равносильным тому, чтобы съесть кусок гнилого мяса. В духе древнерусской традиции времен митрополита Илариона, говорившего о высшей форме достижения свободы через следование Истине по своей доброй воле,³¹ нынешний председатель Конституционного Суда РФ констатирует: «Надо стремиться к тому, чтобы воспитать такое правосознание, когда сама мысль об антиправовом поступке внушала бы отвращение, а не просто боязнь, что придет полиция, милиция и оштрафует».³² Автор добавляет, что России до этого еще очень далеко. Но без этого нет движения вперед.

Отсюда следует одна из высших задач государства — «создание справедливого (естественного) права. Но так как справедливое право, по самой сущности своей, есть прежде всего морально верное право, то государство, решая эту задачу, оказывается работающим *во имя нравственного развития человечества*».³³ И в этом должно видеть истинный прогресс человечества. Несомненно, правовая культура включает правовые верования народа, а они определяются духовной культурой, поскольку человек по сути своей есть существо духовное.

²⁷ Митрополит Кирилл. Из выступления на 11-м Всемирном русском народном Собрании. С. 3.

²⁸ Государственное учение митрополита Филарета. СПб., 1993. С. 21.

²⁹ Зорькин В. Д. Россия и конституция в XXI веке. М., 2007. С. 79.

³⁰ Там же. С. 80.

³¹ Иларион. Слово о Законе и Благодати. М., 1994.

³² Зорькин В. Д. Россия и конституция в XXI веке. С. 80.

³³ Ильин И. А. Теория права и государства. М., 2003. С. 142.

С позиций культурологического подхода периодизация истории и типология государств определяются прежде всего фактором духовным. Не смена экономического фундамента движет историей: экономический фактор сам есть явление производное. Историей движет изменение духовного пласта общественного сознания, определяемого состоянием религии. В рамках европейской культуры это переход от язычества к христианскому мировоззрению и христианскому типу государства, от христианства — к атеизму и, наконец, в духе вложенной в человека свободы — к светскому государству, выражающему не только духовную, но и юридическую свободу личности. В этом видится историческая закономерность смены типов культур, в основе которой лежит смена религиозного состояния человечества. Каким бы ни было государство по экономическому и духовному типу, для его благоденствия важно самое главное — оно должно быть наполнено нравственным содержанием, приближающим своих граждан к высшему совершенству.

СТРАНИЦЫ ВОСПОМИНАНИЙ. Н. С. АЛЕКСЕЕВ.

К 95-ЛЕТИЮ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ

(1914 1992 гг.)*

Ю. К. ТОЛСТОЙ**

Воспоминания о Николае Сергеевиче Алексееве (в дальнейшем также — Алексеев; Н. С.), относящиеся к годам моего студенчества и аспирантуры, отрывочны и смутны. На факультете Н. С. Алексеев оказался, когда я был студентом второго или третьего года обучения.

Всю войну Алексеев провел в действующей Армии, начав ее солдатом, был увенчан многими боевыми наградами и после демобилизации стал работать на факультете, сочетая преподавательскую деятельность с административной в качестве зам. декана по студенческим делам. Понятно, что и по возрасту, и по общности судеб ему были значительно ближе студенты-фронттовики, нежели салажата, к которым принадлежал и я. Впрочем, он заботливо опекал как тех, так и других, нередко вызволяя нас из бед, в которые мы попадали по молодости или неопытности, а то и в силу трудностей суровых послевоенных лет. Вообще, если бы меня спросили, какую черту Алексеева считаю наиболее характерной, то ответил бы так: доброжелательное отношение к людям. Эту черту он сохранил до конца своих дней, о чем в воспоминаниях свидетельствует и В. В. Путин: если бы не доброе отношение к нему Алексеева, то возможно, что судьба и самого Путина, да и страны в целом сложилась бы иначе.

Дорога Н. С. Алексеева в послереволюционные годы (родился он в канун первой германской войны, как говорили представители старшего поколения) отнюдь не была гладкой, на ней было немало рытвин и ухабов, шипов и терний. Столбовой дворянин, рано лишившийся отца, Алексеев воспитывался отчимом, морским офицером. Матери Алексеева после кончины отчима была назначена персональная пенсия, причем ходатайство о назначении пенсии подписал тогдашний командующий военно-морскими силами Республики Орлов, который вскоре был репрессирован как враг народа. Мать Алексеева лишили пенсии, над семьей сгущались тучи, ему пришлось думать о хлебе насущном и о получении по окончании средней школы дальнейшего образования, поскольку дорога в вуз ему как происходившему из дворянского сословия была закрыта. Чтобы получить рабочий стаж и прокормиться, Алексеев поступил работать на Металлический завод, чем впоследствии гордился, подчеркивая свою пролетарскую закалку. Это позволило ему незадолго до войны с отличием окончить

* Настоящая статья относится к серии публикаций автора, посвященных памяти видных отечественных юристов — ученых и педагогов (Ред.).

** Толстой Юрий Кириллович — академик РАН, Заслуженный деятель науки РФ, д. ю. н., профессор кафедры гражданского права СПбГУ.

© Ю. К. Толстой, 2009

E-mail: gr_pravo@jurfak.spb.ru

Ленинградский юридический институт. Нередко, чтобы приструнить меня, он говорил: «Я получил выучку на Металлическом заводе, а где Ваше общественное лицо?!» В таких случаях мне не оставалось ничего другого, как заткнуться, ибо крыть было нечем. Однажды Алексеев стал развивать эту тему в присутствии дамы, которая происходила из семьи царского адмирала. Обращаясь ко мне, она заметила: «Юрий Кириллович, и это столбовой дворянин!» После этого Алексеев сник и больше к выявлению моего общественного лица в тот вечер не возвращался.

Испытания, выпавшие на долю Алексеева в молодые годы (в страшном 37-м году ему было двадцать три года, и его за одно происхождение могли упечь куда угодно, где он бы и сгинул), не прошли для него бесследно. От этого синдрома он так и не смог окончательно избавиться и в наиболее острых ситуациях старался оставить пути для отступления. Не будем, однако, судить его слишком строго. Многие, побывавшие в его шкуре, вели себя в подобных ситуациях куда менее достойно.

Мое сближение с Алексеевым произошло после защиты мною в 1970 г. докторской диссертации, когда он предложил мне стать его заместителем в журнале «Правоведение». Журнал ведет свое летосчисление с 1957 г. Возник он в недолгий период хрущевской оттепели под сенью решений XX съезда КПСС, которые после десятилетий произвола и террора казались нам историческими. Только впоследствии пришло осознание того, что они носили половинчатый характер и были призваны сохранить в неприкосновенности устои прежнего режима, лишь слегка их припудрив. Первым главным редактором журнала был крупный ученый в области теории и социологии права, уголовного права и криминологии профессор Михаил Давидович Шаргородский. В состав редколлегии журнала наряду с другими видными учеными вошел и Н. С. Алексеев. М. Д. Шаргородскому недолго довелось руководить журналом. В начале шестидесятых годов в связи с печально известной конференцией по уголовному праву, которая идеологическими столпами прежнего режима была воспринята чуть ли не как потрясение основ, он был снят с поста главного редактора журнала. Его преемником стал Н. С. Алексеев, который оказался в чрезвычайно трудном положении. С одной стороны, он разделял воззрения Шаргородского, будучи сторонником социализма с человеческим лицом. С другой стороны, он должен был налаживать контакты с представителями власти, убедить их в том, что журнал им не только не опасен, но и позволяет пристойно выглядеть в глазах мировой юридической общественности. А это было особенно важно для упрочения контактов с теми слоями Запада, которые тяготели к Советскому Союзу. Н. С. Алексеев успешно справился с этой нелегкой задачей. Он сохранил и приумножил демократические традиции, заложенные в журнале его создателями, и в то же время убедил власть предрешающих в том, что журнал по отношению к ним вполне лоялен и полностью признает их руководящую и направляющую роль.¹ Столь взвешенный подход соответствовал взглядам и самого Алексеева, который был решительным противником размывания устоев государственной власти, понимая, что ни к чему хорошему это не приведет. Правда, на факультете находились горячие головы, которые упрекали Алексеева в излишнем конформизме, хотя сами и не рвались в бой. Время показало, что прав был

¹ Об этой конференции и о ее последствиях см.: Правоведение. 1997. № 4; 2007. № 6; Ученый, учитель, гражданин (к столетию М. Д. Шаргородского) // Шаргородский М. Д. Избр. труды. СПб., 2004. С. 19–20.

Алексеев, который во многом сумел уберечь и журнал, и факультет от тех бед, которые могли на них обрушиться. Пошло на пользу и то, что Алексеев долгие годы совмещал обязанности декана факультета и редактора журнала. Как подлинный русский интеллигент не в первом поколении, он гибко и тактично управлял довольно сложными процессами, происходившими на факультете и в журнале.

В ходе совместной работы в «Правоведении» Алексеев открылся для меня как человек с глубоким духовным миром, всесторонне образованный. Он, вне всякого сомнения, был верующим, будучи воспитателем юношества и активным членом ВКП(б) — КПСС, не афишировал свою «слабость», ведь за это можно было поплатиться и партийным билетом, и служебным положением. Он проникновенно воспринимал церковные службы. Где бы мы с ним ни были — в Прибалтике, на Украине, в Закавказье или Средней Азии — он старался выкроить время для посещения храмов, костелов и монастырей, подчеркивая свое истинное уважение ко всем конфессиям. В совершенстве владея немецким языком, он питал самые добрые чувства к германскому народу, горько сетовал на то, что Россия и Германия на протяжении жизни одного поколения оказались втянутыми в смертельное противостояние. У него было много друзей как в Восточной, так и в Западной Германии.

Блестяще зная немецкий язык с его диалектами, германское и международное право, Алексеев неоднократно выступал в качестве эксперта по делам по обвинению лиц, совершивших преступления против человечества, неизменно отстаивая принципы права, справедливости и неотвратимости наказания. Исследование проблем ответственности за совершение указанных преступлений, наказания нацистских преступников занимает в его научном творчестве, общественной и государственной деятельности одно из центральных мест. Особо должна быть выделена неприметная, на первый взгляд, небольшая по объему книга «Ответственность нацистских преступников», изданная в 1963 г. В этой книге, удостоенной университетской премии (всего этой премии Н. С. был удостоен трижды), по существу рассмотрены психологические, нравственные, политические и юридические аспекты ответственности за исполнение преступного приказа. Когда я получил эту книгу с дарственной надписью, откликнулся на нее **письмом**, в котором подчеркнул, что проблемы, затронутые в книге, далеко **выходят** за временные рамки, которым она посвящена, и имеют глобальное значение. Правда, на это письмо Н. С. Алексеев не откликнулся. Если он его получил, то, по-видимому, сказался синдром, приобретенный **им** в двадцатые-тридцатые и последующие годы.

Будучи главным редактором «Правоведения», Алексеев предоставлял мне и другим сотрудникам редакции достаточный оперативный простор, но в то же время зорко следил за тем, чтобы мы (особенно отличавшиеся инакомыслием) не выходили за рамки дозволенного. По существу он отечески нас опекал, предохраняя от бед как журнал, так и самих вольнодумцев. После того, как я стал замом Н. С., он обычно поручал мне (хотя я никогда не был членом партии) написание передовых и редакционных статей, посвященных съездам партии, пленумам ЦК КПСС или каким-то другим знаковым событиям и памятным датам. Утром в моей квартире раздавался телефонный звонок. Алексеев сразу переходил к делу: «Подготовьте статью, посвященную такому-то событию. Но смотрите, чтобы не было ничего второго плана». Как-то ответил ему: «Я солдат партии!» Почему-то этот ответ привел Н. С. в ярость. Он чуть ли не прокричал в трубку: «Прекратите эту демагогию!» (обычно он голоса не повышал). Я тоже не

лыком был шит и пробурчал в ответ: «Вы что же считаете, что если человек Вам говорит, что он солдат партии, — это демагогия?» Тут уж прикусить язык пришлось Н. С. Он перевел разговор в другое русло.

С написанием передовиц связан другой любопытный эпизод. Как-то Алексеев поручил мне написать статью, посвященную двадцатилетию основания журнала (подумать только, что сейчас мы перевалили уже полувековой рубеж!). Я довольно быстро ее написал, перепечатал, сверил и передал Н. С., будучи уверен в том, что он даст добро на публикацию статьи. И вдруг через несколько дней раздается звонок Н. С., и он начинает разговор ледяным тоном: «Вы провокатор». Я совершенно опешил и не мог проронить ни слова. Наступило молчание. Н. С. его прервал: «Вы помните статью, которую я поручил Вам написать?» — «Помню». — «Принесите текст и прочитайте начало». Я прочел. Оно звучало примерно так: «Рождение журнала произошло под сенью исторических решений XX съезда КПСС. Это не случайно, ибо съезд, состоявшийся в 1956 г., положил начало восстановлению ленинских норм партийной и государственной жизни». — «Довольно, — прервал Н. С. — Вы что же, ничего в этом не находите?» — «Ничего не нахожу, все правильно». — «Вы что же, не понимаете, — не выдержал Н. С., — что эти нормы никогда и не нарушались». Напомним, что разговор происходил в 1977 г., когда действительно произошел откат даже от принятых в 1956 г. половинчатых решений по разоблачению культа личности и его последствий.

