

СИБИРСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

**«ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ
ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ
СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО
ОБЩЕСТВА»**

Международная научная конференция
(г. Красноярск, 30 сентября – 1 октября 2010 г.)

Сборник докладов
В двух томах

Том первый

Красноярск
«Центр информации»
2011

УДК 340
ББК 67
П78

Редакционная коллегия:

д-р юрид. наук, проф. *В.М. Шафиров (отв. редактор)*, д-р юрид. наук, проф. *С.А. Дробышевский*, д-р юрид. наук, проф. *А.Н. Тарбагаев*, д-р юрид. наук, проф. *Н.В. Щедрин*, д-р юрид. наук, проф. *Т.В. Сахнова*, канд. юрид. наук, доц. *Н.Ф. Качур*, канд. юрид. наук, доц. *Н.Л. Клык*, канд. юрид. наук, доц. *А.Д. Назаров*, канд. юрид. наук, доц. *А.В. Демин*, канд. юрид. наук, доц. *К.Н. Княгинин*, канд. юрид. наук, доц. *Е.И. Петрова*, канд. юрид. наук, доц. *А.И. Баянов*, канд. юрид. наук, доц. *А.А. Рудаков*, канд. юрид. наук, ст. преподаватель *А.А. Петров*

П78 «Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества», междунар. науч. конф. (2010 ; Красноярск). Международная научная конференция «Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества», 30 сент. – 1 окт. 2010 г. [Текст] : сб. докладов : в 2 т. Т. 1. / Сиб. федер. ун-т, Юрид. ин-т ; редкол.: В.М. Шафиров (отв. ред.) [и др.]. – Красноярск : Центр информации, 2011. – 476 с.

ISBN 978-5-905284-12-0 (т. 1)

ISBN 978-5-905284-11-3

В настоящем сборнике представлены доклады участников международной научной конференции «Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества», состоявшейся 30 сентября – 1 октября 2010 года в г. Красноярске на базе Юридического института Сибирского федерального университета, по широкому спектру вопросов совершенствования правовой системы с позиций модернизации.

Для юристов, политологов, историков, философов, социологов и всех, кто интересуется проблемами правовой науки.

УДК 340
ББК 67

ISBN 978-5-905284-12-0 (т. 1)
ISBN 978-5-905284-11-3

© Юридический институт
Сибирского федерального
университета, 2011

© Оформление, оригинал-макет,
Центр информации, 2011

ПРЕДИСЛОВИЕ

В настоящее время в российской юридической науке наблюдается повышенный интерес к исследованию различных аспектов проблемы «правовая система». И это не случайно. Происходящие кардинальные перемены в экономической, политической, духовной системах общества требуют не менее серьезных преобразований в правовой системе. Это обусловлено тем, что праву принадлежит фундаментальная роль, и, следовательно, без совершенных нормативных документов, эффективной правоприменительной практики, развитых правовой культуры, правового образования модернизация всех сфер российского общества невозможна.

Свой вклад в исследование данной проблемы, безусловно, внесла и Международная научная конференция «Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества», состоявшаяся 30 сентября – 1 октября 2010 г. в г. Красноярске на базе Юридического института Сибирского федерального университета. В ходе конференции специалисты в области теории и истории права, отраслевых наук, педагогики, философии, экономики, представляющие ведущие научные центры Москвы, Санкт-Петербурга, Поволжья, Северного Кавказа, Сибири, Урала и Дальнего Востока, а также практикующие юристы представили широкий спектр наиболее соответствующих парадигме российской правовой науки и юридической практики вопросов совершенствования правовой системы. Полезным опытом проведения правовых реформ в своих странах поделились ученые из Китая, Венгрии, Германии, Украины.

Среди участников 25 докторов юридических наук, 1 доктор исторических наук, 1 доктор философских наук и свыше 60 кандидатов юридических, педагогических и экономических наук, аспиранты и адъюнкты.

В настоящем сборнике представлены доклады участников конференции. В первой главе освещаются методологические, теоретические и исторические вопросы модернизации правовой системы. В других главах сборника рассматриваются актуальные проблемы модернизации правовой системы с позиций конституционного, административного и муниципального права (глава вторая), гражданского права и гражданского процесса (глава третья), хозяйственного и предпринимательского права (глава четвертая), финансового права (глава пятая), трудового и экологического права (глава шестая), уголовного права и криминологии (глава седьмая), уголовного процесса (глава восьмая), криминалистики (глава девятая). Все это дает основания надеяться на то, что данный труд хотя бы отчасти восполнит пробел, образовавшийся в последние десятилетия в правоведении, связанный с разработкой, углублением и совершенствованием проблем правовой системы современного российского общества.

В целом можно сказать, что сборник научных статей, освещающий правовую систему под углом зрения модернизации, будет полезен для юристов, политологов, историков, философов, социологов и всех, кто интересуется проблемами правовой науки.

Ответственный редактор – профессор В.М. Шафиров

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ, ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ: ЧЕЛОВЕКОЦЕНТРИСТСКИЙ ПОДХОД

Шафиров Владимир Моисеевич

Модернизация – процесс, придающий чему-нибудь современный облик, обновляющий его в соответствии с новыми взглядами, идеями и потребностями. Модернизации уделяют внимание, прежде всего, на техническом, экономическом уровнях. Когда же заходит речь о модернизации социальных институтов (организационных и функциональных), то нередко дело ограничивается декларативными пожеланиями типа: процесс модернизации должен обязательно проходить в атмосфере гуманизма, свободы, справедливости. Необходимой определенности в вопросе о том, в какой мере и каким образом процесс модернизации должен способствовать утверждению гуманизма, свободы, справедливости, – в социальных науках, исследующих модернизацию, пока нет. Данный недостаток присущ и правовой науке.

В то же время правовая интенция теории модернизации очевидна. Праву принадлежит фундаментальная роль в обновлении всех систем общества: экономической, политической, духовной. Но для этого оно само должно стать таким фактором роста, который обеспечивает гуманистическое развитие творческого начала в экономической, политической и, конечно, правовой жизни, опираясь на положительные, стимулирующие средства, т. е. без государственного принуждения. Выступая на Ярославском форуме с программной речью, Президент РФ Д.А. Медведев заявил, что необходимо «...правовое воплощение гуманистических ценностей и идеалов, т. е. Все те ценности, которых мы придерживаемся, должны иметь правовую рамку. Придание этим ценностям практической силы закона, которая направляет развитие всех общественных отношений, т. е. задает главные ориентиры общественного развития»¹.

Вместе с тем тот идеал права, который закреплён в Конституции РФ, ещё не получил необходимого целостного осмысления в теории и воплощения на практике. Остаётся востребованным образ формального, чисто внешнего, строго обязательно-принудительного права, для которого государство, а не человек остаётся центром «правовой вселенной». На такой концептуальной платформе усилия по модернизации вряд ли будут эффективны.

Поэтому центральный вопрос модернизации правовой системы: смена парадигмы в *правопонимании*. И это не случайно. Право – ядро правовой системы. Именно в праве должен быть заложен инновационный потенциал, который позволит провести необходимые (структурные и функциональные) изменения во всех блоках правовой системы в соответствии с требованиями современности. Таким ключевым требованием является создание условий для развития человеческого капитала.

Сегодня требуется такое видение права, для которого мерой всех вещей действительно выступает благополучие социально-правовой жизни каждого конкретного гражданина. Речь идёт не просто об учёте, уважении интересов личности, а о человеческом измерении права. А это уже совершенно другой подход, выходящий принципиально иной взгляд на право.

Он зиждется не на противопоставлении различных концепций права, а на их интеграции. Единство и взаимодействие всех положительных сторон разных тео-

¹ Пять признаков демократии // Российская газета. 2010. 13 сент.

рий (и особенно естественно-правовой и юридического позитивизма) на основе человеческого измерения позволяет обосновывать новое качественное явление – естественно-позитивное право, или позитивное право в человеческом измерении.

Важнейшие ценности, на которые необходимо ориентировать современное правопонимание, – свобода и справедливость. Право по своей сути, природе есть выражение свободы и её меры. Право как свобода проявляется в двух аспектах: *негативном и позитивном*. Наиболее адекватным и полным юридическим выражением свободы являются права и свободы. В правах и свободах реально, а не формально выражается свобода человека. В самих правах и свободах нет никакого долга, обязательности ни перед другими людьми, ни перед обществом, ни перед государством.

Право одновременно по своей сути, природе есть выражение справедливости и её меры. В языках многих народов словам «право», «правильный», «правда», «справедливый» придается одинаковый смысл, значение. Так, в латинском языке *ius (jus)* – право, справедливое притязание; *justiti* – справедливость и правосудие; в немецком языке «*Gerechtigkeit*» (справедливость) – «следование праву»; во французском языке «*Legitime*» (право) – «справедливость», «законность». В русском языке этимологически слово «справедливость» ближе к слову «правда». Поэтому один из первых и важнейших источников (памятников) русского права XI–XIV вв. назывался Русская Правда.

В отличие от свободы, предполагающей возможное поведение, справедливость требует должного, обязательного поведения. Свободой (правами и свободами) в том или ином случае человек может не воспользоваться, поступать же несправедливо запрещено. Общая мера справедливости права включает *условия правового равенства и условия правового неравенства*¹.

Изложенное позволяет по-новому осмыслить содержание права. Принято считать, что его составляют нормы права, безотносительно того, чем они наполнены. Отсюда характеристика норм как формальных, общеобязательных предписаний, безразличных к мотивам правомерно ведущих себя людей, восприятие права (то, что требуется юридическим законом) в качестве низшего предела или некоторого минимума нравственности. С этим согласиться нельзя.

Для личности имеют значение не *нормы* сами по себе, а те ценности, которые посредством их закрепляются, реализуются, отражаются. Такими жизненно важными, судьбоносными ценностями для правовой личности являются и служат *свобода* (права и свободы) и *справедливость* (баланс прав, свобод и обязанностей). Следовательно, права и свободы и обязанности, а не нормы составляют содержание права. Ведь именно человек, его права и свободы «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления» (ст. 18 Конституции РФ).

Вопрос о норме следует рассматривать в аспекте *формы права*. Право как нормативная регуляция не сводится к нормам или к их системе. Юридическая норма есть одно из её проявлений, один из носителей важнейшего свойства права. Поэтому когда речь заходит о непосредственной нормативной регуляции, то с ней должен ассоциироваться весь комплекс нормативных регулятивных средств (принципов, целей, задач, дефиниций, норм и т. п.), выступающих внутренней формой выражения права как общей меры свободы и справедливости. Только при этом условии возможно системное, концептуальное восприятие права в качестве нормативного регулятора поведения.

Кстати сказать, и те учёные, которые не разделяют отстаиваемый взгляд на содержание права (считая, что оно состоит из норм права), когда заходит речь о внутренней форме права, в качестве ее первичного элемента также называют норму права.

Итак, норма права – хотя и наиболее распространенный, но не единственный регулятор поведения. Напротив, нормативность немыслима вне разнообразия ре-

¹ Подробнее о праве как выражении свободы и справедливости см.: Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию : монография. Красноярск : ИЦ КГУ, 2004. С. 95–148.

гулятивных средств. Данные средства, прежде всего, необходимо разделить на две большие группы: регуляторы, закрепляющие модели возможного, и регуляторы, закрепляющие модели должного поведения. С позиций современного правопонимания особый интерес вызывают средства дозволения. Главное, что их объединяет, – это заложенные в этих регулятивных средствах права (возможности) человека и гражданина на совершение самостоятельных, по их усмотрению, действий.

Управомочивающие нормативно-регулятивные средства длительное время не являлись основным «строительным материалом» организации содержания позитивного права. В его структуре преобладали нормативные средства, закрепляющие общеобязательный характер права, должное поведение.

В процессе модернизации всех сфер российского общества их роль, как и общедозволительного типа правового регулирования в целом, объективно возрастает, становится определяющей.

Правовую свободу и справедливость нельзя поставить в жёсткие рамки, строго определить все их качественные и количественные характеристики. Однако нельзя их оставить без ориентиров различной степени определённости. Позитивного права вне той или иной степени формальной определённости вообще не существует.

Важно выстроить понятийный структурный ряд – «управомочивающие регулятивные средства». В нём выделим два основных структурных подразделения: а) управомочивающие нормы, б) управомочивающие нормативные обобщения.

В управомочивающих нормах находит выражение та сторона формулы («можно делать всё, что правом (законом) не запрещено и не противоречит ему»), которая связана с установлением заранее определённых, в значительной мере выведенных эталонов дозволенных действий.

Управомочивающие нормативные обобщения рассчитаны на правовую свободу (возможность), которую нельзя предварительно даже относительно точно измерить, нормировать, а следовательно, закрепить определённый объём прав и свобод. Нельзя определить права и свободы и с помощью норм (из-за их отсутствия), регулирующих сходные отношения (аналогия закона).

Поэтому и предусмотрены в праве принципы, цели, понятия и другие нормативные обобщения. Законодатель одновременно и закрепляет общую возможность, и даёт ориентиры (критерии правомерности) её осуществления. Это поможет любому правоактивному субъекту достичь желаемого результата и не допустить злоупотребления правами и свободами. В этом, прежде всего, и проявляется инновационный потенциал права, его способность развивать правомерную инициативу, творчество в деятельности всех субъектов.

Обращение к нормативным обобщениям не следует связывать с применением аналогии права. Использование термина «аналогия» применительно к ситуациям, связанным с установлением смысла законодательства, представляется не корректным. Исходить из смысла права нужно всегда, как в ситуациях, урегулированных конкретными нормами (включая и сходными), так и не урегулированных ими¹.

Переосмыслению подлежит вопрос о соотношении содержания права и его *внешней формы* (закона). Под последним принято понимать нормативный акт, регулирующий наиболее важные общественные отношения, обладающий высшей юридической силой и принятый всенародным голосованием (референдумом) либо представительным органом государства.

Думается, недостатком приведенного распространенного определения закона является то, что в нем слабо отражен объективный характер закона. Юридический закон – разновидность общественного закона. Следовательно, юридический закон (если это ЗАКОН) имеет объективный, необходимый, повторяющийся и устойчивый характер. В процессе законотворчества невозможно игнорировать данное обстоятельство. На предопределенность юридического закона объективными факторами особо обращал внимание К. Маркс, говоря, что законодательная власть не создаёт закона, она лишь открывает и формулирует его².

¹ Об этом см.: Шафиров В.М. Установление смысла законодательства и аналогия права // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 2-3.

² См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 162.

Объективный характер юридических законов предопределен следующими обстоятельствами:

- право обусловлено природой человека; каждый человек – правовая личность;
- основой жизнедеятельности человека являются потребности быть самим собой, в свободе выбора и деятельности, в справедливых взаимоотношениях с себе подобными.

Итак, подлинный закон (как нормативный акт, обладающий высшей юридической силой) должен быть только правовым. Его важно оценивать с содержательной, а не только с формальной юридической стороны. В правовом законе происходит органическое соединение естественного и позитивного права, или содержания, исходящего из природы человека, и содержания, определяемого государством. Не каждый закон можно считать правовым. основополагающим критерием, разводящим правовой и неправовой законы, служит положение о человеке, его правах и свободах как высшей ценности. В нем в концентрированном виде представлен общий смысл содержания внутренних законов самого права.

Если в ходе законотворчества берется во внимание только формально-юридическая сторона, то субъективная (усмотрение законодателя) составляющая в принимаемом законе будет преобладать. В результате в таком законе нередко закрепляются абстрактно сформулированные цели и задачи правового регулирования, популистские, противоречивые, дублирующие, несправедливые правила поведения; закон вводится в действие без пакета обеспечивающих его «работу» актов; принимается с плохо просчитанными социальными последствиями его реализации и т. д.

Модернизация в сфере правотворчества и должна быть направлена на уменьшение доли неправовых законов, а в дальнейшем на создание условий, делающих невозможность их принятия.

Юридическая практика – следующий элемент правовой системы. В настоящее время вырабатываются теоретические подходы усовершенствования судебной, прокурорской, следственной, органов внутренних дел и иной юридической практики. В рамках предлагаемой в данной публикации концепции модернизации выделим ряд общих для всех видов правоприменительной практики исходных идей.

1) Необходимо отказаться как от всеобщего от положения «Право обеспечивается государственным принуждением». Пока данному положению будет придаваться универсальное значение, от обвинительного уклона в юридической практике не избавиться, какие бы благие пожелания ни высказывались. Обеспечение права – многоаспектная проблема. Она не ограничена рамками государственно-принудительного воздействия, не должна отождествляться с ним. Сведение обеспечения права к принуждению объявляет главным в работе правообеспечительного механизма борьбу с отклоняющимся поведением. Это не соответствует действительному предназначению права в обществе. Определяющая миссия, предназначение, преимущество права (перед другими социальными регуляторами) в обществе, государстве состоит в закреплении и гарантировании прав и свобод.

2) Важно последовательно и неуклонно проводить в жизнь положение о том, что гарантировать права и свободы в любой форме – это не акт доброй воли или благотворительность, а прямой юридический долг государства, его органов, органов местного самоуправления, юридических и физических лиц, находящихся в положении обязанных по отношению к управомоченному индивиду.

3) В правообеспечительной деятельности органов публичной власти все возрастающее внимание следует уделять средствам содействия правомерному поведению управомоченного в нормальных ситуациях. Задача публичных органов в ходе организующей деятельности не принудить управомоченного к выбору правового варианта поведения, не навязать свои «услуги», а создать такие комфортные условия, которые со всей очевидностью демонстрируют преимущество юридических процедур, инструментов в приобретении необходимых благ. Формы содействия при использовании прав: правовое информирование, толкование (официальное легальное и неофициальное профессиональное), юридическое консультирование, установление правового положения личности, проведение юри-

дически значимых мероприятий, составление и выдача правовых документов, правовое представительство и т. д.

4) Правообеспечительный механизм также должен быть усилен и другими средствами позитивного воздействия, а именно расширением применения таких средств, как правовое стимулирование (льготы, поощрение), правовое обучение и воспитание. С учетом требований современности должна быть обновлена процедурно-процессуальная форма организации осуществления прав и свобод. Ее важно сделать простой (доступной), экономичной, оперативной, надёжной, безопасной.

5) Роль юридического принуждения в обеспечении действия права также необходимо обновлять. «...Оно должно быть жестким, но в то же время современным и гуманным в разумном смысле этого слова...»¹ Надо лишь не забывать о строго очерченном круге ситуаций применения жестких государственных мер. В частности, принуждение допустимо тогда, когда не соблюдаются права, не исполняются обязанности, произошло злоупотребление правами. При этом оно должно носить правовой характер, т. е. быть обогащено свойствами права и сообразно этому иметь законное нормативное обоснование, строиться в соответствии с требованиями закона и реализовываться в предусмотренных законом процедурных формах.

6) С учетом предлагаемой теории правопонимания необходимо скорректировать содержание такого признака правонарушения, как противоправность. Принято считать, что противоправность характеризует правонарушение как деяние, противоречащее требованиям правовых предписаний. С формально-юридической стороны все вроде бы верно. Не соответствует норме – значит нарушено право. А то, что произошло умаление, нарушение прав и свобод, уходит на дальний план. Не поэтому ли потерпевшие – наименее защищенные субъекты. Однако для них важнее, что будет с их попраными правами, когда и как будет возмещен вред. Об этом как раз и вспоминают официальные лица нередко в последнюю очередь. Их первоочередная задача – привлечь к юридической ответственности тех, кто нарушил нормативное предписание, а уж затем по остаточному принципу решать вопросы потерпевших. Положение дел может быть исправлено, если вопросы защиты прав и ответственности будут решаться одновременно. А противоправность деяния будет пониматься как «нарушение прав и свобод, закрепленных в нормах права».

7) Нужна не формальная законность, а законность, основанная на справедливости и разумности. Принято считать, что суть законности в строгом и неуклонном осуществлении всеми субъектами законов и подзаконных нормативных актов. Требование строгости означает недопустимость любых отклонений от предписаний нормативных актов, а требование неуклонности – устанавливает постоянство и неизменность данной линии поведения. При таком понимании главного в законности даже несправедливые, содержащие величайшую глупость законы надо соблюдать. Однако – это формалистический (коренящийся в юридическом позитивизме) подход к праву, законности. Следуя таким «правовым курсом», стоящие на страже законности органы власти, должностные лица вовсе не обязаны вникать во все особенности процессов, происходящих в обществе. Ведь их основная задача – действовать самим строго и неукоснительно в рамках установленных правил и обеспечивать законопослушание со стороны граждан. В данной атмосфере нетрудно превратиться в бездушных формалистов, буквоедов, безучастно относящихся к нуждам людей. Такое понимание законности входит в противоречие с конституционным положением о человеке, его правах и свободах как высшей ценности, а также со статьями Конституции РФ, в которых оно развивается, конкретизируется (ст. ст. 6, 7, 15, 17, 18, 19 и др.). Следовательно, законность – требование реализации не всякого законодательства (пусть даже совершенного с точки зрения юридической техники), а такого, которое адекватно воплощает правовые принципы, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека, объективные закономерности социального, а значит, и правового прогресса. Эту законность резонно предлагается определять как правозаконность.

¹ Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2010. 2 дек.

8) Только правозаконность может привести к правопорядку. Правопорядок – это состояние упорядоченности общественных отношений, основанное на праве и законности. Правопорядок – одна из конечных целей и результатов действия нормативно-регулятивных средств, целей и результатов соблюдения, исполнения требований законности. Он складывается в результате правомерных действий как публичных властных органов, так и граждан, их объединений. Так, важно иметь в виду, что не любое строгое и неуклонное применение юридических норм ведет к правопорядку. Можно поступить формально правильно и одновременно вынести (совершить) абсурдное и издевательское решение (действие). Формальное правомерное поведение граждан (из страха перед наказанием, построенное на личном расчете и игнорирующее интересы других, конформистское) также не очень надежный вариант установления правопорядка в обществе. Следовательно, действовать формально юридически еще не значит поступить по праву, установить правопорядок.

Важнейшими элементами правовой системы являются *юридическая наука и юридическое образование*. Уже отмечалось, что праву принадлежит фундаментальная роль в современном государстве. Но реально данная роль станет реализовываться, если *юридическая наука* займет соответствующее ей место в процессе модернизации. Новые идеи, концепции должны обсуждаться, внедряться не только учеными, а юристами-практиками. Сегодня юридическая наука даже на федеральном уровне недостаточно влияет на происходящие изменения в законодательстве, правоприменительной практике. Вот как описывается в «Российской газете» данный факт применительно к ситуации, возникшей вокруг Уголовного кодекса РФ: «Уголовно-правовые нормы корректировались столько раз, а очередные новеллы включались без учета уже имеющихся норм так часто, что УК стал бессистемным, в нем утратилась ясная, объективно обусловленная концепция. По ряду концептуальных вопросов главный уголовный закон не выдерживает никакой критики и не соответствует современным реалиям. Такие принципы, как законность, вина и справедливость, приобрели в нем декларативный характер...

Более того, некоторые уголовно-правовые нормы прямо провоцируют злоупотребления, поскольку позволяют судьям произвольно выбирать размер наказания в пределах неоправданно широкого диапазона наказаний – например, от 5 до 15 лет»¹.

Еще сложнее обстановка с внедрением достижений юридической науки на региональном, местном уровнях. Органы государственной, местной власти, суды, правоохранительные органы направляют мало заказов на исследование различных аспектов региональной, муниципальной правовых систем, хотя реальных правовых проблем здесь предостаточно. Соответственно небольшое количество научных разработок становится достоянием практических работников. К сожалению, к теоретическим изысканиям у практических работников нередко вообще довольно скептическое отношение. Выходом из столь неблагоприятной ситуации могли бы, например, стать совместные проекты (а значит, и совместные творческие коллективы), проводящие исследования по наиболее актуальным для региональной и местной практике вопросам.

Юридическое образование также нуждается в модернизации. Образование – ключевое условие инновационного развития всех сфер общества, важнейший фактор национальной безопасности. Современная эпоха – это глобальное соревнование интеллектов. Поэтому как никогда требуются умные, творчески мыслящие, изобретательные, разносторонне подготовленные специалисты. И здесь главное, безусловно, – вопрос качества образования. Состав (структура) качества образования включает в себя:

а) качество подготовки учащихся как будущих абитуриентов, студентов. Для этого потребуются создать систему довузовского правового обучения и воспитания школьников. Она должна состоять из гражданского (предпрофильного) правового образования для учащихся 1–8-х классов и профильного (начального профессионального) правового образования для учащихся 9–11-х классов. Это позволит постепенно ввести молодого человека в мир правовых идей, ценностей.

¹ Ямшанов Борис. Кодекс раскроили в лоскуты// Российская газета. 2010. 16 сент.

Начинать обучение праву в вузе – серьезная ошибка, ведь трудно же представить, например, чтобы математике начинали учить в университете.

Следует отменить льготы для абитуриентов, позволяющие без конкурса поступать в вуз. Среди «льготников» много неуспевающих студентов, кандидатов на отчисление. Это делает их неконкурентоспособными и в будущей профессиональной карьере. Поэтому считаю, что для таких абитуриентов целесообразно создавать различные формы дополнительной усиленной и бесплатной подготовки по предметам вступительных испытаний в юридический вуз. И тогда, получив высокие баллы по ЕГЭ, они смогут на равных участвовать в конкурсе, а затем успешно учиться в юридическом высшем учебном заведении.

Нуждается в существенном изменении целевая форма обучения. В частности, должны быть четко урегулированы вопросы прав, обязанностей, конкурсного отбора, гарантий, контроля, юридической ответственности всех сторон договора о целевой подготовке;

б) качество знаний, навыков, умений студента, состояния его духовно-нравственной культуры. Сегодня нужна не только умная экономика, основанная на интеллектуальных достижениях, но и умная юриспруденция, а значит, умные специалисты-юристы.

Однако пока учебный процесс в целом, знания многих студентов не дотягивают до требуемого уровня. Внедрение новых стандартов, современных обучающих технологий должно работать на главное – реальное, (а не на бумаге) повышение качества образования.

Необходимо, опираясь на современное правопонимание, готовить:

- не узких специалистов, а широко образованных, с фундаментально-прикладными знаниями, опытом НИР профессионалов; недопустим приоритет навыков над знаниями;
- не формалиста, готового намертво стоять за букву предписания нормативного правового акта, а справедливого, разумного юриста, способного соотносить свои действия и принимать решения как с учетом особенностей личности, каждой сложившейся жизненной ситуации (а если требуется, и происходящих процессов), так и со смыслом права и законодательства;
- увлеченного, профессионально мотивированного человека, для которого юриспруденция во многом определяет линию его профессиональной и личной жизни;
- специалиста, для которого уважение, обеспечение прав и свобод личности – приоритетная цель, смысл его практической деятельности;

в) качество работы преподавателя. Его составляющие: высокий педагогический, научный, организационный, воспитательный потенциал, а также личные этические качества, такие как профессиональный долг, ответственность, честность, совестливость;

г) качество образовательного процесса. Оно зависит от его организации, наличия научных школ, достаточного количества квалифицированных преподавателей, понятной и реально выполнимой системы требований, предъявляемых к студентам и преподавателям, учебно-методического обеспечения, материальной базы;

д) качество производственной практики. Производственная практика – часть образовательного процесса. Отсюда важно, чтобы ее руководителями назначались наиболее грамотные, творчески мыслящие юристы, способные применять достижения юридической науки в своей профессиональной деятельности. Задача производственной практики, с одной стороны, углубить, конкретизировать полученные теоретические знания, а с другой – побудить студента к их дальнейшему наращиванию. Более того, хорошо организованная, содержательная производственная практика, заслуженная оценка по ее итогам – мощный стимул для формирования у студента установки на качественную учебу. Тогда у него не будет проблем со сдачей (после окончания вуза и получения диплома) государственного квалификационного экзамена на право занятия определенными видами юридической деятельности. Ввести такой экзамен предложила Ассоциация юристов России.

Заканчивая изложение вопроса модернизации правовой системы, необходимо отметить следующее. Обычно принято говорить о национальной правовой

системе в целом. Это оправданно. Однако данный феномен – сложное образование. Изучение правовой системы только на федеральном уровне не позволяет сразу охватить все тонкости, детали ее строения и функционирования. Поэтому необходимо вычленять и исследовать другие уровни правовой системы: региональный, местный и локальный. Это позволит на общей теоретической основе добиться синхронизации, сбалансированности проводимых мероприятий по модернизации правовой системы, оперативно выявлять места «сбоя», своевременно вносить коррективы для дальнейшего развития. Целое не может существовать без своих частей, как и, наоборот, части не существуют без целого.

МОДЕРНИЗАЦИЯ ПОЛИТИЧЕСКОЙ И ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ И ИДЕОЛОГИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Мартышин Орест Владимирович

Общепризнано, что модернизация правовой системы не сводится к внедрению современных технических средств. Проблема значительно шире. Речь идет об обновлении всей системы права по существу, ее юридического, социального и политического содержания.

Одно из важных направлений модернизации – политическая и правовая культура. Ясно, что она должна обновляться в связи с принципиальными изменениями в российской государственности, произошедшими в начале 90-х гг.

Лучший путь развития культуры вообще, политической и правовой культуры в частности, – естественная эволюция. Культура с трудом поддается государственному регулированию и управлению. Тем не менее не следует преувеличивать стихийность этого процесса и недооценивать влияние государственной власти и идеологии. Любое государство стремится к насаждению культуры определенного типа, соответствующей его природе и целям, его идеологии. Всякое современное государство идеологизировано, оно отстаивает определенную систему ценностей, при этом декларации нередко расходятся с практикой.

Россия переживает один из этапов особенно активного воздействия государства на формирование политической и правовой культуры. Средство этого воздействия – идеологическая пропаганда, призванная внедрять новые традиции.

Официальная пропаганда всего постсоветского периода характеризуется отрицательным отношением к советскому прошлому. Но этот период с идеологической точки зрения неоднороден, он распадается на два десятилетних этапа с разным пониманием идеалов государственного строительства. В первое десятилетие четко просматривается идеологическая тенденция вестернизации. Западные государства объявлялись образцом, их называли современными цивилизованными государствами, и ставилась задача построения такого же современного государства в России. Это предполагало демократию, гарантии прав человека, господство права и т. п.

Во втором десятилетии центр тяжести идеологической пропаганды заметно сместился. Демократия как официальная цель и идеал сохраняется, но был выдвинут тезис о своеобразии российской демократии, о необходимости учета специфических национальных условий, ценностей и традиций. Методологически это абсолютно правильное положение, подтверждаемое веками исторического развития и многими великими политическими мыслителями, в первую очередь Монтеस्कье с его учением об общем духе народа, который определяет характер законов и политических институтов.

Серьезнейшая проблема состоит в оценке условий и традиций в контексте целей развития, в выборе того, что следует поощрять и культивировать, что терпеть как неизбежное и, возможно, временное зло, от чего избавляться, а с чем решительно и последовательно бороться.

Ряд тенденций современной идеологической пропаганды в РФ заставляет усомниться в правильности выбора. К ним относятся идеализация монархического прошлого России, отрицание каких бы то ни было положительных результатов революции, неуклонно расширяющееся и активизирующееся внедрение права в политическую и правовую культуру, апология социального неравенства, культ богатства, призывы к формированию элитарного правящего слоя, провозглашение российского консерватизма идеологией правящей партии. Этими установками подменяется анализ сложнейших социальных проблем, которые не могут не обостряться в связи с формированием капиталистического общества в условиях ослабления законности.

Создается впечатление, что отмеченные консервативные тенденции явно не способствуют модернизации политической и правовой системы.

О КРИТЕРИЯХ ОЦЕНКИ НАУЧНЫХ ИДЕЙ В ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Дробышевский Сергей Александрович

В юридической науке весьма часто формулируются разные представления относительно надлежащей организации правового регулирования в конкретном государстве применительно к определенному периоду времени. Причем выделенные воззрения, подчас развертываемые в сложные теории или доктрины, нередко претворяются в действительность. А это предполагает изменение в соответствующих странах ранее существовавших здесь систем права при их противоречии упомянутым взглядам. И подобные модификации являются прогрессивными отнюдь не всегда. Иногда они приводят к деградации государственной жизни там, где предприняты.

Однако есть шансы избежать отрицательных для государства последствий от реализации юридических идей, если предвидеть указанные негативные результаты, исходя из самого характера анализируемых представлений, еще до осуществления их на практике. По этой причине вопрос о позволяющих такое предвидение критериях оценки научных воззрений в юриспруденции актуален в любой стране в каждый исторический период, в том числе и в современной России.

Для верного ответа на него нужно иметь в виду, что государство существует в природе и является ее частью. Притом естественные закономерности используются людьми, живущими в таком социальном организме, в ходе правового регулирования для достижения целей этого сообщества. Последние включают не только самосохранение, но и прогресс государственной организации.

Когда научные идеи в правоведении соответствуют совокупности отмеченных природных закономерностей, она обыкновенно верно отражается в праве, которое, как правило, формулируется при учете достижений юриспруденции. В результате выделенные цели государства реализуются успешно. Но этого не происходит в случае противоречия научных идей в правоведении анализируемым естественным связям. Вот почему вторые выступают критериями оценки правильности формулирования первых как средств для осуществления рассматриваемых целей.

Сами по себе природные закономерности, используемые в ходе правового регулирования, познаются науками – естественными и техническими, медицинскими и общественными, фундаментальными и прикладными. Причем от юриспруденции в силу ее влияния на право зависит, будут ли перечисленные направления исследования природы развиваться, равно как и темпы их прогресса. Так, еще Аристотель отмечал, что наука, занимающаяся познанием правового регулирования, является главной в государстве. Именно она определяет, нужно ли

здесь и в какой мере уделять внимание остальным направлениям научного исследования¹.

Для достижения указанных целей государства юриспруденция должна максимально способствовать изучению всех природных закономерностей, выступающих критериями оценки ее собственных идей. Поэтому правоведение призвано влиять на право так, чтобы обеспечивать всемерное совершенствование наук, исследующих эти естественные связи, без какого-либо исключения.

Разумеется, природа никогда не может быть познана полностью. И неизвестные людям ее закономерности, воздействующие на государственную жизнь, будут не только в условиях современности, но и в грядущие времена восприниматься человеческими индивидами как случайности². Но хотя для того, чтобы отвратить от себя негативное влияние последних, человечество подчас обращается к религии, наука есть лучшее средство противодействия указанному злу. Ведь именно научное исследование способно увидеть за случайностями природную закономерность, которую возможно учесть в юридических идеях и сознательно использовать при правовом регулировании для удовлетворения социальных потребностей.

Некоторые из выделенных естественных связей, способных к употреблению в качестве критериев оценки научных идей в юриспруденции, являются очевидными. Например, государство, где действует право, есть человеческое общество на определенной территории, независимое от остальных аналогичных образований. И всякому отмеченному социальному организму присущи закономерности функционирования, при отступлении от которых он погибает. Таковые и могут служить упомянутыми критериями.

Сюда относится прежде всего выполнение людьми трудовой деятельности. Кооперация людей в пределах государства есть еще одна этого рода обязательная закономерность функционирования имеющегося здесь человеческого коллектива, способная выступить в качестве критерия оценки научных идей в юриспруденции.

Чтобы нормально трудиться и кооперировать, человеческим индивидам обязательно нужен мир в рамках сферы, где они интенсивно общаются, т. е. в пределах территории государства. Вот почему и мирный характер взаимодействия людей здесь относится к исследуемой группе очевидных природных закономерностей, которые могут служить критериями оценки научных идей в юриспруденции.

К сожалению, не всегда просто отличить юридические идеи, способствующие миру между людьми в государственной организации, от препятствующих его установлению. Так, серьезную ошибку в данном отношении сделал Т. Гоббс. Как известно, для поддержания мира в государстве он советовал воплотить в жизнь с помощью общеобязательных норм, исходящих от суверена, естественные законы, сумма которых в наиболее общем виде выражена в виде формулы так называемого «золотого» правила: «Не делай другому того, чего ты не желал бы, чтобы было сделано по отношению к тебе». Однако осуществление предложения Т. Гоббса имело бы противоположный результат. Это спустя века показал Г. Кельзен. По его словам, человеческие индивидуумы, даже находящиеся в одинаковых условиях, подчас «хотят разного». То, что одно лицо считает хорошим обращением для себя, иным может восприниматься в качестве плохого. Вот почему в государстве при реализации буквальной трактовки «золотого» правила неизбежно возникновение множества конфликтов, способных обречь упомянутое сообщество на распад.

Критерии оценки научных идей в юриспруденции не исчерпываются выделенными природными закономерностями, часть которых рассмотрена. Прежде всего очевидно, что невозможно судить о соответствии этих представлений таким естественным связям, если первые непонятны или противоречивы. Отсюда понятность и непротиворечивость юридических научных идей выступают обязательными условиями для подобного рода суждений и должны быть отнесены к числу исследуемых критериев.

Равным образом в роли последних способны выступить цели государства, в том числе уже отмеченные. Правда, они должны соответствовать обсуждаемым

¹ См.: Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. М., 2010. С. 41.

² См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 52.

природным закономерностям, быть понятными и совместимыми друг с другом, чтобы успешно реализовываться на практике.

Одной из упоминавшихся целей государства является социальный прогресс. Он, безусловно, соответствует природным закономерностям функционирования всякого такого организма и имеет ряд проявлений или показателей.

Научные идеи в юриспруденции способны находиться в непримиримом конфликте с многочисленными показателями социального прогресса. Поэтому и последние в состоянии с пользой для государства выступать критериями оценки анализируемых воззрений.

К критериям оценки научных идей в юриспруденции следует отнести и право. Но если составляющие его юридические нормы несовместимы с закономерностями выживания и прогресса государства, а также с требованиями понятности и непротиворечивости, то отсюда вытекает вполне определенное заключение. Эти правила окажутся неспособными обеспечить самосохранение и совершенствование государственной организации. Вот почему для реализации указанных здесь целей право должно быть не верховным или главным критерием оценки юридических научных идей, а занимать в иерархии подобного рода мерил подчиненное положение по отношению к ранее охарактеризованным.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ИЛИ ДИЛЕММА ИДЕАЛА: САДОВОДСТВО ПРОТИВ МЕХАНИЗАЦИИ

Чаба Варга¹

[Краткое содержание] Постдиктаторские модели перехода (трансформации) могут быть либо полным разгромом, уничтожающим былую целостность, предотвращающим возрождение местных обычаев в процессе перевоспитания людей для перехода к демократии (как после Второй мировой войны), либо простым декларированием обязательности верховенства права, действующего в дальнейшем (как при посткоммунизме).

Практика может измениться в зависимости от того, является ли верховенство права рядом ожиданий, категорически абсолютных и полностью кодифицируемых, или только допустимым идеалом, развивающимся в ответ на определенные сигналы при данных исторических условиях. Тогда это – искусство балансирования между противоречивыми ценностями в пределах его духа (идеала): процесс балансирования никогда не закончится, поскольку это процесс обучения и исследования, выявляющий новые черты. В конечном счете выбор должен быть сделан между моделями отношений: дрессировщика в цирке и садовника, выращивающего растения. Мы можем встретиться с искушением замены прошлого нигилизма разновидностью фетишизма, характеризуемого зависимостью этих стран от образца, следуя которому ослабляется их ответственность, жизненно необходимая для успешного восстановления.

I

Одна из моделей постдиктаторского режима трансформации представлена полным разгромом, сопровождаемым последующим установлением военной администрации и юрисдикции, разрывающих непрерывность с прошлым, предотвращая возвращение местных обычаев в процессе перевоспитания для перехода к демократии, как это было продемонстрировано антигитлеровской коалицией после Второй мировой войны в Германии, Италии и Японии. С другой стороны, совершенно иная модель заключалась просто в декларации существования распро-

¹ Перевод: аспирант кафедры теории государства и права СФУ Н.Н. Лузина, доцент кафедры лингвистики и межкультурной коммуникации Л.Г. Гоцко. Научный редактор: канд. юрид. наук, доцент И.Д. Мишина.

странённой системы верховенства закона, установленной начиная с искусственного «нулевого момента», как была вынуждена сделать Центральная Европа после провала коммунизма. Соотношение затрат и выгод двух моделей почти противоположно, как для одной, так и для другой стороны¹.

Характеризируя их различия схематически, можно отметить, что у обеих моделей общее то, что они обе просто вводят новый, по сей день неизвестный режим с момента, когда власть переходит в другие руки².

США с Антигитлеровской коалицией после Второй мировой войны	США с мировыми силами после провала коммунизма
<i>Путём победы вооружёнными силами и оккупацией</i> Путём жесткой силы фактов	<i>Путём распространения верховенства права, системы правового государства</i> Путём простого объявления реформы
Военная администрация	Экспериментирование
Навязанное вмешательство – вместо демократической мобилизации	Нет как такового переходного периода
Военное правосудие (Нюрнберг, Токио)	Прошлое не оспаривается
Прерываются обычаи прошлого путём развала и уничтожения	Продолжение прошлых обычаев, сопровождается реорганизацией, упорядочиванием, узакониванием
Переход к истинной демократии	Квазидефективная демократия

Их самое поразительное различие, возможно, в неотъемлемом цинизме и утопии (напоминающими о некоторой антиисторической всеобщей силе, случайно известной главным образом из медовых месяцев революции)³, который преобладает над выбором, принятым сегодня во всем мире. Сам факт, что подлинный переходный период исключен из этого драматического изменения, и в теории и на практике, и что полноценное верховенство права просто объявляется вступившим в силу при переходе от одного момента к другому⁴, непременно приведет по существу к обратному результату. А именно – новый режим с непременным избытком ограничений и недостатком власти при отсутствии инструментов для безопасного управления, лучше всего развивающихся в процессе установления новых обычаев перед лицом ежедневных конфликтов, возникающих в результате практического исполнения, означая, что необходимы длительные периоды време-

¹ Для первого описания вышеупомянутого в контексте, предлагающего объяснение того, почему Соединенные Штаты Америки изменили предложенные модели, см.: Варга. Преобразование к верховенству права от незаконного: Социальная структура демократического перехода в Центральной и Восточной Европе // Журнал Коннектикута Международного права. 1993. С. 487–505.

² Для сравнения, например: Вольфганг Фридман. Союзническое военное правительство в Германии. 1947, Лондон: Стивенс; Ила Э. Ноблемен, (1950) «Американские военные правительственные суды в Германии: их роль в демократизации немцев», Футы. Макферсон, Га.; Джон Д [iskey] Монтгомери, (1957) «Вынужденный быть свободным: искусственная революция в Германии и Японии», Чикаго: Издательство Чикагского университета; Л.Х. Рэдфорд (редактор), (1977) «Занятие Японии: воздействие правовой реформы», Норфолк, Va.: Макартур Мемориэл; Дитер Вэйбель, (1996) «От благосклонной деспотии к господству права: степени развития американского состава Германии, в 1944–1949», Тюбинген: Мавр; Бернхард Дистелкамп (Эд), (1996) «Между непрерывностью и чуждым определением: к влиянию оккупационных властей на немецкий и японский правопорядок, с 1945 по 1950», Тюбинген: Mohr.

³ См.: П.А. Сорокин. Социология Революции. Филадельфия и Лондон: J. B. Lippincott Co. 1925.

⁴ Comp. with the declaration of the Hungarian Constitutional Court's first (founder) president, László Sólyom, messaging in sharp terms—as included in Irena Grudzinska-Gross (ed.), (1994) «Constitutionalism in East Central Europe: Discussions in Warsaw, Budapest, Prague, Bratislava», Bratislava: Czecho-Slovak Committee of the European Cultural Foundation, p. 51—that «I am upset and irritated by the term »transition«: for how long are we going to be in transit?! Three years is a very long time in a historic era of rapid change. From a legal point of view, transition was accomplished [...] on October 23, 1989 [...]. Hungary must be considered to have been a law-governed state since that time [...] so from a legal angle there is no further stage to transit to.»

ни, в конечном счете будет лишь переустанавливать своё собственное опровергнутое прошлое. Он сделает это в новой форме и при новой законности, но произойдет возрождение прошлых властных отношений и установленных связей, безмолвно ожидающих осуществления единственной цели быть реорганизованным, так, чтобы через некоторое время они могли шаг за шагом воссоздаться вновь и в конечном счёте также взять на себя инициативу в повсеместном политическом и социально-экономическом процессе.

Другими словами, самый вероятный исход будет диалектическим *Aufhebung* (тройка Гегеля: отрицать / сохранять / поднимать), отрицанием и отсечением прошлого. Вот как прошлое может стать настоящим и определить позднее исторический исход периода.

Всё это означает, что различные исторические события, а также причины и условия, при которых эти события происходят, могут предопределить подход к оценке базовой идеологии и общему результату, оказавших влияние на весь переходный процесс. Соответственно, военная угроза с необходимостью самообороны играла важную роль в первом случае. Во втором случае главными мотивами были извлечение выгоды из данной ситуации и распространение контроля над определенными странами. В течение многих лет просматривалось ярко выраженное стремление вернуться к стандарту Европы¹, который изначально имел преимущественно общепринятую структуру (по образцу ЕЭС, а ранее НАТО). Целью была постепенная интеграция в их большую схему². В общем искажённые интересы по крайней мере одной мощной державы среди основных партнёров в преобразовании являются, возможно, главным объяснением, почему и как довольно таки явная искусственность (неестественность) общей обстановки глубоко характеризует вторую модель перехода (переходного режима).

Угроза потери собственных жизней	Угроза взятия под контроль определенных стран в атмосфере властного вакуума и взаимной финансовой зависимости
Назначение акторов и установление актов	Ведется представителями, пережившими прежний режим
Военный режим, принимаются военные меры	Принятие уже готовых схем, взятых из ЕС и/или присутствующих на рынке ³
Никаких проблем, касающихся внутренних государственных интересов	Почти полное пренебрежение к внутренним государственным интересам
Осуществлены тщательные перемены	Ничего не меняется кроме техники управления

В конце концов это привело к перестройке привычной всем картины, в то время как по существу продолжается та же самая игра с теми же правилами, лишь происходит частичная замена вовлеченных игроков.

Особо жесткий график, ускоренный в течение самого преобразования, вместе с ощутимой нуждой формально присоединиться к стандартной Европе, обеспечил условия по внедрению огромного количества иностранных нормативных

¹ Страны, сосредоточенные в Центральной Европе, фактически принадлежали Западной Европе (вместо Восточной) в течение последней тысячи лет, даже если политические соглашения, возможно, вывели их в такое состояние, чтобы быть подвергнутыми полномочиям Восточной Европы, как случилось в последний раз с частью Ялтинского соглашения в 1945. Для исторического краткого обзора см.: Jenő Szűcs, «Три Исторических области Европы» (1983) 29 Протоколов Историка Академии Сайентиэрум Хунгарикэ 131–184 (переизданный в частях в Volkmar Gessner, Armin Hoeland & Varga (редактор), (1996) «Европейские Юридические Культуры», Альдершот, Брукфилд США, Сингапур, Сидней: Дартмут, с. 14–48.

² Для сравнения см.: Армин Хелэнд, Эволюция права в Центральной и Восточной Европе: как присутствуют на возрождении «Закон и развитие»? // Право и Общество. 1993. № 25. С. 467–488.

³ Для сравнения см.: Уго Маттеи, (1997) «Вводящее Юридическое Изменение: проблемы и Перспективы в Меньшем количестве Развитых стран» [Семинар по Всемирному банку на Правовой реформе в Вашингтоне, округ Колумбия, 14 апреля 1997] [рукопись], Berkeley & Trento.

материалов, без особой возможности и способности их усовершенствовать либо внести в них изменения.

Схема верховенства права, которая развилась в относительно ранний период преобразования (буквально предшествуя полному распаду коммунизма и тем самым в начале любой истинной схемы верховенства права, приходящей в действие) со всеобъемлющими легалистическими представлениями и ярко выраженным юридическим отношением к самому процессу (в ответ на бывший правовой нигилизм, который является топливом для любой диктатуры, и в ответ на всеобщее стремление покончить со сверхполитизацией повседневных вопросов, характерной для эпохи коммунизма), может только содействовать в достижении итога. После одного-двух сроков деятельности свободно избранных парламентов и правительств, предвещаая и переворот, и фундаментальную перемену прошлого режима, силы новых-старых в основном, силы «старого режима» будут способны заново взять контроль с новыми и, казалось бы, оправданными лозунгами, но фактически раскрывая страну свободному рынку мирового капитала, без должного внимания к местным интересам, которые нуждаются в утверждении и защите.

	Огромные затраты военного вмешательства	Контроль почти без затрат
Краткосрочные перспективы	Нет вопросов о воздействии на послевоенные жизненные стандарты	Пониженные жизненные стандарты и потеря национальных богатств
Долгосрочные перспективы	Радикальное обновление, в обмен успех	Неуверенность в будущем с надеждой и нарушенными обещаниями

В более широкой исторической перспективе все это могло повлиять на то, как верховенство права понимается и реализуется в прошлом и сегодня, ведя к строгому разделению особенностей (характерных черт), насколько это рассматривалось в научно-философских и научно-методологических исследованиях. Этот вопрос включает в себя концептуализацию исторической идеи, которая с развитием стала играть формирующую роль в распространении правовой практики как идеал, требующий в равных количествах и развития в интеллектуальном плане, и отношения к нему, как к самой онтологии социального существования¹. Противоположные тем, которые преобладали как два исторических примера тогда и сейчас, предположения о переходном периоде к верховенству права могут быть повторно рассмотрены.

Конкретно-историческое понимание «верховенство права»	Абстрактно-абсолютистское понимание «верховенство права»
Ср.: Карл Шмитт: ² История с идеалами в прошлом уникальна, привязана к условиям	Универсализм с самого начала
Ср.: Эдмунд Бёрк: За достижения нужно бороться	Дело лишь в воле, решительности и провозглашении
Ср.: Социологизм: Мы, личности и общество – все культурно привязанные продукты	Ср.: Механический (псевдобиологический) детерминизм: Для любого общества, в любое время и при любых условиях

¹ Для онтологического статуса и значения юридических мировоззрений [юридические идеологии] в существовании закона см.: Варга, (1985) «Место закона в мировом понятии Лукача», Будапешт: Akadémiai Kiadó.

² Для сравнения см. Варга, (2005) «Изменение парадигм в юридической реконструкции (Карл Шмитт и Искушение наконец достигнуть синтеза)», в Питере Уохлгрене (редактор)., Взгляды на юриспруденцию: эссе в честь Джеса Бджэрупа, Стокгольм: Стокгольмский Институт скандинавского Закона [= 48 Скандинавских Исследований в Законе], стр. 517-529 так же как (2004) LXXXI Международный журнал философии права.стр. 691–707.

Настолько острое различие в основных предположениях поясняет, почему в первом случае истинная и во многом оригинальная демократическая организация была конечным итогом, хотя по крайней мере в то время являлась обманом, и во втором случае – учреждением, с самого начала дефективной политико-правовой культуры, ничего не дающая, кроме как понижение стандартов, руководствующаяся современными направлениями, сопровождающаяся низкой эффективностью в качественном выборе (по пророчествам «революции масс», описанной Ортегой Гассетом почти 80 лет назад¹.

II

Практика в Центральной и Восточной Европе меняется в зависимости от того, задумывалось ли «верховенство права» как набор ожиданий, который нужно считать категорически совершенным (абсолютным), псевдо исчерпывающе готовым и непрерывно шифруемым, либо же оно принято как уважаемый идеал, который развился в ответ на особенные испытания в определенных культурах и при определенных условиях. То есть «верховенство права» рассматривается как искусство балансирования между различиями и разногласиями конфликтующих ценностей и интересов внутри своего же духа, или, другими словами, как бесконечное усилие, как никогда не заканчивающийся процесс изучения, как комплекс разных точек зрения и сдвигов, слоев и уровней, который раз за разом выводит новые черты на поверхность, как только поле повседневного распорядка (либо только в типичных ситуациях или в самых простых решениях) покидается в пользу новых испытаний на своем пути².

Соответственно, расхождение в понимании, так как оно предоставлено выше, повторяется ниже в таблице.

«Верховенство права» как особый исторический идеал	«Верховенство права» как абстрактное, универсальное заявление
Собственные достижения в ответ собственным задачам	Готовый рецепт, где-то созданный и кем-то усовершенствованный
«Это не должно быть договором на коллективное самоубийство» ³	Просто должно быть любой ценой приведено в исполнение
Часть определённой для нас культуры	Распределение минимальных условий
Быть отзывчивым и творчески развитым, чтобы годиться на совместную жизнь	Быть безоговорочно уважаемым (как главный критерий выживания) как член данного клуба

¹ Хосе Ортега-и-Гассет (1930) «Восстание масс», Мадрид: Журнал запада [и «Восстание масс», Лондон: Аллен и Анвин – Нью-Йорк: Нортон 1932, а также Нотр Дам: Издательство университета Нотр Дам, 1985.

² Для восприятия того, что теперь ясно замечено – даже если неправильно – как беспрецедентное историческое исключение в местном (или региональном, но в любом случае значительном) контексте, может быть перемещен в модальность, далее приспособленную от – предположительно копируя – прошлое исключение, сделанное где-то в другом месте, модальность, которая была уже соединена и подавлена рутинной, для сравнения см.: Эрик А. Posner & Adrian Vermeule, «Транзитное правосудие как обычное правосудие» (2004) 117 Harvard Law Review C. 761–825 и <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/resources/40.eap-av.transitional.both.pdf>>.

³ «Верховенство права не является и не должно быть коллективным договором о совместном совершении самоубийства» – как преподавал Джон Финнис в Будапеште 19 февраля 1990 г., на международной конференции по вопросам «Верховенства права/Rechtsstaatlichkeit», созданный политической партией FIDESz (теперь самой сильной против старо-новых коммунистов в парламенте), обращаясь к соображению выше, как фактически единственному и исключительному сообщению, наш регион может извлечь его, как разумно полезный, из западной литературы всей библиотеки по верховенству права (в довольно новых условиях никогда прежде, не встречавшихся в столкновении при переходе от зверской диктатуры). Для фона см. Finnis, (1980) «Естественное право и Естественные права», Оксфорд: Кларандон издательство, особенно стр. 175. Для контекста, сопр. также см. Varga, (1995) «Переход к верховенству права на демократическом преобразовании в Венгрии», Будапешт: ELTE «Сравнительные юридические культуры» Проект.

Очень мало исследований было направлено на привлечение внимания учёных к фактам прошлого, богатым историческим содержанием. Такие исследования функционировали бы как предостережение против «медового месяца» антиисторизма, который также опровергает достижения учёных прошлого века. Это особенно касается правового социологического и антропологического анализа классических случаев трансплантации и их хорошо развитого *Rezeptionslehre*¹ (обучение рецепции), заключающегося в том, что простые поступки чистой воли (т. е. наложение власти) не могут заканчиваться такими заимствованиями, которые могут органично вписаться в действующее правовое тело путём, позволяющим осуществить влияние, сравнимое с эффективностью, с которой они функционировали в своей первоначальной среде.

Среди более ранних исследований одно направление соотносило происходящие процессы и их идеологизацию с критикой, выраженной в сторону движения «закона и модернизации»²; с главными причинами, по которым оно было обречено на провал (в общем более чем частично), в основном в латиноамериканском контексте³; с его выживанием и, сверх того, переходом в *ренессанс*, в концептуализацию и методологическую подготовку к изменениям, вызванным на новой территории, т. е. в Центральной и Восточной Европе⁴. Именно критика «медового месяца» антиисторизма в основном существовала, потому что он встроена в некий этноцентризм, который представляет из себя абстрактно-универсальный взгляд глобальных подходов, рассматривающий общества как не имеющие ни прошлого, ни собственных традиций и, следовательно, открытые к псевдомеханическому влиянию.

Другое направление пыталось воспроизвести суть необходимости в «верховенстве права» в истории, спрашивая, где, как и в результате каких испытаний оно развивалось, и в итоге отвечая на вопрос: являлось ли верховенство права идеалом, к которому нужно стремиться, взвешивая конфликтующие точки зрения, и все за и против, даже если это никогда полностью недостижимо, или в среде сегодняшних условий с установленными как внутренними, так и внешними стандартами, если оно просто является предопределённым набором четко выраженных нормативных требований, которым просто нужно следовать строгим и формальным образом и при любых условиях.

Третье движение – умеренная середина первых двух – выявляет основные различия в *юридических менталитетах*⁵ между двумя основными историче-

¹ Для сравнения см. прежде всего: Kálmán Kulcsár, (1992) «Модернизация и закон», Будапешт: Akadémiai Kiadó, так же как András Sajó, (1988) «Társadalmi-jogi változás» [Социально-юридическое изменение], Будапешт: Akadémiai Kiadó и длинная серия примеров, как, например: Джун Старр, (1978) «Спор и урегулирование в сельской Турции: этнография закона, Лейден: Камбала-ромб и Генрих Шоллер (редактор)», (1996) «Западное право в республике Турция: 70 лет после основания», Баден-Баден: Nomos.

² Для сравнения см. раннюю монографическую критику: Джеймс А. Гарднер (1980) Юридический империализм: американские адвокаты и иностранная помощь в Латинской Америке, Мадисон: Издательство Университета Висконсина.

³ в качестве главной критики и для сравнения см., например: Дэвид М. Трубек «К социальной теории закона: эссе по исследованию закона и развития» (1972) 82 Йельских юридических журнала 1-50; Томас М. Франк «Новое развитие: может ли американский закон и правовые институты помочь развивающимся странам?» (1972) 12 Висконсинских юридических журналов 767-801; Дэвид М. Трубек & Marc Galanter «Ученые в самоотчуждении: некоторые размышления о кризисе в законе и исследования развития в Соединенных Штатах» (1974) Висконсинский Юридический журнал 1062-1102; Джон Генри Мерримен, Дэвид С. Кларк и Лоренс М. Фридман (1979) «Законные и социальные изменения в Средиземноморской Европе и Латинской Америке: справочник юридических и социальных показателей для сравнительного исследования», Стэнфорд: Stanford University Press & Dobbs Ferry, Нью-Йорк: Осеана.

⁴ Для сравнения см. как более выразительный пример: Хуан Х. Линз и Альфред Степан, (1996) «Проблемы демократического перехода и консолидации: Южная Европа, Южная Америка, и посткоммунистическая Европа», Балтимор: Издательство Университета имени Джона Хопкинса.

⁵ Выражение Пьера Легранда, например, в его сатирическом стенде, которое следует воспринимать достаточно серьезно, дано в его работе «Различные (не сходящиеся) европейские правовые системы» (1996) 45 Международное право и Сравнительное право Ежеквартально 53-81 и как синтезированный в его (1999) «Сравненное право», Париж: Прессес Университер де Франс.

скими проявлениями одной идеи¹, а именно идеи стандарта «верховенства права», который развивался в культурах общего права, с одной стороны, и в форме *Rechtsstaatlichkeit* (правовая государственность) путём реорганизации «континентального права» – с другой. Возможность рассмотрения в судебном порядке, допускающем поправки, если присутствует надлежащая правовая процедура, представляет первую структуру; а формальная безопасность и гарантия права, закон, подтверждённый всего лишь его введением, представляет вторую структуру. Как ни парадоксально, законченное совершенство закона без пробелов, соединенное с псевдомеханическим применением, отражает дух второй структуры², тогда как первая в основном применяется в массовых глобальных переходах (переходных режимах) как завершенный набор требований, отредактированный до мельчайших деталей³.

III

Как это определено правовой социологией, а позже также правовой герменевтикой, правовая система в действии – это намного больше, чем просто структура, собранная из формальных постановлений. На самом деле это рабочий блок формальных и неформальных составляющих, основанный на правовой культуре с соответствующими традициями в прошлом⁴.

Как точно аргументируется скандинавским правовым реализмом⁵, правила, либо установленные, либо воспроизведенные по воле случая и истолкованные, являются всего лишь индикаторами различных типов уже действующих нормативов⁶, из которых они всплывают как вершины айсбергов, скрывая многое под поверхностью. В общем, возложения и переходы рискуют увязнуть, так как они или были, или всё ещё являются чужими для закона. Это приводит к тому, что они либо отделяются (как внешнее вмешательство и навязывание) от цели, либо вовсе перебивают саму систему, перенаправляя её будущее развитие по искусственному, навязанному пути, отделившись от её культуры и традиций.

Ниже на рисунке ясно показано, что ни один подход к рабочей правовой системе не может быть сведён до определённого набора установленных правил, выведенных из какой-либо формальной доктрины источников права. При этом он не может быть сведён и до понимания того, что правила предусматривают только основное направление и просто указывают его, обозначая границы и пути того, что отразилось бы в судебном оценивании, доказательстве и обосновании. Это обычное состояние всех хорошо развитых правовых систем, устойчивых и существующих на практике, даже если это и не заметно с первого взгляда. Следовательно, в драматические времена, когда установленные правила меняются вследствие революционно нового начала или массового импорта законов, основные соци-

Хотя скрыто в реконструкции (иллюстрируемой немецким и английским языками), как отличающаяся терминология, приходящая из отличающегося использования слова и культурного понимания, представляет Позитивное право и Общее право соответственно, cf. новаторская характеристика Питера Сэка, «Закон и обычай: размышления об отношениях между английским законом и английским языком» (1987) 18 *Rechtstheorie* 421–436.

¹ Для сравнения см.: Варга, (2007) «Юридические традиции? в поисках семей и культур закона», в Хосе Хуане Моресо (редактор), «Теория права: юридический позитивизм и концептуальный анализ: Слушания 22-ого Мирового Конгресса IVR Гранада 2005», я, ARSP Beiheft 106, Штутгарт: Штайнер, с. 181–193 & (2005) 46 *Акт Джуридик Хунгэрик* 177–197.

² Для сравнения см.: Варга, «Варианты закона и верховенство права» (1996) 82 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 61–72.

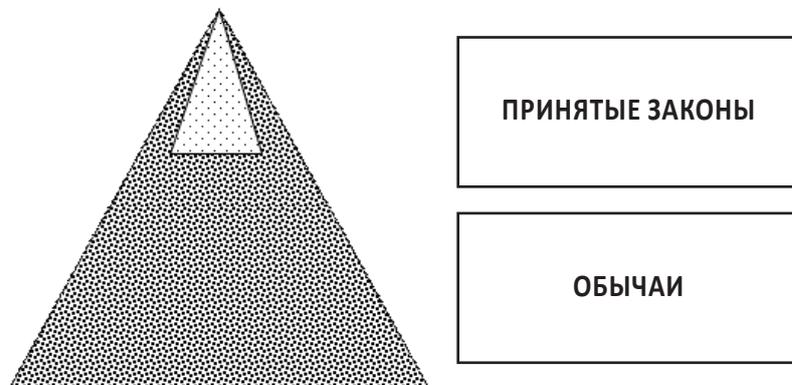
³ См.: Varga, (2007) «Прием юридических образцов в объединяющей эпохе», Николас Лопес Калере (редактор), «Глобализация, Закон и Экономика: Слушания 22-ого Мирового Конгресса IVR», IV, ARSP Beiheft 109, Штутгарт: Франц Штайнер Ферлаг, стр 85–96.

⁴ Для сравнения см.: Варга (редактор), (1992) «Сравнительные юридические культуры», Альдершот, Гонконг, Сингапур, Сидней: Дартмут и Нью-Йорк: издательство Нью-Йоркского университета.

⁵ Для местного краткого обзора (с некоторыми текстами, воспроизведенными для использования учебника), для сравнения см.: Антал Вайстреиди (редактор), (2003) «скандинавский Юридический Реализм, Будапешт: [Сзан Истван Тарсюла].

⁶ Для последней теории сущности юрисдикции, для сравнения см.: Энрико Пэттаро, (2007) «Закон и право: пересмотр действительности, которая должна быть», Дордрехт: Спрингер.

альные обычаи вместе с практическим опытом, чувствительностью и адаптацией в процессе судебной практики также лишатся основы. В то же самое время обычаи и их соблюдение, предназначенные как для заполнения пробелов, так и для создания набора жизнеспособных правил, создадут основу на года возможно на десятилетия, когда можно будет сказать, что действующая правовая система соответствует реалистическим ожиданиям¹.



Тем временем всё что угодно может произойти с теми, кто решителен настолько, что способен воспользоваться любой возможностью преуспеть при условии, что им в наследство досталось меньше сомнений². Общая трагедия России после падения коммунизма может также быть частично приписана ослаблению регулирования наверху и, следовательно, краху старого режима, который, несмотря на всю его византийско-азиатскую/монгольско-большевистскую сложность и на его очевидное благо, всё же мог гарантировать простое выживание народных масс на базовом уровне³.

Вдобавок к этому несколько примеров из недавнего прошлого Венгрии: а именно из-за убедительного натиска доктринерского движения либертинизма в ранние годы первого свободно избранного правительства после провала коммунизма полиция боялась применять оружие. Больше чем дважды молодые полицейские ночной смены были убиты ворами в процессе угона старых автомобилей крайне низкой стоимости⁴. Легалистический тон наполнил правительство до такой степени, что после полувека советской оккупации у него не было никаких эффективных средств управления национальной безопасностью, например, начиная официально допрашивать каких-либо служащих, венгерских дипломатов, военных или полицейских о том, были ли они или продолжают числиться в каких-либо спецслужбах, например в советских секретных агентствах. Существует ещё некое сверхобогатение, для оправдания размеров которого нет законного основания и которое оправдывало бы его объёмы, которому позволили бесконтрольно су-

¹ Цель столетий достигнута в случае прочного статуса в законе, например, монарха в Англии.

² & Для сравнения см. также, отражено литовским исследованием Варга, «Верховенство права между двух огней импортированных образцов и фактической реализации (опыт Литвы)» (2005) 46 Акт Джуридик Хунгэрик 1–11 (2006) 37 Rechtstheorie 349–359, так же Варга, (2007) «Верховенство права – в перекрестке проблем», Мамору Сабаката (редактор), Юридические и политические аспекты современного мира, Нагойя: Центр азиатского юридического обмена, Аспирантура, университет Нагойи, с. 167–188.

³ Стивен Ф. Коэн, (2000) «Неудавшийся крестовый поход: Америка и трагедия посткоммунистической России», Нью-Йорк и Лондон: В.В. Нортон и Компания. Также с его кратким рецензирование данным автором в его работе «Неудавшийся крестовый поход: американская самоуверенность, российская катастрофа», в Varga (2007), Переход? К Верховенству права?: На Конституционной системе правления и преходящем правосудии, брошенный вызов в Центральной и Восточной Европе, Pomáz: Kráter.

⁴ Особенно в малых городах обнаружился хороший рынок для сбыта поддержанных «Жигулей» с венгерской стоимостью чуть более чем 2000 US, вероятно, преступниками, приезжающими на рассвете от наших восточных соседей.

ществовать почти непрерывно до настоящего времени. Это произошло потому, что все последовательные законопроекты, представленные по сей день для внесения мер, гарантирующих минимальную прозрачность в процессе так называемой приватизации (заканчивающейся, между прочим, потерей 2/3 национального богатства без должного возвращения в прямых финансовых активах или косвенной экономической выгоде), были одинаково отвергнуты конституционным судебным решением, которое было чрезмерно активистским.

О различиях, лежащих в основах участвующих *юридических менталитетов*, много говорит тот факт, что вместо континентального способа подхода к проблеме как к задаче, которую нужно непосредственно решить законным способом, самое полезное американское предложение, когда-либо адресованное моему правительству в ответ на мой запрос¹, – именно избежать поиска прямых путей, особенно тех, которые сформулированы в законе.

Упомяну просто два примера: вместо отставки венгерскому правительству был дан совет ввести проверку физической подготовки для высших военных и полицейских рангов, у которых было сомнительное прошлое в плане верности. Второй случай касается использования смоделированных американцами анкет относительно так называемых должностей с доступом к государственным секретам национальной безопасности.

То есть предложение добровольно предоставить всю необходимую информацию, чтобы дать возможность руководству человеческими ресурсами начать действовать в соответствующей сфере понималось как решение проблемы, представленной в общих чертах в предыдущем параграфе.

Все это приводит к следующему пониманию: в то время как по существу сформулированные пути могут легко оказаться проблематичными, процессуальные пути гораздо более очевидно нейтральны, поскольку они противостоят и исключают любые опросы. Другими словами, в случаях, приведённых выше, методология континентального права, смешанная с обычаями, известными в общем праве, может оказаться, безусловно, более осуществимой и беспроblemно функционировать, а не только наблюдать за проблемой как за вызовом чьему-то ограниченному праву. т. е. та же самая проблема, что и в прагматизме метаязыка, переходя в рамки нормативного правового метаязыка, он может характеризовать и по сути служить самым отклоняющимся, более того, даже антагонистическим качествам и целям, соответственно, при функционировании выбранных и используемых (материально-правовых и процессуальных) предписаний и институциональных путей, посредством предварительного отбора юридической терминологии, преобладающей в данной сфере².

IV

Будет или не будет новый язык преобладающе американским, т. е. сформулированным с точки зрения права и прав человека, и насколько особенная специальная терминология заимствующей стороны и процессуальный подход окажутся жизнеспособными или даже исчезнут, общая ответственность, однажды родившись ради *res publica* и выжив даже при старом режиме, представляется другой проблемой, которую необходимо исследовать наряду с академической трактовкой движений «Права и развитие», «Права и модернизация» и в пределах глобальных правовых переходов.

Соответственно наиболее важно для региона то, что существует риск того, что новая действительность после падения диктатуры стала господствующей тенден-

¹ Когда в дополнение к моим положениям в Академии и столичном Eötvös Loránd университете, я служил членом Консультативного совета Премьер-министру республики Венгрии с 1991 по 1994 гг., такие и подобные предложения были самыми яркими идеями, которые мы получили во время частых посещений от наших партнеров в американском посольстве в Будапеште или, главным образом, Американского Госдепартамента, Главы Объединенного комитета начальников штабов, так же как от Совета национальной безопасности в Вашингтоне.

² For the transforming magic built in law, cf. Varga, «Theory and Practice in Law: On the Magical Role of Legal Technique» (2006) 47 *Acta Juridica Hungarica* 351–372.

цией под эгидой новых требований верховенства права, и эта новая действительность – соперничество между государственными учреждениями.

С новой легитимностью органы и ветви государственной власти – парламент и конституционный суд, правительство и верховный суд, а также ряд омбудсменов (после почти двух десятилетий) – всё же полностью достигли в самом обширном объёме своего правового статуса (целиком исчерпав всё им присущее), в то же время шаг за шагом расширяя свои полномочия как можно дальше, с исключительно узким взглядом на свои шансы и возможности, но без какого-либо намерения предохранить общие (национальные) интересы или войти в сотрудничество с какой-либо другой ветвью государственной власти ради достижения своей цели. Имея в виду эту позицию, разочаровывающий итог может только быть фактической анархией, высвечивающей неоднозначную, неблагоприятную сторону понятия и применения идеи верховенства права. Идея верховенства права начинает походить на коммунистический миф и пропаганду о более светлом будущем, чем она казалась 20 лет назад, когда это стало лозунгом как противосимволом, который показал доказательство окончательной необеспеченности всех форм того, что мы когда-то знали как «фактически существующую систему социализма».

В конечном счёте и при любых обстоятельствах, что касается овладения аппаратом, следует сделать выбор между взглядами садовника и дрессировщика.

Именно этот вариант прямо касается заключительного итога, который покончил с критикой основных направлений американского «закона и модернизации»¹. Этноцентризм и культурный империализм, в особенности, были двумя случаями употребления ключевых слов, охватывая антиисторический утопизм, который просто выражал современные тенденции, стремящиеся к глобализации путём универсализации². Существует простая альтернатива, нужно сделать выбор между двумя направлениями при финальном рывке: либо следовать образу дрессировщика, имея абстрактные понятия о верховенстве права, исполняя и принуждая объект своей воле и определённым решениям; либо образу садовника в особо историческом и локальном понятии верховенства права. Садовник (1) уважает культуру объекта такой, какой она есть (обрабатывая почву и сажая растения), и тем самым (2) помогает её особенностям далее развиваться (вместо принуждения и просто перевода на субъект своих фиксированных идей или опыта/экспериментов, достигнутых кем-то другим в другом месте и времени). Заключение этому следующее (3): верховенство права – система, которая не может, в крайнем случае, быть чем-то иным, чем продолжение программы изучения всеми вовлеченными сторонами.

V

В любом случае, особенно для Центральной Европы с её сегодняшним взглядом, существует соблазн заменить прошлый нигилизм к верховенству права³ неким фетишизмом того же верховенства права⁴, которое может далее усилить за-

¹ Для сравнения см. сноски 14 и 15.

² Для основной критики тенденций «Закона и развития» и «Закона и модернизации» см. сноску 20. Относительно тенденции к глобализации через универсализацию, как определенный менталитет, неотъемлемо характерный для Соединенных Штатов Америки, как большой имперской стране, и к настоящему времени более чувствительный к основным проблемам чем к маленьким тонкостям, рассматривает Пола Ф. Кампоса, (1998) «Правомания: безумие американского закона», Нью-Йорк: Издательство Оксфордского университета, Варга «Верховенство права? Мания закона? На краю рациональности и анархии в Америке» (2002) XLV Вэлосага XLV 1–10.

³ Для сравнения см.: Варга, (1989) «Свобода, равенство, и концептуальный минимум юридического посредничества», в Neil MacCormick & Zenon Bankowski (редактор), Просвещение, Права и Революция: Эссе в юридической и социальной философии, Абердине: Абердинское университетское издательство, с. 229–251.

⁴ В подтверждении центрального и восточноевропейского юридически ностальгического идеала верховенства права, как отраженного в их довоенном прошлом и практической нехватки любого воздействия после Второй мировой войны континентальные (западные) события и в судебном стиле, и в образцах рассуждения, относительно их путей и их источников вдохновения (как иллюстрируемый особенно выдвиганием на первый план рассуждения посредством принципов; возобновленная чувствительность к требованиям естественного

висимость целевых стран от известных моделей и таким образом ослабить их собственные творческие силы, самооценку и самоответственность, которые жизненно необходимы для их успешного восстановления.

В современных обществах вариации идеального понятия идеи «верховенство права», характеризующие послевоенное развитие, так, как они описаны в первых двух параграфах, наверное, лучше всего проиллюстрированы в таблице ниже. Нет необходимости подчеркивать то, что эта классификация сфокусирована на понятии перехода к верховенству права самым чистым, формалистским, упрощенным и чрезмерно неопитским образом, продемонстрированным Конституционным судом Венгрии, который односторонне выбрал путь и провел его в жизнь для всей страны. Затем это представлено в сравнении с более зрелой и уравновешенной моделью, сформировавшейся при переходе к верховенству права после Второй мировой войны, продемонстрированной юриспруденцией Конституционного суда Германии.

Конституционный суд Германии	Конституционный суд Венгрии
Сбалансированная забота об основных конституционных ценностях	Нигилизм сменяется фетишизмом
Ничем не связанная, кроме базового права	«Элегантно летая вверх-вниз» ¹
Приходящая снизу в ответ на ожидания	Партизанский форум, указывающий на конечные выборы и ценности
Многосторонность Демократическое участие представителей профессий при возможности	Односторонность Демократическое участие представителей профессий принципиально исключается
Постоянное стремление к легитимности	Легитимность вытекает из статуса
Прошлое прекращено	Прошлое продолжено
Закон заметен в совокупности его действительного введения в действие и способности адаптироваться	Предлагаются образы следования, со слабыми способностями к адаптации

Соответственно, с одной стороны, в зрелой послевоенной модели идея верховенства закона переходит из инициативы на передний план как итог широко ощущаемой и согласованной потребности, растущей снизу, со дна. Она соответственно сохраняет довольно чуткие отношения с населением, в широком смысле демократическое участие.

Либо под эгидой верховенства права всё, что угодно, может быть осуществлено, но только при условии, что действующая практика права осуществляется при

права особенно в форме «природы вещей»; и рост конституционализации проблем), см., в дополнение к вкладам авторов – Варга, (2007) «Развитие теоретической правовой теории в Венгрии в конце тысячелетия», в Péter Takács, András Jakab & Allan F. Tatham (редактор). Преобразование венгерского правопорядка 1985-2005: Переход к верховенству права и вступление в Европейский союз, AlphenandenRijn:Kluwer Law International, с. 615-638, с одной стороны, и Варга, «Место встречи между традициями англо-американского общего права и континентально-французского позитивного права (события и опыт постсовременности в Канаде)» (2003) 44 Акты Джуримики Хунгэрики 21-44, на другом – Зденек Кюн, «Миры врозь: западноевропейские и центральноевропейские судебные культуры в начале европейского расширения» (2004) 52 Американский Журнал Сравнительного права 531-567.

Относительно противоречивой роли, сыгранной Венгерским Конституционным судом, в то же самое время произвольно предусмотрев, что означает верховенство права в Венгрии, и затем преобразовывая его собственный неоспоримый, но узурпированный результат в конечную цель и неперемное условие, см. Варга, (2006) «Юридическая реконструкция через конституционную судебную власть?», в Mamoru Sadakata (редактор), Юридические события помощи Венгрии в возрасте глобализации, Нагойя: университет Нагойи Аспирантура Законного Центра азиатского Юридического Обмена, стр. 287-312.

¹ Цитируя одного из судей Конституционного суда первого срока, сообщающего относительно результатов их деятельности, Имре Вереса в Gábor Halmaj & Csaba Tordai [беседа], «kevesebb lesz azimut elegáns röpködés jogrendszer fölött» [«Полет выше правовой системы будет менее изящным»] (1999) № 2 Fundamentum 68.