«Я Вас отстраняю от написания статьи и поручаю довести ее до ума Джене», — завершил разговор Н. С. (имелась в виду Д. И. Луковская, которая в то время работала в редакции то ли одним из редакторов, то ли ответственным секретарем). Д. И. Луковская — специалист по истории политических и правовых учений — это поручение успешно выполнила.

По большому историческому счету Н. С. Алексеев оказался прав (ведь массовые расстрелы без суда и следствия, подавление инакомыслящих, растление личности начались буквально с первых дней Октябрьской революции и всячески поощрялись отцами-основателями советской власти). Этот пример показывает, как мучительно трудно происходило наше прозрение. Н. С. Алексеев, родившийся намного раньше нас, все это пережил, видел и прекрасно понимал.

Кстати, от Алексеева исходило одно из предложений, чтобы я вступил в партию:² «Мы с Н. А. Чечиной (в то время она то ли секретарь, то ли зам секретаря парткома Университета) дадим Вам рекомендацию», — говорил Н. С. Я настолько осмелел, что ответил: если бы партия была такой, как при Ленине, я бы, не задумываясь, в нее вступил. Последнее предложение на сей счет (уже не от Алексеева) было сделано в послебрежневские времена. Я до того обнаглел, что огрызнулся: «Мне вполне достаточно, что в партии состоит моя теща».

А вот другой пример взвешенности и осторожности Н. С. В «Правоведении» была опубликована статья одного из видных государствоведов и теоретиков права. Она была прочитана и рекомендована к опубликованию членами редколлегии, причастными к той же проблематике. Журнал

² Первое такое предложение поступило мне в 1953 г. вскоре после смерти И. В. Сталина. Сделали его С. И. Игнатов и А. И. Королев. Первый был в то время деканом, а второй — секретарем партбюро факультета. Руководствовались они добрыми побуждениями, желая помочь мне по окончании аспирантуры остаться в Университете. Поблагодарив за внимание, я это предложение не принял, сославшись на болезнь. В Университете меня все же оставили, за что я С. И. Игнатову и А. И. Королеву благодарен.

вышел в свет. Неожиданно в предночное время из Москвы раздается телефонный звонок. Звонит Алексеев, который начинает расспрашивать, кто читал и рекомендовал статью к опубликованию. Называю имена мое, Д. И. Луковской, членов редколлегии, читавших статью. Оказалось, что статью читал наш куратор в отделе науки и учебных заведений ЦК КПСС, тоже государствовед, и то ли она ему не понравилась, то ли он счел ее опубликование ошибочным. Дело было, однако, в том, что автор статьи и наш куратор недолюбливали друг друга. Я предложил Н. С. отложить разговор до утра (утро вечера мудренее!), чтобы я смог оживить статью в памяти. Прочел статью и никакой крамолы в ней не нашел. То же подтвердила и Д. И. Луковская, проявив в данном случае принципиальность. Утром Алексеев вновь позвонил и интересовался, как статья проходила. Я сообщил все, что мне известно, и выразил готовность переговорить с нашим куратором, дабы развеять его опасения. Был с ним знаком и находился в добрых отношениях. Алексеев меня оборвал: «Только этого не хватало!» (общение с партийными органами он считал своей прерогативой). Напомнил ему, что разговор из гостиницы в Москве обойдется ему в копейку, после чего он прервал разговор и больше к этому вопросу не возвращался.

В то же время Н. С. искренне радовался, когда публикации в журнале получали одобрение свыше. Так, не без труда решался вопрос о публикации в журнале статьи В. К. Райхера о системе права, в которой этот почтенный ученый развивал идеи о многомерности системы права, впервые изложенные в монографии «Общественно-исторические типы страхования», опубликованной в 1947 г. Один из активных членов редколлегии, считавший себя к тому же учеником В. К. Райхера и внешне относившийся к нему с полным пиететом, решительно возражал против опубликования статьи, страшая Алексеева и меня тем, что статья написана с позиций субъективного идеализма, что автор в силу преклонного возраста сам этого не сознает и что ее опубликование будет иметь и для автора, и для журнала в целом крайне тяжелые последствия. Подготовная, однако, была в том, что член редколлегии — противник статьи и В. К. Райхер в подходе к системе права находились на противоположных позициях: оппонент Райхера отстаивал тезис об объективном существовании системы права, а Райхер подходил к системе права как к единству объективного и субъективного и доказывал, что процесс объективизации системы права далеко не завершен.

Я был решительным сторонником опубликования статьи, считая это делом чести по отношению к В. К. Райхеру, которого ставил и ставлю вровень с А. В. Венедиктовым и С. И. Аскназием — выдающимися учеными и крупными личностями. Н. С. Алексеев, поскольку он от этой проблематики был далек, колебался. В конце концов он дал добро на опубликование статьи, сделав оговорку: «Под Вашу ответственность!», с которой я с радостью согласился.

Через какое-то время после выхода журнала Алексеев, вернувшись из Москвы, сказал мне: знаете, статью Райхера читал наш куратор (он же не одобрил статью государствоведа, которого не жаловал), она ему понравилась.

Конечно, я не стал напоминать Н. С. Алексееву о всех перипетиях, связанных с прохождением статьи. Опубликование статьи вконец испортило мои отношения с членом редколлегии, который хотел статью зарубить. Разумеется, я ничуть не жалею, что дал статье зеленый свет — пусть время рассудит, кто в этом споре прав!

А вот другой пример. В журнал поступила статья, автор которой встал на путь очернительства М. М. Сперанского, опираясь главным образом на то, что он негативно оценил восстание декабристов, не разделяя методы, с помощью которых они пытались достичь своих целей, и по поручению государя предложил процедуру суда над ними. Не скрою, я выступил против опубликования статьи. Свою позицию мотивировал тем, что к оценке такой многогранной личности, как Сперанский, оставивший заметный положительный след в истории России, нельзя подходить столь односторонне. Достаточно напомнить титанический труд по созданию Свода законов Российской Империи. В истории России не так уж много государственных деятелей такого масштаба, как Сперанский, а потому нельзя ими разбрасываться. Эту позицию активно поддержали такие авторитетные члены редколлегии, как С. А. Малинин и Н. А. Чечина. Статья опубликована не была. В данном случае союз коммунистов (С. А. Малинин и Н. А. Чечина в разное время были секретарями парткома Университета) и беспартийных (в моем лице) сыграл положительную роль. Так что иногда приходилось принимать непростые решения.

Н. С. Алексеев был разносторонней натурой. Заядлый грибник, ягодник, рыбак, он легко мог прошагать не один десяток километров по лесам, которые знал вдоль и поперек. К его семидесятилетию, которое отмечалось в ресторане гостиницы «Ленинград» (ныне «Санкт-Петербург»; в ней чуть было не сгорела несколько лет спустя Марина Влади), я написал стихи. Всех их не упомяну, но в них были такие строки:

Весь факультет сегодня в сборе.
 Никто не усидел в дому.
 Один вопрос в немолчном хоре:
 Ужели семьдесят ему?!
 Откуда этих сил избыток,
 Как у орловских рысаков,
 Ведь до сих пор любой напиток
 Он глушит так, что будь здоров!
 Глава почтенного семейства,
 Рыбак, охотник и грибник —
 Скажу без тени фарисейства:
 Ну кто Вас назовет «старик»!

Н. С. был необычайно деятельным. Именно поэтому он в течение многих лет нес многочисленные нагрузки: декана факультета, зав. кафедрой, главного редактора «Правоведения», члена всякого рода комиссий, испытывая от этого удовлетворение. Менее всего его можно представить как кабинетного ученого.

Как-то, когда мы оба находились в благодушном состоянии, я ему сказал: «Признайтесь, если бы не революция, то Вы едва ли связали бы свою судьбу с юриспруденцией». Вначале он окрысился, но, успокоившись, ответил: «Возможно, Вы и правы. Скорее всего, я бы служил в полку».

С выпавшими на его долю административными нагрузками он расставался крайне тяжело. Когда по возрасту ему пришлось покинуть пост декана, он воспринял это болезненно. Чтобы поднять его тонус, я написал стихи и повез их к нему на дачу в Рожино. Вот они:

Я посетил твой дом опальный,
Не убоявшись страшных бед,
Мой шеф, теперь всего журнальный,
И я не юн, а ты уж сед!
Но дружбе нашей нет предела,
И встрече я безмерно рад!
Пусть осень наша подоспела,
Ты молод с головы до пят!
На службе праву мы, как Кони,³
Идеям эквитас⁴ верны,
Коль не уйти нам от погони,
То будем мы отомщены!

Неадекватно воспринял он и освобождение от обязанностей главного редактора «Правоведения», хотя преемником его стал достойный человек и ученый В. С. Прохоров. Я пребывал его замом. Под началом В. С. Прохорова сотрудники журнала стремились сохранить и приумножить демократические традиции, заложенные в журнале его основателями — М. Д. Шаргородским и Н. С. Алексеевым. Наше дело продолжают ныне представители следующих поколений — ведь ничто никогда не проходит бесследно.

* * *

На пути к даче Н. С. Алексеева находится озеро, в котором он, особенно в жаркую погоду, любил поплавать. В тот роковой день — 24 июля 1992 г. Николай Сергеевич не учел, что озеро коварно. На глубине его сильные течения, температура которых значительно ниже температуры воды, прогретой солнцем. В одно из таких течений Н. С. и попал. Если бы не инсульт, последствия которого тяжело сказывались, он, **возможно, его бы и преодолел**, но в тот роковой день сил для этого не **хватило...**

³ Речь в данном случае идет о А. Ф. Кони.

⁴ *Aeqitas* — справедливость (лат.).

ОБ ИЗДАНИИ ИЗБРАННЫХ ТРУДОВ АНАТОЛИЯ АЛЕКСАНДРОВИЧА СОБЧАКА

Анатолий Александрович Собчак — заметная фигура в современной истории России. Он известен и как ученый-юрист, внесший свой вклад в развитие отечественной юриспруденции, и как крупный политический деятель, стоявший у истоков демократических преобразований в нашей стране, первый и единственный мэр Санкт-Петербурга. Он был истинным патриотом России и, оказавшись в вынужденной временной эмиграции, понял, что без России и вне России жить не сможет. В Париже, тоскуя по Петербургу, он повторял строки Иосифа Бродского: «Ни страны, ни погоста не хочу выбирать, на Васильевский остров я приду умирать...» Скоропостижно скончавшийся 19 февраля 2000 г. А. А. Собчак похоронен на Никольском кладбище в Александро-Невской Лавре. На углу Большого проспекта Васильевского острова и 25-й линии ему установлен памятник; прежде безымянная площадь в створе 25-й и 26-й линий перед зданием бывш. Дворца культуры им. С. М. Кирова получила название площади Собчака. На фасаде юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета (22-я линия В. О., д. 7), где в 1970–1990-х годах работал А. А. Собчак, барельеф А. А. Собчака находится рядом с мемориальными досками его выдающимся учителям Анатолию Васильевичу Венедиктову и Михаилу Давидовичу Шаргородскому.

Память об А. А. Собчаке живет и в его произведениях. В его творчестве четко выделяются два основных направления: юридическая наука (1963–1990) и политическая публицистика (1989–2000). Как ученый-юрист А. А. Собчак являлся специалистом по гражданскому праву; в сферу его научных интересов входили в основном вопросы правового регулирования экономических, или, другими словами, хозяйственных отношений. В своих работах он исходил из необходимости признания объективного характера товарно-стоимостных отношений и выступал за последовательное применение мер экономического стимулирования промышленного производства и повышения производительности труда. Он отстаивал понимание хозрасчета как коммерческого метода (или совокупности коммерческих методов) ведения хозяйства, предполагающего имущественную обособленность предприятий-товаропроизводителей, их экономическую и юридическую самостоятельность, наличие у них собственных имущественных интересов, не совпадающих с интересами государства, и, наконец, самостоятельную имущественную ответственность предприятий по своим обязательствам. Идеи А. А. Собчака соответствуют тем экономическим отношениям, которые сложились в России в результате осуществления радикальных социально-политических преобразований в начале 1990-х годов. Разгосударствление, демонополизация, отказ от централизованного планирования производства и распределения, либерализация цен привели к возникновению в России товарного и финансового рынков, предпринимательства и конкуренции, характерных для экономики капиталистического типа, но с сохранением сильных позиций государства и определяющей ролью государственного регулирования экономических отношений в общегосударственных (публичных) интересах. Таким образом, элементы полного

(коммерческого) хозрасчета нашли воплощение в экономике современной России.

Вторая группа произведений А. А. Собчака — это работы 1989–2000 гг., посвященные политической системе России, вопросам ее демократизации, созданию правового демократического государства, проекту Основного закона. Политическая деятельность А. А. Собчака была многогранной. После избрания на Съезд народных депутатов СССР он стал депутатом Верховного Совета СССР; являлся депутатом и председателем Ленинградского городского Совета, был избран мэром Санкт-Петербурга и руководил городом с 1991 по 1996 г.; с сентября 1994 г. входил в состав Президентского совета; с 23 января по 26 июня 1996 г. являлся членом Совета Федерации; как координатор Общественной палаты при Президенте России принимал активное участие в разработке действующей Конституции Российской Федерации.¹ А. А. Собчак также был одним из основателей и лидеров политического движения «Демократический выбор России».

Накопленный опыт и чувство ответственности за судьбы России мотивировали обращение А. А. Собчака к жанру политической публицистики. За сравнительно краткий период им были написаны и опубликованы пять больших книг: «Хождение во власть. — Рассказ о рождении парламента» (272 с.), «Тбилисский излом, или Кровавое воскресенье 1989 года» (230 с.), «Жила-была Коммунистическая партия» (238 с.), «Дюжина ножей в спину. Поучительная история о российских политических нравах» (239 с.), «Из Ленинграда в Петербург: путешествие во времени и пространстве» (216 с.). Кроме того, имеется множество журнальных и газетных публикаций: статьи, заметки, интервью — всего не менее 150 публикаций. Названия и содержание этих книг и статей свидетельствуют о глубоком понимании А. А. Собчаком проблем российской государственности, обусловленных радикальными преобразованиями государственного и социально-экономического строя страны. Несомненно, что все публицистические произведения А. А. Собчака сохраняют свою актуальность; по ним можно изучать новейшую историю России.

Возглавляемый вдовой А. А. Собчака сенатором Людмилой Борисовной Нарусовой Санкт-Петербургский общественный фонд Анатолия Собчака инициировал издание его избранных трудов. Проект подготовлен юридическим факультетом СПбГУ, где до избрания на должность мэра Санкт-Петербурга А. А. Собчак возглавлял кафедру хозяйственного (коммерческого) права. Осуществление проекта поручено Университетскому издательскому консорциуму «Юридическая книга». Предполагается, что в издание войдет большинство опубликованных произведений А. А. Собчака, за исключением небольших работ учебно-методического характера. Включаемые в издание произведения должны дать полное представление о научно-публицистической деятельности А. А. Собчака как крупного ученого-юриста и выдающегося политического деятеля.

В журнале «Правоведение» ранее была помещена библиография работ А. А. Собчака, которая включает 40 наименований.² В процессе разработки проекта выявлено более 95 опубликованных научных и публицистических работ А. А. Собчака, не считая газетных публикаций. Ввиду того, что издание задумано как полное и памятное, планируется, что избранные

¹ См. подробнее: Памяти Анатолия Александровича Собчака // Правоведение. 2000. № 2. С. 283–285.

² Библиография избранных научных и учебно-методических работ Анатолия Александровича Собчака // Там же. С. 291–293.

труды А. А. Собчака составят по меньшей мере пять томов. В первые три тома будут включены произведения по юридической тематике: «Вопросы гражданского права» (т. I), «Вопросы правового регулирования экономики» (т. II), «Правовые проблемы регулирования хозяйственных отношений в период проведения реформ и перехода к рыночной экономике» (т. III). В IV и V тома войдет политическая публицистика: «Проблемы становления правового государства в России» и «Политическое настоящее и политическое будущее России». В том V предполагается также включить неопубликованные произведения А. А. Собчака, посвященные роли личности в истории России и вопросам демократизации государственного устройства страны.

Предполагается, что каждый том будет сопровождаться вступительными статьями — очерками, написанными коллегами, учениками, соратниками А. А. Собчака. В этих очерках могут быть освещены различные аспекты его жизни и деятельности как ученого-юриста и политика, сыгравшего большую роль в осуществлении демократических преобразований и становлении правового государства в России. Редакция будет признательна всем, кто направит свои воспоминания, письма, заметки, документы и иные материалы, которые могли бы быть использованы при подготовке избранных трудов А. А. Собчака.³

Константин Константинович Лебедев,
к. ю. н., доцент, кафедра коммерческого права
юридического факультета СПбГУ
© К. К. Лебедев, 2009

³ Санкт-Петербургский общественный фонд Анатолия Собчака и Музей становления демократии в современной России им. Анатолия Собчака находятся по адресу: 191025 Санкт-Петербург, Невский пр., д. 41; тел./факс 571-17-06; e-mail: foundation@sobchak.org

ПЕРЕВАЛОВ В. Д. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ
И ИСТОРИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ
РОССИЙСКОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ.

Екатеринбург: Изд. дом «Уральская государственная юридическая академия», 2008. 148 с.

О том, каким должно быть юридическому образованию, размышляют уже не одно столетие. Становление системы воспроизводства «юридического корпуса» органично («генетически») вплетено в эволюцию правовой системы, следствием чего являются исторически сформировавшиеся особенности национальных моделей подготовки юристов. В начале XXI в. проблематика отечественного юридического образования, его исторического опыта и путей развития вызывает глубокую научную рефлексию. Заметным вкладом в этот процесс стал выход в свет монографии Заслуженного юриста РФ, доктора юридических наук, профессора Виктора Дмитриевича Перевалова.

Как справедливо замечает автор, основная цель юридического образования — профессиональная юридическая деятельность, необходимая для обеспечения нормального культурного развития человеческого общества. Жизнеобеспечительная, культурологическая и гуманистическая функции юридического образования раскрывают его сущностные качества, определяют его место в ряду общечеловеческих ценностей (с. 5). Поскольку юридическое образование как социальное явление прочно интегрировано в систему социальных связей, неизбежно встает вопрос об условиях формирования и последующей эволюции системы подготовки профессиональных юридических кадров. В работе они подразделяются на объективные (феномены государства и права) и субъективные (их осмысление, понимание) факторы (с. 8–13). В соответствии с общепринятым подходом в монографии характеризуются четыре основные формы объективации юридических знаний — научная, образовательная, практическая юриспруденция, а также юриспруденция «обыденная». Образовательная юриспруденция при этом оценивается как связующий «мост» между юридической наукой и практикой (с. 19).

Одной из стратегических линий монографии является методологическое обоснование преемственности как сущностного свойства юридического образования. В связи с этим значительное место в работе занял анализ исторических корней отечественной системы подготовки юристов. Устойчивый интерес к этой теме в последние годы обусловлен, с одной стороны, масштабной трансформацией целеполагания, сущности и технологий юридического образования в постсоветский период, а с другой — участием современной России в процессах глобализации, где сфера образования выступает важнейшей «экспериментальной площадкой». Бурные дискуссии последних лет по поводу участия российского (в том числе юридического) образования в Болонском процессе актуализировали познание собственного опыта подготовки высококвалифицированных юридических кадров, при этом весьма настойчиво зазвучали призывы

«вернуться к традиции».¹ Своевременными представляются неоднократно высказывавшиеся предложения об активном внедрении соответствующего материала в современный учебный процесс в качестве самостоятельного курса по истории юридического образования и науки. Отдельный раздел рецензируемой монографии, посвященный историческому контексту (с. 24–59), в полной мере этому способствует.

Автором предложена собственная периодизация истории подготовки юристов в России, выделены: «начальный этап» формирования системы юридического образования, эпоха Петра I, классический период, советское время, 90-е годы XX в.

Современными исследователями предпринимаются попытки показать юридические знания и практическую юриспруденцию в качестве «факторов реальности средневековой правовой теории».² В. Д. Перевалов также предлагает связывать развитие юридического знания с историческими событиями, фактами (походы и войны, принятие и распространение религии и церковного права, строительство крепостей и городов), с нормативно-правовыми памятниками, а также с именами исторических личностей — князей, священнослужителей, летописцев (с. 25). Среди поименованных в работе личностей — Владимир Святославович, Ярослав Мудрый, Иларион, И. Т. Посошков.

«Эра Петра Великого» ознаменовалась существенными новациями в правовой системе, государственном управлении, законодательстве и, следовательно, в подготовке юристов. Будучи обусловленными практическими потребностями и являясь в целом малосвязанными, эти изменения постепенно вели к формированию самостоятельной системы юридического образования.

Классический период, по мнению автора, обнимает этап от образования Московского университета до 1917 г. Описываются «образовательные стандарты» университетских уставов, опыт неуниверситетских форм юридического образования, дискуссия о преподавании права, возникшая на рубеже XIX–XX вв. В целом данный период характеризуется как «самый насыщенный с точки зрения преобразований, произошедших в системе юридического образования» (с. 42).

Обстоятельно рассматривается и идеологическая «перенастройка» юридического образования в советский период. Характеризуется деятельность факультетов общественных наук и факультетов советского права, постепенное внедрение заочной формы обучения, а также появление в 1930-е годы юридических институтов, в том числе Свердловского. Основными тенденциями юридического образования в 1960–1980-е годы названы: 1) продолжающаяся идеологизация на основе постулатов развитого социализма; 2) крепнущая тенденция глубокого изучения догмы права, применения и толкования правовых норм, эффективности их действия; 3) прогрессивная тенденция, базирующаяся на стремлении, с одной стороны, преодолеть административно-командную систему права, а с другой — возродить и развить идеи социально-правового государства (с. 50–51). Отмечается также, что по инициативе ученых Свердловского юридического института с участием других юридических вузов и при под-

¹ См., напр.: *Сорокин В. В.* Демонтаж фундамента отечественной юриспруденции (О месте и роли теории права и государства в контексте современного юридического образования) // *Российская юстиция.* 2007. № 7. С. 55.

² См., напр.: *Рогов В. А., Рогов В. В.* Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права (Очерки IX — середины XVII вв.). М., 2006.

держке Минюста СССР разрабатывались Концепция и Программа юридического образования в стране, так и не реализованные по известным причинам.

В работе дается также оценка перестройке юридического образования в постсоветской России. Показаны такие «болезни роста», как недостаточность бюджетного финансирования, декларативность нового законодательства, отсутствие научно-концептуальных разработок для функционирования новой системы образования и ряд других. Важную миссию взяла на себя в этих сложных условиях созданная в 1996 г. Межрегиональная Ассоциация юридических вузов. Отмечается, что при всех «недостатках и просчетах система высшего юридического образования не только выжила в этот сложный, переломный период, но и продолжает совершенствоваться» (с. 59).

Historia est magistra vitae — говорили древние. Уважение к традициям прошлого является, по мнению В. Д. Перевалова, ключевым принципом осмысления специфики современного юридического образования. В монографии последовательно проводится мысль о необходимости сохранить тот интеллектуально-мировоззренческий потенциал, который был сформирован в процессе становления и развития общегосударственной системы подготовки профессиональных юридических кадров XVIII–XX вв.

Приоритетное внимание автор обоснованно уделит вопросу совершенствования учебных методик вузовского обучения в связи с переходом на двухуровневую парадигму высшего специального образования. Одной из центральных проблем В. Д. Перевалов считает поиск оптимального соотношения между лекционными и практическими занятиями. Спор о степени эффективности классической формы передачи знаний от преподавателя к студентам имеет давние исторические истоки и не раз поднимался в российском научном сообществе рубежа XIX–XX вв. в связи с явной оторванностью университетского юридического образования от потребностей практики и низким уровнем профессионализма, характерным для большинства начинающих юристов (с. 38). Актуализация указанной проблемы в современный период вызвана постепенной переориентацией системы высшего юридического образования от обслуживания потребностей государства к необходимости формирования гуманистического мировоззрения у студенческой молодежи. Успех в достижении этой цели возможен только в случае создания условий для выявления творческого потенциала личности, развитие которого предполагает проявление студентами интеллектуальной инициативы с целью критического и в то же время конструктивного осмысления информации, приобретенной на учебных занятиях.

Наиболее перспективным направлением подготовки квалифицированных юридических кадров автор обоснованно называет постепенное конструирование парадигмы непрерывного юридического образования. Важным звеном современной структуры юридического образования, по мнению В. Д. Перевалова, являются учебные учреждения, занятые обучением будущих специалистов со средним образованием, наряду с вузовскими структурами, способными обеспечить как выпуск бакалавров и магистров, так и подготовку специалиста (с. 113).