его непрерывной поддержке населением. Либо его плавное функционирование предопределено при рождении, поскольку оно движется параллельно с правильным пониманием ожиданий населения в том смысле, по крайней мере, что верховенство права не становится тщеславным, пристрастным судом для предопределения политических путей и национальной политики, для реформирования морали и заявленных ценностей, но остаётся осторожным, нейтральным, уравновешенным, связанным исключительно с Основным законом, когда решения должны приниматься не только потому, что они вынесены конституционным судом страны, но уважаемы, как камень в основании фундамента продолжительности жизни республики, которая принадлежит всем гражданам. Поэтому гарант конституционности не отделяет себя ни от людей, ни от соответствующей профессии.

С другой стороны, посткоммунистический тип, в большей степени импонирующий придерживающимся строгих правил специалистам открытого общества и силам глобализма, недвусмысленно предпочитал формализм и позитивизм всякий раз, когда доказывал несостоятельность толкования своего творческого новаторства. Например, достаточно рано, чтобы предопределить весь курс и конечный результат переходного периода, Конституционный суд Венгрии принял позицию, в которой было искусственно воздвигнуто противоречие между так называемыми законностью и правосудием (справедливостью)¹, с точки зрения которого он предпочел возможность предвидения, как единственный гарант формального правопорядка, идущего из формальной безопасности права к верховенству права, к связанности верховенства права с прошлым, основанном на полном опровержении любого вида верховенства права – в ущерб любой материальной или действительной ценности.

Поэтому и довольно непредвиденным путём он объявил неконституционность некоторых драматических проблем (законопроектов и законов), основанных разве что на своей воображаемой виртуальной «невидимой конституции» либо ложных ссылках на решения, принятые «цивилизованными народами», или если какая-либо конституционная статья действительно называлась и определялась как источник, то это простое описание республики Венгрии как «независимого, демократического государства под верховенством права»².

Таким способом он мог непременно стать правящей силой посткоммунистического переходного режима в Венгрии, предсказывая своё вырождение при условии безусловной непрерывности, которая, в конце концов, укрепила бы старые политические силы так, чтобы они смогли бы вернуться как новые, теперь уже «обеспеченные» своей новой законностью верховенства права.

Среди перемен времен и политических предпочтений в правительстве такой подход к верховенству права никогда не стремился к популярности или участию в демократических процессах. Он был слишком противоречив, чтобы быть в состоянии убедить любого или услышать его голос как один из позитивных откликов, из которых может быть сформирована судьба нации. Во многих случаях конституционное судебное решение принимало курс, противостоящий большей части общественного сектора – парламенту, правительству, политическим партиям, а также академиям и университетам, осознавая лишь одну истину: это не предмет контроля, поскольку у его решений есть конституционная сила *eo ipso*, таким образом, его односторонние действия считались неоспариваемыми с самого начала.

¹ Для отличающихся решений, достигнутых с соседствующими странами, см.: Варга (редактор), (1994) «Достижение соглашения с прошлым под верховенством права: немецкие и чешские модели», Будапешт: Виндзорский Клуб.

² Конституция как закон XL (25 июня 1990), раздел 2, параграф 1.

Нужно отметить, что венгерский Конституционный суд использовал этот пункт, как основание, которое получило свой аргумент за нее, с политической точки зрения, активистский и интервентский подход, несмотря на факт, что понятие «верховенство права» бросает вызов любому юридически однозначному определению. В течение первых девяти лет Суда выстраивания структур и путей перехода, см. предыдущую заметку (запись). Для относительной открытости какого-либо Верховенства права, и как идеала, и как данного решения, только весомые в пределах индивидуальных претензий здесь и сейчас, и в частности, в данной юридической договоренности в целом, см. Ричарда Х. Фаллона, младшего, «Верховенство права» как понятие в конституционной дискурсе» (1997) 97 Юридических журналов Колумбии 1–56.

Сама идея верховенства права здесь упрощена до всемогущества её неконтролируемой и независимой власти. Вместо заботы об общем прогрессе и о судьбе народа такое конституционное судебное постановление удовлетворяло само себя, указывая свою позицию, будто забывая гвозди, действуя за представленной ему защитой, которую, как разновидность конституционности, он представляет как конечную ценность для национального выживания, неотъемлемую и воплощённую в ней с самого начала.

В таких условиях¹ возрождение жизнеспособности идеи Дайси об общественном мнении как окончательной поддержке любого прогресса², достигнутого в законе, является уроком, который всем надо изучить, несмотря на факт, что все различные формы, в которых идея верховенства права до сих пор институционализована, действительно демонстрируют мощную цивилизационную ценность.

ПРАВОВАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ И САМООРГАНИЗАЦИЯ ПРАВА

Рудаков Алексей Александрович

В современном профессиональном языке повсеместно укоренились, используются и уже даже стали привычными некоторые западные термины, такие как инновации, модернизация, диверсификация и некоторые другие. Специалисты разного профиля охотно стали использовать их вслед за представителями власти. Не обошёл стороной этот тренд и юриспруденцию. Тема конференции сформулирована так: «Правовая модернизация в качестве фактора общественного и государственного развития». Модернизация от англ. Modern – современный, сегодняшний, т. е. получается, что речь идёт о преобразованиях в правовой сфере, которые бы сделали его современным, соответствующим уровню развития общественных отношений. Вполне логично ведь право имеет социальную природу, динамично и развивается (усложняется) вслед за развитием общественных отношений.

Кроме того, право – это явление полифункциональное. Оно не только воздействует на общественные отношения, сложившиеся в конкретный исторический период, но и призвано определять вектор развития жизнедеятельности людей, показывать нам, в каком направлении двигаться. И здесь возникает вопрос. Как в погоне за «осовремениванием» права не навредить будущим поколениям? Ведь соответствие объективного (позитивного) права современному уровню развития общественных отношений ещё не связывает его с общественным и государственным прогрессом. Более того, закрепление в позитивном праве отдельных институтов, идей, пусть даже научно обоснованных, может быть пагубным для общества и государства.

Очевидно, проецировать современное состояние развития общественных отношений на право нужно очень осторожно, бережно относясь к достигнутым теоретическим и практическим результатам в области построения целостной регулятивной системы.

К таким результатам может быть отнесено признание объективного (позитивного) права целостной организованной системой нормативно-регулятивных средств, выраженных в формальных источниках. От того, насколько качествен-

¹ Исследование того, действительно ли позволяют развитые условия консолидацию демократической установки, проанализировано в более широких социально научных терминах Kálmán Kulcsár, «Новая политическая система и венгерская действительность» (2006) 24 [№ 3–4: «Удушье»] *Angewandte Sozialforschung* 187–200.

² Альберт Венн Дисей, (1885) «Вступительные лекции к исследованию закона Конституции», Лондон: Макмиллан & (1905) «Лекции об отношении между правовым и общественным мнением в Англии в течение девятнадцатого века», Лондон: Макмиллан.

но организовано (самоорганизовано) право, зависит реализация его основной функции – служить регулятором общественных отношений. Ведь предписанные «сверху», но отрицаемые большинством нормы вряд ли будут реализованы. Более того, одно дело, когда право воспринимается субъектом как ценность и он стремится его реализовать, удовлетворяя и свои собственные, и общественные потребности. Другое дело, когда субъект соблюдает закон из боязни наказания и всячески пытается обойти его при первой же возможности. Эффективность права в этом случае сильно снижается. Что уж говорить об отрицании права, негативном к нему отношении. Такое психологическое восприятие вполне логично приводит к правонарушению.

В этом ключе критерием эффективности объективного (позитивного) права могла бы выступить его синергетическая составляющая – степень самоорганизации права. Для её определения сначала попытаемся ответить на вопрос: где в объективном (позитивном) праве можно обнаружить самоорганизацию?

Исследуя эту проблему, некоторые авторы делают акцент на способах закрепления регулятивных средств (юридических источниках): «При этом главным показателем степени самоорганизации правотворчества в каждом конкретном случае служит та форма, которую принимает правовое предписание»¹.

Такое видение раскрывает лишь внешнюю сторону права. Здесь все процессы самоорганизации сводятся к способам оформления правовых норм (юридическим источникам). Тогда как синергетическая составляющая объективного права намного шире, а его эффективность – это результат внутренней организации (самоорганизации) этого явления. Юридические источники только закрепляют определённое содержание, выраженное в системе нормативно-регулятивных средств.

Основная функция права – воздействие на общественные отношения, их упорядочивание. Именно в процессе воздействия и проявляется самоорганизация правовой материи.

Наивно было бы полагать, что нормы права и, тем более, нормативные обобщения – это нечто неизменное, раз и навсегда данное государством.

Во-первых, большинство прав и свобод человека являются его неотъемлемой частью как биосоциального существа (естественные права). Государство не дарует их людям, а только закрепляет. К. Маркс считал, что государство в лице законодателя не творит прав и свобод личности, поскольку законодательная власть не создаёт закона, она лишь открывает и формулирует его². Это первое, но не единственное проявление самоорганизации объективного права.

Во-вторых, правовая материя динамична, т. е. способна изменяться вслед за изменениями общественных отношений. Такие изменения, как правило, являются результатом противоречия между усложняющимися общественными отношениями и устаревающими правилами поведения. Указанное противоречие заставляет правило поведения трансформироваться, совершенствоваться, ведь выбор здесь не велик – норма или изменится, или перестанет эффективно регулировать поведение.

В-третьих, содержание объективного (позитивного) права предполагает определённую меру свободы поведения. Уполномоченный субъект может выбирать из нескольких вариантов поведения (реализуя альтернативные и факультативные нормы), избрать вариант поведения, предусмотренный нормой, регулирующей сходные отношения (аналогия), конкретизировать правило поведения в зависимости от сложившейся ситуации (реализуя ситуационные нормы), создать новое, отличное от предоставленного правило поведения (реализуя диспозитивную управомочивающую норму) или, используя совет, предложение, самостоятельно урегулировать то или иное общественное отношение (реализуя рекомендательную норму). Максимальный уровень свободы выбора и деятельности предоставляется субъекту управомочивающими нормативными обобщениями (принципами, целями права и т. д.).

¹ Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4 С. 65.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 162.

Таким образом, на первый план в процессе исследования синергетической составляющей объективного (позитивного) права выходит содержание регулятивных средств. Содержание должно способствовать эффективному правовому регулированию, соотноситься с обязательными закономерностями функционирования любой политико-правовой организации общества. В противном случае это пагубно скажется на самой организации и даже может повлечь её разрушение.

К таким закономерностям принято относить, например, выполнение людьми совместной трудовой деятельности, воспроизводство себе подобных, построение системы государственных органов, обеспечивающей мирное сосуществование людей в рамках определённой территории и регулирование общественных отношений посредством осуществимых и понятных людям правовых норм, способствующих прогрессу политико-правовой организации¹.

Некоторые исследователи склонны предъявлять к правовым нормам не только содержательные, но и организационные требования. Например, Л. Фуллер пишет, что нормы должны сообщаться адресатам, быть понятными таким лицам, не искажаться при применении и не требовать от людей невозможного. При этом нужно обеспечить непротиворечивость сформулированных правовых норм друг относительно друга, и нельзя изменять их настолько часто, что человеческие индивидуумы, кому эти установления предписаны, не в силах направлять ими собственную деятельность².

Соблюдение перечисленных требований, безусловно, способствует повышению эффективности права. Важно также и то, как эти требования организованы в объективном праве.

Содержание объективного права в большей степени устанавливается через права и обязанности. При этом эффективность воздействия на общественные отношения зависит от соблюденного баланса и оптимального взаимодействия между правами и обязанностями.

Таким образом, оптимальное взаимодействие прав и обязанностей позволит повысить эффективность правового регулирования, обеспечить наиболее полную реализацию нормативно-регулятивных средств.

Теперь вернёмся к внешнему оформлению регулятивных средств в юридических источниках. Последние также подвержены самоорганизации, хотя она здесь незначительна, поскольку, как мы уже отмечали, относится только к процессу формирования нормативных средств (внешняя форма). Тем не менее способы закрепления правовых норм и нормативных обобщений влияют на достижение правовой эффективности.

Каждому виду юридического источника характерна своя степень самоорганизации. Максимальный уровень самоорганизации достигается при формировании правового обычая. Правила поведения в этом случае складываются естественным путём, а субъекты готовы им подчиняться в силу привычки. Меньше самоорганизация характерна для судебного прецедента, нормативно-правового акта и нормативного договора, поскольку определение их содержания – результат деятельности компетентных органов.

Но и для этих источников характерна самоорганизация. На этот счёт предложено и другое мнение: «Крайне трудно вообразить себе нормативно-правовой акт, который возникает спонтанно – его от начала до конца формирует человеческая (точнее государственная) воля»³.

С такой точкой зрения сложно согласиться. Ведь критерием определения синергетической составляющей юридических источников выступает не спонтанность их возникновения, а наличие или отсутствие компромисса между субъектами в процессе их создания. Трудно назвать лишённым начал самоорганизации закон, проект которого разрабатывался заинтересованной организацией, особенно если такой закон подвергался общественному обсуждению, выступал предметом политических дебатов и принимался с многочисленными изменениями.

¹ См., напр.: Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995.

² Fuller L.L. The Morality of Law. New Haven, 1964. P. 39–88.

³ Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 65.

Другое проявление самоорганизации применительно к юридическим источникам – их существование и функционирование в рамках определённой правовой семьи. Ведь одни и те же источники обладают разной юридической силой и авторитетом в зависимости от принадлежности к правовой семье. Так, судебный прецедент, характерный для англо-американской правовой семьи, не используется в качестве источника в континентальном праве. Это обусловлено генезисом правовой семьи, историческими традициями использования того или иного правового источника, что, безусловно, предполагает и определённую самоорганизацию оформления нормативно-регулятивных средств.

Итак, право – это динамичное явление, которому присуща высокая степень самоорганизации. Его системные свойства, закономерности развития предопределяют формирование целостной эффективной поведенческой модели со сбалансированным с точки зрения прав и обязанностей содержанием, облечённой в форму признаваемого и реализуемого источника.

ТЕОРИЯ МОДЕРНИЗАЦИИ В РУСЛЕ ИСТОРИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ

Дорофеева Елена Степановна

Модернизация как теоретическая проблема волнует умы широкой научной общественности, перешагнула свою полувековую историю, но по-прежнему вызывает споры, дискуссии, многовекторные суждения. Появившись в 50–60-е гг. XX в. как концепция осмысления событий, связанных с распадом колониального мира и выбором освободившимися странами собственного пути развития, теория модернизации до сих пор несет на себе отпечаток «вестернизации». Так, В.Н. Шевелев отмечает, что «любая модернизация, кроме собственно западной, неизбежно будет догоняющей в силу того, во-первых, что предпринимается она, как правило, в поисках адекватного ответа на предъявляемый самим существованием модернизированного Запада вызов»¹. В данном случае автор исключает возможность модернизации без вызовов извне. Однако опыт модернизаций в целом ряде стран, в том числе и России, показывает, что природа модернизаций связана не только с внешними, но и внутренними предпосылками развития. Необходимость укрепления централизованной власти во времена Владимира Святого, создание условий для становления феодальных отношений подтолкнули князя к выбору именно той религии, которая обеспечивала модернизационный рывок. Будучи модернизацией духовного свойства, принятие христианства стимулировало экономические и политические отношения, дало мощный толчок становлению правовой системы нашей страны.

В таком случае модернизация видится как результат определенного развития общества, а не только ответ на чьи-либо вызовы.

В трудах целого ряда ученых остается доминирующим и методологический концепт, рассматривающий модернизацию как переход от традиционного к индустриальному обществу. В качестве теоретической основы такого подхода выступают труды М. Вебера, Ф. Тенниса, Э. Дюркгейма, У. Ростоу, Р. Арона, Д. Белла и др. Однако в таком виде теория модернизации сужается до одного исторического периода, хотя и повторяющегося в мировой истории. Не случайно критики этой теории уже в 60-е гг. XX столетия заметили упрощение картины мирового развития, выступили против модернизации как скрытой формы колонизации и западной экспансии.

«Вестернизация, – как справедливо подчеркнул в своей монографии А.И. Уткин, – принесла человечеству не только великие дары, но и огромные несчастья. Главное среди последних – раскол внутри народов на прозападников и автохтонов, сто-

¹ Шевелев В.Н. Российская модернизация в контексте опыта XX столетия // Социально-гуманитарные знания. 2003. № 4.

ронников сохранения самобытности. Жертвой этого раскола стала культурная основа подавляющего большинства населения Земли»¹.

Очевидность раскола существенным образом сказалась на понимании теории модернизации. Ее представители разделились на два направления. «Консервативное» направление представляли С. Хантингтон, Дж. Нельсон, Х. Линц. Они признавали одной из главных проблем модернизации конфликт, неизбежно возникающий между мобилизованностью населения, его включенностью в политическую жизнь и степенью институализации, способной наиболее полно реализовать интересы граждан.

«Либеральное» направление (Р. Даль, Г. Алмонд, Л. Пай и др.) признавало в качестве условия успешной модернизации приоритет конкуренции элит над участием рядовых граждан. Отсюда признание сильной исполнительной власти для проведения необходимых преобразований в обществе, демократические убеждения активистов и лидеров, субкультурное разнообразие, интенсивная иностранная помощь.

Судя по ключевым параметрам, Россия в начале 90-х гг. XX в. заимствовала именно либеральную модель модернизации. Равноправие, демократизация общества, рыночные отношения, правовое государство и гражданское общество признавались ведущими атрибутами «осовременивания». Именно в это время западная теория модернизации была вытеснена транзитологией – научным направлением, связанным с рассмотрением общества как переходного. Особый импульс дебатам о трансформации придали политические процессы в посткоммунистических обществах. Как утверждал директор проекта Берлинского научного центра В. Цаф, «работы обществоведов по проблемам трансформации оказались в целом реалистичнее, чем стратегии большого взрыва и программы 500 дней»². На первый план в концепции трансформации выдвинуты такие ценности, как цели развития, демократия, социальная защита. Была признана множественность путей трансформации.

К середине 90-х гг. усиливается внимание исследователей к процессам реформирования бывших советских республик. В транзитологической парадигме прежние критерии модернизации, такие как индустриализация, урбанизация, секуляризация, размывание традиционных культур, были заменены рациональными проектами развития рынка и демократии. Понятие «транзит» отражает прежде всего движение к рыночной экономике. Отправным пунктом движения в транзитологии является не традиционное общество, как это было принято в модернизационной теории, а коммунизм. Несмотря на сложности и противоречия транзитологии, обстоятельно изложенные Б.Г. Капустиным³, она дала толчок к осмыслению исторического прошлого восточноевропейских стран и, прежде всего, России, выстраиванию моделей развития целого ряда стран, находящихся в так называемом «переходном периоде». Поиск идеалов конечного пункта назначения привел к изучению специфики преобразований в странах Востока. Различия в развитии стран Востока обнаружило цивилизационную дистанцию между культурными основаниями, предопределяющими выбор пути развития. А.И. Уткин, выявив семь культурологических парадигм, отмечает, что «в перспективе возможен спор мировых религий, приобретающих роль последнего убежища для тех, кто был отодвинут вестернизацией с пути собственного развития»⁴.

Признание множества путей модернизации в соответствии с цивилизационной спецификой дало шанс и России внести собственные коррективы в теорию модернизации. Такие авторы, как В.Н. Шевелев, А.В. Лубский, А.С. Панарин⁵ и др., дали

¹ Уткин А. И. Запад и Россия: история цивилизаций. М., 2000. С. 362.

² Цаф В. Теории модернизации и различных путей общественного развития. 1998 / пер. с нем. Н.В. Романовского // Социс. 1998. № 8. С. 15.

³ Капустин Б.Г. Конец «транзитологии»? о теоретическом осмыслении первого посткоммунистического десятилетия // Полис. 2001. № 4. С. 15-16.

⁴ Уткин А.И. Запад и Россия: история цивилизаций. М., 2000. С. 528.

⁵ Шевелев В.Н. Российская модернизация в контексте опыта XX столетия // Социолого-гуманитарные знания. 2003. № 4. С. 37; Лубский А.В. Цивилизационные образы России // Там же. С. 47; Панарин А.С. Православная цивилизация в глобальном мире. М., 2002. С. 52.

возможность разоблачить миф о неспособности России к модернизации, вскрыли цивилизационную природу многочисленных модернизационных циклов России. А.С. Панарин подробно исследовал специфику православной цивилизации, не принадлежащей ни к Западу, ни к Востоку, ни к Северу, ни к Югу. Эта мысль достаточно глубоко развита и в трудах Е.С. Троицкого и его единомышленников¹.

Появились исследования, позволяющие судить о специфике модернизационных циклов в историческом прошлом². Рассматривая преемственность и противоречивость модернизаций и трансформаций, А. Соловьев, пытаясь увидеть за хаосом противоречивых событий некую логику, социальный и политический смысл, рассматривает модернизацию и как исторический процесс, и как политический проект, и как социокультурную трансформацию, связанную с мировыми явлениями культуры³. Примечательно, что в начале XXI в. появляются исследования процессов модернизации не только в историческом, философском, политологическом, но и в правовом ракурсах⁴.

Рассуждая о хронологических рамках модернизации, А.В. Малько и А.Ю. Саломатин пришли к выводу, что модернизация политической системы шла параллельно с модернизацией правовой системы, а нынешний очередной ее виток свидетельствует о постмодернизационных движениях в контурном виде⁵.

Исключительно важную роль в понимании целого ряда проблем российских модернизаций играет коллективная монография под ред. В.М. Черемных⁶. В ней авторы обратились не только к проблеме этапов и моделей российской модернизации, но и к пространственно-географическим факторам. Вскрывая закономерности модернизационных преобразований, авторы названного исследования выявили специфику ритмов subprocessов модернизации в пределах отдельных регионов, обусловленную неравномерностью регионального развития⁷.

Таким образом, теория модернизации, начавшись с исследований в основном зарубежных авторов, переживает новую полосу подъема и имеет четко выраженную тенденцию развития на российской почве. В большинстве научных работ она представлена как процесс осовременивания всех сторон жизни общества, что позволяет ученым разных наук находить специфические черты модернизационных циклов. В целом оценочные подходы осмысления модернизации можно сгруппировать по следующим направлениям:

- признание модернизации как объективно обусловленного явления, вызванного как внутренними, так и внешними факторами;
- понимание модернизации как перехода от традиционного общества к индустриальному;
- выявление политической подоплеки новаций, связанных с проектами развитых стран для поддержки своего мирового господства;
- акцентирование внимания на связи модернизации и глобализации.

Абстрагируясь от целого ряда дефиниций, характеризующих модернизацию, попытаемся дать собственную трактовку данного понятия. Исторический подход позволяет сделать вывод, что модернизация представляет собой наиболее значимые и очевидные подвижки в какой-либо сфере жизни общества, неизбежно приводящие к изменению политической, этнополитической, социальной, правовой и культурной основы страны. Модернизация символизирует переход к новому,

¹ Троицкий Е.С. Концепция русско-славянской цивилизации // Русско-славянская цивилизация: исторические истоки, геополитические проблемы, перспективы славянской взаимности. М., 1996. С. 33; Русь, Россия и мировая цивилизация / науч. ред. С.Н. Полторак. СПб., 1999.

² Пивоваров Ю.С., Фурсов А.И. «Русская система» как попытка понимания русской истории // Полис. 2001. № 4. С. 32.

³ Соловьев А. Апология модерна (к вопросу о характеристике российских трансформаций) // Власть. 2002. № 5. С. 19.

⁴ Малько А.В., Саломатин А.Ю. О некоторых чертах модернизационных процессов в современных условиях // Государство и право. 2004. № 3. С. 23.

⁵ Там же. С. 31.

⁶ Опыт российских модернизаций XVIII–XX веков. М., 2000. С. 103.

⁷ Там же. С. 119.

современному качеству жизни, быта, управления, взаимодействия с другими народами. При этом необходимо иметь в виду, что в случае преобладания вызовов извне модернизация может приобретать характер проекта, в силу которого происходит диффузия цивилизационной самобытности. Подлинная, а не мнимая модернизация должна исходить из внутренних побуждений модернизирующейся страны, и ее целью, конечным результатом должно стать улучшение жизни и быта народа.

ПОСТСОВЕТСКАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ И ИСТОРИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Комова Наталья Борисовна

В конце XIX в. окончательно сформировались идеалы русского консервативно-государственно-правового сознания: монархия и православие. Именно эти цивилизационные «столпы» русской государственности стали критериями оценки всех политических или юридических преобразований в России, альфой и омегой развития русской нации, Российской империи, условиями устойчивого развития социально-экономической и духовной жизни. Так или иначе, но трудно спорить с тем, что монархическая власть в истории России (ярким примером тому является успешный выход из такой «модельной революции», являющейся, по сути, «архетипической формой социальных бифуркаций», как Смута начала XVII в.¹) всегда играла роль политического фактора, противостоящего анархии и деспотизму.

Не случайно, что и на рубеже XX и XXI вв. на доктринальном уровне все более и более активно обсуждаются проекты реставрации монархических институтов в постсоветской России, в возрождении которых ряд исследователей усматривают выход из современной демократической смуты, возможность скорейшего преодоления «либерально-реформаторского лихолетья» (по меткому замечанию Ф. Разумовского, «ура-демократии»). Отсюда и возникновение серьезных монографических работ в среде юристов и политологов, и появление интригующих общественность анонимных «Проектов Россия» и т. п.

В целом же в отношении проблемы государственно-правовой модернизации, государственно-правового строительства в постсоветской России вот уже почти два десятилетия в специальной литературе, на научных конференциях различного уровня и тематики развернута многоплановая дискуссия. В качестве ключевых ее моментов можно выделить ряд взаимосвязанных вопросов:

- 1) соотношение категорий «модернизация» и «трансформация»;
- 2) направленность модернизации в условиях глобализирующегося мира, ее проектируемые результаты и их влияние на сохранение национальной идентичности, самобытности права и государства, их эффективности;
- 3) наличие исключительно одной (западно-либеральной) модели модернизации общества, государства, права, экономики либо признание многомерности, поливариативности (в практическом и теоретическом планах) этого процесса.

В общем в рамках различных отраслей гуманитарного знания в последние два десятилетия обнаруживается стремление к пониманию истоков и смысла российского реформизма. Более того, постепенно на фоне постсоветских государственно-правовых и социально-экономических трансформаций в специальной литературе реформа и разного рода преобразования (кажущиеся уже перманентными) расцениваются как, несомненно, предпочтительный вариант развития всех сфер отечественного общества и государства. Политическая же история России в этом плане некоторыми авторами

¹ Подробнее об этом см.: Соловей В.Д. Кровь и почва русской истории. М., 2008. С. 221–224, а в теоретическом контексте. Голдстоун Дж. К теории революции четвертого поколения // Логос. 2006. № 5.

представляется в качестве реализованных в большей или меньшей степени, но единых в модернизационной направленности преобразований¹.

Характеристики отдельных, порой никакне взаимосвязанных преобразований стали суммироваться в схему вообще нового взгляда на государственно-правовой процесс в России уже исключительно через призму реформ. «Схема неизбежно повлекла за собой попытки выявить якобы присущие этому процессу «закономерности». А эти закономерности в свою очередь всего лишь выражают на поверхности исторических событий некие глубинные первоосновы российской государственности и «корневой дух» ее взаимоотношений с гражданским обществом»². С последним суждением можно согласиться с той лишь оговоркой, что в принятом в западной традиции понимании категории гражданского общества последнего в России никогда не было именно в силу наличия «глубинных первооснов российской государственности». Так или иначе, но генеральной линией осмысления государственно-политической модернизации России стало представление ее как череды реформ и неизбежно следующих за ними так называемых контрреформ.

Увлеченность модернизационной моделью осмысления отечественной государственности вполне естественно стимулировала не виданный ранее интерес к концепции (стратегии) устойчивого развития, начало которой было положено в экономической науке и практике, но в середине 90-х гг. основные ее постулаты вполне справедливо переносятся и в юридическую науку, становятся осязаемым теоретико-методологическим ориентиром для решения многих ключевых проблем: утверждения прав человека, создания правовых основ стабилизации национальных отношений, правового регулирования земельного вопроса, экологии³ и др.

Странно, но эта модель (за редким исключением⁴) практически не была применена для понимания современной формы государственного правления, сопряженного с ней государственно-правового режима, содержания и направленности постсоветской идеологии, ценностных ориентиров публичной власти и т. п. Хотя именно эти вопросы должны были в первую очередь решаться в условиях очередного национального «модернизационного излома». Тем более абсолютно справедливым можно признать суждение В.П. Макаренко, считающего, «что для российского менталитета власть – это дьявольская сила»⁵.

Удивительно, но в отношении внедренного в ткань отечественной правовой и политической культуры института президентства, имеющего вполне конкретную (франко-американскую) прописку, юридическое и политологическое сообщество проявило почти единодушное «научное презрение», выразившееся в стремлении решать множество частных вопросов, как правило, конституционно-правового характера (об объеме властных полномочий главы государства, о правовом режиме его функционирования в системе разделения властей и т. п.) на фоне отсутствия широкой содержательной дискуссии относительно адекватности этой модели государственного правления для посткоммунистической модели. В целом же этот институт – принципиально новая для страны конструкция – был принят абсолютно некритично.

Хотя в рамках общей теории права и государства большинство авторов, а также ряд весьма уважаемых экспертов по современным государственно-правовым и социально-экономическим проблемам признают, что постсоветская Россия, вовлеченная в процесс реформирования, оказалась (как это уже неоднократно

¹ См.: Власть и реформы. От самодержавной к советской России. СПб., 1996; Каменский А.Б. От Петра I до Павла I. Реформы в России XVIII века. Опыт целостного анализа. М., 1999.

² Омельченко О.А. Архаизм и новаторство в российских государственных реформах // Наш трудный путь к праву : материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 387.

³ Права человека как фактор стратегии устойчивого развития / под ред. Е.А. Лукашевой. М., 2000.

⁴ В качестве такового можно выделить работы А.М. Величко, В.Ю. Верещагина, А.Ю. Мордовцева, А.И. Овчинникова, А.В. Серегина, В.Н. Синюкова и др.

⁵ Макаренко В.П. Российский политический менталитет // Вопросы философии. 1994. № 1. С. 39.

было в отечественной истории) перед дилеммой: сохранение традиции или обновление основных институтов, ориентация на собственные возможности, связанные с апробированными устоями и привычной динамикой социокультурного развития, или же решительная перестройка, модернизация и движение по принципиально новым «дорогам», известным в основном из «заемного», инородного опыта.

Ясно и то, что по охвату сфер общественного развития модернизация является многосторонним феноменом. Однако в силу сложившейся в рамках западного рационализма традиции различные социальные науки восприняли концепцию модернизации как синоним прогресса, основанного на идеях западно-европейского Просвещения. «Примечательно, что в русском языке нет адекватного перевода прилагательного *modern*, от которого и происходит термин «модернизация». Обычно это прилагательное у нас переводится как «современный», однако содержательный смысл его отличается от понятия сопричастности происходящему в настоящий период времени»¹.

Вообще, различные выражения со словом «*modern*» используются в социальных науках для характеристики длительной эпохи развития, начинающейся на переломе от позднего Возрождения к Новому времени, в XVI–XVII вв., и продолжающейся сегодня.

Длительное время, как подчеркивает К.С. Гаджиев, «идея модернизации и соответственно прогресса воспринималась как неизбежный и необратимый феномен» сначала европоцентристской цивилизации, а затем и всего современного мира. В настоящее время происходит формирование новой парадигмы современного многополярного мира, а концепция европоцентристского мира находится в состоянии кризиса.

Однако и в начале XX в., и в конце этого столетия российские реформаторы находились и находятся в сфере притяжения сначала ценностей европейского, а затем и евроамериканского мира, соответственно логика российского исторического процесса усматривалась в постепенной вестернизации политико-правовой и социально-экономической систем, что просматривается и на доктринальном уровне.

Так, И. Супоницкая в плане общей дискуссии, обсуждения ряда положений работы В.Д. Соловья «Кровь и почва русской истории»² отмечает, что смысл понятия «модернизация» «намного шире... оно означает переход от архаического общества к современному, обществу Нового времени, что выразилось в первую очередь в создании рыночной экономики, гражданского общества и правового государства, индивидуализации личности и пр.»³. Не совсем понятно, о каком же «расширительном» понимании «модернизации» идет речь, если автор этих строк, наоборот, предлагает весьма узкий, либерально-европоцентристский дискурс, вариант, к сожалению, принятый в отечественной политико-правовой литературе постсоветского периода. Этот конструкт настолько «тесен», что, естественно, не способен вобрать в себя никакого национального своеобразия, хотя идеологи его считают, что именно они как раз и выступают за утверждение «общечеловеческих» ценностей и институтов⁴.

В этом плане модернизация в постсоветской России, кроме всего прочего, является еще и проблемой сохранения самобытности в условиях развития, изменения правовых форм важнейших государственных структур. Другими словами, актуальнейшая задача современного периода – это реализация модели модерни-

¹ Мотрошилова Н. О лекциях Ю. Хабермаса в Москве и об основных понятиях его концепции // Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 129.

² Соловей В.Д. Кровь и почва русской истории. М., 2008.

³ Супоницкая И. Объективно, а не патристически // Литературная газета. 2008. № 30. С. 3.

⁴ «Как прозорливо заметил в свое время К. Шмитт, кто говорит «человечество», тот хочет обмануть: идентифицировать себя с таким универсальным и положительно оцениваемым понятием для того, чтобы отказать в них врагу и тем самым легитимировать насилие. Поэтому самая ужасная война, самая бесчеловечная акция осуществляется именем «человечества» (Социальная антропология права современного общества / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2006. С. 82).

зации «без вестернизации»¹, что приобретает особое значение в контексте глобализационных процессов, и именно в этом контексте имеет смысл ставить монархическую идею и искать пути ее реализации в современной России.

В ответ на трудность модернизации конца XX в., проходящей, как известно, в условиях очередного для отечественного государства и общества системного кризиса, в постсоветской юридической науке (вполне в традициях начала XX в.) сложились три ведущих идейных направления: традиционно-монархическое (неоднородное в своем содержании и направленности), либеральное (западническое) и социалистическое. Каждое из них предлагает свой вариант решения первоочередных проблем, связывая эту задачу с той или иной конфигурацией институтов верховной власти.

В этом плане необходимо отметить, что в имперской, советской и российской политико-правовых традициях мнения о том, что представляет собой институт царской власти, институт самодержавия, естественно, разделились. Ряд авторов характеризовали царское самодержавие как разновидность буржуазного правового государства², другие называли его азиатской деспотией, но при этом все они соглашались с глубокой самобытностью и оригинальностью **русской самодержавной власти**.

В настоящее время сложилось несколько доминирующих точек зрения по поводу определения этого понятия, которое в контексте анализа модернизации институтов российской государственности, прежде всего, выражает собой политико-правовую категорию, отражающую феномен институционализации верховной власти в лице русского царя, российского императора, символизировавших на мировой политической арене в разные исторические периоды, прежде всего, «державный суверенитет» (а не «ограниченный» или «реальный», – А.А. Кокошин) государства.

Уникальность русско-российского самодержавия, его несхожесть с европейским абсолютизмом, азиатской тиранией и прочими формами публичной власти, заключается в правоментальных установках общества, которое связывало свою национальную идею с образом монарха как воплощением «Божьей милости не только к русскому народу, но и к всему миру», поэтому представления о верховной власти в среде российского общества всегда имели в большей мере религиозно-нравственный оттенок, чем формальную юридико-правовую основу легитимации народной воли.

Термин «самодержавие» применительно к власти и титул «самодержавный» появляются после освобождения русских земель от татарского ига и возникновения Московского царства. Впервые Самодержцем стал официально титуловаться Великий князь Иоанн III Васильевич. Этот титул обозначал, с одной стороны, преемство с византийскими василевсами, а с другой – подчеркивал *самостоятельность* русских государей от татарских ханов.

Понятие самодержавия XV–XVI вв. выражало не столько объем власти российских монархов, сколько ее *независимый* характер. Самодержавие в его первоначальном виде действительно трактуется как вид **суверенитета**, как независимая и непроизвольная власть.

С этимологических позиций становится очевидным, что слово «самодержавие» включает в себя две корневых основы: первая – «сам», которая в древнерусской литературе нередко была синонимом державы, власти или управления, к тому же она имела смысл в качестве обозначения высшей степени чего-либо, вторая – «держав» – означала власть, правление. «Отсюда, – писал профессор И.Т. Тарасов, – из состава слова самодержавие, ясно, что этим термином определяется высшая,

¹ Такую стратегию В.Г. Федотова называет «постмодернизацией» и отмечает, что «это развитие на базе собственных культурных оснований», «органически сочетающее черты современности и культурных традиций». (См.: Федотова В.Г. Модернизация «другой» Европы. М., 1997.)

² Традиция рассмотрения института царской власти в России, заложенная еще Б.Н. Чичеринным, Л.А. Тихомировым, М.Н. Катковым, Н.А. Захаровым, И.А. Ильиным, Н.В. Болдыревым и Д.В. Болдыревым, а в национальном измерении М.О. Меньшиковым и др.

неограниченная верховная власть, рядом с которой нет и не может быть никакой другой равнодержавной власти»¹.

В толковании же П.Е. Казанского, самодержавие означало «обладание властью в силу собственного могущества»², причем самодержавие не было тождественным *единовластием*: в таком смысле власть царя признавалась бы независимой даже от Бога. Поэтому верховенство самодержавной власти не означало отчуждение от нее власти Божьей, напротив, именно в ней принцип верховенства и получал свои основания.

Термины «самодержавие», «самодержец», встречающиеся в памятниках XV – начала XVI в. и вошедшие, как и термин «царь», в титул московских князей, имели иное содержание, чем современное понятие «самодержавие». В этой связи В.О. Ключевский справедливо заметил, что словом «самодержец» характеризовали не внутренние политические отношения, а *внешнее* положение московского государя; «под ним разумели правителя, не зависящего от посторонней, чужой власти, самостоятельного; самодержцу противопоставляли то, что мы назвали бы вассалом, а не то, что на современном политическом языке носит название конституционного государя»³. Поэтому в общественном самосознании с самодержавием связывалась мысль о внешней независимости страны.

Во второй половине XVII в., по мере укрепления государства и расширения его публично-правовой деятельности, изменяется и понятие о самодержавии, которое к этому времени означает уже не только международно-правовую независимость государства, но и полноту государственной власти внутри общества⁴.

Государственный строй России до 1905 г. терминологически определялся как «абсолютная монархия, абсолютизм», как «восточная, азиатская деспотия», как особый тип «буржуазного правового государства»⁵. При этом правовая регламентация государственного строя осуществлялась Основными государственными законами, которые имели два раздела: первый раздел – «О священных правах и преимуществах Верховной Самодержавной власти» (ст. ст. 1–81) и второй раздел – «Учреждение о Императорской фамилии» (ст. ст. 82–179)⁶. Основные государственные законы составляли первую часть Свода законов Российской империи и характеризовали российского императора самодержавным и неограниченным монархом (ст. 1). Соединение в одной статье двух определений монарха – «самодержавный и неограниченный» – породило полемику еще в дореволюционной политико-правовой литературе.

Государствоведы одного направления – Н.М. Коркунов, Н.И. Лазаревский – доказывали, что оба определения являются синонимами⁷. Другое течение в государствоведении, представленное А.Д. Градовским, А.С. Алексеевым, Н.И. Палиенко, отстаивая противоположное мнение, различало понятия «самодержавный» и «неограниченный»⁸. Сущность разногласий сводилась к тому, что ст. 1 Основных законов подчеркивала в термине «самодержавный» монархический суверенитет, верховенство монарха в государственном строе России, в то время как эпитет «неограниченный» означал, что императору принадлежит также и абсолютный суверенитет⁹.

¹ Тарасов И.Т. Самодержавие и абсолютизм. М., 1917. С. 7.

² Казанский П.Е. Власть Всероссийского Императора. М., 1999. С. 402.

³ Ключевский В.О. Боярская дума Древней Руси. СПб., 1919. С. 244–245.

⁴ Гальперин Г.Б. Вопросы международно-правового признания единого Российского государства XV–XVII вв. // Советский ежегодник международного права. 1969. М., 1970. С. 265, 271–275.

⁵ Аврех А.Я. Русский абсолютизм и его роль в утверждении капитализма в России // История СССР. 1968. № 2. С. 82; Титов Ю.П. Абсолютизм в России // Советское государство и право. 1973. № 1. С. 107.

⁶ Свод законов Российской империи. Т.1. Ч.1. СПб., 1892.

⁷ Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. СПб., 1909. С. 213; Лазаревский Н.И. Русское государственное право. Т. 1. Конституционное право. СПб., 1913. С. 199–200.

⁸ Градовский А.Д. Собрание сочинений. Т. VII. СПб., 1901. С. 1–2; Алексеев А.С. Русское государственное право. М., 1897. С. 221–224; Палиенко Н.И. Основные законы и форма правления в России. Юридическое исследование. Харьков, 1910. С. 25.

⁹ Давидович А.М. Самодержавие в эпоху империализма. (Классовая сущность и эволюция абсолютизма в России.) М., 1975. С. 235.

По мнению юриста Н.А. Захарова, принадлежащая государю императору власть *верховна, самодержавна* и имеет божественное освящение, поэтому можно говорить о родственности понятий «верховенство» и «неограниченность»¹. При этом *царская власть* именуется верховной, потому что является властью наиглавнейших, окончательных, чрезвычайных и крайних решений в области управления государством, властью учредительной, основополагающей, правообразующей. Такие решения называются Высочайшими волеизъявлениями, поскольку им обязаны подчиняться все служебные государственные власти и все подданные государства. Исходя из своего верховенства, власть самодержца является универсальной властью в государстве, единственно хранящей в себе все *функции государства* – как исполнительную, законодательную, так и судебную, – в полном их объеме.

Историческая концепция самодержавной власти, сформулированная Н.М. Карамзиным в начале XIX в., рассматривала самодержавие в качестве института, стоявшего над классами и сословиями. Центральными тезисами этой доктрины были следующие: «Самодержавие есть палладиум России», государь – «единственный законодатель, единственный источник властей»². В законах Российской империи закреплялось правило: «повиноваться верховной власти его не токмо за страх, но и за совесть сам Бог повелевает».

Персонификация полноты власти в монархе не означала, что он принимал все решения сам, напротив, он делегировал большинство полномочий подчиненным ему государственным органам.

Закрепленная в русском государственном праве юридическая неограниченность самодержавия естественно предполагала, что фактически самодержавная власть самоограничивала себя лишь религиозными и национальными традициями, нормы же права исходили от верховной власти, которая одна только и могла законодательствовать. Неограниченность верховной власти заключалась в том, что никакая другая власть не была равной ей и не могла ограничить ее свободу, т. е. она не имела никаких юридических и фактических препятствий. При этом считалось, что полнота власти самодержца не является для него источником вседозволенности, а помогает исполнить свой долг и стать образцом служения правде.

Среди современных неомонархистов, число которых с каждым годом только растет можно выделить исследователей, считающих, что самое главное состоит в определении прав конкретных лиц (потомков Романовых – «кирилловичей» или даже британского принца Майкла Кентского)³, от чего, по их мнению, и зависит образ и вектор развития монархии в постсоветской России.

Принципиальным образом от этой группы отличаются авторы, которые основной акцент делают на вопросах взаимосвязи реставрации монархии и национального возрождения, а также государственно-правовых аспектах перехода от президентской республики к монархии в отечественном конституционном пространстве. Этих исследователей, конечно, весьма мало.

Так, А. Казин считает, что «нужна переходная форма от псевдодемократии к действительной народной монархии. Такой формой на Руси XXI в. могла бы стать авторитетная президентская власть, реализующая себя одновременно «сверху вниз» – от народного идеала и «снизу вверх – от повседневной социальной практики и местной инициативы»⁴. В этом же контексте рассуждали некоторые современные юристы и философы в преддверии очередных (2008 г.) президентских выборов, считающие, что в Конституции РФ 1993 г., ряде конституционных законов России на самом деле заложена возможность «третьего срока» и все зависит от специфики толкования тех или иных статей (Л. Карапетян, Р. Аврамченко, С. Наумов и др.).

¹ Захаров Н.А. Система русской государственной власти. М., 2002.

² Карамзин Н.М. Записка о древней и новой России. СПб., 1914. С. 131.

³ Подробно см.: Ларионов В. Православная монархия. Национальная монархия в России. Утопия или политическая реальность. М., 2007.

⁴ Казин А. Демократия в России // Литературная газета. 2007. № 42. С. 2.

АПОЛОГИЯ КОНСЕРВАТИЗМА В СОВРЕМЕННОМ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОМ ПОЗНАНИИ

Мордовцев Андрей Юрьевич

В переломные моменты истории, период кризиса и смены идеологических канонів о национальном менталитете, самобытности «русского характера» не говорит, наверное, только ленивый. Это было и на рубеже XIX и XX вв., когда о содержании российского, а точнее – русского, менталитета так много писали многие отечественные мыслители, это же обнаруживается и в настоящее время. Естественно, когда же еще не обратиться к себе, с любовью и одобрением или уничижающей критикой, одобрением или порицанием своих действий, мыслей, желаний и т. д., как не «на тонущем корабле», на котором вся даже долгая прошлая жизнь пробегает как одна минута. Именно такое состояние и направленность сознания в философских трудах и приобрело название рефлексии. В отношении же менталитета народа, нации, этноса следует говорить о «культурологической рефлексии» как способе приобщения индивида к ценностям, стереотипам, идеалам конкретного общества.

Отсутствие же эвристически продуктивных схем в этом вопросе только уведит нас от самих себя, приводит к тяжелым и не очень «душевным расстройствам», порождает разного рода комплексы (например, неполноценности) или «навязчивые идеи» (вроде «особой миссии русского народа, России по «спасению мира») и т. д. В этом в конечном счете и есть значение современного гуманитарного познания, которое, исследуя правовые, политические, социокультурные, исторические и иные аспекты жизнедеятельности россиян, способно предложить обществу хоть сколько-нибудь вразумительный ответ на вопрос «Кто мы?». От того или иного варианта такого ответа зависит и понимание самобытности российской правовой системы, специфики национальной политической действительности и иных праводуховных и институциональных феноменов (правового и экономического сознания, гражданского общества и др.).

В целом на рубеже XX и XXI вв. в российском философско-правовом дискурсе явно обозначилось несколько методологий рассмотрения государства и права, выявления и оценки перспектив российской государственности в новом тысячелетии. В принципе, сформировалось уникальная для развития юридической науки познавательная ситуация: от господства марксистской философской и научной парадигмы уже ушли, период «ура-либерализма» постепенно преодолевается и также постепенно осваиваем консервативно-правовую эпистему. Если обратиться к некогда модным в гуманитарном и социально-экономическом познании синергетическим «потугам», то современное состояние российской гуманитарии можно назвать эпохой «конструктивного хаоса», который, как известно, всегда имеет место при переходе от одной научной (доктринальной, идеологической и т. п.) парадигмы к другой и характеризуется как время возникновения интересных идей, время стремительных концептуальных «прорывов».

Поэтому не случайно, что именно в этот «золотой век» российской юриспруденции (термин В.Н. Кудрявцева) на «юридическом солнце» наиболее ярко опять «вспыхнули» два типа мировидения: либерально-правовое и консервативное, «западническое» и евразийско-славянофильское (в общем, «сторона» против «сторонки»). В принципе, для нашей истории ничего нового в этой коллизии нет, казалось, что все уже пройдено в далеком XIX в., однако ж нет, споры разгораются и в эту глобализационно-кризисную эпоху, охватывают все новые и новые аспекты.

Одним из последних, например, является получившая распространение в последние три-четыре года борьба с «юридическими химерами», т. е. с появлением в правоведении новых категорий, терминов, концептуальных подходов. Включившиеся в эту борьбу исследователи (И.Ю. Козлихин, Е.Б. Хохлов и др.) упрекают ряд авторов в излишнем увлечении современными философскими доктринами (герменевтикой, феноменологией, синергетикой, теорией систем и т. п.), что, естественно,

приводит к возникновению новых понятий и, что еще более «страшно», пересмотру имеющихся в специальной литературе оценок, позиций в сфере теории государства, теории права (юридической догматики, юридической социологии).

Причем чаще всего трудно понять, каких же теоретико-методологической позиции придерживаются сами юридические «антихимеристы», этому мешает либо излишне критический пафос их статей (в полемическом пылу забывают обозначить собственные теоретико-методологические пристрастия!), либо намеренное «скрывание» этими авторами своих философских симпатий, хотя возможно, что они сами пока находятся в методологическом поиске.

Все отмеченное выше в полной мере можно отнести к одному из главных полемистов в российской теоретико-правовой науке проф. О.В. Мартышину, который одинаково «беспощаден» (конечно, в научном плане) и к представителям либерального («либертарного») направления юридической мысли (ссылаясь на работу П. Селфа, объявляет их «экстремистами от либерализма»)¹, и к исследователям прямо противоположного направления – православной теории права (В.В. Сорокину, А.М. Величко, Н.А. Нарочницкой и др.). Даже более умеренным консерваторам (или вовсе не консерваторам) от него тоже «досталось».

Так, члена-корреспондента РАН Г.В. Мальцева за такую, казалось бы «невинную» фразу, сделанное в ходе научной полемики замечание, предположение о том, что «рационализация права, как ее понимал, например, М. Вебер, на протяжении множества столетий методично вытравливала жизненный смысл правовой системы» и что «путь к обновлению российского права лежит через религиозное возрождение»², О.В. Мартышин «подозревает» в стремлении «клерикализировать» правовую теорию, вытеснить из нее рациональные формы познания³, а автора этой работы (и его соавтора по не так давно вышедшей монографии, посвященной проблемам российского правового менталитета, национальной правовой культуры), придерживающегося, в принципе, умеренно консервативных и уж конечно (не дай Бог!) не «мистически-религиозных» взглядов, вообще, уважаемый профессор и яркий, неординарный мыслитель (а таковым действительно является О.В. Мартышин) объявил «реакционером» (теперь, видимо, «от консерватизма»).

«Между тем дилемма Запад или Восток (Россия) все чаще выдвигается в самой жесткой и непримиримой форме. «Глобализация, либерализация, вестернизация и противостоящие последним консервативный и неоевразийский проекты» – так видят суть дела проф. А.Ю. Мордовцев и В.В. Попов. Они отвергают не только «реформаторское лихолетье» на рубеже веков, но и «предшествующие потуги быстрой и радикальных изменений в стране (Петровские реформы, деятельность Александра II, Временного правительства и др.)... Консерваторами обычно называют тех, кто стремится сохранить существующее положение дел, в отличие от реакционеров, цель которых восстановить то, что уже исчезло, уступило место новому»⁴.

Чтобы не увлекаться известным жанром «наш ответ Чемберлену» (или «критика наших критиков»), выскажем лишь два замечания, точнее, недоумения:

- консерватор – это не тот, кто стремится «сохранить существующее положение дел», это весьма буквальное понимание содержания этого понятия (по сути, калька соответствующей статьи словаря С.И. Ожегова), не имеющее ничего общего с его научной или философской трактовкой. Идеалы консерватизма «в вечном», а не в настоящем (каким бы оно ни было). «Консервировать», т. е. сохранять, можно все, что угодно, в том числе и либерализм с коммунизмом... стоит ли все время поддерживать ветхую, из прогнившего дерева, стену, когда можно возвести новую, из камня... но консерваторы и не занимались сохранением гнилушек, они как раз чаще выступали за строительство каменных стен. Значит, главное в их идеях – не сохранение вообще чего-либо, а сохранение и преумножение истори-

¹ Мартышин О.В. Конституция РФ 1993 г. и развитие теории государства и права (некоторые методологические аспекты) // Государство и право. 2008. № 12. С. 44.

² Мальцев Г.В. Нравственные основы права. М., 2008. С. 537.

³ Мартышин О.В. Указ. соч. С. 43.

⁴ Мартышин О.В. Указ. соч. С. 46.

ческой традиции, которая может менять формы в зависимости от эпохи, оставаясь в принципиальных пунктах – неизменной по содержанию. Следовательно, «консерваторов» гораздо правильнее называть «традиционалистами»¹,

- а «исчезло» ли вообще «что-то» в российской политико-правовой традиции в собственном смысле понятия «исчезло» либо в процессе разных институционально-правовых и политических трансформаций удачно «замаскировалось», изменило внешние «очертания», тем не менее сохранив свою сущность (в том числе и неоднократно упоминаемый О.В. Мартышиным и институт «царя-батюшки», имперский принцип государственно-правового строительства и др.).

Что же касается категории «реакционер», то она весьма полисемантическая. Поэтому не могу не процитировать суждения еще одного русского «реакционера» – М.Н. Каткова. «У нас теперь в большом ходу слово *реакция*. Эти словом перекидываются как самым ругательным. Им запугивают наш слабоумный либерализм. Но скажите ради Бога, не есть ли отсутствиереакции первый признак мертвого тела? Жизненный процесс не есть ли непрерывная реакция, тем более сильна, чем сильнее организм? Наши либералы, или вернее их руководители, которые их дурачат, хотят, чтобы Россия оставалась мертвым телом, неспособным реагировать, какие бы дела над ней ни творились»².

Вообще любое явление следует рассматривать в содержательном (или сущностном) и прикладном (рассматривая специфику его институционализации, особенности тех или иных проявлений) аспектах. Такая логика определена, прежде всего, природой и развитием предметов как материального, так и духовного мира, диалектикой бытия, выраженной еще в Аристотелевой энтелехии. Именно с этих позиций и следует оценивать консервативное (или неоконсервативное) направление в современной юридической науке и, шире, национальной правовой политике.

Постсоветские «антиконсерваторы» (либералы, марксисты и др.) в своей критике национально-охранительных идей, как правило, идут двумя путями (автор этой статьи опирается на известные ему работы правоведов, политологов, философов):

- примитивизируют проблему: «нам хотят вернуть «царя-батюшку», что приведет к свертыванию демократии и чуть ли не к восстановлению принципов сословного общества, подрыву основных конституционных положений, «торжеству клерикализма» в науке и образовании и т. п.³;
- «приклеивают ярлыки» (риторически беспроблемный прием), выдвигают обвинения (в национализме, фашизме, реакционности), стремясь поставить консерваторов в позицию «оправдывающегося». Даже весьма и весьма политкорректные работы часто подвергаются жесткой критике, причем не за само содержание, а за позицию автора, его идеи, идеалы.

Так или иначе, но в последнее время можно говорить о том, что либералы, оставшиеся в явном меньшинстве и не пользующиеся симпатией большинства россиян (провал либеральных партий на двух последних выборах в Государственную Думу), а с 2000 г. и властных элит, не только возлагают свои надежды на западную государственную модель, продолжают надеяться и на его прямую помощь (что, в принципе, их дело), но и продолжают настаивать на универсальности и абсолютной истине их доктрин, взглядов, предложений.

По большому счету, глупо было бы сомневаться в ценности либеральных идей, получивших свое отражение в работах Дж. Локка, Ш.Л. Монтескье, Т. Джефферсона и др. мыслителей, на концептуальном уровне отразивших формировавшееся веками мировоззрение западного человека, его менталитет, образ жизни, тип рациональности, духовно-религиозные предпочтения. Речь шла и должна идти не

¹ Сергеев С.М. «Мои идеалы в вечном...» (творческий традиционализм Льва Тихомирова) // Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. М., 1998. С. 5–6.

² Катков М.Н. Идеология охранительства. М., 2009. С. 85.

³ Странно, но даже нобелевские лауреаты считают якобы исходящую от РПЦ политику «клерикализации» общества реальной опасностью, стратегий «выдавливанию атеизма из жизни российского общества». Подробнее об этом см.: Гинзбург В.Л. Об атеизме, религии и светском гуманизме. М., 2008.

о полезности западных правовых, политических и экономических институтов как таковых, а об их приживаемости и эффективности в современной России. В этом же плане можно говорить о нескольких мифах, порожденных либеральным мышлением эпохи современной глобализации и являющихся основой манипулирования сознанием масс:

- абсолютное преимущество западной версии рыночной экономики над всеми иными ее вариантами (странно, но многие наши экономисты увлечены чуждыми для отечественного институционального профиля идеями, но мало знакомы с концепциями Ф. Листа, Д.И. Менделеева, содержащими иные принципы экономической стратегии);
- преимущество индивидуализма над любыми формами коллективизма (общинности, соборности и др.) в любых типах цивилизаций;
- приоритет формального понимания справедливости, законности и правового порядка по отношению к материальной их трактовке;
- гипертрофирование значимости и ценности западного варианта многих политических и правовых институтов (президентства, выборов, частной собственности, федерализма и др.), стремление к их механическому заимствованию, копированию, как условие «нормализации» жизни России;
- распространение убежденности в бивариативности государственно-правового развития: либо либералы с «рыночным благополучием» и свободой, либо коммунисты с нищетой и концлагерями. Третьего здесь, оказывается, просто не дано.

Можно, конечно, продолжить перечисление продуктов либерального мифотворчества¹, но все они так или иначе связаны с несколькими присущими нашим доморощенным либералам убеждениями: а) менталитет народа можно и должно изменять; б) есть некий, лучший абсолютно для всех «людей на Земле» порядок государственно-правового, социально-экономического и духовного мироустройства, к которому только (пусть даже любой ценой) и должны все стремиться.

В правовом познании это просматривается в работах многих авторов, особенно в первой половине 1990-х гг., на «гребне» так называемой «ура-демократической» волны. Так, о принципиальной возможности изменения российского менталитета, правового сознания пишет В.Е. Чиркин: «Никакая, даже самая совершенная конституция не создаст нового общества в России. Для этого нужно прежде всего кардинально изменить российский менталитет, повышать гражданскую и политическую активность населения, стимулировать самостоятельность граждан... Нужно на иных началах преобразовать менталитет властвующей политической и экономической элиты, всего политического «класса», бизнесменов, поощряя открытость, честность, добросовестность, твердость в выполнении данных обещаний»². Трудно, конечно, оспаривать столь благие намерения, однако на этом пути возникает самый сложный вопрос: «Как?» Ответить на него более чем сложно либо вообще (при такой постановке проблемы) невозможно.

Встречаются и несколько иные, хотя в чем-то схожие с позицией В.Е. Чиркина, мнения. Например, М.В. Шугуров пишет: «В настоящее время нельзя говорить о полной непрявственности, а то и об отсутствии в России либерального индивидуально-конституционного правосознания. Однако правовое сознание в целом еще остается инерционным и слабо либерализируется. В своей антитетичности оно по-прежнему аналогично политической ментальности – жажда свободы соседствует с потребностью в сильной руке, стремление к социальной справедливости как фактическому равенству сочетается с желанием активизации рыночных отношений»³. Полагаю, что автор только частично «схватил» проблему: правовое сознание действительно слабо либерализируется, но это не признак его «инерционности», а показатель, во-первых, устойчивости архетипов, во-вторых, отторжения либеральных ценностей вследствие неутешительности результатов

¹ В этом нет необходимости, так как с этой задачей великолепно справился С.Г. Кара-Мурза. (Подробнее см.: Кара-Мурза С.Г. Манипуляция сознанием. М., 2007.)

² Чиркин В.Е. Конституция: российская модель. М., 2002. С. 11.

³ Шугуров М.В. Конституционализация международных норм прав человека и российское правосознание // ОНС. 2006. № 2. С. 70.

постсоветского реформирования, приведших к режиму «семибанкирщины», расколу общества, отчуждению граждан от политического процесса и др.

Ясно, что такая ситуация взрывоопасна, однако после 2000 г. взятый ранее курс изменяется (хотя и не в той мере, как этого ожидали). Либерализация, «выглаживания» индивидуальных особенностей под англосаксонский стандарт) идут к завершению. Параллельно с этим медленно, но верно происходят позитивные процессы в сфере национальной идентичности, изрядно подорванной в 1990-е гг. идеологическими установками, типа «все мы россияне» (термин введен еще на заре разрушения российской державы Э. Паиным), «нет ничего страшнее и опаснее русского национализма, проявлений «великодержавного шовинизма», консерватизма, «Россия должна стремиться войти в единый европейский дом» (даже если нас там никто не ждет и это вхождение приведет к потере самой России).

На конституционно-правовом уровне это вылилось в признание за Россией статуса «многонационального государства», что по международным стандартам при процентном соотношении русского этноса свыше 75 % просто недопустимо, выведение русского этноса, государственно-образующего народа за рамки политико-правового поля (нет своей государственности, так как Россия – это, как известно, государство «россиян»), признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, пусть даже в ущерб публичным правам и интересам (провели криминальную приватизацию, и несколько десятков физических лиц присвоили себе огромные «куски» государственной собственности, созданной, кстати сказать, руками сталинских заключенных, но права новоявленных собственников священны) и т. п.

Так или иначе, но либеральный вектор политико-правовых преобразований, выбранный в начале 1990-х гг. и направленный на модернизацию всех сфер общественной жизни – экономической, правовой, политической, духовной, – имеет своей целью создание некоей внеисторической, внекультурной, абстрактной («беспочвенной») государственности, в рамках которой традиционная идентичность граждан, национальный идеал общего блага и справедливости, аксиомы отечественного правового сознания нивелируются и замещаются безупречно теоретически сформулированными западными идеалами (чаще всего подаваемыми в качестве универсальных, общечеловеческих) и практиками государственно-правового строительства.

Однако «если у политической власти есть собственная логика, ее институциональные формы воспроизводят социальные структуры во всем их разнообразии и сложности. Это побуждает нас осмысливать проблемы демократии («либеральной демократии», «народной демократии») и политики вообще не в произвольных формулировках, а с учетом социальных и исторических условий возникновения той или иной формы институтов»¹.

В этих условиях необходимо формирование в стране новой (точнее, традиционной или «реакционной», в контексте М.Н. Каткова) идеологической составляющей, которая и должна стать основой возникновения и функционирования соответствующих правовых и политических институтов, экономических структур. Процесс этот наконец-то в той или иной мере уже стимулируется самим государством (Российский институт стратегических исследований при Президенте РФ, Центр консервативных исследований) и рассматривается в качестве стратегического направления. Причем первым шагом к утверждению консервативно-правового (политического и экономического) миропонимания станет разработка единого понятийного аппарата, который пока отсутствует и во властных структурах, и в научном сообществе, что дает возможность «перетолкования» в либеральном ключе, примитивизации ряда важнейших положений, которые в результате нередко вообще приобретают противоположное значение.

В практическом плане реализация консервативной политико-правовой стратегии государственного строительства должна включать несколько основных направлений:

¹ Ковлер А.И. Кризис демократии? Демократия на рубеже XXI века. М., 1997. С. 44.

1) формирование адекватной системы властных отношений, что в первую очередь должно включать:

- пересмотр ряда конституционных положений и устранение явных текстуальных противоречий (ст. ст. 10 и ст. 11 Конституции РФ, ст. 5 и др.);
- трансформацию существующего варианта российского федерализма в плане его постепенного свертывания и перехода к унитарно-федералистской или регионалистской форме государственного устройства как соответствующим сложившимся столетиями реалиям территориальной организации отечественного властного пространства;
- изменение существующей с середины 90-х гг. XX в. модели реализации местного самоуправления (отказ от англосаксонской модели), замены ее институтами местной власти как подсистемы государственной власти;

2) признание России моноэтническим государством, что соответствует мировым конституционно-правовым канонам, а русского народа – государственно-образующим. Поэтому текст Преамбулы Конституции РФ должен быть изменен: «Мы, русский народ и все народы России, составляющие российскую гражданскую нацию...»;

3) фиксация в Конституции РФ православия и ислама в качестве *традиционных религий*, что соответствует их значению в истории российского государства и права, национальной духовной жизни.

ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ И ПЕРСПЕКТИВЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА¹

Палеха Роман Робертович

Обращаясь к термину «позитивизм» (положительное знание), следует заметить, что его впервые ввел в научный оборот О. Конт для обозначения как своей философии, так и своей социальной теории (социальная физика). Позитивное знание – это наблюдаемое, исчисляемое и проверяемое на опыте знание. Что касается юридического позитивизма, то его история более ранняя. В зависимости от того, какой аспект позитивизма используется как основной признак, историю возникновения юридического позитивизма можно отнести либо к творчеству английского ученого Й. Бентама, либо к творчеству Т. Гоббса².

В отношении содержательной стороны юридического позитивизма В.В. Сорокин говорит о том, что данное учение во всех своих проявлениях способно оправдать любые юридические установления, исходящие от государства. Эта традиция восходит к древним легистским воззрениям, придающим праву сугубо этатический характер³.

Представляется убедительной позиция И.И. Царькова и Г.А. Кабардиной относительно того, что «...современный европейский юридический позитивизм ничего общего не имеет с древнекитайским легизмом, несмотря на их внешнее сходство. Это теории из пространства двух разных мировоззрений. Поэтому более справедливо будет, если время зарождения этой теории отнести к относительно недавнему прошлому»⁴.

В качестве самостоятельного, теоретически осмысленного направления правовой мысли легистско-позитивистская юриспруденция начала формироваться

¹ Работа выполнена при поддержке гранта Президента РФ № МК-6089.2010.6.

² См.: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма // Право и политика. 2005. № 4. С. 15–27.

³ См.: Сорокин В.В. Позитивистский подход к правопониманию: опыт, перспективы // Юридическое образование и наука. 2006. № 4. С. 3–6.

⁴ Царьков И.И., Кабардина Г. А. Указ. соч. С. 15–27.

в Западной Европе в раннебуржуазный период ее развития. Родоначальниками легистского позитивизма считаются английский философ и политический мыслитель Т. Гоббс и английский юрист Д. Остин, трактовавшие право как приказ суверенной власти, обращенный к подданным. «Правовая сила закона, – говорил Т. Гоббс, – состоит только в том, что он является приказом суверена»¹.

В дальнейшем обосновании и распространении легалистских представлений о праве значительную роль сыграл английский моралист Дж. Бентам – виднейший представитель философии утилитаризма².

В теории Бентама право рассматривается как совокупность законов, установленных суверенной государственной властью. С этих позиций он подверг основательной критике учения о естественном праве и договорном происхождении государства. Доктринам естественного права Й. Бентам противопоставил идею проведения законодательных реформ на основе принципа максимизации общественной пользы. Осуществить подобные реформы предполагалось путем полного обновления и кодификации законодательства³.

Современный исследователь творческого наследия Й. Бентама Б. Парех так отзывался о его идеях: «Его понимание человека очень грубо... теория наивна... анализ основных правовых понятий – путанный и поверхностный», но, несмотря на это, Парех утверждает, что «... он (Й. Бентам) остается важной исторической фигурой по двум причинам. Во-первых, ... он великолепно опрокинул или, во всяком случае, подверг серьезному сомнению обоснованность целого ряда господствовавших в то время этических и политических доктрин, таких как моральный интуитивизм, общественный договор, естественное состояние и «самоочевидные» естественные права. Сделав это, он развернул широкий спектр проблем, которые преследовали многие поколения моральных и политических философов. Во-вторых, разработывая эти проблемы, он представил множество проницательных идей о природе правовой и политической жизни, которые в своей совокупности означают не что иное, как подведение нового фундамента под классический либерализм»⁴.

По мнению А.В. Пищулина, основоположником юридического позитивизма считается Джон Остин, усилиями которого в конце первой половины XIX в. в Англии было положено начало так называемой аналитической юриспруденции, которая имела значительное влияние на дальнейшее развитие правовой мысли⁵.

По учению Остина, позитивное право состоит из императивных велений или приказов суверенной государственной власти. Право есть совокупность норм, установленных политическими верхами. Источником права является воля суверена. Остин при этом специально подчеркивал, что суверен не связан принятыми законами, ибо в любой момент может их изменить – в противном случае он уже не будет сувереном. Ограничениями государственной власти в действительности служат божественное право и позитивная мораль. В концепции английского юриста были разработаны основы так называемой императивной теории права, согласно которой законы государства обращены исключительно к подвластным и не способны ограничить волю суверена⁶.

«Каждый позитивный закон, – пишет Дж. Остин, – устанавливается лицом или органом, являющимся сувереном для члена или членов независимого политического сообщества, в котором это лицо или орган представляет собой суверена. Источник права – прочно установившаяся суверенная власть, а важнейшим признаком подлинного суверенитета выступает привычка большинства к повиновению»⁷.

Но из этого отрывка следует, что Дж. Остин рассматривает право исключительно как позитивное право – нормы, установленные сувереном. Причем не столь

¹ Царьков И.И., Кабардина Г. А. Указ. соч. С. 10–19.

² Воротилин Б.А. Указ. соч. С. 67–72.

³ См.: Там же.

⁴ Царьков И.И., Кабардина Г. А. Указ. соч. С. 15–27.

⁵ См.: Пищулин А.В. Указ. соч. С. 89–99.

⁶ См.: Воротилин Б.А. Указ. соч. С. 67–72.

⁷ Цит. по: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Указ. соч. С. 15–27.

важно, является ли суверен лицом или органом, что говорит о его индифферентности по отношению к вопросу о справедливой форме правления. Для него достаточным основанием легитимности права на принуждение является привычка большинства к повиновению. Согласно Остину, правовые нормы следует рассматривать исключительно как свод приказов и императивов, исходящих от высшей власти, которая с целью побудить людей к исполнению последних может прибегать к угрозе и устрашению, и это заставляет людей привычно повиноваться¹.

Задачу легистской теории права Дж. Остин и его последователи видели в юридико-догматическом анализе основных понятий права, поэтому данное направление получило также название «аналитической юриспруденции» или «аналитической теории права»². Теорию Дж. Остина нельзя отнести к чисто «законническим» теориям, отрицающим какую-либо меру нравственности в законе. Дж. Остин осознает, что для обоснования иерархического характера правовой системы необходима мера нравственного, поскольку мораль – это и есть иерархия, мораль не должна быть нейтральной к юридическим фактам. Для этого он использует старое средневековое понятие – «божественное право». Как позитивиста, его оно нисколько не смущает. Он нисколько не боится метафизики «божественного права», поскольку оно «...не противоречит формальному пониманию права в качестве приказа суверена»³.

В.В. Лапаева справедливо указывает на то, что для позитивистского типа правопонимания характерно стремление очистить норму закона от каких-либо связей с ее социальным контекстом. Наиболее последовательно эта установка была реализована в рамках неопозитивистского подхода к праву, разработанного Г. Кельзеном, который задачу своего «чистого учения о праве» видел в том, чтобы очистить право от всего неправового, а правоправедение – от всех его междисциплинарных связей с другими науками об обществе. Критикуя под этим углом зрения характерное для естественно-правовых учений смешение права и морали, сам Г. Кельзен считает отличительным признаком права его принудительность. «Очищение» права осуществляется Г. Кельзеном с помощью разработанного им специфического нормативистского метода изучения и описания права как системы норм. Трактую право исключительно как сферу должного, а не сущего, он рассматривает норму в качестве своего рода схемы толкования сущего и придания ей правового смысла. При этом норма, придающая акту правовое значение, сама, согласно Г. Кельзену, создается посредством правового акта, который, в свою очередь, получает правовое значение от другой нормы. Таким образом, право предстает у него как иерархически выстроенная система норм, восходящая в итоге к так называемой основной норме⁴.

Исходя из легистского подхода под правом понимается продукт государства (его воли, произвола и усмотрения), а точнее, приказ, который нужно неукоснительно исполнять независимо от его содержания. Здесь понятие «право» неукоснительно обедняется, выхолащивается и сводится к писаному закону. В.В. Сорокин говорит о том, что правом нормативисты признают любую норму, исходящую от государственной власти, вне позитивного (писаного, официально и документально выраженного) законодательства права, по их мнению, не существует⁵. Зарубежные ученые под юридическим позитивизмом понимают догматическую юриспруденцию, которая берет свое начало в философском позитивизме, вместе с тем юридический позитивизм в значительной мере ограничен анализом юридического порядка: под позитивным правом имеются в виду те юридические нормы, которые установлены властью государства⁶.

Позитивистская концепция сводится в основном к «узконормативистскому истолкованию природы права» как властно-принудительному, «установленному

¹ Цит. по: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Указ. соч. С. 15–27.

² См.: Лапаева В.В. Указ. соч. С. 10–19.

³ Цит. по: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Указ. соч. С. 15–27.

⁴ См.: Лапаева в. в. Указ. соч. С. 10–19.

⁵ См.: Сорокин в. в. Указ. соч. С. 3–6.

⁶ См.: Пищулин А.В. Указ. соч. С. 89–99.

политически господствующими для политически подчиненных», непрерываемо-му и обязательному к исполнению велению (приказу) государства, или суверена («властная субординация» Д. Остина)¹.

Юридический позитивизм делает ставку на норму права (закон) и его цель – «...обоснование права формально обоснованных правил, обязательность которых не зависит от их содержания»². Главное – норма должна соответствовать формальному критерию – исходить от суверена. Формальный признак закона есть его позитивный критерий, и других критериев не требуется. Формально корректный закон, исходящий от полномочного органа или лица, не может быть несправедливым законом. Плохой закон – это все же право, а не бесправие. Человек «должен» следовать нормам поведения под угрозой наказания, и это «должное» морально-этически индифферентно³.

Р.Г. Миннихметов полагает, что право и закон не должны противопоставляться, а только соединяться как форма с содержанием. «Нужно не противопоставлять закон и право, а видеть их неразрывное единство, – пишет он. – Законы не следует объявлять неправовыми (неправовых, т. е. не содержащих правила поведения, законов не бывает), а нужно раскрывать их суть. И если законы несправедливы, антинародны, то нужно стремиться к их отмене или изменению»⁴.

В продолжение приведенного утверждения уместно обратиться к взгляду В.М. Шафировова по вопросу соотношения права и закона. Он пишет: «Единство и взаимодействие естественного и позитивного в праве порождают новое качественное образование – правовой закон, в котором правовой дух и юридическая буква, соединившись, взаимно дополняют, обогащают друг друга, становятся неразделимыми»⁵. Думается, что только таким и должен быть правовой закон, закон, который не отрицает право. В противном случае сложно говорить о законе как выразителе интересов его высшей ценности – человека.

Закон не должен противоречить праву. Закон, имеющий правовое содержание – это и есть право, а право, имеющее только легистское содержание без правового, – это не-право, которое противоречит естественной природе человека.

Правовой закон – это как сосуд с чистой водой, из которого приятно и безопасно пить. И человек, для которого он предназначен, может быть уверен, что не отравится, что государство в него не подмешало ничего вредного, угрожающего его жизни или здоровью.

В современном юридическом позитивизме необходим баланс между законом и правом, они должны уравновешивать друг друга своим разноаспектным содержанием. Закон должен избавлять право от излишней абстрактности, неконкретности, а право должно не допускать злоупотребления властью в законе, что было бы равноценно потере нравственных ориентиров в деятельности государства.

Грань между позитивизмом и естественным правом находится в плоскости нравственности – этических соображений власти по вопросу ограничения естественного права позитивным. Здесь главное – не злоупотребить властью и не нанести непоправимого ущерба естественным правам и свободам человека.

Следует согласиться с позицией Т.Н. Радько и Н.Т. Медведевой, что «позитивная теория предполагает эволюционное поступательное развитие общества. Она нацелена на охрану прав и свобод человека и гражданина, общественного порядка, на обеспечение личной и общественной безопасности, на создание сбалансированных интересов личности, общества, государства, достижение и поддержание общественного согласия и социальной стабильности, необходимой для этого правовой базы и механизма ее применения, гарантирующих их безопасность»⁶.

¹ См.: Радько Т.Н., Медведева Н.Т. Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России // Государство и право. 2005. № 3. С. 5–12.

² Цит. по: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Указ. соч. С. 15–27.

³ См.: Там же.

⁴ Цит. по: Сорокин В.В. Указ. соч. С. 3–6.

⁵ Шафиров В.М. Соотношение права и закона: человекоцентристский подход // Источники права: проблемы теории и практики : материалы конф. М. : РАП, 2008. С. 73–79.

⁶ Шафиров В.М. Указ. соч. С. 73–79.

Обращает на себя особое внимание человекоцентристский подход В.М. Шафирова. Ученый указывает, что «...рассмотрение права с позиции человеческого измерения позволяет объединить конкурирующие между собой теории правопонимания (в особенности естественного права и юридического позитивизма), увидеть как логику исторического развития права в виде трех ступеней: естественное право, позитивное право, естественно-позитивное право, так и его перспективы, приближение к идеальной картине, для которой характерны такие проявления, как правовое государство, правовой закон, правозаконность, правовая активность и др.»¹.

Думается, что с принятием Конституции Российской Федерации 12 декабря 1993 г., с утверждением в практике государственного строительства демократических ценностей развитие права вплотную приблизилось к своей третьей ступени – естественно-позитивному праву, праву эффективному, действенному, обращенному к благу его единственной ценности – человека. И иной перспективы модернизации правовой системы современного российского общества просто не существует.

МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВА И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРИОД

Ардашкин Владимир Дмитриевич

В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2010 г. сформулировано, думается, удачное определение национальной безопасности, которое может быть использовано в научно-методологических, учебных и практико-политических целях. Оно является итогом длительных теоретических и политических разработок и станет основой дальнейшего развития концепции национальной безопасности и правовой системы. Ему следует придать конституционное значение и включить в текст Конституции РФ при последующих коррективах Основного закона. Последние коррективы были, как известно, внесены недавно законами Российской Федерации и поправками в Конституцию РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ².

В настоящей Стратегии понятие национальной безопасности определяется как «состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз, которое позволяет обеспечить конституционные права, свободы, достойное качество и уровень граждан, суверенитет, территориальную целостность и устойчивое развитие Российской Федерации, оборону и безопасность государства».

В документе для характеристики национальной безопасности используются и другие понятия: «Национальные интересы Российской Федерации – совокупность внутренних и внешних потребностей государства в обеспечении защищенности и устойчивого развития личности, общества и государства».