Пристальное внимание автор обращает на социальную задачу системы профессионального юридического образования и ее юридическое оформление. Заметим, что подобная тема занимала и законодателя периода империи, который называл в университетских уставах начала XIX в. целью образования «приуготовление юношества к различным родам

государственной службы».³ Юридическая профессия представлена в работе как социально ценная область приложения физических и духовных сил человека, дающая ему возможность получать взамен затраченного труда необходимые средства для существования и развития (с. 60–61). Указанные в монографии особенности профессиограмм судьи, судебного пристава, нотариуса, прокурора, адвоката и закрепленных в законодательстве требований к кандидатам, претендующим на приобретение статуса или занятие должности, позволили автору рельефно продемонстрировать определенные сложности «стыковки» образования и профессиональной деятельности. В частности, констатируется острая потребность в профессиональной подготовке претендентов на должность судьи и предлагается наиболее оптимальный вариант решения этой задачи (с. 71–72), а также пути совершенствования нормативно-правового регулирования подготовки профессиональных юридических кадров в целом (с. 86–91). Среди последних, например, создание корпоративного этического кодекса юридического бизнеса, нормативно-правовое закрепление медиации как альтернативного способа разрешения споров с участием нейтральной стороны. Перспективной видится также идея признания специализированных юридических вузов (МГЮА, УрГЮА, СГАП) юридическими (правовыми) университетами (с. 91).

Рассуждая о специфике содержания юридического образования в современных условиях, диктующих необходимость воспитания у молодежи уважения к канонам гуманизма, основанным на приоритете чувства чести над соображениями утилитарного порядка, автор проявляет себя сторонником обеспечения государственной поддержки классических вузов юридической направленности, которые сохранили научное и культурное наследие прошлого, успешно трансформировав его в перспективные научные школы и «выверенные образовательные технологии» (с. 99). Справедливой представляется высокая оценка роли общегуманитарных предметов в подготовке юристов, демократизации учебного процесса и переходе на лично ориентированную форму образования (с. 103–108).

Отдельный раздел работы посвящен социализаторской роли юридического образования, проблемам взаимообусловленности обучения и воспитания в юридическом вузе. Показан опыт Уральской государственной юридической академии по организации внеучебной и воспитательной работы, студенческого самоуправления. Особое внимание уделено специфике функционирования в УрГЮА клинической инновации, исторически апробированной еще в императорских университетах. Анализ деятельности юридических клиник в российских и зарубежных юридических вузах привел автора к выводу о целесообразности создания клиник общей практики с выделением в них отдельных структурных подразделений, занимающихся делами определенных категорий, либо деления студентов на группы в зависимости от их интересов к делам той или иной категории и поручения каждой из этих групп соответствующих дел (с. 135–136). Значительное внимание в работе заслуженно уделено социальным функциям юридического образования: автор справедливо отмечает существенную роль исторического воспитания в процессе становления активной гражданской позиции, наличие которой является неотъемлемым условием правовой социализации и дальнейшего самосовершенствования молодого

³ *Сборник постановлений по Министерству народного просвещения. Т. 1. Царствование императора Александра I. СПб., 1864. Стб. 255, 264.*

-человека (с. 115–118). Высоко оценивая образовательно-воспитательные возможности гуманитарных наук общеобразовательного цикла, В. Д. Перевалов обоснованно приходит к выводу о наличии «четко выраженного гуманистического содержания юридического образования», направленного на раскрытие общечеловеческих начал государства и права. По мнению автора, именно на признании высшей ценности личности и человеческой жизни построены теоретико-методологические концепты юридических дисциплин общепрофессионального цикла, изучение которых позволяет сформировать у будущего юриста подлинное уважение к гуманистической составляющей институтов государства и права.

Согласимся с В. Д. Переваловым в том, что определяющими традициями юридического образования стали государственный характер и обстоятельное нормативно-правовое регулирование посредством систематизированного законодательства (с. 140–143).

Досадным пробелом в монографии, допущенным, скорее всего, по техническим причинам, является отсутствие истории политических и правовых учений в перечне юридических дисциплин общепрофессионального блока (с. 62). Не вызывает сомнения, что, являясь одним из ведущих современных теоретиков государства и права, В. Д. Перевалов хорошо понимает интеллектуальную насыщенность и методологическую значимость указанной дисциплины, нацеленной на формирование у студента систематических знаний и представлений о магистральных тенденциях развития права и государства от античности до наших дней.

Монография В. Д. Перевалова вносит крупный вклад в историю исследования теоретических и исторических аспектов российского юридического образования. Она будет полезна не только специалистам, но и широкому кругу читателей, интересующихся вопросами развития юридического образования в нашей стране, а также студентам — юристам и историкам.

Игорь Юрьевич Козлихин,
д. ю. н., профессор,
кафедра теории и истории государства и права СПбГУ;

Наталья Николаевна Зипунникова,
к. ю. н., доцент;

Елена Станиславовна Соколова,
к. ю. н., доцент;

Александр Сергеевич Смыкалин,
д. ю. н., профессор, зав. кафедрой, —
кафедра истории государства и права УрГЮА

© И. Ю. Козлихин, Н. Н. Зипунникова,
Е. С. Соколова, А. С. Смыкалин, 2009

ВЕТЮТНЕВ Ю. Ю. ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ ЗАКОНОМЕРНОСТИ

(Введение в теорию).

Элиста: Джангар, 2006. 204 с.

Тема, исследуемая в монографии Ю. Ю. Ветютнева, несмотря на свое очевидное теоретическое, методологическое и практическое значение, выпала из внимания ученых-юристов на долгое время. Нет нужды говорить о том, что термин «закономерность» весьма широко используется как в теории права, так и в отраслевых юридических науках. Например, наука финансового права определяется как «совокупность знаний, идей, представлений, концепций о системе норм финансового права, *закономерностях* их развития, практики применения и совершенствования отношений...»,¹ а предмет теории государства и права — как наиболее общие *закономерности* возникновения, развития и функционирования государства и права.² Однако, несмотря на столь широкое употребление данного термина, ясности в его понимании до сих пор нет, что видимо, объясняется недостатком соответствующих теоретических исследований.

Как известно, понятие «закономерность» заимствовано юридической наукой из философии. Вместе с тем, как справедливо отмечает автор монографии, во-первых, философы до настоящего времени не разработали устоявшееся определение, которое содержало бы совокупность критериев, позволяющих безошибочно отличать государственно-правовую закономерность от других явлений, а во-вторых, специально-юридическая наука требует разработки и определения своих, особых признаков данного понятия. Поэтому Ю. Ю. Ветютнев выделил 10 основных существенных признаков рассматриваемого явления и на основании этого разработал и предложил определение государственно-правовой закономерности как объективной, систематической повторяемости взаимосвязанных фактов в сфере государства и права (с. 27).

Выработав определение государственно-правовой закономерности, в главе II автор проводит четкое разграничение термина «закономерность» с целым рядом схожих понятий и категорий — таких как «закон» (с. 29–33), «тенденция» (с. 33–34), «факт» (с. 34–35), «статистические данные» (с. 35), «возможность и необходимость» (с. 37), «случайность» (с. 37–39).

Рассмотрев разработанные еще в советское время классификации правовых закономерностей, автор приходит к выводу, что они имеют некоторые недостатки, в частности недостаточное количество оснований, неудачные названия ряда классификационных оснований и дублирование наименований многих видов (с. 46–47). В связи с этим автор разработал и предложил собственную классификацию государственно-правовых закономерностей, которая отличается от предыдущих большим количеством оснований, подробностью, развернутостью, полнотой, точностью и ясностью.

Отдельная глава монографии посвящена исследованию механизма действия государственно-правовых закономерностей. Исследовав наиболее влиятельные концепции действия государственно-правовых

¹ Теория государства и права / под ред. А. В. Малько. М., 2008. С. 19.

² Там же. С. 8; Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права. М., 2006. С. 9.

закономерностей, принадлежащие к немецкой философии права, автор приходит к выводу, что эти закономерности не просто взаимосвязаны и реализуются в комплексе: их система отличается сложно-иерархическим характером (с. 61), а механизм действия закономерностей представляет собой «способ их осуществления в юридически значимой деятельности субъектов права, обусловленный государственно-правовыми потребностями и интересами и опосредуемый государственно-правовыми явлениями» (с. 65). При этом автор выделяет характерные черты механизма действия закономерностей (с. 78) и три элемента, его составляющие.

Глава V монографии посвящена связи объективной закономерности и человеческой воли в развитии государства и права. Полагая, что закономерности объективны и не зависят от воли и сознания человека, автор размышляет над тем, как они соотносятся с человеческой субъективностью и можно ли говорить о приоритете одного над другим. Рассмотрев два подхода к этой проблеме, он приходит к выводу, что «человеческая воля в сфере права определяется множеством закономерностей, но остается свободной и часто непредсказуемой» (с. 89).

Большой интерес представляет собой глава VI, посвященная взаимодействию закономерного и случайного в государственно-правовой жизни. Автор отмечает отсутствие как базового философского понятия «случайность», так и четкого юридического определения случайности. Сформулировав основные существенные характеристики государственно-правовой случайности, Ю. Ю. Ветютнев предлагает понимать случайность как «непредвиденное, нетипичное стечение обстоятельств в сфере государства и права, происходящее с малой степенью вероятности и не обусловленное сущностью права» (с. 95). При этом обращается внимание на принципиальное единство, сохраняющееся между случайностью и закономерностью: случайность, так или иначе, остается особым проявлением закономерности, и даже ошибки, совершаемые в сфере права, представляют собой объективно обусловленное явление.

В рамках изучения государственно-правовых закономерностей автор также рассматривает вопрос соотношения понятий «предмет» и «объект» в теории государства и права. Отметив чрезвычайную научную важность этих дефиниций, а также их недостаточную разработанность, Ю. Ю. Ветютнев обращает внимание на то, что объект и предмет теории государства и права соотносятся как общее и частное: «Объектом теории выступает правовая жизнь, а ее предметом являются общие закономерности правовой жизни общества, а также наиболее рациональные и эффективные способы деятельности в сфере государства и права» (с. 121). Следовательно, закономерности государственно-правовой жизни, представляющие собой часть предмета теории государства и права, являются важным юридическим явлением, которое необходимо изучать в рамках данной науки, поскольку именно она вырабатывает базовые положения о государственно-правовых явлениях в целом.

Глава VIII монографии представляет интерес с практической точки зрения, поскольку раскрывает основные прикладные способы «освоения» государственно-правовых закономерностей: эмоционально-психологический, идеологический и научный. Как справедливо утверждает автор, именно при помощи данных способов возможно выявить государственно-правовую закономерность, т. е. открыть устойчивую повторяемость, связь явлений и фактов в сфере государства и права.

Здесь же автор, опираясь на широкий эмпирический материал, выделяет ряд операций, при помощи которых и происходит выявление государственно-правовых закономерностей.

Очевидно, что государственно-правовые закономерности не оторваны от жизни, не являются надуманным теоретическим понятием, активно используются в юридической практике, в частности при осуществлении прогностической функции права. Вместе с тем, как справедливо отмечает Ю. Ю. Ветютнев, необходимо отличать использование государственно-правовых закономерностей от их действия, в связи с чем он употребляет весьма удачное, на наш взгляд, понятие использования закономерностей (с. 158). Кроме того, автором выделен механизм использования закономерностей и те сферы юридической деятельности, в которых эти закономерности активно применяются. Однако автор остановился на раскрытии только двух ведущих форм государственной деятельности — правотворческой и правоприменительной, хотя с нашей точки зрения было бы желательно выявить использование государственно-правовых закономерностей также и в распорядительной и интерпретационной деятельности.

Таким образом, монография Ю. Ю. Ветютнева является актуальным новаторским юридическим исследованием. Работа отличается стройной системой подачи материала и четкой структурой, позволяющими акцентировать внимание читателя на наиболее важных выводах и суждениях. Очевидна твердая и уверенная авторская позиция, не отягощенная какими-либо стереотипами и условностями.

Павел Юрьевич Каратеев,
к. ю. н., доцент кафедры теории и истории права
Юридического института
Сахалинского государственного университета

© П. Ю. Каратеев, 2009

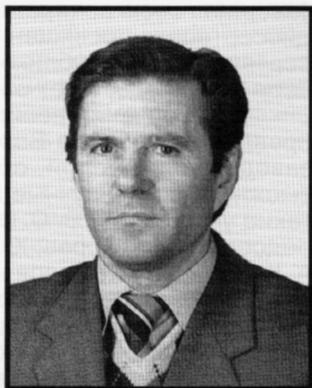
ПАМЯТИ ПРОФЕССОРА А. К. КРАВЦОВА

(1935 2009 гг.)

После тяжелой болезни 20 августа 2009 г. ушел из жизни человек и ученый с очень не легкой судьбой — Александр Кузьмич Кравцов. В годы войны еще в малолетнем возрасте он попал под бомбежку и был контужен. Последствия контузии сказывались на протяжении всей жизни Александра Кузьмича. Только благодаря трудолюбию, упорству и природной одаренности он сполна реализовал себя как личность и занял достойное место на облюбованном им поприще. Но этому предшествовали поиски пути, который предстояло выбрать. Жизнь никогда его не баловала. Еще в отрочестве он оказался предоставленным самому себе, и ему пришлось выбиваться в люди. Юношу манила романтика странствий, что во многом предопределило его поступление в мореходное училище. По окончании мореходки Кравцов плавал на торговых судах, в том числе ходил в заграничье. В то же время желание продолжить образование, причем в такой области, которая позволила бы навыки в мореплавании соединить с аналитической работой, к которой он тянулся, все более овладевало им. Выбор был сделан — Кравцов становится студентом юридического факультета Ленинградского (ныне Санкт-Петербургского) государственного университета. В этом Кравцов далеко не одинок. В разное время такой выбор сделали В. Ф. Мешера, В. Ф. Сидорченко, В. П. Кириленко и другие, которые, до того как стали признанными специалистами в области морского права, успели поплавать капитанами и штурманами на судах, избородивших многие моря и океаны.

Студенческие годы Кравцова, несмотря на трудности и лишения, более чем скудное существование (почти все мы это прошли), складывались удачно. Первым его учителем был Яков Миронович Магазинер, ученый с мировым именем, который в своей многогранной научно-исследовательской деятельности большое внимание уделял морскому праву. В известной мере к этому его вынуждали обстоятельства. До революции и в первые годы советской власти в центре его научных интересов находились государственное право и общая теория права. Вскоре после Октябрьского переворота заниматься этим стало крайне опасно, тем более что за свои научные воззрения Магазинер «удостоился» критики со стороны первого лица — В. И. Ленина. Пришлось сосредоточиться на вопросах сугубо специальных (в том числе морского права), чтобы обезопасить себя и семью от репрессий и добывать средства к существованию. Полностью, правда, избежать репрессий так и не удалось.

По стечению обстоятельств к моменту поступления Кравцова в университет Магазинер не в первый раз оказался «под колпаком». Из университета он был уволен и нашел пристанище в Центральном научно-



исследовательском институте морского флота (ЦИНИМФе), где заведовал сектором морского права. Под его крылом в секторе в разное время трудились ставшие впоследствии признанными специалистами в области морского права (публичного и частного) К. Ф. Егоров, А. Л. Колодкин, Л. М. Егоров, В. А. Мусин, Т. А. Фаддеева, К. И. Александрова и др.

В связи с кончиной Я. М. Магазинера научное руководство А. К. Кравцовым перешло к другому крупному ученому — Борису Борисовичу Черепакину. В круг его научных интересов, помимо других, входили проблемы транспортного права. Под руководством Б. Б. Черепакина он успешно завершил свою аспирантскую подготовку, защитив в 1963 г. кандидатскую диссертацию, посвященную морской перевозке. Много лет спустя эта диссертация была опубликована, что встречается довольно редко и само по себе свидетельствует о непреходящей ценности выполненной работы¹.

По окончании аспирантуры А. К. Кравцов по распределению был направлен на работу в Воронежский университет, где в течение многих лет заведовал кафедрой, объединявшей не только гражданское право, но и смежные с ним научные дисциплины. В то время в Воронеже преподавали такие ученые, как В. С. Основин, О. В. Смирнов, В. В. Залесский, Н. А. Сыродоев, Л. Д. Кокорев, Ю. С. Жицинский и др. В Воронежском университете А. К. Кравцов сложился как крупный ученый в области гражданского, хозяйственного и международного частного права, опубликовав ряд содержательных научных и методических работ. Отличительной их чертой является необычайная скрупулезность в подборе использованных источников, выверенность и глубина суждений, тактичное ведение научной полемики.

Центральное место среди них, да, пожалуй, и во всем научном наследии А. К. Кравцова принадлежит монографии «План и право», опубликованной в 1976 г. и в свое время наделавшей много шума. Так уж сложилось, что мне довелось быть и редактором подготовленной А. К. Кравцовым в годы аспирантуры первой научной статьи «Правовые вопросы регулирования плановых морских перевозок в заграничном сообщении и большом каботаже» (Вестник Ленинградского университета. 1962. № 5), и ответственным редактором указанной монографии. К ней я написал предисловие, в котором, положительно оценив монографию за ее самобытность, вместе с тем выразил несогласие с основным тезисом, который выражен в самом названии работы «План и право». С моей точки зрения, она должна была бы называться «Право и план». Впрочем, навязывать автору свою точку зрения я не решился, да он бы ее и не принял, поскольку название адекватно отражает самую суть его концепции. К сожалению, это предисловие по требованию издательства, по-видимому, решившего, что оно подрывает рейтинг книги, опубликовано не было. Книга вызвала широкий отклик, далеко выходящий за пределы собственно юридической науки. Ныне эта книга в основной своей части переиздана в сборнике избранных трудов А. К. Кравцова².

Во второй половине семидесятых и в восьмидесятые годы происходит новый всплеск в жизни и научно-педагогической деятельности А. К. Кравцова. Он подготовил и успешно защитил в 1980 г. в своей *alma mater* — Ленинградском университете — докторскую диссертацию «Социалистическое производство и гражданское право», которая находится на стыке как юридической, так и экономической науки. Через несколько лет после защиты докторской диссертации он избирается по конкурсу на

¹ Кравцов А. К. Экономика переходного периода и право: опыт правового регулирования плановых морских перевозок грузов. Избр. СПб., 2008.

² Кравцов А. К. Экономика переходного периода и право. Избр. СПб., 2007.

должность заведующего кафедрой хозяйственного права Ленинградского финансово-экономического института (ныне — Университет экономики и финансов) и переезжает в Ленинград. Кафедра после кончины ее основателя и бессменного на протяжении нескольких десятилетий руководителя Владимира Константиновича Райхера, который входил в когорту самых выдающихся отечественных цивилистов, переживала далеко не лучшие времена. А. К. Кравцов принимает энергичные меры по оздоровлению на кафедре микроклимата и омоложению ее состава, хотя далось ему это нелегко, не без трудностей и ошибок. Он по праву может считаться преемником и продолжателем научных традиций, которые прививал кафедре В. К. Райхер. Вместе с тем А. К. Кравцов продолжал вести активную научно-педагогическую работу, расширяя поле деятельности кафедры, вовлекая членов кафедры в овладение такими дисциплинами, как международное частное право, арбитражный процесс и др. К сожалению, тяжелая болезнь подтачивала его силы и ограничивала возможности в преподавании и организаторской деятельности.

Одна из привлекательных черт А. К. Кравцова — видного ученого и незаурядной личности — трепетное отношение к памяти своих учителей и их творческому наследию. В их числе Я. М. Магазинер, Б. Б. Черепяхин, В. К. Райхер.

Усилиями А. К. Кравцова переизданы труды Я. М. Магазинера по общей теории права. Первоначально в течение нескольких лет они публиковались в журнале «Правоведение» (начиная с № 3 за 1997 г. и кончая № 6 за 2000 г.), а затем в 2006 г. изданы отдельной книгой, ответственным редактором которой является А. К. Кравцов. Он по существу вернул из небытия труд Я. М. Магазинера «Общая теория права на основе советского законодательства», который в упомянутой книге занимает центральное место (с. 17–314). Наряду с этим в ней опубликованы «Заметки о праве», первоначально увидевшие свет в «Вестнике юстиции Узбекистана» в 1925 г., и статья «Объект права» (первая публикация в 1957 г. в «Очерках по гражданскому праву» — коллективном сборнике, посвященном 70-летию А. В. Венедиктова). Избранные труды Я. М. Магазинера открываются кратким, но весьма содержательным очерком А. К. Кравцова о творческом пути учителя.

Благодаря усилиям А. К. Кравцова память В. К. Райхера увековечена открытием в Университете экономики и финансов мемориальной доски.

С А. К. Кравцовым и его семьей меня связывали десятилетия тесной дружбы и товарищества. Мы приходили друг другу на помощь в трудные периоды нашей жизни, постоянно вели оживленный обмен мнениями по острым проблемам юридической науки, да и многим другим. К сожалению, в последние годы наши пути разминулись, хотя мы и сохранили взаимное уважение. А. К. Кравцов неизменно направлял мне свои труды с теплой дружеской надписью, на что я откликался.

Причиной размолвки послужило то, что мы по-разному подходили к оценке проходивших через наши руки диссертаций. Я занимал и занимаю в этих вопросах жесткую позицию, считая, что мы не должны идти по пути снижения взыскательности и требовательности. А. К. Кравцов придерживался либеральной модели, хотя к самому себе как к ученому по-прежнему предъявлял высокие требования. По-видимому, только время покажет, кто в этом споре был прав.

Разумеется, эти наслоения не могут заслонить многогранный облик А. К. Кравцова — человека, ученого, гражданина, которого я знал полвека. Светлая ему память!

Ю. К. Толстой

ПАМЯТИ МИХАИЛА ИСААКОВИЧА БРАГИНСКОГО

22 октября 2009 г. в Москве на 85-м году жизни скончался выдающийся российский цивилист-теоретик, член Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, участник Великой Отечественной войны, Заслуженный деятель науки РСФСР, доктор юридических наук, профессор Михаил Исаакович Брагинский.

Из жизни ушел ученый, чьи научные исследования в последней трети XX — начале XXI в. предопределили развитие многих гражданско-правовых институтов, способствовали становлению современной отечественной цивилистики как живой и динамично развивающейся отрасли правовых знаний. Не стало одного из основных авторов нового Гражданского кодекса России, закрепившего частноправовые основы регулирования экономических отношений.

М. И. Брагинский родился 11 февраля 1925 г. в Киеве. Его личная биография неотделима от истории страны и типична для судеб многих миллионов его ровесников, начинавших профессиональную жизнь в 40-е годы прошлого века. Поначалу ничто не предвещало ему блестящей юридической карьеры. В 1941 г. Михаил Исаакович поступил в Харьковский институт инженеров железнодорожного транспорта, где учился до 1942 г., когда был призван в Красную Армию. После окончания Ташкентского стрелково-минометного училища М. И. Брагинский получил назначение в действующую армию, где вскоре стал командиром огневого взвода батареи 76-миллиметровых пушек 1119-го Двинского стрелкового полка, участвовал в освобождении Белоруссии и Прибалтики, в разгроме Курляндской группировки вермахта. За боевые заслуги капитан М. И. Брагинский был награжден орденом Отечественной войны II степени, орденом Красной Звезды и многими медалями. После демобилизации в 1946 г. Михаил Исаакович поступил на юридический факультет Киевского государственного университета им. Т. Г. Шевченко. Среди его преподавателей были юристы с еще дореволюционным стажем — В. И. Бошко, В. К. Дронилов, С. Н. Ландкоф, поддерживавшие и развивавшие традиции одной из лучших юридических школ страны, сложившейся к началу XX столетия в Университете Св. Владимира.

По окончании университета в 1950 г. М. И. Брагинский был рекомендован в аспирантуру по кафедре гражданского права, где в 1953 г. под руководством проф. С. Н. Ландкофа успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему «Договор поставки предметов личного потребления в советском гражданском праве». О своем наставнике Михаил Исаакович сохранил самые теплые воспоминания и, ссылаясь на него, всегда добавлял: «Мой учитель». Появившиеся еще до окончания аспирантуры первые публикации молодого ученого свидетельствовали о его весьма широком кругозоре: помимо договора поставки они касались авторских прав драматургов.

Эта широта интересов сохранялась у М. И. Брагинского в течение всей его научной и преподавательской деятельности, продлившейся без

малого 60 лет. В системе современного гражданского права трудно найти сколько-нибудь значительный подраздел, который не интересовал бы Михаила Исааковича — это и система гражданского законодательства, и субъекты гражданского права, и ценные бумаги, и право собственности, гражданско-правовая ответственность, и, разумеется, договорные обязательства во всем их многообразии от общих положений о договорах до отдельных договорных типов. А сверх того — семейное право и такие межотраслевые институты, как иностранные инвестиции, международное экономическое сотрудничество, правовое обеспечение автоматизированных систем управления (АСУ). Универсальность интересов всегда сочеталась в научных трудах М. И. Брагинского с глубиной исследования, оригинальностью постановки задачи и умением выделить главные черты изучаемых правовых явлений. Его работы отличаются исключительной четкостью, остротой мысли, фундаментальностью достигнутых результатов. Глубина и строгость теоретического метода М. И. Брагинского всегда были подчинены достижению ясного практического результата, какой бы институт современного права ни исследовался. В общей сложности им опубликовано около 600 научных работ, включая 80 монографий (из которых 20 индивидуальных), 30 учебников и учебных пособий, почти 400 статей и рецензий. В России и бывшем Советском Союзе работы Михаила Исааковича публиковались на русском, украинском, белорусском, английском, испанском, немецком и французском языках. Свыше 50 его произведений были переведены и изданы в Австрии, Великобритании, Венгрии, Германии, Италии, Нидерландах, США и Чехословакии.