«Стратегические национальные приоритеты – важнейшие направления обеспечения национальной безопасности, по которым реализуются конституционные права и свободы граждан Российской Федерации, осуществляется устойчивое социально-экономическое развитие и охрана суверенитета страны».

Система обеспечения национальной безопасности – силы и средства – вооруженные силы РФ, правоохранительная служба и т. д.

¹ Шафиров В.М. Правопонимание: человекоцентристский подход // Теоретические и практические проблемы правопонимания : материалы III Междунар. науч. конф., состоявшейся 22–24 апреля 2008 г. в Российской академии правосудия / под ред. В.М. Сырых и М.А. Заининой. 2-е изд. М. : РАП, 2010. С. 86–91.

² Российская газета. 2007. 28 дек.

В педагогическом процессе, в том числе юридическом образовании, нужно обратиться к дополнительной литературе. Поскольку учебная литература по правоведению весьма отстала от современной жизни (понятие национальной безопасности не раскрывается ни в одном из учебников по теории государства и права.

Национальная безопасность РФ имеет методологическое значение по отношению к понятию функций государства в теории государства и права. Функции государства – это и есть практическое осуществление его национальной безопасности как важнейшие стратегические направления обеспечения национальной безопасности.

Но предварительно нужно обозначить среды (области) жизнедеятельности государства, от которых в первую очередь зависит состояние, структура и содержание.

Государство вырабатывает различные программы, концепции, доктрины национальной безопасности, имеющие научную, материальную, организационную и правовую основу. Вот как говорится о значимости Доктрины продовольственной безопасности: «В настоящей Доктрине развиваются положения Стратегии национальной безопасности от 12 мая 2009 года.

...В ней воплощаются направления экономической политики в области безопасности от 12 мая 2009 года.

...В ней воплощаются направления экономической политики в области обеспечения продовольственной безопасности страны». Аналогично можно определить назначение и других руководящих документов о состоянии жизнедеятельности РФ внутри и вне ее.

Вот почему характеристика функций РФ, их перечень и проблемы невозможны без знания Стратегии национальной безопасности и связанных с ней отраслевых актов и документов.

Недавно принятый новый закон о безопасности воспринял положения Стратегии, но внес изменения, подсказанные изменениями в жизни страны. Документ закрепляет статус Совета безопасности РФ как конституционного совещательного органа. Совет безопасности осуществляет подготовку решений президента по вопросам обеспечения безопасности, организации обороны, военного строительства защитой конституционного строя¹.

Все компоненты национальной безопасности взаимосвязаны и взаимозависимы, но к каждому требуется индивидуальный подход.

Как же ныне оценивать национальную безопасность Российской Федерации? Вот мнение специалистов: М. Барщевского (члена Президиума Ассоциации юристов России), Г. Гудкова (заместителя председателя Комитета Госдумы по безопасности): «Мы все время поднимаем Россию с колен, пытаемся догнать Португалию. Два десятка лет говорим о необходимости борьбы с коррупцией, нищетой и беспорядком». Главная опасность – это неэффективное управление. Оно, думается, главная причина нашей бедности на федеральном и региональном уровне². О бедственном положении неоднократно сообщалось в печати.

О причинах неэффективного управления можно судить по появившейся заметке в «Российской газете». Фонд содействия реформированию ЖКХ предложил на три года приостановить рост тарифов на газ, тепло и воду. По мнению главы этого Фонда Константина Цицина, цены за коммунальные услуги для населения растут слишком быстрыми темпами. «Мы скоро обгоним Европу по уровню фактических платежей, если и далее три года подряд будем повышать тарифы по 17 процентов в год», – говорит он³. Аналогичная картина наблюдалась и с ценами на лекарства⁴. По свидетельству Генпрокурора, размер необоснованных надбавок на лекарства колеблется от 30 до 100 %⁵.

¹ Подробнее см.: Российская газета. 2010. 10 авг.

² Егоршева Н. Тепло, еще светлее // Российская газета. Неделя. 2010. 4 марта. № 5124 (45).

³ Российская газета. 2010. 4 марта.

⁴ Ямшанов Б. Рецепт от Генпрокурора // Российская газета – Федеральный выпуск. 2010. 12 января. № 5081 (2).

⁵ Там же (Возникает закономерный вопрос: Справляется ли Генпрокурор со своими обязанностями? Видимо, так же обстоит дело повсеместно, в том числе в нашем крае.); Недовольство россиян социально-экономическим положением продолжает расти // Красноярский рабочий. 2010. 6 апр.

Думается, пора установить жесткие санкции за необоснованное повышение цен¹.

В процессе принятия Закона о полиции возникла дискуссия о терминах: оставить слово «милиция» или заменить его термином «полиция».

Приведем несколько соображений по этому вопросу.

Большинство участников дискуссии высказались против переименования милиции в полицию. Мы считаем это ошибочным. Российская Федерация присоединилась к позиции большинства стран, осуществляющих правоохранительную практику. В международно-правовых актах термин «полиция» является общепринятым. Логично, что и Россия решила взять этот термин. Обратимся к справочной литературе. Вот Большой толковый социологический словарь: «Полиция и (правоохранительная деятельность) – организованные гражданские силы и агентство для осуществления социального контроля, которые, находясь на службе у государства, призваны охранять закон и общественный порядок. Полиция осуществляет правоохранительную деятельность, защищая людей и собственность, передавая нарушителей правосудию, одновременно сдерживая преступность»².

О СОВРЕМЕННОМ ПОНИМАНИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ СИЛЫ КАК КРИТЕРИИ ПОСТРОЕНИЯ ИЕРАРХИИ В ФОРМЕ ПРАВА

Петров Александр Александрович

В дореволюционной юридической литературе для характеристики критерия построения иерархии источников права использовался термин «сила закона». Например, Г.Э. Блосфельдт, исследуя юридические свойства Свода законов Российской империи 1832 г., указывает на тождественность используемого в тексте Свода термина «законная сила» термину «сила закона»³.

Однако в дальнейшем в отечественной правовой традиции происходит размежевание данных понятий. Понятие «законная сила» стало использоваться преимущественно в процессуально-правовых исследованиях для характеристики особого свойства судебных постановлений как актов правосудия⁴.

В советском и постсоветском отечественном правоведении в качестве конвенционального понятия, описывающего критерий определения места источника права в иерархической системе, используется «юридическая сила»⁵.

На настоящий момент в России отсутствует легальное определение юридической силы. Вместе с тем, к примеру, в законодательстве Республики Беларусь официально закреплено определение юридической силы как характеристики нормативного правового акта, определяющей обязательность его применения к соответствующим общественным отношениям, а также его соподчиненность иным нормативным правовым актам⁶.

¹ Соответствующие изменения следует внести в ст.14.6 Кодекса РФ об административных правонарушениях (М. : ООО Витрэм, 2002. С. 98).

² Большой толковый социологический словарь». Т. 2. П.-Я. Русско-английский, англо-русский. М. : BereAct, 2001. С. 48.

³ Блосфельд Г.Э. «Законная» сила Свода законов в свете архивных данных. М., 1917. С. 73–74.

⁴ См.: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 444–460.

⁵ Традиционное понимание юридической силы выражено, например, в учебнике по теории государства и права под редакцией В.В. Лазарева, в котором подчеркивается, что юридическая сила является «основным критерием отнесения нормативного акта к тому или другому виду... указывает на место акта, его значение, его верховенство или подчиненность, зависит от положения и роли органа, издавшего акт, от конституционных его полномочий и компетенции, которой он наделен по действующему законодательству» (Общая теория права и государства : учебник / под ред. В.В. Лазарева. М. : Юрист, 1996. С. 144).

⁶ Статья 1 Закона Республики Беларусь от 10.01.2000 № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2000. № 7, 2/136.

Однако следует обратить внимание на то, что в литературе «юридическая сила» может использоваться как для характеристики *обладания* ее носителя «юридической энергией», так и для *количества* данной юридической энергии¹.

На уровне формы права юридическая сила во втором значении традиционно понимается как **критерий** выделения различных уровней в иерархии. На ее основе субъекты правоотношений определяют старшинство и подчиненность одних источников права другим и выбирают тот (те), которым(и) будут руководствоваться в своей деятельности.

Проведенный анализ литературы позволяет выделить несколько свойств юридической силы источников права:

- юридическая сила есть *критерий опознания юридических нормативно-регулятивных средств* среди иных социальных регуляторов, претендующих на общеобязательность²;
- юридическая сила является *сопоставительным свойством*, позволяющим установить место источника права и отдельного нормативно-регулятивного средства в вертикальном срезе формы права³;

¹ Так, В.А. Толстик подчеркивает двоякий смысл, вкладываемый в понятие «юридическая сила»: «В правоведении юридическая сила понимается в двух смыслах. С одной стороны, как свойство правовых актов реально действовать, фактически порождать юридические последствия. В этом смысле говорят о вступлении в действие, приостановление действия, прекращении действия нормативного правового акта или его части. С другой стороны, как сопоставительное свойство, выражающее степень подчиненности данного нормативного акта актам вышестоящих органов, а значит, и его место в иерархической структуре законодательства» (Толстик В.А. Иерархия источников российского права : монография. Н. Новгород : Общество «Интелсервис», 2002. С. 21). Подобное разграничение проводит и А.А. Белкин: «Обладание акта силой – это сохранение однажды выраженного в установленном порядке волеизъявления компетентного субъекта правотворчества по поводу изданного им акта. В отличие от обладания силой действие акта – это поведение адресатов акта в соответствии с установленными в нем нормами» (Белкин А.А. Юридические акты: Обладание силой и действие // Правоведение. 1993. № 5. С. 5). Похожим образом рассуждает и А.В. Поляков: «Действие права и действие правовых норм следует отличать от действия нормативно-правовых актов. В последнем случае под действием чаще всего понимают не фактическую способность правового акта определять права и обязанности субъектов, а наличие у него так называемой юридической силы. Юридическая сила акта указывает на его государственно-волевое признание и занимаемое место в иерархии других правовых актов. Законодательный акт может иметь юридическую силу, но не действовать, т. е. оставаться «мертвым», «ключком бумаги». Но и действие государственно-признанного акта невозможно без обретения им юридической силы» (Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб. : Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. С. 624–625).

² По мнению Ю.Е. Пермякова, «юридическая сила характеризует собою действие правовой нормы, взятой в противоположность моральному, политическому или нравственному требованию и ограничивающей их возможности непосредственного регулятивного воздействия» (Пермяков Ю.Е. Юридическая сила правовых суждений /Ю.Е. Пермяков // Юридический аналитический журнал. 2003. № 4. С. 8). Похожим образом рассуждает и Н.Н. Волпенко, согласно позиции которого особенность государственного санкционирования правовых норм, исходящих от субъектов, прямо не наделенных правотворческими полномочиями, «состоит в том, что в результате этого происходит «возведение в закон», т. е. наделение юридической силой правил общественного поведения, которые не обладали до этого свойством государственной обязательности» (Волпенко Н.Н. Источники и формы права : учеб. пособие. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2004. С. 6).

³ А.П. Заец подчеркивает, что юридическая сила «характеризует систему законодательства с точки зрения статики, т. е. определяет лишь принципы соотношения и зависимостей различных предписаний друг от друга, без учета иных зависимостей, возникающих в процессе непосредственного регулирования (динамики) общественных отношений...». Причем иерархические связи, построенные на основе юридической силы, формируют «вертикальную структуру законодательства, определяя последовательность и обуславливая неизменность в субординационном расположении нормативных предписаний» (Заец А.П. Система советского законодательства (проблема согласованности) / Киев : Наук. думка, 1987. С. 52). В этом контексте В.М. Сырых пишет о юридической силе как о критерии классификации системы НПА (Сырых В.М. Логические основания общей теории права / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М. : Юстицинформ, 2000. Т. 1. С. 59. С.С. Алексеев указывает, что юридическая сила является «главным признаком, определяющим место того или иного акта в иерархической структуре» (Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. М. : Юрид. лит., 1982. С. 218). Аналогично И.Е. Фарбер и В.А. Ржевский рассматривали юридическую силу как сопоставительное свойство различных нормативно-правовых актов (Фарбер И.Е., Ржевский В.А. Вопросы теории

- юридическая сила *характеризует отношения власти и подчинения* на уровне формы права¹;
- юридическая сила *является одним из показателей позиции* органа или социальной группы, создавшей тот или иной источник права, в системе организации публичной власти в обществе²;
- юридическая сила *служит критерием приоритета* того или иного нормативно-регулятивного средства в случае иерархической коллизии³.

В отечественной литературе принято разграничивать юридическую силу и *обязательность* источников права. Как отмечал В.Ф. Коток, юридическая сила «может быть большей или меньшей, это регулятивное свойство правового акта, проявляющееся в соотношении с другими актами. Обязательность же не имеет степеней и представляет собой абсолютное качество любого законного акта. Нельзя представить себе степень обязательности, не уничтожая ее самой. Государство одинаково требует соблюдения любого правового акта независимо от степени его юридической силы»⁴.

советского конституционного права. Вып. I. Саратов, 1967. С. 70). На данную черту юридической силы обращал внимание и И.С. Зивс: «...различная степень юридической силы источников права есть одно из выражений их строгой фиксации в рамках вертикальной структуры системы» (Зивс С.Л. Источники права / отв. ред. В.П. Казимирчук ; АН СССР. Ин-т государства и права. М. : Наука, 1981. С. 36). Профессор Б. Пупич, рассматривая иерархию источников права как вертикально построенную шкалу, указывает, что «правовая сила представляет собой... степень влияния одного правового акта на другой, от чего зависит положение акта на шкале» (цит. по: Мицайков М. Иерархия в праве // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 1999. № 6. С. 67).

¹ В данном контексте А.В. Мицкевич определял юридическую силу актов как «свойство, выражающее соотношение данного вида актов с другими видами актов государственных органов, его место в системе правовых актов». Он подчеркивал, что юридическая сила есть «только те качества (свойства), которые характеризуют то или иное влияние самих актов на нормы или иные предписания, ими установленные, на другие акты и т. п.» (Мицкевич А.В. Юридическая природа актов правотворчества высших органов государственной власти и управления СССР : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 173). Причем «акт низшей юридической силы не должен противоречить актам более высокой юридической силы, не может изменять или отменять их» (Его же. Акты высших органов Советского государства: Юридическая природа нормативных актов высших органов государственной власти и управления СССР. М. : Юрид. лит., 1967. С. 7).

Похожим образом рассуждает профессор Н. Вискович, когда указывает на то, что юридическая сила – это «пределы влияния одного правового акта на другой, при котором одна норма или соответствующий правовой акт определяют функционирование, содержание и форму других правовых актов (норм)» (Цит. по: Мицайков М. Иерархия в праве... С. 67). С.В. Поленина и Н.В. Сильченко указывают, что юридическая сила НПА – это «его главный признак, сопоставительное свойство, выражающее степень подчиненности данного нормативного акта актам вышестоящих органов, а значит, его место в иерархической структуре законодательства» (Поленина С.В., Сильченко Н. В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР / отв. ред. Р.О. Халфина ; Академия наук СССР. Институт государства и права. М. : Наука, 1987. С. 27).

² Я.М. Магазинер писал о юридической силе как силе велений властей, расположенных в системе «старшинства и подчиненности одних властей другим в виде лестницы, поднимаясь по которой, мы находим органы власти возрастающей авторитетности и силы, пока не дойдем до суверенной, т. е. такой, которая выше других, но выше которой других нет» (Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства. Глава 3. Источники права // Правоведение. 1998. № 2. С. 32).

По сходному мнению И.С. Самощенко, юридическая сила выражает степень подчиненности данного нормативного акта актам вышестоящих органов, осуществление принципа верховенства конституции, других законов (Самощенко И.С. Основные черты нормативных актов социалистического государства // Советское государство и право. 1968. № 4. С. 25).

Н. Вискович указывает: «...одинаковой правовой силой обладают нормы, созданные субъектами права одного и того же ранга по шкале политической и экономической мощи... Неодинаковой правовой силой обладают нормы, создаваемые субъектами права разных рангов по шкале общественной силы; процедура их принятия тоже неодинакова, и они определяют друг друга» (Цит. по: Мицайков М. Иерархия в праве... С. 66).

³ Так Д.И. Здунова пишет: «Юридическая сила правового акта выражает соотношение одного акта с другим и определяет место, которое он занимает в системе правовых актов... определяет приоритеты между актами и очередность актов, которые будут действовать в случае возникновения противоречия между ними» (Здунова Д.И. Юридическая сила правовых актов : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 51).

⁴ Коток В.Ф. О предмете и источниках конституционного права социалистических стран // Конституционное право социалистических стран. М., 1963. С. 81.

Своим содержанием юридическая сила, на наш взгляд, охватывает все существенные стороны проявлений иерархичности на уровне формы права. В этом плане исключительно важный тезис выдвигает Ю.Е. Пермяков, когда пишет о том, что сущность юридической силы и правовых норм, и индивидуальных актов «заключается в принуждении к такому дискурсу, где суждение приобретает императивный характер благодаря соблюдению процедуры, в которой происходит становление инстанции как высшей институциональной формы авторитетного суждения¹. Поэтому юридическая сила «обнаруживает себя как императив языка, на котором люди заявляют о себе как о субъектах правового общения»².

Проанализируем данную проблему в сравнительно-правовом аспекте.

В концепции права Герберта Харта понятию «юридическая сила» наиболее близко по смыслу понятие «*ruleofrecognition*» – «правило признания» как критерий опознания права в определенной правовой системе³.

В теории права Ганса Кельзена синонимом «юридической силы» является понятие «действительность правовой нормы» («*geltung*» (нем.), «*validity*» (англ.)), которая понимается как специфическое существование, свойственное норме, основанное на ее подчинении (в соответствии со статическим либо динамическим принципами) вышестоящим нормам – вплоть до основной нормы.

Вообще в англоязычных источниках для обозначения семейства понятий, связанных с действительностью или юридической силой каких-либо нормативных фактов, используется термин «*validity*»⁴. Проведенный выборочный анализ смыслового значения «*validity*» в англоязычной литературе⁵ позволяет выдвинуть следующую гипотезу: хотя данный термин может характеризовать различные аспекты бытия форм проявления права (законность, действительность, обладание силой, обязательность), но наличие в нем определенной константы содержания позволяет выделить именно данное понятие как базовое, которое используется в англо-

¹ Пермяков Е.Ю. Философские основания юриспруденции : монография. Самара : Самар. гуманит. Акад., 2006. С. 110.

² Там же. С. 111. В этом контексте достаточно спорным представляется высказывание Ю.Е. Пермякова о том, что акты непосредственной реализации права не могут обладать юридической силой до того момента, пока эта сила им не будет придана волеизъявлением компетентного органа. До этого момента, по мнению Ю.Е. Пермякова, они обладают лишь *юридическим значением*, которое может интерпретироваться как при помощи нормативных, так и при помощи индивидуальных властных предписаний компетентных органов, обладающих *юридической силой* (Пермяков Ю.Е. Юридическая сила правовых суждений... С. 9). Вместе с тем Е.Ю. Пермяков в данном высказывании по сути сам себе противоречит, так как законодатель вправе наделять субъектов правоотношений возможностью с помощью собственных активных действий создавать права и обязанности, текстуально выраженные в актах непосредственной реализации права (например, договорах). Если следовать логике Е.Ю. Пермякова, то до тех пор, пока договор не будет оспорен и не признан судом существующим и действительным, мы не можем говорить о его юридической силе как основании для правового дискурса (хотя бы для его сторон), что весьма сомнительно.

³ Как пишет С.А. Дробышевский, Г. Харт полагал, что «критерий юридической действительности или источник права является высшим, если правила, опознаваемые посредством обращения к нему, все же признаются» в обсуждаемом государстве юридическими «при противоречии нормам, опознаваемым с помощью других критериев, в то время как правила, опознаваемые посредством применения» этих более низких мерил, здесь не признаются юридическими «в случае их противоречия нормам, опознаваемым при использовании высшего критерия» (цит. по: Дробышевский С.А. История политических и правовых учений: основные классические идеи : учеб. пособие. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2007. С. 449)..

⁴ Электронный словарь Lingvo 9.0. (специализированная база юридической терминологии «law») переводит данное слово на русский язык так: «1) юридическая сила; юридическая действительность; юридическое действие, 2) период действия, 3) обоснованность, основательность».

⁵ Kelsen H. On the theory of interpretation // Legal Studies. 1990. Vol. 10. Issue 2. P. 127–135; Varga C. Validity // Acta juridica hungarica. 2000. 41. N 3–4. P. 155–166; Navarro P.E., Moresso J.J. Applicability and effectiveness of legal norms // Law and Philosophy. 1997. № 16 201–219; Munzer S. Validity and legal conflicts // Yale Law Journal. 1973. May; Paulson S .L. On the implication of Kelsen's doctrine of hierarchical structure // The Liverpool law review. Vol. XVIII(1). 1996. P. 49–62; Sartor G. Legal validity as doxastic obligation: from definition to normativity // Law and Philosophy. 2000. N 19. P. 585–625; Ruiter D. W.P. Legal validity qua specific mode of existence // Law and Philosophy. 1997. N 16. P. 479–505.

зычной литературе для характеристики критерия иерархического ранжирования уровней формы права.

Аналогично понятие «юридическая сила» в отечественной литературе также обладает конвенциональным значением, позволяющим использовать его в качестве критерия построения организационной иерархии на уровне формы права и на уровне реализации права.

Таким образом, проведенное исследование позволяет определить юридическую силу как *критерий построения организационной иерархии на уровне формы права, выражающий количественную меру юридической энергии определенного элемента внутренней и внешней формы права и проявляющийся в возможности элемента вышестоящего уровня задавать формальные и содержательные характеристики элементам нижестоящих уровней.*

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ КАК НЕОБХОДИМОЕ УСЛОВИЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

Гааз Людмила Владимировна

В современной юридической литературе отсутствует ясность в рассмотрении таких понятий, как «содержание законности» и «принципы законности». Перечисляя практически одни и те же положения, в частности, верховенство закона, гарантирование прав и свобод граждан, неотвратимость юридической ответственности за правонарушение и др., одни авторы рассматривают их как принципы законности¹, другие – как требования, составляющие содержание законности², третьи отождествляют их³. Но именно данные категории позволяют дать наиболее полную характеристику законности как сложного, многоаспектного, полифункционального явления⁴, показать её роль в механизме правового регулирования. Следовательно, необходимо достаточно четко определить и разграничить содержание законности и её принципы.

Содержание законности составляют ряд требований, предъявляемых к деятельности субъектов как в сфере правотворчества, так и в сфере реализации права. В данных требованиях раскрывается сущность законности, её связь с правом и законодательством, роль в механизме правового регулирования. В свою очередь принципы законности должны рассматриваться как руководящие идеи, основополагающие начала, обеспечивающие реализацию требований законности, их осуществления в практической правотворческой и правоприменительной деятельности.

Требования, составляющие содержание законности

Верховенство закона. Суть данного требования заключается в том, чтобы все наиболее важные вопросы жизнедеятельности общества, наиболее важные общественные отношения регулировались именно законом, как нормативно-правовым актом, выражающим волю государства, в основе которой лежит общая согласованная воля общества, составляющих его различных социальных групп и слоев, принятым в особом порядке и обладающим высшей юридической силой.

¹ См., например: Радько Т.Н. Теория государства и права. М., 2009. С. 656–660; Теория государства и права / под ред. А.С. Пиголкина и А.С. Дмитриева. М., 2008. С. 644; Протасов В.Н., Протасова Н.В. Теория государства и права. М., 2010. С. 388.

² См., например: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 225; Проблемы общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 465–466.

³ См., например: Теория государства и права / под ред. О.В. Мартышина. М., 2007. С. 414.

⁴ См.: Правовой режим законности // Правоведение. 2001. № 5. С. 262.

Закрепление и гарантирование прав и свобод граждан. Принимаемые законы и основанные на них подзаконные нормативно-правовые акты должны быть направлены на закрепление, обеспечение и защиту в первую очередь прав и свобод человека и гражданина. Будучи провозглашенными Конституцией РФ высшей социальной ценностью, права и свободы человека становятся основным ориентиром развития правовой системы.

Строгое и неуклонное соблюдение и исполнение действующего законодательства. Данное требование предполагает недопустимость отступления от закона по мотивам устаревания, неэффективности, нецелесообразности, несоответствия сложившимся социально-политическим условиям.

Эффективная работа всего механизма правового регулирования, подзаконность деятельности всех ветвей власти предполагает: наличие развитой правовой системы, рационально построенный и эффективно работающий механизм государства, грамотный выбор методов правового регулирования в зависимости от видов регулируемых общественных отношений, четко определенную систему мер ответственности за нарушение действующего законодательства как граждан, так и органов государства, должностных лиц и общественных организаций, а также нормативно урегулированный порядок их применения, наличие системы контроля и надзора.

Принципы законности

Строгое соблюдение иерархии в системе нормативно-правовых актов. Реализация данного принципа обеспечивает, в первую очередь, непререкаемость закона, его высшей юридической силы по отношению ко всем иным правовым актам. Он исключает ситуации, когда фактически происходит подмена законов подзаконными нормативно-правовыми актами. Любое противоречие между законом и подзаконным актом должно решаться только в пользу закона. Кроме того, данный принцип гарантирует согласованность, скоординированность деятельности всех звеньев государственного механизма.

Единство законности. Данный принцип означает единообразие регулирования однородных общественных отношений на всей территории государства по отношению ко всем субъектам права на основе единых правовых принципов, гарантирует равный правовой статус для всех граждан, равное правовое положение различных организаций, равенство компетенций однородных государственных органов.

Единство законности обеспечивает одновременное действие законов, а также подзаконных актов, принятых на основе и во исполнение законов и законам не противоречащих, на всей территории страны.

Единство законности гарантирует единообразное понимание, толкование, применение законов и соответствующих и не противоречащих им иных нормативно-правовых актов всеми субъектами права на территории государства.

С позиций федерализма данный принцип законности способствует формированию непротиворечивой федеральной системы законодательства, включающей как федеральные акты, так и акты субъектов федерации, что, в свою очередь, обеспечивает целостность государства в целом.

Целесообразность законности. Соотношение законности и целесообразности практически на всех этапах развития общества и государства носило противоречивый характер. В сложные переходные периоды нередко законность и целесообразность противопоставлялись друг другу. Заявления о возможности отступления от требований законности по мотивам целесообразности можно встретить и сейчас. На первый взгляд, аргументация подобных заявлений может показаться убедительной, так как законотворчество, следуя за изменениями общественных отношений, не всегда успевает адекватно отреагировать на эти изменения. Как следствие, возникают пробелы в праве, противоречия между нормативными установлениями. В определенной степени законодательство может стать «тоормозом» развития новых общественных отношений. Но проблема не в строгости и жесткости требований законности, а в качестве законов, соответствии их реальным правовым потребностям общества.

Законность по своей сущности, по своему содержанию призвана обеспечивать достижение целей правового регулирования, которое, в первую очередь, осуществляется посредством принятия законов и соответствующих им подзаконных нормативно-правовых актов. Принятие любого нормативно-правового акта предполагает достижение определенных целей и задач, которые, как правило, прямо излагаются в тексте нормативно-правового акта, в преамбуле либо в соответствующих статьях¹. Безусловно, достижение поставленных целей и задач невозможно без соблюдения и исполнения самих законодательных положений, что составляет сущностное требование законности. Следовательно, целесообразность законности – это принцип, который позволяет в конечном счете достичь главную цель законодательного регулирования, заключающуюся в установлении и поддержании правопорядка в обществе. Проблема состоит в обеспечении целесообразности самого законодательства.

Одним из требований законности, составляющих её содержание, как было указано выше, является требование эффективной работы всего механизма правового регулирования, что предполагает, в том числе, наличие развитой системы законодательства, отвечающей требованиям современных реалий. Следовательно, целесообразность законности требует, во-первых, своевременного принятия необходимых законодательных актов, оперативного внесения в них изменений и дополнений, если таковые требуются. Во-вторых, данный принцип предоставляет участникам правоотношений возможность в соответствии с нормами права принять наиболее целесообразное решение и вариант поведения применительно к фактическим обстоятельствам и в рамках закона.

Недопустимость противопоставления законности и справедливости. Справедливость – основная правовая ценность, связанная с представлениями о правах человека, его действительных возможностях, с отражением их в законах и защитой данных прав. Основное содержание справедливости составляют требования равенства прав и свобод человека и гражданина и соразмерности (соответствия) между реальной значимостью индивидов (социальных групп) и их социальным положением, между правами и обязанностями, между деянием и воздаянием, трудом и вознаграждением, преступлением и наказанием и т. д. Справедливость позволяет установить меру сбалансированности личных и общественных интересов, одновременно обеспечивая их единство, что, в свою очередь, способствует наиболее эффективному регулированию общественных отношений, разрешению социальных противоречий. Справедливость находит свое выражение в нормах, разрешающих противоречия при распределении социальных функций субъектов общественных отношений (например, нормы конституционного, административного, трудового права, фиксирующие полномочия, компетенцию, функциональные обязанности субъектов); нормах, разрешающих противоречия при распределении материальных и духовных благ, а также социальных обременений (например, нормы гражданского, семейного права, процессуального права, закрепляющих равенство прав и обязанностей участников правоотношений, взаимные обязательства); нормах, разрешающих противоречия при воздаянии за социально полезные или общественно опасные деяния (например, нормы трудового права, регулирующие поощрение за труд, нормы уголовного права, закрепляющие вид и меру наказания за преступные деяния)². Таким образом, справедливость, закрепленная как основной правовой принцип в действующем законодательстве, будет реализована только при соблюдении и исполнении законодательства, т. е. при строжайшем соблюдении и исполнении требований законности. Следовательно, законность служит одним из основных средств претворения начал справедливости в общественных отношениях. Законность не является самоцелью, это соблюдение и исполнение законов во имя торжества свободы и справедливости.

¹ См., например, ст. 1 Трудового кодекса РФ «Цели и задачи трудового законодательства», ст. 2 Уголовного кодекса РФ «Задачи Уголовного кодекса Российской Федерации», ст. 1.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях «Задачи законодательства об административных правонарушениях».

² См.: Филимонов В.Д. Справедливость как принцип права // Государство и право. 2009. № 9. С. 5–13.

Всеобщность законности. В юридической литературе можно встретить положение, согласно которому требования законности обращены, в первую очередь, к лицам, наделенным государственно-властными полномочиями. Безусловно, нарушения законодательства представителями власти влекут за собой гораздо более серьезные негативные последствия, способные затрагивать интересы не только отдельных субъектов, а целых социальных групп и даже общества в целом. Но недопустимы и многочисленные правонарушения, совершаемые рядовыми гражданами. Следовательно, содержание требования законности должно быть обращено ко всем субъектам права без исключения. В правосознании всех субъектов идея законности должна восприниматься как убежденность в необходимости строгого и неуклонного соблюдения и исполнения действующего законодательства, такового реально правомерного поведения всех участников общественных отношений, при котором не оставалось бы места для произвола и фактически бы достигалась всеобщность права, действительная реализация всех субъективных прав и обязанностей, предусмотренных законом.

ПРОБЛЕМЫ ПОНИМАНИЯ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УРОВНЕЙ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Горбуль Юлия Александровна

Правовое регулирование представляет собой особый функциональный понятийный ряд, показывающий общее взаимодействие различных элементов в процессе функционирования права¹. Последовательность расположения, состав элементов данного понятийного ряда, а также реальное содержание и особенности теоретических понятий и категорий, входящих в его состав, безусловно, могут видоизменяться, поскольку правовое регулирование относится к разряду многоуровневых явлений. Различные уровни правового регулирования характеризуются своими специфическими закономерностями и чертами, что необходимо максимально учитывать при их характеристике. Выявление целесообразных рамок, оптимального соотношения и реальных субординационных зависимостей различных уровней может способствовать углублению теоретических представлений о правовом регулировании.

В зависимости от различных критериев имеется несколько подходов к классификации уровней правового регулирования. Такая множественность точек зрения по данному вопросу обусловлена тем, что правовое регулирование может осуществляться разнообразными субъектами, в разных сферах жизнедеятельности общества, в различных пространственных пределах и т. д. Поэтому в зависимости от того, какие из перечисленных критериев положены в основу выделения уровней правового регулирования, предлагается тот или иной вариант классификации.

Разные уровни правового регулирования можно обнаружить, в частности, в нормативном (общем) правовом регулировании при изучении его в срезе, отражающем характер и степень общности тех общественных отношений, на которые оказывается регулятивное воздействие. В этом плане Ф.Н. Фаткуллин предлагает различать базовый, средний (развивающий) и детализирующий уровни такого регулирования².

Базовый уровень касается исходных, наиболее крупномасштабных общественных отношений, составляющих основы жизнедеятельности людей во всех ее сферах. Такие отношения регулируются, в первую очередь, конституционными нормами, определяющими политическую и экономическую основы конституции

¹ См.: Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 218.

² Фаткуллин Ф.Н., Фаткуллин Ф.Ф., Маликов М.Ф. Теоретические основы реализации права: монография. Уфа: РИО БашГУ, 2003. С. 20.

онного строя, статус личности в обществе, устройство государства и т. д. На этом уровне располагаются и отношения, регулируемые некоторыми нормами иных отраслей законодательства – гражданского, трудового, земельного и пр.

Второй, средний (развивающий), уровень затрагивает отношения, которые, будучи наиболее характерными проявлениями отдельных сторон базовых отношений, могут моделироваться в нормативных актах таким образом, что эти акты либо вообще не нуждаются в дальнейшей конкретизации изданием дополнительных нормативных актов, либо еще раз текстуально отсылают или просто предлагают издание последующих актов. Регулирование на этом уровне главным образом осуществляется нормами, объективируемыми в кодифицированных законах или нормативных актах центральных органов государства.

Детализирующий уровень правового регулирования преимущественно характерен для нормативно-правовых актов местного или локального значения. На этом уровне происходит дальнейшая конкретизация права¹.

Указанные уровни регулирования существенно отличаются друг от друга, связаны с организацией разных пластов общественных отношений. Они не всегда обязательно следуют друг за другом. Возможны различные варианты связей между ними. Одни общественные отношения регулируются сначала на базовом, затем исчерпывающим образом на среднем или развивающем уровнях, другие же отношения нуждаются в регулировании на всех трех уровнях.

Кроме того, общепринятым является положение о существовании нескольких так называемых «уровней» правового регулирования, выделяемых по вертикальному срезу государственного механизма, а именно федерального, регионального, местного (муниципального) и локального уровней правового регулирования. Такая классификация весьма близка по своей сути ранее обозначенной позиции о выделении базового, развивающего и детализирующего уровней правового регулирования. В то же время необходимо, на наш взгляд, отметить определенную разницу между ними. Так, если при выделении базового, развивающего и детализирующего уровней внимание обращается, прежде всего, на характер и степень общности регулируемых общественных отношений, то при выделении федерального, регионального, местного и локального уровней правового регулирования акцент смещается на такие характеристики, как субъекты, осуществляющие правовое регулирование, и его территориальные пределы.

Выделение уровней правового регулирования по вертикальному срезу государственного механизма производно от действующих конституционных норм о трехуровневой организации публичной власти в государственном устройстве России. Народ Российской Федерации, являющийся в соответствии с Конституцией РФ единственным источником власти (ч. 1 ст. 3), осуществляет свою власть непосредственно (через формы прямого волеизъявления) и(или) через особую систему органов публичной власти, которая выражена в России в формах государственной власти РФ (федеральная власть), государственной власти субъектов РФ (региональная власть) и местного самоуправления (муниципальная власть). И далее в системе правового регулирования общественных отношений следует еще один самостоятельный уровень – локальное правовое регулирование, выступающее элементом децентрализации и самоорганизации в рамках отдельного предприятия, учреждения или организации².

Такое выделение различных уровней правового регулирования становится возможным, если исходить из анализа смысла ряда конституционных положений. В связи с тем, что в тексте самой Конституции Российской Федерации закреплены перечни вопросов, решение которых осуществляется на федеральном, региональном и местном уровнях, возникает необходимость в их правовом регулировании. Это, в свою очередь, позволяет говорить о наличии таких достаточно самостоятельных и своеобразных уровней в общей системе правового регулирования общественных отношений.

¹ Фаткуллин Ф.Н., Фаткуллин Ф.Ф., Маликов М.Ф. Теоретические основы реализации права : монография. Уфа : РИО БашГУ, 2003. С. 20–21.

² О локальном правовом регулировании см.: Антонова Л.И. Локальное правовое регулирование (теоретическое исследование). Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1985.

Так, в частности, ст. ст. 71, 72 и 73 Конституции Российской Федерации закрепляют перечень вопросов, отнесенных к исключительному ведению Российской Федерации, совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов, и по остаточному принципу – исключительному ведению субъектов Российской Федерации. Что же касается местного уровня правового регулирования, то в тексте ст. ст. 71, 72, 73 Конституции Российской Федерации он не обозначен. Однако в ст. ст. 130–133 Конституции России установлено, что местным самоуправлением в Российской Федерации обеспечивается самостоятельное решение населением вопросов местного значения. В качестве таковых называются управление муниципальной собственностью; формирование, утверждение и исполнение местного бюджета; охрана общественного порядка и пр. Следовательно, можно утверждать, что в Конституции Российской Федерации обозначены основные организационные моменты, позволяющие наряду с федеральным и региональным выделять местный (муниципальный) уровень правового регулирования. Что же касается более детальной характеристики этого уровня правового регулирования общественных отношений, то она содержится в Федеральном законе № 131-ФЗ от 06.10.2003 г. (ред. от 10.06.2008 г.) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹.

Кроме того, весьма значимым и интересным в рассматриваемой проблематике является вопрос о необходимости выделения четвертого уровня правового регулирования (локального) наряду с федеральным, региональным и муниципальным, поскольку локальные правовые акты могут издаваться федеральными органами и учреждениями государства, государственными органами и учреждениями субъектов Российской Федерации, а также и на муниципальном уровне. В связи с этим корректнее говорить о подуровне локального правового регулирования, характерном как для государственного (федерального, регионального), так и муниципального уровней правового регулирования, нежели описывать локальное правовое регулирование в качестве самостоятельного уровня в системе механизма публичной власти в России.

Таким образом, обобщая вышеизложенное, следует заключить, что представляется необходимым уделить особое внимание именно такой постановке вопроса о классификации уровней правового регулирования. Не отрицая значимости иных вариантов классификации уровней правового регулирования, нужно полагать, что исследование правового регулирования на федеральном, региональном и муниципальном уровнях позволяет наиболее логичным и последовательным образом исследовать характерные черты каждого из них. Кроме того, такая классификация предоставляет более широкие возможности для изучения особенностей правового регулирования, поскольку все иные его виды – нормативное и индивидуальное, публичное и частное, централизованное и децентрализованное и т. д. – в той или иной степени проявляются на всех названных уровнях правового регулирования.

Именно с позиций характеристики того или иного уровня вопросы правового регулирования на данный момент исследованы не в полном объеме. Все положения, касающиеся теории правового регулирования, рассматривались и рассматриваются юристами-правоведами в большинстве случаев в общем виде, в то время как его важнейшие, реальные особенности проявляются на каждом уровне. Кроме того, каждому уровню правового регулирования соответствует свой особый, отличный от других (по количественным и качественным характеристикам) состав элементов, входящих в его структуру.

На современном этапе исследования правового регулирования, когда в значительном объеме накоплен новый материал, назрела необходимость нового видения правового регулирования, в его трактовке, условно говоря, как объемного явления, которое имеет несколько срезов, своего рода «этажей», где средства правового регулирования выстраиваются не только линейно, но и в нескольких плоскостях. В этом видится особенность и оригинальность исследования правового регулирования не в общем виде, а применительно к отдельным его уровням.

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822; 2008. № 24. Ст. 2790.

ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ В ПРАВЕ КАК МЕТОД МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Андреева Ольга Александровна

В современной правовой науке принцип преемственности находит довольно широкое применение и нередко доказывает свою эффективность там, где требуется урегулировать сложные, неординарные проблемы, возникающие в ходе радикальных преобразований в общественно-экономической и политической жизни страны. В процессе исторического развития неизбежно возникают разрывы между существующими и нарождающимися правовыми системами. Именно в такие моменты преемственность выступает буферной зоной, в которой старое смыкается с новым при постепенном накоплении правового материала. Поэтому преемственность в праве можно рассматривать как некий исторический интервал, в рамках которого происходит модернизация права, т. е. процесс его приспособления к новым социально-экономическим реалиям. В более широком смысле преемственность выступает как процесс диалектического снятия при переходе от одного этапа развития права к другому, выполняя роль всеобщего принципа сохранения. Как бы ни менялось право от эпохи к эпохе, его общие начала, как некие исходные принципы, лежат в основе всех правовых систем. Сами эти начала отражают специфику человеческой жизнедеятельности, которая базируется на общественном производстве, органической частью которого являются формы собственности.

Правоотношения по поводу собственности составляют незыблемую основу любого права. Личные права и формы интеллектуальной собственности появляются позднее как производные от правового материального обеспечения прав и свобод собственника. Кстати, в этом одна из причин относительных неудач социалистов, которые вместе с отменой собственности отменяют право, по крайней мере, частное право, свидетельством чего является история государства и права России, пережившая самые причудливые комбинации правоотношений по поводу форм собственности. Отменив право, социалисты были вынуждены сделать следующий шаг – объявить об отмене государства, как его отмирании, хотя в действительности они только и делали, что укрепляли государство, как например, в форме диктатуры пролетариата или народовластия.

Сходные мысли по данной проблеме высказываются в научной юридической литературе. Заслуживает внимания рассуждение В.В. Сорокина о необходимости введения в историко-правовую науку понятия переходного периода. Он считает, что «задача правовой системы в этот период выступает как опосредование смены общественно-политического строя на качественно новых началах»¹. Впрочем, признавая основательность его рассуждений, следует предположить, что само понятие «переходный период» отражает только момент в развитии и становлении права, тогда как преемственность в праве являет собой фактически процесс правопреемственности, в ходе которого осуществляется сохранение позитивного содержания в качестве исходного материала для последующего правотворчества. Конечно, на становление новых правовых идей влияют и другие факторы, например, материальные, но рождение новых правоотношений начинается с примерки к ним сложившихся правовых конструкций и лишь впоследствии в новой форме они отражают сложившиеся правовые реалии. Старые исходные формы как бы отодвигаются в тень, но присутствуют в новых концепциях по умолчанию. Мы рассматриваем это как специфическую черту юридической техники, которая возможна на базе преемственности, а применительно к теории права – правопреемственности, так как право в общем смысле является юридическим оформлением политических решений, т. е. больше идеологией, чем наукой.

¹ Сорокин В.В. Правовая система в переходное время // Правоведение. 2002. № 1. С. 180.

Такой подход к истории и теории права позволяет представить динамику смены правоотношений как единое направление развития в виде ветвящегося графика, состоящего из периодов как линейного, так и нелинейного развития, и которое в совокупности является синергетическим процессом, актуализирующим некоторые принципы диалектики. В соответствии с этим право можно отнести к диссипативным системам (далеким от равновесия), которые находятся в постоянном становлении и эволюционируют в соответствии с нелинейными законами благодаря механизмам отбора¹. Поэтому, как отмечает И.Л. Честнов, «нормы права могут претендовать на статус правовых только в том случае, если они пройдут отбор историей»², подчеркивая при этом, что история – это не однолинейное, однонаправленное движение к заранее поставленной цели, а самосохранение социума как живого организма.

В.В. Сорокин в упоминавшейся статье близко подходит к идее правопреемственности в истории права, концентрируя внимание на переходных периодах, которые составляют, по нашему мнению, момент преемственности в праве, так как она (история) включает не только периоды адаптации, но и периоды трансляции через трансформацию правовых идей в правовом времени и пространстве. Впрочем, рассуждение уважаемого автора по поводу «неопределенно долгого существования переходных правовых систем»³ опровергается логическими рассуждениями, что нестабильность всегда является лишь моментом в становлении процессов, основа которых всегда устойчивость, а применительно к праву это означает, что старые нормы не могут обслуживать новые правоотношения. Так, например, трансформация советского права в российское право уложилась в десятилетний период.

В правовой науке до сих пор не осознан смысл превращения правопреемства из частного случая в универсальный метод, являющийся одним из основных в историко-правовой науке, как базовый принцип развития юридической мысли, помогающий понять историю права не как сумму рядоположенных событий, а как органический процесс реализации общественно-правовых идеалов истории. «Право в гораздо большей степени, чем государство, предстает устойчивой и преемственной социальной традицией. Оно всегда пронизано традицией своего усвоения и применения во внутрисемейном и ином родственном общении, в религиозных обрядах и светских церемониях, в повторяющихся по аналогии судебных решениях, в конституционном праве и в конституционно-правовых обычаях», – пишет В.Г. Графский⁴.

Преемственность является актуализацией всеобщих законов диалектики, но применительно к историко-правовой науке с междисциплинарными связями требует более детальной специализации принципа всеобщего изменения и развития. Метод правопреемственности является синтетическим, дополняющим основные законы и категории диалектики, т. е. как бы после аналитического разложения политико-правового процесса на три его составляющие осуществляется синтез их на последующем более высоком уровне. При определенных условиях принцип правопреемства может толковаться расширительно не только как процесс перехода прав и обязанностей, но и как способ удержания в новых нормах положительного содержания старых, апробированных временем. Но это вопрос будущего развития исторической науки права. Историко-правовая наука долгое время проводила анализ общественных явлений в отрыве от принципа правопреемственности, поэтому правомерно поставить вопрос, не наступило ли время синтеза, по крайней мере для историко-правовых учений, в которых правопреемство играет стержневую роль.

Правопреемственность позволяет отказаться от классического принципа локальности в области права и представить государственно-правовую историю как единый восходящий процесс от дикости к цивилизации, от силы к праву, от необ-

¹ См.: Бранский В.П. Теоретические основания социальной синергетики // Петербургская социология. 1997. №1; Пригожин И. Философия нестабильности // Вопросы философии. 1991. № 6.

² Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Государство и право. 2002. № 2. С. 15.

³ См.: Сорокин В.В. Указ. соч. С. 191.

⁴ Графский В.Г. Всеобщая история государства и права. М., 2000. С. 12.

ходимости к свободе. Поэтому правопреемственность можно рассматривать как центральное звено философии права, так как не будь ее, все политико-правовые учения разбились бы на огромное количество изолированных школ, изучающих не связанные друг с другом периоды истории права. События как бы происходили, но вне связи друг с другом, и, таким образом, история государства и права лишалась бы своих исторических корней и источников, каждый раз возникая вновь. Именно такой подход мы наблюдаем в отношении памятников права, которые рассматриваются, в лучшем случае, как фрагменты истории, но не составные части и источники последующих правовых теорий и систем.

Иллюстрацией к этим критическим рассуждениям может стать история становления государственно-правовой системы в Древней Руси, которая достоверно подтверждает, что в истории отдельных народов проявляются общие закономерности становления и развития государства и права на принципах правопреемственности. С переходом от родовых отношений к общинным родственные естественные связи общества слабеют и кровнородственная власть заменяется выборной, внешней властью. «Призвание князя, – писал историк русского права XIX в. Н.Л. Дювернуа, – было первым шагом к выделению государственного права из той безразличной массы прав, обладателем которой до этого чувствовал себя всякий свободный»¹.

Право, являясь, по существу, формой идеологии, имеет дело не с объективной реальностью первого порядка (материальным миром), а с реальностью второго порядка – исторической материей, т. е. непосредственным отражением общественной жизни через правовую теорию и действующее законодательство. Законодатель действует не под влиянием общетеоретических соображений, а под влиянием реальных интересов, и лишь на некотором отдалении продукт его деятельности становится объектом правовой теории. Поэтому в историко-правовой науке легко приживаются субъективизм и волюнтаризм, когда результаты историко-правового развития приписываются отдельным личностям: Хаммурапи, Солону, Юстиниану, Наполеону и т. д. Но, с другой стороны, в истории права отражен процесс объективного правотворчества как результата деятельности субъекта истории – народа, например в таких понятиях, как англосаксонская, романо-германская и другие семьи права, что более соответствует объективной истине.

Таким образом, там, где речь идет об эпохах в развитии права, личности уступают место подлинным творцам и носителям правовых отношений – государству, классам, гражданам. Искусство теоретика права заключается в умении соединить общей идеей отдельные периоды развития права, сознательно или бессознательно используя принцип правопреемственности, представляя политико-правовую историю как непрерывный процесс. Противоположный подход, связывающий правотворчество с отдельными личностями, ведет к локализации истории. Сущность этого процесса выражена А. Тойнби применительно к всеобщей истории, но дальнейшего развития эта теория в историко-правовой науке не получила, так как, объясняя некоторые ее детали, противоречила ее развитию по существу и, в частности, самоочевидному принципу правопреемственности. В свою очередь, историческая школа права держится на признании правопреемственности, так как каждое время и каждый правовой порядок привязаны к исторически обусловленным предпосылкам с учетом правовых источников прошлых времен, а субъективистские школы права – на героизме в истории, понимая под героизмом деятельность выдающихся личностей в древнегреческом понимании – героев, т. е. богов, но смертных по своей природе, так как они рождены от земных женщин. Фактически за счет юридической техники в теории правопреемства шлифуются юридические материалы, постепенно накапливаемые историко-правовой наукой, являющейся хранилищем основ правового мышления, правоприменения и правотворчества. Поэтому главное назначение истории права, как пишет М.А. Дамирли, «воплощать интенцию человека осознать себя как «юридическое

¹ Дювернуа Н.Л. Источники права и суд в Древней Руси: Опыты по истории русского гражданского права. СПб., 2004. С. 49–50.

существо», понять настоящее право через его прошлое и увидеть перспективы его будущего...»¹.

В этом смысле историко-правовые науки выступают кладезем, из которого черпают правовые конструкции и идеи последующие поколения, добавляя к ним то, что накоплено и переработано в локально-исторический период. Так, например, в эпоху феодализма идея творца как высшей ценности уступила место идее личных прав и свобод человека, в которых богочеловечество заменилось человекобожием, а суверенитет власти, исходящей от бога, сменился принципом суверенитета власти, исходящего от народа, и т. д. Или другой пример: советское право отринуло предшествующее право, назвав его «правом свергнутого класса», но не надолго, так как оказалось без исторических корней. Восстановление исторической справедливости в дальнейшем пошло двумя путями:

- во-первых, явочным порядком в советское право включались элементы общепринятого права, например, международного и обычного права;
- во-вторых, переходом к реформе советского права в конце 90-х гг. XX в., который ведет к восстановлению нарушенного хода логической и исторической правовой мысли и политики, а право опять становится звеном в цепи развития правовой теории и истории, источником правотворчества на новом этапе исторического развития.

Следовательно, как отмечает М.А. Дамирли, «одной из первоочередных задач постсоветской историко-правовой науки должно стать восстановление прерванной в советский период преемственности и удержание, творческое восприятие того ценного, что было накоплено за всю историю ее развития»². Впрочем, трудно согласиться, что советский период что-то прерывал в истории права, так как он явился необходимым звеном в системе российского права, что подтверждается хотя бы фактом использования советского права на протяжении длительного периода реформирования России. Так, Жилищный кодекс РСФСР действовал вплоть до 1 марта 2005 г. Произошла трансформация системы советского права в систему либерального права, в которой многие конструкции были включены в новые правоотношения. Таким образом, историко-правовая наука показывает нам процесс постоянного перелицовывания историко-правового материала с инсталляциями и новеллами, диктуемыми изменившимися обстоятельствами и мировоззренческими установками сменяющих друг друга поколений.

В политической истории большое значение придается революционным переворотам, тогда как с точки зрения права происходит лишь смена господствующих предпочтений в отношении форм собственности. Первобытно-общинная формация, основанная на общественной собственности, уступила место формациям, основанным на частной собственности: социалистический строй, исключаящий частную собственность на орудия и средства производства, а следовательно, и частных собственников, сменился своей противоположностью – капитализмом, где те же люди пришли к мысли о предпочтительности частнособственнических отношений перед государственно-общественными. Правоведам осталось лишь зафиксировать эту перемену, причем задним числом и по истечении длительного времени с момента самого переворота, в ходе которого частный собственник победил общинного собственника. Этот пример доказывает, что не правовые идеи определяют развитие общества, а наоборот, изменившиеся общественные отношения получают оформление в правовых конструкциях, закрепляющих эти отношения не только в законодательстве, но и в общественной идеологии и общественном сознании, а конкретнее – в новой юридической технике и понятии правового государства. Когда становится целью разрушение старого мира, фактически в основу новой правовой конструкции кладутся лишь новые отношения по предмету права собственности, тогда как правовая система в своих существенных частях сохраняет общечеловеческие принципы права, придавая им специфическую форму частнособственнических или общественно-государственных право-

¹ Дамирли М.А. К новой концепции исторического познания права // Правоведение. 2003. № 3. С. 159.

² Дамирли М.А. Указ. соч. С. 161.

отношений, что выражается в придании особого характера всему праву, возникающему на новой основе.

Знакомство с публикациями по данной теме показывает, что ранее упомянутый В.В. Сорокин и прав, и не прав, отмечая, что проблема преемственности права не разрабатывается в теории государства и права. Существует немало публикаций, в которых переходные периоды в истории права рассматриваются в связи с другими, иногда далекими от права проблемами. Вызывает интерес статья Б.А. Осипяна «Понятие правомерности и межерологии права»¹, в которой рассматриваются некоторые проблемы правопреемственности и, в частности, процессы трансформации правовых идей в научные рациональные понятия, а также пределы и условия целесообразного действия позитивных законов в рамках меры, личной свободы и ответственности правовых субъектов.

Если предположить, что речь идет о процессе развития и становления права, то указанный автор выводит их из теологической теории права, а основные школы права (естественного права, историческая школа права и юридического позитивизма), впрочем, как и идеи всех других систематизированных или потенциальных теорий права, по его мнению, «составляют малые зерна и частицы целостной истины»². Правомерность, рассматриваемая автором, направлена главным образом на теологизацию принципов права с христианских позиций всеобъемлющей любви, веры и религиозного опыта. Этим, подчеркивает автор, «правомерность и отличается от разновидностей всякой бесплодной наукообразной и правовой эклектики»³. Такая позиция вызывает уважение, но и некоторые возражения чисто логического порядка. Если перечисленные (в основном «безбожные» по определению автора) правовые теории стремятся к консолидации с христианством, то почему они не отказались от применения принуждения и насилия между людьми, заменив их христианской любовью, и, если справедлив принцип «не судите да не судимы будете», то вся юриспруденция без всякого изъятия является антихристианской, так как увы, судит. Подобного типа правовая преемственность, хотя и под видом правомерности, не объясняет действительной преемственности материального и процессуального права. Современное право содержит больше заимствований из законов Хаммурапи или римского права, чем из всех школ церковного права.

Дело в том, что автор меняет причину и следствие местами: религия заимствует у права свои положения, приспособляя их к своим интересам, иногда использует в натуральном виде. Например, апостол Павел в одном из посланий утверждает, что наследник может вступить в права наследства только после смерти наследодателя, а если его нет, то нет ни наследника, ни наследства. К сакральным объектам приложена обычная формула римского наследственного права, т. е. не нормы вечного церковного права прилагаются к действительности, а нормы римского права прилагаются к церковным отношениям – земное прилагается к неземному. Пример с приложением небесного к земному отыскать очень трудно, и получается, что земное право составляет содержание небесного.

Верования и убеждения следует уважать, но в науке нужно идти по пути познания истины в указанном Аристотелем, Сократом, Платоном и другими мыслителями направлении, по которому, впрочем, и пошла юридическая историко-правовая наука, признавая за религией ее законное право исследовать феномен астрального мира. Что касается земных правоотношений, то здесь правомерна позиция любой школы права, так как каждая из них основывается на той или иной социально-правовой базе, отражающей сложившиеся или складывающиеся правовые реалии, способствующие либо их становлению и развитию, либо упадку и превращению в памятник права.

При всей своей всеобщности система римского права не применялась ни в одном государстве после крушения Римской империи, а фактически падения рабовладельческого строя. Конечно, в истории римского права был свой пере-

¹ Осипян Б.А. Понятие правомерности и межерологии права // Государство и право. 2005. № 8.

² Осипян Б.А. Указ. соч. С. 14.

³ Там же. С. 15.

ходный период. Оно существовало сравнительно долго, но как цельная система утратило свою роль с момента освоения германскими народами римского права в его вульгарной форме, в которой стройная система была разрушена на отдельные части. Феодальное право – это, конечно, корыстно-классовое право, но никому и в голову не приходит отождествлять его с рабовладельческим правом, хотя проводить отдельные аналогии допустимо. Такая допустимость, например, позволила Ф. Энгельсу¹ провести сравнение рабовладельческого и буржуазного права, обнаружив при этом их поразительное сходство. Но это можно было сделать не правовыми, а идеологическими средствами, так как в идеологии существенные юридические факты не принимаются во внимание, а берется лишь общий смысл юридических концепций. В общем смысле все юридические концепции сходны друг с другом, поскольку отражают единую социальную базу – производственные отношения, а в более узком смысле – отношения производства и распределения.

В борьбе идеологий допустима любая интерпретация юридических фактов, ведь она преследует не установление истины, а установление преимуществ той или иной социальной группы или системы, являющейся носителем данной идеологии. Сами по себе юридические факты являются фундаментом правовой науки независимо от их идеологической интерпретации, так как составляют основу преемственности в праве, связанную с модернизацией общественных отношений.

ПРАВО НА ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО И ЕГО РЕАЛИЗАЦИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

*Дробышевский Сергей Александрович,
Протопопова Татьяна Витальевна*

Как известно, феномен «человеческое достоинство» характеризует как отдельного человеческого индивидуума, так и социальные организации.

В отношении первого человеческого достоинство есть свойство лица, которое выделяет этого индивидуума в качестве более или менее ценного с точки зрения субъектов оценки. Речь идёт о ценности человека для разнообразных коллективов, в том числе независимого политического общества, а также других индивидуумов. Так лицо оценивается за определённые проявления поведения, вытекающие из отличительных свойств оцениваемого. Иными словами, индивидуум признаётся более или менее достойным в силу обладания им конкретным набором личных качеств, которые соответствующим образом демонстрируются².

То же самое имеет место и в отношении достоинства человеческих коллективов, включая само независимое политическое общество. Они оцениваются более или менее достойными за проявления своего коллективного поведения. Подобные оценки даются отдельными лицами и другими группами, в том числе широкими человеческими объединениями. Причём упомянутые проявления коллективного поведения вытекают из качеств, присущих оцениваемым группам.

Например, независимое политическое общество оценивается обладающим достоинством или нет другими подобными социальными организациями: одним из них, несколькими или всеми. И та или иная этого рода оценка даётся за совокупность качеств, присущих оцениваемому независимому политическому обществу и демонстрируемых им.

Есть и ещё один аспект человеческого достоинства. Это самоуважение личности и стремление ее добиться уважения других людей.

¹ Энгельс Ф. Принципы коммунизма.

² См.: Дробышевский С.А., Протопопова Т.В. Идея человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве. Красноярск, 2010. С. 6–9.

В течение исторического развития в политических доктринах выражалось и в праве закреплялось разнообразие отличающихся друг от друга представлений о человеческом достоинстве. Скажем, с точки зрения одних теоретиков, достоинствами человека признавались трудолюбие и поддержание им крепкого здоровья, активное участие в политических делах, его стремление общаться с себе подобными с целью их улучшения; образование индивидуумом семьи, рождение и воспитание детей, так называемая схолическая жизнь, понимаемая как постоянное совершенствование человеком собственного ума и тела. Другие же теоретики считали, что человеческое достоинство проявляется в качествах, противоположных перечисленным, например, в праздности, в отстраненности от политических дел, в стремлении обособиться от окружающих и не помогать им, когда есть возможность способствовать улучшению этих лиц; в воздержании от создания семьи, от рождения и воспитания детей, от постоянной работы по совершенствованию собственного ума и тела.

Чтобы разобраться, какие из приведенных противоположных воззрений о человеческом достоинстве являются верными, нужно обратить внимание на очевидный факт. Во всех случаях люди должны сохранять независимое политическое общество, где они живут, и обеспечивать прогрессивное развитие таких социальных организмов. Причем есть личные человеческие качества, обладая которыми конкретные индивидуумы могут достичь указанных целей. Вместе с тем есть и другие человеческие качества. Их наличие у людей препятствует реализации сформулированных устремлений.

Следует считать достойным только такой образ жизни человеческих индивидуумов, который обеспечивает самосохранение и прогрессивное развитие независимых политических обществ. Ведь объявление конкретного поведения лица достойным или недостойным должно обеспечивать самосохранение и прогресс человечества, а не его самоликвидацию¹.

Во все времена достойными человека качествами считались трудолюбие, поддержание им крепкого здоровья, активное участие в делах государства, стремление общаться с себе подобными и делать их лучше по мере своих сил, образование семьи, рождение и воспитание детей, упомянутая схолическая жизнь. Все эти качества обеспечивают самосохранение любого независимого политического общества. Иными словами, если они провозглашены в теории как составляющие человеческого достоинства и закреплены в праве как необходимые для всех людей, то такие идеи и правовое регулирование на их основе во всех случаях обеспечивают продолжение существования независимого политического общества, где эти идеи сформулированы в юридических нормах.

Итак, критерием оценки разных представлений о человеческом достоинстве должны выступать способствование или воспрепятствование этих воззрений самосохранению и прогрессу независимого политического общества. Являются верными те представления о человеческом достоинстве, которые соответствуют самосохранению и прогрессивному развитию независимого политического общества. Естественно, что именно такие представления требуются закреплять в праве для достижения указанных целей.

Мыслители в различных независимых политических обществах довольно часто полагают, что достоинство человека определяется его личными качествами и, прежде всего, способностью эффективно выполнять определенный круг дел в государстве. Но иногда высказывается мнение, что достоинство человека зависит от его происхождения или унаследованного богатства, т. е. от качеств, которые совсем или зачастую не вытекают из личных способностей их обладателя. Однако самосохранению государства способствует лишь положение, когда достойными здесь признают людей, обладающих вполне определенными личными качествами, позволяющими приносить пользу государству. Причем такое воззрение сформулировано в праве и реализуется при применении юридических норм.

¹ См.: Дробышевский С.А., Протопопова Т.В. Указ. соч. С. 80

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИИ (первая четверть XVIII в.)

Богунова Ольга Викторовна

В сентябре 2009 г. в своей статье «Россия, вперед!» президент России Д.А. Медведев обратился к российским гражданам со своим видением основных направлений модернизации страны. Данная модернизация предполагает использование интеллектуальных ресурсов постиндустриального общества, гармонизацию отношений с западными демократиями, использование средств и технологий стран Европы, Америки, Азии, сближение и взаимное проникновение культур и экономик. Отдельно президент остановился на модернизации экономической, политической систем и общества в целом. Далее глава государства обратил внимание на действующие в российском обществе исторические традиции и в связи с этим упомянул о «впечатляющих показателях двух величайших в истории страны модернизаций – петровской (имперской) и советской»¹.

Исходя из обозначенной президентом актуальности темы современной российской модернизации и необходимости учета исторического опыта преобразований государства, следует особо остановиться на изучении «имперской модернизации» России первой четверти XVIII в.

Существуют разные понятия модернизации². При этом большинство ученых выделяют общие признаки, присущие модернизации:

1. Модернизация характеризуется как сложный, комплексный и длительный процесс, затрагивающий все стороны жизни общества и протекающий, по крайней мере, в течение нескольких десятков лет.

2. Модернизация – процесс глубинных изменений в обществе, затрагивающий культуру, обычаи, традиции, представления людей об обществе и государстве, о своей роли в обществе.

3. Модернизация изменяет основные институты общества – в том числе и политические институты, придает им новое содержание и форму.

4. Модернизация меняет систему ценностей в обществе – устраняет из общественного сознания ценности, присущие традиционному обществу и формирует новые, либеральные ценности.

5. Идеалом во всех аспектах жизни для модернизирующихся обществ должны были стать страны Западной Европы.

6. Государство играет в процессе модернизации ведущую роль, опираясь на пока немногочисленную прозападно («прогрессивно») настроенную элиту, привлеченную к западному образцу жизни (помимо иных стимулов), и «эффект модернизации», т. е. создание спроса со стороны господствующих классов на импортные предметы престижного потребления³.

Но не все из указанных признаков присущи процессу модернизации, проходившему в России в XVIII в. Достаточно долго, вплоть до конца XIX – начала XX в., в политической жизни страны не приживались либеральные институты, в общественном сознании не находили отклика западные либеральные ценности. Отсюда для России более подходит иное определение модернизации. Модернизация – изменение общества, принадлежащего к традиционной цивилизации на основе примера западной цивилизации, но и на основе собственной культуры и традиций и с учетом необходимости сохранения основ общества. т. е. модернизация в данном понимании – это, в первую очередь, реализация собственных ресурсов развития, отсутствие слепого копирования западного пути, и уже во-вторых, – наличие некоего ориентира на Западе. Наличие этого ориентира, примера (или угрозы) всегда отличает модернизацию от процесса реформ.

¹ Д. Медведев. «Россия, вперед!»// <http://www.kremlin.ru>. Официальный сайт Президента РФ.

² Проблемы модернизации в России : материалы круглого стола // Вопросы философии. 1993. № 7. С. 5.

³ Белинков А.В. Модернизация права в России (Теоретический анализ) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 35–36.

В связи с этим дискуссионным остается вопрос о разновидности российской модернизации. Исследователи выделяют две основные модели модернизации: вестернизация и догоняющая модель¹.

Вестернизация – это процесс перехода от традиционных обществ к современным путем прямого переноса структур, технологий и образа жизни западных обществ. Следует различать вестернизацию как модель модернизации и вестернизацию как часть любой другой модели, так как заимствование западных образцов всегда неизбежно при модернизации. Инициатором вестернизации обычно становился сам Запад, формой ее осуществления была преимущественно колонизация. Западные ценности навязываются часто силой. Вестернизация несла другим народам коренные изменения в политике, экономике, культуре, праве. Походы за богатствами, новыми землями убедили Запад в своем превосходстве и создали такой «эквивалент» общения с другими, как западные ценности, менталитет, идеология, образ жизни и технология.

Наиболее распространенной реакцией на вестернизацию было сопротивление, а на более позднем этапе, по мере осознания западных преимуществ, эта реакция характеризовалась попыткой идти по западному пути без западного насилия, своими темпами, в условиях изоляции, диктатуры или авторитарной власти.

Оплотом сопротивления вестернизации были Российская и Османская империи, однако при следовании по западному пути. Только они поставили западное проникновение под свой собственный контроль, пытаясь в ходе медленной эволюции выйти на уровень западного развития. Поэтому можно говорить о том, что эти страны не пошли по пути вестернизации ценой потери национальной независимости, а встали на путь «догоняющей модернизации».

Догоняющая модернизация, подобно вестернизации, может быть моделью развития, а может быть всегда существующей частью процесса модернизации.

Мода на следование западным культурным образцам появилась в Российском государстве до Петра I, но реализовалась в рецепции западной государственно-правовой традиции только в результате реформ Петра и его наследников. Модернизация в России носила имперский характер. Это означает, что ее цели были подчинены, в первую очередь, задачам военно-политической экспансии государства, обороны от внешних врагов, завоеванию и поддержанию статуса великой державы. т. е. решение о проведении модернизации принимало государство, а не общество (как это было на Западе). Основой, сердцевинной модернизации России было создание сильной армии, промышленной базы для нее и системы управления армией и страной в условиях ведения войны. Соответственно, с Запада заимствовались достижения как в военной области, так и в области правовых инструментов управления обществом.

Создавалась соответствующая масштабам империи и характеру стоящих перед нею задач бюрократическая машина. Естественно, о свободе и правах личности (в современном смысле этих понятий) не могло быть и речи. Догоняющая модернизация не предполагает общественного диалога.

Основным социальным субъектом модернизации был правящий слой, причем далеко не весь, а только отдельная его часть. Практическое осуществление преобразований было поручено оформляющемуся слою чиновников, не понимавшему сути реформ и не осознававшего их необходимость. В обществе обозначился раскол между модернизирующимися и традиционно настроенными слоями. В результате для подавляющей части населения страны модернизация в своей начальной фазе воспринималась как нечто чуждое, навязанное извне. Отсюда – отрицательное отношение населения к переменам, попытки сопротивления преобразованиям, обвинения Петра I в «бесовстве», в гибели прежней Московской Руси.

Характерной чертой развития русской государственности в первой четверти XVIII в. было усиление личной власти монарха. Окончательно изживают себя пережитки сословного представительства, благодаря чему самодержавие приобрело совершенно четкие формы. Оформляется новая форма правления – абсолютная монархия. Появляется другое, по сравнению с XVI–XVII вв., рациональное обоснование легитимности власти и проводимых реформ.

¹ Федотова В.Г. Модернизация «другой» Европы. М., 1997. С. 89.

Выдающийся теоретик XVIII в. Феофан Прокопович был первым из политических мыслителей России, кто предпринял попытку обосновать правомерность абсолютизма стройной концепцией происхождения, сущности и форм государства, выходящей за рамки господствовавших религиозных догматов. Его рассуждения строятся по методу школы естественного права (источник власти следует искать в «природе» человека, в «естественных законах», государство создано «договором», полагающим конец «безвладному», естественному состоянию и т. д.).

Опираясь на понятия «естественная природа», «естественное состояние», «естественный закон», Прокопович интерпретирует их применительно к условиям России первой четверти XVIII в. Понятием «естественные законы» он пользуется не для обоснования прав личности, а для того, чтобы обратить внимание сограждан на существование «основного естественного закона», закона о верховной власти. Главный «естественный закон» реализуется, согласно его учению, путем договора каждого с каждым об образовании верховной власти: «всякий образ правления имеет начало в сем илиионном народе согласия...». Договорившись об образе правления, подданные обращаются к верховной власти с призывом создать верховное правление: они отдают монарху свою волю, не оставляя себе никакой свободы; обязываются абсолютно повиноваться ему в целях общей пользы.

Хаосу, произволу, кровопролитиям и междоусобицам в «естественном состоянии» он противопоставляет общий мир, безопасность и благо в абсолютистском государстве¹.

Новое обоснование власти, в основном – рациональное, а не религиозное, имело принципиальное значение для новой государственности, так как снимало с государя ограничение традицией и обычаем. Древность государственных институтов уже не означала их совершенство. Верховная власть на законном основании стала вносить в государственный строй и общественный быт большие изменения.

Власть монарха приобрела самодержавный характер де-факто и формально-юридически. В толковании к 20-му артикулу Воинского устава 1716 г. провозглашалось: «Его величество есть самовластный монарх, который никому о своих делах ответа дать не должен, но силу и власть имеет свои государства и земли яко христианский государь по своей воле и благомнению управлять»².

Происходят изменения в титуле государя. Царский титул подчеркивал преемственность русских царей с византийскими; императорский титул направлял Россию по пути следования западноевропейским традициям. Одновременно к прежним государственным регалиям – шапке Мономаха, скипетру, державе и царской цепи добавляются корона, порфира, подбитая горностаем, государственный меч и государственное знамя. Изменение характера русской государственности отразилось и в изменении названия государства: Святая Русь превратилась в Российскую империю.

С утверждением самодержавного характера власти государь для получения прав на престол больше не нуждался в чьем-либо одобрении, даже и формальном. Теперь основанием законности передачи престола становится воля прежнего монарха. В 1722 г. Ф. Прокопович пишет свой знаменитый трактат, в самом названии которого подчеркивает истинность и законность велений монарха: «Правда воли монаршей во определении наследника державы своей». Право монарха на распоряжение престолом Феофан обосновывает не только свойствами верховной власти, но и нормами частного наследования, регулирующими отношения между родителями и детьми. Прокопович ссылается на Свод Юстиниана, где называются проступки, влекущие наказание детей родителями, приводит примеры из священного писания, из истории, подтверждающие право родителей наказывать «отметающих наставления» детей. Таким образом, изменившийся порядок престолонаследия получает новое теоретическое обоснование.

¹ Зайченко А.Б. Феофан Прокопович: Из истории русской политической и правовой мысли XVIII в. // Правоведение. 1977. № 2. С. 69–70.

² Российское законодательство X–XX вв. : в 9 т. Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма. М., 1986. С. 331–332.

Реализация внутри- и внешнеполитических задач, стоящих перед Россией, требовала слаженной и четкой работы нового, модернизированного государственного аппарата. Порядок формирования, полномочия, структура, функции государственных органов определяются путем сочетания, совмещения отечественных государственных традиций и европейских (немецких, шведских, датских, английских). Появляется высший правительственный постоянно действующий орган – Сенат. На началах коллегиальности реформируется система центрального управления: приказы заменяются коллегиями. Создается новая система государственной службы (как военной, так и гражданской). Кадровое обеспечение новых органов осуществлялось не на основе знатности происхождения, а исходя из принципа выслуги и служилой пригодности.

Решается вопрос о соотношении церкви и светской власти. В 1721 г. Петр I публикует манифест об учреждении Духовной коллегии (Синода). Церковь вошла в общую систему государственного аппарата наряду с прочими коллегиями, подчиненными Сенату. Синод в государственном механизме стал одной из коллегий, которая «ведает церковные дела». Светская власть подчинила себе церковь.

Государство инициирует и поддерживает процесс модернизации, определяет ее цели и задачи, используя при этом право. Одновременно право само модернизируется в ходе государственных преобразований. Модернизация права – это такое качественное изменение существующей правовой системы, которое использует опыт правовых систем западного типа, одновременно сохраняя преемственность в развитии собственной правовой системы, и, не разрушая ее органического единства, позволяет праву наиболее эффективно выполнять свое назначение в обществе¹.

Право с помощью своих специфических средств воздействия на поведение людей и на происходящие в обществе процессы предоставляет государству особые возможности целенаправленно упорядочивать все сферы жизни общества, в том числе облакает в юридическую форму все средства воздействия на общество, т. е. переводит управленческие решения на язык юридических категорий и институтов. Компетенция органа, принимающего решение, набор методов реализации решения и сама возможность принятия решения определяются правом.

Поскольку для проведения модернизации (а она должна была проводиться в предельно короткие сроки, желательно – во время правления реформатора) не было времени и социальной базы, то ее реализация сопровождалась крайней централизацией управления и усилением репрессивно-полицейского аппарата. Правовые инструменты модернизации общества были представлены на этом этапе своего рода чрезвычайным законодательством – созданным без должной проработки, в срочном порядке. Тем не менее и такое право служило непосредственным инструментом модернизации – достаточно вспомнить огромное количество петровских указов относительно всех сфер жизни государства и общества.

Петровское законодательство отличается от предыдущего значительно меньшей казуистичностью, более высоким уровнем обобщений, более четкой схемой и последовательностью. Оно отражает, несомненно, более высокий уровень юридической техники. От формулировки закона, его содержания Петр требовал четкости и ясности. Монарх придавал огромное значение и исполнению законов. Была выработана своеобразная схема разработки, обсуждения и принятия законов.

Исходным моментом «составления» закона была инициатива закона. Она существовала в форме официального и частного почина. Первый принадлежал государю и подчиненным властям. Внешняя форма инициативы государя могла быть устной и письменной. Что касается инициативы подчиненных властей, то она принадлежала как центральным (Сенату, Синоду, советам при особе государя, коллегиям), так и местным учреждениям. Второй момент составления закона, а именно составление проекта, сосредоточивался обыкновенно в государственных установлениях или в особых комиссиях, организовывавшихся специально для этой цели (например, бесчисленные комиссии по составлению нового Уложения, длинный ряд которых тянется от Петра I вплоть до Николая I). Третий момент – обсуждение проекта – выражался в форме предварительного и окон-

¹ Белинков А.В. Указ. соч. С. 38.

чательного обсуждения. Предварительное обсуждение происходило в коллегиях и специально для этого учреждаемых комиссиях; окончательное же имело место в высших государственных учреждениях (в Сенате, Синоде и в советах при особе государя).

Последний момент составления законов – санкция его со стороны верховной власти – всегда осуществлялся государем. Если были такие эпохи, когда закон получал санкцию и помимо государя (при Петре во время отсутствия государя до 1722 г. и при Елизавете Петровне), то они являлись исключением и продолжались недолго.

С утверждения закона государем наступал момент публикации закона. В деле публикации важную роль играл Сенат. По указу 1721 г. все новые законы должны были представляться в Сенат на «апробацию», утверждаться подписью его членов и публиковаться во всеобщее сведение.

Что касается формы публикации, то на основании указа 1714 г. она должна была заключаться в печатании. «Указы, – гласит названный закон, – для всенародного объявления велеть печатать и продавать всем»¹. По отпечатании они рассылались местным начальникам, затем по нескольку раз читались в церквях и, наконец, расклеивались на площадях и улицах. По обнародовании закон приводился в исполнение, причем моментом, с которого он становился юридически обязательной нормой, признавалась публикация.

Появляются правила, обязательные при исполнении закона. Во-первых, закон обратного действия не имеет. В 1714 г. был принят указ, отменивший те из новоправных статей и указов, постановления которых противоречили Соборному уложению, и дозволивший просить о пересмотрении всех дел, решенных уже на основании отмененных законов. Во-вторых, действие закона распространяется на всех лиц, живущих на территории государства, причем не принимается в расчет национальность и подданство последних. В-третьих, неведением закона никто не может отговариваться. Впервые это правило было высказано в Воинском уставе 1716 г., который было предписано отпечатать и разослать по всем присутственным местам, «дабы неведением никто не отговаривался». В-четвертых, законы должны исполняться точно и буквально и толкование их, например, со стороны судей и администраторов строго воспрещалось. Вот почему законы должны были писаться ясным и точным языком, а в случае отсутствия такового должны разъясняться Сенатом и даже самим государем². В-пятых, в отношении противозаконных предписаний начальства подчиненные должны соблюдать принцип закономерно-го повиновения.