В 1953–1964 годах М. И. Брагинский преподавал в Киевском, а затем в Уфимском филиалах Всесоюзного юридического заочного института. Педагогическую деятельность он успешно сочетал с работой над учебными и учебно-методическими пособиями, а также с догматическими исследованиями ряда вопросов семейного, трудового и обязательственного права, главным из которых оставался договор поставки и его разновидности. Результатом этих исследований первоначально были статьи, появившиеся в ведущих юридических изданиях страны: журналах «Правоведение», «Радянське право», «Советское государство и право», «Социалистическая законность».

Позже в Москве вышло несколько монографий М. И. Брагинского: «Правовые вопросы строительства в СССР» (1960), «Структура договорных связей и ответственность участников при поставке транзитом» (1960), свидетельствовавших о выборе автором обязательственного права одним из приоритетных направлений своих исследований. Другие работы этого периода касались вопросов обеспечения исполнения и ответственности за неисполнение хозяйственных договоров. Правда, тему для докторской диссертации — «Влияние действий других (третьих) лиц на социалистические гражданские правоотношения», — защищенной в 1962 г. в Ленинградском государственном университете, М. И. Брагинский выбрал из иного раздела гражданского права.

В 1964 г. он переехал в Минск и до 1969 г. работал профессором кафедры советского права Белорусского института народного хозяйства им. В. В. Куйбышева. В 1966 г. ему было присвоено ученое звание профессора. В 1967 г. в Минске вышла монография М. И. Брагинского «Общее учение о хозяйственных договорах», в которой, обобщая свои исследования различных договорных типов, автор разбирал важнейшие признаки хозяйственных договоров, предлагал их классификацию, анализировал элементы хозяйственного договора и подробно рассматривал динамику

соответствующих правоотношений. Эта монография принесла М. И. Брагинскому всесоюзную известность и авторитет одного из ведущих специалистов в области правового регулирования экономики. Об отношении автора к этой своей работе свидетельствует ее переиздание в сборнике «Избранное» (М., 2008).

В 1969 г. М. И. Брагинский перешел на работу в недавно созданный в Москве головной экономической институт Госнаба СССР — НИИ экономики и организации материально-технического снабжения (НИИМС), где до 1975 г. заведовал отделом. Основными объектами научных исследований Михаила Исааковича в этот период были вопросы эффективности имущественных санкций как одной из мер юридической ответственности, проблемы правового регулирования управления материально-техническим снабжением, а также основанные на договоре поставки отношения по оптовой торговле средствами производства.

Правовые исследования на стыке права и экономики в условиях плано-распределительной системы предопределили и обращение М. И. Брагинского к теоретическому анализу правового статуса государства как участника гражданско-правовых отношений. Вопросам гражданской правосубъектности государственных образований и административно-территориальных единиц была посвящена его статья, опубликованная в 1971 г. в журнале «Правоведение». Затем появились монографии «Советское государство — субъект гражданского права» (М., 1973), выпущенная спустя 15 лет издательством «Прогресс» в переводе на английский язык, и «Участие советского государства в гражданских правоотношениях» (М., 1981). В этих работах М. И. Брагинский рассматривал различные способы участия государства в экономическом обороте, обосновывал необходимость построения отношений государства с другими участниками гражданских правоотношений на началах равенства, а не власти и подчинения, выступал за подчинение государства и его подсистем общему правовому режиму, отстаивал принципиальное значение участия государства во внешнеэкономическом обороте не в качестве суверена, а в качестве субъекта гражданского права.

С 1975 г. деятельность проф. М. И. Брагинского неразрывно связана с Всесоюзным НИИ советского законодательства (ныне — Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ), где он сначала работал старшим научным сотрудником, а затем более 10 лет руководил отделом правовых проблем внешнеэкономических отношений. С 1992 г. Михаил Исаакович был главным научным сотрудником отдела гражданского законодательства и процесса.

Период работы в Институте стал наиболее плодотворным в творческой биографии М. И. Брагинского — две трети работ, составляющих его научное наследие, вышло в свет именно в этот период. Диапазон этих работ необычайно широк: помимо гражданской правосубъектности государства и правового режима хозяйственных договоров (поставка, строительный подряд), в центре внимания Михаила Исааковича оказались вопросы систематизации законодательства, проблемы внешнеэкономических отношений, юридических лиц (государственных и совместных предприятий), а также права собственности и договорной ответственности. Среди монографий этого периода: «Хозяйственные договоры в материально-техническом снабжении» (М., 1976; в соавт. с Г. С. Шапкиной), «Совершенствование законодательства о капитальном строительстве» (М., 1982), «Субъекты гражданского права» (М., 1984; в соавт.), «Право собственности в СССР» (М., 1989; в соавт.). Особо следует упомянуть

исследование «Хозяйственный договор: каким ему быть?» (М., 1990), в котором автор переосмысливал место и роль договора в условиях перехода к преимущественно рыночным методам управления экономикой. Здесь же М. И. Брагинский представил развернутое обоснование системы хозяйственных договоров, базирующейся на такой критерии, как цель действия сторон, вступающих в договорные отношения. Эта система впоследствии была положена в основу нового гражданского законодательства о договорных обязательствах.

Крупнейший цивилист-теоретик, М. И. Брагинский на рубеже 1980–1990-х годов участвовал в подготовке и обсуждении важнейших законодательных актов в экономической сфере — Закона о собственности, Основ гражданского законодательства и некоторых других. С 1992 г. Михаил Исаакович — постоянный член Рабочей группы по подготовке проекта нового Гражданского кодекса России. М. И. Брагинским составлены проекты целого ряда ключевых глав ГК: об участии государства в гражданско-правовых отношениях, о заключении договора, о договорах аренды, подряда, возмездного оказания услуг, об обязательствах, возникающих из публичного обещания награды, публичного конкурса, из проведения игр и пари. Кроме того, он активно участвовал в выработке концептуальных подходов к построению как системы гражданского законодательства в целом, так и большинства важнейших цивилистических институтов.

В 1999 г. М. И. Брагинский стал членом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, часто и эмоционально выступал на его заседаниях по самым разным аспектам законодательной политики в сфере частного права, подготовил экспертные заключения по проектам законов о ликвидации юридических лиц, о закупках и поставках продукции для государственных нужд и ряду других.

С середины 1990-х годов М. И. Брагинский, не сужая рамок своих научно-исследовательских интересов, в основном сосредоточился на теоретической разработке учения о договорных обязательствах в условиях действия нового гражданского законодательства и складывающейся судебной практики его применения. Опираясь на отечественную цивилистическую доктрину XIX и XX вв. и новейшие достижения наиболее развитых иностранных правоворядков, М. И. Брагинский обосновывал ключевое значение договора в регулировании рыночной экономики, теоретически разрабатывал правовые средства, обеспечивающие свободу договора, подробно исследовал складывающуюся структуру договорных связей, отстаивал необходимость сохранения традиционных договорных конструкций, развивая которые, выдвигал концептуальные положения новых договорно-правовых систем и институтов. Результатом этой работы стала написанная в соавторстве с проф. В. В. Витрянским фундаментальная пятитомная монография «Договорное право» (М., 1997–2006), ставшая наиболее значительным достижением российской догматической цивилистики за последние 20–30 лет. Помимо общих глав о правовом регулировании договоров, договоре как сделке и как правоотношении и динамике договорных отношений, М. И. Брагинскому принадлежат в этой монографии главы о договорах аренды, найма жилого помещения, ссуды, буксировки, подряда, страхования. В последние годы он издал также монографии «Договоры, направленные на создание коллективных образований» (М., 2004), «Договоры об играх, пари. Понятие, виды, правовое регулирование» (М., 2004), «Конкурс» (М., 2005), «Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах» (М., 2007).

ACADEMIA
IN MEMORIAM

Заслуги выдающегося российского цивилиста-теоретика в развитии приоритетных направлений юридической науки отмечены почетным званием «Заслуженный деятель науки РСФСР» (1991), Почетной грамотой Правительства РФ (2000), медалью Анатолия Кони (2002) и медалью ордена «За заслуги перед Отечеством» II степени (2005).

М. И. Брагинский был человеком огромной доброты, ярких эмоций и редкого обаяния. Его отличали прямота и цельность, чистота и порядочность, надежность и деликатность в отношениях с друзьями, коллегами и учениками. Человек невероятной скромности, он тем не менее всегда оказывался центром эмоционального притяжения любого профессионального собрания и умел увлечь любую аудиторию не только своими глубочайшими познаниями, но и неповторимым юмором. Общение с ним всегда оставляло незабываемое впечатление.

Трудно смириться с мыслью об утрате дорого друга, коллеги и любимого учителя.

В сердцах всех знавших Михаила Исааковича Брагинского навсегда сохранится его светлый человеческий образ.

О. Ю. Шиловост

АННОТАЦИИ И КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА
ABSTRACTS AND KEYWORDS

Алимбеков М. Т. Судебное решение и его роль в совершенствовании гражданского законодательства • Alimbekov M. T. Judgment and Its Role in the Perfection of Civil Legislation

В статье рассматриваются вопросы о значимости судебного решения в развитии и совершенствовании гражданского законодательства. Анализируя работы зарубежных исследователей, рассматривавших роль и место судебного правотворчества в жизни общества и государства в целом, автор показывает свое видение проблемы. В частности, он отмечает, что правовоположения, отраженные в судебных решениях, нередко становятся самостоятельным средством поднормативного юридического воздействия на нижестоящие судебные инстанции при рассмотрении аналогичных дел. В этом контексте в странах континентальной системы права возрастает значение судебных решений в совершенствовании гражданского законодательства. • Судебное решение, правотворчество, правовоположения, источник права, правоприменение. • The article considers the questions of the importance of a judgment in the development and perfection of civil legislation. Analyzing works of foreign researchers considering the role and place of judicial legal elaboration in a life of a society and the state as a whole, the author shows his view of the problem. In particular, he notes, that legal positions, reflected in judgments, quite often become independent means of normative legal influence on subordinate judicial instances in the consideration of similar cases. In this context, in countries under the continental legal system, the value of judgments increases in the perfection of civil legislation. • Judgment, lawmaking, legal positions, source of law, legal enforcement.

Шестакова С. Д. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: принципы правового регулирования в контексте положений, релевантных уголовному судопроизводству • Shestakova S. D. The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: the Principles of Legal Regulation in the Context of the Provisions Relevant to Criminal Proceedings

Европейский Суд по правам человека выявил и сформулировал четыре принципа правового регулирования, заложенные в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: принцип соразмерности (пропорциональности), принцип свободы усмотрения государств-участников Конвенции, принцип положительных обязательств и принцип динамичного толкования Конвенции. Этими принципами следует руководствоваться при приведении национального, в частности, уголовно-процессуального, законодательства в соответствие с конвенционными положениями и реализации их в правоприменительной практике. • Европейский Суд по правам человека, нарушение Конвенции, гарантированное Конвенцией право, ограничение прав, принцип. • The four basic principles of legal regulation contained in the European Convention on Human Rights and were identified and formulated by the European Court on Human rights are: the principle of proportionality, the principle of the freedom of appreciation of Contracting States, the principle of positive obligations, and the principle of the dynamic interpretation of the Convention. These principles are to be taken into consideration when the national and, in particular, criminal procedural legislation and practice are being improved in accordance with Convention provisions. • The European Court of Human Rights, the violation of the Convention, rights safeguarded by the Convention, the restriction of rights, principle.

Александров А. С., Кухта А. А. Власть обвинительная и власть следственная: квадратура круга • Aleksandroff A. S., Kuhta A. A. The Accusatory and Investigatory Power: Squaring the Circle

Статья посвящена проблемам реформирования предварительного расследования и прокурорского надзора. Подвергается критике существующая тенденция в реформировании досудебного производства по уголовным делам. Выдвигается и обосновывается тезис о единой обвинительной власти под руководством прокуратуры. Показывается несостоятельность взглядов о независимом от прокуратуры предварительном следствии

в системе состязательного судопроизводства. • Предварительное расследование, прокурорский надзор, реформирование досудебного производства, обвинительная власть, предварительное следствие. • The article deals with the problems of reforming the preliminary investigation and the public prosecutor's supervision. The existing tendency in the reform of pre-trial proceedings in criminal cases is exposed to criticism. The thesis of a uniform accusatory power under the guidance of the Office of Public Prosecutor is put forward and proved. The inconsistency of opinions on the possibility of the existence of effective adversary criminal proceedings where preliminary investigation bodies would be independent of Office of Public Prosecutor is shown. • Preliminary investigation, public prosecutor's supervision, reform of pre-trial proceedings, accusatory power, preliminary investigation.

Рыжов К. В. Оценка заключения эксперта судом в гражданском процессе • Ryzhov K. V. The Evaluation of Expert Evidence in Civil Proceedings

Специфика заключения эксперта как доказательства в том, что оно сочетает в себе признаки как личного, так и письменного доказательства. При этом оцениваться судом оно может и как личное доказательство, и, в ряде случаев, исключительно как письменный документ. Особенностью исследования и оценки заключения эксперта является то, что в основе данного доказательства лежат профессиональные знания и методики, оценка которых доступна суду лишь отчасти. Кроме того, ГПК РФ предусматривает возможность проведения повторной и комплексной экспертиз одного и того же объекта, что делает процесс исследования и оценки данного вида доказательств более сложным. • Доказательства, оценка доказательств, гражданский процесс, заключение эксперта. • The specificity of the expert's statement as evidence is that it combines signs of both personal and written evidence. Thus it can be assessed by the court as personal evidence, and, in some cases, exclusively as a written document. The peculiarity of the study and evaluation of an expert's statement is that at the base of the given evidence is professional knowledge and techniques, the evaluation of which is only partly accessible to the court. In addition, the Code of Civil Procedure of the Russian Federation provides for the possibility of carrying out of repeated and complex examinations of the same object, which makes the process of the research and evaluation of the given kind of evidence more difficult. • Evidence, evaluation of evidence, civil procedure, expert opinion (expert evidence).

Кочергин К. В. Принудительное исполнение мировых соглашений в арбитражном процессе • Kochergin K. V. Enforcement of Settlement Agreements in Arbitration Court Proceedings

Статья посвящена вопросам принудительного исполнения мировых соглашений, утверждаемых арбитражными судами Российской Федерации. Действующее законодательство предусматривает, что мировые соглашения исполняются в порядке, предусмотренном для исполнения судебных решений. Однако мировые соглашения обладают существенными особенностями, поэтому при их исполнении по правилам исполнения судебных решений возникает целый ряд вопросов. • Публичное право, гражданский процесс, арбитражный процесс, мировое соглашение, принудительное исполнение. • The article is dedicated to the issues of the enforcement of settlement agreements approved by the arbitration courts of the Russian Federation. Current legislation provides that settlement agreements approved by arbitration courts are executed in the manner prescribed for the execution of the courts' decisions. However, the features of settlement agreements are very different from courts' decisions, that is why enforcement in the manner prescribed for courts' decisions causes difficulties. • Public law, civil procedure, arbitration courts proceedings, settlement agreements, enforcement.

Курочкин С. А. Теоретические основы контроля за решениями третейских судов и международных коммерческих арбитражей • Kurochkin S. A. Theoretical Base of Control of Internal and Foreign Commercial Arbitral Awards

Статья посвящена вопросам организации контроля за решениями, выносимыми третейскими судами и международными коммерческими арбитражами. Рассмотрены формы контроля со стороны государства как по месту вынесения решения, так и по месту его исполнения, реализуемого судами. Проанализированы механизмы первичного и последующего судебного контроля, различные формы их проявления. Особое внимание уделено вопросам организации внутреннего контроля со стороны самих негосударственных юрисдикционных органов. • Третейское разбирательство, международный коммерческий арбитраж, арбитражные решения, судебный контроль. • The article is devoted to control mechanisms, which can be applied to internal and foreign arbitral awards. Some forms of court control at the place of proceedings and at the place of award execu-

tion were examined. Primary and secondary court control mechanisms and their forms were analyzed. Special consideration was given to issues of internal arbitration institution control. • Arbitration, international commercial arbitration, awards, judicial review.

Резникова А. А. Административное приостановление деятельности — административное наказание? • Reznikova A. A. Administrative Suspension of Activity—an Administrative Penalty?

В статье раскрывается правовая природа нового вида административного наказания — административного приостановления деятельности; делается вывод, что данная мера принуждения не является по своей природе мерой ответственности. Рассмотрев соотношение административного приостановления деятельности с временным запретом деятельности, автор отмечает, что в институт административной ответственности посредством этих двух идентичных по характеру воздействия мер принуждения «вмонтирована» в одних случаях мера административного предупреждения, в других — мера административного пресечения. Применение этих мер в рамках производства по делу об административном правонарушении усложнено и малоэффективно для достижения их основной цели — устранения угрозы жизни и здоровью людей, а также предупреждения неблагоприятных последствий, предусмотренных ст. 3.12 КоАП РФ. • Административное принуждение, административная ответственность, административное приостановление деятельности, административное наказание, временный запрет деятельности. • The article reveals the legal nature of a new type of administrative punishment — the administrative suspension of activity. Analysis of the purpose, justification of application, and the nature of the punitive impact of the administrative suspension of activity have allowed the author to conclude that this measure of coercion is not inherently a measure of responsibility. Having considered the relationship between the new «administrative punishment» and a new ad hoc measure of proceedings on administrative violations — temporary prohibition of activity, the author believes that the institution of administrative responsibility by means of these two, identical in the nature of their impact of coercive measures, namely, the administrative suspension of activity and a temporary ban on activities, are essentially «hardwired», a measure of administrative warning in some cases — a measure of administrative preclusion in others. The application of these measures within the framework of proceedings on administrative violations is complicated and inefficient in achieving their main goal – the removal of threats to human life and health, and the prevention of adverse effects under Article 3.12 of the Administrative Code of the Russian Federation. • Administrative coercion, administrative responsibility, administrative suspension of activity, administrative penalty, temporary prohibition of activity.

Бурлаков В. Н. Назначение уголовного наказания • Burlakov V. N. Criminal Sentencing

В статье рассматривается проблема формализации назначения наказания. Цель формализации — минимизация издержек судейского субъективизма, устранение чрезмерно жестких или излишне мягких приговоров и их ангажированности. Достижению этой цели, по мнению автора, будет служить разработанная им методика, позволяющая определить пропорцию между частью санкции статьи Особенной части УК и оценкой тяжести совершенного преступления, личности осужденного и иных обстоятельств дела. В основу методики положен метод шкалирования. • Формализация назначения наказания, идея пропорциональности санкции ее основаниям, метод шкалирования, процедура назначения наказания, критерии назначения наказания, матрица диагностирования степени исправимости преступника, шкала диапазона индивидуализации наказания, эксцесс личности преступника, специальные правила назначения наказания. • The article considers the problem of the formalization of sentencing. The purpose of formalization is the minimization of the costs of judicial subjectivity, elimination of excessively rigid or unduly soft sentences and their involvement. According to the author, the technique developed by him will serve to achieve this goal, allowing to define the proportion between a part of the sanctions of the article Special Section of the Criminal Code and between the assessment of the severity of the committed crime, the person condemned, and other circumstances of the case. The method is based on the scaling method. • Formalization of sentencing, idea of proportionality of the sanction to its bases, scaling method, sentencing procedure, criteria for sentencing, a matrix of diagnosing the correction degree of the criminal, scale range of the individualization of punishment, excess of the individual offender, special rules of sentencing.

Мацнев Н. И. и Становский А. М. Назначение наказания за неоконченное преступление • Matsnev N. I., Stanovskiy A. M. Sentencing for an Unfinished Crime

Статья посвящена проблемам назначения наказания за неоконченное преступление. Авторами анализируются положения ст. 66 УК РФ, устанавливающей специальные

правила назначения наказания за приготовление и покушение, отмечаются как преимущества дифференциации ответственности за неоконченное преступление, так и недостатки действующего законодательства. Так, авторы предлагают внести изменения в ч. 1 ст. 66 УК РФ, заключающиеся в том, что данная норма должна также содержать указание на необходимость учета степени осуществления преступного намерения. Кроме того, авторы предлагают еще больше дифференцировать наказуемость покушения на преступление, выделяя при этом два вида покушения: завершённое и незавершённое. При этом авторы анализируют критерии, при помощи которых покушения должны разделяться на виды. Наряду с этим авторы особо рассматривают ситуации, когда при покушении на преступление наступают общественно опасные последствия, хоть и не те или не в том объеме, к которым стремился виновный. Предложение авторов заключается в том, что при определенных обстоятельствах даже неполная реализация виновным своего умысла не должна влиять на признание преступления оконченным. • Неоконченное преступление, назначение наказания, специальные правила, ст. 66 УК РФ. • The article deals with the problems of sentencing for an unfinished crime. The authors analyze the provisions of Article 66 of the Criminal Code of the Russian Federation and reveal its shortcomings. They suggest making changes in this Article which would take into account the degree the realization of criminal intent. In the article the authors base the proposal on fixating the legislatively concluded and uncompleted attempt. • Unfinished crime, sentencing, special rules, Article 66 of the Criminal Code of the Russian Federation.

Драгнева-Люерс Р. О. На пути к свободной торговле в СНГ: проблемы права и политики • Dragneva-Lewers R. O. The Way to Free Trade in the CIS: Law and Political Troubles

В статье представлен критический взгляд на процесс становления режима свободной торговли в рамках СНГ. На основе опыта иных интеграционных и координационных образований и международной практики автор выявляет то общее и особенное, что характерно для торгового сотрудничества в СНГ. Осуществлен скрупулезный разбор обширной нормативной базы, обеспечивающей создание режима свободной торговли, процесса заключения соглашений, принятия решений, их пересмотра и корректировки. Ценны рассуждения автора о том, как соответствующие соглашения и решения реализуются на практике. • Торговое сотрудничество, нормативная база, свободная торговля, интеграция, координация. • The article presents a critical look at the process of establishing a free trade regime within the CIS. On the basis of experience with other integration and coordination efforts and of international practice, the author identifies both the general and the special characteristics of the trade cooperation in the CIS. A rigorous analysis of the extensive regulatory framework which ensures the establishing of a free trade regime, the process of concluding agreements, decision-making and its review and correction is performed. The author's arguments on the way the given agreements and decisions are implemented in practice are valuable. • Trade cooperation, regulatory framework, free trade, integration, coordination.

Щелокаева Т. А. Сколько кодексов нужно России? • Schelokajeva T. A. How Many Codes does Russia Need?

Кодекс не является источником права. Понятие «кодекс» относится к заголовку нормативного правового акта. Юридическая сила правового акта не определяется техникой его создания (кодификацией). • Кодекс, кодифицированный акт, заголовки нормативного акта, наименование нормативного акта, юридическая сила кодекса, техника кодификации, кодификация административного законодательства. • The code is not a source of the law. The concept of «code» concerns to heading of the Normative legal Act. Act's juridical validity force codified does not define of his creation technique (of codification). • Code, codified act, a title of normative act, denomination of normative act, legal effect of code, technique of codification, codification of administrative legislation.

Васильева Ю. В. Кодификация законодательства о социальном обеспечении: основы законодательства или кодекс? • Vasilieva U. V. Codification of Social Security Legislation: Basis of Legislation or Code?

Рассматривается один из концептуальных вопросов кодификации законодательства о социальном обеспечении — о форме кодификационного акта. Сравняются основы законодательства и кодекс. Делается вывод о том, что форма кодекса более отвечает задаче кодификации законодательства о социальном обеспечении РФ. • Законодательство о социальном обеспечении, кодификация, кодекс, основы законодательства. • The paper deals with the problem of codification of Social Security Legislation. The author analyzes the type of codification act as the main point of codification in the social sphere. The

basis of Legislation and Code is compared. The author points out that the Code better meets the aim of the codification of Social Security Legislation of Russian Federation. • Social security legislation, codification, code, basis of legislation.

Заметина Т. В. Конституционные основы национальной политики Российской Федерации: к новой концепции • Zametina T. V. Constitutional Foundations of the National Policy of the Russian Federation: a New Concept

Статья посвящена проблемам правовой регламентации государственной национальной политики Российской Федерации. Автор анализирует конституционное регулирование и содержание Концепции государственной национальной политики Российской Федерации 1996 г., отмечает ее недостатки. В статье определяются основные направления совершенствования правовой регламентации национальной политики Российской Федерации, предлагается новая Концепция. • Государственная национальная политика Российской Федерации, концепция, конституционные основы современной национальной политики, принципы и приоритеты, направления совершенствования. • The article is devoted to the problems of legal regulation of the state National Policy of the Russian Federation. The author analyses the constitutional regulation and contents of the State National Policy Concept of the Russian Federation (1996) and notes its drawbacks. The article defines the main guidelines of improving the legal regulation of the state National Policy of the Russian Federation and proposes a new Concept. • State National Policy of the Russian Federation, concept, constitutional foundations of modern national policies, principles and priorities, guidelines of improvement.