Единственным источником права в имперскую эпоху признается закон. Но формы правовых актов становятся очень разнообразными – появляются многочисленные уставы, регламенты, табели. Очевидно, что и здесь проявляется стремление к новой, иноязычной терминологии³. Под уставами понимались специальные законодательные акты, изданные для известного ведомства и имеющие в виду определенную отрасль материального права. Такими законодательными памятниками были, например, Воинский устав 1716 г., Морской устав 1720 г., Устав о векселях 1729 г. и др.

Особо следует остановиться на Воинском уставе. Основными источниками устава стали шведские военные законы, а именно Воинский артикул Густава Адольфа в редакции Карла XI 1683 г. Это подтверждает сходство в основных идеях актов, одинаковом наименовании глав, в порядке подбора и распределения

¹ Цит. по: Латкин В.Н. Учебник истории русского права периода империи (XVIII–XIX вв.). М., 2004. С. 12.

² Вместе с тем надо отметить, что в петровских законах нашло отражение стремление соответствовать западным образцам, порой доводимое до абсурда. Без особой надобности правовые акты были засорены массой иностранных слов. В Табели о рангах, например, русские термины встречаются лишь в виде исключения. Основную массу наименований чинов должностных лиц составляют замысловатые штатгалтеры, обер-штер-крикс-комиссары и т. п.

³ Так, например, закон о государственной службе называется «Табель о рангах», закон о крестьянских податях и повинностях от 26 июня 1724 г. назван «плакатом», военно-уголовный кодекс – Воинским уставом и т. п.

материала по главам. В то же время петровский устав достаточно отличается от оригинала: внешней обработкой большинства статей, написанных в более сжатой форме; детальным развитием положений о наиболее тяжких преступлениях; дополнениями вследствие вставок новых артикулов и новых юридических норм; толкованиями. Таким образом, при составлении устава 1716 г. речь шла не о слепом копировании, а о применении идей западного права творчески и самостоятельно.

Другой формой закона явились регламенты, т. е. учредительные акты, определяющие состав, организацию, компетенцию и делопроизводство отдельных органов управления. Ничего подобного не знала Московская Русь, где даже такие важные государственные органы, как Боярская дума, Земский Собор и приказы не имели своих учреждений и деятельность которых регулировалась исключительно одним обычаем. Важнейшими регламентами Петровской эпохи стали Генеральный регламент 1720 г., являющийся учреждением всех коллегий и излагающий правила гражданской службы; Духовный регламент 1721 г., выступивший, с одной стороны, учреждением Святейшего Синода, с другой – сводом церковных законов и др.

Следующим важнейшим законодательным памятником были табели, в частности, Табель о рангах 1722 г. За ее основу было принято законодательство Дании (1699, 1717 гг.) и Пруссии (1705-1713 гг.). Этот документ устанавливал новый порядок продвижения по службе каждого государственного служащего в соответствии с его способностями и заслугами. При этом Петр отказался от практики, существовавшей в Европе, согласно которой определенный чин получали не только должностные лица, но и обладатели родовых титулов (графов, баронов).

До второй половины XVII в. все крупные законодательные акты были межотраслевыми. Они были как бы своеобразными сводами законов – большими и маленькими. Так строились и Русская Правда, и Псковская судная грамота, и Соборное уложение. В период петровских преобразований рост массы законов сопровождается отраслевой дифференциацией законодательства.

В соответствии с этим ведется и систематизация права. Петр I изначально хотел издать новое Уложение, которое должно было заменить собой Соборное уложение 1649 г., но затем пошел по линии создания отраслевых кодексов. Так возник Воинский артикул – первый в русском праве военно-уголовный кодекс; было издано Краткое изображение процессов, посвященное целиком процессуальному праву и судостроительству в военной юстиции. Некоторые исследователи придают значение кодекса наследственного права Указу о единонаследии 1714 г.¹

Таким образом, система феодального права, развивающаяся вместе с развитием допетровского государства, при абсолютизме начинает оформляться в систему отраслевых законодательных актов, к тому же кодифицированных.

В заключение следует отметить, что Россия предпринимала не одну попытку модернизации государства и правовой системы и все эти попытки имеют общие черты, хотя проводились они в разных исторических условиях, разными людьми с разными целями и интересами. Но есть нечто общее, что связывает все российские модернизации – это стремление приспособиться к внешним образцам западной жизнедеятельности, желание как можно скорее пересадить на свою почву западные институты и образцы принятия управленческих решений. В России первой четверти XVIII в. побудительным мотивом к проведению модернизации послужили внешние факторы, а также осознанная монархом политическая необходимость обновления государства, переход к новому типу отношений с остальным миром. При этом право, как и общество, было подвергнуто модернизации и сама модернизация производится государством с помощью права.

На современном этапе перед Российским государством также стоит задача модернизации различных сфер общественной жизни. Без модернизации невозможен переход к современному эффективному государству, эффективной стабильной экономике, к повышению качества жизни граждан. В связи с этим изучение исторического опыта государственно-правовых модернизаций России представляется необходимым и полезным.

¹ См. например, О.А. Кудинов. История отечественного государства и права: курс лекций. М., 2006. С. 79.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАКОННОСТИ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО ПРИНУЖДЕНИЯ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ

Латушкин Михаил Аркадьевич

В послании Президента Российской Федерации Д.А. Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации от 12.11.2009 г.¹ сказано, что в XXI в. нашей стране вновь необходима всесторонняя модернизация, и это будет первый в нашей истории опыт модернизации, основанной на ценностях и институтах демократии. Важным направлением модернизации российской правоохранительной системы является совершенствование механизма обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения. Незаконное применение должностными лицами физической силы, специальных средств, совершение иных правонарушений и правоприменительных ошибок в сфере реализации государственно-принудительных полномочий существенно снижают авторитет государственной власти, подрывают ее легитимность и становятся плодотворной почвой для формирования протестных настроений в обществе.

В юридической литературе проблема обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения исследуется фрагментарно, получая отраслевое решение² либо частичное рассмотрение в работах о конкретных видах правовой деятельности³. Вместе с тем отсутствие в российской юридической доктрине разработанного механизма обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения негативно сказывается на процессах совершенствования законодательства и юридической практики в этой сфере.

Механизм обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения в государственно-правовой сфере выражается в системе юридических средств и способов обеспечения и внедрения требований законности в деятельность по применению мер государственно-правового принуждения. В литературе механизм обеспечения законности иногда ограничивается системой взаимодействующих государственных органов⁴ или совокупностью юридических норм и деятельностью органов, которая направлена на обеспечение законности⁵. На наш взгляд, механизм обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения охватывает все правовые средства и правовые явления, выполняющие функцию обеспечения законности. В этой связи мы убеждены, что деятельность правоохранительных

¹ Российская газета. 2009. 13 янв.

² Красноглазов А.Ю. Обеспечение законности в применении административно-процессуальных мер на стадии возбуждения дела об административном правонарушении : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. 179 с.

³ Миронов В.И. Правовой механизм обеспечения законности в сфере трудовых отношений рабочих и служащих : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1991. 34 с.; Бондаренко Н.В. Обеспечение конституционной законности в деятельности государственных служащих : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. 168 с.; Громько С. С. Обеспечение законности и дисциплины в деятельности органов исполнительной власти (административно-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. 242 с.; Костин Д.А. Обеспечение законности в налоговых правоотношениях : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 145 с.; Пашкова Н.В. Обеспечение законности в деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 169 с., ил.; Давыдович И.В. Обеспечение законности в административно-юрисдикционной деятельности таможенных органов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2008. 206 с.

⁴ Фролов В. В. Механизм обеспечения правозаконности в современной России (теоретико-прикладные аспекты). СПб: Санкт-Петербургская специальная средняя школа милиции МВД России, 2002. 189 с.

⁵ Миронов В.И. Указ. соч. С. 8.

органов и действующие правовые нормы являются важными, но не единственными элементами данного механизма.

Механизм обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения состоит из статических и динамических элементов. К статическим элементам относятся нормативно-правовые средства. Они занимают, на наш взгляд, центральное место в содержании механизма обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения, задавая модель законности применения мер государственно-правового принуждения и составляя субстанциальную основу всего механизма. Однако большое значение для его эффективного функционирования имеют и другие элементы, которые характеризуют динамику действия механизма обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения. Такими элементами механизма обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения являются правосознание; толкование; организационно-правовая деятельность; правоотношения; акты применения мер государственно-правового принуждения.

Модель правомерного применения мер государственно-правового принуждения основывается на системе общих и специальных материальных и процессуальных правовых предписаний. Они задают основные параметры всего механизма обеспечения законности данного вида деятельности. При этом общие материальные и процессуальные правовые нормы института государственно-правового принуждения определяют его нормативную конструкцию и технологию. Специальные материальные и процессуальные правовые нормы в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения представляют собой нормативные гарантии законности и выполняют соответствующие узкие задачи. Следует заметить, что материальные и процессуальные, общие и специальные нормы института государственно-правового принуждения, несмотря на их разное функциональное назначение, участвуют в обеспечении законности данной государственно-властной деятельности не раздельно, а во взаимодействии, дополнении и единстве. Особое значение для обеспечения правомерности применения мер государственно-правового принуждения имеет слаженная работа в едином режиме законности материальных и процессуальных норм. В то же время думается, что материально-правовые нормы института государственно-правового принуждения определяют существование процессуальных форм государственно-правового принуждения и их реализация является своеобразным критерием определения эффективности и действительности процессуальных норм. Нельзя не заметить, что процессуально-правовые нормы имеют важное значение для достижения юридической правильности, законности осуществления действий по применению мер государственно-правового принуждения, а также максимальной экономии организационно-правовых средств для достижения материально-правового результата. Многие проблемы законности применения мер государственно-правового принуждения связаны с отсутствием или неразвитостью процессуально-правовых требований к применению мер государственно-правового принуждения. В качестве примера, на наш взгляд, можно привести неразвитость процессуальной формы применения сотрудниками милиции так называемых мер оперативного принуждения (проверка документов, ограничение транспортного движения).

Нормативные гарантии законности в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения представляют собой специализированные правовые нормы и другие правовые средства, основной целью которых является предотвращение и устранение правоприменительных ошибок, злоупотреблений в сфере государственно-правового принуждения, а также восстановление прав и законных интересов, нарушенных в результате незаконного применения мер государственно-правового принуждения. Вопрос о составе подобных нормативных гарантий законности правоприменительной деятельности является дискуссионным в юридической науке. Как нам представляется, к нормативным гарантиям законности применения мер государственно-правового принуждения следует относить:

- институт обжалования в суде действий (бездействия) субъектов, уполномоченных на применение мер государственно-правового принуждения;
- институт обжалования в суде актов применения мер государственно-правового принуждения;
- институт юридической ответственности уполномоченных органов (должностных лиц) за незаконное применение мер государственно-правового принуждения;
- институт контроля и надзора за законностью применения мер государственно-правового принуждения.

Все перечисленные правовые институты не входят непосредственно в нормативную конструкцию института государственно-правового принуждения и имеют самостоятельное значение в системе правового регулирования. Однако по отношению к институту государственно-правового принуждения они выполняют функцию обеспечения законности его применения. В этом заключается одно из главных отличий общих и специальных нормативно-правовых средств в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения.

Реализация правовых предписаний, регулирующих применение мер государственно-правового принуждения, опосредуется, в первую очередь, правосознание мучастников соответствующих отношений. Правовые знания, чувства, убеждения и ориентации должностных лиц, применяющих право, формируются и оказывают свое регулирующее воздействие на их поведение, будучи продуктами отражения в человеческом сознании действующего законодательства и практики его применения¹. Чувство законности Г.Ф. Шершеневич определял как побуждение соблюдать установленные законы в силу усвоенной привычки. По его мнению, данное чувство является результатом воспитания у личности привычки к соблюдению правовых норм. Чувство законности следует рассматривать в качестве разновидности правовых чувств, которыми обладает индивид². В юридической литературе отмечается, что правовое чувство представляет собой установку правового характера, основанную на общепризнанном идеале добра и справедливости и состоящую из двух компонентов: интуитивного (естественно-правового) в виде правовой совести и официального (позитивно-правового), имеющего ориентацию на закон³. Правосознание представляет собой средство связи между правовыми требованиями и поведением людей. «От его состояния, развитости в соответствии с демократическими представлениями о должном и сущем применительно к отдельным индивидам, социальным группам и слоям населения во многом зависит и даже определяется формирование институтов государственной власти, отношение граждан к проведению выборов в органы представительной (законодательной) власти всех уровней, органы местного самоуправления, качество и уровень адекватности законов, отражение в этих законах объективных потребностей правового регулирования общественных отношений»⁴. Уровень развития правосознания и его качественная характеристика играют важную роль в обеспечении законности применения мер государственно-правового принуждения. При применении мер государственно-правового принуждения высокий уровень правосознания характеризуется: 1) пониманием социальной ценности использования правовых механизмов при применении государственно-принудительных мер; 2) пониманием и признанием правовых принципов применения государственно-принудительных мер; 3) знанием и принятием действующего законодательства в качестве необходимого ориентира к действию. Психические переживания, связанные с субъективным восприятием права, «действуют в качестве мотивов по-

¹ Вопленко Н.Н. Социалистическая законность и применение права. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1983. С. 90.

² Шершеневич Г. Ф. О чувстве законности. Казань, 1897. С. 8.

³ Смоленцев А.В. Правовое чувство : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999. С. 6.

⁴ Законность в Российской Федерации / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, НИИ Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. М. : Контракт, 2008. С. 45.

ведения, побуждают к совершению одних действий, к воздержанию от других ... производят известные изменения в самой (диспозитивной) психике индивидов и масс, развивают и усиливают одни привычки и склонности, ослабляют и искореняют другие»¹. Думается, правильным является утверждение Н.Н. Вопленко о детерминированности законности конкретных актов поведения уровнем развития правосознания². Высокий уровень правосознания субъекта, уполномоченного применять меры государственно-правового принуждения, является детерминантой высокого уровня законности применения государственно-принудительных мер. Связь между уровнем правосознания принуждающего субъекта и уровнем законности применения мер государственно-правового принуждения, на наш взгляд, является прямо пропорциональной.

Другим элементом механизма обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения является толкование правовых норм, регулирующих государственно-принудительную деятельность. Толкование права в специальной литературе определяется как интеллектуально-волевая деятельность по установлению подлинного содержания правовых актов в целях их реализации и совершенствования³. Толкование обеспечивает точность реализации выраженных в праве требований при их переходе на уровень индивидуальных правовых предписаний. Н.Н. Вопленко характеризует роль толкования права в обеспечении законности правоприменительной деятельности через характеристику функций (познавательной, квалификационной, мотивировочной и объяснительной), которые выполняет толкование права при обеспечении законности правоприменения⁴. Аналогичные функции толкование права выполняет, на наш взгляд, и в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения. Особое значение для применения мер государственно-правового принуждения имеет толкование конституционных норм, связанных с регулированием государственно-принудительной деятельности. В этой связи показательным конституционное толкование, выявленное в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 22.03.2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан»⁵. При рассмотрении данного дела Конституционным Судом РФ были выявлены факты неоднократного неправильного толкования судами и другими уполномоченными властными субъектами ряда норм УПК РФ по применению отдельных мер процессуально-правового принуждения, что повлекло нарушение конституционных прав лиц, к которым неправильно применялись соответствующие нормы. Выявление на основании толкования Конституции Российской Федерации конституционно-правового смысла положений ч. 10 ст. 108, ч. 10 и 11 ст. 109, ч. 1 и 2 ст. 110, ст. 227 и 228, ч. 2 ст. 229, ч. 2 и 3 ст. 231, ч. 1, 2 и 3 ст. 255, ст. 410 и 411, ст. 477 (прил. 15) УПК Российской Федерации позволило изменить практику неправильного толкования указанных норм права и соответственно практику незаконного применения в соответствующих случаях мер уголовно-процессуального принуждения. В этой связи, думается, правильным является вывод об исключительной важности толкования права в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения.

В механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения правосознание и толкование приводятся в действие организационно-правовой деятельностью субъектов права. Сама по себе чело-

¹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб. : Лань, 2000. С. 126.

² Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 91.

³ Черданцев А.Ф. Основные проблемы теории толкования советского права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1972. С. 5-6.

⁴ Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 103-109.

⁵ ЗФ. 2005. № 14. Ст. 1271. С. 3469-3483.

веческая деятельность выступает в качестве силы, воспроизводящей систему объективных и субъективных условий: общественных отношений и социальных институтов, а вместе с этим и систему соответствующих им представлений, весь образ жизни и мыслей людей¹. На наш взгляд, законность применения мер государственно-правового принуждения может обеспечиваться посредством организационно-правовой деятельности следующих субъектов:

- действиями субъектов, уполномоченных применять конкретные меры государственно-правового принуждения;
- действиями субъектов, осуществляющих контроль и надзор за законностью применения мер государственно-правового принуждения;
- действиями лиц, к которым применяются меры государственно-правового принуждения.

Уровень законности применения государственно-принудительных мер, как нам представляется, зависит от уровня правовой активности всех субъектов отношений по применению мер государственно-правового принуждения. Конечно, ведущее и определяющее значение при применении конкретных мер государственно-правового принуждения имеет принуждающий субъект. Высокий уровень правосознания и нацеленность данного субъекта на осуществление государственно-правового принуждения в режиме законности позволяют обеспечить высокий уровень законности этой деятельности. Однако даже в случае допущения нарушений законности со стороны субъекта, уполномоченного на применение мер государственно-правового принуждения, у принуждаемого субъекта остаются некоторые средства и способы обеспечения законности применения государственно-принудительной меры. Речь идет об активном использовании принуждаемым субъектом предоставленных ему прав в процессе применения мер государственно-правового принуждения (на ознакомление с документами, на выяснение причин применения к нему меры государственно-правового принуждения, на квалифицированную юридическую помощь). Перспективной задачей российского законодателя является развитие в отдельных сферах государственно-принудительной деятельности юридической процедуры применения мер государственно-правового принуждения, обеспечивающей юридическую защиту субъектов, к которым применяются эти государственно-принудительные меры. Развитость процессуальных норм, регулирующих применение мер государственно-правового принуждения, является важной гарантией законности этой деятельности. В то же время не менее важное значение имеет и точность выполнения процедуры применения мер государственно-правового принуждения участниками этих правоотношений. Правильная «технология» применения мер государственно-правового принуждения позволяет во многом обеспечивать осуществление данного вида деятельности в режиме законности.

Следует помнить, что применение мер государственно-правового принуждения довольно часто происходит в условиях конфликта интересов участников этих правоотношений (принуждаемого и принуждающего субъектов). При этом обе стороны при применении мер государственно-правового принуждения вынуждены подчиняться требованиям закона. Можно сказать, что особенностью государственно-правового принуждения является то, что в ходе его реализации к выполнению государственной воли, выраженной в праве, принуждаются все субъекты этих отношений: и принуждающие (субъекты, налагающие правовые ограничения), и принуждаемые (субъекты, в отношении которых применяются правовые ограничения). Это обстоятельство свидетельствует о возможности совершения нарушений законности как со стороны принуждаемого, так и со стороны принуждающего субъектов. В этой связи особое место в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения занимает организационно-правовая деятельность субъектов, осуществляющих контроль и надзор за законностью применения государственно-принудительных мер.

¹ Буева Л.П. Человек: деятельность и общение. М., 1979. С. 58.

Контрольно-надзорные органы осуществляют внешнее наблюдение за процессом применения мер государственно-правового принуждения и вмешиваются в этот процесс при обнаружении признаков нарушения законности. Думается, это позволяет нам отнестись контроль и надзор к гарантиям законности применения мер государственно-правового принуждения. Этот подход получил широкую поддержку у ученых-юристов. К примеру, Н.Н. Вопленко практическую работу всех звеньев механизма государства по предупреждению, выявлению, пресечению правонарушений и восстановлению нарушенного права относит к юридическим гарантиям законности. При этом контрольно-надзорную деятельность в совокупности со специализированными правовыми институтами обеспечения законности, среди которых он называет конституционный принцип разделения властей, адвокатуру, право граждан на обжалование действий и актов должностных лиц, право на самозащиту, Н.Н. Вопленко относит к правоохранительным гарантиям законности¹. В качестве одной из гарантий законности контрольно-надзорная деятельность выделяется С.С. Алексеевым и А.Ф. Ефремовым². Однако встречаются и другие позиции. К примеру, А.Ю. Красноглазов предлагает разделять гарантии и способы обеспечения законности. При этом прокурорский надзор, судебный и внутриведомственный контроль наряду с институтом обжалования и адвокатуры он относит к способам обеспечения законности при применении административно-процессуальных мер³. Такой же по существу позиции придерживается С.С. Громько⁴.

Несмотря на разногласия, все авторы сходятся в том, что контрольно-надзорная деятельность играет важную роль в обеспечении законности применения мер государственно-правового принуждения. К органам контроля в Российской Федерации относятся: Президент России (президентский контроль), законодательные (представительные) органы государственной власти (парламентский контроль), исполнительные органы государственной власти, суды, Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации и многие другие органы⁵. Одним из основных надзорных государственных органов является прокуратура Российской Федерации. Контрольно-надзорная деятельность в сфере применения мер государственно-правового принуждения направлена на выявление правоприменительных ошибок, злоупотреблений властными полномочиями и других правонарушений. Государственно-правовое принуждение осуществляется уполномоченными властными субъектами. Принуждаемые субъекты находятся в подчиненном состоянии при применении к ним государственно-принудительных мер. В этой связи объектом контрольно-надзорных проверок должна являться деятельность властных субъектов, уполномоченных на применение мер государственно-правового принуждения. Контрольно-надзорные мероприятия по выявлению нарушений законности могут осуществляться на разных стадиях применения мер государственно-правового принуждения, однако во всех случаях контрольно-надзорная деятельность представляет собой внешнее вмешательство в процесс государственно-правового принуждения.

Организационно-правовая деятельность в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения осуществляется в рамках сложной системы организационных и правовых отношений. Более того, она, с одной стороны, приобретает форму организационно-правовых отношений, с другой – служит движущей силой развития этих отношений. Действия вышеперечисленных субъектов могут выступать юридическими фактами, с которыми связывается возникновение, развитие и прекращение соответствующих государственно-принудительных организационно-правовых отношений. Правовые отношения в их соотношении с организационными отношениями яв-

¹ Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права. Волгоград, 2009. С. 753–759.

² Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 234–235; Ефремов А.Ф. Принципы и гарантии законности. Самара, 1999. С. 145–146.

³ Красноглазов А.Ю. Указ. соч. С. 101.

⁴ Громько С.С. Указ. соч. С. 8.

⁵ См.: Беляев В.П. Контроль и надзор в Российском государстве. М., 2005. С. 65.

ляются организуемыми. Однако это не означает примата или какого-либо преобладания организационных отношений над правовыми в процессе применения мер государственно-правового принуждения. Организационные отношения более динамичны, подвижны и менее формализованы. Правовые отношения в применении мер государственно-правового принуждения представляют собой объект организационной деятельности и в этой связи являются организуемыми. Однако организационные отношения имеют вспомогательное значение, так как выполняют служебную функцию – организуют правовые отношения. Тем не менее в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения важное значение имеют как правовые, так и организационные отношения. Неумелая организация процесса применения меры государственно-правового принуждения, которая может быть выражена, к примеру, в организационных изъянах фиксации фактических обстоятельств применения этой меры, может привести либо к признанию данной государственно-принудительной деятельности недостаточной для достижения правоохранительных целей, либо наоборот – чрезмерной. При этом и в том, и в другом случае речь может идти о нарушениях законности. Организационные отношения, связанные с применением мер государственно-правового принуждения, имеют важное значение для формирования правовых государственно-принудительных отношений.

Правовые отношения, оформляющие применение мер государственно-правового принуждения, представляют собой реализованные в фактическом взаимодействии сторон связи участников фактического государственно-принудительного отношения, урегулированные нормативно-правовыми предписаниями. В специальной литературе указывается, что в процессе правоприменительной деятельности правоотношения, с одной стороны, «консервируют» режим законности во взаимоотношениях субъектов, а с другой – стимулируют дальнейшее развитие правомерного поведения¹. Думается, что в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения правовые отношения выполняют аналогичные функции. Консервирующая роль государственно-принудительных правоотношений заключается в объективизации с их помощью субъективных прав и юридических обязанностей, связанных с реализацией мер государственно-правового принуждения, и типизации правомерности фактических связей субъектов, участвующих в данных отношениях. Стимулирующее значение государственно-принудительных правоотношений в механизме обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения состоит в их способности программировать использование правомерных средств и способов в государственно-принудительной деятельности. Эта способность обусловлена тем, что возникновение и развитие правомерных фактических связей в сфере применения государственно-принудительных мер приводит к достижению оптимального социально-правового результата, что означает соразмерное и справедливое удовлетворение публичного и частного интереса. Реализация заложенных в нормативно-правовых предписаниях правовых связей наглядно демонстрирует полезный эффект данных правовых отношений. Таким образом, правовые отношения, в рамках которых происходит правомерная реализация фактических государственно-принудительных отношений, закладывают основу для дальнейшего расширения практики правомерного применения мер государственно-правового принуждения.

Как мы уже говорили, юридическим итогом процесса применения мер государственно-правового принуждения является фактическое ограничение прав и свобод принуждаемого лица. Однако пределы и характер этого ограничения задаются актом применения меры государственно-правового принуждения. Надо сказать, что в юридической литературе существует позиция, согласно которой некоторые меры государственно-правового принуждения могут применяться и без издания специального правоприменительного акта². При этом ука-

¹ Вопленко Н.Н. Социалистическая законность и применение права. С. 94.

² Рябов Ю.С. Административно-предупредительные меры: теоретические вопросы. Пермь, 1974. С. 56–58.

зывается, что данные меры принуждения реализуются полномочными органами непосредственно. К таким мерам принудительного предупреждения зачастую относят проверку документов милицией, применение физической силы и специальных средств. Необходимость безотлагательного применения мер государственно-правового принуждения уполномоченным субъектом, как правило, вызывается задачами немедленного пресечения правонарушающей или создающей угрозу причинения вреда деятельности. Отсутствие в этих случаях письменного акта применения меры государственно-правового принуждения является исключением из общего правила.

Акт применения меры государственно-правового принуждения служит важным элементом механизма обеспечения применения мер государственно-правового принуждения по следующим основаниям. С одной стороны, он содержит суждение уполномоченного органа о правомерности всей предшествующей вынесению данного акта деятельности, с другой – он позволяет осуществить проверку законности государственно-принудительной деятельности в данном конкретном случае. Акт применения меры государственно-правового принуждения фиксирует пределы, содержание и объем государственно-принудительного воздействия. В этой связи можно говорить о том, что акт применения меры государственно-правового принуждения имеет большое значение для установления правовой определенности в вопросе о пределах государственно-принудительного вмешательства в жизнедеятельность частных лиц. Издание акта применения меры государственно-правового принуждения завершает процесс правового регулирования посредством распределения на индивидуальном уровне субъективных прав и юридических обязанностей принуждаемого и принуждающего субъектов. Одной из главных функций акта применения меры государственно-правового принуждения является, на наш взгляд, юридическая конкретизация подлежащего применению государственно-принудительного воздействия в каждом конкретном случае. Это обеспечивает законность применения меры государственно-правового принуждения, так как государственно-принудительное воздействие в данном случае становится юридически определенным и проверяемым.

Возвращаясь к примерам непосредственного применения государственно-правового принуждения (применение физической силы, специальных средств), следует заметить, что именно в этой сфере, где государственно-правовое принуждение осуществляется без издания в письменной форме соответствующего правоприменительного акта, происходят наиболее серьезные нарушения законности. Все это говорит о важном значении актов применения мер государственно-правового принуждения в механизме обеспечения законности государственно-принудительной деятельности. В тех случаях, когда государственно-принудительное воздействие осуществляется без издания соответствующего внешне выраженного формально определенного правоприменительного акта, необходимо решение вопроса об обеспечении контроля и надзора за законностью применения соответствующих мер государственно-правового принуждения.

Подытоживая все вышесказанное, механизм обеспечения законности применения мер государственно-правового принуждения можно определить как взаимосвязанную систему нормативных и иных юридически значимых средств и способов организационно-правовой деятельности, нацеленных на обеспечение правомерного применения мер государственно-правового принуждения. Конечный результат действия этого механизма (эффективность и результативность) зависит от эффективности использования каждого из его элементов. Если конечный результат деятельности по применению меры государственно-правового принуждения не отвечает требованиям законности, то это означает, что произошел «сбой», неточность в работе какой-то части этого механизма, в связи с чем возникает необходимость поиска и исправления слабого звена. Думается, что предложенная нами теоретическая модель механизма обеспечения законности государственно-правового принуждения может быть использована в процессе модернизации института государственно-правового принуждения в России.

ОПЫТ ПЕРВЫХ ПАРЛАМЕНТСКИХ ВЫБОРОВ В ВОСТОЧНОСИБИРСКОЙ ДЕРЕВНЕ (1906–1907 гг.): К ПРОБЛЕМЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ В НАЧАЛЕ XX в.

Бердникова Светлана Александровна

Важнейшим нововведением в системе государственного механизма России в начале XX в. стало учреждение Государственной думы. Её созданием осуществлялись идеи, которые разрабатывались еще М.М. Сперанским. Но то, что не удалось осуществить ни Сперанскому, ни земцам, сделал народ. Однако в Положениях о выборах в Думу содержалась масса ограничений, препятствующих широким кругам русского общества принять участие в работе этого органа. Из избирательного корпуса исключались женщины; лица моложе 25 лет; военнотружущие; учащиеся; «бродячие инородцы»; иностранные подданные; лица, подвергшиеся наказанию за преступные деяния, которые влекли за собой лишение или ограничение прав состояния либо исключение со службы; отрешенные по судебным приговорам от должности; состоящие под следствием или судом по обвинению в преступных деяниях, влекущих за собой лишение или ограничение прав состояния или исключения со службы; подвергшиеся несостоятельности впредь до определения ее свойства; несостоятельные, кроме тех, несостоятельность которых признана несчастною; лишенные духовного звания или сана за пороки или же исключенные из среды общества и дворянских собраний по сословным приговорам; осужденные за уклонение от воинской повинности.

Для того чтобы осуществить избирательное право, надо было быть причисленным к какой-либо курии. Курий было четыре: уездных землевладельцев, городских избирателей, волостных крестьян и рабочих. Каждая курия избирала выборщиков на своих съездах. Нормы представительства в куриях оказались существенно различными. В результате получилось, что один голос помещика был равен трем голосам городского буржуа, пятнадцати голосам крестьян и сорока пяти голосам рабочих избирателей.

Предусматривались многостепенные выборы, притом с разным числом ступеней для каждой курии: для помещиков и горожан – двухстепенные, для рабочих – трехстепенные, для крестьян – четырехстепенные. Избирательное право крестьян было особенно ограничено. Крестьяне должны были сперва избирать уполномоченных на волостной сход, волостной сход выбирал по два уполномоченных от волостей, уполномоченные от волостей избирали выборщиков, которые на уездном избирательном съезде вместе с выборщиками от землевладельцев и городских избирателей могли выбирать членов Государственной думы.

Поскольку крестьянство составляло громадную массу в России, оно не могло не дать определенного числа депутатов Думы. Несмотря на все ограничения, крестьянство имело заметное представительство. Авторы избирательных законов находились к тому же в заблуждении: они надеялись на консервативные или монархические установки крестьянства. Граф А.А. Бобринский в ладу с некоторыми другими участниками Петергофских совещаний 1905 г. говорил: «Об устойчивую стену консервативных крестьян разобьются все волны красноречия передовых элементов»¹. История I и II Государственной думы опровергла эту иллюзию.

Избирательными округами были губернии, области и 27 наиболее крупных городов. В Положении о выборах в Государственную думу указывалось, сколько членов Государственной думы приходится на тот или иной избирательный округ и сколько выборщиков должно быть от каждого съезда (курии), причем давался решительный перевес цензовым элементам. Общее число членов Государственной думы было 524.

¹ См.: Былое. 1917. № 3. С. 227.

Одна из особенностей выборов в Государственную думу в Сибири заключалась в том, что основными выборщиками здесь еще в большей степени, чем в Европейской России, были крестьяне. По закону 11 декабря 1905 г. в сибирских губерниях образовывались только два избирательных съезда: съезд городских избирателей и съезд уполномоченных от волостей. Отсутствовали избирательные съезды от землевладельцев и уполномоченных от рабочих¹.

От Енисейской и Иркутской губерний население выбирало по два депутата в Думу, в том числе от Иркутской губернии одного депутата – от всего населения, а второго – от г. Иркутска. Забайкальская область посылала трех депутатов в Думу: от казаков, городского и сельского населения, а также от коренного населения. 72,9 % выборщиков избирались съездом уполномоченных от волостей, в том числе в Енисейской губернии 24 выборщика из 31, в Иркутской губернии 11 из 16, в Забайкальской области 19 из 27. Для сравнения – в Европейской России крестьяне избирали 43 % выборщиков.

Выборы в I Государственную думу в Восточной Сибири завершились только в Енисейской губернии. В Забайкальской области лишь после издания особых «Правил о применении в Забайкальской области выборов в Государственную думу от 22 апреля 1906 г.» началась подготовка к выборам, а избирательные собрания выборщиков были назначены на октябрь 1906 г. К моменту разгона I Думы в Забайкалье и Иркутской губернии прошли только первые стадии выборов.

Результаты выборов не оправдали расчеты самодержавия и планы либералов. Объединение крестьян в период выборов в целом проходило на демократической основе, под влиянием мелкобуржуазных партий. В связи с тем, что выборы в I Государственную думу закончились только в Енисейской губернии, от Восточной Сибири в I Думу фактически были посланы два депутата-трудовика.

Первая стадия выборов по источникам практически не прослеживается. На этой стадии крестьяне на сельских сходах должны были выбирать гласников, одного от каждых 10 дворов, которые отправлялись на волостной сход для избрания уполномоченных от волостей.

Исход выборов во многом зависел от степени организованности и преобладания в том или ином районе активных или более пассивных групп крестьян. В итоге состав уполномоченных и выборщиков оказывался пестрым и неоднородным, как и само крестьянство. Например, уполномоченными от Зелеевской волости Красноярского уезда были избраны крестьяне Е.И. Рачковский и В.А. Замятин: «Первый – человек неопределенных взглядов, читает главным образом священное писание; второй – бывший волостной старшина, человек состоятельный, ворота в своей деревне»². 19 марта 1906 г. в Частоостровском волостном управлении Красноярского уезда были избраны уполномоченными крестьяне В.А. Кузнецов, бывший волостной староста, и Г.А. Горестов, «недавно еще торговавший в питейном заведении, а теперь служащий старостой» в д. Кубеково. Г.А. Горестов не пользовался симпатиями у населения. Оба уполномоченных были предложены старшиной. Крестьяне пытались выдвинуть свои кандидатуры, в том числе крестьянина С. Попова, но старшина категорически всех отклонил³. Более четкая позиция выявилась при выборе уполномоченных от Сухобузимской волости Красноярского уезда. Об избранных В. Сидельникове и И.Г. Иванове сообщалось в «Голосе Сибири». «Первый из них принадлежит к числу местных богатеев и служил ранее волостным старшиной, получив похвальный лист за выколачивание недоимок, второй заявил себя оппозицией против местного кулачества»⁴.

Поскольку решающая роль в составлении списков избирателей, уполномоченных и выборщиков принадлежала администрации, то обычными были случаи, когда нежелательный избиратель, уполномоченный или выборщик «разъяснялся», т. е. царская администрация добивалась лишения его избирательного права путем грубейшего искажения законов. Выборы производили закрытой баллоти-

¹ См.: Законодательные акты переходного времени (1904–1908 гг.). СПб., 1909. С. 676.

² Государственный архив Красноярского края (ГАКК). Д. 4560, Л. 4. Д. 4608. Л. 2 об.

³ См.: Голос Сибири. 1906. 29 марта.

⁴ Там же. 25 марта.

ровкой, но тайная подача голосов использовалась администрацией для всякого рода подлогов и подтасовок.

Вообще правительство принимало все меры к тому, чтобы максимально сузить круг избирателей. Одним из самых основных способов была фальсификация избирательных списков. В случае пропуска в списках надо было обращаться в избирательное присутствие, в полицию, к домовладельцам и добиваться разного рода справок. Эта волокита отбивала у лиц, не занесенных в список, желание участвовать в выборах. Иногда местная администрация принимала меры к тому, чтобы широким массам населения было неизвестно, какие категории имеют право участвовать в выборах. Часто полиция возвращала избирательные бюллетени якобы за нерозыском адресатов. Министерство внутренних дел организовало специальный аппарат для того, чтобы поправками, дополнениями и разъяснениями к избирательному закону еще более ограничить права простого народа. Нежелательных кандидатов в выборщики арестовывали или же угрожали им расправой.

В Забайкалье первые две стадии выборов прошли в конце июня 1906 г. среди казачьего населения. Выборы проходили в обстановке террора. В числе уполномоченных были избраны 34,7 % станичных и поселковых атаманов, 35,6 % представителей офицерства и чиновничества, 17,8 % учителей и 8,5 % рядовых казаков. Войсковое хозяйственное правление обязывало станичные общества выбирать только тех казаков, которые не были замешаны в революционном движении и не подписывали приговоров в 1905 г.¹

По земельному вопросу крестьяне Сибири, как и в центре страны, выдвигали более радикальные требования, чем в области государственно-политической. Хотя крестьяне шли дальше кадетов в политической программе (превращение Государственной думы в Учредительное собрание), они не выступали за полную ликвидацию царской монархии.

Из 15 депутатов от Сибири в I Думу 9 прошли как кадеты, 1 – от партии демократических реформ, 1 октябрист, 2 трудовика, 1 социал-демократ, 1 беспартийный. Но в самой Думе 3 депутата-крестьянина, избранные по кадетскому списку «прогрессивных» избирателей, вошли во фракцию трудовиков.

Выборы депутатов от Енисейской губернии прошли 30 мая 1906 г. Первым из депутатов от Енисейской губернии в Петербург уезжал Н.Ф. Николаевский. Вечером 8 июня у железнодорожного вокзала Красноярска состоялся грандиозный митинг, на котором присутствовало несколько тысяч человек. «Голос Сибири» сообщал, что за участие в проводах Н. Ф. Николаевского было уволено 8 рабочих и намечено расчитать еще 40 человек, из-за чего рабочие объявили однодневную стачку².

По оценке корреспондента «Сибирских вестей», проводы С.А. Ермолаева из Минусинска представляли собой нечто небывалое для уездного городка. 16 и 18 июня 1906 г. в Минусинске состоялись собрания для выработки наказа С.А. Ермолаеву. 20 июня в день отъезда из Минусинска был отслужен молебен, во время которого священником, эсером А.И. Бриллиантовым, «были провозглашены вечная память борцам, павшим за свободу, и многолетие настоящим борцам за свободу». Затем состоялась демонстрация с красными флагами с надписями «Долой смертную казнь», «Амнистия» и др. Было произнесено несколько речей, в которых выражалась уверенность, что «депутат, не щадя жизни, будет добиваться земли и свободы»³.

Из Красноярска депутат С.А. Ермолаев выехал 26 июня и прибыл в Петербург перед самым разгоном Думы (он был только на четырех заседаниях), в отличие от Н.Ф. Николаевского, который присутствовал на заседаниях I Думы в течение трех недель. Н.Ф. Николаевский принял самое деятельное участие в работе трудовой фракции⁴.

¹ См.: Забайкальские областные ведомости. 1906. 4 июля.

² Голос Сибири. 1906. 9 июня; ГАКК. Ф. 64. Оп. 1. Д. 261. Л. 1.

³ См. Об этом: Сибирские вести. 1906. 25 июня; Обзор революционного движения в округе Иркутской судебной палаты за 1897–1907 гг. СПб., 1908. С. 46.

⁴ См.: Государственная Дума. Первый созыв. Стенографические отчеты. 1906. Сессия первая. СПб., 1906. Т. 2. С. 1392–1393, 1747, 1754–1757, 1787–1791, 1904–1905, 1957–1958.

В своем выступлении в Думе 27 июня Николаевский требовал привлечь к уголовной ответственности Меллер-Закомельского за расстрел рабочих, отстранить от должности всех чиновников, «начиная с городского и кончая русским министром внутренних дел г. Столыпным», так как «ни один законопроект, ни один запрос не пройдет в жизнь при существующем порядке и министерстве. Министры должны оставить свой пост и дать возможность народным представителям ввести русскую жизнь в нормальное русло». В выступлении 4 июля от имени крестьянских депутатов Н.Ф. Николаевский заявил, что «пока между Думой и государем, Думой и народом будет стоять враждебная стена в лице министерства и его агентов», депутатам ничего не добиться. Дума должна взять в свои руки исполнительную власть, добившись предварительного свидания с царем¹. Уже после приезда в Красноярск Н.Ф. Николаевский призывал во II Думу выбирать «таких людей, которые увеличили бы силы трудовой группы и партии рабочих (с-д)».

Осенью 1906 г. все либеральные газеты Сибири снова свои надежды связывали с новой Государственной думой. Иркутская либеральная «Сибирь» писала: «Дума явится искренней выразительницей, верной толковательницей общественно-народных стремлений и желаний. Приближающийся период выборов будет только в том случае благотворным по своим результатам для будущего страны, если он окажется моментом нового общественного подъема, такого подъема, который мирно всколыхнул бы всю страну и заставил... выделить из общества Думу честную, стойкую, творческую и работоспособную»².

Выборы во II Думу совпали с массовыми репрессиями и арестами. Избирательная кампания явилась для крестьянства серьезным политическим испытанием.

Администрация пустила в ход все методы давления на избирателей. Чаще всего прибегали к арестам революционно настроенных уполномоченных и выборщиков. По указанию исправника Плотнокова в Минусинском уезде были арестованы в январе 1907 г. наиболее видные агитаторы. В с. Ермаковском было арестовано 20 человек, в с. Шушенском – 9, и 8 скрылось, а в с. Каратузском – более 50. 29 января в Минусинскую тюрьму прибыли первые арестованные, с 29 января по 2 февраля доставляли по 5-6 человек, 3 февраля – 25 человек, 4 февраля – 30 человек, 5 февраля снова привезли арестованных. Все волостные тюрьмы были забиты до отказа. На выборы арестованных уполномоченных доставляли под конвоем³.

В наиболее тяжелом положении оказалось сельское население Забайкальской области. Как и во время выборов в I Думу, администрация предпочитала вообще не допускать участников революционного движения в уполномоченные и выборщики. А если это происходило, то под любым предлогом выборы объявляли недействительными. Отмена выборов уполномоченных – характерное явление именно для Забайкальской области. Были признаны недействительными выборы уполномоченных 3 января 1907 года в 14 волостях Верхнеудинского уезда в Желтуринской, Кударинской, Атамано-Николаевской, Киранской, Мензинской, Урлукской, Воснинской, Цыган-Усунской, Шерагольской, Цахирской, Мурочинской станицах Троицкосавского уезда, в Посольской, Кабанской, Троицкой, Ивопъгинской, Топейской волостях Селенгинского уезда⁴. Газета «Сибирь» сообщила, что были отменены выборы 3 января 1907 г. в Копунской станице Нерчинского уезда. Выяснилось, что уполномоченными от станицы оказались учитель П.А. Окунцов и казак Богданов, участники революционного движения 1905 г.⁵ За ходом выборов очень внимательно следил военный губернатор Забайкальской области, которому уездные начальники докладывали о партийной принадлежности и благонадежности уполномоченных и выборщиков⁶.

¹ См.: Государственная Дума. Первый созыв. Стенографические отчеты. 1906. Сессия первая. СПб., 1906. Т. 2. С. 1791, 1757–1758.

² Сибирь. 1906. 14 нояб.

³ См.: Красноярский дневник. 1907. 19 фев.

⁴ См.: Государственный архив Читинской области (ГАЧО), ф. 20, оп. 1, д. 1301, лл. 7-7об, 20-21, 98; ф. 48, оп. 1, д. 14, л. 5.

⁵ Сибирь. 1907. 17 марта.

⁶ См.: ГАЧО, ф. 20, оп. 1, д. 1216.

Енисейский и Забайкальский губернаторы обязаны были сообщать о ходе выборов Иркутскому генерал-губернатору. Несмотря на все принятые меры, власти так и не смогли во время выборов сделать крестьян послушными.

Выборы во II Государственную думу во многом отличались от предыдущих. В неизмеримо большей степени проявились сплоченность и единство среди крестьянских уполномоченных и выборщиков, которые отказались поддерживать кадетскую программу. Влияние социал-демократов на выборы было незначительным. Объединение крестьян на демократической платформе в основном произошло еще на предвыборных собраниях и при избрании уполномоченных.

От Забайкальской области все три депутата во II Государственной думе примкнули к кадетской партии: Д.А. Кочнев – присяжный поверенный, избранный от сельского и городского населения Забайкалья, от казачьего населения был выбран казак С.А. Таскин, до 1902 г. находившийся под гласным надзором полиции, Б.О. Огиров, бурят, скотопромышленник, прошедший в Думу от нерусского населения.

На губернском избирательном собрании выборщиков 3 марта 1907 года в Красноярске присутствовал не 31 выборщик, а 27. Четверо перед выборами были арестованы, в том числе выборщики из Минусинского уезда Д.Е. Монаков и С.А. Ермолаев. По характеристике газеты «Сибирь», из 27 выборщиков – один черносотенец, священник В. Захаров, три кадета, три беспартийных, «а остальные – ярко оппозиционного настроения, особенно крестьяне Минусинского уезда»¹. Крестьянские выборщики, стоявшие на платформе Крестьянского союза, решительно выступали за отчуждение помещичьей земли без выкупа. Депутатами во II Государственную думу от Енисейской губернии были выбраны эсер А.И. Бриллиантов, священник г. Минусинска, 37 лет, и меньшевик И.К. Юдин, конторщик в магазине, около 45 лет, организатор профсоюза приказчиков в г. Красноярске.

Иркутское губернское избирательное собрание состояло из 16 выборщиков – пять городских и одиннадцать из волостей, из них три от бурятского населения. Самое большое количество голосов получил К.И. Иванов, около 30 лет, крестьянин по сословной принадлежности, окончил учительскую семинарию в Иркутске, сначала работал учителем, затем торговцем скотом, сочувствовал народным социалистам, в Думе примкнул к трудовикам. Второй депутат от Иркутской губернии согласно избирательному закону выбирался от г. Иркутска. Им оказался после жребия с кадетом П.А. Титковым меньшевик В.Е. Мандельберг, врач, около 37 лет, высланный из Петербурга в Сибирь за революционную деятельность.

Левые депутаты составляли 43 % от общего числа членов II Думы. От Сибири было избрано два эсера, три народных социалиста, три трудовика, три социал-демократа, четыре кадета, один член партии демократических реформ и четыре беспартийных.

II Дума начала свою работу 20 февраля 1907 г. и просуществовала 103 дня. Делегаты от Восточной Сибири начали прибывать в Петербург только в апреле. Торжественно состоялись проводы А.И. Бриллиантова в Минусинске. Перед отъездом В.Е. Мандельберга 23 марта из Иркутска на вокзале состоялся митинг. Рабочие передали ему наказ. Он также останавливался на несколько часов на станции Зима, где выступал перед населением. 21 марта выезжал в Петербург И.К. Юдин. Красноярский вокзал был оцеплен. Речь И.К. Юдина прервали, а провожающих разогнали. На вокзал могли пройти только пассажиры с билетами. «Мастерские предупредили, что беспорядки допущены не будут, все же рабочие оставили работу на 25 минут»².

Активное участие в работе II Думы приняли В.Е. Мандельберг, И.К. Юдин и А.И. Бриллиантов. Все трое решили не входить в сибирскую группу депутатов, которая фактически находилась под эгидой кадетов.

А.И. Бриллиантов выступал при обсуждении вопроса о жестоком истязании заключенных Акатуевской и Алгачинской тюрем Нерчинского округа. Во время своей речи он заявил под аплодисменты слева, что принадлежит к той дум-

¹ Сибирь. 1907. 28 марта.

² ГАКК, Ф. 827. Оп. 1. Д. 1719. Л. 1.

ской трудовой группе, которая становится под защиту обиженных и угнетенных¹. Из департамента полиции Енисейского губернского управления сообщили что, находясь в Петербурге, А.И. Бриллиантов поддерживал связи со своими избирателями в Енисейской губернии.

В ночь со 2 на 3 июня 1907 г. по постановлению прокурора Петербургской судебной палаты вместе с другими депутатами социал-демократической фракции были арестованы В.Е. Мандельберг и И.К. Юдин. А.И. Бриллиантов был арестован в Минусинске уже после разгона Думы в октябре 1907 г.

Выборы в I и II Государственную думу не подтвердили надежды на монархические и консервативные иллюзии крестьян и показали, что страна находилась в глубочайшем кризисе, из которого, к сожалению, уже невозможно было выйти реформистским путем.

МИНИСТЕРСКАЯ РЕФОРМА 1802–1811 гг. И МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА

Приходько Михаил Анатольевич

Как известно, проведение министерской реформы и введение министерской системы управления в Российской империи начинается в 1802 г.

Но, еще на стадии подготовки и разработки министерской реформы императором Александром I на заседании Негласного комитета 24 марта 1802 г. было высказано мнение о том, что «трудно сразу ликвидировать весь этот отживший механизм, но, может быть, на данном этапе достаточно будет передать коллегии в подчинение различным министрам, а позже, если опыт проявит бесполезность этих учреждений, упразднить их»², определившее компромиссный характер министерской реформы и придавшее ей модернизационную составляющую.

Этой точкой зрения императора Александра I и объясняется попытка искусственного скрещивания коллежской и министерской систем управления, предпринятая в 1802 г.

8 сентября 1802 г. были изданы Манифест «Об учреждении министерств» и Указ Сенату «Об образовании первых трех коллегий в образе производства государственных дел на прежнем основании и о лицах, избранных к управлению министерствами»³.

В соответствии с Манифестом 8 сентября 1802 г. учреждались первые восемь министерств: военных сухопутных сил, морских сил, иностранных дел, юстиции, внутренних дел, финансов, коммерции и народного просвещения.

Указом Сенату от 8 сентября 1802 г. были назначены министры и их заместители – товарищи министров. Вместе с министрами был назначен и Государственный казначей⁴.

Начало министерской реформы затронуло учреждения коллежской системы управления в минимальной форме, в виде переподчинения большей части из них власти определенного министра, с оставлением их организационного устройства и порядка делопроизводства в практически неизменном виде.

В самих же министерствах установился смешанный коллежско-министерский порядок управления, основные черты которого были определены в Манифесте «Об учреждении министерств» 8 сентября 1802 г. Каждый подчиненный орган представлял своему министру еженедельные мемории о текущих делах и представления в особых случаях. Министр отвечал на них предложениями. Подчи-

¹ См.: Государственная Дума. Второй созыв. Стенографические отчеты. 1907. Сессия вторая. Заседание 1-30. СПб., 1907. С. 271–273.

² РГАДА. Ф. 1278. Оп. 1. Д. 11. Л. 89.

³ ПСЗ-1. Т. 27. № 20406. С. 243–248; № 20409. С. 249–250.

⁴ ПСЗ-1. Т. 27. № 20406. Ст. IX. С. 246–247.

ненные органы в случае несогласия с предложениями министра представляли министру рассуждения. Если министр настаивал на своем предложении, то решение министра исполнялось, а мнение подчиненных органов заносилось в особый журнал¹. Таким образом, коллежский порядок управления сохранился в решении текущих дел, а единоличная власть министров осуществлялась в наиболее важных или требующих быстрого решения вопросах.

Фактически коллегии и коллежские учреждения стали той организационной основой, на основе которой и стала формироваться министерская система управления.

Реальная, практическая ликвидация учреждений коллежской системы управления начинается позднее, с момента утверждения императором Александром I доклада министра внутренних дел В.П. Кочубея от 18 июля 1803 г. «О соединении дел, кои далее были ведомы в Мануфактур-коллегии и ее Контора, в Экспедиции государственного хозяйства, опекунства иностранных и сельского делопроизводства и Главной соляной конторе, в одно управление с Департаментом внутренних дел, под именем экспедиции государственного хозяйства»².

Доклад от 18 июля 1803 г., подлинным автором которого был директор департамента министра внутренних дел М.М. Сперанский³, был посвящен непосредственно преобразованию структуры Министерства внутренних дел, но в нем были высказаны мысли о коллежской системе управления и системе министерств в целом. Одна из главных мыслей этого доклада – ликвидация коллежского делопроизводства с преобразованием коллегий в департаменты, экспедиции и отделения министерств⁴.

«Высочайшее» утверждение этого доклада юридически санкционировало ликвидацию коллегий и коллежских учреждений в МВД, а общая таблица структуры Министерства внутренних дел, также вошедшая в доклад⁵, стала примером построения структуры центрального учреждения государственного управления нового типа и в определенной степени образцом для организации структуры других министерств в это время.

Процесс ликвидации учреждений коллежской системы управления не был одномоментным и продолжался в течение трех десятилетий с 1803 по 1832 г.⁶, завершившись в целом уже в царствование императора Николая I.

Необходимо отметить, что внешнеполитические события 1805-1808 гг. отвлекли внимание императора Александра I от дел внутреннего управления.

Новый всплеск интереса Александра I к преобразованию российского административного механизма связан с именем М. М. Сперанского, статс-секретаря с марта 1801 г. и с декабря 1808 г. товарища министра юстиции⁷.

К октябрю 1809 г. Сперанский составил по поручению императора и представил на его рассмотрение «Введение к уложению государственных законов» – обширный план реформ всего внутриполитического устройства страны⁸, в котором, в том числе, были систематизированы недостатки министерской реформы.

В этом проекте Сперанский выделил три основных недостатка министерской реформы: 1) «недостаток ответственности»; 2) «некоторая неточность и несоразмерность в разделении дел»; 3) «недостаток правил или учреждения»⁹.

На ликвидацию этих недостатков было направлено новое преобразование министерств. Начался завершающий период министерской реформы 1810–1811 гг. (соответственно временной отрезок с 1802 по 1810 г. был начальным периодом министерской реформы).

¹ ПСЗ-1. Т. 27. № 20852. С. 753–781.

² ПСЗ-1. Т. 27. № 20852. С. 753–781.

³ См.: Корф М.А. Жизнь графа Сперанского. Т. 1-2. СПб., 1861. Т. 1. С. 99.

⁴ ПСЗ-1. Т. 27. № 20852. С. 769–770.

⁵ Там же. С. 781.

⁶ 832-й – это год окончательной ликвидации коллегий и преобразования практически всех коллежских учреждений.

⁷ См.: РГИА. Ф. 1349. Оп. 3. Д. 2128. Л. 58–59.

⁸ См.: Сперанский М.М. Проекты и записки. М.-Л., 1961. С. 143–222.

⁹ Там же. С. 201–202.

Юридической основой этого периода стали три законодательных акта: Манифест 25 июля 1810 г. «О разделении государственных дел на особые управления, с означением предметов каждому управлению принадлежащих»; «Высочайше утвержденное разделение государственных дел по министерствам» от 17 августа 1810 г. и «Общее учреждение министерств» от 25 июня 1811 г.¹

Все эти акты предварительно обсуждались в специально созданном для рассмотрения предложений о преобразовании министерств, Сената и о новом порядке рекрутских наборов Комитете председателей департаментов Государственного Совета, который действовал с 27 мая 1810 г. по 28 ноября 1811 г.² Далее проекты утверждались на общем собрании Государственного Совета и подавались на «высочайшее» утверждение императора. Проекты всех трех актов были разработаны М. М. Сперанским.

Манифест от 25 июля 1810 г. разделил все государственные дела «в порядке исполнительном» на пять главных частей: 1) внешние сношения; 2) устройство внешней безопасности; 3) государственная экономия; 4) устройство суда гражданского и уголовного и 5) устройство внутренней безопасности.

Им провозглашалось создание новых центральных учреждений государственного управления: Министерства полиции и Главного управления духовных дел разных исповеданий³.

Учреждалось звание Государственного контролера – руководителя ревизии государственных счетов⁴.

Предметы ведения Министерства коммерции переходили в Министерство финансов и Министерство внутренних дел, что означало фактическое упразднение Министерства коммерции⁵.

В общих чертах устанавливались предметы большинства министерств, за исключением Военного министерства, Министерства военных морских сил, Министерства иностранных дел и Министерства юстиции.

Подробности и спорные вопросы, возникшие при непосредственном распределении дел, обсуждались в Комитете министров в заседании 4 августа 1810 г.⁶

Результатом этого обсуждения стало «Высочайше утвержденное разделение государственных дел по министерствам» 17 августа 1810 г.⁷ Этот акт конкретизировал состав Министерства внутренних дел, Министерства полиции, Министерства народного просвещения, Министерства финансов, Главного управления духовных дел иностранных исповеданий и факт ликвидации Министерства коммерции.

«Общее учреждение министерств» 25 июня 1811 г.⁸ стало главным и определяющим законодательным актом министерской реформы.

Структурно оно состояло из двух частей: 1. «Образование министерств»; 2. «Общий наказ министерствам».

Вместе они составляли 401 параграф и одно приложение: «Формы письмоводства».

«Образование министерств» определяло общее разделение государственных дел и предметы каждого министерства, и главного управления. (Во многом текстуально повторяя положения манифеста от 25 июля 1810 г.). Им устанавливалось единое общее организационное устройство центральных органов управления.

«Общий наказ министерствам» устанавливал степень и пределы власти министров, степень и пределы власти департаментов и их директоров, обязанности

¹ См.: ПСЗ-1. Т. 31. № 24307. С. 278-280; № 24326. С. 322-328; № 24686. С. 686-719.

² См.: РГИА. Ф. 1164. Оп. Т. 16. Д. 2. Л. 1-64.

³ См.: ПСЗ-1. Т. 31. № 24307. С. 279, § 3-4.

⁴ Там же. § 9, § 10.

⁵ Там же. § 6, 2-9.

⁶ См.: Журналы Комитета министров: Царствование императора Александра I. 1802-1826 гг. Т. 2. СПб., 1888. С. 75-78.

⁷ См.: ПСЗ-1. Т. 31. № 24326. С. 323-328.

⁸ См.: ПСЗ-1. Т. 31. № 24686. С. 681-719.

канцелярии министра и ее директора, обязанности и степень ответственности всех департаментских чиновников¹.

Приложением к «Общему учреждению министерств» («Формы письмоводства»), вводились единые формы делопроизводственных документов всех центральных учреждений государственного управления².

Законодательные акты 1810–1811 гг. фактически завершили министерскую реформу. Практически все основные отрасли управления были выделены в самостоятельные министерства и главные управления. Вводилось отраслевое разграничение местных органов управления, что способствовало формированию ведомств – центральных государственных учреждений, с подчиненными им местными государственными органами и должностными лицами.

После издания «Общего учреждения министерств» от 25 июня 1811 г. начинается следующий этап в создании министерской системы управления, этап завершения ее правового оформления, т. е. распространения «Общего учреждения министерств» на все центральные учреждения государственного управления в виде «Учреждений» или «Образований» каждого конкретного министерства.

В Комитете председателей департаментов Государственного Совета (в январе-сентябре 1811 г.) обсуждались подготовленные М.М. Сперанским проекты «Учреждений» Министерства полиции, финансов, военного, иностранных дел, народного просвещения и Главного управления духовных дел иностранных исповеданий³. Из них были утверждены только «Учреждения» Министерства полиции и Министерства финансов⁴. Остальные проекты остались нереализованными из-за отставки М. М. Сперанского, последовавшей 17 марта 1812 г.

В 1812 г. «Общее учреждение министерств» было распространено на Военное министерство⁵, в 1817 г. – на объединенное Министерство духовных дел и народного просвещения⁶, в 1820 г. на Главное управление путей сообщения⁷, в 1826 г. на объединенное Министерство императорского двора и уделов⁸, в 1827 г. – на Морское министерство⁹, в 1832 г. – на Министерство иностранных дел¹⁰. В 1835 г. с вступлением в законную силу свода законов Российской империи, содержащего «Образования» Министерства внутренних дел, Главного управления ревизии государственных счетов, Министерства юстиции и «Учреждение Капитула российских императорских и царских орденов»¹¹, «Общее учреждение министерств» было распространено на эти государственные учреждения.

Вместе с завершением распространения «Общего учреждения министерств» была закончена ликвидация последних коллегий и коллежских учреждений, продолжавших действовать после 1811 г. в 1812 г. была упразднена Военная коллегия¹², в 1819 г. – экспедиция государственных конских заводов¹³, в 1827 г. – Адмиралтейств-коллегия¹⁴. В 1832 г. прекратили свое существование Коллегия иностранных дел и Юстиц-коллегия Лифляндских и Эстляндских дел¹⁵.

¹ См.: ПСЗ-1. Т. 31. № 24686. § 206–219, 297–401. С. 702–703, 711–718.

² Там же. С. 718–719.

³ См.: РГИА. Ф. 1164. Оп. Т. 16. Д. 2, 6, 7, 12–14, 16.

⁴ См.: ПСЗ-1. Т. 31. № 24687. С. 719 – 728; № 24688. С. 728 – 756.

⁵ Там же. Т. 32. № 24971. С. 23–39.

⁶ Там же. Т. 34. № 27106. С. 814–834.

⁷ Там же. Т. 37. № 28291. С. 245–247.

⁸ Далее: ПСЗ-2. Т. 1. № 541. С. 896–897.

⁹ ПСЗ-2. Т. 2. № 1325. С. 702 – 725.

¹⁰ Там же. Т. 7. № 5286. С. 196 – 197.

¹¹ Свод законов Российской империи. Изд. 1-е. Т. 1. Ч. I. СПб., 1832. Статьи 923–1318. С. 221–328; Ст. 1319–1395. С. 328–355; Ст. 1550–1615. С. 404–420; Ст. 1616–1627. С. 421–428; Ст. 2026–2198. С. 525–574.

¹² ПСЗ-1. Т. 32. № 24971. С. 23–39.

¹³ Там же. Т. 36. № 27982. С. 380.

¹⁴ ПСЗ-2. Т. 2. № 1325. С. 702–725.

¹⁵ Там же. Т. 7. № 5286. С. 196–197; № 5866. С. 941–942.

Таким образом, процесс создания министерской системы управления в России в первой трети XIX в. прошел в своем развитии различные степени правового оформления.

Если к моменту окончания этапа проведения министерской реформы были заложены единые законодательные основы министерской системы управления, закрепленные в «Общем учреждении министерств» 25 июня 1811 г., и министерская система управления была фактически создана, то окончание следующего этапа – этапа завершения правового оформления министерской системы управления, завершило распространение этих законодательных основ на каждый элемент министерской системы управления, завершив тем самым создание министерской системы управления де-юре.

Специфика генезиса, становления и развития общего процесса создания министерской системы управления в Российской империи в начале XIX в. особенно важна на настоящем этапе, так как современная министерская система управления Российской Федерации в трансформированном виде является в том числе наследницей министерской системы управления дореволюционной России, что тем более актуально в условиях продолжающейся в России с начала XXI в. административной реформы.

ВЫСШЕЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В КОНТЕКСТЕ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ: ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Тепляшин Иван Владимирович

Состояние российского юридического образования показывает, что качественной составляющей в системе представленной формы образования не уделяется должного внимания. Стоит констатировать, что сегодня российская правовая система характеризуется отсутствием сложившейся продуктивной концепции образовательной политики. В этом вопросе современная наука настаивает на необходимости формирования социально востребованной и последовательной стратегии развития российского юридического образования.

Тенденции в социально-правовой жизни российского общества диктуют необходимость модернизации образовательных стандартов, норм и отношений в этой сфере. Социально-правовые преобразования, происходящие в современной России, все более явственно демонстрируют определенное продвижение российского общества по пути формирования новых принципов образовательной политики, процессов воспитания высококвалифицированных и востребованных на современном рынке выпускников высших образовательных учреждений. Выстраивается система социальной обусловленности критериев подготовки специалистов с высшим образованием.

Так, профессиональная педагогика вырабатывает единые подходы к процессу обучения студентов в русле прогрессивного социально-правового развития российского общества, определению методологии целенаправленного исследования новых гуманитарных знаний, обеспечению учебного процесса соответствующими научно-техническими инструментами.

В силу этого, например, Ассоциация юристов предлагает разработать единые образовательные стандарты для обучения юристов, создать в России реестр юридических дипломов и ввести систему негосударственной аккредитации или общественной аттестации юридических вузов. Планируется, что профессионалы в этой области создадут свой рейтинг. Та же Ассоциация предлагает создать электронную библиотеку для юридических вузов, тем самым систематизировать предельный массив российской доктрины и практики¹. Данные предложения дей-

¹ См.: Экспертные группы Ассоциации юристов приступили к совершенствованию юридического образования // Российская газета. 2009. 1 окт. № 185.

ствительно сегодня являются востребованными и необходимыми для формирования базовых основ российского юридического образования в целом.

Кроме того, в концептуальную основу изучения гуманитарных научных дисциплин уже положены современные демократические взгляды на основополагающие тенденции развития правовой жизни российского общества и государства, общие основы управления социальными процессами во всех областях жизнедеятельности человека, главные направления развития инновационной политики современной России.

Не утрачивают свою актуальность вопросы определения (наряду с классическими моделями) альтернативных форм обучения: дистанционное и сетевое обучение, использование мультимедийного образовательного ресурса и т. д. В специальной литературе отмечается, что дистанционное обучение предполагает существенное изменение модели образовательного процесса. Традиционная модель обучения характеризуется тем, что в центре учебного процесса находится преподаватель; в учебном процессе взаимодействует ограниченное число участников; между учащимися идет негласное соревнование; большинство учащихся имеют возможность играть пассивную роль на занятиях, а преобладающая форма обучения – передача знаний в ходе объяснений преподавателя. В дистанционном обучении в центре учебного процесса находится обучаемый; суть обучения – самостоятельная работа, развивающая способности к самообучению; в основе учебной деятельности лежит сотрудничество, а роль учащихся в обучении активная¹. Безусловно, можно говорить и о других формах профессионального обучения в современных условиях.

Значимым видится исследование вопросов соответствующей специализации в условиях профессиональной подготовки специалистов с высшим образованием. При реализации юридической образовательной программы необходимо обращать внимание не только на формирование специалиста в состоявшихся уже направлениях правовой деятельности (государственно-правовой, гражданско-правовой, земельно-правовой и др.), но и в таких востребованных сферах, как адвокатская, градостроительная, медико-правовая, энергетическая, банковская, валютно-биржевая, церковно-правовая и пр.

Кроме того, особое внимание должно уделяться системе эффективного государственного управления образовательной и научной политикой. Как подчеркивает Е.М. Примаков, в каждом федеральном округе можно было бы создать не менее трех-пяти образовательных кластеров, основу которых составят высшие учебные заведения, получившие статус национальных исследовательских университетов. В состав кластеров могут войти также отраслевые вузы, средние специальные, профессионально-технические и наиболее успешные общеобразовательные учебные заведения. Это позволит повысить качество подготовки всех категорий специалистов, устраним диспропорцию между реальными потребностями региональных рынков труда и сложившейся структурой выпуска специалистов². Следует прислушаться к подобным предложениям.

В разрезе озвученных проблем повышение качества юридического образования как качественной составляющей правовой системы современной России должно осуществляться по следующим основным направлениям:

1. Создание и реализация критериев оценки качества подготовки и деятельности вузов в целом. Здесь необходимо определить, что должно быть положено в основу подобной оценки: эффективность учебно-методической работы вуза, кадровый и научный потенциал, системность научно-исследовательской и иной творческой деятельности студенческого сообщества данного вуза, материально-техническая оснащенность, востребованность на рынке труда выпускников данного учебного заведения, отзывы работодателя и общественности в целом.

2. Соответствующая деятельность научного сообщества, направленная на создание российской юридической школы, отвечающей не только общегосударствен-

¹ См.: Сергиенко И.В. Основы моделирования процесса дистанционного обучения // Инновации в образовании. 2005. № 2.

² Россия перед выбором. Евгений Примаков: прежде всего надо понять, что может помешать нам создать новую экономику // Российская газета. 2010. (№ 4). 14 янв.

ным потребностям, но и общемировым вызовам. Здесь особое внимание необходимо обратить на сохранение действующего состава педагогов-профессионалов и подготовку нового профессорско-преподавательского научного коллектива как в рамках отдельного вуза, так и масштабах всей России.

3. Продуктивное применение инновационных обучающих программ: дистанционное обучение, сетевое образование, реализация различных форм самообучения и др. Надо полагать, что такие новые подходы позволят отражать современные тенденции развития общества, интересы и предпочтения современного студента. Безусловно, эти формы обучения следует реализовывать в сочетании с традиционными принципами образования.

4. Формирование центральных вузов, где можно было бы сосредоточить основные материальные, информационные, организационные ресурсы, а также научный потенциал российского общества. Кроме того, продуктивным будет формирование предварительного уровня образования: начального, подготовительного, специально-юридического, например, на базе колледжа, училища. Такая форма обучения может быть профессионально-ориентированной и привязанной к конкретным кадровым потребностям. В рамках представленного механизма студент сможет формировать свою правовую культуру последовательно, а выпускник высшего учебного заведения будет получать соответствующие знания в процессе их реализации на практике.

5. Централизованный мониторинг образовательных услуг. Важно сопоставлять возможности выпускника юридического вуза и требования работодателя. Очевидно, что в современных условиях развития социальных отношений юридические знания могут быть востребованными и значимыми не всегда и не в любой сфере.

6. Осуществление перспективного развития российского юридического образования граждан на основе таких принципов, как эволюционность и историческая последовательность развития российского общества, солидарность и консолидация общественного мнения, эффективность работы органов власти и их ответственность перед обществом, конструктивное взаимодействие различных научных сообществ и школ.

7. Решение основных проблем развития высшей гуманитарной науки через призму историко-политических и культурно-духовных особенностей развития в российском обществе самой личности. Выпускнику вуза в условиях развития современного российского общества необходимо обладать такими качествами, как инициативность и ответственность, самостоятельное автономное обладание социально-экономическими и организационно-правовыми знаниями в профессиональной деятельности для решения поставленных задач, активное использование правовых и интеллектуальных ресурсов.

8. Системный теоретический анализ образовательной политики Российского государства с последующим выстраиванием организационно-правовой технологии совершенствования российского высшего образования. Разрешение подобных вопросов, касающихся качества и престижности российского юридического образования, восприимчивости инновационных идей и тенденций, обусловлено не только научно-образовательной деятельностью вузов. Качественное состояние высшего юридического образования зависит от: эффективности механизма противодействия коррупции в данной сфере, должного стимулирования работы профессорско-преподавательского состава, изменения менталитета и культуры российского общества, отношения студента к процессу обучения, получению высшего образования, дальнейшей осознанной реализации своих знаний и формированию качественных основ национальной правовой системы.

Заметим: предлагаемые идеи носят дискуссионный характер и могут выступить предметом дальнейшего научно-практического исследования. Научному сообществу нужно обратить внимание на классические функции российского образования: общеобразовательную (академическую), правоведческую (научную) и практическую. Подобные функции, в свою очередь, реализуются в следующем:

- российское образование позволяет качественно рассмотреть и оценить степень прогрессивности базовых социально-правовых категорий, выработанных современной общественной жизнью;

- современная юридическая наука способна объяснить необходимость исследования новых явлений и свойств социальной жизни. Это, в свою очередь, находит отражение в формировании соответствующих академических дисциплин юридического профиля. Например, в настоящее время актуальными представляются разрабатываемые и вводимые в учебный процесс такие учебные дисциплины, как инновационный менеджмент, история и методология юридической науки, теория личности, философия юридической науки и др.;

- подготовленный специалист-правовед в установленном порядке сможет эффективно реализовать вверенные ему ресурсы, полномочия, задачи в конкретной сфере деятельности.

Но реализация функций российского образования, через призму гармоничного развития современной российской правовой системы, может быть наиболее эффективной только при соответствующем уровне качества подготовки специалистов, в частности, юридических вузов. К тому же общество ожидает результата эффективной реализации выпускниками высших учебных заведений своих навыков и умений уже в практической деятельности. Справедливо подчеркивается: современные специалисты должны отличаться новым, инновационным мышлением, т. е. наличием не только знаний общего и специального характера, но и способностью оперативного реагирования на возникшую проблему с использованием новейших инновационных, творческих подходов¹. К тому же важную роль в формировании будущего профессионала играют психологические качества личности – интуиция, творчество, суждение и рациональность мышления. Специалист, формируемый в соответствии с общественными потребностями, непременно получает навыки в правовой сфере, является неотъемлемой частью механизма профессиональной научно-практической деятельности и процесса становления развитого российского государства и общества. Процесс гарантирования прогрессивного развития государства и гражданского общества – один из важных аспектов стабильного развития образовательной политики в современной России. В этом плане задача государства – сохранить компоненту социально-правовых знаний у нации. А значит, качественные составляющие технологии обучения и формирования специалиста в области правоведения, модель правового воспитания, характер портрета выпускника юридического вуза выступают узловыми элементами при формировании современной архитектуры российского юридического образования.

В итоге от инициативы и правовой восприимчивости, мировоззренческого отношения к своей профессиональной деятельности специалиста с высшим юридическим образованием, выверенной политики государства в подобной сфере зависит степень результативности процесса удовлетворения социальных и творческих стремлений субъектов гражданского общества, а значит гармонизация социальной жизни и формирование объективно востребованной российской правовой системы в целом.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ: ПРИОРИТЕТЫ МОДЕРНИЗАЦИИ в XIX – начале XX в.

Михеева Ирина Вячеславовна

Законотворчество является одной из наиболее важных сторон деятельности государства по формированию системы взаимосвязанных и эффективно «работающих» правовых регуляторов. Интересным представляется обозначение исторических посылок современного развития правотворчества, выделение его наиболее интересных и спорных вопросов, в частности, обращение к традиционным приоритетам модернизации законодательной базы Российского государства.

¹ Нарышкин С.Е. Инновационный потенциал современного российского общества // Журнал российского права. 2009. № 8.

На общем фоне стремления к стабильности процесс модернизации в России, как правило, связан с кардинальным обновлением и разрушением «до основания» традиционно сложившихся и законодательно оформленных структур. Начиная с Петра I, стремясь изменить «начала русской жизни», российские императоры делали акцент на «усиленной и точной законодательной деятельности самодержавной власти»¹. Регулятивные компоненты той или иной государственной реформы формулировались в законодательном акте. При этом правоведы пытались понять, каков должен быть закон (законы), чтобы действующее законодательство, модернизируемое в соответствии с потребностями реформируемого государства, было эффективным.

Сегодня многосложность российского законодательства предопределяет необходимость постоянного поиска его оптимальной структуры и содержания. Законодательство, включая различного рода регулятивные механизмы, опосредует сформированные в обществе правовые ориентиры, ценностные основы и т. п. В этом контексте думается, что стабильность правового регулирования и динамизм законотворчества не являются взаимоисключающими явлениями тогда, когда в рамках создания конкретного закона учитываются некие универсальные основы правового характера, наиболее значимые идеи и подходы, имеющие устойчивость и преемственность в рамках обновляемой на разных этапах развития российского государства системы законодательства. При этом качество одного закона определяется, прежде всего, его гармоничной «встроенностью» в общую систему действующего законодательства, выстроенную в соответствии с приоритетными ценностями и традициями государства.

На фоне современных интенсивных научных споров в контексте исторической правопреемственности хотелось бы уточнить, что лежало в основе создания, совершенствования законодательства Российской империи. На чем выстраивалась законотворческая деятельность, что могло в той или иной степени гарантировать эффективность принимаемых тогда законов? Насколько традиционные приоритеты модернизации российского законодательства?

Императрица Екатерина II в Наказе комиссии о сочинении нового уложения определила «государственное значение» любого закона как «основания равенства всех граждан и общественной и государственной вольности». «Государственная вольность», говорилось в п. 39 Наказа, «в гражданине есть спокойствие духа, происходящее от мнения, что всяк из них собственной наслаждается безопасностью: и чтобы люди имели сию вольность, надлежит быть закону такову, чтобы один гражданин не мог бояться другого, а боялись бы все одних законов»². Эта идея эффективного, исполняемого закона нашла выражение в ст. 47 Основных законов, где говорилось, что «Российская империя управляется на твердых основаниях положительных законов, учреждений и уставов, от Самодержавной власти исходящих».

Чтобы законы действительно могли служить «твердыми основаниями» функционирования государства и общества, ученые делали попытки обосновать общие требования, которые могли бы лежать в основе создания нового закона, сформулировать наиболее значимые правила-принципы законотворчества. Так, Н.М. Коркунов считал, что законодательные акты должны отличать: 1) обдуманность выработки и 2) должный авторитет в глазах общества. Обдуманность законодательных актов требуется, потому что ими устанавливаются руководящие начала всей государственной деятельности, ими определяются границы действия и условия обязательности всех других актов государственной власти. По мнению автора, законодательные акты служат как бы высшим формальным мерилем всего, что совершается в государстве. Именно поэтому государственные реформы сопровождалась изменениями законодательства, точнее сказать, формулировались в законодательных актах. Непререкаемый авторитет в глазах общества необходим законодательным актам, потому что они служат высшим проявлением государственной власти. В то же время государственное властвование не может опираться только на одни меры физического принуждения. В конце концов, вся-

¹ Андреевский И.Е. Русское государственное право. Т. 1. Введение и Ч. I. О Правительстве. СПб., М., 1866. С. 167.

² ПСЗ I. Т. II. № 12949.

кая власть опирается на признание её обществом, и признание это должно проявиться, прежде всего, в признании авторитета закона. Если закон не будет иметь авторитета, то вместе с тем неизбежно исчезнет уважение ко всем другим низшим актам государственной власти¹. В современной доктрине обдуманность и авторитет закона традиционно соотносятся с качеством его подготовки и эффективностью действия, а тезис Н.М. Коркунова о том, что обдуманность и авторитет закона обуславливаются как внешней его формой, так и тем, от кого и как он исходит, сохраняет актуальность до сих пор.

А.С. Алексеев также считал важным, «чтобы законы были вооружены высшим авторитетом, безусловно подчиняющим себе все другие повеления власти». При этом ученый особо подчеркивал, что законы должны иметь явные особенности относительно других правовых актов. Необходимо было, «чтобы форма законов делала их распознаваемыми для всех и каждого и строго отличными от всех других актов власти»². Прежде всего, утверждалось, что закон – это «общая норма, общие правила, под которые подводятся целые роды общественных явлений и отношений». Поэтому законы определяют не отдельные конкретные случаи действительной жизни, а целые категории общественных явлений и отношений³, «обнимают все принципиальные начала политического порядка и основные правила государственного управления»⁴.

Данные положения созвучны сегодняшним потребностям модернизации законодательства, например, при ответе на вопросы: что может составить предмет именно законодательного регулирования – более или менее динамичные, требующие правовой регламентации сферы, общие или конкретные вопросы правовой действительности; что является основанием и допустимостью собственно законодательного регулирования и пр.

К принципиальным моментам совершенствования законодательства с целью повышения его эффективности можно отнести и дореволюционный тезис о том, как оптимально верно сформулировать по стилю законодательную норму: «Закон должен повелевать, а не сетовать и поучать; в законе нет места для научных мнений, не имеющих непосредственного практического приложения». Потому мотивы закона, указание на цели законодателя, поводы, вызвавшие закон, не должны содержаться в тексте закона⁵. Такое особое указание на обязательное присутствие нормативной «конкретики» и нежелательность декларативных законодательных норм остается актуальным на сегодняшний день, особенно в контексте предъявляемых к законам требований технико-юридического характера, а также во избежание разного рода законотворческих ошибок.

Возвращаясь к историческим посылкам современного законотворчества, интересным представляется рассмотрение правоведами «существа законодательной деятельности» в Российской империи. Ученые выделяли «главные моменты положительного закона»: «1) инициатива закона, 2) составление проекта закона, 3) рассмотрение проекта, 4) утверждение положительного закона, 5) издание и обнародование, 6) форма, 7) пространство силы закона и 8) исполнение его»⁶. Это «существо» объединило в себе как обязательные и благополучно усвоенные современной теорией правотворчества стадии законодательного процесса (законодательный почин, составление и обсуждение проекта, утверждение, опубликование), так и базовые критерии его эффективности (надлежащая форма, приобретение общеобязательной силы, применение).

¹ Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. II. Особенная часть. Изд. 2-е, перераб. и доп. СПб., 1897. С. 39–42.

² Алексеев А.С. Спорный вопрос русского государственного права: из журнала Министерства юстиции, ноябрь 1904 г. СПб., 1904. С. 19–20.

³ Законоведение. Вып. I. Записки по государственному праву. Изд. 2-е, перераб. и доп. / сост. Н.Е. Чижов. Одесса, 1902. С. 26–27; Цитович П.П. Курс русского гражданского права. Т. I. Учение об источниках права. Вып. 1. Одесса, 1878. С. 37–39.

⁴ Алексеев А.С. Указ. соч. С. 19–20.

⁵ См.: Чижов Н.Е. Указ. соч. С. 26–27; Цитович П.П. Указ. соч. С. 37–39.

⁶ Андреевский И. Е. Указ. соч. С. 167.

В современном подходе к формированию эффективно действующего законодательства такое широкое понимание «законодательства» сохраняет свою актуальность, поскольку позволяет охватить наиболее важные моменты существования закона – от его зарождения как идеи в рамках законодательной инициативы до мониторинга правоприменения, выделить приоритеты законодательства еще на уровне проектирования будущего закона.

В контексте законопроектной деятельности современные ученые обращают к концепции законопроекта, идее законопроекта. Рассматривается идея закона, нормотворческая идея и концепция правового акта, правовые позиции законодателя, нормотворческие правовые позиции и пр. Создаются концепции развития законодательства и законодательного процесса. Неоднозначность подходов к законодательству делает еще более актуальной дискуссии о системе существующих концепций, представлений о создании эффективно действующей системы законов, о приоритетах законодательской деятельности.

Значимость четко сформулированных приоритетов, идей, доминирующего подхода к созданию системы законодательства велика на всех этапах законодательского процесса и далее. Принципиальные основы системного правотворчества в государстве определяют правовую позицию законодателя в отношении предмета и способов регламентации самых разнообразных сфер общественной жизни. От этого зависит вектор развития правовой действительности в целом, эффективность одного акта и регулятивный эффект всего законодательства, комплексное влияние на все регулируемые правом общественные отношения.

Реформирование сфер общественной жизни предопределяет модернизацию законодательства. В основу этой модернизации логично положить созданные идеалы, ценности, концепции, в соответствии с которыми выбирается *цель* изменения законодательства как ориентир при разработке законопроектов; *средства* достижения поставленной цели.

С определением принципиальных основ законодательской и правотворческой деятельности в целом во многом связано первоначальное формулирование идеи конкретного законопроекта, создание его текста. Если обратиться к идее закона, то, как правило, теоретики рассматривают её в контексте реализации законодательной инициативы и составления текста законопроекта как первых этапов законодательного процесса. Эта логика сохранилась со времен Российской империи. Дореволюционные ученые-правоведы предполагали наличие базовых «начал, оснований, условий», которым должен был соответствовать законопроект. И.Е. Андреевский в качестве условий составления проекта законодательного акта называл: четкое обоснование необходимости нового закона, ответ на вопрос – зачем, т. е. обязательное обозначение *цели*; гармоничное сочетание с действующим законодательством как *способ* достижения стабильности и эффективности законодательства; простоту и точность изложения как технико-юридическое *средство*¹.

Интересно, что на начала, правила, которых следовало держаться в русском праве при составлении проекта нового закона, указывалось в царствование императрицы Екатерины II Правительствующему Сенату². Эти правила вошли затем в Общий Наказ Министерству, в Учреждение II Отделения Собственной Его Величества Канцелярии (СЕИВК) и в Учреждение Правительствующего Сената. Они были восприняты всеми учреждениями, уполномоченными принимать участие в составлении законопроекта в рамках возбуждения законодательной инициативы. Характер воспринятых исторической традицией правил-принципов носил и *процедурный* (субъекты формулирования первоначального текста проекта законодательного акта, последовательность и порядок обсуждения, и т. д.), и общий *концептуальный* характер.

Что касается процедурных моментов, то интересен тезис о важности и обязательности обнародования закона: «Закон есть не только веление государственной власти, но веление, приведенное во всеобщую известность». Причем это воля

¹ Андреевский И.Е. Указ. соч. С. 170.

² Именной указ генерал-губернатору от 7 апреля 1788 г. о наблюдении за тем, чтобы определения Сената основывались на указах // ПСЗ-1. Т. I. №16642.

объявленная, обнародованная «в надлежащем порядке»¹. Правилам, касающимся порядка составления и обнародования закона, уделялось большое внимание в юридической литературе в XIX – начале XX в. Необходимость их уяснения объяснялась потребностью, «во-первых, выделить закон из массы других распоряжений и постановлений, исходящих, как от самой верховной власти, так и ее органов, и, во-вторых, указать подданным признаки, по которым они могут судить о степени обязательной силы этих различных распоряжений»².

Эти вопросы в Российской империи были крайне актуальны в связи с тем, что не было выработано четких критериев отграничения законодательных актов от актов управления, а само понятие закона имело родовые характеристики и использовалось для обозначения не конкретного вида законодательного акта, а множества их видов, обозначенных в Своде законов Российской империи: уложений, уставов, учреждений, грамот, положений, манифестов и др.

«Надлежащий порядок» издания закона упоминался в трудах дореволюционных ученых-правоведов не раз и стал еще одним приоритетом законотворческой деятельности Российского государства в исследуемый период, поскольку в некоторой степени способствовал выделению критериев собственно закона из общей массы различных видов законодательных актов. Считалось, что порядок издания законов должен был служить «ручательством тому, что они суть действительное выражение подлинной воли верховной власти»³. Н.М. Коркунов замечал, что именно «установление особых законодательных учреждений с подходящим составом и особая процедура самого обсуждения законопроектов» необходимы для «строгой обдуманности и непререкаемого авторитета» законодательных актов⁴.

В рамках исследуемой проблемы законотворческих приоритетов и в контексте создания закона как элемента общей системы законодательства хотелось бы сделать акцент не столько на конкретных процедурных моментах издания отдельных законов (это отдельная тема), сколько на понимаемой уже сотни лет назад важности четких процедурных правил законодательной деятельности для формирования общей системы согласованных, взаимосвязанных законодательных актов. Думается, что уже сам принцип обязательности выработки четкого порядка издания конкретных актов, наличия законодательных процедур (включая их совершенствование на разных исторических этапах) был и остается одним из наиболее значимых факторов, лежащих в основе создания качественного закона и эффективного и непротиворечивого законодательства.

Если говорить об общих (дореволюционных) требованиях концептуального характера, то интересным представляется нормативно закрепленная необходимость при составлении законопроекта подвергнуть тщательному изучению недостатки действующего законодательства, для замены которого составлялся законопроект, и обязательность сравнения «последствий нового закона с порядком предыдущим» с указанием причин существования заменяемого закона. Также в проекте должно было указываться, как соотносятся нововведения с действующими нормами актов Свода законов. Кроме того, если предполагаемый проект закона предусматривал совместные действия нескольких ведомств, то обязательным было достижение их предварительного согласия через общее подписание – согласование теми министрами, чьи сферы управления будут затронуты будущим законом⁵.

В этом смысле можно провести интересную аналогию. В рамках современной теории права концепция законопроекта определяется как «конструктивное начало, макет будущих правовых отношений ... юридическая основа эффективности будущего законодательства»⁶, «предложение, предполагаемая модель, юри-

¹ См.: Чижов Н.Е. Указ.соч. С. 26.

² Градовский А.Д. Указ. соч. Т. I. Ч. I. Кн. I. § 7.

³ Алексеев А.С. Указ. соч. С. 19–20.

⁴ Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 39–42.

⁵ Учреждение Правительствующего Сената, ст. 227. Анализируется в кн.: Андреевский И.Е. Указ. соч. С. 173.

⁶ Власенко Н.А., Гринева А.В. Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009. С. 30.

дическая конструкция урегулирования фактической ситуации»¹. Называются такие элементы концепции законопроекта, как выстраивание иерархии правовых ценностей, защищаемых будущим законом, «идентификация проблемной области», «доказательства необходимости подготовки и принятия конкретного закона», определение места в иерархии действующего законодательства, правопреемственность. А в качестве характеристик концепции законопроекта обозначаются полная определенность и абсолютная договоренность субъектов законотворчества².

Еще А.Д. Градовский обращался к «мысли российского законодательства» о том, что новый проект должен быть плодом всех частей администрации. И это согласие разных ведомств по одному и тому же проекту для самого законодательства «служит ручательством того, что законопроект не противоречит интересам страны»³. Провозглашаемое соответствие интересам государства может выступать базовым принципом законотворчества, приоритетом российского революционного правотворчества, а согласованность позиций, «договоренность субъектов законотворчества» – элементом концепции законопроекта.

Крайне актуален и опережает свое время еще один тезис XIX в., созвучный с предыдущим и определяющий очередное правило законодательной деятельности: «Закон не должен иметь в себе внутреннего противоречия и не должен находиться в противоречии со всей системой действующих законов, которая должна быть проникнута одним общим духом»⁴.

В.М. Устинов, обращаясь к субъектам законодательной деятельности, подчеркивал особую роль министров, получивших в XIX в. «исключительное, преобладающее влияние на законодательство» и часто придерживавшихся разных принципов и взглядов при создании правовых норм. «Наши законы, писал правовед, носят отпечаток не только эпохи, но и ведомства, по почину которых они возникли ... в результате наше законодательство нередко лишено планомерности, согласованности и единства»⁵.

В этом контексте требование «общего духа» предполагает наличие и использование при формировании системы законодательства единых подходов субъектами законотворчества, подходов, основанных на наиболее значимых и воспринятых обществом идеях, традициях, ценностях. Потому так важно выделение традиционных для Российского государства приоритетов, которым необходимо следовать при создании нового закона, чтобы последний был элементом *системы* общего законодательства, а *несовокупности* разрозненных актов.

С точки зрения наиболее значимых правил и требований к созданию нового закона в контексте модернизации, совершенствования законодательства интересным представляется и тезис А.Д. Градовского о всевозможной коренной переработке проекта закона в законодательном учреждении по существу, т. е. со стороны общих начал, выражаемых проектом, и по форме, со стороны редакции проекта. Учреждение, которое окончательно рассматривает возбужденный законодательным порядком вопрос, вправе решить его не только на основании представленного проекта, но и на основании всех других соображений, заявленных иными учреждениями. Проект закона после окончательного обсуждения «может вовсе не соответствовать своей первоначальной форме, и наше законодательство предвидит возможность подобного результата»⁶. Примером может служить обсуждение законопроекта по охране памятников древности в Российской империи. Представленный министром внутренних дел законопроект в результате думского обсуждения в 1911 г. превратился практически в новый законопроект, потеряв главную идею (относительно цели и способов её реализации) – создание эффектив-

¹ Юридическая техника: учеб. пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / ИЗИСП при Правительстве РФ; под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. М., 2009. С. 32.

² Баранов В.М. Концепция законопроекта: учеб. пособие / Н. Новгород, 2003. С. 77–78, 99.

³ См.: Градовский А.Д. Указ. соч. Т. I. Гл. 3. § 21–25.

⁴ Чижов Н.Е. Указ. соч. С. 27.

⁵ Устинов В.М. О поручениях Государственного Совета // Право. 1900. № 52. Ст. ст. 2478–2479.

⁶ Градовский А.Д. Указ. соч. Т. I. Гл. 3. § 21–25.

ной государственной охраны и сохранения исторического наследия империи, – но сохранив исторически сложившиеся правовые приоритеты с доминантой неприкосновенности частной и церковной собственности на древности¹. Так обозначалась возможность различать две правовые позиции. Правовую нормотворческую позицию, первоначально обозначенную органом, готовившим проект для законодательного обсуждения, и, возможно, включающую узковедомственную заинтересованность в привнесении «выгодных» для данного ведомства регуляторов. И позиции законодателя, обсуждавшего новый законопроект в более широком субъектном составе, что могло сделать принятое итоговое решение более объективным.

В рамках выявления приоритетов в создании эффективно действующей системы законодательства интересно исследование С.А. Корфа. Рассматривая стадию обсуждения законопроекта, он обозначает её цель, как «согласование законопроекта с нуждами народа», «интересами большинства населения»². В.М. Устинов, рассуждая о деятельности Государственного Совета, утверждал, что исправления, изменения и дополнения законодательства нужно всегда ставить «в уровень с современными потребностями, нуждами и степенью развития населения». Более того, представляется справедливым и актуальным утверждение автора, что именно «отсталость законодательства и несогласованность его с умственным, нравственным и экономическим уровнем развития народа» являются существенным препятствием для «торжества законности»³. «Нужды народа» здесь выступают тем значимым ориентиром, который должен составить принципиальную основу принимаемого закона и стать приоритетным направлением формирования всей системы законодательства, особенно в контексте его перманентного обновления.

Для качественного и эффективного законодательства такой ориентир, как «нужды народа» и «интересы населения», непросто назвать четким и однозначным, поскольку возникает проблема соотношения частного и публичного интересов. Выдающиеся российские правоведы К.А. Неволин, Б.Н. Чичерин, Н.М. Коркунов и др. обращались к данному вопросу, пытаясь определить роль права в отношениях между государством и личностью. В досоветские времена, как и в настоящее время, среди наиболее важных целей государства, таких как «установление безопасности», «развитие политической свободы», было и «определение и охранение свободы и прав лица»⁴.

Права и свободы граждан можно назвать той важнейшей потребностью, на реализацию которой направлена деятельность государства в ходе выполнения общесоциальных функций. Поэтому одной из целей государства как организации публичной власти является в определенной степени удовлетворение частного интереса. В современном обществе правовое государство реализует частный интерес, удовлетворяя потребности членов общества. И это является не косвенной целью, а его конституционной обязанностью. Именно государство в лице своих органов, выстраивая, структурируя государственную организацию, предназначено для создания адекватных условий существования членов общества.

Поэтому в качестве одной из интерпретаций публичного интереса можно принять заинтересованность органов государственной власти в реализации частного интереса, интересов членов общества. И в этом смысле считать гармонию публичного и частного интереса, их взаимозависимость и опосредованность приоритетом модернизации законодательства в истории и современности.

В итоге можем сказать, что в обеспечении развития целостной системы законодательства определяющую роль как в истории, так и на современном этапе играют сходные требования, принципы, правила законодательной деятельно-

¹ См.: Михеева И.В. Правотворческая деятельность Министерства внутренних дел Российской империи по охране памятников истории и культуры в XIX – начале XX века : монография. М., 2009. С. 118–138.

² Корф С.А. Русское государственное право. М., 1915. С. 255–257.

³ Устинов В.М. Указ. соч. Ст. ст. 2478–2479.

⁴ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки : в 3 т. Т. I. Общее государственное право. М., 1894.

сти, приоритеты законодательства, которые включают целый ряд представлений, сформированных еще в дореволюционной России.

Это целенаправленная и обоснованная «востребованность» законодательных новелл; адекватное отражение «интересов страны», «большинства населения», «народа» (сегодня – социальных потребностей); согласованность позиций субъектов законодательства; нормативно-правовая сбалансированность, сочетаемость вновь принимаемых законов с общей системой законодательства; грамотное использование технико-юридического инструментария. Очевидно, что приоритеты законодательской деятельности, показанные в исторической ретроспективе, вполне укладываются в базовые направления модернизации действующего законодательства и могут служить базой для современного эффективного и качественного законодательства.

ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЕ УСМОТРЕНИЕ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ

Скударнов Алексей Сергеевич

Категория «модернизация» часто встречается в работах современных отечественных правоведов. Указанный термин используется большинством авторов для характеристики процессов политической и правовой реформы¹. Применительно к праву в российской научной литературе утвердилось понимание модернизации как процесса усовершенствования права, устранения проблем, связанных с отсталостью отечественного позитивного права.

В настоящее время в России проходят серьезные преобразования в социальной, экономической и политической сферах, осуществляется важный и глубокий процесс реформирования правовой системы. Изменения российской правовой действительности обусловлены потребностью применения новых подходов к праву, законодательству, формированию правового социального государства и его институтов. Между тем модернизация правовой системы невозможна без появления и развития новых институтов, соответствующих потребностям и динамике жизни общества. Один из таких институтов – правоприменительное усмотрение, предназначенное не только устранять правовые проблемы, но и оказывать организующее воздействие для осуществления прав и свобод гражданами со стороны органов публичной власти. В водовороте юридических событий, в стремительной правотворческой деятельности и в многообразном правоприменительном процессе люди чаще всего соприкасаются с актами и действиями государственных органов и их представителей, однако далеко не всегда удается обнаружить их внутренний импульс.

Вопрос об усмотрении в праве является достаточно сложным и дискуссионным. Сложность его обусловлена, прежде всего, многогранностью самого понятия права, а дискуссионность продиктована отсутствием единства в подходах к пониманию категории «усмотрение в праве».

Долгое время в научном мире проблема усмотрения подвергалась критике и отвергалась на практике. Считалось, что каждая правовая проблема имеет одно законное решение. Скудность и неурегулированность общественной жизни, неразвитость рыночных отношений, типовой характер возникающих конфликтных ситуаций порождали рутинную юридическую практику и сводили на нет необходимость использования такого тонкого и сложного инструмента, как усмотрение. Несмотря на это, по справедливому замечанию М.В. Баглая, усмотрение существовало и тогда, а особо необходимо стало сейчас, «но никто, к сожалению, не

¹ См.: Тихомиров Ю.А. О модернизации государства // Журнал российского права. 2004. № 4. С. 3-17.

удосужился написать о нем, чтобы помочь нам умело пользоваться этим сложным инструментом»¹.

Возможность усмотрения для разных органов государственной власти признавалась не всегда. Так, в советской правовой науке понятие усмотрения в действиях органов управления практически не использовалось. Речь шла преимущественно о подзаконном характере деятельности и укреплении законности, что означало жесткую связанность нормами законов и вышестоящих органов. Собственные нормы лишь иллюстрировали природу административно-правовых отношений, возникавших в процессе деятельности исполнительных органов государства².

В настоящее время подходы к данному вопросу меняются.

Все больше и больше юристов склоняются к существованию усмотрения в деятельности органов управления, появляются научные исследования проблемы усмотрения, затрагивающие сферу правоприменительной деятельности. В этой связи можно выделить следующие основные подходы.

Первый связывает усмотрение с понятием свободы в правоприменительной деятельности. В данном случае правоприменительное усмотрение определяется через категорию свободы, либо делается ссылка на то, что свобода в действиях правоприменительного субъекта является необходимым условием существования усмотрения. Например, Ю.С. Адушкин под правоприменительным усмотрением понимает «установленную правом возможность соответствующего органа или должностного лица избирать при решении дисциплинарного дела наиболее целесообразный, на его взгляд, вариант поведения, как определенный альтернативно юридическими нормами, так и вообще ими нерегламентированный»³. По мнению П.И. Люблинского, правоприменительное усмотрение можно определить «как некоторую свободу деятельности публичного органа от законодательной регуляции» либо «как право свободно-целесообразной оценки в применении, по указанному в законе основаниям, предоставленных данному органу полномочий»⁴. В.В. Лазарев считает, что «усмотрение предполагает решение дела, исходя из оснований, коренящихся в самом субъекте применения права», что «оно опирается на внутренние источники (а не внешние – типа нормативного акта) формирования воли относительно окончательного решения вопроса»⁵. А.П. Корнев предлагает под административным усмотрением понимать «определенную рамками законодательства известную степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного управленческого дела, которая предоставляется в целях принятия оптимального административного акта»⁶. К.К. Девис считает, что «должностное лицо обладает усмотрением всякий раз как эффективные пределы его полномочий оставляют его свободным осуществлять выбор между возможными направлениями действия и бездействием»⁷.

Анализируя проблемы усмотрения правоприменителя, М.К. Маликов делает существенный вывод о том, что «государственная воля, выраженная в применяемой норме, дополняется правовой позицией компетентного органа по отношению к конкретному случаю (правовое усмотрение)»⁸. Однако вместе с тем автор утверждает, что «современная концепция усмотрения должна основываться на

¹ Баглай М.В. Вступительная статья к кн. А. Барака «Судейское усмотрение»: пер. с англ. М., 1999. С. 8

² См.: Петров Г.И. Советское административное право. Часть общая. Л.: Изд-во ЛГУ, 1960. С. 62–111.

³ Адушкин Ю.С. О принципах процессуальной экономии и административного усмотрения в дисциплинарном производстве // Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года. Саратов, 1980. С. 260.

⁴ Люблинский П.И. Основания судейского усмотрения в уголовных делах. СПб., 1904. С. 3.

⁵ Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972. С. 144.

⁶ Корнев А.П. Толкование и применение норм советского административного права // Сов. гос-во и право. 1971. № 1. С. 49.

⁷ Davis K.C. Discretionary Justice in Europe and America. Urbana, 1976. P. 4.

⁸ Маликов М.К. Проблемы усмотрения правоприменителя: природа, признаки, пределы. Уфа, 1990. С. 20.

нормативном подходе, исключая прецедентное и субъективное (волевое) решение из законодательной и юридической практики»¹.

Другой подход ограничивает правоприменительное усмотрение возможностью устанавливать формы права. Так, Г.Ф. Шершеневич признавал, что государственной власти может быть предоставлена возможность выработки общих правил поведения в развитие законов или пополнение их. Такие административные распоряжения черпают силу не в самих органах управления, а в дозволении, исходящем от органов власти. Их называют административными указами. Указ должен издаваться компетентным органом в соответствии с законодательством, быть общеизвестным. В отличие от него административные меры принимаются в конкретных случаях во исполнение закона².

Третий подход основывается на понимании правоприменительного усмотрения как административно-правового метода. Ю.Н. Стариков раскрывает содержание методов управления в установлении определенного порядка действий, в запрещении или ограничении определенных действий под угрозой санкций, в предоставлении возможности выбора одного из вариантов должного поведения, предусмотренных в административно-правовой норме, в предоставлении возможности действовать или не действовать по своему усмотрению (как вариант дозволений)³.

Представляется возможным выделить следующие признаки правоприменительного усмотрения:

1. Легальность. Для деятельности органов государственной власти характерен разрешительный тип правового регулирования (формула «запрещено всё, кроме того, что прямо разрешено»). Следовательно, возможность усмотрения должна быть предоставлена объективным правом, закреплена в юридической норме. В этой связи Т.А. Боннер отмечает, что между свободой поведения личности и деятельностью судьи, осуществляемой по усмотрению, не может не быть существенных различий⁴. Не обладая свободой в выборе условий своего существования, личность имеет известную свободу в выборе целей своей деятельности, поскольку в каждый данный момент обычно есть не одна, а несколько реальных возможностей их осуществления, хотя и с разной степенью вероятности. Кроме того, личность свободна в выборе средств достижения намеченных целей. Что же касается органов правосудия, то цели их деятельности и средства достижения таких целей, как правило, четко определены законом (например, в ст. ст. 2, 148 Гражданского процессуального кодекса РФ).

2. Государственно-властный характер.

3. Интеллектуально-волевой характер. Правоприменительная деятельность государственного органа представляет собой и интеллектуально-волевой, и правовой импульс для реализации его статуса. Ситуация → ее анализ и оценка → установка действовать или не действовать → намерение принять вариант решения → осуществление действий (материальных, принудительных, организационных, финансовых, социальных и др.) или бездействие → следование намеченному курсу → применение мер воздействия. Такая последовательность и связь элементов усмотрения присуща именно правоприменительной сфере, где очевиден большой объем деятельности, ее динамизм, круг и инвариантность поведения всех ее участников.

Правоприменительное усмотрение включает в себя интеллектуальные и волевые аспекты. Интеллектуальная сторона усмотрения характеризуется тем, что должностное лицо осознает предоставленную правом возможность выбора неких вариантов поведения для публичного интереса и выбирает тот вариант, который представляется ему наиболее предпочтительным, исходя из анализа правила

¹ Маликов М.К. Указ. соч. С. 47.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. М. : Изд-во «Юрид. колледж МГУ», 1995. С. 5–15, 78–83.

³ Стариков Ю.Н. Административное право. История. Наука. Предмет. Нормы. Ч. I. Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1998. С. 328–335.

⁴ Боннер А.Т. Советский закон и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 35.

поведения и конкретных жизненных обстоятельств. Волевая сторона характеризуется намерением поступить в соответствии с принятым решением и готовностью приложить для этого необходимые усилия.

4. Целенаправленный характер (правоприменительное усмотрение всегда направлено на выбор вариантов поведения, необходимых для удовлетворения публичного интереса).

5. Многообразие форм внешнего выражения.

6. Профессиональный характер. Административное усмотрение выражает активно проявляющийся человеческий фактор. Это государственные органы как таковые, когда решение и действие органа формализует и делает безличным мнения и позиции его руководителей и работников. К ним относятся, прежде всего, органы исполнительной власти – сверху донизу, управленческие, распорядительные структуры внутри президентских, законодательных, судебных и иных органов, органы местного самоуправления. Непосредственными носителями административного усмотрения являются руководители, должностные лица и представители госорганов, управленцы в коммерческих организациях – в пределах своей компетенции, независимые администраторы (в рамках целевых программ, арбитражные и внешние управляющие, диспашеры и т. п.). Даже государственные служащие при малом объеме их функций могут своими оправданными или ошибочными мнениями и действиями создавать феномен административного усмотрения.

Как видно, административное усмотрение есть активное проявление субъективного фактора в процессе правоприменения. Поэтому столь важен высокий профессиональный уровень: познавательность и верный анализ ситуации требуют знания права его носителями. Оценка целесообразности для применения общей нормы означает, прежде всего, понимание государственных и общественных интересов, коим служит чиновник. А.Б. Ярославский говорит о том, что «негативные стороны усмотрения в деятельности следователя проявляются ввиду: 1) искаженного характера оценочной деятельности следователя; 2) пренебрежения следователя соблюдением процессуальной формы при проведении расследования; 3) способности следователя принимать решения по делу (промежуточные или окончательные) вопреки закону и служебному долгу, под воздействием местных влияний или заинтересованных лиц»¹. Сказанное, безусловно, является результатом низкой профессиональной подготовки правоприменителя, низкой правовой культуры, что ведет к произволу со стороны должностных лиц.

Обобщая вышесказанное, данный вид усмотрения можно определить как *основанную на свободе выбора, осознанную, мотивированную, профессиональную, правомерную деятельность должностного лица в пределах его компетенции, выраженную в определенной форме, направленную на удовлетворение публичного интереса.*

Таким образом, на нынешний день усмотрение органов управления получает все большее признание². В науке конституционного права существует понятие дискреционных полномочий (от фр. *discretionnaire* – зависящий от личного усмотрения), которые определяются как полномочия, обусловленные собственным усмотрением субъекта правоотношений³. Дискреционная власть при этом – предоставление органу или должностному лицу полномочий действовать по собственному усмотрению в рамках закона. Но иногда отмечается, что проявления дискреционной власти в практике административных органов свидетельствуют

¹ Цит. по: Марфицин П.Г. Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2002. С. 90.

² Несмотря на это, в некоторых субъектах РФ делаются попытки ограничить усмотрение органов публичной власти, а подчас и вовсе устранить. Так, в соответствии с п. 2.7 Порядка подготовки проектов правовых актов Губернатора края и Совета администрации края, утвержденного Указом Губернатора Красноярского края от 27.02.2006 г. № 19-уг, в проект правового акта не должны включаться положения, содержащие слова «вправе», «может», допускающие усмотрение органов публичной власти органа или должностного лица при осуществлении им своих полномочий.

³ См.: Анишина В.И. Дискреционные полномочия судов как гарантия самостоятельности и эффективности судебной власти // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 8.

о девиантном, отклоняющемся, поведении таких органов¹. Так, в Большом юридическом словаре отмечается: «Особенно часто дискреционная власть осуществляется административными органами и судами, что означает на практике отказ от таких демократических принципов, как неприкосновенность личности, презумпция невиновности, влечет за собой нарушение установленной процедуры и т. п.»²

Особо следует остановиться на судебном усмотрении. В настоящее время единого подхода к определению усмотрения суда также не сложилось. Ученые-правоведы определяют судебское усмотрение как понятие, включающее в себя выбор из нескольких законных альтернатив; свободу суда; усмотрительную власть; полномочие суда; правоприменительную деятельность³.

По нашему мнению, *судейским усмотрением является предусмотренная юридическими нормами, осуществляемая в процессуальной форме мотивированная деятельность суда, состоящая в выборе варианта решения правового вопроса.*

К признакам судебного усмотрения можно отнести:

1) применение, предусмотренное юридическими нормами (своеобразие отношений, возникающих в процессе применения судебного усмотрения, заключается в том, что они могут осуществляться в порядке и формах, установленных теми нормами гражданского процессуального, арбитражного процессуального и материального права, которые предоставляют суду возможности по применению усмотрения);

2) осуществление в процессуальной форме, поскольку в гражданском и арбитражном процессах суд вправе совершать те действия, которые предусмотрены соответствующими процессуальными нормами, т. е. формой;

3) мотивированность;

4) правоприменительная деятельность.

Усмотрение органов публичной власти имеет большое количество форм внешнего выражения. Так, И.Т. Тарасов в книге «Очерк науки полицейского права», характеризуя закон в качестве общей нормы, отмечает необходимость его исполнения путем «принорования» к местным и временным условиям. С этой целью исполнительная власть вправе издавать во исполнение закона распоряжения и предписания, используя в случаях неповиновения принудительные меры⁴. В середине XIX в. в. Гумбольдт, а позднее Б.Н. Чичерин и другие ученые анализировали пределы регламентации со стороны государства и его вмешательства во все дела, допуская контроль и иные средства лишь для защиты общих и частных интересов⁵.

Далее хотелось бы более подробно проанализировать данный вид усмотрения с позиций некоторых форм внешнего выражения.

1. Конкретизация уже заданных законодателем правоотношений. В качестве примера данной формы можно привести следующий случай. ОАО «Автоколонна 1261» обратилось в Арбитражный суд Красноярского края с иском к открытому акционерному обществу «Красноярскэнергосбыт» о принятии пунктов 1.1, 2.3, 3.1, 5.1.12, 5.1.13, 7.1, 7.6, 8.5, 9.4 договора на электроснабжение в редакции и на условиях, предложенных открытым акционерным обществом «Автоколонна 1261», или иных согласованных условиях.

Как установил суд, ОАО «Красноярскэнергосбыт» направило в адрес ОАО «Автоколонна 1261» проект договора на электроснабжение. Не согласившись с условиями договора, истец направил в адрес ответчика разногласия к договору. В ответ на разногласия ответчик письмом отправил истцу протокол согласования разногласий. Не придя к согласию в отношении выбора редакции условий договора на электроснабжение, истец обратился в арбитражный суд. Решением от 18.06.2007

¹ См.: Юридическая энциклопедия. М. : Юринформцентр, 1999. С. 24, 118.

² Большой юридический словарь. М., 1997. С. 167.

³ См.: Папкина О.А. Усмотрение суда // СПС Консультант Плюс: Комментарий законодательства.

⁴ Тарасов И.Т. Очерк науки полицейского права. // Российское полицейское (административное) право. Конец XIX – начало XX века : хрестоматия. Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1999. С. 175–189.

⁵ Чичерин Б.Н. Избранные труды. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1998. С. 255–326.

п. 7.1 договора принят в редакции ответчика. Как пояснил суд, согласно ст. 445 Гражданского кодекса Российской Федерации в случаях, когда в соответствии с настоящим Кодексом или иными законами для стороны, которой направлена оферта (проект договора), заключение договора обязательно, эта сторона должна направить другой стороне извещение об акцепте, либо об отказе от акцепта, либо об акцепте оферты на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора) в течение тридцати дней со дня получения оферты.

Сторона, направившая оферту и получившая от стороны, для которой заключение договора обязательно, извещение о ее акцепте на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора), вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда в течение тридцати дней со дня получения такого извещения либо истечения срока для акцепта.

Статьей 446 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что в случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда на основании ст. 445 настоящего Кодекса либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда¹.

Таким образом, государственный орган (суд) конкретизировал содержание правоотношения путем изменения конкретного условия договора, реализуя тем самым свое усмотрение.

Однако конкретизация возможна не только судебным органом. Например, в соответствии с ч. 3 ст. 61 Налогового кодекса РФ изменение срока уплаты налога и сбора осуществляется в форме отсрочки, рассрочки, инвестиционного налогового кредита. В связи с этим некоторые авторы отмечают, что в отношениях по налоговому и по инвестиционному налоговому кредиту уполномоченный орган в рамках договора оговаривает некоторые обязанности организации в пределах, дозволенных ему законом. Здесь имеет место та свобода усмотрения финансового органа, которая позволяет ему несколько конкретизировать налоговую обязанность организации в пределах того, что предусмотрено в законе².

2. Применение аналогии права и закона. Возможность применения аналогии закреплена, в частности, в ст. 6 Гражданского кодекса РФ. Для раскрытия указанной формы усмотрения необходимо привести следующие примеры.

ООО «Альянс-СВ» обратилось в арбитражный суд с иском о государственной регистрации перехода права собственности на основании п. 3 ст. 551 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с неурегулированностью федеральным законом вопроса о порядке регистрации перехода права собственности на основании заявления одной стороны сделки в случае ликвидации второй стороны на момент подачи заявления о регистрации. В обоснование своих требований истец ссылался на то, что спорные объекты были приобретены у ОАО «Александровское» по договору купли-продажи, передача объектов недвижимости была оформлена актом, произведена полная оплата по договору, что подтверждается актом сверки взаиморасчетов, однако в связи с ликвидацией ОАО «Александровское» переход права собственности зарегистрирован не был.

Арбитражный суд, рассмотрев материалы дела, признал требования ООО «Альянс-СВ» правомерными, а иск – подлежащим удовлетворению. *При этом суд руководствовался тем, что Федеральным законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» не урегулирован порядок регистрации перехода права собственности и регистрации права на основании заявления одной стороны сделки, не требующей нотариального удостоверения, в случае ликвидации второй стороны на момент подачи заявления о регистрации. В этом случае подлежит применению аналогия закона.*

Статьей 551 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что в случае, если одна из сторон уклоняется от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о государственной регистрации перехода права соб-

¹ См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 февраля 2008 г. № А33-798/07-Ф02-9652/07.

² См.: Карасева М.В. Финансовое правоотношение. М., 2001. С. 68.

ственности. ООО «Альянс-СВ» представлены доказательства заключения договора купли-продажи недвижимого имущества, спорное имущество передано истцу, сведения о заключении договора с нарушением действующего законодательства отсутствуют, в силу изложенного государственная регистрация перехода права собственности производится на основании решения суда¹.

Ряд авторов высказывают точку зрения, согласно которой преодолеть (восполнить) пробелы в праве компетентен только суд², тем самым сразу ограничивая сферу использования института юридической аналогии правоприменением. Другие придерживаются иного мнения и считают, что использование таких специальных приемов, как аналогия права и аналогия закона, должно быть обязанностью всех правоприменительных органов³, однако оставляют без внимания вопрос о возможности и необходимости использования аналогии за рамками правоприменительной деятельности. Высказывается также «срединная» точка зрения, в соответствии с которой авторы предлагают закрепить за несудебными органами правомочие по использованию только аналогии закона и исключить возможность применения ими аналогии права⁴, соответственно ограничивая возможность использования аналогии права исключительно сферой правоприменительной деятельности судов и также оставляя без рассмотрения возможность использования аналогии закона лицами, не являющимися правоприменителями.

На наш взгляд, использовать аналогию права и закона могут и исполнительные органы государственной власти. В подтверждение данного вывода можно привести позицию ФАС Восточно-Сибирского округа, обозначенную в деле № А33-12292/99-С3-Ф02-550/01-С1 от 27 марта 2001 г., – *в связи с тем, что валютное законодательство не регулирует процессуальные вопросы производства по делам о предусмотренных им административных правонарушениях, законодатель вправе установить различные процедуры взыскания штрафов с нарушителей валютного законодательства, однако, до тех пор, пока эти процедуры не закреплены законодательно, они могут применяться правоприменительными органами на основе аналогии закона (в частности, путем применения норм, содержащихся в Кодексе РФ об административных правонарушениях)*⁵.

Подобная правовая позиция выражена Конституционным Судом Российской Федерации в ряде актов: в частности, в постановлении от 12 мая 1998 г. № 14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений абзаца шестого ст. 6 и абзаца второго части первой статьи 7 Закона Российской Федерации от 18 июня 1993 г. «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением», в определении от 04.03.99 № 50-О по жалобе закрытого акционерного общества «Производственно-коммерческая компания «Пирамида» на нарушение конституционных прав и свобод п. 4 ст. 14 Закона Российской Федерации «О валютном регулировании и валютном контроле», в определении от 14.01.2000 № 4-О о разъяснении определения Конституционного Суда Российской Федерации от 4 марта 1999 года по жалобе закрытого акционерного общества «Производственно-коммерческая компания «Пирамида» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 4 статьи 14 Закона Российской Федерации «О валютном регулировании и валютном контроле» в связи с ходатайством Центрального банка Российской Федерации.

Таким образом, применение аналогии права и закона возможно не только судебными органами, но и всеми другими правоприменительными органами.

О возможности применения аналогии закона и права лицами, не являющимися субъектами правоприменения, будет сказано далее.

¹ См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 24 августа 2004 г. Дело № А78-1005/04-С1-6/26-Ф02-3322/04-С2.

² См.: Алексеев С.С. Теория права. М.: Бек, 1995. С. 335.

³ См.: Бачиашвили И.М., Зоидзе В.И., Капанадзе Т.Ш. Актуальные проблемы советского права. Тбилиси: Мецниереба, 1988. С. 217.

⁴ См.: Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 79.

⁵ См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27.03.2001 г. по делу № А33-12292/99-С3-Ф02-550/01-С1.

3. Применение факультативных норм права. Прежде всего, необходимо отметить, что факультативная норма не обладает универсальностью. Она может применяться в порядке замены основной нормы лишь в тех случаях, когда правоотношение приобретает определенную специфику, которая не исключает действия основной нормы и в то же время открывает возможность применения факультативной нормы.

Например, в соответствии с ч. 1 ст. 165 Гражданского кодекса РФ несоблюдение нотариальной формы, а в случаях, установленных законом, – требования о государственной регистрации сделки, влечет ее недействительность. Такая сделка считается ничтожной. Однако ч. 2 той же статьи содержит факультативную норму о том, что если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется. Данная норма не исключает возможность применения основного правила, а только может заменить его.

Другой пример. В соответствии с ч. 4 ст. 90 Налогового кодекса РФ показания свидетеля могут быть получены по месту его пребывания, если он вследствие болезни, старости, инвалидности не в состоянии явиться в налоговый орган, а по усмотрению должностного лица налогового органа – и в других случаях. Данную норму также следует признать факультативной.

4. Толкование права. Говоря о деятельности государственных органов, следует отметить, что в данном случае имеется в виду такой вид толкования, как официальное нормативное толкование. Его можно разделить также на два вида. Аутентичное толкование – это официальное разъяснение, исходящее от органа, установившего данную правовую норму. Легальное толкование – осуществляемое не самими нормотворческими органами, а другими в силу полномочий, полученных от государства. Легальное толкование должно проводиться в рамках компетенции органа, производящего разъяснение. Его обязательная сила распространяется на тех субъектов, которые подпали под юрисдикцию органа, дающего толкование. Официальное (легальное) толкование основано на научном подходе к изучению действующего права. Для судебной деятельности особо важны разъяснения Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ по делам применения законодательства при рассмотрении дел. Такие руководящие разъяснения (в форме постановлений Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ) даются по вопросам судебной практики на основании рассматриваемых судами дел. Они являются результатом их обобщения. В них разъясняются вопросы, вызывающие сомнения и неясности у судебных органов, порождают разобщенность в отправлении правосудия, ошибки и неправильные решения. В то же время аутентичное толкование – это раскрытие воли законодателя, сформулированной в правовой норме, ее конкретизация. В ряде случаев нормативные акты, которые на практике вызвали неясности или противоречиво применялись, официально разъясняются путем нормативного толкования самим органом, издавшим этот акт. Акт нормативного толкования имеет ту же юридическую силу и, как правило, аналогичную внешнюю форму, как и разъясняемый нормативный акт РФ, подобные разъяснения могут издаваться президентом страны и другими правотворческими органами.

Казуальным толкованием называется разъяснение смысла правовой нормы, которое дается судебными или иными компетентными органами по поводу и в связи с рассмотрением конкретного дела. Оно является формально обязательным лишь при его разрешении. Общеобязательной силы такое толкование не имеет.

В качестве примера осуществления усмотрения в форме толкования права можно привести такие нормативные акты: письмо Роспотребнадзора от 7 марта 2006 г. № 0100/2473-06-32 «О разъяснении отдельных положений действующего законодательства»; письмо Федерального казначейства от 28 июня 2007 г. № 42.7.1-15/9.2-234 «О разъяснении положений Федерального закона от 21.08.2005 г. № 94-ФЗ» и др.

ВВЕДЕНИЕ В ДЕЙСТВИЕ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ КАК ОДНО ИЗ УСЛОВИЙ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

Крижус Игорь Константинович

Начало XXI в. ознаменовалось попыткой всесторонней модернизации всех систем общества, в том числе и правовой. В нашей истории это будет первый опыт обновления общественной жизни, основанный на ценностях и институтах демократии. Как подчеркнул Д.А. Медведев, «по-настоящему современным может считаться только общество, настроенное на непрерывное обновление, на постоянные эволюционные преобразования социальных практик, демократических институтов, представлений о будущем, оценок настоящего...»¹

Праву в процессе модернизации принадлежит фундаментальная роль, и это закономерно. Именно в законодательстве будет положен нормативный механизм всех социальных преобразований. В данной связи особую актуальность приобретает вопрос о введении в действие нормативно-правовых актов.

Так, в теории права понятие «действие нормативно-правового акта» традиционно рассматривается и раскрывается при помощи категорий пространства и времени, а также указания о распространении действия акта на определённый круг лиц. Большинство учебников по теории государства и права содержат примерно следующее: «Все нормативные акты имеют определенные временные, территориальные ограничения (пределы) своего существования и действия, а также распространяются на определенный круг лиц (субъектов права)»².

Следует подчеркнуть: важность точного, полного, всестороннего и осмысленного определения действия нормативно-правового акта применительно к каждой сфере (пространство, время, круг лиц, иногда выделяется сфера регуляции³) более чем очевидна. Для практиков точное определение временных границ действия правового акта также необходимо, поскольку «время является (наравне с пространством и кругом лиц) одним из параметров, которые определяют момент, вызывающий соответствующие юридические последствия»⁴.

Безусловно, недостаточный учет действия закона во времени при подготовке нормативных актов приводит к недоразумениям и разнобою в практике их применения. Из-за непонимания основных принципов действия закона во времени даже четко сформулированный и построенный закон не всегда применяется правильно и единообразно⁵.

Но при этом во внимание берётся лишь формально-юридическая сторона дела, а содержательная играет вспомогательную, часто неоправданно принижённую роль.

Классик немецкой правовой мысли Р. Иеринг писал: «Право существует для того, чтобы оно осуществлялось. Осуществление есть жизнь и истина права, есть само право. ... Таким образом, решающим моментом при оценке права является не абстрактное содержание законов, не справедливость на бумаге и нравственность на словах, а то, как это право объективируется в жизни, энергия, с которой все признанное необходимым, исполняется и проводится в действительности»⁶.

¹ Российская газета – Федеральный выпуск. 2009. 13 нояб. № 5038 (214).

² Корельский В.М., Первалов В.Д. Теория государства и права: учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Изд. группа ИНФРА-М – Норма, 1997. С. 308.

³ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма, 2004. С. 480, 481.

⁴ Тенилова Т.Л. Время в праве: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999. С. 37.

⁵ См.: Тилле А.А. Действие советского закона во времени и пространстве (вопросы теории и практики советского законодательства и применения законов): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1966. С. 3.

⁶ Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. Ф.С. Шендорфа. СПб., 1905. § 18-19.

Очевидно, для того чтобы нормативный правовой акт действовал, необходимо провести целый ряд мероприятий направленных на введение акта в действие.

Попробуем проанализировать исследуемое нами понятие. Толковый словарь русского языка Ушакова дает следующее значение слова ДЕЙСТВИЕ: «1. Проявление какой-н. энергии, обнаружение деятельности. Д. равно противодействию. 3. только ед. Обладание действующей силой, пребывание в силе (книжн. офиц.). Договор сохраняет свое д. В течение 5 лет. Закон обратного действия не имеет»¹. Или такое понимание, во многом схожее с первым: «Действие, -я, ср. 1. Проявление какой-н. энергии, деятельности, а также сама сила, деятельность, функционирование чего-н. Машина в действии. Продлить д. договора. Закон обратного действия не имеет. Привести в д. 2. Результат проявления деятельности чего-н., влияние, воздействие»².

Из приведенных толкований мы видим, что в своем первом, главном значении действие – это проявление энергии, в противоположность недействию, однако существует и другое значение в вышеприведенных толкованиях данного слова. В частности, действие связывают с силой или отождествляют действие и силу. Да, безусловно, так оно и есть зачастую в современном понимании, что и подтверждается толковыми словарями действие и сила в некоторых смыслах равнозначны. Однако то, как данные слова употребляются, – это одно, а как они должны употребляться, в каком значении – совсем другое дело. На наш взгляд, сила – это статическое явление, т. е. то, что не проявлено, так сказать потенциальная возможность действовать, а действие – это сила, обнаружившая себя, проявленная, действующая, воздействующая. В том числе и потому, что, если сначала определять действие как проявление энергии, а затем отождествлять действие и силу, мы совершим ошибку в силу того, что слова сила и энергия – хотя и близкие по значению, но далеко не синонимы. Слово сила – русское, а слово энергия – иностранное, заимствованное, и обозначают они совсем разное.

И, действительно, «потенциальная сила – сила, могущая произвести известное действие или работу, но почему-либо пока не действующая»³. А слово энергия происходит от лат. *energĭa* от греч. *ἐνέργεια* «деятельность, энергия», из *ἐν* + *ἐργον* «дело, работа». Энергия. Вероятно, через нем. *energie* «действующая сила» из лат. *energĭa*...⁴ – энергия, активность⁵.

Но действие может иметь и характеристики, зависящие от качественных показателей, тогда можно говорить о действии «в полную силу» или «вполсилы», или с какой силой, энергией действует что-либо. Но в любом случае тогда мы констатируем факт того, что изначально заложенная сила, материализовалась, произвела необходимое действие, проявила себя в какой-то степени. Что, несомненно, не мешает нам не отождествлять понятия «сила» и «действие».

Забегая вперед, можем предположить, основываясь на данном нашем выводе, что сила нормативного правового акта и его действие – суть не тождественные понятия. В том числе мы можем без опаски употреблять такие словосочетания, как с какой силой (или энергией), как энергично действует нормативный правовой акт. В конце концов, этимология и значение слова «сила» подтверждают наши выводы, так в соответствии с толковым словарём живого великорусского языка Владимира Даля сила – это «источник, начало, основная (неведомая) причина всякого действия, движенья, стремленья, понужденья, всякой вещественной перемены в пространстве, или: начало изменяемости мировых явлений»⁶.

¹ Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М. : Гос. ин-т «Сов. энцикл.»; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935–1940.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М. : Советская энциклопедия, 1972.

³ См.: Попов М. Полный словарь иностранных слов, вошедших в употребление в русском языке. 3-е изд. 1907. или: Павленков Ф. Словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка. СПб., 1907.

⁴ Фасмер М. Этимологический словарь русского языка : в 4 т. М. : Прогресс, 1987. Т. 4. С. 518.

⁵ Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. М. : Русский язык, 1976. С. 371.

⁶ Даль В.И. Толковый словарь русского языка. 1866. Т. 4. С. 167.

Теперь необходимо понять, что такое введение. «ВВЕДЕНИЕ, я, ср.1. *только ед. Действие по глаг. Ввести и вводить* (книжн.). *в. всеобщего обучения.* 2. Предварительные сведения, вводящие в изучение какой-н. науки или предпосылаемые изложению какого-н. предмета; вступление (книжн.)¹» или там же: «ВВОДИТЬ, *ожу, óдишь, несов. (к ввести).* 1. *кого – что во что.* Приводить внутрь чего-н., заставлять проникнуть... 2. *Кого – что во что.* Знакомить кого-н. (с каким-н. кругом, лицом). ...Сообщать, преподавать кому-н. предварительные сведения, знакомить с основами чего-н. (книжн.). 3. *что.* Делать употребительным, заводить как новшество, укреплять в общественном быту. *В. моду. В. новые приемы в науку.* || в том же знач. употр. В сочетании с выражениями: в употребление, в обычай, в моду. ...²» Или в более раннем источнике: «ВВОДИТЬ, *вести или вестъ, вваживать, вести кого во что; доставлять вход, доступ.* Генерал ввел войска в город. Я не люблю вводить других в дома, знакомить. Ввести бревно в стену, косяк в двери, заменить старое новым. Ввести корабль в гавань, в док. Вводить моды, обычаи, порядки; заводить, основывать заставлять принять их. ... Вводитель м. Вводительница ж. Вводчик, вводчица, кто ввел или вводит кого или что-либо. Вводители чужих обычаев³.»

Теперь определим значение слова «введение», имеющее отношение или могущее иметь отношение к нашему случаю. Говорят о введении новых нравов, новых законов, что означает делать законы употребительными, укрепленными в быту, доставлять доступ к законам, заставлять принять их. Предполагается, что объект ввода не в состоянии вестись самостоятельно, и, естественно, предполагается наличие субъекта ввода того, кто вводит – вводителю и, соответственно, какие-то его действия помимо самого введения направленные на последнее, как-то поддержка, помощь или наоборот применение принуждения и т. п. Ещё одним важным моментом является то обстоятельство, что введение это не момент, не одномоментный факт, а действие кого-то, или чего-то в отношении чего-то, и любое действие, несмотря на кажущуюся его одномерность или монолитность, представляет собой совокупность нескольких взаимосвязанных, обуславливающих друг друга действий. Введение само по себе предполагает какую-то активность, динамику, а ни статику. Тем самым введение представляется нам как совокупность процедурных действий – процесс.

Итак, можно заключить, что введение в действие – это процесс деятельности кого-то по укреплению в быту, появлению, принятию, основанию действованию чего-то, о веществе чего-то, положим, в нашем случае это будут нормативные правовые акты, имеющие в своем итоге или своей целью доведение до конца, полное введение, без ограничений данного действованию. Получается, что и введение, и действие – это проявление активности, проявленности вовне, ведь что-то вводится именно для действия, а не для бездействия, непроявленности.

Нам представляется, что процедура введения в действие нормативно-правового акта начинается с введения новых правил поведения в обществе, их разработки, обсуждения, принятия, следуя через их апробацию, экспертизу, разъяснение, объяснение смысла и целей для субъектов будущих правоотношений, и заканчивается (но не останавливается на этом) приданием им внешней формы, наделением юридической силы как официального источника, промульгацией, опубликованием, обнародованием и, наконец, оценкой действительности, контролю и надзору за их исполнением, обеспечением их действия.

Процедура введения в действие нормативно-правовых актов должна раскрывать возможности реализации и применения, действия заложенные в самих этих актах, так как «невозможные постановления разбиваются о свою собственную невыполнимость, а законы, противоречащие духу времени – независимо от

¹ Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М. : Гос. ин-т «Сов. энцикл.» ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935–1940.

² Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова.

³ Даль В.И. Толковый словарь русского языка. 1866, Т. 4.

того, стоят ли они позади или впереди его – могут рассчитывать на упорнейшее сопротивление»¹.

Мы должны расширить наше понимание введения в действие нормативно-правовых актов ещё и по причине того, что иначе мы будем понимать под ним только формальное опубликование, и в таком случае придется принять для себя истинность следующих высказываний: «Возложить на тех, кому неведомо содержание постановлений, обязанность выполнять их выходит за пределы сил человеческих»²; «Если рабочий, когда ему чиновник укажет закон, ответит, что он не знал о таком законе, то чиновник (и судья) либо засмеется, либо обругается: «отговариваться незнанием закона никто не имеет права» – вот что говорит основной русский закон. Всякий чиновник и судья предполагает поэтому, что каждый рабочий знает законы. Но ведь такое предположение – буржуазная ложь, ложь, сочиненная людьми имущими и капиталистами против неимущих, такая же ложь, как и предположение, что рабочий заключает с хозяином «свободный договор»... Буржуазные классы, которые обвиняют рабочих в незнании законов, сами ровно ничего не сделали для того, чтобы облегчить рабочим приобретение такого знания...»³ и тогда мы признаем, что на первый план по введению акта в действие должны выходить мероприятия по донесению не только буквы, но и смысла закона – правовое воспитание, правовое обучение, правовое просвещение в целом.

Поэтому необходимо вводить новое понимание смысла старого понятия «введение в действие». Нужно представить введение в действие как юридический институт – комплекс юридических правил организованных вокруг одной центральной идеи и образующих единое целое, упорядоченное в систему⁴; разработать механизм введения в действие нормативного правового акта⁵.

Основной функцией права и соответственно нормативно-правового акта является регулирование общественных отношений. Но эффективность правового регулирования во многом будет зависеть от того, насколько нормативно-правовой акт готов к введению в действие, ожидаем, встречаем, и от того, как он введен в действие. Другими словами, встаёт важный вопрос, сможет ли нормативно-правовой акт осуществлять свою основную функцию по регулированию общественных отношений в полном объеме, определены ли все необходимые для этого мероприятия, субъекты, которые должны осуществлять, проводить, контролировать и обеспечивать их осуществление.

Таким образом, введение в действие нормативного правового акта представляется нам как подготовительный обеспечительный процесс осуществления его целей и воплощения его содержания в соответствующей сфере (сферах) общественных отношений путём реализации комплекса взаимосвязанных и взаимообусловленных мероприятий:

- организационно-исполнительных;
- социально-психологических;
- контрольных и надзорных;
- иных мероприятия правового и внеправового характера.

Конечной целью введения в действие нормативного правового акта должно стать принятие субъектами правоотношений правовых норм данного акта как своих, как ориентиров и моделей для поведения.

В противном случае придется согласиться с мудростью английской поговорки: «The best laws, when they become dead letters, are no laws», в переводе она звучит так: «Даже лучшие законы, если они не применяются, перестают быть законами».

¹ Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. Ф.С. Шендорфа. СПб., 1905. § 22–23.

² Архипов К. Опубликовано и вступление в силу советских законов // Советское право. 1926. № 1 (19). С. 20.

³ В.И. Ленин. Полн. собр. соч. Т. 4. С. 278.

⁴ Бергель Ж.-Л. Общая теория права. М.: НОТА БЕНЕ, 2000. С. 311–327.

⁵ Там же.

МЕСТО СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫХ НОРМ ПРАВА В ПРОЦЕССЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

Баранов Андрей Васильевич

Вопрос о специализированных нормах права в современной юридической литературе, как научной, так и учебной, не получил должного освещения. Существуют лишь отдельные научные разработки, посвященные этой проблеме, как в общей теории права, так и в отраслевых науках¹.

Следует отметить отсутствие системного подхода к анализу этой разновидности правовых норм. Отсутствует даже единство терминологии («специализированные», «исходные», «нетипичные»).

Одной из немногих работ, в которых сделана попытка основательно исследовать весь комплекс проблем, связанных с существованием в системе права нетипичных (специализированных) норм, была монография И.Н. Сенякина «Специальные нормы советского права»², вышедшая еще в 1987 г. После нее системных исследований этого вида норм не проводилось. В разделах же учебников по теории государства и права, посвященных классификации правовых норм, как правило, дается лишь перечисление их разновидностей и общие указания на то, что такие нормы не содержат правила поведения и у них невозможно выделить структуру. При этом отсутствует единая позиция как по вопросу об определении специализированных норм, так и о том, какие нормы следует относить к их числу.

Для того чтобы определить сущность и природу рассматриваемой категории норм, следует выделить их специфические свойства. О.Ф. Скакун называет эти нормы правовыми предписаниями «нестандартного» характера, в которых отсутствуют те или иные свойства, признаки, объективно присущие классической модели нормы права³. И вместе с тем этим предписаниям присущи такие признаки, как:

- субсидиарный, вспомогательный, характер, т. е. они помогают основным нормам придать завершенность и полноту праву, но в то же время определяют сущность, назначение основных (типичных) норм, задачи, цели, содержание правового регулирования в целом;

- сами они непосредственно не регулируют общественные отношения, а действуют в комплексном сочетании с регулятивными и охранительными нормами, образуя с ними единый регулятор. С помощью этих предписаний нормативно-правовому регулированию придается согласованность, взаимосвязанность, логическая целостность.

О.Ф. Скакун, характеризуя признаки этих норм, указывает, что они «образуются на основе «первичных», «исходных» норм, но включают в себя дополнительно иные предписания (вбирают новые регулятивные качества) в целях охвата новой группы общественных связей»⁴.

¹ См.: Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3. С. 113–118; Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве // Иркутский гос. ун-т. Иркутск : Изд-во Иркут. н-та, 1984. 100 с.; Фаршатов И.А. Специализированные и специальные нормы права // Государство и право. 2003. № 6. С. 22–28; Ушакова Л.Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. 22 с.; Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2007. 430 с.

² Сенякин И.Н. Специальные нормы советского права : моногр. / под ред. М.И. Байтина; Саратов. гос. ун-т. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1987. 97 с.

³ Скакун О.Ф. Теория государства и права / Харьков : Консум : Ун-т внутр. дел, 2000. С. 304.

⁴ Там же. С. 305.

В.К. Бабаев напротив считает, что эти нормы «получают логическое развитие и конкретизацию в иных нормах, правилах поведения...»¹. Это говорит о том, что в литературе отсутствует единая позиция о месте и роли специализированных норм в правовой системе.

Как уже отмечалось, в юридической литературе нет единой позиции по поводу того, какие нормы следует относить к числу специализированных. Так, В.Д. Перевалов вообще не выделяет рассматриваемые нормы в отдельный вид, подразделяя все юридические нормы по социальному назначению и роли в правовой системе на «учредительные (нормы-принципы), регулятивные (нормы – правила поведения), охранительные (нормы – стражи порядка), обеспечительные (нормы-гарантии), декларативные (нормы объявления), дефинитивные (нормы-определения), коллизионные (нормы-арбитры), оперативные (нормы-инструменты)»².

Но все же большинство авторов считают необходимым выделение рассматриваемой группы норм в самостоятельный логический вид наряду с регулятивными и охранительными нормами.

Как представляется, критерием выделения в этом случае может служить функциональное назначение правовых норм. При этом необходимо выработать единый классификационный ряд специализированных норм права, чтобы исключить возможность смешения классификационных групп и нарушения логических рядов.

М.Н. Марченко в ряду специализированных норм выделяет в самостоятельную группу так называемые нормы-расчеты³, содержащие количественные и качественные показатели деятельности государственных органов и организаций. Но такой подход представляется не вполне целесообразным, так как нормы расчеты выпадают из общего логического ряда классификации.

Один из наиболее рациональных и обоснованных подходов к классификации был предложен О.А. Кузнецовой, которая относит к числу специализированных (нетипичных) норм нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-презумпции, нормы-фикции, оперативные и коллизионные нормы⁴. В целом, не отрицая такого подхода к классификации этого вида норм, его, как представляется, следует дополнить учредительными нормами, которые закрепляют первичные основы общественного и государственного строя, определяют основы правового регулирования общественных отношений, его цели, задачи.

Вряд ли можно согласиться с мнением тех авторов⁵, которые однозначно утверждают, что специализированная правовая норма не является правилом поведения. Как уже отмечалось, эта группа правовых норм достаточно многообразна и, если дефинитивную норму действительно сложно выразить в виде правила поведения, то некоторые декларативные нормы (например, норма, содержащаяся в ч. 2 ст. 15 Конституции РФ) и коллизионные нормы (например, норма, содержащаяся в ч. 5 ст. 76 Конституции РФ), несомненно, являются правилами поведения и обладают всеми теми свойствами, которые присущи нормам-правилам. В этой связи не вполне корректным представляется укоренившийся в научной и учебной литературе термин «нетипичные нормы», объединяющий рассматриваемую группу норм. Более точным названием рассматриваемой группы норм следует считать все-таки «специализированные нормы», что отражает их служебную роль в системе права, с одной стороны, и определительное значение для правотворчества и правоприменения – с другой.

¹ Бабаев В.К. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. В.К. Бабаева. М. : Юрист, 2007. С. 405.

² Перевалов В.Д. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. В.Д. Перевалова. М. : Норма, 2004. С. 163.

³ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права : учебник. М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 626.

⁴ Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы : дис ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С. 3.

⁵ Гойман-Калинский И.В., Иванец Г.И., Червонюк В.И. Элементарные начала общей теории права : учеб. пособие для вузов. М. : КолосС, 2003. С. 150.

РАЗВИТИЕ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ОБЩЕСТВЕ

Бабенко Николай Андреевич

На протяжении последних 30 лет право начинает активно взаимодействовать с российским обществом. В этом взаимодействии ведущая роль в последнее десятилетие, несомненно, принадлежит обществу, которое определяет содержание права, решающим образом влияет на его становление. В связи с этим, право не может быть выше достигнутого экономического и духовного уровня общества и развивается вместе с ним. Вместе с тем право вбирает в себя все социально ценное от обычаев, господствующих в обществе морали и религии, иных социальных институтов, впитывает в себя достижения мировой культуры и цивилизации.

В рамках настоящей работы под правовыми ценностями будем понимать «принадлежащие определенному типу правовой культуры и непосредственно переживаемые людьми формы их отношения к системе права и к возможностям, от осознания которых зависит способность выбора правового поведения, а также оценка событий с правовых позиций»¹. Правовые ценности выступают важнейшим элементом юридической действительности и оказывают серьезное влияние на формирование правовой системы.

Ценность права в современном российском обществе – это его способность служить целью и средством для удовлетворения социально справедливых, прогрессивных потребностей и интересов всех граждан, общества в целом.

С социально-практической стороны в системе права происходит постепенное накопление правовых ценностей, прогрессивных элементов юридической культуры. Здесь обнаруживается ряд объективных закономерностей раскрывающих предназначение права, как явления цивилизации и культуры. Наиболее существенной из них, прослеживаемой в качестве общей тенденции на протяжении всей многовековой истории нашего государства, является движение от запретительно-дозвоительного к преимущественно дозвотельному регулированию, от подчинения воли отдельной личности высшему государственному лицу к утверждению статуса автономии личности и, соответственно, повышению качества субъективных прав, упрочению ценности частного права.

Российская правовая система находится в ситуации глубоких структурных реформ. При этом основным направлением ее развития является построение правового государства на базе развитого гражданского общества, где центральным звеном и высшей ценностью выступали бы права человека, реально обеспеченные, гарантированные и защищенные.

Структурирование обществом права на институты, отрасли и подотрасли является результатом реализации ценностных отношений и определенного ценностного видения. Легко заметить, что отрасли права находятся в определенной системе, которая диктуется иерархией ценностей законодателя или общества, в случае если эти иерархии совпадают. Именно характеристики ценностей как субъективно-объективного феномена придают таким иерархиям динамизм, позволяют им меняться в зависимости от экономических, социальных, культурных условий, условий окружающей природной среды. Примером таких изменений будет переход от репрессивных к реститутивным формам права. Преобладание репрессивных методов правового регулирования в советское время указывает на дисбаланс в некоторых этапах развития России. Современное же право носит реститутивный характер, т. е. направлено в большей степени не на возмездие и наказание, а на урегулирование конфликтов и компенсацию причиненных убытков. Таким образом, переход, а возможно и несколько, вызван изменением ценностных ориентаций создателя норм. От признания высшей ценности власти (публичной или государства) и основ безопасности доминирующих групп произошло смещение ценностных акцентов на личность, социальную саморегуляцию и гума-

¹ Бабенко А.Н. Правовые ценности и освоение их личностью : дис. ... д-ра юрид. наук. С. 50.

нистические принципы. Возникновение новых ценностей предполагает все большую сложность отраслевого строения права. Примером отражения ценностных иерархий законодателя выступает появление новых отраслей права. Так, реакцией на признание информации в качестве ценности и необходимости регулирования информационных отношений стало возникновение информационного права. Десятилетиями ранее подобным образом (осознание ценности чистого воздуха, воды) происходило становление экологического права (кстати, ценность здоровой окружающей среды до сего времени не осознается в Российской Федерации ни законодателем, ни гражданами).

Именно в соответствии с реальными ценностными установками формируется сегодняшняя система права. Эта иерархия в серьезной степени зависит от мировоззрения правоведа или правотворца. В российском демократическом обществе доминируют отрасли права с диспозитивными методами регулирования, а в советском тоталитарном режиме большей ценностью обладали отрасли с императивным регулированием. Использование ценностного подхода позволит нам объяснить изменения, происходящие в правовой системе современной России. Изменения в правовой политике определяются ценностными установками законодателя, приданием значимости тем или иным правовым ценностям. Можно рассмотреть в качестве примера институты и нормы гражданского права, получившие статус правовых ценностей в Гражданском кодексе Российской Федерации 1994 г.: соотношение гражданского законодательства и норм международного права (ст. 7), институт частной собственности (ст. ст. 212–213 и др.), пожизненная рента (ст. ст. 596–600), финансовая аренда (ст. ст. 665–670) и др. Таким образом, ценностный подход позволяет объяснять развитие современного российского общества, а также процессы изменений внутри него.

Правовые ценности влияют на систему права самым непосредственным образом и формируют ее в определенном направлении и даже иногда создают новые подсистемы в праве.

К ВОПРОСУ О КРИТЕРИЯХ ЭФФЕКТИВНОСТИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОГО МЕХАНИЗМА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Фастович Галина Геннадьевна

Обращение к вопросу эффективности государственного механизма современной России связано не столько с теоретическими, сколько с практическими реалиями ее правовой жизни. Степень эффективности механизма государства, его преимущества и недостатки по сравнению с другими правовыми категориями – это, безусловно, актуальная тема. В последние годы усилилось внимание к анализу деятельности государственного механизма современной России как со стороны юристов, политологов, так и со стороны философов, историков. При этом в качестве основного правового радиуса многих работ по данной проблематике выступает резкое ослабление функционирования механизма государства, заметное снижение эффективности государственной власти как важнейшего института, воздействующего на самые различные сферы общественных отношений и являющегося незаменимым инструментом их правовой организации.

В последнее время все больше и больше в России осознается, что необходима активная роль государства, его участие в качестве эффективного действующего субъекта в реформировании общества (и через инструменты деятельности государственного аппарата), но на нынешний день недопустимо восприятие государства, органов госаппарата обществом как враждебной силы, противостоящей его интересам.

Проблема оптимизации российского государственного аппарата является исключительно важной и актуальной прежде всего в силу реальной значимости для всей жизнедеятельности общества, каждого гражданина. Научный поиск в этом направлении позволяет ответить на принципиальные, можно сказать глобальные вопросы. Каковы пути рационального преобразования российского общества, выхода из кризисного состояния, наполнения государственно-правовых институтов новым содержанием, обеспечивающих результативность функционирования государственного аппарата? Как выстроить эффективный механизм их взаимодействия, сотрудничества, способный внести решающий вклад в формирование нового типа общества? Правовая жизнь современной России давно требует ответа на поставленные вопросы. Однако следует заметить, что осуществление государственного переустройства невозможно без совершенствования тесно связанных с государством таких государственно-правовых явлений, как гражданское общество, личность, правовая культура индивида.

На наш взгляд, в XXI в. назрела потребность в обновлении теории таких институтов, как «эффективность права», «критерии эффективности», «законность», «функции государства», «государственный механизм», поскольку сформированные в прошлом столетии, они уже не соответствуют представлениям и социальным ожиданиям современных российских граждан. Следствием и качественными показателями «устаревшей теории» являются и низкая правовая культура граждан, и отсутствие единой национальной идеи, которая смогла бы объединить интересы общества и образовать основу, и вектор развития государственной политики России.

Правовым шагом вперед явились разработки теории правоприменения как определенной фазы в общих циклах правового развития, где действие закона и других правовых актов обеспечивается с помощью средств разных отраслей права, отражающих грани их соотношения с неправовыми регуляторами. Ю.А. Тихомиров отмечает, что именно благодаря деятельности государственных органов и бизнес-структур, а также судебным процедурам произошел поиск корреляции между иерархически связанными нормами права¹. Так, в работе «Эффективность правовых норм» дается следующее определение категории эффективности: это соотношение между фактическими результатами их действиями и теми социальными целями, для достижения которых эти нормы были приняты². Данное понятие соотносимо и к отдельным нормам права, и к правовым комплексам. Безусловно, цели эффективности могут быть либо количественными, либо качественными, но формулирование целей правовых норм предопределяет определение показателей их эффективности. Эти показатели представляют собой количественное выражение целей норм и результатов их достижения в односторонних единицах, переведенных в операциональное определение. В других работах эффективность нормы авторы рассматривают лишь как количественный показатель, отражающий степень соответствия реальных отношений типовой мере, содержащейся в конкретном акте³. Следует отметить и тот факт, что в последние годы признание истинности и правильности критериев теоретической эффективности норм права сочетается с характеристикой методов изучения эффективности закона, в частности корреляционного анализа массовых социальных явлений.

На наш взгляд, под эффективной деятельностью механизма государства следует понимать особую качественную характеристику процесса государственно-правового опосредования (главным образом – специально юридического) социальных отношений, которая включает в себя три основных компонента:

- 1) результативность, т. е. степень достижения соответствующих целей;
- 2) степень социальной ценности (полезности) полученных результатов;

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Проблема эффективности правотворчества в свете современной политико-правовой теории управления обществом // Журнал российского права. 2005. № 4. С. 25–34.

² См.: Эффективность правовых норм. М., 1980. С. 21–74, 156–177.

³ См.: Эффективность закона. Методология и конкретные исследования. М., 1977. С. 9–52.

3) степень морального (нравственного) совершенства применяемых в процессе функционирования государственности средств¹.

Заслуживает внимания мнение В.А. Затонского о том, что к важнейшим условиям повышения эффективности современного российского механизма следует отнести усиление легитимности государственного аппарата, так как только легитимная власть может быть в подлинном смысле эффективной; наличие в качестве центрального компонента отечественной государственности сильного государства, функционирование дееспособного гражданского общества, центральным элементом которого выступает активная личность, реализация принципа законности в деятельности государственного аппарата осуществляется лишь тогда, когда происходит взаимовлияние общества и государства; развитие института правовой культуры общества и отдельных граждан; состояние законности государственного механизма; создание конкретной, четкой, понятной и доступной каждому гражданину системы государственно-правовых стимулов и ограничений, индивидуальный и дифференцированный подходы к их реализации². На наш взгляд, российская государственность не может быть достаточно эффективной, без реальных, действующих форм участия граждан в управлении государством и обществом.

В связи с вопросами эффективности правовых норм актуальны проблемы качества законов и корректировки нормативных актов. Если проанализировать работу Федерального Собрания России за последние годы, станет ясно: новых законов принимается меньше в сравнении с числом изменений и дополнений, вносимых в действующие законы³.

На наш взгляд, обилие изменений, вносимых в законы, быстрая замена принятых норм затрудняют информирование тех, кому законы адресованы, существующие взаимозависимости нуждаются в систематическом исследовании.

Правовая жизнь является качественным показателем действительности права и правовой системы, государственности, выступает оценочным критерием работоспособности правовой системы, а через неё – всей системы деятельности государственного аппарата⁴. Именно эффективность государственного аппарата действительным образом отображает его деятельность с точки зрения законности.

Безусловно, необходимо формирование качественно нового отношения граждан и должностных лиц к соответствующим инструментам в пределах функционирования государственного аппарата (один из вариантов – возможное принятие на территории Российской Федерации закона о Законности). В данном нормативно-правовом акте следует зафиксировать процедуру, регламент, реализацию названных и других инструментов, где содержание, условие, принципы, свойства законности были бы прозрачны и понятны для общества.

Всякая правовая деятельность бессмысленна, если она не приносит желаемого эффекта. Поэтому всегда актуален контроль за эффективностью правовых норм и актов и, соответственно, за эффективностью правотворческой деятельности. Теория правотворчества механизма государства будет беспочвенной, если не определить критерии её эффективности. Только при обновлении правовых категорий, таких как «эффективность», «критерии эффективности», «законность» (как в теоретическом, так и практическом плане), сможет быть достигнута правовая эффективность деятельности государственного аппарата, а значит и правовое совершенство всего государства в целом, что, в свою очередь, позволит снизить злоупотребление правом в системе государственного управления современной России.

¹ Малько А.В., Затонский В.А. Ответственность публичной власти как способ повышения эффективности российской государственности // Правоведение. 2008. № 1. С. 32–39.

² Затонский В.А. Эффективная государственность // Вестник Самарской государственной экономической академии. 2003. № 1. С. 36–45.

³ Нарышкин С.Е. Инновационный потенциал современного российского общества // Журнал Российского права. 2009. № 8. С. 15–22.

⁴ Хабриева Т.Я. Конституция как основа законности // Журнал российского права. 2009. № 3. С. 3–10.

МЕТОДОЛОГИЯ ПОЗНАНИЯ ПРАВА В СВЕТЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ ОБ ИНТЕГРАЛЬНОМ ТИПЕ ПРАВООПОНИМАНИЯ

Асташева Елена Дмитриевна

Внимание к проблемам методологии познания права обусловлено значимостью непрекращающегося поиска сущности права, а также методов познания, адекватных данной сущности. Положительным аспектом незавершенности указанного поиска является непрерывное развитие методологии познания права. Так, попытки выйти за рамки предлагаемых научным сообществом типов правопонимания стали определяющими в обосновании интегральных подходов к праву. В свою очередь формирование теоретических представлений об интегральном типе правопонимания оказывает существенное влияние на модернизацию методологических оснований правоведения.

Можно предположить, что связь типа правопонимания и методологии познания права имеет несколько уровней. При первоначальном обращении к исследованию данной связи можно провести аналогию с соотношением понимания и познания. Включать в систему устоявшихся представлений новое знание о праве, постигать смысл правовых явлений – это задача понимания. Поскольку одна мысль может иметь несколько смыслов, возможность понимания единой сущности права по-разному представляется логичной и лежит в основе существования различных типов правопонимания.

При этом понимание права характеризуется не только как совокупность полученных знаний о праве. Такие знания накапливаются в процессе познания. Следовательно, можно считать обоснованными высказывания о том, что правопонимание характеризуется как «процесс целенаправленной мыслительной деятельности человека, включающий в себя познание права» (В.Д. Перевалов)¹, как гносеологический инструмент, позволяющий выявить разницу в методологических моделях познания права (В.С.Нерсисянц)².

Существование различных типов правопонимания приводит к мысли о формировании в рамках указанных типов своего рода «моделей» познания. Данная мысль по-разному отражена в работах, посвященных исследованию правовых явлений. Так, например, А.И. Овчинниковым замечено, что формально-догматический метод разработан в рамках юридического позитивизма, социологический – восходит корнями к исторической школе юристов, психологический – к учению о правовой психике Л.И. Петражицкого³.