Алихаджиева И. С. Нравственность как социальная категория и нормы уголовного закона в сфере охраны общественной нравственности • Alikhadzhieva I. S. Morality as a Social Category and Criminal Law Standards in the Sphere of Public Morality Protection

Статья посвящена соотношению морали, нравственности как особых форм общественного сознания и уголовного законодательства, влиянию нравственности на эффективность уголовно-правовых норм и развитие уголовного законодательства. Особое внимание в работе уделено общественной нравственности как объекту таких преступлений, как вовлечение в занятие проституцией (ст. 240 УК РФ), организация занятия проституцией (ст. 241 УК РФ), незаконное распространение порнографических материалов или предметов (ст. 242 УК РФ), изготовление и оборот материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних (ст. 242¹ УК РФ). Автором представлено новое определение общественной нравственности, а равно иное, чем в УК РФ, понимание объекта названных преступлений с учетом толерантности в отношении такой формы сексуальных взаимоотношений, как проституция. • Нравственность, эффективность уголовного закона, общественное мнение, проституция, вовлечение в занятие проституцией, организация занятия проституцией, порнография. • The article deals with the parity of morals, morality as special forms of social consciousness, and criminal legislation, the influence of morals on the effectiveness of criminal law and the development of the criminal legislation. Special attention is given to public morality as to object of such crimes as the involvement in the employment of prostitution (Article 240 of the Criminal Code of Russian Federation), organization of prostitution (Article 241 of the Criminal Code of Russian Federation), illegal distribution of pornographic materials or objects (Article 242 of the Criminal Code of Russian Federation), and the manufacture and trafficking of materials or objects with pornographic images of minors (Article 242¹ of the Criminal Code of Russian Federation). The author presents a new definition of public morals, as well as — another than in the Criminal Code of Russian Federation — understanding of object of the mentioned crimes taking into account the tolerance in such forms of sexual relationships, as prostitution. • Morality, effectiveness of criminal law, public opinion, prostitution, involvement in the employment of prostitution, organization of prostitution, pornography.

Попондопуло В. Ф. Договор — средство частноправового регулирования • Popondopulo V. F. The contract as the means of private law regulation

В статье раскрываются понятие и договора как категории общеправовой (это проявляется в том, что конструкция договора может быть использована в различных отраслях права); освещается спорный вопрос о том, является ли договор межотраслевой комплексной категорией или это все-таки отраслевая (частноправовая) категория (конструкция), используемая и в других отраслях права в случаях, когда субъекты, заключающие договор, выступают только в равном (а не властно-подчиненном) положении; раскрывается многозначность понятия договора — как средства правового регулирования (нормативно-правовой договор), как сделки (юридический факт) и как правоотношения.

• Договор, договорное право, нормативно-правовой договор, индивидуально-правовой договор, гражданско-правовой договор. • The article reveals the concept and meaning of the contract as a category of private law (shown by the design of a contract being usable in various branches of the law), highlights the controversial issue of whether a contract is an inter-branch complex category or still a sectoral (private law) category (construction) which is used in other branches of law in cases when the subjects concluding the contract act in equal (rather than imperiously-subordinated) positions, and reveals the polysemy of the concept of contract — as a means of legal regulation (regulatory agreement), as transaction (legal fact), and as a relationship. • Contract, contract law, legal contract, individually-legal contract, civil contract.

Слепченко Е. В. Производство по делам о банкротстве: новеллы законодательства о банкротстве • *Slepchenko E. V. Production on Bankruptcy Cases: Innovations in Bankruptcy Law*

Многочисленные изменения, которые были внесены в течение последнего года в Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», в определенной части касаются вопросов процессуального производства по делам о банкротстве. Изменения были внесены практически в каждую статью гл. III Закона о банкротстве, а также во многие статьи других глав Закона о банкротстве. Большинство изменений, касающихся процессуальных вопросов банкротства, носит уточняющий характер, но некоторые из них имеют принципиальный характер и могут рассматриваться как новеллы законодательства о банкротстве. В настоящей статье рассматриваются основные новеллы, касающиеся производства по делам о банкротстве. При этом излагаемый материал сгруппирован по стадиям процессуального производства. • Банкротство, арбитражный суд, процессуальное производство, судебный акт. • The numerous changes that have been made, within the last year, to the Federal Act of October, 26th, 2002 № 127-FZ «On Insolvency (Bankruptcy)», in part concern questions of the procedural matters of bankruptcy cases. Changes have been made practically in every article of Ch. III of the Bankruptcy Law, and also in many articles of other chapters of Bankruptcy Law. The majority of the changes, concerning the procedural matters of bankruptcy, are of a clarifying nature, but some of them are of a fundamental nature and can be considered as innovations in bankruptcy law. This article examines the main innovations which concern the procedures on bankruptcy cases. The stated material is grouped by procedural states • Bankruptcy, arbitration court, procedure, trial act.

Килинкар В. В. Из истории развития института гражданско-правовой защиты деловой репутации • *Kilinkarov V. V. On the History of the Institution of Civil Legal Protection of Business Reputations*

Представленное исследование посвящено истории зарождения и формирования института гражданско-правовой защиты деловой репутации, а вместе с ним и института защиты чести, достоинства, доброго имени, и является результатом системного историко-сравнительного анализа источников отечественного законодательства и российской юридической науки. • Деловая репутация, честь, достоинство, доброе имя, история, диффамация, клевета. • The present research covers the history of the origin and development of the institution of civil legal protection of business reputations as well as honor, dignity, good name, and is the result of a systematic historical and comparative analysis of sources on Russian legislation and on legal science. • Business reputation, honor, dignity, good name, history, defamation, libel, slander.

Зыкина Т. А. Проблемы реализации права работника на охрану труда • *Zykina T. A. Problems of Executing an Employees' Right to Labour Protection*

Статья посвящена анализу проблем реализации права работника на охрану труда в современных условиях. Обращается внимание на необходимость подхода к решению данной проблемы с учетом особой роли в улучшении охраны труда его гуманизации, способствующей изменению представления о ценности работника, учету его интересов, свойств его личности, потребностей и способностей. Делается вывод о необходимости включения понятия «гуманизация труда» в российский законодательство и практику регулирования трудовых и связанных с ними отношений. • Труд, гуманизация труда, охрана труда. • The article analyzes the problems of executing an employee's rights to labour protection today. Attention is drawn to the importance of the approach to solving this problem to take into consideration the particular role in improving labour protection, its humanization, which favours changing the notion of an employee's value, taking into account his interests, personality traits, needs and talents. The conclusion is drawn regarding the necessity of including the notion of "humanization of labour" in Russian legislation and the practice of regulating

labour relations and relations connected with them. • Labour, humanization of labour, labour protection.

Бугров Л. Ю. Увольнения работников в случаях появления на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения • Bugrov L. U. Dismissals of Workers in Instances of Coming to Work in a State of Alcoholic, Narcotic or Other Toxic Intoxication

Автор находит, что с позиций прав человека и интересов работников российскому законодательству требуется обязательная коррекция правил об увольнении работников в случаях появления на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения, особенно в части доказательств. Сложность ситуации связывается с тем, что объективно обоснованные общие социальные интересы и интересы работодателей противоречат указанной тенденции по ряду ее направлений. Предлагаются варианты консенсуса этих интересов с интересами работников. • Увольнение, опьянение, алкогольное опьянение, наркотическое опьянение, токсическое опьянение, трудовой договор, права сторон. • The author finds that from a standpoint of human rights and of the interests of workers, Russian legislation absolutely needs a correction of the rules on the types of dismissals being discussed, first and foremost as concerning evidence. The difficulty of this situation lies in the contradiction between common social interests and the interests of employers, on one hand, and the aspects of this need, on the other hand. Ways to a consensus between common social interests, the interests of employers and the interests of workers are proposed in the article. • Dismissal, intoxication, alcoholic intoxication, narcotic intoxication, toxic intoxication, labour contract, rights of parties.

Краснов А. В. Некоторые аспекты содержания поощрительных санкций правовых норм • Krasnov A. V. Certain Aspects of the Contents of Incentive Sanctions of the Rules of Law

Статья посвящена отдельным аспектам содержания поощрительных санкций правовых норм. Автор обосновывает необходимость рассмотрения санкций правовых норм через права и обязанности. На основе анализа действующего законодательства выявляются недостатки юридико-технических моментов закрепления поощрительных санкций и обозначается проблема соотношения законного интереса и санкции, содержащей поощрение. • Правовая норма, поощрительная санкция, права и обязанности, законный интерес. • This article is devoted to certain aspects of the contents of incentive sanctions of the rules of law. The author substantiates the necessity of viewing sanctions of rules of law through certain rights and duties. On the basis of the analysis of current legislation the drawbacks of the technical moments of performing incentive sanctions come to light, and the problem of the parity of legitimate interest and sanction containing encouragement is designated. • The rule of law, the incentive sanction, rights and duties, legitimate interest.

Михайлов А. М. Немецкая историческая школа права — разновидность «социологизма» как типа правопонимания? • Mikhailov A. M. German Historical School of Law — a Variety of “Sociology” as a Type of Legal Understanding?

В статье оспаривается принадлежность немецкой исторической школы права к социологическому типу. Автором кратко определяются сходства между немецкой исторической школой и социологической юриспруденцией; анализируются существенные философско-методологические различия. Делается вывод о чрезмерной степени обобщения философской типологии правопонимания, не позволяющей учесть существенные для юридического анализа черты. • Историческая школа права, социологическая школа, философия права, методология права. • The article questions the adherence of the German historical school of law to the sociological type. The common features of the German historical school and sociological jurisprudence are briefly defined and the essential philosophical and methodological differences are analyzed. The author concludes that philosophical typology of legal theories is too broad to grasp features essential for a legal analysis. • Historical school of law, sociological school, philosophy of law, legal methodology.

Павлова С. В. О культурологическом подходе в историко-правовой науке • Pavlova S. V. About the Culturological Approach to Historical-legal Science

Статья посвящена методологическим аспектам юридической науки. Автор предлагает применение культурологического подхода при анализе политико-правовых явлений, обосновывая необходимость учета влияния духовных факторов на исторические процессы. С этих позиций рассматриваются понятия права, общества и государства. • Культурология, культурологический подход, религия, религия и право, духовные основы государства.

• Article is devoted to the methodological aspects of jurisprudence. The author proposes the application of the culturological approach to the analysis of political-legal phenomena, justifying the necessity for accounting for the influence of spiritual factors on historical processes. From this perspective, the concepts of law, society and state are considered. • Cultural studies, culturological approach, religion, religion and law, spiritual foundations of the state.

Толстой Ю. К. Страницы воспоминаний. Н. С. Алексеев. К 95-летию со дня рождения (1914–1992 гг.) • Tolstoy Yu. K. The Pages of Memories. N. S. Alexeev. On the 95th birthday (1914–1992)

Академик Ю. К. Толстой дает многоаспектную характеристику видного организатора советской юридической науки 1960–1980-х годов Николая Сергеевича Алексеева. • Процессуалист, декан, юридический факультет, Ленинградский государственный университет, главный редактор, журнал «Правоведение». • Academician U. K. Tolstoy gives a multifaceted characterization of the prominent organizer of Soviet jurisprudence of 1960–1980ies, Nikolai Sergeyevich Alekseyev. • Proceduralist, dean, law department, Leningrad state university, editor-in-chief, "Jurisprudence" magazine.

BIBLIOGRAPHIA • Лебедев К. К. Об издании избранных трудов Анатолия Александровича Собчака • Lebedev K. K. On the Publication of the Selected Works of Anatoly Aleksandrovich Sobchak

Цивилист, профессор, мэр, Ленинградский государственный университет, Съезд народных депутатов РСФСР, собрание сочинений. • Jurist, professor, mayor, Leningrad state university, Congress of the people's deputies of the RSFSR, collected works.

Козлихин И. Ю., Зипунникова Н. Н., Соколова Е. С., Смыкалин А. С. [Рец. на книгу:] П е р е в а л о в В. Д. Теоретические и исторические аспекты российского юридического образования • Kozlihin I. U., Zipunnikova N. N., Sokolova E. S., Smykalin A. S. (Book rev.) Perevalov, V. D. Theoretical and Historical Aspects of Russia's Legal Education

Монография, теория права и государства, история, юридическое образование. • Monograph, theory of law and state, history, legal education.

Каратеев П. Ю. [Рец. на книгу:] В е т ю т н е в Ю. Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) • Karateev P. U. (Book rev.) Vetutnev U. U. State-legal Patterns (Introduction to the Theory)

Монография, теория права и государства, закономерность, случайность. • Monograph, theory of law and state, pattern, chance.

IN MEMORIAM • Памяти профессора А. К. Кравцова (1935–2009гг.) • In memory of professor A. K. Kravtsov (1935–2009)

Цивилист, профессор, план, право, Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов. • Jurist, professor, plan, law, St. Petersburg state university of economics and finance.

Памяти Михаила Исааковича Брагинского • In memory of Mikhail Isaakovich Braginsky

Цивилист, профессор, Гражданский кодекс, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. • Jurist, professor, civil code, Institute of legislation and comparative jurisprudence under the government of Russia.