В.В. Лапаева не только констатирует различие методологических подходов. В своих работах она предлагает классификацию методологических подходов к познанию правовых явлений на метафизический и позитивистский, в основе которой лежит существование двух одноименных типов правопонимания⁴. При этом позитивистский тип правопонимания объединяет в себе социологическое, антропологическое и легистское правопонимания, основанные на методологии классического позитивизма. В рамках непозитивистского типа правопонимания выделяются два основных направления: естественно-правовое и философское понимание права, которые базируются на выделении идеального правового критерия, позволяющего оценивать правовую природу явлений. Таким образом, выделяют

¹ Перевалов В.Д. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. В.М. Корельского и В. Д. Перевалова. М., 2001. С. 222.

² См., например: Лапаева В.В. Легизм как тип правопонимания // Законодательство и экономика. 2007. № 6.

³ См.: Овчинников А.И. Эпистемология правового мышления [Электронный ресурс] // Сайт «Методологическая лаборатория при Таганрогском институте управления и экономики». URL: <http://metodologlab.narod.ru/pravo/st4.htm>. (дата обращения: 19.09.2009)

⁴ См., например: Лапаева В.В. Легизм как тип правопонимания // Законодательство и экономика. 2007. № 6; Ее же: Типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4.

ся два направления в познании права: позитивное изучение реального права и изучение идеальной сущности права.

Наряду с этим Р.А. Ромашов выделяет два основных направления методологии исследования права, к которым сводятся все точки зрения о понимании права: метафизическое (право как феномен, независимый от общества, но существующий в нем) и реалистическое (право детерминируется целенаправленной человеческой деятельностью)¹.

Может сложиться впечатление, что приведенные выше примеры разграничения методологических подходов в зависимости от типов правопонимания наряду с многочисленными аналогичными представлениями других исследователей облегчают задачу познания права. Они искусственно ограждают субъекта познания от необходимости осуществлять критический подбор методов, служащих решению познавательной проблемы. Следует только «выбрать» тип правопонимания, использовать присущую ему методологию познания права и пожинать плоды творческого успеха. Вместе с тем критического отношения к выбору средств познания права требуют принципы научного познания, например, такие как истинность, объективность, многосторонность познания.

«Твердое ядро»² указанных принципов подвергается постоянной проверке временем. Современные идеи множественности, многомерности, самоорганизации, нелинейности в развитии, «человекообразности» социальных систем оказывают влияние на методологию познания права. В работах, посвященных исследованию права, широкое распространение получили идеи дополнительности³, которые обогащают методологию познания права и позволяют «теории права и государства решать свою важнейшую внутреннюю задачу – сводить в единую систему все знание о своем предмете»⁴. Одним из значимых познавательных ориентиров стало понимание того, что ни один метод не универсален и не может заменить собой все остальные, методы познания должны органически дополнять друг друга.

Названные идеи не лишены недостатков. Их реализация может привести, например, к механическому соединению методов познания, к отсутствию в основе их объединения «всеобъемлющего начала, являющегося душой всего соединения» (А.С. Яценко). Анализ отрицательных сторон увлеченности идеями множественности приводит к постановке проблемы объективности познания права, применимости его результатов на практике.

Не следует также игнорировать иные факторы, влияющие на выбор методов познания права, в частности культурные традиции, исторический опыт и многие другие. По мнению О.Э. Лейста, «право должно рассматриваться, прежде всего, как факт человеческой истории, сущность которого постигается на том уровне абстракции, где соединяются понятия и категории социологии, этики, психологии, политологии, собственно истории, на современном этапе развития правоведения выходящей на первый план в качестве критерия всеобщности и истинности теоретического обобщения»⁵.

Кроме того, приверженность одному из типов правопонимания отражает наряду с теоретико-методологическими представлениями идеологические взгляды исследователей права. Как отмечает Ю.Е. Пермяков, современная теория государства и права представляет собой невообразимый конгломерат ценностных предпочтений, облеченных в наукообразную форму, отчего страдают метафизика

¹ См., например: Ромашов Р.А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правопонимания // Правоведение. 2005. № 1.

² Термин И. Лакагоса, используемый им в обосновании развития истории науки посредством смены научно-исследовательских программ.

³ Принцип дополнительности заимствован гуманитарными науками, в том числе правоведением, из теории физической науки. Сформулированный Н. Бором, он отражает двойственную природу микрообъектов, которым присущи волновые и корпускулярные свойства. Эти свойства дополняют друг друга, в совокупности характеризуют микрообъект полностью. По аналогии различные методы познания права не исключают, не заменяют, а взаимно дополняют друг друга.

⁴ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В.В. Лазарева. М. : Юристъ, 2001. С. 24.

⁵ Общая теория государства и права : в 2 т. / под ред. Марченко М.Н. Т. 2. М., 1998. С.32.

и юридическая доктрина, которая не стала за свою более чем столетнюю историю точной и формальной наукой о праве¹.

Итак, с одной стороны, включение философских оснований в методологию познания права, а также множество переменных субъективных факторов не позволяют выработать типичные для определенных подходов к пониманию права методы познания. С другой стороны, *несостоятельность* споров о «лучшем» или «правильном» типе правопонимания, представлений о возможности формирования универсального понимания права обусловила широкое распространение интегральных правовых концепций. Стремление к объединению теоретических представлений о праве, заключающееся в исследовании возможностей интегральных типов правопонимания, безусловно, способствует поиску универсальных познавательных моделей.

Внимание к пониманию права, способному объединить различные «границы» права подходы к его познанию, уделялось и раньше, например, в работах отечественных исследователей права дореволюционного периода (П.А. Сорокина, Б.А. Кистяковский, П.Г. Виноградова, А.С. Яценко и др.).

Сегодня рассмотрение данных вопросов особенно актуально в свете изучения типа правопонимания как наиболее общего и концентрированного представления о сущности и назначении права, определяющего принципиальные подходы к его теоретическому познанию (Н.В. Варламова)². Такой вывод позволяет провести аналогию между типом правопонимания и парадигмой, предложенной в качестве неизменного теоретико-методологического основания в период нормальной науки Т. Куном. Следовательно, «смысловая модель, принцип и образец» юридического познания, «научно-правовое содержание, предмет и метод соответствующего учения о праве» определяются типом правопонимания (В.С. Нерсесянц)³.

Необходимость обоснования данных высказываний обуславливает исследование более глубокого среза взаимосвязи типа правопонимания и методологии познания права, показывающего, что интегральный тип правопонимания позволяет осуществить синтез разнопредметных знаний путем их приведения к общему знаменателю методологических оснований⁴. Такой синтез может являться одним из возможных решений проблемы познания права и осуществляться с учетом принципа методологического плюрализма.

Придерживаясь мнения, согласно которому в познании права «ученый никогда не должен полагаться на какое-то единственное учение, никогда не должен ограничивать методы своего мышления одной-единственной философией» (В. Гейзенберг)⁵, мы неизбежно сталкиваемся с проблемой объединения методов познания права, тем более, что чаще всего «дисциплинарные знания, которые мы хотим «синтезировать», принадлежат к системам разных научных предметов, а те, в свою очередь, построены на разных методологических основаниях»⁶.

В этом смысле идея методологического плюрализма позволяет выстраивать самые противоположные в своих основаниях допущения. От знаменитого высказывания: «...выясняется, что существует лишь один принцип, который можно защищать при всех обстоятельствах и на всех этапах человеческого развития, – допустимо все»⁷ до идеи «жесткого метода» (П.Фейерабенд) через множество

¹ См.: Пермяков Ю.Е. Позитивистское и метафизическое начало в философском познании права // Право и политика. 2007. № 7.

² См.: Варламова В.Н. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12.

³ Цит. по: Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству : монография. СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 51.

⁴ См.: Марача В.Г. Социокультурный анализ институциональных аспектов политико-правового пространства: методологические проблемы : дис. ... канд. филос. наук. М., 2004. С. 24.

⁵ Цит. по: Кохановский В.П. Философия и методология науки: учебник для высших учебных заведений. Ростов н/Д. : Феникс, 1999. С. 186.

⁶ Марача В.Г. Указ. соч. С. 22–23.

⁷ Цит. по: Янчук В.А. Психология на рубеже третьего тысячелетия: поиски методологических оснований развития [Электронный ресурс] // Домашняя страница доктора психоло-

компромиссных вариантов, когда познание окружающего мира осуществляется в условиях «диалогической полифонии (и взаимоперехода) многих логик, многих всеобщих форм мышления» (В.С. Библер)¹.

Отсюда противоположные представления о содержании и действии принципа методологического плюрализма. Например, использование диалектического метода в качестве философской основы для привлечения иных методологических концепций (А.К. Черненко) или нормативной теории права как основы для соединения научных проблем, конструктивных идей и подходов, выдвигаемых другими концепциями права (Ю.Ю. Ветютнев). Или методологический плюрализм может «служить модернизации» нормативного правопонимания (М.И. Байтин, В.С. Веденин, М.М. Аносова и др.), заключаться в выделении идеального принципа, способного стать «ядром» интегрального подхода к познанию права (В.В. Лапаева).

В такой ситуации решением проблемы обновления методологии познания права становится поиск «правил», использование которых позволит использовать принцип методологического плюрализма для получения интегрированных знаний о праве.

МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА В КОНТЕКСТЕ ПРАВОВОЙ КОНВЕРГЕНЦИИ И ПРАВОВОЙ ДИВЕРГЕНЦИИ

Клочкова Юлия Александровна

Модернизация любого национального государства на рубеже XX–XXI вв. не может проходить в ситуации правовой и политической изоляции, быть оторванной от международных реалий, «защищенной» от влияния глобализационных процессов, имеющих, впрочем, как деструктивную, так и конструктивную природу. В принципе, сам феномен «модернизации» предполагает несколько моментов, причем характерных не только для настоящего времени, но и для иных исторических эпох, периодов становления и существования различных (по своей цивилизационной и культурной природе) государств:

- модернизация – это время «открытости» и повышенной «восприимчивости» иного опыта (правового, политического, экономического и др.);
- в ходе модернизации происходит неизбежное столкновение национальных государственно-правовых, духовных, социально-экономических «констант» и тем или иным путем заимствованных институциональных и неинституциональных элементов, что, естественно, приводит к множеству противоречий, имеет в той или иной мере конфликтогенный характер;
- в рамках возникшей еще в ходе Великих географических открытий (и доведенной до своего логического завершения Ф. Фукуямой и другими современными исследователями) «европоцентристской» парадигмы понимания «смысла и значения истории» (К. Ясперс), содержания различных цивилизаций, специфики правовой, политической и экономической жизни разных народов, модернизацию отождествляют с вестернизацией, сводят ее к хорошо известному еще с XVII–XIX в. «догоняющему» проекту (что в полной мере можно было наблюдать и в постсоветской России 90-х гг. XX в.);
- опыт модернизации ряда государств во второй половине XX в. убедительно показал возможность ее осуществления на собственных, национальных социокультурных основаниях (Китай, Южная Корея и др.), т. е. при минимизации «заемного» фактора в таких ключевых сферах жизнедеятельности, как политическая, юридическая и экономическая. Такой вариант модернизации в специальной лите-

гических наук, профессора Янчука Владимира Александровича. URL: <http://academy.edu.by/yanchuk.html>. (дата обращения: 02.02.2010).

¹ Цит. по: Янчук В.А. Указ. соч.

ратуре получил (в общем условное) название *постмодернизации*¹, демонстрирующей «неединственность» западного пути или социалистической модели преобразований, возможность и необходимость формирования собственных политико-правовых (в том числе и публично-властных) и социально-экономических практик как способа сохранения национальной идентичности в условиях глобализации.

Ясно, что модернизация (в тех или иных ее вариантах) отечественного государственно-правового пространства вот уже почти два десятилетия проходит в условиях взаимодействия разных (советского права, отдельных правовых институтов дореволюционной России, романо-германской и англосаксонской) правовых систем, которое, в свою очередь, можно представить в виде двух встречных процессов: *правовой конвергенции* и *правовой дивергенции*.

Конвергенция права – это процесс взаимодействия, сближения элементов механизма правового регулирования, принадлежащих различным национальным правовым системам. В ходе конвергенции происходит весьма заметная трансформация национального права, модернизация правотворческого и правоприменительного процессов. Конвергенция права – это вполне закономерное явление, существующее на самых разных исторических этапах, в разных регионах мира. Проблема лишь в масштабах и глубине конвергенционных процессов, их векторе, источниках и т.д.

Хотя можно отметить и то, что чаще всего конвергенция имеет место между близкими по содержанию и происхождению правовыми системами, правовыми культурами (например, европейскими), впрочем, современная глобализация стимулирует конвергенцию права и между принципиально отличающимися национальными правовыми системами, что может приводить к непредсказуемым негативным результатам (например, утрате той или иной правовой системой собственной культурной идентичности, рассогласованию правового регулирования общественных отношений и т. д.), однако известны и позитивные варианты конвергенции права (например, очевидное влияние на японскую правовую систему ряда важнейших романо-германских правовых институтов в конце XIX – начале XX в.).

«Дивергенцию права... можно трактовать как сложный и многосторонний процесс внутреннего и внешнего взаимодействия элементов права и правовых систем, выраженного в расхождении организации форм права, требований правовых норм, а также частей единых или близких правовых систем общества»². Ясно, что в практическом плане конвергенция и дивергенция права теснейшим образом сопряжены, что обуславливает специфику развития национальных правовых систем, направленность и динамику их изменений.

Трудно спорить и с тем, что именно эти процессы определили объектную и предметную область юридической компаративистики, ее не только и не столько теоретическую, сколько практическую значимость.

Например, М.Н. Марченко приводит различные мнения о природе, статусе и предмете сравнительного правоведения, которые, отличаясь друг от друга, тем не менее сходятся в основном на идее сравнительного правоведения как сложившейся относительно самостоятельной и обособленной от всех других гуманитарных наук юридической научной и учебной дисциплины, имеющей свой собственный предмет, метод, сферу применения, выполняющей свою собственную роль в системе юридических знаний и юридического образования и имеющей свое особое социальное назначение³.

В плане же предмета сравнительного правоведения наиболее интересным и эвристически полезным представляется мнение Г.Ф. Шершеневича, считающего, что сравнительное изучение современных законодательств с целью сопоставить их с отечественным правом в видах выяснения и улучшения последнего не

¹ Подробнее об этом см.: Федотова В.Г. Модернизация «другой» Европы. М., 1997.

² Третьякова О.Д. Факторы культуры в конвергенции права // Правовое регулирование отношений в сфере культуры, искусства и образования в XXI веке : материалы межвуз. науч.-практ. конф. СПб., 2009. С. 15.

³ Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 79.

следует смешивать со сравнительным правоведением, которое ставит своей целью, путем сравнения права различных народов на разных ступенях культуры **выяснить общие законы развития права**¹.

И хотя Шершеневич был как раз сторонник второго из обозначенных подходов, в настоящее время больший интерес представляет первая часть его суждения, которая, несомненно, выигрывает и в теоретическом, и в практическом плане на фоне позиций некоторых современных правоведов, рассматривающих в качестве предмета современного сравнительного правоведения, например, «специализированное изучение зарубежного (иностранного) права»².

Развернутое представление о предмете сравнительного правоведения предлагает А.Х. Саидов. В частности, он отмечает, что «поскольку сравнительное правоведение неизбежно имеет дело с иностранным правом, прежде всего его следует отграничивать от тех сфер правоведения, в которых в той или иной мере исследуются зарубежные правовые системы»³ и с этим, безусловно, трудно спорить. И с дальнейшими рассуждениями Саидова относительно того, что «изучение иностранного права – это необходимый компонент и основа сравнительно-правового исследования»⁴, также следует согласиться, как и с тем, что в принципе любые исследования зарубежных правовых систем «всегда будут иметь компаративистскую окраску, содержать значительный эмпирический и фактологический материалы для дальнейших сравнительно-правовых исследований, прежде всего для сравнения со своей правовой системой»⁵.

В общем известный компаративист пишет и методологически, и эвристически безупречные вещи и о предмете, и об основных направлениях или сферах сравнительного правоведения: «сравнительное законодательство», «юридическая география», «функциональное сравнение» (правовых институтов и др.), «сравнительная история права», «использование сравнительного метода в международном правотворческом процессе». Однако и он не останавливается на главном вопросе, а именно – какова же практическая цель сравнительно-правовых исследований в условиях глобализации? Каково значение этого направления юридической науки для национальной правовой системы в период господства парадигмы вестернизации права и государства или «догоняющего» типа их модернизации? Странно, но при всем теоретическом богатстве отечественной компаративистики (как и зарубежного сравнительного правоведения) эти смыслообразующие вопросы в ясном и явном виде не ставятся, являются «тайной при полном свете», хотя иные проблемы «высвечиваются» великолепно.

В этом плане основные направления сравнительного правоведения должны быть увязаны с такой его предметной целью, как изучение вопросов о возможности заимствования (рецепирования) конкретных правовых и политических принципов и институтов, принадлежащих иной цивилизационной традиции, иному типу нормативности, о специфике и результатах их «**продавливания**» в ткань национальной политико-правовой действительности, связанных, кроме всего прочего, и с соизмеримостью этих институтов с привычным мировоззрением народа, его правовым, политическим и экономическим менталитетом и т. д.

По большому же счету, скрупулезному анализу должны подвергаться такие вечные процессы, как разноплановое взаимодействие национальных правовых систем, близких либо принципиально отличающихся друг от друга. Именно появление конвергенционных правовых систем и должно представлять основной интерес для современного сравнительного правоведения. Конвергенционные правовые системы – это результат и объективных процессов сближения, «смешивания» разных национальных правовых систем (что особенно проявило себя

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. СПб., 1907. С. 16.

² См.: Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 44.

³ Саидов А.Х. Философия права и сравнительное правоведение // Наш трудный путь к праву: материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца. М., 2006. С. 187.

⁴ Там же. С. 188.

⁵ Саидов А.Х. Указ. соч..

во второй половине XX в.), и следствие разного рода «политических взрывов», повлекших за собой смену правовых систем, которая всегда начинается с тех или иных правовых заимствований, копирования важных юридических институтов, при все еще сохраняющихся (быстро избавиться от них, конечно же, невозможно) собственных.

В этом плане можно поспорить с теми исследователями, которые сводят смешанные (конвергенционные) правовые системы исключительно к «наполнению романо-германской традиции англо-американским правом» (например, Ф.П. Уэлтон и др.). Считаю (и выше уже отмечалось об этом), что варианты «правового смешения» могут быть самыми различными. И на это также следует обратить внимания в рамках современной компаративистики.

Более того, такая функция отечественной компаративистики, несомненно, оказала бы неоценимую услугу в деле формирования научно обоснованной стратегии постсоветского реформирования, способствовала бы разрушению многих либеральных иллюзий образца первой половины 90-х гг., превенции возникшего вследствие непродуманной правовой политики хаоса, способствовавшего углублению системного кризиса в современной России. По крайней мере, можно было бы избежать суждений, принадлежащих многим российским исследователям, о том, что, например, «никакая даже самая совершенная конституция не создаст нового общества в России. Для этого нужно прежде всего кардинально изменить российский менталитет...»¹

В плане же рассмотрения предметного поля сравнительного правоведения, выявления основных особенностей и тенденций развития смешанных правовых систем следует остановиться и на проблеме критериев типизации современных правовых систем. Здесь необходимо заметить, что стремление найти простой ответ на сложный вопрос бессмысленно с теоретико-методологических позиций и совершенно бесплодно в практическом плане². Хотя многие российские правоведы увлеклись именно этой схемой, что во многом связано и с открывшейся возможностью доступа к зарубежным теоретическим источникам.

В последних же источниках (конечно, не во всех) можно легко обнаружить соответствующие методологические посылы. Например, Р. Давид, сомневаясь в возможности простых решений в этой области, сам, тем не менее, формулирует весьма нечеткие критерии понимания и оценки национальных правовых систем – одинаковая или схожая *юридическая техника* (основной критерий) и общие *философские, политические и экономические* принципы. Оценивая данный подход, стоит отметить его «половинчато-промежуточный» характер: от «чистого», формального критерия автор уже ушел, но к культурно-содержательному критерию только приблизился.

Заметим, что Р. Давид акцентирует внимание не на «правовой мыслительности»³, а на более частном случае, фрагменте последней – *юридической технике*, которая «как часть теории права также занимается исследованием общих за-

¹ Чиркин В.Е. Конституция: российская модель. М., 2002. С. 11.

² Последнее прекрасно подтвердили постсоветские реформаторы (и не только в России), которые считали, что выход из системного кризиса довольно прост – стать одной из западных стран, пусть не самой «лучшей» зато быстро. Для этого нужно «всего лишь» принять новую конституцию и внедрить проверенные в условиях западного политико-правового пространства политико-правовые или сугубо правовые институты и принципы (институт президентства, институт присяжных заседателей, институт частной собственности, гражданско-правовой институт траста, я уж не говорю о «продавливании» в ткань российской государственности атлантической модели федерализации, стимулировавшей чеченский кризис, а также предкризисное состояние в первой половине 90-х гг. В исламской части страны – Татарстане, Башкортостане, Дагестане и др.).

³ Представляет интерес мнение Р.В. Шагиевой, которая считает, что «правовая деятельность» – понятие более широкое, чем «юридическая деятельность», так как ее осуществляют все субъекты права, которые на основе норм права мотивированно удовлетворяют свои разнообразные потребности в различных сферах жизни. Юридическая же деятельность – это прерогатива публичных лиц, связанных с юристами-профессионалами (Шагиева Р.В. Правовая деятельность и ее разновидности в современном российском обществе // Журнал российского права. 2004. № 10. С. 91).

кономерностей. Но только в более предметной ее части: в области правотворчества и реализации права (например, как следует структурировать кодексы)»¹.

В современном сравнительном правоведении, безусловно, имеют место и сложные критерии классификации правовых систем, когда ряд исследователей предлагают оценивать их содержание и особенности с позиции такой категории, как «стиль» этих систем, включающей следующие компоненты: «историческая природа правовых систем», «преобладающая манера правового мышления», основные характеристики правовых институтов», «иерархия источников права и способы их интерпретации», «доминирующая «идеология правовых систем» и др.²

Сколько, например, в последние два десятилетия «сломано копий» относительно сущности российской правовой системы в тех или иных ее содержательных и институциональных версиях, ясное понимание которых связано с выбором государственно-правового модернизационного проекта, поэтому очевидно по своей важности для постсоветской страны.

Причем, если отечественные авторы (юристы, некоторые политологи, так как многие из последних, несмотря ни на что, все еще проявляют склонность к «либеральному эпатажу», а, по сути, исповедуют веру в «либеральное позавчера») постепенно выходят на иные теоретико-методологические и практические позиции, проявляют способность к трезвой оценке всего «содеянного» за годы, прошедшие после распада СССР, то западные специалисты, к сожалению, не чувствуют чуждого для них политико-правового мира, стремятся втиснуть многообразие российского правового бытия в «прокрустово ложе» своих научных изысканий.

Так, Л. Фридмэн пишет: «Россия и ее союзники когда-то имели тесные связи с системой гражданского права. Социалистические революции трансформировали эти страны, но их правовое сходство с Западной Европой осталось. Этим и объясняется тот факт, почему некоторые научные школы трактуют эти системы просто как часть европейского семейства, как «блудного сына», как «белую ворону», тем не менее, принадлежащих к своему семейству»³.

К. Осаке буквально повторяет не только эти же идеи, но и использует все ту же образность, все тот же «возвышенный слог»: «Зигзагообразное развитие постсоветского российского права дает основания для сравнения его судьбы с судьбой библейского блудного сына, который покинул отцовский дом в поиске себя, но в конечном счете вернулся в родную семью. Дореволюционное российское право на формальном уровне вошло в германскую подгруппу романо-германской правовой семьи... в течение 75 лет (с 1917 по 1991 г.) пыталось установить самостоятельную идентичность. Признав неудачей эксперимент строительства советского социалистического права в России в 1991 г., современное российское право начало процесс возвращения к «отцовскому дому»... с точки зрения современной компаративистики постсоветское российское право на сегодняшний день находится на переходной стадии развития. Его пока нельзя отнести ни к семье западного права вообще, ни к системе романо-германского права в особенности, ни к категории социалистического права. Но следует признать тот факт, что оно решительно снялось с социалистического якоря и медленно перемещается течением по направлению к одной из ветвей западного права»⁴.

Хотя ведь в эпистемологическом плане вопрос должен быть ясен, так как только «слепой» может не видеть и не понимать того, что «европейская культура не есть нечто абсолютное, не есть культура всего человечества, а лишь создание ограниченной и определенной этнической или этнографической группы народов, имевших общую историю, что только для этой определенной группы народов, создавших ее, европейская культура обязательна»⁵. Тем более что в рамках

¹ Кашанина Т.В. Юридическая техника. М., 2007. С. 27.

² Подробнее об этом см.: Bogdan M. Comparative Law. Kluwer, 1994. P. 83.

³ Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 19.

⁴ Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М., 2002. с 27.

⁵ Дугин А.Г. Философия политики. М., 2004. С. 482.

формирующейся в последние годы в российском правоведении теории правового менталитета¹ появляется реальная возможность рассмотрения права как базовой регулятивной формы культуры, ценностно-значимого «продукта» саморазвития цивилизации, нации, этноса, закономерного явления эволюции их бытия. В этом плане отечественная правовая система переживает сложный период «смешанной юрисдикции».

ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ МОДЕЛИРОВАНИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРЕОДОЛЕНИЯ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ ПРОБЛЕМ МОДЕРНИЗАЦИИ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА

Пушкарев Станислав Вадимович

Специфика предмета теории государства и права определяет и специфичность ее методов. Методология современной теории государства и права постоянно изменяется, пополняясь новыми приемами и методами. И поскольку многие методы либо не применимы к ней, либо их применение весьма ограничено, важную роль в изучении государства и права может сыграть метод теоретико-правового моделирования. В частности, идею применения этого метода весьма обстоятельно развивает К.А. Стрельников. Его суть состоит «в разработке перспективных моделей социального устройства и анализе возможных последствий того или иного государственного решения»².

Кроме того, применение указанного метода приведет к изменению методологического инструментария и истории государства и права, а именно к отказу от одного из фундаментальных принципов истории – «история не терпит сослагательного наклонения». Дело в том, что прогностическая функция теории государства и права предполагает необходимость прогнозирования теоретиками влияния принятия того или иного государственного решения на развитие государства и общества в будущем. Это своего рода стратегический менеджмент на высшем государственном уровне. При формулировании такого рода прогноза неочень важную роль может сыграть «альтернативная история»: анализ возможных последствий принятия в прошлом не того решения, которое было принято, а иного, аналогичного или полностью противоположного может помочь принять верное решение, уберечь от принятия неверного или окажет содействие в корректировке существующего курса развития государства.

Формулировки вроде «если бы в гражданской войне победили «белые», то...» или «если бы кризис 1993 года закончился в пользу Верховного Совета, чтобы произошло?», несмотря на свою внешнюю нереалистичность, могут в действительности привести нас к неожиданным выводам, натолкнуть на новые вопросы. Анализ всех возможных вариантов развития события, выявление различных сценариев выхода из сложившейся сложной ситуации, их адекватный и критический анализ позволят в дальнейшем при возникновении аналогичной ситуации иметь в своем арсенале лицам, ответственным за принятие решений, широкий набор инструментов для действия. Более того, нет ничего плохого в том, чтобы выйти за рамки предложенного и, проанализировав основные известные пути решения указанного вопроса и найдя их несостоятельными, предложить альтернативный способ разрешения проблемы.

В целях дальнейшего развития теории государства и права как фундаментальной правовой науки необходимо осознавать необходимость расширения предмета этой науки и дополнения «общих закономерностей возникновения, функ-

¹ См.: Мордовцев А.Ю., Попов В.В. Российский правовой менталитет. Ростов н/Д, 2007.

² Стрельников К.А. Вопросы методологии теории и истории государства и права // История государства и права. 2009. № 4. С. 2.

ционирования и развития государства и права, их сущности, структуры, основных элементов, принципов, институтов»¹ прогнозированием, так как «...прирост знания сам по себе малоэффективен в условиях нацеленности науки на прошлое и настоящее. Современная действительность диктует новые задачи теоретическим наукам. Стоит актуальная и непревзойденная по своей значимости задача – создание будущего»². А метод теоретико-правового моделирования является незаменимым в конструировании будущего государственного управления.

Знания, получаемые теорией в современных условиях, не должны оставаться только в рамках теории. Они должны иметь прикладную направленность и вписываться в общее направление государственного строительства. В настоящее время «степень и масштабы сознательности исторических событий достигли такого уровня, что стихийный эволюционный процесс уступил место проектируемой и управляемой эволюции»³. Совершенно верно и то, что «от открытия идеальных научных конструкций общество перешло к сознательному формированию общественной жизни. Современное общество меняет свое строение (организацию) на основе мысленной модели желательного будущего»⁴. Это выражается даже в таких, казалось бы, спонтанных и стихийных актах, как революции. Многие современные революции в отличие от революций XVII–XIX вв., да и даже некоторых революций XX в. (например, румынской 1989 г.), носят тщательно спланированный характер (Украина, Грузия, Киргизия, Сербия). Есть даже люди, специализирующиеся на государственных переворотах в «банановых республиках» Африки и Америки. Подобные сложнейшие мероприятия невозможны без тщательного теоретического планирования всех их ключевых этапов с целью максимальной его проработанности и исключения неожиданностей. Но и эти форс-мажорные обстоятельства также могут стать объектом для построения модели. Так, зная, что развитие того или иного процесса находится под значительным влиянием множества объективных и субъективных, от нас не зависящих факторов (а как мы знаем, государство – это сложная открытая система), логично предположить, что мы при построении теоретической модели не можем учесть всех или, по крайней мере, достаточного количества этих факторов, что практически точно приведет к отклонению от модели при ее реализации. Зная это, мы можем попытаться выявить слабые места нашей модели (зоны неустойчивости системы), определить наиболее вероятные внешние факторы влияния на неё и возможные сценарии развития системы в этих точках и, соответственно, дать практические рекомендации по нейтрализации отрицательного эффекта от них.

В свете вышеуказанного К.А. Стрельников предлагает различать классическую и прагматическую теорию государства и права. Первая продолжает ориентироваться на наиболее общие закономерности возникновения, функционирования и развития государства и права, их сущность, структуру, основные элементы, принципы, институты. Вторая же ориентируется на создание моделей использования явлений теории государства и права для решения общественных задач и проблем⁵. При этом эти две части теории государства и права соотносятся так же, как общая и особенная части кодекса: первая устанавливает основные понятия и закономерности, а вторая – вырабатывает алгоритмы влияния на них. Применительно к новым или еще недостаточно изученным проблемам это означает, что, опираясь на общетеоретические разработки и концепции классической теории, теория прагматическая заранее, стараясь предугадать возможные проблематичные ситуации реального функционирования государственно-правовых механизмов, вырабатывает общий алгоритм разрешения таких проблем.

Если классическая теория устанавливает самую общую модель явления или процесса, то прагматическая пытается понять, как это явление можно поставить

¹ См.: Общая теория права : курс лекций / под общ. ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород : Изд-во Нижегород. ВШ МВД России, 1993.

² Стрельников К.А. Вопросы методологии... С. 3.

³ Стрельников К.А. К вопросу о стратегическом государственном планировании // Юридический мир. 2008. № 12. С. 54–55.

⁴ См.: Зиновьев А.А. На пути к сверхобществу. М. : Центрполиграф, 2000.

⁵ Стрельников К.А. Вопросы методологии... С. 3.

на службу обществу или государству, как на практике с наименьшими потерями обойти негативное явление. Это своего рода практическая инструкция по применению явления или процесса. Прагматическая теория государства не останавливается на простой констатации факта, что существует такое явление или процесс. Она изучает различные проблемы, связанные с этим явлением или процессом. Например, при изучении такого феномена теории государства и права, как нетипичные формы правления, можно акцентировать внимание на таких вопросах, как причины, приводящие к возникновению таких форм правления в конкретных государствах, их плюсы и минусы, прогноз их развития и другие.

Знания, получаемые теорией государства и права, должны быть увязаны с современными общественными процессами¹. Среди последних можно назвать глобализацию, миграцию конституционных идей, сближение основных правовых систем мира и другие. В этих условиях практиков интересует возможный эффект от принимаемых ими государственно-управленческих решений.

Построение теоретических моделей последствий принятия тех или иных управленческих решений представляет своего рода стратегический менеджмент на высшем государственном уровне. Построение модели должно включать в себя следующие этапы:

- постановку самой проблемы. Это один из ключевых моментов – правильное формулирование проблемы определяет все последующее направление движения по ее разрешению, а неправильно сформулированная проблема может направить исследователя по ложному пути и увести от заветной цели;
- максимально более полное описание имеющихся для принятия решений условий (существующие в стране экономические, социальные, политические, этнико-религиозные, исторические, территориально-географические и иные факторы, благоприятствующие или, наоборот, препятствующие принятию и реализации конкретного государственного решения);
- формулирование различных способов принятия и нормативного закрепления государственного решения (можно оставить разрешение интересующего нас вопроса на откуп политической или правоприменительной практике либо, сочтя его достаточно серьезным, внести соответствующие изменения в текущее законодательство, закрепив указанные изменения нормативно; или отказаться от вмешательства в указанный процесс). На данном этапе вполне допустимо рассматривать даже самые неожиданные варианты, не боясь выходить за рамки предложенного, так как анализ плюсов и недостатков различных вариантов может показать их жизнеспособность;
- критический и объективный анализ возможных последствий от принятия того или иного решения (положительный и отрицательный эффекты от принятия указанного решения; сложность реализации того или иного предложения; финансовые затраты и иные издержки на его исполнение; иные последствия). Следует каждое из потенциальных решений, найденных с помощью метода теоретико-правового моделирования, проверять на полноту учтенных фактов;
- конкретные предложения о необходимости и возможности принятия и исполнения одного из возможных решений. Часто случается, что ни одно из найденных на данном этапе решений не отвечает требованиям, предъявляемым к ним целями общества и государства. В этом случае в праве уместно применить медицинский принцип «не навреди» и отказаться на время от вмешательства в данный процесс, явление или институт;
- и наконец, окончательное построение выбранной теоретической модели. На этом этапе мы выстраиваем конкретный и желательно наиболее детальный план достижения нашей цели.

Модель – это новый объект, который отражает существенные особенности изучаемого объекта, явления или процесса². Объектом такого прогнозирования, такой модели может быть динамика государственных институтов, потребность

¹ Стрельников К.А. Вопросы методологии... С. 3.

² Стрельников К.А. Моделирование как новое направление государственно-правовых исследований // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 24. С. 3.

в наличии государственных органов и их функциональная составляющая¹. Принятие акта или решения не является выходом из проблемы; вопрос в том, какой набор регуляторов выбрать. Нельзя ждать изменения политической обстановки, надо разрабатывать методики прогноза².

При построении теоретической модели необходимо учитывать как можно больше факторов, в частности, то, что воля законодателя находится (формируется) под воздействием множества объективных и субъективных факторов; а также что буква закона не всегда отражает его дух³. Поэтому при формулировании нормы права необходимо иметь в виду необходимость в дальнейшем ее адекватной и правильной реализации правоприменителям, которая зачастую зависит и от субъективного восприятия и толкования данной нормы последними.

Кроме того, в результате несовершенства законодательной техники текст нормативного правового акта не всегда может нести в себе именно тот смысл, который вкладывал в него законодатель. А если речь идет о нормах Основного закона, то возможные отрицательные последствия этого могут быть еще более серьезными. Так, при формулировании полномочий отдельных должностных лиц и государственных органов следует особое внимание уделять моделированию реализации указанных полномочий на практике, чтобы исключить возможность злоупотребления властными полномочиями этими органами и лицами или предотвратить патовую ситуацию в государственном управлении. Примерами непродуманности положений Основных законов могут стать некоторые Конституции восточно-европейских государств, в части установления парламентского способа избрания президентов (Словакия до 1999 года, Турция, Израиль), а также «каучуковые» нормы ст. 80 Конституции России относительно принятия им в установленном Конституцией Российской Федерации порядке мер по охране суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной целостности, обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти.

Примером серьезного кризиса внутри исполнительной власти может стать Словакия в период с 1993 по 1995 г. а кризис 1998–1999 г. привел к формальному изменению формы правления.

Начнем с того, что формально до 1999 г. Словакию следовало бы классифицировать как парламентскую республику (так как её президент избирался парламентом). Этой же точки зрения придерживаются и многие исследователи⁴. Однако мы вслед за Робертом Элджи определяем Словакию как полупрезидентскую (смешанную) республику⁵. Это связано с тем, что президент Словакии наделен широкими полномочиями, характерными как раз для полупрезидентских республик, чем для парламентских. Так, он правомочен назначать и отзывать премьер-министра и других членов правительства, созывать сессии парламента, а также обладает правом отлагательного вето.

Более того, как верно отмечал Спенсер Зифкак, президент Словакии обладает совершенно необычными для государств Восточной Европы полномочиями⁶. Так, он вправе представлять Национальному совету доклады о положении в стране и по другим важным политическим вопросам и вносить на рассмотрение парламента проекты законов и иных решений (ст. 102.о Конституции), присутствовать на заседаниях парламента (ст. 102.р), а также присутствовать на заседаниях пра-

¹ Егорова Н.Е., Иванюк О.А. Правовая реальность и юридическое прогнозирование // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 153–154.

² Там же.

³ Гермашев А.Н. К вопросу о методе юридической герменевтики // Общество и право. 2009. № 4. С. 45.

⁴ Shugart, Matthew S. Of Presidents and Parliaments. EECR, Vol.2, No.1, Winter 1993.

⁵ Elgie, Robert; Moestrup, Sophia. Semi-presidentialism outside Europe: A comparative study. Published by Routledge. New York. 2007. P. 7.

⁶ Зифкак С. Президентская власть в Словакии // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1995. № 3. С. 38. (Оригинал: The Battle over Presidential Power in Slovakia. EECR. Vol. 4. No. 3. Summer 1995).

ительства, председательствовать на них и требовать доклады от правительства или его членов (ст. 102.9).

Таким образом, Конституция одновременно утверждает и сильного президента, наделенного большими полномочиями, и сильное правительство. При этом ясного ответа, кто из них и в каком случае является ведущим актором, она не дала. Важен также тот момент, что между политическими противниками не было конституционного соглашения или иного оговоренного или сложившегося порядка разрешения спора¹. Конституция дает возможность президенту претендовать на большую власть, так как не дает четких разграничений полномочий президента, осуществляемых им по совету правительства и самостоятельно.

В период с 1993 по 1995 г. охарактеризован в истории словацкой государственности серьезным конфликтом между двумя ведущими фигурами в системе высших органов власти – президентом и премьер-министром, в ходе которого словацкий парламент в мае 1995 г. даже пытался сместить президента с должности. Правда, безуспешно². Этот пример является показательным в том плане, что совокупность конституционных предпосылок и наличие амбициозных политиков на руководящих постах легко могут привести к кризису внутри самой исполнительной власти.

В изначальной редакции Конституции предусматривалось, что для выборов Президента необходимо заручиться тремя пятыми голосов депутатов парламента (ст. 84.3, ст. 101.3). Однако, как верно отмечал еще в 1993 г. профессор Павол Хёлландер, Основной закон никак не рассматривает ситуацию, когда такое «сверхбольшинство» получить невозможно и, следовательно, президента избрать не получается³. А этот сценарий сработал уже во вторые президентские выборы 1998 г.

В 1998 г., после истечения срока полномочий первого президента независимой Словакии Михала Ковача, парламент так и не смог выбрать нового президента в соответствии с процедурой, прописанной в Конституции (т. е. ни один из кандидатов так и не набрал три пятых из 150 депутатских голосов – 91). В результате больше года (со 2 марта 1998 по 15 июня 1999 г.) в Словакии не было законного президента, а его обязанности исполняли премьер-министр и спикер парламента. Ни в одной из многочисленных попыток на протяжении 1998 г. парламент так и не смог избрать президента. Даже после парламентских выборов в сентябре 1998 г., когда к власти пришла коалиция оппозиционных партий, депутаты так и не смогли прийти к соглашению по кандидатуре президента.

В результате 18 марта 1999 г. парламентом был принят Закон «О прямых выборах Президента Словацкой Республики». Согласно этому закону для выдвижения кандидата в президенты требуется инициатива группы депутатов Национального совета (числом не менее 15 человек) или петиция с подписями как минимум 15 тыс. граждан, внесенных в избирательные списки. Если по итогам первого тура голосования ни один из кандидатов не наберет необходимого большинства голосов, проводится второй тур. 29 мая 1999 г. в результате уже прямых выборов президентом Словакии был избран Рудольф Шустер.

Так разрешился политический кризис, причиной которого, по нашему мнению, стала не совсем продуманная концепция Конституции Словакии, которая во многом носила в своей первоначальной редакции противоречивый характер, совмещая в себе элементы президентской и парламентской республик. Последствия такого совмещения, разумеется, никто просчитать и смоделировать в 1993 г. не смог.

Выделяют несколько разновидностей моделей. Так, по мнению А.А. Максурова⁴, модели бывают дескриптивные и нормативные. Первые применяются для описания свойств и параметров процесса или явления в целях прогнозирования

¹ Зифкак С. Указ. соч. С. 40.

² См. подробнее об этом: Зифкак С. Указ. соч.; Хёлландер П. Словакия: критический анализ Конституции // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1993. № 1.

³ Хёлландер П. Словакия: критический анализ... С. 26.

⁴ Максуров А.А. Идеальные модели эффективности юридических процессов (на примере координационной юридической практики) // Законодательство и экономика. 2010. № 3. С. 17.

его хода и результатов в будущем. Они направлены в будущее, описывая или прогнозируя возможный эффект от принятия того или иного управленческого решения. Нормативные – для управления процессом, формирования его существенных элементов и развития. Они представляют собой модель того желаемого поведения, которого сейчас ожидают от участников правоотношений законодателя. Применительно к регулированию общественно-правовых явлений и процессов используются как дескриптивные, так и нормативные модели. Выделяются также проблемно-ориентированные модели и модели-решения. Первые строятся на внедрении новых методов моделирования применительно к конкретной проблемной ситуации, а вторые разрабатываются с учетом возможностей современных управленческих задач. Выделяют также детерминированные и схоластические модели. Последние предполагают наличие элемента неопределенности, учитывают возможное вероятностное распределение значений факторов и параметров, определяющих тот или иной процесс развития. Они применяются для описания развития таких социальных институтов, как государство в целом, форма правления и другие, обоснованно применять именно схоластические модели, так как невозможно предугадать все факторы, которые будут влиять на развитие этих открытых систем¹.

Применительно к изучению отдельных институтов государства и права, таких как, например, форма правления, речь может идти о построении политико-правовой модели функционирования той или иной фактически сложившейся формы правления в конкретном государстве; анализе положительного или отрицательного эффекта от принятия одного или другого сценария дальнейшего развития этой формы; или даже конкретного государственного решения, которое может серьезно повлиять на развитие государства; а также о формулировании конкретных рекомендаций относительно того, насколько та или иная форма государственного правления подходит конкретному государству в определенных условиях.

Так, сейчас идут споры относительно сущности сложившейся в России формы правления, ее оригинальности, нетипичности и суперпрезидентского характера. Российскую Конституцию 1993 г. одни ученые и политики критикуют за создание предпосылок к такому ее развитию и реализации и предлагают внести изменения в текст Основного закона, другие – рекомендуют «унять реформаторский зуд»². Представляется вполне обоснованным применить в данном случае метод теоретического моделирования для объективной оценки необходимости принятия таких изменений и их возможных последствий. Думается, что после выполнения указанных выше действий вопросов относительно обоснованности и своевременности подобного перекраивания Конституции станет меньше. Необходимо задаться вопросом, какие положительные и отрицательные последствия могут быть результатом таких изменений? Как скажется, например, определенного рода парламентаризация формы правления России на дальнейшем процессе управляемости государством?

Несомненную пользу может принести теоретико-правовое моделирование в преодолении и предотвращении пробелов в праве, так как, используя этот метод, можно заранее вывести теоретическую модель общественных отношений или явления, которые в будущем станут значительными для государства и права, спрогнозировать их появление и развитие и помочь законодателям, правоприменителям и ученым в ликвидации такого пробела. Известно, что одной из основных причин пробелов в праве является высокая скорость изменений обществен-

¹ Например, о факторах, влияющих на выбор формы правления в разных государствах, см.: Пушкарев С.В. К вопросу о форме правления // Вестник Чебоксарского кооперативного института. 2009. № 2 (4). С. 79-81.

² Так, выступая в ноябре 2008 года с Посланием Федеральному Собранию, Президент Д.А. Медведев заявил: «Реформаторский зуд в отношении Основного закона абсолютно неуместен. Российская Конституция эффективна. Она работает. Ее базовые положения должны на многие годы вперед оставаться неизменными». См.: Послание Президента Российской Федерации Дмитрия Анатольевича Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации 5 ноября 2008 года [Электронный ресурс] // Официальный сайт Президента Российской Федерации. URL: <http://www.kremlin.ru/transcripts/1968> (дата обращения 11.07.2007).

ных отношений, за которой законодатель не всегда успевает. А метод правового моделирования может помочь определить вектор развития общественных отношений в какой-либо области.

Примером может стать правовое регулирование биржевых сделок. Этот институт уже давно используется участниками российского фондового рынка, однако должного нормативного закрепления он до сих пор не получил. Более того, судебная практика идет по пути признания таких сделок фактически пари и правовой защиты не предоставляет.

Теория государства и права должна не только ретроспективно анализировать явления и факты и делать соответствующие выводы, но и мыслить перспективно. Остановка в развитии в данном случае подобна смерти. Теории, чтобы не погибнуть или не смешаться с историей на данном этапе развития науки, необходимо учитывать требования общества и государства и вызовы современных проблем. Именно сейчас, как никогда, актуальна прогностическая функция теории государства и права и метод теоретико-правового моделирования.

К ВОПРОСУ ОБ ИДЕАЛЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ И СПОСОБАХ ЕГО МОДЕЛИРОВАНИЯ

Морозов Евгений Сергеевич

На протяжении всей истории от зарождения цивилизации до наших дней существующие политико-правовые системы зачастую не совпадали с выдвигаемыми относительно них идеалами. Это и не удивительно. Ведь, как известно, даже находясь в одной ситуации, люди пытаются выйти из нее по-разному. Отсюда естественно, что каждый человек видит различные недостатки в той политико-правовой системе, где он живет, и поэтому конструирует для нее собственный оригинальный идеал¹.

Эпитет «наилучшая» применительно к политико-правовой системе означает ее идеал. Чтобы понять его, нужно прежде всего обратиться к понятию всякого идеала, являющегося родовым по отношению к видовому понятию идеала политико-правовой системы.

Любой идеал в самом общем смысле есть нетождественное реальности ее отображение, возникающее в сознании лица, которое его конструирует. При этом идеал способен определять характер мышления и деятельности человека или группы людей². Вырастая из действительности, он отрицает эту реальность и предлагает вариант должного³. Таким образом, идеал имеет два полюса, находящихся в противостоянии и единстве: отрицательный (отрицание сущего) и положительный (утверждение должного).

Указанные черты всякого идеала свойственны и идеалу политико-правовой системы. Однако в политологии и юриспруденции общенаучные знания об идеале были конкретизированы с помощью трех способов. Один из них наиболее ярко применен в сочинении английского гуманиста и государственного деятеля Томаса Мора «Золотая книга, столь же полезная, как забавная, о наилучшем устройстве государства и о новом острове Утопия», опубликованном в 1516 г. Однако подобные работы создавались до и после этого сочинения. В частно-

¹ See: My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars. Littleton, Colorado: F.B. Rothman and Co., 1987. P. 237.

² См. например: Ненина И.М. Социальный идеал и утопия в культурно-исторических ситуациях общественного развития : дис. ... канд. филос. наук . Красноярск, 2004. 150 с. С. 16; Ильенков Э.В. Идеал // Философский энциклопедический словарь. М. : Советская энциклопедия, 1983.

³ См.: Соловьев В.С. Критика отвлеченных начал // Полн. собр. соч. и писем : в 20 т. Сочинения. Т. 3. М. : Наука, 2001. С. 117.

сти, такие книги писали древнегреческий ученый Платон¹ и германский ученый И.Г. Фихте².

Следует выделить ряд черт, присущих такому «утопическому» способу моделирования наилучшей политико-правовой системы. Первая из них – представление в идеале всей государственной организации в подробностях и в наглядно-систематизированной форме. Например, Платон в работе «Государство» в деталях изображает брачно-семейную организацию проектируемого им идеального политико-правового сообщества.

Вторым характерным признаком подобного рода моделирования является критичность. Всякая модель наилучшей политико-правовой системы порождена недовольством существующей реальностью. Такая модель есть прежде всего критика пороков, присущих исторически определенному политическому строю, которому противопоставляется идеал социального устройства³.

Третья черта описываемого способа мысленного конструирования наилучшей политико-правовой системы – это проективность. Говоря о последней, имеют в виду установку на изменение мира, на произвольное его творение.

Наконец, признаком рассматриваемого моделирования является рационализм. Идеальная политико-правовая система – прежде всего рациональная модель. Ведь при конструировании подобных идеалов используются научные методы. Другое дело, что в разные эпохи, когда моделируется политико-правовой идеал, применяемые при этом научные способы познания, естественно, не идентичны.

Второй способ конкретизации в политологии и юриспруденции общенаучного представления об идеале есть конструирование идеальных типов, в каждом из которых присутствует предполагаемое автором более или менее широкое поле неопределенности. В частности, этого рода метод был применен Гербертом Спенсером⁴ и Максом Вебером⁵. Например, Г. Спенсер при конструировании военного и промышленного типов политически организованного общества отдавал себе отчет в следующем. В любом конкретном государстве не может быть полностью реализован ни один сформулированный им идеальный тип. Оба они служат лишь как логические схемы организации государства либо исключительно для войны, либо для мирной жизни, чего в действительности никогда не бывает.

В основе идеально-типового метода конструирования наилучшей политико-правовой системы лежит представление, что люди не способны полностью предвидеть собственное будущее. В частности, они не могут точно знать, в каких фактических обстоятельствах им придется действовать. Отсюда у людей нет возможности заранее сконструировать политические институты и юридические нормы, которые будут наилучшим образом способствовать удовлетворению потребностей этих лиц в непредвиденных обстоятельствах. В очерченной ситуации оптимальным решением для человеческих индивидуумов является, во-первых, конструирование настолько конкретного политико-правового идеала, насколько они способны предвидеть будущее, и, во-вторых, оставление в таком идеале поля неопределенности, широта которого определяется степенью возможности предвидеть будущее в данных конкретных условиях⁶.

Следует отметить, что теоретический вывод о необходимости подобного поля неопределенности при конструировании политико-юридического идеала был сделан в политологии и юриспруденции отнюдь не с начала их истории. В частности, применительно к идеалу правовой системы он был сформулирован во второй половине XX в. английским юристом Г. Хартом⁷, который не ссылается ни на каких

¹ Платон. Государство // Собр. Соч. : в 4 т. Т. 3. М. : Мысль, 1994. С. 130–34, 295–315.

² Имеется в виду работа И. Фихте «Замкнутое торговое государство» (см.: Фихте И.Г. Соч. : в 2 т. Т. 2. СПб., 1993. С.130–145).

³ Ойзерман Т.И. Марксизм и утопизм. М. : Прогресс-Традиция, 2003. С. 61.

⁴ Спенсер Г. Основания социологии Т. 1. СПб. : Тип. А. Пороховщикова, 1898. С. 348, 373.

⁵ Вебер М. Избранное. Образ общества. М. : Юрист, 1994. С. 589–657.

⁶ Подробнее см.: Дробышевский С.А. Из классической юриспруденции второй половины XX века / Краснояр. гос. ун-т, Юрид. ин-т. Красноярск, 2005. С. 20–21.

⁷ Там же.

ученых, осознававших эту идею до него. Правда, П.И. Новгородцев в работе «Об общественном идеале» за несколько десятилетий до Г. Харта также выступал за оставление в политико-правовом идеале поля неопределенности¹. При этом и он обосновывал указанную неопределенность в идеале невозможностью для людей до конца предвидеть собственное будущее. Вместе с тем ранее описанный «утопический» способ моделирования наилучшей политико-правовой системы известен политологии и юриспруденции с очень давних времен. Вот почему можно предположить, что идеально-типовой метод конструирования политико-правового идеала является более поздним и совершенным способом осуществления этого дела, чем «утопический».

Третьим известным методом моделирования наилучшей политико-правовой системы является конструирование юристами и политологами так называемого естественного права. Нужно указать, что в контексте данного диссертационного исследования необходимо рассматривать только, по словам Г. Кельзена, «истинные» естественно-правовые концепции, те, где между естественным и позитивным правом существует противоречие². Так что каждая истинная концепция описываемого рода для конкретного государства формулирует идеальную систему права, отличающуюся от сформулированной сувереном.

Доктрины истинного естественного права со времен античных стоиков пытались моделировать одну наилучшую правовую систему для всех государств. Например, в стоическом мировоззрении вселенная рассматривалась как «большое» государство. Правителем здесь выступал Бог, создатель природы. Он конструировал для нее нормы естественного или природного права³. Одна из них гласит: лучшее должно господствовать над худшим⁴.

«Большое» государство включало в себя все независимые друг от друга политические образования, состоящие из людей. Выделенные человеческие сообщества стоики называли «малыми» государствами. В каждом из последних был собственный правитель – один человек или группа. Такой суверен конструировал юридические нормы этого «малого» государства для своих подданных. В частности, Сенека писал: «Мы должны представлять в воображении своем два государства, – одно, которое включает в себя богов и людей; в нем взор наш не ограничен тем или иным уголком земли, границы нашего государства мы измеряем движением солнца; другое – это то, к которому нас приписала случайность. Это второе может быть афинским или карфагенским или связано еще с каким-либо городом; оно касается не всех людей, а только одной группы их. Есть такие люди, которые в одно и то же время служат и большому, и малому государству, есть такие, которые служат только большому, и есть такие, которые служат только малому»⁵. Наиболее значимым является, согласно Сенеке, служение «большому государству»⁶.

Согласно истинной естественно-правовой доктрине, установленные суверенами «малых» государств нормы являются правовыми, только если они не противоречат естественному праву. Все созданные суверенами «малых» государств правила, не удовлетворяющие этому условию, к праву не относятся. Скажем, норма

¹ По словам П.И. Новгородцева, «личная мысль, – самая гениальная, самая просвещенная, – не в силах предугадать конкретных картин будущего. То будущее, которое наступит на смену знакомых нам образов и понятий, создается собирательной мыслью, коллективной работой масс, тем загадочным и сложным творчеством жизни, в котором сознательное перемешивается с бессознательным, должное и желательное с возможным и неизбежным, предвиденное и привычное с совершенно неожиданным и необычным» (см.: Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М.: Пресса, 1991. С. 47–48).

² See: Kelsen H. *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Elected and Introduced by Ota Weikberger. D. Reidel Publishing Company. Boston. USA. 1973. P. 124–145.

³ См.: Аврелий Марк. Наедине с собой. Размышления. М., 1914. С. 34–45; Сенека, Луций Анней. Нравственные письма к Луцилию. М., 1977. С. 23–31; Древнеримские мыслители. Свидетельства. Тексты. Фрагменты. Киев, 1958. С. 67–71.

⁴ Древнеримские мыслители. Свидетельства. Тексты. Фрагменты. Киев, 1958.

⁵ Антология мировой философии. М., 1969. Т. 1. Ч. 1. С. 507.

⁶ Сенека Луций Анней/ Великие Мыслители <http://bibliotekar.ru/filosofia/15.htm> (22 сентября. 2010).

«малого» государства, делящая всех людей на правителей и подчиненных, противоречащая естественно-правовому предписанию о том, что лучшее должно господствовать, а худшее подчиняться, не является правовой.

Подобные попытки конструирования единого правового идеала для всех государств были подвергнуты критике Г.В.Ф. Гегелем и позже Р. Иерингом. Последний, в частности, отмечал: как врач не может прописывать всем больным одно и то же средство, а сообразует избираемые им лекарства с состоянием больного, «так и право не может всюду создавать одни и те же определения, а должно, напротив, сообразоваться с состоянием народа, степенью его культуры, потребностями времени и, правильнее говоря, даже и не должно, а это само собою делается, это – сам собою слагающийся исторический факт. Идея о том, что право в сущности должно бы быть всюду одно и то же, ничуть не лучше идеи о том, что лечение всех больных должно бы быть одинаково. Универсальное право для всех народов – то же самое, что универсальное лекарство от всех болезней и для всех больных. Такое воззрение – ложное в самом основании своем»¹, как и гармонирующее с ним теоретическое представление, что формула наилучшего государственного устройства – одна и та же для всех государств, независимо от исторической обстановки, в которой они существуют².

Вот почему, по мнению Р. Иеринга, «сколь мало врач противоречит себе, когда, смотря по состоянию больного, ныне прописывает ему то, что воспретил вчера, столь же мало, поступая» аналогичным образом, «противоречит себе и законодатель», ибо «жизненные условия общества варьируются точно так же, как и жизненные условия индивида». То, «что в одном месте излишне, в ином может быть необходимо, полезное в данном случае может оказаться вредным в другом». Причем «врач может ошибиться в выборе средств, точно так же и законодатель». К тому же и первым, и вторым «могут руководить различного рода предрассудки». В частности, хотя «уголовное право начинается там, где интересы общества требуют наказания», и последнее «должно иметь место всюду, где общество не может обойтись без него», но «здесь все зависит от индивидуального опыта, от склада жизни и нравственности различных народов и времен»³.

По-видимому, отмеченная критика представления об одной и той же для всех государств наилучшей правовой системе явилась причиной появления иной теории истинного естественного права. Она учитывала при моделировании правового идеала специфику каждого отдельного независимого политического общества, где действуют юридические нормы. Так, Р. Штаммлер попытался построить концепцию естественного права, согласно которой надлежит не моделировать идеальный комплекс универсального законодательства для всех государств во все эпохи, а формулировать идеал системы права для каждого независимого политического общества, существующего в конкретных условиях места и времени⁴. Подобный подход к моделированию наилучшей правовой системы предполагает существование в каждом государстве уникального именно для него естественного права как идеала юридического развития.

По поводу перспектив дальнейшего прогресса доктрины истинного естественного права нужно заметить следующее. Во-первых, у всех государств есть общие закономерности функционирования, без реализации которых они погибнут или не смогут прогрессивно развиваться. Так вот необходимость следования указанным закономерностям может быть сформулирована в качестве совокупности предписаний истинного естественного права, адресованной всем независимым политическим обществам, где действуют системы позитивного права. Ведь без закрепления в правовом идеале общих для всех государств закономерностей функционирования суверены отдельных независимых политических обществ не имели бы в своем распоряжении образца, соответствие которому юридических предписаний, создаваемых упомянутыми правителями, гарантирует самосохранение

¹ Иеринг Р. Цель в праве. Т. 1. СПб., 1881. С. 319.

² Там же. С. 198.

³ Там же. С. 357.

⁴ Stammler R. The Theory of Justice. N.Y.: The Macmillan Company, 1925. P. 153.

и прогресс соответствующих стран. Вот почему концепция естественного права, универсального для всех государств, может быть в высшей степени полезным средством для совершенствования практики правового регулирования. Между прочим, так называемое процессуальное естественное право¹, сформулированное Л. Фуллером, является составной частью такого универсального для всех государств правового идеала².

Во-вторых, существуют закономерности функционирования, обязательные не для всех государств, а только для их группы, преследующей определенную цель. В этом случае если конкретное государство пожелает реализовать упомянутую цель, то для него нет другого пути, кроме как закрепить их в своем праве. Отсюда совокупность предписаний, формулирующих рассматриваемые закономерности, может быть оценена как естественно-правовой идеал, соответствие которому позитивного права гарантирует достижение страной, где эта система позитивных норм действует, анализируемой цели. Скажем, чтобы быть диктаторским, государство должно исключать диктаторски управляемых лиц из дела формулирования юридических норм, адресатами которых они являются³. И если такое исключение системой права страны не обеспечивается, то последняя не может быть признана диктаторской. Отсюда предписанием естественного права для группы диктаторских государств является запрет на участие в формулировании юридических правил, обращенный к тем их адресатам, которые управляются диктаторски.

В-третьих, нельзя отрицать, что рациональное зерно содержит и концепция Р. Штаммлера об идеале системы права для каждого независимого политического общества, существующего в конкретных условиях места и времени. Ведь неодинаковые условия функционирования государств диктуют необходимость постановки в них различных целей правового регулирования. Так что уникальность системы целей каждого отдельного государства не может не обуславливать здесь формулирование уникального идеала системы правовых норм. В соответствии с ним в конкретной стране должно проводиться правовое регулирование.

Как известно, присутствующий в истинных концепциях естественного права юридический идеал целиком закрепляет включающую его наилучшую политико-правовую систему. Следовательно, приведенные три формы истинного естественного права одновременно выступают разновидностями теоретических моделей наилучшей политико-правовой системы. По этой причине для решения задач данного исследования нужно сконструировать прежде всего наилучшую политико-правовую систему для всех государств, затем следует построить наилучшую политико-правовую систему для каждой из групп государств, выделяемых по определенным критериям. И, наконец, необходимо создать модель наилучшей политико-правовой системы для всякого отдельного государства в соответствии с уникальной для него иерархией целей.

Причем что касается последней, то при конструировании политико-правового идеала надлежит учитывать следующее. Когда иерархия целей, осуществляемых в стране ее государственными руководителями, направлена на создание идеального политически организованного общества, каждой из множества возможных иерархий этого типа будет соответствовать уникальная, т. е. единственная в своем роде, наилучшая политико-правовая система. Кроме того, при одной и той же иерархии целей, реализуемых во всем многообразии отличающихся друг от друга независимых политических обществ, наилучшие политико-правовые системы для всех них будут неодинаковыми, поскольку осуществление одной иерархии целей в нетождественных политически организованных социальных организ-

¹ Fuller L.L. The Morality of Law. New Haven, 1964. P. 96–97.

² В частности, юридические нормы должны сообщаться их адресатам, быть понятными таким лицам, не искажаться при применении и не требовать от людей невозможного. При этом нужно обеспечивать непротиворечивость сформулированных правовых норм друг относительно друга и нельзя изменять их настолько часто, что человеческие индивидуумы, кому эти установления предписаны, не в силах направлять ими собственную деятельность (See: Fuller L. The Morality of Law. New Haven, 1964. P. 39–88).

³ См.: Милль Дж. Ст. Размышления о представительном правлении. Перепечатка с издания Яковлева, СПб., 1863. С. 25–32.

мах потребует различных политико-правовых средств. Далее, так как любое независимое политическое общество, в котором функционирует право, состоит из определенных структурных компонентов, в частности, из разнообразных организаций, осуществляющих материальное производство, каждой модели наилучшей политико-правовой системы соответствует свой набор таких компонентов, реализующих специфические дела.

ДУХ ПРАВОВЫХ РЕФОРМ

Поздняков Михаил

Общественное мнение, как правило, сосредотачивается на констатации совершившихся изменений в общественной и политической жизни, зачастую игнорируя факты, позволяющие делать возможный прогноз. Юриспруденция содержит в себе возможность прогноза. Эта функция становится особенно актуальна, когда существенная часть социальных изменений происходит в рамках правового поля и, в частности, проходит стадию законотворческого процесса.

Прогностические функции юриспруденции раскрываются при внимательном анализе законодательных инициатив. Одной из особенностей современной юридической науки является ее глубокая специализация, в результате частные вопросы выходят на первый план. Каждый законопроект оценивается не с точки зрения общего контекста происходящих изменений, а с позиции той отрасли, к которой формально по титулу он относится. В том же случае, если преодолеть данный недостаток, создаются все условия для получения выводов на основе широкого правового анализа.

Далее в качестве примера будут разобраны несколько законопроектов за последние два месяца:

1. Проект федерального закона «О полиции» от 7 августа 2010 года <http://docs.pravo.ru/document/view/4461563/3819978/>

2. Проект федерального закона от 27 сентября 2010 года № 431376-5 «О Следственном комитете Российской Федерации» (<http://docs.pravo.ru/document/view/5025595/4589185/>) Указ Президента Российской Федерации от 27 сентября 2010 г. № 1182 «Вопросы Следственного комитета Российской Федерации»

3. Проект федерального закона от 27 сентября 2010 года № 431379-5 о внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» <http://docs.pravo.ru/document/view/5025588/4589178/>

Сейчас нет необходимости подробно анализировать конкретные положения и пункты указанных законопроектов. Я предлагаю увидеть контекст. Если существует «дух закона» и он очень важен для правильного понимания смысла закона, что всеми признается, то вполне возможно утверждение о том, что существует «дух реформ». И он дважды важен, потому что позволяет не только правильно понимать смысл предлагаемых правовых изменений, но и оценить возможные перспективы социальной и политической жизни.

В первую очередь стоит подчеркнуть, что все указанные законопроекты внесены одним и тем же субъектом законодательной инициативы – Президентом РФ. Понятно, что этот параметр не является узловым, предыстория законопроектов бывает сложной, а завершающий акт, внесение законопроекта в Государственную Думу, отчасти является ритуальным действием, не всегда отражающим субъективный состав заинтересованных лиц. Но в контексте настоящего анализа – это обстоятельство нельзя не отметить.

Несмотря на множество замечаний, бурную общественную дискуссию и ожидаемые корректировки, на мой взгляд, ряд важных черт законопроекта «О полиции» будет сохранен. А именно: за Президентом РФ останется право создавать, а соответственно и корректировать, структуру полиции; в компетенции Прези-

дента остается вопрос формирования условий приема (аттестации) сотрудников, поступающих в полицию. Очевидно, что это позволит если не существенным образом переформатировать руководящий состав, то как минимум легально поставить вопрос о ревизии руководящего корпуса. В этом смысле конструкция закона с большим числом отсылочных норм представляется разумной, т. е. сам законопроект не является попыткой окончательно закрыть тему реформы внутренних дел, а выступает базисом, на котором эта реформа должна осуществляться с учетом возможных обстоятельств. Здесь следует подчеркнуть, что неконкретность и неполнота законопроекта «О полиции», выступающие как недостатки при узкоотраслевом подходе, выступают как удачное решение при учете всего многообразия социально-политической палитры.

Вопрос о создании Единого следственного комитета России сложен и в двух словах его не раскрыть, но всё же если не углубляться в детали, следует констатировать, что уголовное преследование в России не просто является институтом, направленным на реализацию норм уголовного права, а выступает важным властным ресурсом, контроль над которым необходим при постановке задачи по стабилизации социально-политических процессов. Задача по формированию легального пространства и устранению лоскутного характера правовой материи недостижима без установления контроля над функцией уголовного преследования. До настоящего момента, в силу половинчатых реформ, функция уголовного преследования так и осталась распылена между разными силовыми ведомствами. Причем еще не факт, что реальная архитектура властных отношений в этой сложной конструкции тождественна легальной.

Централизация под одним началом функции уголовного преследования целесообразна не столько для получения мощного козыря в конкретных ситуациях, сколько для создания возможности по блокированию произвольности уголовного преследования. Тем самым могут быть сформированы условия для формирования и развития институтов гражданского общества, которые по команде не возникают, в отличие от механизма уголовных репрессий, который включается и останавливается как раз по команде.

Согласно ч. 3 ст. 1 законопроекта «О Следственном комитете Российской Федерации» *Президент Российской Федерации осуществляет руководство деятельностью Следственного комитета, утверждает Положение о Следственном комитете Российской Федерации, устанавливает его штатную численность, в том числе штатную численность военных следственных органов Следственного комитета* находится в полном резонансе с аналогичным положением по содержанию с ч. 3 ст. 1 законопроекта «О полиции», согласно которой *состав и структура полиции определяются Президентом Российской Федерации*. Совпадение нумерации также позволяет сделать вывод о едином скелете.

Конституционный Суд РФ представляет собою дремлющий институт. Он сочетает в себе огромный потенциал, который соседствует с незначительным, если не сказать ничтожным значением, оказываемым сегодня Конституционным Судом на правоприменительную практику. Архитектура судебной системы России окончательно не оформилась, в связи с чем вполне уместны новации корректирующие работу высших судебных инстанций. Проблема неактивного Конституционного Суда заключается не столько в процессуальных недоработках, сколько в отсутствии внятно выраженной политической воли. Причем решение второго параметра, (формирование и констатация политической воли) позволяет устранить любые процессуальные недоработки. Объем реальной компетенции Конституционного Суда РФ фактически позволяет скорректировать разнообразные неточности в описании конституционного судопроизводства. В этом смысле проект федерального закона от 27 сентября 2010 г. № 431379-5 «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» – это четкий сигнал о наличии политической воли. Законопроект выступает формой ее выражения. Сам мысль, вложенная в законопроект, о том, что в рамках конституционного судопроизводства станет возможно рассматривать конкретные дела, а не только примененную правовую норму, может кристаллизовать нечеткую судебную систему России, существенно усилив Конституционный

Суд и выведя его на уровень высшей судебной инстанции. Рассмотрение любых значимых политически резонансных споров в рамках публичной процедуры конституционного судопроизводства, а не в тиши кабинетов автоматически повышает авторитет власти.

Ситуация, при которой Конституционный Суд РФ перейдет от высказывания пожеланий и намеков к роли сверх-арбитра, который будет довлеть над всеми иными субъектами в общественных и политических спорах, не просто возможна, но она представляется вполне уместной, если задача по построению правового государства (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ) еще актуальна.

Главная тенденция происходящих законодательных реформ, которые, на мой взгляд, могут быть выведены как сущность или, иначе, дух реформ, заключается в том, что происходит не просто преобразование правовых институтов, но и создаются все необходимые условия того, чтобы любые правоотношения сохраняли статус легальности и не выходили за рамки правового поля. Непредсказуемость конкретных событий может быть отрегулирована подчеркнутым выше юридико-техническим приемом, при котором содержание закона, в сущности, легально выносится за пределы жесткой конструкции и позволяет субъекту политической инициативы скорректировать любой важный параметр в зависимости от конкретных обстоятельств. Наличие такого универсального инструментария, позволяющего принимать своевременные решения и не выходить за рамки правового поля в условиях традиционно низкого внимания к легальной стороне управленческих практик у значительной части политических игроков, позволяет обладать решающим словом. Четко обозначена политическая воля на формирование легального характера общественных процессов и исключение возможности выпадения за правовой контур. Перспективы этой тенденции, а также ее успешность стоит оценивать в будущем. Пока достаточно констатировать усилия, направленные на выстраивание связей между правовыми институтами, которые позволяют им избежать тупиковых состояний, неизбежно приводящих к доминированию негласных, а в сущности внеправовых, механизмов.

ПРАВООПОНМАНИЕ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ ТЕОРИИ ПРАВА

Соколов Алексей Викторович

В настоящее время юридической наукой накоплен богатейший теоретический материал правопонимания, что подтверждается существованием нескольких крупных юридических школ, объединяющих различные теории права. Рассмотрим наиболее общие, наиболее типичные теоретические представления о том, что есть право в рамках отдельных типов правопонимания.

Общепринятым является то, что тип правопонимания – это определенный образ права, характеризуемый совокупностью наиболее общих теоретических признаков права и наиболее общих признаков практического (ценностного) к нему отношения. Рассматривая типы правопонимания, необходимо выделять определенные критерии их классификации. Однако и типы правопонимания и критерии их классификации пока еще слабо изучены в современной юридической науке. Так, академик В.С. Нерсесянц выделяет три, по его мнению, основных типа понимания права: легистский (позитивистский), естественно-правовой (юснатуралистический) и либертарно-юридический¹. По его мнению, «легистское отождествление права и закона (позитивного права) является принципом и смыслом так называемого «юридического позитивизма» (и неопозитивизма), который по существу является не юридическим, а именно легистским позитивизмом. Легистское (позитивистское) правопонимание присуще разного рода этатист-

¹ Нерсесянц В.С. Теория права и государства. М., 2001. С. 54.

ским, авторитарным, деспотическим, диктаторским, тоталитарным подходам к праву»¹.

Конституция РФ 1993 года решительно отмежевывается от легистского правопонимания, провозглашая принципы правового государства, первенства прав человека. Так, п. 1 статьи 2 гласит: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства».

Для юридического типа правопонимания характерно различие права и закона, причем право при этом является объективным, не зависящим от воли государственной власти социальным явлением. В рамках юридического типа правопонимания имеются, по мнению В.С. Нерсесянца, два разных подхода: 1) естественно-правовой (основанный на признании естественного права), 2) разработанный им самим либертарно-юридический подход (различает право и закон), причем право здесь – это конкретизация принципа формального равенства, а закон – это позитивный закон.

Другим российским ученым – О.В. Мартышиным – различаются четыре типа: юридический позитивизм (нормативизм), социологический позитивизм, теории естественного права и философское понимание права. Помимо этих классических подходов, О.В. Мартышин говорит еще об одном, производном от них, – интегративном, который основан на сочетании в разном соотношении принципов, лежащих в основе первых четырех подходов².

Как отмечает в своей диссертации Н.В. Евдеева, «предпосылками развития интегративного типа правопонимания являются: 1) кризис науки вообще и юриспруденции в частности; 2) размытость критериев научности, что позволяет ввести в научный оборот положения, ранее отвергавшиеся наукой как несостоятельные, т. е. не отвечающие критериям научности; 3) утрата классическими концепциями главенствующих позиций в связи с изменением требований правовой действительности; 4) стремление к единству знания, свойственное периоду XIX века»³. В то же время, по ее мнению, «среди российских ученых-юристов отсутствует единство в трактовке термина «интегративное понимание права», не выработана единая терминология. Основа синтеза классических концепций в интегративный тип, методология такого объединения не разработаны. Отсутствует единство в определении вида концепций, подлежащих синтезу и в определении положений концепций, подлежащих интеграции. Следствием этого является неопределенность, какие концепции вообще следует отнести к интегративному типу»⁴. Сама Н.В. Евдеева относит к интегративным концепциям соответствующие ее представлению об интегративном правопонимании: «Под интегративным типом понимания права предлагается понимать принципиально новое, а не дополненное понимание права. Интегративная концепция правопонимания предполагает создание нового типа восприятия права на основе уже существующих классических концепций (нормативной, естественно-правовой, социологической, исторической и др. – в трактовках разных авторов присутствует их неодинаковый перекрест) путем их синтеза. Такая концепция должна описывать любую правовую реальность, вне зависимости от времени и места»⁵.

По ее мнению, право, согласно нормативистскому пониманию, представляет собой совокупность общеобязательных правил поведения, установленных или санкционированных государством и обеспеченных в случае необходимости его принуждением.

Социологическая школа права является, как и нормативизм, позитивистской теорией. Ее представители стремятся отказаться от ценностного подхода к праву, избегать моральных оценок, принимать право таким, каково оно есть. Однако

¹ Нерсесянц В.С. Теория права и государства. М., 2001. С. 54.

² Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6.

³ Евдеева, Н.В. Интегративные теории правопонимания в современной России : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2005. 187 с.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

в отличие от юридического позитивизма, придающего первостепенное значение норме права, социологическая школа придает основное значение реальному действию права.

Концепции естественного права довольно разнообразны, но всех их объединяет взгляд на право не как на акт государственной воли, предполагающий законное принуждение в случае неподчинения, а как воплощение справедливости и разума.

Постсоветский этап развития научной мысли дал новый толчок для развития интегративных концепций понимания права российскими учеными. Можно условно выделить ряд наиболее заметных авторов, разрабатывающих концепции правопонимания: В.С. Нерсисянц, А.В. Поляков, И.Л. Честнов, Р.З. Лившиц, В.Л. Лазарев, В.К. Бабаев, Л.И. Спиридов, Г.В. Мальцев, Н.Д. Железнова и др. Чтобы разобраться в общей системе отечественного интегративного правопонимания в отечественной правовой мысли, рассмотрим основные положения данных авторов.

В.С. Нерсисянц, как мы уже говорили выше, в разработанном им либертарно-юридическом подходе, который, в сущности, можно отнести к интегративному, исходит из различения права и закона (позитивного права).

К сторонникам интегративного правопонимания можно отнести В.Г. Графского. Он говорит о возможности и необходимости интеграции концепций правопонимания, он так же, как и Нерсисянц, признает особую значимость разрешения неоднозначных вопросов, таких как соотношение права и закона, но смотрит на эту проблему уже под другим углом: «...синтезаторская работа может быть проведена только после того, как будет проделана необходимая подготовительная работа по снятию и разрешению традиционных дискуссионных вопросов и тем (соотношение права и морали, права и закона и т. д.)»¹.

Интегративному правопониманию уделено немалое внимание в работах И.Л. Честнова. Рассматривая интегративные концепции правопонимания Берজেя, Бермана и Графского, он приходит к выводу, что, во-первых, соединение существующих школ вряд ли может привести к появлению правопонимания, обладающего новыми характеристиками, так как все эти школы детище индустриального общества. Во-вторых, в рассмотренных им подходах не видно, как эту интеграцию можно осуществить: соединить все лучшее, что есть у позитивизма, юснатурализма, и исторической школы права (Г.Дж. Берман), или снять и разрешить традиционные вопросы и темы между ними (В.Г. Графский). По мнению Честнова, для создания интегративной концепции права в эпоху не индустриального общества, а в эпоху постмодерна нужно рассматривать право как диалогическое (полифоническое) явление, которое распадается на противоположные моменты (должное и сущее, материальное и идеальное, общее и особенное и т. д.). И эти моменты обуславливают друг друга, переходят вдруг друга и обеспечивают его перманентное становление, которое никогда не будет завершенным².

Среди интегративных концепций получила широкую известность коммуникативная концепция права А.В. Полякова. Он находит особую важность задачи правопонимания поиска путей формирования нового, интегрального типа правопонимания, возникающего на основе диалога всех школ и течений в современном правопонимании, как западных, так и восточных.

Более «узкое» интегративное правопонимание дается Р.З. Лившицем. За основу синтеза всех концепций он берет представление о праве как о системе общественного порядка, системе социального компромисса. Такая конструкция позволяет объединить все подходы к праву, но только в глобальном плане.

Этот вопрос пытается разрешить Г.В. Мальцев. Он фактически оказывается отчасти согласен с Лившицем, говоря что «если общемировое понимание и определение права практически невозможны, то в пределах отдельного государства и контролируемого им единого правового пространства поиски общего для всех

¹ Графский В.Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект // Правоведение. 2000. № 3. С. 63.

² Честнов И.Л. Принцип диалога в современной теории права // Проблемы правопонимания : дис. ... д-ра юрид. наук. 2003.

участников правоотношений понимания права имеют определенный упорядочивающий смысл»¹.

Таким образом, подводя итог в оценке интегративных теорий, можно сказать, что среди ученых не наблюдается единства относительно того, что следует понимать под интегративной концепцией правопонимания. Общим в понимании является то, что под интегративным правопониманием следует понимать принципиально новый, а не дополненный элементами из других теорий тип понимания права, основанный на объединении традиционных вариантов правопонимания с целью выработать более концентрированное определение права.

Интересным является подход к правопониманию Н.Д. Железновой, которая тесно увязывает правопонимание с судебной практикой². Правопонимание рассматривается ею в двух аспектах: в качестве научной категории, явившейся результатом общественной деятельности, научной активности и занявшей свое место в системе науки правоведения, а также в качестве специфического социального процесса научного познания права в его сущности, обосновании, ведущих принципов и признаков. В первом аспекте, по ее мнению, под правопониманием «следует понимать систему знаний о наиболее общих закономерностях становления и функционирования права, признанных логически и объективно истинными, и в качестве таковых включенных в состав науки правоведения, бытующей в данном, определенном конкретно-историческом обществе»³.

В современной юридической науке имеется несколько тенденций в развитии постсоветской правовой теории. Первая тенденция заключается в том, что ряд исследователей пытаются создать некую интегративную теорию права. Эта теория должна, по мысли ее создателей, вобрать в себя все самое ценное от различных концепций правопонимания.

Такая же ситуация характерна и для зарубежной юридической науки. Как отмечает профессор М.Н. Марченко⁴, подобно современным российским ученым-юристам их западные коллеги нередко решают проблемы правопонимания в сведении «воедино» традиционных политико-правовых школ и создании на их основе некой интегрированной, единой, юриспруденции.

Однако на пути к такой юриспруденции в отличие от России Запад стремится к компромиссу, к готовности признать известную обоснованность альтернативной точки зрения. Это, по мнению профессора О.В. Мартышина⁵, находит выражение в том, что современная западная юриспруденция почти не знает или избегает единого, универсального определения права, предпочитая ему многозначность термина и подчеркивая условность, относительность понятий и определений. Право понимается в нескольких смыслах с использованием всего арсенала мировой правовой мысли. Доминируют позитивистские (в юридическом и социологическом вариантах) и естественно-правовые концепции, но используются и другие подходы. При этом подчеркивается их взаимодополняемость, а отнюдь не их несовместимость. Это особенно характерно для соотношения позитивизма и теории естественного права.

Это также иллюстрирует появившееся совершенно недавно новое направление в юридической науке – антропология права (юридическая антропология), основным постулатом – базисом, на который опираются ее положения, является тезис о правовом плюрализме и основанная на нем множественность представлений о праве.

В России же плюрализму определений права сопутствуют нередко взаимное непонимание, нетерпимость и поиски абсолюта, т. е. единого, универсального по-

¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 4.

² Железнова Н.Д. Правопонимание и судебная практика (Теоретические проблемы взаимодействия) : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. 176 с.

³ Там же.

⁴ Марченко М.Н. Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2002. № 3. С. 14.

⁵ Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6.

нения права, исключаящего, делающего не только ненужными, но даже вредными все другие типы определений.

Вторая тенденция – получение или хотя бы приближение к выработке единого, универсального понятия права.

Третья тенденция, обусловленная советским периодом развития правовой мысли, когда отрицалось «буржуазное право», заключается в обращении к работам дореволюционных русских юристов. Критикуя этатистский подход к праву, сочетающийся «с инъекциями лошадиных доз естественно-правовой идеологии», характерный для современных концепций правопонимания, А.В. Поляков¹ отмечает, что более плодотворным может быть обращение к реалистическим концепциям правопонимания, сложившимся в дореволюционной российской юридической науке.

В настоящее время в России проблема правопонимания получила специфический характер, отличный от сложившейся практики ее осмысления на Западе. Это обусловлено, прежде всего, особенностями развития России в XX в., в связи с которыми правовая мысль страны фактически разделилась на дореволюционную, советскую и постсоветскую, при отсутствии между ними научно приемлемого диалога

А.Б. Венгеров полагает, что «следует различать конкретно историческое содержание права и логическое содержание права – то самое общее, что можно выделить в правовом регуляторе и что содержательно, качественно отделяет его от других регуляторов»².

При этом можно выделить два пути формирования такого правопонимания. Первый характерен для тех, кто в целом остался на этатистских позициях с советских времен, но модернизировал свою правовую концепцию соответственно изменению направления развития общества и его ценностных приоритетов. К таковым можно отнести С.С. Алексеева, который традиционный для советского правоведения нормативизм дополнил элементами естественно-правовой теории, отмечая, что его концепция призвана быть целенаправленно гуманитарной. Другой вариант этого явления представлен в правовых теориях М.И. Байтина, А.Ф. Черданцева, Н.М. Марченко. Эти правоведы «корректируют» этатистское правопонимание, делая акцент на обусловленности позитивного права сложившимися социальными условиями, принятыми обществом ценностями, тем самым, по их мнению, преодолевая узость нормативного подхода.

Наиболее распространенной в современном российском правопонимании является разработка так называемого «широкого» понимания права, главное основание которого – интеграция традиционных типов правопонимания в целостной правовой концепции, предоставляющей возможность для более концентрированного определения права. Способы такой интеграции весьма различны, что приводит и к чрезвычайному разнообразию подобных теорий. Так, В.В. Лазарев обосновывает целесообразность совмещения этих же признаков права в его едином определении. Однако некоторая механистичность такого способа интеграции оставляет эти теории в целом на этатистских позициях³.

Схожий вариант «синтеза» использует в своей правовой концепции Р.З. Лившиц: для нахождения природы права он считает необходимым «попросту отбросить отличия каждой из школ и оставить то общее, что их объединяет»⁴.

Принципиально иное отношение к традиционным типам правопонимания и соответственно к целесообразности их интеграции обосновывает И.Л. Честнов. Основанием его концепции является анализ состояния социума в эпоху постмодерна. Он считает, что индустриальное общество, накопившее в себе слишком много противоречий, не в состоянии больше быть основой дальнейшего разви-

¹ Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2 С. 4–5.

² Венгеров А.Б. Теория государства и права. М. 2000. С. 231.

³ Лазарев В.М. История государственно-правовых учений : учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. М. : Спарк, 2006. 672 с.; Право и государство: теория и практика. М. : Право и государство, 2006. № 6. С. 148–150.

⁴ Лившиц Р.З. Теория права : учебник. М. : БЕК, 1994. С. 154.

тия человечества, и развенчивает его с помощью метода деконструкции. Таким образом, созданную Честновым правовую теорию можно назвать нетрадиционной (постнеклассической). Такой подход к праву, безусловно, перспективен, так как, во-первых, разрабатывается на основе учета кардинально изменившихся общественных условий и сознания (следует заметить, что большинство российских правоведов продолжает осмысливать лишь наследие советского времени в рамках современной ситуации в России, не беря во внимание общемировую тенденцию к кардинальному пересмотру всей сложившейся картины мира, в том числе и правовых взглядов, и поэтому существенно отстают в своих теоретико-правовых взглядах от современных зарубежных мыслителей); во-вторых, основывается на базе современной социальной философии и специфическом методе (по всей видимости, преемственном от гегелевской диалектики), позволяющем ее активизировать и применить для построения непротиворечивых представлений о праве.

Нетрадиционной концепцией правопонимания, выработанной на схожих основаниях (учет проблем постмодерна, современная философская база, специфический метод познания), можно назвать коммуникативную теорию права А.В. Полякова¹. Очевидно, что появление таких концепций связано с ослабленной «генетической» связью этих ученых с советской наукой.

Опосредованно современные философские концепции проявляются и в теориях других российских правоведов, разрабатывавших их еще в советское время. Например, в либертарной теории В.С. Нерсесянца можно найти общие моменты с экзистенциальной философско-правовой концепцией, преломляющей философию существования в юридическом аспекте. В данном ракурсе «основная задача философии права состоит в понимании и трактовке права как экзистенциального явления в его различии и соотношении с официальным законом (позитивным правом). В этом контексте экзистенциальное право выступает как подлинное право (как выражение «подлинного существования», экзистенции), а закон (позитивное право) – как нечто отчужденное от человека и противостоящее его экзистенциальной сути, как обезличенно объективированная форма выражения неподлинного существования»². А понимание права Л.И. Спиридоновым связано с идеями синергетики (ученый склонен рассматривать право как средство самоорганизации постоянно становящейся целостной системы социума), к тому же в последних своих работах Л.И. Спиридонов достаточно глубоко исследовал место и понимание права в условиях постмодерна.

Интересно, что философия права указанных авторов преломляется социально-практическим аспектом, так как оба ученых с ее помощью пытаются обосновать цель дальнейшего правового развития российского общества. Для В.С. Нерсесянца это переход от социализма с его «негативным равенством» к цивилизму, т. е. к эпохе «утверждения позитивного равенства – равного права каждого на одинаковую для всех часть общественного достояния, на равную долю социалистического наследства»; Л.И. Спиридонов же обосновывает необходимость и действительную направленность правового развития общества на преодоление «формальности» равенства через обеспечение каждому его члену неограниченного доступа к общечеловеческим ценностям, основанном на всеобщем труде и всеобщей собственности.

М.И. Байтин, А.Ф. Черданцев, Н.М. Марченко обосновывают свое понимание права тем, что его определение должно выполнять прагматическую функцию – служить ориентиром в законотворческой и правоприменительной деятельности. С.С. Алексеев прямо называет свою концепцию инструментальной, а ее целью – раскрытие регулятивного и ценностного потенциала, возможностей и наиболее целесообразных форм использования права на практике.

Еще одной, скорее идеологической, целью этих концепций является формирование в обществе представлений об авторитетности и абсолютной ценности законно установленного правопорядка. Так, А.С. Пиголкин, сторонник нормативного правопонимания, считает, что выхождение правоведов за его рамки

¹ Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2. С. 4–5.

² Нерсесянц В.С. Философия права. М, 2000.

воспитывает правовой нигилизм в обществе и оправдывает противозаконные действия¹.

Многие праведы разрабатывают правовые концепции в качестве средства определения справедливости и социальной обоснованности закона. Это свойственно теориям А.И. Жиданова, О.В. Мартышина, Р.З. Лившица, В.С. Нерсеянца и других. Правопонимание, адаптированное к достаточно резкой для России либерализации действительности, направлено на утверждение соответствующих ценностей, прежде всего, ценности прав и свобод человека (теории С.С. Алексеева, В.К. Бабаева).

Одним из самых последовательных сторонников и разработчиков нормативистского подхода к праву является М.И. Байтин. Он дает следующее определение праву: «Право – это система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее классовый и общечеловеческий характер, издаются и санкционируются государством, охраняются возможностью государственного принуждения и являются властно-официальным регулятором общественных отношений»². Таким образом, он стоит на позициях классического нормативизма и этатизма, считая, что единственной формой существования права являются государственно организованные нормы, экономическими, духовными и иными условиями жизни.

В.Н. Хропанюк предъявляет соответствующие либеральным и даже индивидуалистическим ценностям «требования» к праву, т. е. обосновывает позитивизм средствами естественного права. Так, по его мнению, «право в нормативной форме должно отражать требования общечеловеческой справедливости, служить интересам общества в целом, а не отдельным его классам или социальным группам, учитывать индивидуальные интересы и потребности личности как первоосновы общества»³.

А.Б. Венгеров, еще один сторонник нормативистско-этатистской концепции права, более последовательно (в рамках подобной концепции) считает, что право может иметь как объективное (обусловленное потребностями общества и направленное на упорядочение общественных отношений), так и субъективное (формирующееся под влиянием сиюминутных интересов) содержание.

Из концепции А.И. Жиданова также вытекает, что закон в широком смысле – единственная форма функционального существования права, можно сказать, что право и правовой закон для него равнозначны, в связи с чем при обосновании своего понимания права он считает первоочередной задачей поиск критерия правового содержания закона. Однако способы его формирования он описывает, отходя от традиционного этатизма. Жиданов рассматривает право как «универсальный регулятор общественных отношений, достигающий цели при помощи воздействия на волю и интересы участников этих отношений»⁴.

С.С. Алексеев обосновывает нормативистскую теорию, призванную в соответствии с достижениями мировой гуманитарной мысли стать философской базой концепции прав человека как главного проявления естественного права. Необходимость нормативистского определения права он, как и вышеперечисленные теоретики, объясняет потребностью юридического практики в четком инструментальном определении. Однако ученый пытается «либерализовать» и расширить этатистско-нормативистский подход, делая акцент на том, что стержнем позитивного права является не государственное обязывание, а дозволение (так он показывает, что государство не определяет, а лишь направляет действия субъектов права). Более того, Алексеев признает правомерность «широкого» определения права, выявляющего его общие свойства в ряду других социальных явлений (однако, по его мнению, оно имеет сугубо этико-философское, а не юридическое значение):

¹ Общая теория права / под ред. А.С. Пиголкина. М., 1995. С. 280.

² Там же. С. 152.

³ Хропанюк В.Н. Теория государства и права. М., 2006. С. 135.

⁴ Преступность и образ жизни / А.И. Жиданов, Д.М. Зоиров, Ф.Н. Петрова и др. // Использование зарубежного опыта в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации. Ч. 4. СПб., 1995. С. 10 – 15.

с этой точки зрения, право есть «социально обоснованная мера свободы»¹. Кроме того, как и большинство современных нормативистов, он предъявляет к позитивному праву абстрактное требование моральной обоснованности, признает его зависимость от легитимации с позиций общепризнанной морали.

Одним из современных сторонников «широкого» понимания права как совокупности норм, идей и отношений является также В.В. Лазарев. Однако, в отличие от Г.В. Мальцева, он видит эти элементы скорее не как целостную систему, а как различные формы проявления права. Тем не менее он тоже делает аналогичный вывод о том, что сторонники классических типов правопонимания, абсолютизируя одну из этих форм, не могут адекватно отразить природу права. «В связи с этим возникает соблазн объединить в единое понятие все признаки, более всего отвечающие интересам правоприменительной практики»².

Сущность же права, по В.В. Лазареву, выражается в общей воле, понимаемой как компромисс, отражающий единую коллективно-сознательную направленность общества, признаваемый государством и потому выступающий общеобязательным критерием правового поведения (категория, аналогичная «государственной воле общества» в теории М.И. Байтина). Таким образом, получается, что право не существует как вне сознания и реальных действий людей, так и без государственного признания и обеспечения. Иначе говоря, интегральное правопонимание в. в. Лазарева также опирается на этатистскую парадигму, что во многом связано с направленностью его теории на «интересы правоприменительной практики».

В заключении хотелось бы отметить, что интегральный характер либертарной концепции В.С. Нерсесянца³ может «примирить» существующие в различных вариантах правопонимания теоретические оппозиции «идеального» и «материального», «рационального» и «иррационального», «должного» и «сущего», «субъективного» и «объективного», «естественного» и «сконструированного» в праве, поскольку право как своеобразный многогранник включает в себя все эти стороны.

К ВОПРОСУ О НЕОБХОДИМОСТИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПОНЯТИЙ ПРИВИЛЕГИЙ И ЛЬГОТ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Шельпякова Юлия Викторовна

В современном российском государстве, установленном конституцией как «демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления»⁴, происходят массовые преобразования во многих сферах его деятельности. Наряду с этими преобразованиями на пути к построению правового государства особо значимым и актуальным является вопрос о соблюдении принципа правового равенства, рассматриваемого в контексте пользования и применения правовых привилегий и льгот. В данной проблеме имеет место признак чрезмерности, который дает основание для расценивания льгот и привилегий как неправомерных, нарушающих правовую меру, а значит, и противоречащих принципам равноправия и справедливости.

Для разрешения данного вопроса необходимо определить пути их эффективного использования на основе правовых и нравственных норм, и не только правильно понимать значение этих понятий, но и четко разграничивать их.

¹ Алексеев С.С. . Избранное. М., 2004. С. 45.

² Лазарев В.В. Проблемы общей теории права и государства. М., 2002. С. 154.

³ См.: Нерсесянц В.С. Основные концепции правопонимания // Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 141–142.

⁴ Конституция Российской Федерации. Принята на всенародном референдуме 12 декабря 1993 года // Российская газета. 2009. 21 янв. (№ 7).

Существует множество подходов к определению понятия льгота.

Слово «льгота» происходит от древнерусского «льга», что означает «легкий, маловесный, нетяжелый»¹. Под «льгой», «леготой» (льготой) подразумевались особые права, облегчение от податей, повинностей, большая свобода в чем-либо. В русском языке на основе данного термина образовались такие слова и выражения, как «льготить человека» (предоставлять кому-либо преимущество), «льготствовать» (состоять на льготе), «легчать» (уменьшать повинности), «легошить» (делать легче, льготнее), «льготчик» (человек, пользующийся преимуществом), «легчить» (устанавливать льготы) и т. д.²

В Большом экономическом словаре льгота определяется как частичное или полное освобождение от выполнения определенных обязательств, преимущество, дополнительное право, предоставляемое определенным категориям граждан или отдельным организациям, предприятиям, регионам³. В словаре Ожегова льготой является преимущественное право, облегчение, предоставляемое кому-нибудь как исключение из общих правил⁴.

В толковом словаре Ушакова льгота является синонимом привилегии и трактуется как отступление от общих правил в пользу отдельных лиц или социальных групп⁵.

В теории права существуют различные точки зрения.

Сторонники первой полагают, что правовые льготы – это юридические средства, с помощью которых создается режим наибольшего благоприятствования для удовлетворения интересов и потребностей субъектов, имеющие для последних компенсационное, стимулирующее либо гарантирующее значение⁶.

Сторонники другой точки зрения определяют льготу как правомерное облегчение положения субъекта, позволяющее ему полнее удовлетворить свои интересы и выражающееся как в предоставлении дополнительных, особых прав (преимуществ), так и в освобождении от обязанностей⁷.

В целом под правовой льготой ученые понимают либо разновидность специальных прав граждан, предоставляемых некоторым группам населения, более высокий уровень прав для отдельных групп по сравнению с общим уровнем, либо поощрительное освобождение участника общественной жизни от некоторых установленных нормами права обязанностей. То есть льгота понимается как облегчение, предоставленное преимущество, большая свобода в чем-либо.

Таким образом, в литературе можно встретить различные подходы к пониманию льгот, однако четкого определения данного понятия в юридической науке нет.

В общем, все попытки дать определение данному термину сводятся к пониманию льгот как либо разновидности специальных прав граждан, предоставляемых некоторым группам населения⁸, либо поощрительного освобождения участника общественной жизни от некоторых установленных нормами права обязанностей⁹.

В переводе с латинского привилегия есть «специальный закон для особого лица». Многочисленные словари определяют данное понятие следующим образом: 1) исключительное право, преимущество, предоставленное кому-либо (государственному органу или должностному лицу); 2) монопольное право на изо-

¹ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1881. Т. 2. С. 277.

² См.: Там же. С. 243.

³ Большой экономический словарь / под ред. А.Б. Борисова. М.: Книжный мир, 2003. С. 895.

⁴ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: Мир и Образование, 2008. С. 736.

⁵ Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Гос. ин-т «Сов. энцикл.», С. 356.

⁶ Морозова И.С. Льготы в российском праве: проблемы эффективности // Теория права и государства. 2006. № 8.

⁷ Малько А.В. Льготы в праве: Общетеоретический аспект // Правоведение. 1996. № 1. С. 41.

⁸ Малько А.В. Льготы в Российском праве (проблемы теории и практики) // Государство и право. 2006. № 8. С. 115.

⁹ Советский энциклопедический словарь. М., 1988.

бретение; документ, удостоверяющий и охраняющий это право; 3) преимущество, исключительное право, предоставляемое кому-нибудь в отличие от других¹.

Существует точка зрения, что «привилегии – разновидность льготного способа регулирования общественных отношений, когда преимущество устанавливается исключительной нормой и когда законодатель вольно или невольно допускает чрезмерное улучшение положения субъектов»².

Таким образом, согласно словарным определениям, льгота – это «облегчение, предоставляемое кому-то как исключение из общих правил».

Например, граждане Российской Федерации имеют право на пользование общественным транспортом и платить за такую услугу. Льгота же в данном случае будет предполагать полную отмену или уменьшение неприятной обязанности платить за пользование транспортом.

Так, в соответствии с п. 2 ст. 53 Федерального закона РФ «О государственной гражданской службе» гражданские служащие имеют дополнительные государственные гарантии, например: «транспортное обслуживание, обеспечиваемое в связи с исполнением должностных обязанностей, в зависимости от категории и группы замещаемой должности гражданской службы, а также компенсация за использование личного транспорта в служебных целях и возмещение расходов, связанных с его использованием, в случаях и порядке, установленных соответственно нормативными правовыми актами Российской Федерации и нормативными правовыми актами субъекта Российской Федерации»³.

Либо, в п. 3 ст. 5 Федерального закона РФ «Об образовании»⁴ можно закрепить положение, согласно которому: «Государство гарантирует гражданам общедоступность и бесплатность дошкольного, начального общего, основного общего, среднего (полного) общего образования и начального профессионального образования, а также на конкурсной основе бесплатность среднего профессионального, высшего профессионального и послевузовского профессионального образования в государственных и муниципальных образовательных учреждениях в пределах федеральных государственных образовательных стандартов, федеральных государственных требований и устанавливаемых в соответствии с пунктом 2 статьи 7 настоящего Закона образовательных стандартов и требований, если образование данного уровня гражданин получает впервые, в порядке, предусмотренном настоящим Законом».

Однако для сирот, инвалидов и некоторых категорий граждан эта малопривлекательная процедура смягчается: льгота делает этих людей конкурентоспособными в борьбе за бюджетное студенческое место уже в том случае, если они имеют хотя бы положительные оценки. Так, в соответствии со ст. 19 закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»⁵ «инвалиды 1-й и 2-й группы при поступлении в среднее профессиональное и высшее профессиональное государственное или муниципальное образовательное учреждение имеют право на внеконкурсное зачисление в случае успешной сдачи вступительных экзаменов, если такое обучение не противопоказано медицинским заключением».

Что касается привилегий, то они создают режим благоприятствования своим обладателям, устанавливая дополнительные гарантии и облегчения из общего порядка. В целом данные понятия смежные, однако цель у привилегий немного другая.

¹ Словарь иностранных слов. М., 1988. С. 399; Советский энциклопедический словарь. М., 1988. С. 1058; Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1991. С. 586.

² Козюк М.Н. Правовое равенство и привилегия депутатской неприкосновенности // Личность и власть. Ростов н/Д., 1995. С. 166.

³ Федеральный закон Российской Федерации «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ // Российская газета. 2004. 31 июля (№ 3539).

⁴ Закон Российской Федерации «Об образовании» // Российская газета. 1996. 23 янв. (№ 13).

⁵ Федеральный закон «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» (в ред. федеральных законов от 24.07.1998 № 125-ФЗ с изм. от 24.07.2009 № 213-ФЗ) // Российская газета. 1995. 2 дек. (№ 234).

Например, в соответствии с законом «О государственной гражданской службе», ст. 53, устанавливаются дополнительные государственные гарантии для государственных служащих. Пунктом этой статьи установлено, что «государственный служащий имеет право на единовременную субсидию на приобретение жилой площади один раз за весь период гражданской службы в порядке и на условиях, устанавливаемых соответственно постановлением Правительства Российской Федерации и нормативным правовым актом субъекта Российской Федерации»¹.

В данном случае государство стимулирует гражданских служащих на обеспечение правовой и социальной защищенности гражданских служащих, повышение мотивации эффективного исполнения ими своих должностных обязанностей, укрепление стабильности профессионального состава кадров гражданской службы.

Вместе с тем привилегии устанавливаются не только в отношении властвующих лиц. Они как монопольные, исключительные права могут принадлежать в определенных случаях и гражданам, предприятиям, учреждениям, организациям и иным субъектам. Об этом говорится в ряде нормативных актов. Например, в ст. 21 Закона РФ «О государственной тайне» для сотрудников структурных подразделений по защите государственной тайны дополнительно к социальным гарантиям, установленным для должностных лиц и граждан, допущенных к государственной тайне на постоянной основе, устанавливается процентная надбавка к заработной плате за стаж работы в указанных структурных подразделениях, что в данном случае и является привилегией для сотрудников структурных подразделений².

Таким образом, привилегия – это дальнейшее обогащение имущего, а льгота – необходимая помощь малоимущему.

Можно сказать, что привилегия украшает жизнь, а льгота делает ее чуть более сносной – ведь сами-то льготы предоставляются социально наиболее уязвимым членам общества. И очевидно, что неразличение значений этих двух слов препятствует более глубокому пониманию сути социальных процессов, переживаемых нашим обществом.

Вернемся же к вопросу о принципе правового равенства. Как всякий принцип, он применяется как общее правило во всех отраслях права. Однако для каждого правила есть исключения, что и является объектом изучения в процессе любого исследования. В области принципа правового равенства одним из таких исключений будет являться пользование привилегиями и льготами.

Таким образом, из приведенного примера видно, что привилегии и льготы представляют собой отступление от конституционного принципа равноправия граждан, однако подобное отступление не нарушает данный принцип и не противоречит ему. Законодательно закрепляя, государство устанавливает определенные изъятия и облегчения для отдельных субъектов в зависимости от защищаемого интереса, выполняемой функции и некоторых других обстоятельств. Установление привилегий тем самым причинно обусловлено необходимостью справедливого распределения материальных и социальных благ для обеспечения деятельности, направленной на принесение пользы государству и обществу, компенсации «затрат» у лиц, выполняющих соответствующие обязанности.

Установление льгот, в свою очередь, имеет целью социально защитить, улучшить положение отдельных нуждающихся в этом лиц, перевести процесс удовлетворения их интересов в более благоприятный режим.

¹ Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // Российская газета. – Федеральный выпуск. 2004. 31 июля (№ 3539).

² Закон РФ от 21.07.1993 № 5485-1 (ред. от 18.07.2009) «О государственной тайне» // Российская газета. 1993. 21 сент. (№ 182).

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ЭТИЧЕСКИХ НОРМ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НЕКОТОРЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ПРОФЕССИЙ

Игнатов Анатолий Юрьевич

В зарубежных странах основная тенденция состоит в том, чтобы соблюдать разумный баланс между государственным регулированием и саморегулированием ассоциаций юристов. В России, которая в этом вопросе существенно отстает от западных государств, пока не определен общий подход к регулированию в этой сфере.

Необходимость регулирования российского рынка юридических услуг признают как властные структуры, так и сами участники рынка. Но вопрос о концепции регулирования остается дискуссионным, поскольку в России правовые услуги оказывают, с одной стороны, адвокаты, объединенные в независимую самоуправляемую профессиональную корпорацию и обязанные выполнять жесткие квалификационные и этические требования, а с другой – свободно практикующие юристы, не связанные подобными ограничениями.

Несомненно, упомянутый вопрос дуализма в сфере юридического консалтинга требует в определенной степени государственного регулирования. Если говорить о юридической корпорации в целом, то государственный регулятор заинтересован в развитии и усилении ее внутреннего регулирования, направленного на соблюдение юристами профессиональных требований и морально-этических норм, поскольку юридическая помощь может быть признана квалифицированной только при условии ее соответствия определенным стандартам качества.

Для того чтобы решить вопрос о подходе к регулированию профессии, нужно прежде всего четко определить статус свободно практикующих юристов. Представители юридических фирм не разделяют идею об адвокатской монополии на юридическом рынке, т. е. о приеме в адвокатуру всех юристов, оказывающих правовые услуги неопределенному кругу лиц. В то же время было высказано и мнение о том, что оказание правовой помощи нельзя рассматривать как предпринимательскую деятельность.

С одной стороны, сегодня адвокатский статус означает высокую квалификацию, гарантирует дисциплинарную ответственность и профессиональный иммунитет, что, безусловно, повышает шансы его обладателя привлечь клиентов.

С другой стороны, Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», обеспечивая независимость адвокатуры, тем не менее не дает многим талантливым адвокатам возможности реализовать себя, так как установленный им перечень форм адвокатских образований уже не отвечает потребностям жизни.

Сегодня лишь адвокатское бюро более тяготеет к пониманию «классической юридической фирмы». Именно в нём наряду с «адвокатами-собственниками» (учредителями) могут быть и «адвокаты – наемные работники».

Однако по причинам наложения дополнительных обязательств, а также несовершенства форм адвокатских образований в настоящее время стимула у представителей юридического бизнеса вступать в адвокатское сообщество нет. Кроме того, считается, что необходимое качество юридической помощи можно обеспечить путем установления для юристов, оказывающих правовые услуги, определенных стандартов, в том числе этических. В связи с этим многие поддерживают идею объединения юридических фирм в ассоциации, каждая из которых разработает такие стандарты для своих членов¹. При этом обязательность соблюдения этических требований в подобных сообществах сомнительна, поскольку ответственность за нарушение содержащихся в них норм может никогда не наступить.

¹ Например: Уральская правовая палата (г. Екатеринбург), которая была создана в 2005 г. и в настоящее время добивается статуса саморегулируемой организации. Члены палаты не только обмениваются услугами и клиентами, но и разработали собственные стандарты взаимоотношений с клиентами, дисциплинарной и ценовой политики.

Сегодня, пожалуй, единственным реально действующим актом можно назвать «Кодекс профессиональной этики адвоката», закрепляющий основы этико-правовой ответственности.

Ведутся и разработки кодекса профессиональной этики юриста, однако его принятие в обозримом будущем вряд ли возможно. Следует согласиться с позицией заместителя председателя Конституционного Суда С. Маврина, который полагает, что создание единого кодекса юридической этики маловероятно, потому как деятельность юристов многообразна и целесообразнее формулировать нормы поведения исходя из потребностей определенных юридических профессий.¹

Наряду со сказанным можно допускать принятие этических кодексов и этических стандартов для профессиональных ассоциаций и объединений юристов. В указанных документах целесообразно предусмотреть такие разделы, как:

- О социальной ответственности юриста.
- Законность и нравственность.
- О добросовестности и доверии.
- Недопустимость причинения вреда клиенту.
- Честь и достоинство юриста.
- Честность и объективность.
- О качестве услуг.
- Информационная открытость.
- Профессиональная независимость юриста.
- Профессиональная тайна юриста.
- Конфликт интересов клиентов.
- Профессиональная компетентность и квалификация юриста.
- Профессионализм и коммерциализация.

Также кодексы должны предусматривать положения, регулирующие поведение юриста при осуществлении профессиональной деятельности:

- О требованиях к сотрудникам юридической фирмы.
- Требования к офису члена УПП.
- Правила поведения при первом обращении клиента.
- Формирование предложения клиенту и начало работы с ним.
- Обязанности и ответственность юриста при работе с клиентом.
- Правила поведения при защите прав и интересов клиентов в суде.
- Этические конфликты и принципы их разрешения.
- Взаимоотношения с коллегами и специалистами смежных сфер деятельности.
- Публичная деятельность юриста, связи с общественностью и СМИ.
- Правила поведения при реализации права на объединение.
- Правила поведения вне профессиональной деятельности.
- Деятельность, не совместимая с профессиональной деятельностью юриста.

Необходимо предусмотреть дисциплинарную ответственность, органы, ведущие дело о дисциплинарном производстве.

Именно скорейшее введение определенных стандартов, в первую очередь этических, позволит упорядочить деятельность различных юридических профессий, оказывающих юридическую помощь физическим и юридическим лицам.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРЕДЕЛОВ ЮРИДИЧЕСКОЙ СВОБОДЫ СУБЪЕКТОВ ПРАВА

Лукина Юлия Сергеевна

Для выживания и прогресса государства нужно знать, какие возможности следует предоставить при правовом регулировании субъектам права, чтобы они действовали для достижения этих целей, а не в ином направлении. Поэтому в любом

¹ Материалы конференции, Первый Молодежном юридическом форуме в Санкт-Петербурге 2 июля 2010 года.

таком сообществе проблема пределов юридической свободы отдельных лиц и организаций является актуальной. Тем более, что всякое государство существует в специфической обстановке, которая требует проявления именно уникальных возможностей поведения для реализации упомянутых целей.

Не случайно проблема пределов юридической свободы субъектов права активно обсуждается в отечественной юридической литературе¹. При этом правоведами особое внимание уделяется вопросу о том, какими должны быть пределы юридической свободы субъектов права в российском государстве для обеспечения наибольшего прогресса такого сообщества².

Прежде всего следует отметить, что эти пределы в их связи с указанной свободой есть вид вполне определенного рода. Последним выступают границы всякой человеческой свободы.

Однако, чтобы охарактеризовать вид, нужно выявить закономерности рода. Затем их следует распространить на вид, конкретизировав в соответствии с его спецификой.

Эта логика исследования требует сначала определить ограничения свободы человека. Но их нельзя выявить, не установив, что такое свобода.

Таковая есть возможность лица действовать произвольно. Однако любой произвол существует, только если предполагаются какие-либо его пределы. Поэтому без последних произвол немыслим. Без них о нем ничего сказать нельзя, ибо он не определен. Указание же на границы по отношению к произволу дает ему конкретную характеристику.

Вот почему нельзя согласиться с определением В.П. Камышанского произвола как безграничной свободы³.

Равным образом широко используемое в последнее время понятие «беспредель» также имеет границы, в которых проявляются его свойства.

В литературе существуют разные точки зрения относительно того, что такое социальная свобода вообще и юридическая в частности. Некоторые авторы при определении рассматриваемых феноменов непосредственно не выводят их существование из нужд нормативного регулирования. Для них свобода – это возможность поступать произвольно. Например, данное мнение поддерживала Екатерина II. Она, как известно, утверждала, что свобода – это когда «никто не может заставить меня делать то, чего я не хочу»⁴.

Другие авторы, напротив, полагают, что свобода есть продукт регламентации. Такое мнение в формулировке Э. Дюркгейма сводится к следующему: «Я могу быть свободным только в той мере, в какой другой удерживается от того, чтобы воспользоваться своим... превосходством для порабощения моей свободы, и только социальный образец может воспрепятствовать этому злоупотреблению силой»⁵.

Вторая теоретическая позиция из приведенных представляется правильной. В самом деле, существует только два способа создания социальной свободы. Один из них заключается в предписании определенного положительного поведения конкретному субъекту. В этом случае рассматриваемое лицо может в иных отношениях действовать произвольно, т. е. быть свободным. Другой метод сводится к запрету определенных действий для известного субъекта. В результате последний получает возможность действовать свободно в сфере поведения, которой запрет не касается.

Какие бы ограничения человеческой свободы ни существовали, они выступают в форме пределов ее, включающихся в индивидуальные нормы конкретных лиц. Каждое такое правило существует в виде связи возможности личного поведения для удовлетворения личных потребностей и требований к личному по-

¹ Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права. М., 2005. С. 653.

² Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2003. С. 84; См. также: Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. М., 2000. С. 117.

³ Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. М., 2000. С. 64.

⁴ Алексеев П.В., Панин А.В. Философия. М., 2007. С. 515..

⁵ Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явление социальной эволюции. Красноярск, 1995. С. 91.

ведению, необходимых для того, чтобы указанные возможности могли реализоваться.

Однако индивидуальные правила поведения отдельного лица без какого-либо исключения интегрированы в социальные нормы общественных организаций, в рамках которых человек существует. Поэтому все пределы человеческой свободы одновременно являются интегрированными в адресованные ему социальные нормы. Так что эти ограничения выступают для индивидуума в качестве совокупности разнообразных субъективных обязанностей всех организаций, куда он включен.

Одним из указанных объединений является независимое политическое общество, выступающее в условиях цивилизации как государство. Такая целостность делится на суверена и подданных. Первый – индивид или коллектив, привычно никому не подчиняющийся в большинстве случаев. Вторые – лица и объединения, привычно подчиняющиеся суверенной власти в большинстве ситуаций. Причем независимое политическое общество устанавливает особый вид социальных норм – право. Его образуют приказы суверена подданным.

Юридические нормы включают в свой объем лишь часть субъективных обязанностей, предусмотренных всеми социальными нормами. Причем вся совокупность юридических обязанностей, интегрированная в правила права, выступает суммой ограничений, определяющих юридическую свободу отдельного члена независимого политического общества. Иными словами, последняя неизменно оказывается в рамках возможностей, предоставленных людям юридическими нормами. И эти возможности одновременно являются для них пределами юридической свободы.

Вдобавок она во всех случаях остается человеческой свободой, интегрированной в рассмотренные индивидуальные и остальные, кроме правовых, социальные нормы. Правда, правовая свобода интегрируется лишь в индивидуальные и социальные нормы, содержание которых признается правом обязательным для членов соответствующего независимого политического общества.

Так как пределами юридической свободы людей выступает лишь часть обязанностей, установленных их индивидуальными и поэтому социальными нормами, встает вопрос: чем отличается предусмотренное правом должное поведение от непредусмотренного? Ответ на него прост. Юридическая свобода определяется ограничениями, предписанными суверенной властью под угрозой применения к нарушителям силы всего независимого политического общества.

Хотя эти пределы непосредственно выступают для всякого члена независимого политического общества юридическими обязанностями, указанные ограничения не перестают оставаться для него предписаниями индивидуальных и неправовых социальных норм, а также зафиксированными в двух последних категориях правил всеми иными пределами человеческой свободы. Так что при характеристике совокупности юридических обязанностей, установленных конкретным независимым политическим обществом, описываются введенные в отмеченные предписания должного поведения остальные упомянутые группы ограничений человеческой свободы.

Как только предел свободы начинает определять индивидуальное поведение, он включается в соответствующую личную и социальную нормы. Но так как не все требования личных и социальных норм становятся субъективными юридическими обязанностями, рассматриваемое ограничение по усмотрению суверенной власти либо интегрируется в одну из таких обязанностей, либо нет. Во втором случае этот предел не становится ограничением юридической свободы. В первом же он оказывается таковым.

Какие же группы пределов человеческой свободы можно выделить в конкретном независимом политическом обществе, исходя из предшествующего изложения? Прежде всего сюда относится все многообразие факторов, определяющих личное поведение существующих здесь людей. Указанные ограничения становятся личными правилами отдельных лиц и поэтому также социальными нормами. Иными словами, эти пределы приобретают качества нормативных, т. е. интегрированных соответствующими установлениями отдельного лица для себя, равно

как и коллектива для его членов. Наконец, отмеченные нормативные установления выступают юридическими, когда признаются суверенной властью в качестве субъективных юридических обязанностей.

При этом на уровень индивидуальных и социальных норм попадает или включается в эти правила лишь часть обстоятельств, обдумываемых конкретным человеком перед тем, как он начинает действовать. Это означает, что такие обстоятельства, с одной стороны, и факторы, определяющие личное и поэтому социальное поведение лица, – с другой, соотносятся как целое и его часть. Подобным образом связаны нормативные ограничения человеческой свободы вообще и юридические ее пределы в частности.

Но последние, как ясно из изложенного, не составляют весь объем понятия пределов юридической свободы субъектов права во вполне определенном смысле. Хотя такое понятие включает юридические обязанности указанных лиц, интегрированные также в личные и неправовые социальные нормы, реализуемые этими людьми, оно выделенным содержанием не исчерпывается. При формулировании юридических обязанностей для подданных суверен рассматривает множество обстоятельств. Та часть из них, которая учитывается суверенной властью при формулировании юридических обязанностей, выступает фактическими пределами юридической свободы субъектов права. Причем упомянутые ограничения до воплощения их в юридические нормы могут и не оказываться только что раскрытыми нормативными пределами человеческой свободы.

Фактические ограничения юридической свободы субъектов права охватывают и само усмотрение суверена. Причина очевидна. Именно оно непосредственно определяет юридические обязанности, установленные правом.

Остальные фактические пределы юридической свободы субъектов права ее определяют опосредованно. При этом усмотрение суверенной власти оказывается посредствующим звеном.

Отсюда вытекает, что все факторы, определяющие юридические обязанности, за исключением правовых норм, являются фактическими ограничениями юридической свободы, установленной правом. И в сумме упомянутых фактических пределов один выступает в качестве непосредственного, а остальные – в виде опосредствованных.

Если же к выделенной сумме добавить и юридические нормы, учитываемые сувереном при формулировании своих приказов подданным, то налицо будет такой результат. Это есть совокупность всех существующих пределов юридической свободы субъектов права.

Фактические пределы юридической свободы субъектов права имеют место не только для суверена. С ними сталкиваются и подданные. Для каждого из последних это есть совокупность ограничений, препятствующих ему воспользоваться собственными юридическими возможностями по действующему праву. При этом в такую сумму входят личные и неправовые социальные нормы, имеющие силу в отношении подданного.

Итак, пределы юридической свободы субъектов права есть совокупность многообразных факторов, которые ее определяют. Притом при реализации указанной функции такие обстоятельства эту свободу и создают. Ведь без них она немислима точно так же, как любое усмотрение без пределов такового.

В юридической литературе существует и иная теоретическая позиция. Согласно ей, ограничения свободы представляют собой отличные от нее явления. Об этом пишут, в частности, В.И. Гойман, а также Н.И. Панова. Так, по мнению первого, «ограничение свободы – это осуществляемое в соответствии с предусмотренными законом основаниями и в установленном порядке сужение ее объема»¹. Вторая также заявляет, что «юридические ограничения ущемляют свободу»².

Впрочем, эта теоретическая позиция не чужда и классикам юридической мысли, скажем, Д. Остину. Как он отмечал, «политическая или гражданская свобода

¹ Гойман В.И. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. 1998. № 7. С. 26.

² Панова Н.И. Русско-украинский словарь терминов по теории государства. Харьков, 1993. С. 83.

заслуживает не больше похвалы, чем политическое или правовое ограничение»¹. Здесь свобода и ограничение выступают как разные виды реальности.

Все эти точки зрения едва ли являются полностью верными в свете проведенного анализа. Как было показано, социальная норма вообще и юридическое правило в частности представляют собой способы бытия общественной и юридической свободы. Вот почему субъективные права и обязанности, в том числе юридические, которые составляют содержание нормы, являются проявлениями свободы в равной степени, хотя вторые из них и принято называть ее ограничениями.

Правда, так обстоят дела лишь применительно к коллективу людей, поведение которых норма упорядочивает. Что же касается отдельного лица в пределах этого коллектива, то его произвол, безусловно, ограничен возложенными на него субъективными обязанностями – как юридическими, так и иными. И в этом смысле только что подвергнутые критике точки зрения содержат рациональное зерно. Ведь свою обязанность любое лицо осознает как отличную вещь от собственного права.

РЕАЛИЗАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ОБЩЕМ КОНТЕКСТЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА: ПОПЫТКА СИСТЕМНОГО ОСМЫСЛЕНИЯ

Кузьмин Игорь Александрович

В настоящее время, когда призывы президента и высших должностных лиц государства к модернизации всех сфер жизни российского общества звучат все настойчивее, а достигнутые результаты все еще оставляют желать лучшего, теоретические проблемы правовой системы приобретают особую «злободневность» и небывалую актуальность.

Метанаучные изыскания в области теории государства и права на современном этапе развития правовых институтов позволяют более глубоко оценить и «прощупать» слабость методологических установок, что, в свою очередь, открывает простор для наилучшей оптимизации понимания базовых правовых категорий. А основанная на общественной практике теория – эффективное средство разрешения самых сложных жизненных ситуаций.

В этом контексте совершенно справедливо следующее высказывание: «Право – ничто, если его положения не находят своей реализации в деятельности людей и их организаций, в общественных отношениях. Нельзя понять право, если отвлечься от механизма его реализации в жизни общества»².

Название данной статьи было предопределено основным логическим приемом, который получает значительное распространение в науке и носит условное название «определение через род и видовое отличие»³.

Формулируемый на основе этого метода базовый постулат логики – определять явление через род и видовые отличия – послужит дебютом для наших рассуждений о понятии и сущности явления реализации юридической ответственности.

Исходя из этого, мы выделяем следующие логико-теоретические закономерности:

¹ Дробышевский С.А. Классические теоретические представления о государстве, праве и политике. Красноярск, 1999. С. 188.

² Явич Л.С. Общая теория права / под ред. А.И. Королева. Л., 1976. С. 201.

³ См.: Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика : учебник для юрид. вузов / под ред. проф. В.И. Кириллова. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 48–49; Ивин А.А. Логика : учеб. пособие. 2-е изд. М., 1998. С. 76–79.

- юридическая ответственность – элемент системы права (институт); одно из средств механизма правового регулирования;
- реализация юридической ответственности – реализация правового института (реализация права); использование (воплощение в жизнь) юридической ответственности как средства правового регулирования.

Так как реализация юридической ответственности (вид) – это, по сути, реализация права (род), то первая должна неизменно детерминироваться второй.

В свете сказанного уместно обратиться к общей предпосылке реализации юридической ответственности – реализации права, на основе которой станет возможным непосредственно уяснить и показать специфику реализации ответственности правовой.

«Говоря о конкретизации абстракции «осуществление права», – повествуя А.М. Васильев, – желательнее еще раз подчеркнуть, что правовые категории не следует считать жестко включенными лишь в один определенный понятийный ряд. Они могут относиться к разным по степени конкретизации понятийным рядам в зависимости от того, в каком отношении с другими категориями или с какой стороны они рассматриваются. Не составляют исключения и абстракции, относящиеся к основному понятийному ряду. В противном случае было бы трудно осмыслить диалектические переходы категорий, то, что понятие может быть и самим собой, и другим»¹.

Иными словами, конкретизация осуществления права возможна по отношению к различным юридическим категориям, входящим в понятийный ряд теории права. По контексту преломление общих положений осуществления права сквозь призму явления юридической ответственности порождает частную индивидуализацию реализации права – феномен реализации правовой ответственности.

Назовем ключевые особенности явления реализации права.

- Реализация права – *воплощение в жизнь предписаний норм права* посредством волевых актов (поведения) субъектов².
- Волевые акты, определяющие динамику реализации права, носят *исключительно правомерный характер*³.
- Реализация права основывается на *предписаниях позитивного права*⁴.
- Реализация права по своей сути – реализация *субъективных прав и обязанностей*⁵.

Исходя из этого, «рабочее» определение реализации права может быть представлено как *воплощение (претворение) предписаний позитивного права в жизнь, посредством правомерного поведения субъектов, выраженное в реализации их субъективных прав и обязанностей*.

Избегая вовлечения в дискуссию о понятии и сущности юридической ответственности, выскажем собственную приверженность концепции, по которой правовая ответственность может пониматься в объективном (статутном) и субъективном смысле⁶.

¹ Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976. С. 174–175.

² См.: Теория государства и права : учебник / под ред. А.С. Пиголкина, Ю.А. Дмитриева. М., 2009. С. 583; Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 126–127.

³ Вопленко Н.Н. Реализация права : учеб. пособие. Волгоград, 2001. С. 5; Лившиц Р.З. Теория права : учебник. М., 1994. С. 130.

⁴ Сырых В.М. Логические основания общей теории права : в 2 т. Т. 1. Элементный состав. М., 2000. С. 17; Гойман В.И. Действие права. (Методологический анализ). М., 1992. С. 24–25.

⁵ Пьянов Н.А. Консультации по теории государства и права : учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Иркутск, 2008. С. 406; Борисов Г.А. Теория государства и права : учебник. Белгород, 2007. С. 206.

⁶ Об этом: Пьянов Н.А. Актуальные проблемы теории государства и права : учеб. пособие. Иркутск, 2007. С. 194–199; Трудовое право России : учебник / под ред. А.М. Куренного. М., 2004. С. 340; Кучинский В.А. О понятии юридической ответственности как фундаментальной категории юриспруденции // Юридическая ответственность: проблемы теории и практики : межвуз. сб. науч. тр. Минск, 1996. С. 10; Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 104, 106.

Под юридической ответственностью в объективном смысле мы понимаем закрепленные в санкциях правовых норм меры государственного принуждения, выступающие в виде лишений личного, имущественного или организационного характера, которые могут быть применены к лицу за совершение противоправного деяния. Субъективная юридическая ответственность определяется нами как особая субъективная обязанность лица претерпеть меры принуждения в виде определенных лишений за совершенное противоправное деяние.

Постараемся проследить отражение признаков реализации права в процессе развития юридической ответственности:

1. Реализация юридической ответственности *основана на нормах позитивного права*.

Действительно, в законодательстве получают закрепление:

- меры государственного принуждения в виде лишений определенного характера, которые могут быть применены к лицу за совершенное противоправное деяние (юридическая ответственность в объективном смысле);
- условия (неистечение срока исковой давности, вменяемость лица на момент вынесения приговора и т. д.) и основания (материальные, фактические и процессуальные) для применения мер юридической ответственности;
- порядок привлечения к ответственности (регламентированный в процессуально-процедурных нормах).

2. Реализация юридической ответственности – использование правовых норм, содержащих положения о привлечении к ответственности посредством *правомерного поведения субъектов возникшего охранительного отношения*.

Данный признак также не подвергается никакому сомнению, поскольку возникшее из факта противоправного деяния правоотношение ответственности и реализация его основного элемента – обязанности лица претерпеть негативные лишения за совершенное противоправное деяние основываются исключительно на правомерном поведении органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать и разрешать дела о привлечении к юридической ответственности.

3. Реализация юридической ответственности осуществляется посредством *реализации обязанности* в правоотношении ответственности.

Если предыдущие два признака по своему характеру относились скорее к юридической ответственности в объективном смысле (ее закреплению в правовых нормах), то данный признак обуславливает реализацию субъективной юридической ответственности. Реализация субъективной юридической ответственности осуществляется в процессе претерпевания мер принуждения, предусмотренных в праве и конкретизированных в договоре или акте применения права (отбывание наказания в виде лишения свободы, выплата штрафной неустойки и др.). Указанная обязанность может существовать лишь в конкретном правоотношении и в большинстве случаев индивидуализируется в итоговом акте применения права (приговор судьи, постановление о наложении административного штрафа и т. д.).

Основываясь на сказанном, несложно заметить, что воплощение в жизнь правовой ответственности становится возможным только в единстве двух ее начал – объективного (как общей предпосылки) и субъективного (как проявления ответственности в конкретных общественных отношениях).

Для более глубокого уяснения существенных характеристик реализации юридической ответственности рассмотрим несколько классификаций форм реализации права.

Долгое время в правовой науке довлела точка зрения, по которой явление реализации субъективного права признавалось только в конкретных правоотношениях, не выходя за пределы действия корреспондирующих друг другу прав и обязанностей участников этих отношений.

Идея о реализации права не только в конкретных правоотношениях, но и вне их зародилась еще в советское время и была поддержана группой ученых-

правоведов¹. Согласно этим воззрениям вне правовых отношений реализуются, прежде всего, так называемые всеобщие и абсолютные права (которыми пользуются все субъекты права по отношению к другим субъектам), нормы, содержащие запреты, а, по мнению отдельных правоведов, – нормы права, устанавливающие правовой статус.

Обозначенная концепция ввиду неоднозначности своего содержания не могла остаться незамеченной и породила множество позиций, в том числе как положительного², так и критического характера³.

С нашей точки зрения реализация права вне конкретных правоотношений возможна при осуществлении части запрещающих (обязанность воздержаться от нарушений публичного права), обязывающих (обязанность оказать помощь больному лицом, обязанным ее оказывать) и управомачивающих (свобода слова, право на личную неприкосновенность и т. д.) правовых предписаний.

Отнесение действия всех без исключения запрещающих норм к реализации права вне конкретных правоотношений будет вступать в коллизию с теорией абсолютных правоотношений, где праву конкретного лица противостоит неопределенное количество субъектов, обязанных не нарушать его субъективное правомочие (право собственности, право пользования результатами интеллектуальной деятельности и т. д.).

При этом мы разграничиваем правоотношения на конкретные (складывающиеся в рамках конкретных общественных связей) и общерегулятивные, которые возникают как результат общего действия норм права по установлению формального правопорядка. Так, В.М. Лазарев и В.Г. Федорова считают, что «отношения, в которых реализуется юридическая ответственность, могут быть как конкретными, так и общими»⁴.

«...Как и субъективные юридические права, юридические обязанности можно подразделить на две группы: на конкретные и общие»⁵, – утверждает А.И. Экимов, и мы соглашаемся с ним.

Не углубляясь в сторонние размышления, отметим, что реализация юридической ответственности в субъективном смысле имеет место исключительно в рамках специального охранительного отношения, существующего для достижения единственной цели: исполнить активную обязанность правонарушителя претерпеть лишения за противоправное деяние.

Что касается правовой ответственности в объективном смысле, то она неизменно предваряет индивидуальное правовое регулирование⁶, а ее диалектическое проявление находит себя в конкретных общественных отношениях в виде субъективной юридической ответственности.

Содержательно близкой к рассмотренной классификации выступает выделение форм реализации права по субъектам. По данному основанию называют индивидуальную и коллективную формы реализации права⁷.

¹ См.: Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / отв. ред. М.С. Строгович М., 1958. С. 34; Братусь С.Н. Предмет и система гражданского права. М., 1963. С. 189; Решетов С.Ю. Реализация норм права и правоотношения // Изв. Вузов. Правоведение. 1976. № 6. С. 25–27; Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. Л., 1981. С. 56–57 и др.

² См.: Пьянов Н.А. Актуальные проблемы теории государства и права : учеб. пособие. Иркутск, 2007. С. 167–168; Сорокина Ю.В. Государство и право: философские проблемы : курс лекций. М., 2004. С. 164–165 и др.

³ См.: Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 225, 265; Бутакова Н.А. Правоотношения в структуре правовой действительности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 11–13.

⁴ Лазарев В.М., Федорова В.Г. Принцип правового равенства и юридическая ответственность (проблемы методологии и теории взаимосвязи) : монография. Волгоград, 2005. С. 68.

⁵ Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 72, 85.

⁶ На это обстоятельство косвенно обращал внимание Лучков, разделяющий общерегулятивные и относительные (конкретные регулятивные) правоотношения ответственности. Об этом: Лучков В.В. Юридическая ответственность в механизме правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 6.

⁷ См.: Сорокина Ю.В. Указ.с оч. С. 164; Максуров А.А. Практика реализации права и некоторые аспекты повышения эффективности координационной юридической практики //

Индивидуальная форма реализации права осуществляется субъектами вне конкретных правоотношений – самостоятельно, без обращения к другим гражданам, организациям и органам (например, свобода слова).

Осуществить коллективную форму реализации права субъект может, лишь объединившись с другими гражданами (проведение манифестаций, забастовки), либо вступив в правовые отношения с иными субъектами права.

Воплощение в жизнь нормативных положений о юридической ответственности посредством исполнения соответствующей субъективной обязанности претерпеть негативные лишения детерминируется коллективной формой реализации права. Нарушая норму права, субъект преступает конкретный запрет (пассивную обязанность), порождающий новое обязательство претерпеть наказание, которое всегда апеллирует к субъективному праву другого субъекта (уполномоченного органа, кредитора) потребовать его исполнения.

Таким образом, названные корреспондирующие права и обязанности характеризуют процесс реализации правовой ответственности как коллективную форму реализации права.

По мнению авторов учебника под редакцией В.К. Бабаева и некоторых других ученых, реализация права представляет собой деятельность, согласную с выраженной в законе волей, и, значит, ее можно рассматривать как процесс и как конечный результат¹.

Как конечный результат, реализация права означает достижение полного соответствия между поведением, действиями всех субъектов права и содержащимися в правовых нормах предписаниями. Это идеал правового регулирования, достигнуть который невозможно, но к которому надо стремиться.

Мы отмечаем, что реализация юридической ответственности в объективном смысле как конечный результат частично совпадает с реализацией права, а значит, имеет конечной целью правопорядок. Специфика тут заключается в том, что действие объективного проявления юридической ответственности (как ранее отмечалось) имеет место в рамках общего охранительного правоотношения и сопутствует выполнению задач и функций механизма регулирования общественных отношений.

Подчеркнем, что окончательным результатом действия юридической ответственности в объективном смысле будет наличие абсолютного правопорядка, т. е. такой ситуации, когда само явление нарушения права просто не будет иметь места (своего рода «идеал правового регулирования»).

Юридическая ответственность в субъективном смысле (как результат) преследует ряд важных целей, таких как: регулятивная, карательная, превентивная, восстановительная, воспитательная².

Достижение перечисленных целей, определяющих функции юридической ответственности, в отношении субъектов конкретного правоотношения и будет являться той самой реализацией (результатом) юридической ответственности в субъективном смысле. В этом смысле воздействие имеет внутреннюю (в отношении правонарушителя) и внешнюю (общественные установления) природу.

Олицетворение внутреннего и внешнего воздействия юридической ответственности в субъективном смысле как раз и выступает результатом ее реализации.

Реализация права как особого рода процесса может рассматриваться с объективной и субъективной стороны³.

С объективной стороны она представляет собой совершение определенными средствами, в известной последовательности, в сроки и в месте предусмотренных нормами права правомерных действий.

[Электронный ресурс]. URL : <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1193743> (дата обращения: 4 сент. 2010 г.) и др.

¹ Теория государства и права : учебник / под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 447.

² См.: Липинский Д.А. Проблемы юридической ответственности. СПб., 2003. С. 84–91.

³ См.: Теория государства и права : учебник / под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 448.

Сущность реализации права с субъективной стороны исходит из отношения субъекта к правовым требованиям и состояния его воли в момент совершения предписываемых действий¹.

Верным представляется мнение, согласно которому реализация права как процесс также может быть охарактеризована в виде единства реализации объективного и реализации субъективного права. Так, по общей схеме механизма правового регулирования санкции норм, содержащих меры юридической ответственности, активизируются юридическим фактом противоправного деяния, после чего возникает охранительное правовое отношение ответственности, в котором «рождается» субъективная обязанность лица претерпеть меры принуждения. После вынесения итогового акта, возлагающего ответственность, и его исполнения диалектика правовой ответственности оканчивается².

Теперь рассмотрим наиболее распространенную классификацию форм реализации права в зависимости от характера действий субъектов. По данному критерию выделяют такие формы реализации права, как:

- соблюдение права (выполнение пассивных обязанностей воздерживаться от совершения противоправных действий);
- исполнение права (выполнение активных обязанностей, предписываемых правовыми нормами);
- использование права (связано с реализацией юридических прав – возможностью совершить те или иные действия);
- применение права (государственно-властная деятельность, которая связана с реализацией правовых норм и индивидуальным правовым регулированием).

Первые из трех названных форм традиционно относят к непосредственным формам реализации права, тогда как применение права обычно называют особой формой реализации правовых предписаний.

Чтобы установить место воплощения юридической ответственности в этой системе форм реализации права, обобщим некоторые положения из вышеизложенного. Согласно им правовая ответственность реализуется непосредственно, в рамках конкретных правоотношений, в активной форме (является активной обязанностью). Как обоснованно замечают Н.А. Шергенг и Н.Н. Бойко, особенность правоотношения ответственности заключается в том, что в его рамках реализуется принудительное воздействие на поведение нарушителя нормативных предписаний³.

Так как соблюдение права пассивно выражено, а использование права связывается с добровольным исполнением юридических прав (но не обязанностей), то реализация правовой ответственности в этих формах является невозможной. Более того, соблюдая правовые предписания, лица не создают фактически оснований ответственности.

Что касается действия юридической ответственности в форме исполнения права, то данная ситуация может возникнуть в отношениях гражданского оборота, когда лицо, причинившее вред или ненадлежащим образом исполнившее (не исполнившее) обязательство, добровольно претерпевает меры гражданско-правовой ответственности без принуждения его к этому со стороны соответствующих лиц (выплата неустойки).

Но в большинстве случаев юридическая ответственность возникает и развивается при активном участии уполномоченных государством органов и должностных лиц, которые рассматривают и разрешают дела о привлечении к ответственности, издают соответствующие акты применения права, содержащие индивидуальные правовые предписания.

¹ Лазарев В.В. Применение советского права / науч. ред. Б.С. Волков. Казань, 1972. С. 7–8.

² Подробнее см.: Кузьмин И.А. Механизм реализации юридической ответственности // Актуальные проблемы правотворчества и правоприменительной деятельности: науч.-практ. конф., посвящ. 90-летию юридического образования в ИГУ (Иркутск, 8 ноября 2008 г.): материалы / отв. ред. проф. Н.Э. Шишкина. Иркутск, 2008. С. 14–17.

³ Шергенг Н.А., Бойко Н.Н. К вопросу о правоотношениях юридической ответственности // Современные наукоемкие технологии. 2005. № 4. С. 101.

О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский особо подчеркивали, что «возложение ответственности – один из видов применения права. Основанием для применения права является юридический факт, а основанием для возложения ответственности выступает один из видов юридических фактов, а именно – объективное конкретное деяние человека, отдельный поступок человека»¹.

«Развитие материального правоотношения ответственности осуществляется в рамках правоприменительного процесса»², – утверждает М.В. Новиков.

В числе обстоятельств, при которых возникает потребность в применении права, Н.И. Матузов называет совершение правонарушения, «когда требуется применить санкцию к нарушителю, привлечь его к ответственности»³. Отсюда: «Привлечение к ответственности – одна из форм реализации права, а именно применение, поскольку здесь достигается та цель, на которую рассчитывал законодатель. Предписания права воплощаются в жизнь, реализуются, получают логическое завершение»⁴.

В.Б. Кожневский утверждает, что применение права необходимо для определения меры юридической ответственности. При этом акт применения права (приговор суда, постановление начальника милиции, приказ директора предприятия) вместе с соответствующей нормой права служит обязательным основанием решения соответствующего вопроса⁵.

Комплексное обоснование «принадлежности» реализации правовой ответственности к правоприменительной форме реализации права можно встретить у С.А. Комарова.

Так, в отношении санкции как элемента правовой нормы правовед предлагает выделять следующие этапы ее воплощения в жизнь: установление санкции; назначение наказания; избрание компетентным органом в соответствии с законом конкретной меры наказания; исполнение наказания; применение наказания⁶.

Несмотря на известную условность названных стадий, они достаточно наглядно показывают переход от юридической ответственности в объективном смысле к ответственности субъективной.

Акт применения права, по мнению С.А. Комарова, – это разновидность юридического факта, обладающего юридическим свойством – установления мер ответственности за совершенное правонарушение и опосредующего правоохранительную деятельность государственного органа (приговор суда по уголовному делу, решение по гражданскому делу и т. п.). Основываясь на сказанном, ученый приходит к верному, на наш взгляд выводу, о том, что привлечение к ответственности – одна из разновидностей применения норм права⁷.

Следовательно, реализация института юридической ответственности имеет выражение в активной, коллективной форме реализации права в рамках конкретных правоотношений, может быть рассмотрена как результат и как процесс (с объективной и субъективной стороны), обычно проходит в виде правоприменительной деятельности.

Таким образом, признание концепции, рассматривающей юридическую ответственность в объективном и субъективном смысле, позволит разрешить ряд научных противоречий относительно понятия и сущности правовой ответственности и сконцентрировать внимание на ее динамической природе. А это, в свою очередь, серьезный шаг к разрешению глобальных проблем правовой системы в плане методологическом и прикладном.

¹ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 329.

² Новиков М.В. Сущность процессуального режима юридической ответственности // Вестник Владимирского юридического института. 2006. № 1. С. 233.

³ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права : учебник. М., 2002. С. 333.

⁴ Там же. С. 448.

⁵ Кожневский, В.Б. Применение норм права как особая форма их реализации в правовом государстве // Проблемы правоприменения в современной России. Омск, 2007. С. 68.

⁶ Комаров С.А. Общая теория государства и права : учебник. 7-е изд. СПб., 2008. С. 333–334.

⁷ Там же. С. 336–337, 388.

ЦЕННОСТНЫЙ ПОДХОД К МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Мишутина Элеонора Игоревна

Проблема ценностей привлекала человечество на протяжении многих веков и даже тысячелетий. В этом смысле индивиды и их общности пытались установить определенные нормы, эталоны, критерии и цели своего развития. Определением таких явлений занимались представители религии, философии, науки, в частности, юриспруденции. Что касается последней, то в рамках правовой мысли аксиологическая проблематика имела не только теоретическое, но и огромное практическое значение, поскольку нормы права в конечном счете воздействовали на реальные отношения и жизнь общества. Собственно аксиология (от *axio* – ценность, *logos* – слово, учение) как самостоятельная наука о ценностях появилась лишь в конце XIX в. Разумеется, что юриспруденцию аксиологическая проблематика стала интересовать еще позже. Именно об аксиологии права можно говорить лишь с начала XX столетия.

В настоящее время исследование аксиологической проблематики при рассмотрении и разрешении гражданских дел особенно актуально и объясняется проводимой в Российской Федерации судебной реформой, которая направлена на установление приоритета человека, его прав и свобод как высшей ценности, провозглашенной в ст. 2 Конституции РФ. Безусловно, такое положение должно отражаться во всех без исключения сферах жизнедеятельности.

Социологические исследования показывают, с одной стороны, неуважительное отношение к правовым нормам, недоверие к государственным органам, применяющим право, готовность решать спорные правовые ситуации внеправовыми способами и т. п., с другой, – позитивное отношение к идее равноправия, демократическим ценностям, концепции правового государства и т. д.¹

Сложившуюся ситуацию можно объяснить, на наш взгляд, низкой аксиологической составляющей норм права и несоответствием их существующей системе правовых ценностей. В этой связи правовая система должна быть наполнена аксиологическим содержанием, которое должно выражаться как в нормативном, так и в праксеологическом аспектах.

Для нормативно-правовых актов характерно частое употребление термина «ценность», определение же ему на законодательном уровне не дается. Такое определение можно встретить лишь в актах Конституционного Суда РФ применительно к конституционным ценностям, под которыми Суд понимает определенные конституционно-правовые императивы нормативного регулирования, являющиеся «своеобразными концентрированными характеристиками юридической природы правоотношений, складывающихся в порядке реализации» норм Конституции².

В законодательстве понятие «ценность» употребляется в разных значениях. Например, говорится о ценности человека, его прав и свобод, с одной стороны, и о товарно-материальных ценностях – с другой. Кроме того, ученые-правоведы наряду с термином «ценность» употребляют термины «неценность» и «антиценность», а также проводят разграничения между ценностями права и ценностями в праве.

То есть правовая система Российской Федерации, несмотря на ее богатство отдельными аксиологическими аспектами, имеет в своей основе весьма разрозненные представления о правовых ценностях.

¹ См.: Ковалев В.В. Аксиологические стереотипы как фактор устойчивости российского общества : автореф. дис. ... д-ра. социол. наук. Ростов н/Д., 2009.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева» // СЗ РФ. 2007. № 6. Ст. 828.

Одну из коренных, исторических причин этого можно увидеть в многообразии взглядов философов и юристов на проблему самого понятия ценностей вообще и правовых ценностей в частности.

В классической философии ценности рассматривались как объективные сущности, выражающие предельную степень совершенства и служащие предметом и целью человека, однако существующие независимо от его сознания как некие высшие регуляторы всего мира. Ценности здесь являются предметными и объективными и могут пониматься как идеалистически (Платон, Гегель), так и материалистически (Маркс). В ряду ценностей идеалисты выделили Истину (у Гегеля – Абсолютная Истина), которая имеет большое значение в праве вообще, а также является предметом оживленных дискуссий и монументальных исследований в гражданском процессуальном праве¹. Материалисты различали предметные ценности и ценности сознания, первичными являются, по К. Марксу, именно предметные ценности. Так, в материалистической интерпретации понимаются валютные ценности в Федеральном законе от 10.12.2003 № 173-ФЗ (ред. от 22.07.2008) «О валютном регулировании и валютном контроле». В соответствии с п. 5 ст. 1 указанного закона «валютные ценности – иностранная валюта и внешние ценные бумаги»². В соответствии с п. 1 ст. 921 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ «банк может принимать на хранение ценные бумаги, драгоценные металлы и камни, иные драгоценные вещи и другие ценности, в том числе документы»³. Согласно ч. 4 ст. 1 Федерального закона от 26.03.1998 № 41-ФЗ (ред. от 24.07.2007) «О драгоценных металлах и драгоценных камнях» «ценности – драгоценные металлы и (или) драгоценные камни»⁴.

Как видим, в данных нормативно правовых актах ценности понимаются предметно и независимо от сознания человека.

Другая концепция понимания ценностей появилась в неклассической философии. Сущность ее заключается в том, что ценности рассматриваются как выражение значимости явлений для человека.

Однако и эта концепция не является однородной. В ней также выделяют подход, согласно которому ценности проявляются лишь в реальной жизни в виде потребностей, интересов, целей, и идеалистическое направление, отражение которых можно наблюдать и в действующих нормативно-правовых актах.

Ценность как конкретное выражение потребности людей, например, в общении или безопасности отразилась и на нормативном материале отечественной правовой системы. Так, в соответствии с ч. 4 ст. 4 Федерального закона от 15.04.1998 № 64-ФЗ (ред. от 23.07.2008) «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» «культурные ценности – имущественные ценности религиозного или светского характера, имеющие историческое, художественное, научное или иное культурное значение ...»⁵. Однако следует оговориться, что в Основах законодательства Российской Федерации о культуре понятие культурных ценностей рассматривается в другой аксиологической концепции, так как под культурными ценностями в данном нормативном акте понимаются в первую очередь «нравственные и эстетические идеалы, нормы и образцы поведения»⁶.

В идеалистическом направлении данной концепции такие правовые ценности, как справедливость, равенство, свобода, понимаются как существующие

¹ См., например, Олегов М.Д. Истина в гражданском процессе : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999; Докучаева Т.В. Гражданско-процессуальная доктрина истины в России конца XIX–XX вв. (историко-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999; Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. и др.

² СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

³ СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

⁴ СЗ РФ. 1998. № 3. Ст. 1463.

⁵ СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1799.

⁶ Статья 3 Основ законодательства Российской Федерации о культуре // Российская газета. 1992. 17 нояб. (№ 248).

и воплощенные в сознании людей. Для области права особое значение имеет учение В. Виндельбанда об общезначимых ценностях. Ценность – это не реальность, а идеал, носителем которого является, по Виндельбанду, трансцендентальный субъект – «сознание вообще», т. е. сознание как источник и основа всяких норм¹. Именно в данном понимании рассматриваются ценности, в том числе и правовые, в нормативно-правовых актах международного уровня. В них выражается, с одной стороны, идеалистическое понимание ценностей, а с другой – их значимость для мирового сообщества. Например, в соответствии с Итоговым документом Всемирного саммита 2005 г. «наши общие основные ценности, включая свободу, равенство, солидарность, терпимость, уважение всех прав человека, уважение к природе, и общая ответственность имеют важнейшее значение для международных отношений»².

Во второй половине XIX в. происходит переоценка ценностей. Одним из первых философов, попытавшихся ее осуществить, был Ф. Ницше (1844–1900). Он определял ценности как условия сохранения и возрастания жизни. В экзистенциализме на место ценностей выступает свобода самоопределения отдельной личности. Жизнь, права, свободы отдельного индивида получили в новой философии статус высшей ценности. Представители экзистенциализма отрицают объективные ценности; здесь речь идет об экзистенциальных ценностях, связанных с собственным человеческим существованием индивида, с возможностью осуществления им своей неповторимой индивидуальности. Этот подход особо наглядно проявляется в Конституции Российской Федерации, в которой на основании ст. 2 «человек, его права и свободы являются высшей ценностью»³.

Следующее понимание ценностей состоит в концепции самостоятельных категорий – материалистической и идеалистической. Сущность данной концепции сводится к тому, что не может существовать единого понятия ценностей. Ценности здесь определяются как «понятие, обозначающее, во-первых, положительную или отрицательную значимость какого-либо объекта, (...) (предметные ценности), во-вторых, нормативную, предписательно-оценочную сторону явлений общественного сознания (субъектные ценности)»⁴. Применительно к праву ценность здесь употребляется и как предметная категория, и как идеальная.

В последнее время в результате перехода к постнеклассической науке наблюдается смешение объективного и субъективного, абсолютного и относительного, материального и идеального, т. е. тотальных противоположностей. Как результат появилось и развивается новое философское понимание ценностей. Эту концепцию можно назвать концепцией единого понимания ценностей. Представителями данного направления являются В.А. Василевский, П.М. Рабинович, И.С. Нарский и другие. Ценности «не существуют как некие объективные предметы; их существование не сводится, однако, к психическому их переживанию субъектом. Ценности существуют диспозиционно, а их роль исполняют социальные отношения, социальные и личностные состояния и свойства. Это решение вопроса противоположно как объективно- и субъективно-идеалистическим, так и с метафизически-материалистическим теориям ценностей...»⁵.

Думается, что ценности являются единым понятием, которое имеет разные стороны (объективную, субъективную, материальную и идеальную), а поэтому нельзя выделять при их исследовании только предметы или значение этих предметов, а тем более понимать эти категории (предмет и его значение) в отрыве друг от друга. Например, говоря о культурных ценностях и их перемещении через границу мы понимаем, что через границу нельзя перемещать значение предмета, такие манипуляции можно перемещать лишь с самим предметом. Однако, рассма-

¹ Фомина З.В. Указ. соч. С. 6.

² Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 16 сентября 2005 г. № 60/1 // СПС «Гарант».

³ СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

⁴ См.: Дробницкий О.Г. Ценность // Философская энциклопедия. Т. 5. М., 1970. С. 462.

⁵ Нарский И.С. Диалектическое противоречие и логика познания. М., 1969. С. 225.

тривая тот или иной предмет как культурную ценность, мы оцениваем его значимость для общества. т. е. сам предмет без соответствующей оценки не может считаться ценностью. Также права и свободы человека обязательно имеют внешнее проявление, но они же имеют и внутреннее содержание.

Необходимо говорить о едином нераздельном объективно-субъективном понятии правовых ценностей, которые имеют как материалистическое, так и идеалистическое содержание. Субъективное выражается в отношении человека и общества к явлению, в определении значимости этого явления. Объективное выражается, во-первых, в свойствах предмета удовлетворять человеческие потребности, потому что эти свойства даны объективно по отношению к человеку, и, во-вторых, «сами человеческие потребности материально (прежде всего, социально) обусловлены»¹.

Таким образом, ценности – это единство объективного и субъективного, идеального и материального, значимые для общества объекты бытия, в которых человек живет и ради которых он живет.

Ценностный подход к модернизации правовой системы может проявляться двояким образом: с внешней и внутренней стороны.

С внешней стороны аксиологические аспекты могут привноситься с помощью международных нормативно-правовых актов, включенных в установленном порядке в российскую правовую систему.

Так, в зависимости от уровня значимости и признания ценности подразделяются на общезначимые (универсальные, общечеловеческие, всеобщие) и национальные (этнозные).

Различные авторы используют разные термины для обозначения указанных видов. Так, О.В. Мартышин говорит об универсальных ценностях, под которыми он понимает ценности мировоззренческого и этического характера, применимые во всех сферах общественной жизни и заложенные в сознании человека². К таким ценностям он относит справедливость, свободу и равенство. А.Ю. Мордовцев называет эти ценности общечеловеческими и разделяет их с так называемыми национальными («укорененные в менталитете конкретной нации, ее духовности и обыденности»³). Ряд авторов выступает против существования универсальных ценностей. Так, А.Ю. Демидов пишет, что «даже такие ценности, как справедливость, сознательность, неотъемлемые естественные права человека, не исключают разночтений в их толковании», отсутствует соответствие и согласие в их понимании в разные времена, а поэтому об «универсальных» ценностях говорить сомнительно⁴.

Думается, что такая дискуссия вызвана, прежде всего, самим термином «универсальный», «всеобщий», применение которого, на наш взгляд, является некорректным. Полагаем, что более правильную позицию занимает Н.С. Розов, который выступает против определения первой группы ценностей как универсальных, всеобщих и т. п.; он настаивает на термине «общезначимость», поскольку данный термин отражает, прежде всего, социальную направленность, коммуникацию, а термин «всеобщность» (или «универсальность»), по его мнению, означает представление о «предустановленности, первичности по отношению ко всему человеческому, абсолютности, божественности, безусловной обязательности чего-либо для всех в силу своего метафизического статуса»⁵. То есть термин «всеобщность» несет в себе оттенок абсолютности, объективности, независимости от людей. Под общепризнанным Н.С. Розов понимает «во-первых, общепринятое

¹ Неновски Н. Право и ценности. М. : Прогресс, 1987. С. 26.

² Мартышин О.В. Проблема ценностей в теории государства и права // Государство и право. 2004. № 10. С. 14.

³ Мордовцев А.Ю. Аксиологическая природа отечественной правовой системы: теоретико-методологический анализ // Нравственные основы теории государства и права : Международная научная конференция (окончание) / сост. Н.В. Кроткова // Государство и право. 2005. № 9. С. 94.

⁴ См. Демидов А.Ю. Нравственные основы теории государства и права // Там же. С. 95.

⁵ Розов Н.С. Ценности в проблемном мире: философские основания и социальные приложения конструктивной аксиологии. Новосибирск : Изд-во Новосиб. ун-та, 1998. С. 118.

в рамках определенного сообщества или нескольких взаимодействующих сообществ, во-вторых, имеющее социально- или культурно-функциональные основания объективности, в-третьих, потенциально распространяемое на все остальные сообщества, причем на добровольных началах и без опасности для какого-либо мировоззрения»¹.

Следует отметить и еще один аспект общезначимых ценностей – это их общеизвестность. Так, общезначимые гражданские процессуально-правовые ценности будут также известны всем, причем даже если и не на уровне знания, то на уровне интуиции, подсознания. В этом отношении справедливо замечание А.А. Малиновского о том, что «в современном обществе на вопрос, что законно, а что нет, могут ответить только юристы, специализирующие в данной отрасли права (хотя существует презумпция знания законов всеми гражданами государства)», в то время как вопрос о ценности в смысле нравственности/безнравственности «какого-либо поступка практически без труда может быть решен любым социализированным членом общества»².

Общезначимые ценности находят выражение в международных нормативно-правовых актах. Например, в преамбуле Устава Совета Европы говорится об общих ценностях, которыми называются свобода, верховенство права и демократия³, а Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод говорит о такой ценности, как справедливость, проецируя ее на судебное разбирательство⁴.

Еще одним доказательством наличия внешней стороны аксиологической основы модернизации правовой системы является интегрирующая функция правовых ценностей. Термин «интеграция» (от лат. *integratio* – восстановление, восполнение) означает объединение в целое каких-либо частей⁵. Применительно к функции правовых ценностей термин «интегрирующий» связан с представлением об объединяющей роли ценностей. Кроме того, общезначимые ценности составляют необходимую общую минимальную основу для взаимодействия субъектов с разными национальными ценностями.

Внутренним аспектом воздействия ценностей на правовую систему является реализация национальных ценностей. Под национальными ценностями (некоторые авторы называют их еще этностными или базисными) понимаются такие, которые отражают совокупность особенностей образа жизни и мышления отдельного сообщества и выражаются, в первую очередь, во внутринациональном гражданском процессуальном законодательстве. Функция национальных ценностей – «сохранение и защита целостности социальной группы, носителя данной культуры», в то время как на основе общезначимых ценностей «возможно взаимодействие и взаимообогащение культур, культурная ассимиляция»⁶. Причем национальные ценности могут существовать как внутри одной национальности, так и внутри различных объединений (чаще всего геополитических). Так, например, на церемонии открытия нового судебного года в Европейском Суде по правам человека было заявлено о приверженности новой России европейским правовым ценностям⁷.

Таким образом, национальные правовые ценности могут распространять свое действие на несколько регионов, а со временем превратиться в общепризнанные. Правовые ценности, признанные мировым сообществом, подлежат включению

¹ Озов Н.С. Ценности в проблемном мире: философские основания и социальные приложения конструктивной аксиологии. Новосибирск: Изд-во Новосиб. ун-та, 1998. С. 120.

² Малиновский А.А. Нравственность в гражданском праве // Нотариус. 2007. № 5. С.30.

³ СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1390.

⁴ См.: ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

⁵ См.: Алексеев П.В., Панин А.В. Философия: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 1997. С. 34.

⁶ Цыбулевская О.И. Нравственные основания современного российского права / под ред. Н.И. Матузова. Саратов, 2004. С. 16.

⁷ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание № 5/2005 // СПС «Гарант».

в иные правовые системы для модернизации последних. Однако этот процесс должен происходить постепенно и авторитарно не навязываться сверху. Только лишь при условии принятия обществом конкретных ценностей последние способны действительно, а не на бумаге повлиять на правовую реальность.

Таким образом, на современном этапе развития российского общества правильное понимание и осознание правовых ценностей способствует оптимизации механизма правового регулирования, повышает уровень правовой культуры, обеспечивает должный уровень государственной деятельности во всех сферах, в том числе и в правосудии, что в конечном счете должно привести к формированию правового государства и гражданского общества.

ПРОБЛЕМА КАЗУАЛЬНОГО И НОРМАТИВНОГО ТОЛКОВАНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ

Сабиров Эрик Ринатович

Вопрос о юридической природе судебных решений и их месте в системе источников права считается одним из самых дискуссионных в юриспруденции. При этом один из наиболее спорных его аспектов в теории права и в юридической практике формулируется в вопросе о возможности признания судебных решений формально-юридическими источниками права, т. е. В вопросе о юридическом значении судебного прецедента.

С официальной доктриной согласуется точка зрения тех авторов, по мнению которых судебный прецедент является «видом судебной практики», которая, в свою очередь, с формально юридических позиций не может рассматриваться как источник права¹. С противоположных позиций выступают правоведы, которые, напротив, судебный прецедент определяют как «положения», содержащиеся в решениях высших судебных инстанций по конкретным делам, которые являются обязательными для других судов при разрешении аналогичных дел². В российской правовой системе судебный прецедент официально не признается в качестве источника права. Вместе с тем ряд авторов апеллируют к «прототипу» данного понятия, которое определяется как «правовая позиция суда»³.

Обращаясь к истории вопроса, следует отметить, что в социалистических правовых системах судебный прецедент в целом не рассматривался как источник права. Такое восприятие судебного прецедента относится и к правовой доктрине, сложившейся в СССР, в рамках которой признавалось, что «судебные органы не могут создавать нормы права» и соответственно «вынесенное судом решение не является источником права»⁴. Возьмем на себя смелость предположить, что впервые предложение считать решения Пленума Верховного Суда СССР, принятые в форме постановлений своеобразными нормативными подзаконными актами, высказал в 1940 г. П.Е. Орловский, к которому впоследствии присоединились М.М. Исаев, М.Д. Шаргородский и другие ученые. При этом (почти в то же вре-

¹ См. подробнее: Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 3; Бошно С.В. Судебная практика – источник правотворчества. Роль судебной практики в правовой системе // Российский судья. 2001. № 2; Коростелкина О.Н. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² См.: Общая теория права и государства : учебник / под ред. В.В. Лазарева. М., 1996. С. 139; Фархутдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 7 и др.

³ См.: Баранов В.М., Степанков В.Г. Правовая позиция как общетеоретический феномен. Н. Новгород, 2003. С. 23.

⁴ Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 2. Свердловск, 1973. С. 88–89.

мя) И.Б. Новицкий и И.С. Тишкевич категорично стояли на позиции непризнания каких-либо судебных решений источниками права¹.

Указанная тенденция прослеживается и в современной юридической доктрине, где противостоят два концептуальных подхода. Одни авторы считают, что решения высших судебных инстанций не только имеют интерпретационный характер, но и *устанавливают новые правовые нормы*², а их оппоненты, напротив, стоят на том, что суд только *толкует и разъясняет существующие правовые нормы* и не может создавать новые нормы права. Последняя из указанных позиций вытекает из общих представлений о том, что судебное правотворчество, во-первых, противоречит принципу разделения властей, а во-вторых, несовместимо с принципом законности³.

Учитывая вышеизложенное, следует рассматривать и ключевой вопрос о толковании судебных решений. При этом важно учитывать также и то, что процесс толкования права выражен в двух функционально-разграниченных, но взаимосвязанных этапах. Первый из них характеризуется мыслительным процессом, направленным на установление смысла (содержания) норм права, т. е. *уяснение*. Второй этап связан с формулированием и доведением до заинтересованных лиц, суждений, раскрывающих содержание толкуемых норм, т. е. *разъяснение*⁴.

Следует подчеркнуть, что основными факторами, обуславливающими необходимость толкования вообще, являются: 1) сложность или нечеткость юридических формулировок, их краткость; 2) слабая проработанность правовых актов; 3) несовпадение норм и статей правовых актов, наличие бланкетных и отсылочных норм; 4) специфика юридических терминов и понятий, интерпретация которых требует специальных познаний; 5) законодателю не всегда удается ясно и четко выразить свою волю в той или иной норме или акте, совместить «дух» и «букву» закона; 6) отдельная норма права действует не изолированно, а в системе других норм, и только в этой взаимосвязи ее можно правильно истолковать⁵. В целом указанные факторы определяют и необходимость судебного толкования.

Возвращаясь непосредственно к вопросу о судебном толковании, следует отметить, что оно является официальным и разграничивается на нормативное и казуальное.

При этом у нормативного и казуального судебного толкования один общий объект: судебное решение, оформленное особым правовым актом⁶.

Характерно, что при *нормативном толковании судебных решений* не создается новых правовых норм, а только разъясняется смысл уже действующих. Оно носит общий характер, относится к неограниченному числу случаев и распространяется на широкий круг лиц⁷. Целью нормативного разъяснения является обеспечение единообразного понимания закона, при реализации его положений субъектом права. В то же время предполагается, что одна из целей нормативного толкования должна состоять в «корректировании судебных решений, не основанных на законе»⁸.

Что касается *казуального толкования судебных решений*, то оно осуществляется в связи с рассмотрением конкретного судебного дела. Его необходимость возникает тогда, когда нижестоящие судебные органы, по мнению вышестоящих

¹ См., например: Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 78–90.

² См., например: Нерсесянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107–112.

³ Ображиев К.В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения // Журнал российского права. 2010. № 3.

⁴ Проблемы теории государства и права : учебник / под ред. С.С. Алексеева. М. : Юрид. лит., 1987.

⁵ См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права : учебник. М. : Юрист. 2001. С. 347.

⁶ Лазарев В.В. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. Акад. РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. М. : Норма, 2006. С. 459.

⁷ Цыганков Э.М. Власть не желает делиться... на законодательную, исполнительную и судебную! // Налоговые споры. 2005. № 2.

⁸ Лазарев В.В. Проблемы общей теории права и государства. С. 459–460.

инстанций, не надлежащим образом применяют нормы права при рассмотрении конкретных дел и таким образом допускают нарушения законодательства¹. При казуальном толковании судебных решений в отличие от нормативного толкования увязывается уяснение содержания правовых норм с объяснением конкретных субъективных прав и юридических обязанностей. Отличительной чертой казуального толкования судебных решений от нормативного толкования является то, что в нормативном толковании судебных решений разъяснение правовой нормы выступает на первом плане. *Казуальное толкование* больше подчинено иной главной задаче – *правильному решению* конкретного судебного дела².

В связи с вышеизложенным представляет интерес практика юридического оформления и интерпретации решений арбитражных судов. Так, в ч. 4 п. 4 ст. 170 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации указано, что в мотивировочной части решения арбитражного суда могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики. Включение данной нормы в текст Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации говорит о том, что российский законодатель безусловно признает постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации источником права³. Предложения о включении в мотивировочную часть судебного акта ссылки не только на закон, но и на акт казуального толкования высказывались давно⁴. Эта позиция вызывала и вызывает критику, в том числе и потому, что принятие такого предложения означало бы по сути, официальное признание судебного прецедента в качестве источника права⁵. Вопрос о предоставлении судам общей юрисдикции возможности ссылаться в своих решениях на решения Верховного Суда Российской Федерации, носящие интерпретационный характер, рассматривался при разработке проекта Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. Но при этом соответствующие предложения были отвергнуты по причине того, что «российская правовая система не основана на принципах прецедентного права»⁶.

Несколько больше единодушия усматривается в понимании научным сообществом проблем толкования решений Конституционного Суда Российской Федерации.

Так, проверка соответствия федеральных законов, Конституции Российской Федерации есть прерогатива Конституционного Суда Российской Федерации. Решения Конституционного Суда Российской Федерации, в результате которых неконституционные нормативные акты утрачивают юридическую силу, имеют сферу действия во времени, пространстве и в отношении неопределенного круга лиц, как и нормативные акты. Они имеют такое же общее значение, которое не приуще правоприменительным актам судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Решения судов общей юрисдикции и арбитражных судов не обязательны для других судов по другим делам, так как суды самостоятельно толкуют подлежащие применению нормативные предписания, следуя при этом Конституции Российской Федерации и федеральному закону. Эти решения могут быть оспорены в установленных федеральным законом процессуальных формах⁷.

Следует считать и ныне действующей норму ст. 56 Закона «О судостроительстве РСФСР», данная статья гласит: «Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РСФСР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение»⁸. В 1996 г. Президентом Рос-

¹ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права : учеб. М. : Проспект, 2009. С. 698.

² Лазарев В.В. Проблемы общей теории права и государства. С. 461.

³ Чуча С.Ю. Акты судебных органов в системе источников российского права: проблемы применения // Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. 2005. № 1.

⁴ См., например: Лазарев В.В. Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение. 1976. № 6. С. 8.

⁵ Реутов В.П. О понятии юридической практики // Государство, право, законность. Пермь, 1974. Вып. 5. (Ученые записки Пермского университета, № 300). С. 93.

⁶ См. об этом: Жуйков В. Гражданский процессуальный кодекс РФ: разрешение коллизий.

⁷ Цыганков Э.М., Указ. соч.

⁸ Закон РСФСР от 08.07.1981 (ред. 07.05.2009) «О судостроительстве РСФСР».

сии был подписан Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации». В ч. 1 ст. 6 этого закона указано: «Вступившие в законную силу постановления федеральных судов являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации»¹. Таким образом, по Закону «О судоустройстве РСФСР» значит, что постановление Пленума Верховного Суда не изменяет действующую норму и не создает новую, а лишь дает толкование (разъяснение) уже принятой нормы. Однако, что касается постановлений федеральных судов, может возникнуть вопрос, связанный с тем, что к федеральным судам относятся суды первой, апелляционной, кассационной, а также надзорной инстанции. С логической необходимостью должно было бы вытекать, что нормотворчеством могут заниматься и суды низших инстанций, но это был бы явно неверный вывод.

Основная причина расхождения в оценке юридической природы, в частности решений высших судебных органов, скорее всего, кроется в отсутствии необходимой ясности при решении вопроса о соотношении, о критериях разграничения нормотворчества от официального толкования правовых норм. В результате одни и те же положения, выработанные судом, оцениваются одними учеными как нормативные, а другими – исключительно как интерпретационные. Поэтому, по справедливому мнению К.В. Ображиева, необходимо четко представлять соотношение интерпретационной и нормотворческой деятельности, а также следует установить четкие пределы толкования. И здесь в основу разграничения интерпретационных и нормативных судебных актов должны быть положены два взаимосвязанных критерия: 1) юридическая сила положений, содержащихся в судебном решении, и 2) учет содержания конкретного судебного акта, оценка его на предмет нормативной новизны. К.В. Ображиев делает следующие выводы прикладного характера: 1) общеобязательные положения, выработанные судом, которые применяются для регулирования общественных отношений при наличии пробелов в законе, имеют нормативный характер, если даже они сформулированы в виде толкования; 2) общеобязательное решение суда высшей инстанции, в котором преодолевается смысловая неопределенность закона, имеет нормативную природу; 3) необходимо различать официальную интерпретацию правовых норм и их конкретизацию, так, если результатом официальной интерпретации правовых норм являются положения, с необходимостью выводимые из законодательных предписаний путем их грамматического, систематического, исторического анализа, то конкретизация предполагает «нормотворческое развитие закона»². Таким образом, установленные в судебных решениях общеобязательные положения, которые не выводятся из закона, а конкретизируют уже существующие правовые нормы, – обладают нормативной новизной и имеют правотворческий характер. Данный подход, по его мнению, создает теоретическую базу для научно обоснованного решения вопроса о возможности признания судебных решений формальными источниками отечественного права и все же ответ на этот вопрос должен зависеть от того, обладают ли судебные решения общеобязательным и нормативным значением или нет³. Возможно, следует согласиться с предложенными критериями данного автора, так как они действительно могут иметь важное значение в будущем, а сделанные им выводы уже теоретически доказывают, что судебные решения могут быть отнесены к формальным источникам права, именно это предполагает их общеобязательный и нормативный характер.

Заметим, что в учебной и в научной литературе не прослеживается четкой грани, отделяющей судебное толкование от судебного нормотворчества.

По мнению некоторых авторов, в современных условиях суды вынуждены создавать (творить) право, иначе их деятельность станет не просто неэффективной,

¹ Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (одобрен СФ ФС РФ 26.12.1996).

² Ткешелидзе Г.Т. Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси, 1975. С. 35.

³ Ображиев К.В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения // Журнал российского права. 2010. № 3.

а приведет к результатам, противоположным тем, которые от них вправе ожидать общество: они будут не защищать права, а способствовать их нарушениям¹.

Другие авторы полагают, что суды к правотворческим органам не относятся. В обоснование данной позиции приводится один из следующих аргументов. «Когда нижестоящий правотворческий орган издает акт, противоречащий правовой норме, принятой вышестоящим правотворческим органом, то действие нижестоящей упомянутой структуры не изменяет указанного юридического правила и суд, выносящий решение о противоречии акта нижестоящего органа рассматриваемой норме, лишь констатирует коллизию, не занимаясь правотворчеством»².

Подытожив вышеизложенное, представляется возможным сделать некоторые выводы по рассмотренному вопросу:

во-первых, следует четко разграничивать судебное толкование от судебного нормотворчества. Судебное толкование включает в себя казуальное и нормативное толкование. Общий объект судебного толкования и судебного нормотворчества – это судебное решение, оформленное в виде специфического правового акта. Различаются указанные виды толкования тем, что при казуальном толковании судебных решений дается разъяснение правовых норм *по конкретному делу*. При нормативном толковании не порождаются новые правовые нормы, но при этом данные разъяснения общеобязательны. Нормативное толкование судебных решений должно служить для обеспечения единообразного понимания закона, при реализации его положений субъектом права, а казуальное толкование судебных решений – правильному решению конкретного судебного дела. Вместе с тем судебное нормотворчество предполагает то, что установленные в судебных решениях положения, не выводятся из закона, а конкретизируют уже существующие правовые нормы, т. е. обладают нормативной новизной и имеют правотворческий характер;

во-вторых, рассматривая казуальное и нормативное толкование судебных решений, важно отметить и причины, определяющие необходимость в этом виде толкования: 1) объективно обусловленная лаконичность и детерминирования субъективными особенностями правосознания судьи, краткость и нечеткость формулировок; 2) субъектом принятия судебного решения с использованием специальной терминологии, категорий уяснения которых требует соответствующих познаний в той или иной области для заинтересованных лиц.

Кроме того, логически правильным было бы законодательно установить пределы толкования норм права судебными органами.

ЭВОЛЮЦИЯ ТЕОРИЙ ЕДИНСТВА ГОСУДАРСТВЕННОГО СУВЕРЕНИТЕТА В ФЕДЕРАТИВНЫХ ГОСУДАРСТВАХ

Черняк Любовь Юрьевна

Вопрос о суверенитете в федеративном государстве традиционно относят к одному из самых сложных. Связано это, прежде всего, с тем, что до сих пор нет четкого определения в науке понятия «суверенитет». А это позволяет говорить о наделении субъектов федерации полным, частичным или ограниченным (усеченным) суверенитетом и соответственно выделять три основные теории государственного суверенитета в федеративном государстве: единства государственного суверенитета, в соответствии с которой суверенитет признается единым и неделимым и принадлежит либо федерации (унитарная теория и ее разновидности), либо ее субъектам (сепаративная теория), либо федеративному государству в це-

¹ Цит. по: Марченко М.Н. Источники права : учеб. пособие. М., 2005. С. 396.

² Данцева Т.Н. Формальные источники права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. С. 23.

лом (синтетическая теория); делимости государственного суверенитета, согласно которой суверенитет принадлежит и федерации, и ее субъектам, но не в полном объеме, а по определенным частям (классическая теория делимости суверенитета); ограниченного суверенитета, в соответствии с которым субъекты федерации обладают потенциальным, ограниченным и т. п. суверенитетом. В рамках данного доклада хотелось бы подробнее остановиться на теории единства государственного суверенитета, как наиболее распространенной.

Сразу стоит оговориться, что теория единого суверенитета включает в свой состав несколько основных теорий. Причем одной из первых теорий была так называемая **сепаративная** (сепаративистская) **теория** (теория суверенитета государств-членов федеративного государства), разработанная Джоном Кальгуном (в некоторых изданиях транскрибируется как Кальхун, Кэлхун) и Максом фон Зейделем.

Представители данной теории, исходя из договорной теории происхождения федеративного государства, вывели тезис о суверенитете государств-членов федеративного государства, обосновывая его тем, что за ними как минимум признается: право вето (право заблокировать принятие того или иного федерального нормативно-правового акта); право нуллификации (право отменить по отношению к себе действие актов федеральной власти, т. е. отказать в признании или применении актов федерации); право сепарации (*jus secessionis*, *jus separationis* – право свободного одностороннего выхода субъекта федерации из состава федеративного государства), а за федеративным государством, согласно идее М. Зейделя о временном и производном суверенитете, признавался лишь делегированный субъектами федерации на период их нахождения в составе федерации суверенитет.

Анализ данной теории показывает, что договорная концепция образования федерации не может служить достаточным основанием для признания суверенитета ее субъектов, поскольку, как правило, договор носит вспомогательный характер, подготавливая условия для образования федеративного государства. Заключая его, «федерирующиеся» государства утрачивают свой суверенитет, так как «после этого, они становятся частями единого социального организма, и их статус в рамках федерации определяется уже правом федерации»¹. Соответственно, федерации «покоятся на Конституциях, а не на договорах»², и, договорный характер их образования есть «ее историческая, а не юридическая характеристика». С точки зрения права «суверенитет федерации – это нечто новое, а не простая сумма суверенитетов ее создателей, поскольку, образовав федерацию, они утратили эти качества в их прежнем значении, согласившись считать себя частями единого целого, федерации, и подчиняться ее праву»³. Кроме того, необходимо также учитывать, что не все федерации создавались снизу (договорным путем), часть из них создавалась «сверху» (конституционным путем).

Тем не менее из тезиса о договорной природе федерации сепаратисты выводили тезис об юридической неуничтожаемости субъектов федерации, заключающийся «в их первичном, непродуцируемом характере, в их своеправности». т. е. В наличии «собственного права» (и, прежде всего, конституции субъекта федерации), которое расценивалось как «право на самоопределение». А учитывая, что исторически в ряде федераций, в том числе и советской, конституции государств-членов предшествовали по времени созданию федеральной конституции (и, более того, в ряде случаев продолжали действовать и после образования федеративного государства и принятия им общегосударственной конституции), предполагалось, что исчезновение государств-членов как государств будет означать исчезновение и самой федерации⁴.

¹ Черниченко С.В. Теория международного права : в 2 т. Т. 2. Старые и новые теоретические проблемы. М., 1999. С. 38.

² Яценко А. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912. С. 285.

³ Черниченко С.В. Указ. соч. Т. 2. С. 38.

⁴ Левин И.Д. Суверенитет. М., 1948. С. 298–301.

Таким образом, юридическая неуничтожаемость выводилась из первоначальных политико-юридических отношений между федерацией и ее субъектами. Однако, как представляется, в федеральной конституции можно закрепить лишь то, что гарантия неуничтожаемости субъектов федерации будет изменена (или отменена) в конституционном порядке, но не то, что она никогда не будет отменена. Так, например, в ст. IV разд. 3 Конституции США говорится, что новые штаты не могут быть образованы в пределах юрисдикции другого штата или путем слияния двух или более штатов или их частей без согласия штатов и Союза.

Исходя из изложенного можно сделать вывод: вступление в единое государство предполагает, что все права субъектов федерации являются приобретенными (данными федерацией), а не априорными¹, поскольку исходят от федерации. Юридическое построение федеративного государства – это процесс «не центробежный, а центростремительный». Федерация «не *расчленяет* (не дифференцирует, не разделяет, не дробит), а *сочленяет* (интегрирует, единит, сращивает)». Хотя данный процесс может сопровождаться политическим признанием самобытности и самостоятельности частей федерации². Соответственно следует сделать вывод, что сепаративная теория применима скорее к конфедеративному устройству, чем к федеративному³.

Это обусловило то, что уже после победы северных штатов над южными в США созрела потребность в создании качественно иной теории суверенитета. Такой теорией стала «**унитарная**» (централистская, унитаристская) **теория суверенитета**, разработанная Паулем Лабандом и Георгом Еллинеком⁴.

Ее представители также стояли на позиции единства и неделимости государственного суверенитета, но в противоположность сепаративной теории они утверждали, что он принадлежит не штатам, а федерации, поскольку:

1) над федеральной властью не стоит никакой другой власти⁵, в силу чего недопустимо нарушение юридической субординации со стороны субъектов федерации;

2) федерация создает свои субъекты, а не наоборот, а значит, у нее есть право их ликвидировать в случае опасности существования всего государства в целом. Это опровергало тезис об искусственности, производности государственного суверенитета федерации. При этом стоит отметить, что данный тезис является правомерным и для федераций, созданных «снизу» (договорным путем). Автору близка позиция А. Линкольна, утверждавшего, что «союз старше любого из штатов и на деле он их создал как штаты (ранее они существовали как самостоятельные государства. – Л.Ч.). Конвенты штатов регулируются Конституцией в качестве органов федерации, а не штатов»⁶;

3) у субъекта федерации отсутствует право объявлять и вводить чрезвычайное положение на части территории субъекта федерации, в субъекте федерации в целом или в федерации. Так, как полагал К. Шмитт (Шмитт), сувереном является тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении. Причем суверен принимает решение не только о том, имеет ли место экстремальный случай крайней необходимости, но и о содержании, системе действий, «о том, что должно произойти, чтобы этот случай был устранен»⁷;

¹ Ср.: утверждение А. де Токвиля о том, что суверенитет США является искусственным («произведением искусства») в отличие от «естественного» суверенитета штатов». См.: Токвиль А. де. Демократия в Америке / пер. с фр., предисл. Г. Дж. Ласки. М., 1992. С. 140.

² Ильин И.А. О государственной форме. Статьи из сборника «Наши задачи» // Государство и право. 1991. № 11. С. 139–140.

³ Подобной позиции придерживался, в частности, Ф.Ф. Кокошкин. См.: Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. Изд. 2. М., 1912. С. 303.

⁴ в российской правовой науке данной теории придерживается большинство ученых. См., например: Воронина Е.В. Право как основа формирования правового государства в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 59; Умнова И.А. Конституционные основы современного российского федерализма. М., 2000. С. 101.

⁵ Так, Ф.Ф. Кокошкин утверждал, что «суверенная власть есть независимая власть, над ней не стоит никакой другой власти» (Кокошкин Ф.Ф. Указ. соч. С. 204).

⁶ Цит. по: Левин И.Д. Указ. соч. С. 302.

⁷ Шмитт К. Политическая теология : сб. / заключ. статья и сост. А. Филиппова. М., 2000. С. 5, 17.

4) устанавливается верховенство (приоритет) федерального законодательства (А.А. Мишин¹), которое, в частности, выражается в праве федеративного государства инвалидировать (признавать недействующими) акты, противоречащие духу и смыслу федеральной Конституции;

5) за федерацией закрепляется так называемая «компетенция компетенции – Kompetenz Kompetenz», т. е. право расширять свою компетенцию и устанавливать компетенцию органам субъектов федерации²;

6) как правило, только федерации предоставляется право внешних заимствований;

7) федерация имеет и иные способы воздействия на свои субъекты, которые условно можно подразделить на ординарные (обычные) и чрезвычайные.

К первым относят федеральный регулярный контроль, осуществляемый через деятельность конституционных и иных судов (за соответствием актов субъектов федерации федеральной Конституции) и по линии исполнительной власти, поскольку, как правило, органы исполнительной власти находятся в отношениях субординации, иерархически подчинены федеральной исполнительной власти. Кроме того, достаточно часто применяется федеральная помощь (например, федеральные субвенции) и финансовый контроль (за правильным использованием субсидий федерации ее субъектами). А ко вторым – федеральное принуждение и военные действия. Что касается России, то в Конституции Российской Федерации 1993 г. отсутствуют нормы, прямо устанавливающие основания для федерального вмешательства в права субъектов федерации, указываются лишь общие основания (ч. 4 ст. 78, ч. 2 ст. 80), открывающие возможность такого вмешательства. Так, ч. 2 ст. 80 возлагает на Президента Российской Федерации обязанность принимать меры по охране государственного суверенитета, ее независимости и государственной целостности. К числу юридических средств оказания воздействия на субъекты федерации Конституция относит: возможность Президента Российской Федерации использовать согласительные процедуры для разрешения возникших разногласий между федеральными органами и органами власти субъектов федерации либо между органами власти субъектов РФ (ч. 1 ст. 85); право Президента Российской Федерации приостанавливать действие актов исполнительных органов государственной власти субъектов федерации в случае их противоречия федеральному законодательству (ч. 2 ст. 85); право Президента Российской Федерации вводить на территории субъектов федерации военное положение (ч. 2 ст. 87). Право Президента Российской Федерации в исключительных случаях использовать Вооруженные силы страны прямо вытекает из международно-правовых норм. В частности, Дополнительным протоколом II от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающимся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера, устанавливается обязанность правительства всеми законными средствами поддерживать или восстанавливать правопорядок в государстве, защищать национальное единство и территориальную целостность государства³.

Завершая рассмотрение унитарной теории, хотелось бы отметить, что в правовой науке можно найти и иные обоснования исключительного суверенитета федерации. Так, иногда российские ученые обосновывают исключительный суверенитет федерации конституционным тезисом (ч. 1 ст. 3 Конституции РФ 1993 г.) о том, что носителем суверенитета является многонациональный народ Россий-

¹ «Что является ключевым принципом любой федерации? Приоритет союзного закона над законом субъекта федерации» (Суверенитет в государственном и международном праве (круглый стол): из выступления А.А. Мишина // Советское государство и право. 1991. № 5. С. 17).

² Сходные определения давали, в частности, А. Генель и И.Д. Левин. Так, первый определял компетенцию компетенции как исключительное право государства расширять свою компетенцию (см.: Палиенко Н.И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и его правовое значение. Ярославль, 1903. С. 448). А второй – как «право путем изменения конституции расширять свою компетенцию» (Левин И.Д. Указ. соч. С. 320).

³ Подробнее см.: Лысенко В.Н. Развитие федерации и Конституции России (Конституционные изменения как назревшая потребность развития федеративных отношений) // Государство и право. 1997. № 8. С. 19–20.

ской Федерации, а не население, проживающее на территориях отдельных субъектов федерации¹. Однако, как представляется, носителем государственного суверенитета в любом государстве является, исходя из этимологического значения слова «государственный суверенитет», государство, а не народ. Поэтому корректнее аргументировать эту точку зрения тем, что признание двух и более верховенств на одной территории означает, что какое-то из них будет вторичным, подчиненным, менее верховным. А это нелогично. Нельзя не отметить также и попытку обоснования отсутствия государственного суверенитета у субъекта федерации тем, что он якобы не обладает государственной властью. На наш взгляд, данное утверждение является некорректным, так как в соответствии с Конституцией Российской Федерации термин «государственная власть» применяется в отношении Российской Федерации и ее субъектов. Однако, безусловно, федеральная и региональная власть – понятия разноразрядные, так как региональная власть носит подчиненный характер, в отношении к власти федеральной.

При всем при этом данная теория является наиболее распространенной в современной российской юридической науке, как «в чистом виде», так и в виде «адаптированных к российским условиям версий». В частности, одной из таких версий выступает **теория единого государственного суверенитета** (В.В. Лазарев², А.Е. Козлов), отвергающая деление суверенитета и признающая его только за федерацией. Этот тезис обосновывается тем, что «сконструировать модель, согласно которой суверенные государства образуют еще одно суверенное государство, невозможно, поскольку суверенитет союза и суверенитет его субъектов как самостоятельные государственно-правовые институты несовместимы. В реальной жизни это попытки соединить несоединимое»³. По своей сути данная теория отличается от классической унитарной теории суверенитета только русифицированным названием.

Второй версией данной теории можно назвать концепцию **конституционного лишения республик суверенитета** (Р.В. Михайлов⁴), основанную на том, что Конституция Российской Федерации, закрепив принцип равноправия всех субъектов Российской Федерации, лишила республики суверенитета. Как представляется, Конституция не могла лишить республики суверенитета, так как историческая особенность возникновения российского федеративного государства заключается в том, что сама Россия, а не ее субъекты учреждала все формы национальной и территориальной государственности в своем составе. Не могли субъекты России, подписывая федеративный договор, делегировать ей государственный суверенитет, поскольку сами им не обладали. Никто не может передать больше полномочий, чем он обладает.

В XIX в. «примирить» сепаративную и унитарную теории попытались основатели **теории «участия»** – Борель, Лефюр (Ле Фюр), которые хотя и не наделяли суверенитетом субъекты федерации, однако признавали за ними *право участия в формировании и реализации общегосударственного суверенитета*. Субъекты федерации выступали в данной концепции «органической частью общегосударственного суверенитета»⁵. Предполагалось, что федерация – это «государство, в котором известное участие в образовании суверенной воли предоставляется штатам, отличающимся благодаря этому от коммун и самоуправляющихся провинций унитарного государства»⁶. Как правило, это выражалось в создании на федеральном (общегосударственном) уровне коллегиального органа, представляющего интересы регионов при принятии федеральных законов и некоторых других важнейших общегосударственных решений (например, Совета Федерации в Российской Фе-

¹ Козырев А.А. Проблемы соотношения государственного суверенитета Российской Федерации и государственной власти ее субъектов // Право и политика. 2003. № 5. С. 5.

² Конституционное право / под ред. В.В. Лазарева. М., 1998. С. 63.

³ Ледях И.А. Федерализм и демократия. На форуме юристов // Государство и право. 1992. № 4. С. 147.

⁴ См.: Козырев А.А. Указ. соч. С. 5.

⁵ Цит. по: Ливеровский А.А. Субъект федерации: суверенитет, сецессия, акцессия // Ученые записки Института права СПбГУЭФ. Вып. 3 / под ред. А.А. Ливеровского. СПб., 1999. С. 18.

⁶ Цит. по: Яценко А. Указ. соч. С. 296.

дерации, Бундесрата в Федеративной Республике Германии) и участия субъектов федерации в изменении федеральной Конституции (например, в ратификации конституционных поправок региональными парламентами)¹. т. е. участие субъектов федерации в формировании государственного суверенитета мыслилось, прежде всего, как реализация внутреннего суверенитета. Реже такое «соучастие» виделось в осуществлении внешнего суверенитета (С.В. Королев²).

Думается, что, несмотря на то, что субъекты федерации действительно участвуют в осуществлении государственной власти, это не означает участия в формировании и реализации (функционировании) государственного суверенитета. Тем не менее эта теория не утратила своих сторонников и на сегодняшний день³. Так, в частности, вызывает интерес позиция В.В. Горюнова. Он, рассматривая Российскую Федерацию как «способ народной самоорганизации», полагает, что в осуществлении государственного суверенитета «участвуют органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления». При этом В.В. Горюнов выделяет две формы «участия» органов местного самоуправления в осуществлении государственного суверенитета: непосредственное (при осуществлении переданных им отдельных полномочий Российской Федерации) и опосредованное (путем участия в реализации общей государственной политики)⁴.

Данная позиция также представляется дискуссионной, поскольку, во-первых, «способ народной самоорганизации» – это скорее определение такого термина как «самоуправление», чем государства; во-вторых, достаточно спорным является «участие» органов местного самоуправления и органов государственной власти субъектов федерации в осуществлении государственного суверенитета. Здесь скорее идет речь об участии в осуществлении государственной власти. А государственный суверенитет и государственная власть – это понятия не тождественные, поэтому думается, что теория «участия», по сути, является одной из концепций формирования, функционирования, реализации государственной власти, чем теорией государственного суверенитета.

Основные «недостатки» предыдущих теорий попыталась в свое время устранить так называемая **дуалистическая (синтетическая) теория** (К. Уэр, А.С. Яценко и др.), восходящая к учению о двойном источнике суверенитета.

По своей сути синтетическая теория сближается с классической теорией тем, что признает наличие двух независимых властей (федеральной и региональной)⁵, но не является ее продолжением, поскольку отстаивает принцип единства суверенитета. Так, К. Уэр полагал, что сущность федерализма проявляется в том, что «метод разделения власти, согласно которому союзная и региональная власть каждая в своей сфере являются координированными и независимыми друг от друга»⁶. Однако этот факт указывает лишь на двойной источник суверенитета в федеративном государстве. Носитель здесь один. И это не федерация и не ее субъекты. Суверенитет принадлежит им совместно, но не по частям, как в классической теории, а в синтетическом единстве⁷.

Близка к этой позиции А. Автономова, утверждающего, что существует единый и неделимый суверенитет федеративного государства, который проявляется и на общегосударственном уровне, и на уровне субъектов федерации. Поэтому су-

¹ На это, в частности, указывал Н. Грачев. См.: Грачев Н. Современный федерализм и проблемы суверенитета // Право и жизнь. Независимый правовой журнал. 2003. № 55 (3) [Электронный ресурс]. URL: <http://www.law-n-life.ru/> (дата обращения: 11.06.2009).

² См.: Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование) / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 2001. С. 36.

³ См.: Курашвили К.Т. Федеративная организация Российского государства. М., 2000. С. 90.

⁴ Горюнов В.В. Суверенитет Российской Федерации: сущность, содержание, гарантии : автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С. 8.

⁵ Тезис о двух независимых властях, действующих в одном государстве, дал повод И.Д. Левину отнести эту теорию к модифицированному варианту классической теории делимости суверенитета. См.: Левин И.Д. Указ. соч. С. 305.

⁶ Wheare K.C. Federal Government. 3-rd ed., Oxford University Press, 1956. P. 11.

⁷ Яценко А. Указ. соч. С. 276.

веренитет субъектов федерации не противостоит суверенитету федерации, поскольку это один и тот же суверенитет. Суверенность субъектов обеспечивается суверенностью федерации, а суверенность федерации – суверенностью ее субъектов, и разделить этот (единый) суверенитет федеративного государства невозможно. Эта позиция обосновывается автором тем, что осуществление суверенных полномочий распределено между разными уровнями государственной власти – федеральным уровнем и уровнем субъектов федерации¹.

К последователям данной теории также можно отнести, Г. Навяского, П.В. Волкова и А.В. Максимова². Так, в частности, Г. Навяский, полагая, что федерация – это государство, компетенция которого образуется путем сложения того, что берется из компетенции государств-членов федерации» Подобной позиции придерживались и другие ученые³.

Как представляется, основным недостатком синтетической теории является то, что она признает источниками суверенитета субъектов федерации. Думается, что источником суверенитета корректнее считать такой субъект, власть которого ни от кого не производна. т. е. народ всего государства в целом.

Рассмотрев основные теории единства государственного суверенитета в федеративном государстве, можно сделать вывод о том, что наиболее приемлемой является унитарная теория государственного суверенитета, поскольку исходит из принадлежности суверенитета исключительно государству. Суверенитет – это свойство государства, а не его государствовподобных членов.

¹ Автономов А. Консенсуальная интеграция – сущность современного федерализма // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4 (49). С. 21.

² Максимов А.В. Народ и власть в системе федеративных отношений : автореф. дис. ... канд. полит. наук. М., 2007. С. 16.

³ См., например: Тэпс Д. Суверенитет в теории федерализма. СПб., 2004. С.212–213.

МОДЕРНИЗАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО, АДМИНИСТРАТИВНОГО И МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ФЕДЕРАТИВНОГО УСТРОЙСТВА

Княгинин Константин Николаевич

Федеративное государственное устройство отнесено Конституцией Российской Федерации к числу основ отечественного конституционного строя (ч. 1 ст. 1, ст. 5, ст. 11). В опоре на принцип федеративной организации Российского государства выстроена глава 3 Конституции Российской Федерации, непосредственно посвященная государственному устройству. Из системы нормативных положений глав 1 и 3 федеральной Конституции вытекают некоторые вполне очевидные положения. Субъекты Федерации являются государственными территориальными образованиями, обладающими соответствующими атрибутами: собственными конституциями (уставами), законодательством, органами государственной власти, предметами ведения и полномочиями и т. д. Но базирующиеся на идеях федерализма нормы Конституции России регламентируют не только организацию государственной власти в субъектах Федерации. С учетом этого федеративного государственного устройства изложены некоторые предписания глав 5, 7, 9 Конституции России, регулирующие организацию федеральных органов и их компетенцию, структуру и иерархию российского законодательства, федеральный законодательный процесс, порядок формирования федеральных органов государственной власти и даже процедуру внесения поправок в Конституцию Российской Федерации. Вот почему в нашем государстве столь важна «федеративно-устройственная составляющая» системы государственной власти. Организация Российского государства в его не только собственно территориальном, но и институциональном, имущественно-финансовом и любом ином разрезе оказалась объективно зависима от этой «составляющей» и уязвима перед сбоями в ее функционировании.

История всех федераций мира, и Россия здесь не является исключением, наглядно показывает, что федеративное устройство недаром именуют сложной формой организации государства. Распределение государственной власти между федеральным центром и субъектами федерации с неизбежностью вызывает если не конфликты и соперничество, то, по крайней мере, необходимость учета полновесных полномочий другого «этажа» власти. Государственную власть в федеративном государстве можно уподобить канатоходцу, который должен умело обращаться с шестом. Один из концов этого шеста – федерация в целом, другой – субъекты федерации. Движение по канату сопровождается постоянными переживаниями шеста – поиском оптимальной балансировки прав и интересов центра и территорий. Неверно определив соотношение федеральной и региональной частей «шеста», «канатоходец» рискует потерять равновесие.

Ситуация, в которой пребывает юридическая практика отечественного федеративного устройства, достаточно специфична. Закрепленная в федеральной Конституции модель федерации едва ли может быть признана оптимальной. В Конституцию России оказались «по инерции» вкраплены многочисленные «советизмы» – не оцененные критически идеи конституционного законодательства РСФСР советского периода: асимметричность Федерации, базирующаяся на, скажем так, спорных основаниях и имеющая спорные проявления; сложносоставность некоторых субъектов Федерации, «отягощенных» автономными округами, и, соответственно, «сложновхождение» в Федерацию этих автономных округов

как субъектов Федерации; «именные» федеральные законы об автономной области и автономных округах, ни один из которых не был принят и, по правде, не имел шансов быть принятым, ибо его концепция изначально противоречила провозглашенным в Конституции принципам российского федерализма. Эти положения являются конституционным балластом, в лучшем случае, не способствующим позитивному решению проблем отечественного государственного устройства, в худшем – являющимся источником трений и конфликтов. Проблемными конструкциями оказались и «новаторские» положения федеральной Конституции о внутрифедеральных (между Федерацией и ее субъектами) договорах, заложенной в ней схеме распределения предметов ведения и полномочий между Федерацией и ее субъектами, сконструированной в отступление от азбучных канонov и логики юридической, и логики формальной и т. д.

Эволюцию федеративных отношений в России в 1990-е гг. можно было бы в целом определить как практику «приспособления» к ситуации, порожденной федеральной Конституцией. В это время получила широкое распространение практика заключения внутрифедеральных договоров, отражающих неравноправие субъектов Федерации; федеральный центр мирился с претензиями республик в составе Федерации, считающих себя более «полностатусными», на обладание «особыми», в том числе «суверенными» полномочиями; автономные округа в составе края или области подавались в качестве не просто самостоятельных, но, можно сказать, независимых по отношению к этим краям или областям субъектов Федерации и т. д.

Однако в последнее десятилетие произошла известная переоценка российских «федеративных ценностей». Те же внутрифедеральные договоры, заключенные в предыдущие годы, были расторгнуты, «формат» регулирования федеративного устройства с помощью таких договоров фактически объявлен неконституционным. Были приняты и реализованы решения, приведшие конституции и иные нормативные акты республик в соответствие с федеральной Конституцией. Проблема «сложносоставных» субъектов Федерации была во многом решена с помощью объединения большинства автономных округов с «материнскими» краем или областью и образованием новых (объединенных) субъектов Российской Федерации. Не все моменты принятых в рамках кампании по расчистке «завалов» федеративного устройства мер могут быть оценены как юридически корректные, но, пусть и в исправленном виде, они в определенной степени распутали и оздоровили отношения внутри отечественной Федерации.

Но наряду с описанным выше процессом, который можно назвать процессом упорядочивания российского федеративного устройства, мы наблюдаем в последние годы и процесс стремительного перераспределения полномочий и ресурсов в пользу федерального центра. Это явление принято оценивать как «централизацию» или «вертикализацию» отечественной федерации. В публицистических и даже научных источниках можно встретить заявления о действиях российской федеральной власти «вразрез с принципами федеративного устройства», о «сворачивании» и даже «умерщвлении» ею федеративной организации России, о «ползучей унитаризации» отечественного государства.

Думается, эмоциональная составляющая этих суждений должна быть умеренна. Надо при оценке наблюдаемого процесса учитывать, что современная Россия не переживает ничего из ряда вон выходящего. Во всех или, по крайней мере, многих современных федерациях проявляли или проявляют себя тенденции подобной «унитаризации». Федеральный центр как «сильная сторона» подвергает субъектов федерации своеобразному прессингу, подспудно и явно расширяя круг своих прерогатив и полномочий. На реальность и серьезность проблем процесса «унитаризации» федеративного государства указывают применительно к Швейцарии, считающейся федерацией с весьма «сильными» субъектами – кантонами, швейцарские авторы¹. О том же самом применительно к еще одной федерации с об-

¹ Т. Фляйнер указывает, что, «изучая историю развития конституции за последнее столетие, можно обнаружить, что множество полномочий, которые изначально принадлежали кантонам, перешли к федеральному правительству. Как и в других федеральных государствах, юрисдикция федерального правительства в Швейцарии также была существенно расши-

ладающими широкими прерогативами субъектами-США говорят американские авторы¹. О таких же процессах еще в одном государстве «классического федерализма» – Германии пишут немецкие авторы². Более того, и в механизмах проведения политики «унитаризации» зарубежных федераций и Российской Федерации можно найти немало совпадений. Так, например, и в зарубежных странах прибегают к «творческому истолкованию» в пользу федерального центра пробелов и неясностей предписаний федеральных конституций о государственном устройстве. Показательно в этом отношении прижившееся в Германии терминологическое обозначение группы присвоенных федеральным центром (не закрепленных за ним прямо, но якобы подразумеваемых) полномочий: эти полномочия часто именуют «аннексированными».

В то же время в развитых правовых государствах процесс «унитаризации» федерации происходит, в отличие от России, не быстро и, если так можно выразиться, не линейно. По мере усиления «унитаризации» федеративного государства в странах с развитой федеративной традицией, подлинным разделением властей, реальной партийной системой и т. п. пропорционально нарастает сопротивление про-федеративного «материала». Сторонники центростремительного развития устройства соответствующего государства в ситуации этого сопротивления вынуждены искать компромисс со сторонниками центробежного развития задолго до того, как дефедерализация будет проведена, что называется, до упора. В итоге цикл «унитаризации» вследствие прямого реформирования конституционного законодательства, в том числе, возможно, и реформирования федеральной конституции, либо вследствие принципиально важных решений тех же органов конституционного правосудия так или иначе обрывается. На смену ему может прийти и цикл «новой федерализации». С известной долей уверенности можно утверждать, что если сегодняшнее российское государственное устройство будет развиваться эволюционно, то его развитие приведет, в конце концов, к осознанию необходимости рефедерализации России. Другое дело, что в нашем государстве нельзя быть настолько же уверенным в том, будет ли отечественное государственное устройство на протяжении длительного периода времени развиваться эволюционно.

В любом случае, поскольку действующая Конституция Российской Федерации исходит из федеративного устройства нашего государства, правильнее будет, если отечественная доктрина конституционного права будет сохранять «верность федерализму». Для того чтобы выстроить приемлемую модель государственного

рена» (см.: Фляйнер Т. Швейцария: Конституция федеративного государства и кантонов // Казанский федералист. Журнал о федерализме в России и мире. 2002. № 4 (осень). С. 113).

¹ В США высказывается мнение, что «разрастание» полномочий федерального центра началось приблизительно с 1930-х гг. В рамках «нового курса» президента Ф. Рузвельта, что распределение полномочий между федерацией и штатами остается едва ли не самым проблемным пунктом организации американской государственной власти. (См., например, Отделение функций федерального правительства от функций штатной и местной власти. Интервью с вице-председателем Совета управляющих Федеральной резервной системы США Элис М. Ривлин [Электронный ресурс]. URL: <http://www.4uth.gov.ua/usa/russian/government/rivlin.htm>. Дата обращения: 20.11.2010; Ливитт М. Изменение баланса власти в американской республике [Электронный ресурс]. URL: <http://www.4uth.gov.ua/usa/russian/government/leavitt.htm>. Дата обращения: 20.11.2010.

² Как отмечает А. Бланкенагель, «очевидно, что, по крайней мере, в Германии Федерация в своем развитии имеет подобную тенденцию к централизации». Оговорку о том, что этот процесс характерен, по крайней мере, для Германии, автор делает после того, как говорит об основаниях предположить существование универсальной для всех (многих) федераций «естественной тенденции к централизации федеративного государства» (см.: Бланкенагель А. Распределение компетенции и государственность немецких земель: три небольших урока для федеративных систем // Казанский федералист. Журнал о федерализме в России и мире. 2003. № 1(5) зима, с. 40–41). В 1962 г. К. Хессе, реально оценив процессы «унитаризации» недавно образованной ФРГ, поставил вопрос о том, что точнее будет определять форму немецкого государственного устройства с помощью термина «унитарное союзное государство». Возможно, первоначально данное определение воспринималось в качестве содержащего оттенок критики складывающихся тенденций развития немецкой федерации. Однако впоследствии данные доктринальные идеи были взяты на вооружение теорией немецкого федерализма как адекватно отражающие существо национального государственного устройства.

устройства на основе предписаний действующей российской федеральной Конституции, нужна кропотливая работа по теоретическому и теоретико-прикладному освоению отечественного конституционного законодательства и практики его реализации и возвращению позитивных рекомендаций.

Полезным для анализа состояния и перспектив федеративного устройства в России является изучение доктрины и практики строительства развитых зарубежных федераций. В соответствующих государствах умеряют процессы «уни-таризации» не только и не столько путем политических заклинаний и обвинений, сколько с помощью внесения адекватных доктринальных предложений и выстраивания на основе этих предложений юридической практики. Но здесь можно отметить интересный момент. Иностранные «глобальные» доктринальные положения и стоящие за ними «глобальные» конституционно-правовые решения, оказывается, не так-то просто перенести на российскую почву с целью защиты принципов отечественного федеративного устройства. Дело в том, что сами по себе эти положения есть не только источник, но некий суммарный итог системы «частных» доктринальных положений и «малых» законодательных решений. Без восприятия российской теорией и практикой указанных или аналогичных конституционно-правовых «мелочей» не создать, как представляется, среды, в которой общая зафиксированная конституционно-конструктивная отечественного федерализма обретет концептуальную и практико-прикладную стройность и устойчивость.

ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ ПРАВО: ЗАДАЧИ УЧЕБНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ

Козырин Александр Николаевич

Образовательное право становится в последнее время предметом повышенного внимания законодателя и иных органов, наделенных нормотворческими полномочиями.

Значение, которое образовательное право приобретает в современном постиндустриальном обществе, его особая роль в развитии экономики знаний, а также то влияние, которое образование оказывает на социально-политические процессы в обществе, в совокупности обусловили динамичное развитие образовательного законодательства на рубеже прошлого и нынешнего веков.

Нормативно-правовая база, регулирующая отношения в сфере образования на федеральном, региональном и муниципальном уровнях, насчитывает сегодня уже не сотни, а тысячи актов. Очевидно, что такой обширный нормативный массив нуждается в постоянном изучении.

Исследования, которые ведутся в этой области рядом ученых, появление учебников, учебных пособий и комментариев образовательного законодательства дают основание говорить о начале формирования самостоятельного направления юридической науки – образовательного права.

Ценность образовательного права состоит, на наш взгляд, во-первых, в той поддержке, которую наука может и должна оказать при осуществлении нормотворческой и правоприменительной деятельности. Принцип научности становится необходимым условием эффективности управления образованием и результативности государственной образовательной политики.

Для того чтобы выполнять эту миссию, наука должна «опережать» законодательство, выявлять «проблемные» и «слабые» места, содействовать его совершенствованию и определять пути дальнейшего развития. И здесь образовательному праву еще предстоит много сделать: сейчас его источники нередко представляют собой простой пересказ действующих нормативных правовых актов.

Во-вторых, образовательное право как отрасль (раздел, направление) юридической науки призвано содействовать проведению в России образовательной ре-

формы, помочь дальнейшему развитию педагогического образования, решению одной из актуальных проблем российского образования – формированию современного корпуса педагогических кадров для школ и университетов.

В этой связи особое значение приобретает формирование другой ипостаси образовательного права – одноименной учебной дисциплины.

Дисциплина «Образовательное право» уже «прописалась» в учебных планах некоторых российских вузов (Академия труда и социальных отношений, Государственный университет – Высшая школа экономики, Российский университет дружбы народов, Московский городской педагогический университет, Тюменский государственный университет, Уральская государственная юридическая академия, Пермский государственный университет, Хакасский государственный университет и др.). В некоторых университетах пошли дальше – на базе курса «Образовательное право» появились авторские спецкурсы (например, в Российском университете дружбы народов подготовлены программы спецкурсов «Международное образовательное право»¹, «Внешнеэкономические договоры на оказание образовательных услуг»², «Государственно-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в сфере образования»³).

Педагогические вузы стали активно разрабатывать курсы образовательного права, ставя при этом задачу познакомить студента не только с федеральным законодательством, но и с нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации в области образования (например, в Башкирском государственном педагогическом университете читается курс «Нормативно-правовые основы образования в Республике Башкортостан и Российской Федерации»).

Появляются авторские программы⁴, учебники и учебные пособия по образовательному праву⁵. Однако о серьезных успехах в продвижении этой учебной дисциплины говорить пока преждевременно. На наш взгляд, на данный момент более динамичному развитию образовательного права мешает отсутствие четкой концепции учебного курса, в которой были бы сформулированы основные цели и задачи преподавания образовательного права. Иными словами, необходимо определиться – где (в каких образовательных учреждениях) и кому (целевая аудитория) преподавать образовательное право. От этого будет зависеть система учебного курса, содержание его программы.

Курс «Образовательное право» может читаться в разных форматах в зависимости от целевой аудитории.

Бакалавриат юридического факультета. Включение в учебные планы отдельного курса «Образовательное право» не представляется целесообразным. Соответствующая правовая проблематика может быть представлена в разделе базового курса «Административное право», посвященном организационно-правовым основам управления в области образования. Этого, на наш взгляд, будет достаточно, чтобы познакомить студентов-юристов, обучающихся в бакалавриате, с одной из наиболее молодых и динамично развивающихся отраслей российского законодательства.

Магистратура юридического факультета. На этом уровне возможны два сценария:

1) включение в учебный план спецкурса «Образовательное право», нацеленного на подготовку магистров к преподавательской деятельности в вузах;

2) открытие магистерской программы «Образовательное право» для подготовки управленцев и юристов для работы в сфере образования. Второй вариант позволяет помимо прочего реализовать одно из преимуществ магистратуры – воз-

¹ <http://www.rudn.ru/?pagec=1191>

² Ежегодник российского образовательного законодательства. 2007. Т. 2. С. 298–313.

³ Ежегодник российского образовательного законодательства. 2008. Т. 3. Вып. 2. С. 147–158.

⁴ См.: Трошкина Т. Н. Образовательное право как учебная дисциплина // Ежегодник российского образовательного законодательства. 2006. Т. 1. С. 304–315; Ягофаров Д. А. Образовательное право : рабочая программа учебной дисциплины // Право и образование. 2004. № 2. С. 110–129.

⁵ См.: Федорова М.Ю. Образовательное право : учеб. пособие для вузов. М., 2003. 320 с.; Шкатулла В.И. Образовательное право : учебник. М. : Норма, 2001. 688 с.

возможность «переключиться» с одного направления образования на другое. В такой магистратуре могли бы учиться не только бакалавры-юристы, но и, например, выпускники педагогических вузов, которые получили бы в магистратуре второе юридическое образование, полностью ориентированное на последующую работу в сфере образования.

Педагогические факультеты. В педагогическом секторе образования курс «Образовательное право» должен стать обязательным для изучения всеми студентами. Едва ли необходимо аргументировать тезис о том, что современный педагог не может обойтись без знания нормативно-правовой базы, с помощью которой регулируются различные по своей природе (административные, гражданские, трудовые, финансовые и т. д.) отношения в области образования.

Послевузовское образование. Включение курса «Образовательное право» в учебные планы аспирантур по всем (!!!) без исключения специальностям представляется обоснованным, поскольку одной из задач послевузовского профессионального образования является подготовка квалифицированных педагогических кадров для высшей школы. Образовательное право должно стать обязательным элементом подготовки будущих преподавателей вузов.

Обоснованным представляется также включение курса «Образовательное право» в программы *дополнительного образования* (профессиональной переподготовки, повышения квалификации учителей школ, преподавателей вузов, лиц, занятых в системе управления образованием).

В зависимости от целевой аудитории могут меняться структура и содержание отдельных частей (тем) программы учебного курса «Образовательное право». При этом цель и задачи курса остаются, как правило, без существенных изменений.

Цель учебного курса – познакомить студентов с базовыми понятиями и категориями образовательного права, с основными положениями образовательного законодательства Российской Федерации и международно-правовыми стандартами регулирования образовательных отношений.

Задачами учебного курса являются:

- ознакомление студентов с основами организации образовательного процесса в Российской Федерации на федеральном, региональном и муниципальном уровнях;
- изучение механизма нормативно-правового регулирования образовательных отношений в Российской Федерации, а также международно-правовых стандартов в сфере образования;
- анализ правоприменительной (административной и судебной) практики, сложившейся в сфере образовательных отношений;
- исследование основных характеристик образовательной реформы, проводимой в Российской Федерации;
- знакомство студентов с основными тенденциями развития образовательного законодательства зарубежных стран.

По завершении изучения дисциплины студент должен:

- знать основные категории и понятия образовательного права, механизм и гарантии реализации на практике конституционного права каждого на образование, правовой статус участников образовательных правоотношений, основы нормативно-правового регулирования экономических (хозяйственных), финансовых и управленческих (административных) аспектов образовательной деятельности, международно-правовые стандарты в сфере образования, а также основные характеристики Болонского процесса и особенности участия Российской Федерации в формировании единого европейского образовательного пространства;
- уметь использовать полученные знания в своей практической деятельности;
- иметь представление о сущности и основных направлениях образовательной реформы в Российской Федерации;
- обладать навыками работы с актами образовательного законодательства Российской Федерации и иными источниками образовательного права (включая международные договоры Российской Федерации, источники судебной практики), позволяющими профессионально решать практические задачи в сфере образования, оказывать консультационные услуги и т. д.

REGULATORY SIDE OF MAKING CHANGES, ADDITIONS TO THE REGULATIONS AND REPEAL OF OBSOLETE ACTS IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN.

Абдукаримова Зауре Турганбаевна

One of the difficult issues facing developers of projects of normative legal acts – is the technology to the changes and additions.

According to the Law "On normative legal acts", "a law amending the Constitution of the Republic of Kazakhstan-law adopted in the manner prescribed by paragraph 3 of Article 62 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan" ie is the law, which is made by not less than three fourths of the total number of deputies of each Chamber.

If we analyze the work of the Parliament of the Republic of Kazakhstan for the past few years, it becomes clear: the new laws adopted less compared to the number of changes and additions made to existing laws.

The reasons for changes in laws can be objective and subjective.

By objective, we will probably include:

Obsolescence-law changes in mind the socio-political situation;

– law leads to numerous problems in the work;

The subjective

– changes to the legislation are procedural and purely editorial in nature. When changes are related to technical and legal revision of texts.

The main quality of legislation is in close connection with the duration of laws, with their reliability. The legislation, which operates only one day and then subjected to change, can not perform the functions assigned to it, even if it appears legitimate law-making authority. Laws in no way should be written to address some minor and temporary problems. After all, society wants to have the law extended action. To be sure of long-term management issue, though, of course, rapid modification in connection with the change of circumstances (problem of incentives), must also be present.

"Implementation of the law-making activities authorized agencies includes the following phases: development of concepts of bills;

conduct scientific examination of concepts of bills in accordance with the rules of scientific expertise, approved by Government Resolution dated May 30, 2002 N 598 "On measures to improve standard-setting activities; consideration of bills on the concepts of the Interagency Commission on Law Drafting Activities under the Government of the Republic of Kazakhstan, the drafting of legislative acts, conduct scientific review of draft legislation, harmonization of legislation from the state authorities in accordance with Government Regulations; conducting additional scientific expertise in the case of making fundamental changes in finalizing the draft legislation, introducing bills to the Government of the Republic of Kazakhstan; organizational and information support for the bills when they are considering in the chambers of the Parliament of the Republic of Kazakhstan "¹.

Draft legislation should be developed in strict accordance with its concept, approved by the Commission.

Can not be approved by the Commission the concept of bills:

1) providing for the regulation of legal relations, which are already regulated by the law;

2) contrary to the fundamental principles of law;

3) subject to regulation which is not consistent with the public relations referred to in paragraph 3 of Article 61 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan.

"For all the concepts of bills by the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan in terms of not more than fifteen calendar days from the date of their submission to the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan, is preparing a preliminary conclusion, setting out the vision requirements. Conclusion of the Ministry of Justice of the Republic

¹ Zakon of normative legal acts of 24 March 1998.

of Kazakhstan is considered by the Commission, together with the concept of the bill and the legal opinion of the scientific examination of the concept of the bill¹.

In developing the concept of the bill the developer must:

- examine existing laws in the relevant area of law, determine the reasons for the lack of effectiveness of existing legal arrangements (if any), identify gaps, conflicts in law, obsolescence, or the presence of multiple acts regulating similar relationship, the reasons for misuse of the law;
- to examine, compile and analyze the economic, sociological, statistical and other information necessary to make a study of projected social, financial, economic, environmental, legal, criminological and other consequences of the adoption of normative legal act, likely trends and options for development of social relations in a particular area in connection with the adoption of the act;
- make the necessary financial and economic calculations;
- examine the international experience, a comparative legal analysis.

The presentation of arguments, indicating the need for the law, must be specific, thoroughly establishes the connection between the negative phenomena and processes, not perfect the legislation. As an argument to cite examples from the practice of showing the summary of the plot of available situations, opinions on the correct application of rules of law, conclusions and suggestions.

When forecasting the social impact of the analysis of the impact that may have an action on the development of society as a whole and its individual social groups, to increase the level and quality of life: the impact on the level of education and employment, social structure, the availability of health services, improving housing, development of civil society institutions and other consequences.

When forecasting the financial and economic impact is estimated on the adoption of the act:

- direct and indirect costs from the republican and local budgets;
- cost-law enforcers and other entities implementing the norms of the act;
- income of the republican and local budgets, as well as the income of individuals and legal entities;
- Other expenses and income, as well as other economic effects (effects on the development of competition, the availability of credit resources;
- job creation and other effects).

When forecasting the environmental impact is estimated direction, nature and degree of impact that will have on the environment as a result of the act.

In predicting the legal consequences of the impact of the future act on the existing legal regulation of social relations in this sphere in particular: the existence of gaps and contradictions in the legislation, inefficient, and declarative rules and lack of enforcement of rights and responsibilities.

When forecasting the impacts of criminological analysis of the concept of the bill for compliance with the requirements of society, government and public policy in the fight against crime through identification of its provisions (gaps, imperfections), directly or indirectly promote the commission of the offense created by the possibility of legally evading provided measures of responsibility, as well as identify other effects of a criminogenic antikriminogenogo impacts resulting from the adoption of the act.

Overall monitoring of the authorized bodies of the bills scheduled, and individual orders for the drafting of legislation, methodic guidance of their activities in this direction and the necessary information provision implemented by the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan.

The content of legal norms should be coherent and meaningful set, not allowing different understanding and interpretation. When drafting the bill used the terminology provided a list of terms used in the laws of the Republic of Kazakhstan. The text of the normative legal act sets out in compliance with the standard language and legal terminology. Not permitted the use of outdated and ambiguous words and phrases, epithets, metaphors, and contraction of the words.

The final provisions of legislation are fixed rules on the enactment of this Act, the abolition of the previously issued act with a view to implementation and development

¹ Government Decision of 20 March 2007. № 217.

of this act shall be established where necessary the requirements of the acts of other governmental bodies.

Bills affecting the interests of private enterprise, are sent to the accredited association of private enterprise to obtain expert advice.

Expert opinion of accredited associations of private businesses are recommendatory in nature.

If the expert opinion in the comments and suggestions to the bill, the authorized body sends them simultaneously with the bill to public authorities with powers to address the issues raised in the expert opinion for the elaboration and development of an appropriate position.

Expert opinion of accredited associations of private businesses are mandatory attachment to the bill before its adoption.

On the bill, made by the Government to Parliament for consideration, be sure to conduct relevant scientific expertise (legal, economic, environmental, financial and other) depending on the relationships regulated by the bill, according to the rules of scientific expertise, approved by Government.

What elements of this process requires more detailed regulation?

In – the first is a more careful and systematic observation of the effect of laws relating to the provision of feedback from law enforcement officers in institutions dealing with the preparation of legislation. This not only would enhance the quality and effectiveness of laws, but at the same time helping to resolve a number of difficult issues that encumber this legislator.

Secondly, the question of generalization of practice. It is obligatory to be taken into account criticism of the persons to whom the law extends its action. Abundance of changes to laws, quick-change accepted norms make it difficult to inform those to whom the laws are addressed. From this suffering and scientific work. You can never be sure whether considered in a particular case of recent legislation. Of course, a huge help in this regard and provide other information known to the legal system. The problem is that the legislator himself not to amend the existing acts, "contiguous", so that just made some changes.

Thirdly, the changes and additions made to the law were effective must take into account the following points:

- 1) changes must not conflict with other rules applicable law;
- 2) making changes and additions, we should aim at regulating the interaction with society, thus taking into account the whole range of problems associated with the solution of a problem led to a change in legislation;
- 3) takes into account the need to solve any problem only in the complex;
- 4) clearly articulate the powers and functions of government in the regulated subject to changes and additions to the law were effective;
- 5) clearly define the priorities of the changes and additions.

Fourth, in making substantive amendments to the law in force when the majority of the law is liable to modification is necessary to cancel the old law and to issue a new, no changes in the old.

К ВОПРОСУ О МОДЕРНИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ АКТОВ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Аксенович Ольга Александровна

Актуальным является вопрос о международных образованиях, родственных конфедерации и федеративным государствам. Примером подобной общности, объединённой правовыми нормами, является Европейский союз (ЕС). Какова правовая природа нормативных актов Европейского союза? Какое они занимают место в правовой системе участвующих в ЕС государств?

Дискуссионной является деятельность Европарламента. Каков объём и полномочия, переданные национальными парламентами стран-участниц парламенту ЕС? Совет Министров Европейского союза обладает правом издания нормативных актов. Из законодательной компетенции национальных парламентов изъяты многие вопросы, а возможности по контролю над действиями органов ЕС со стороны национальных парламентов равны нулю.

Проблема взаимоотношений Европарламента и национальных парламентов существует вследствие компетентностной конкуренции. Создание Европарламента качественно изменило политические партии – они стали межнациональными. Наблюдается передача полномочий от государств органам Европейского союза. Косвенно это подтверждается тем, что конституции государств-участников ЕС содержат нормы о сообществе. В Конституции в связи со вступлением в Европейский союз были внесены изменения. Государства-участники сохраняют внутренний и внешний суверенитет, он существенно ограничивается фактом участия в Евросоюзе. Остаётся не ясным: какой объём полномочий участники передают Союзу?

С одной стороны, Европейский союз – это международная организация, с другой – единая внешняя и социально-экономическая политика выявляет конфедеративные признаки. Двойственная правовая природа Европейского союза подтверждается его учредительными документами. На современном этапе просматриваются федеративные тенденции. С.Ю. Кашкин и А.О. Четвериков отмечают «квазифедеративную природу Европейского союза»¹. Мы относим ЕС к образованию федеративного типа. Но культурные различия, языковые барьеры не способствуют его полной интеграции. Расширение Евросоюза – включение стран с различными условиями жизни – также способно усилить напряжённость. Показательно, что общая для Европы Конституция 2004 г. так и не ратифицирована рядом стран-участниц.

Мы обратимся к конституционным актам Европейского союза: Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества, которые в 2001 г. были изменены Амстердамским и Ниццким договорами. Эти изменения опубликованы в официальном издании Европейского союза – *Journal official des Communautés européennes* в марте 2001 г.²

Особенность конституционных актов Европейского союза в том, что они взаимосвязаны между собой и дополняют друг друга. Они оказывают влияние на содержание национального права стран-участниц и обязательны для них уже в силу членства в Союзе. Абзац 1 ст. 3 Договора о Европейском союзе отмечает: «В Союзе существует единая институциональная система, которая обеспечивает согласованность и преемственность деятельности»³. Абзац 2 данной статьи закрепил: «Союз особенно тщательно следит за обеспечением согласованности его внешнеполитической деятельности в рамках его политики в сфере внешних сношений, безопасности, экономики и развития»⁴.

Анализ норм договора позволяет сделать вывод о передаче части законодательного суверенитета стран-участниц органам Союза. Складывается ситуация, когда акты Евросоюза имеют силу закона, но принимаются Советом без законодательной процедуры. Наиболее чётко статус органов Европейского союза определён в Договоре об учреждении Европейского сообщества. Согласно ч. 4 ст. 189 Договора об учреждении Европейского сообщества «парламент разрабатывает проекты»⁵, т. е. наделён законосовещательными функциями. «Полномочия по принятию решений»⁶ согласно ст. 202 данного договора – принадлежат Совету –

¹ Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. На пути к европейской конституции: Европейский конвент и перспективы разработки Конституционного договора (Конституции) Европейского союза // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 1 (42). С. 39.

² Русский текст по: Маклаков В.В. Конституции зарубежных государств. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 255.

³ Маклаков в. в. Там же. С. 257.

⁴ Маклаков В.В. Указ. соч. С. 257.

⁵ Маклаков В.В. Там же. С. 285.

⁶ Маклаков В.В. Там же. С. 288.

коллегиальному органу, состоящему из членов правительств стран-участниц. По юридической природе – это орган исполнительной власти, наделённый законодательной компетенцией.

Следовательно, размежевание законов и подзаконных актов в Евросоюзе проводится по свойствам издавшего органа. Высшей юридической силой обладают акты Совета.

Следующий критерий разграничения законов и подзаконных актов - происхождение. Н.Р. Мухаева выделяет виды права Европейского союза: «...первичное право охватывает учредительные договоры, играющие роль основных законов, и вторичное право создаётся на основе первичного и в соответствии с его положениями сопоставимо с обычными законами и подзаконными актами»¹. Как отмечает В.П. Малахов, «первичные источники исходят непосредственно от государств-членов. Будучи высшими в иерархии источников права ЕС, они порождают производное, или вторичное право и определяют критерии его действительности»².

К первичным источникам права относят три учредительных договора: Парижский договор о создании ЕОУС 1951 г. и два Римских договора 1957 г. – о ЕЭС и Евратоме. В.Д. Зорькин, характеризуя генезис европейского права, отмечает, что оно «всегда развивалось на базе национальных законов... относительно самостоятельная и автономная правовая система... включает в себя европейское интеграционное право (как регулятор на уровне Евросоюза-применительно к разнообразному комплексу вопросов, относящихся к различным отраслям права) и европейскую систему защиты прав человека, действующую применительно к более широкому кругу субъектов на уровне стран-членов Совета Европы, объединяющим фактором для которых является Конвенция о защите прав человека и основных свобод»³.

Европейская интеграция развивается по пути создания единого конституционного акта. 6 февраля 2003 г. президиумом Европейского конвента был представлен проект конституции, который вызвал много нареканий. Одним из сложнейших стал вопрос о распределении законодательных полномочий, о том объёме компетенции, которые государства-члены делегируют органам Европейского союза. Как отмечают С.Ю. Кашкин и А.О. Четвериков, «...рассматривается вопрос о введении таких источников права, как европейский закон и рамочный закон»⁴. Согласно конституционному проекту Европейский союз организуется на федеративных началах. Члены ЕС делегируют Союзу значительный объём полномочий, составляющий сферу его исключительной компетенции, по аналогии с федерацией предусматриваются сферы совместной компетенции, круг вопросов, по которым государства обладают суверенитетом и принимают решения самостоятельно. Как отмечает В.П. Малахов, «Союз обладает исключительной компетенцией в таможенной политике, валютной политике, в области сохранения морских биологических ресурсов... совместная компетенция распространяется на внутренний рынок, сельское хозяйство, транспорт, социальную политику... Союз не уполномочен издавать акты по таким сферам, как занятость, промышленность, образование, культура, спорт...»⁵

К вторичному праву относятся нормы, издаваемые в качестве юридически обязательных предписаний институтами Европейского союза. Подзаконность таких нормативно-правовых актов была закреплена в Маастрихтском договоре. Как отмечает В.П. Малахов, «...вторичное право является подзаконным по своей функциональной роли: как закон в странах романо-германского права требует для своей реализации издания конкретизирующих его декретов и иных подзакон-

¹ Мухаева Н.Р. Право Европейского союза. М. : Юнити, 2006. С. 69.

² Малахов В.П. Право Европейского союза: проблема источников. М. : Московский университет МВД России, 2003. С. 158–159.

³ Зорькин В.Д. Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы // Журнал российского права. 2006. № 12. С. 10.

⁴ Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Указ. соч. С. 40.

⁵ Малахов В.П. Указ. соч. С. 167–168.

ных актов, так и акты вторичного права порой являются средством реализации права первичного»¹.

В ст. 189 Договора о ЕС перечислены пять актов, которые могут быть изданы институтами Европейского союза: регламенты, директивы, решения, рекомендации и заключения.

Регламент является актом общего применения и обязателен для субъектов права. Формальные признаки регламента: во-первых, его издание должно быть предусмотрено Учредительным договором, во-вторых, он должен быть мотивирован и содержать ссылки на обязательные предложения или заключения, в-третьих, регламентами регулируются наиболее важные вопросы политики ЕС. Как отмечает В.П. Малахов, «...регламенты не являются актами Европарламента и даже не ратифицируются им»². Тем не менее регламенты в литературе и в официальных документах часто именуется законодательными актами Союза.

Директивы и решения в отличие от регламентов носят адресный характер, обязательны только для тех, кому предназначаются. В.П. Малахов отмечает: «Специфика директив состоит в том, что они, будучи обязательными актами, включают предписания, меры по исполнению которых определяют сами государства»³. Юридическое значение директивы раскрывается в решении Европейского союза по делу Фачини Дори, комментируя которое Матей Абвель отмечает: «...несмотря на то, что цель данной директивы заключалась в наделении индивидуумов правами, а суть прав можно установить на основе положений директивы, человек, предъявляющий иск другому лицу, не может полагаться на эту директиву, поскольку она имеет обязательную силу только для государств-членов и квазигосударственных образований»⁴.

Решение отличается от регламента большей степенью конкретности предписаний, оно обязательно во всей полноте и не оставляет исполнителям дискреционных полномочий. Рекомендации и заключения не носят обязательного характера, не создают права, на которое частные лица могут ссылаться при рассмотрении дела в суде.

Вопрос о нормативных актах Европейского союза является дискуссионным, мнения специалистов расходятся в определении системы его источников, их классификации, иерархическом построении по юридической силе. Так, Л.М. Энтин указывает на то, что «право сообществ имеет комплексную природу»⁵. Б.Н. Топорнин отмечает при характеристике нормативных актов Евросоюза: «...акты, имеющие неодинаковое происхождение, отличающиеся по характеру действия, относящиеся к исключительным или конкурирующим полномочиям Сообществ»⁶.

Мы считаем право Европейского союза – правом особого рода, в котором сочетаются как признаки международного права, так и свойства национального права. Необходимо учитывать: Европейский союз объединяет в унифицированном юридическом пространстве страны, принадлежащие к разным правовым системам, с преобладанием англосаксонских или романо-германских начал.

В конституционных актах Европейского союза присутствуют такие критерии разграничения законов и подзаконных актов, как юридическая сила, субъектный, предмета правового регулирования.

¹ Малахов В.П. Там же. С. 169.

² Малахов В.П. Там же. С. 171.

³ Малахов В.П. там же. С. 172.

⁴ Абвель Матей. Существует ли в законодательстве Европейского союза «горизонтальный эффект?» // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4 (53). С. 99.

⁵ Энтин Л.М. Суд Европейских сообществ. Правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. М., 1987. С. 31.

⁶ Топорнин Б.Н. Европейские сообщества: право и институты. М., 1992. С. 164.

МОДЕРНИЗАЦИЯ МЕХАНИЗМА РАЗГРАНИЧЕНИЯ КОМПЕТЕНЦИИ МЕЖДУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ И ЕЕ СУБЪЕКТАМИ

Безруков Андрей Викторович

Механизм разграничения предметов ведения и полномочий между Федерацией и ее субъектами находится в центре проводимых в России федеративных реформ, которые охватили многие сферы федеративных отношений, среди которых создание восьми федеральных округов, реформирование Совета Федерации, изменение порядка замещения должности глав субъектов РФ, усиление ответственности региональных органов государственной власти и многие другие.

Разграничение предметов ведения проведено в Конституции РФ на федеральную, совместную и собственную компетенцию субъектов РФ (ст. ст. 71–73). Определение принципов и порядка разграничения полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами осуществлено законодателем в Федеральном законе от 06.10.1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 184-ФЗ), который подтверждает возможность разграничения именно полномочий, а не предметов ведения, которые закреплены конституционно.

Конституция РФ (ст. ст. 71–73) устанавливает разграничение предметов ведения Российской Федерации и ее субъектов, которые не подлежат законодательному изменению. Однако полномочия федеральных и региональных органов государственной власти распределяются законодательно и нуждаются в дальнейшем правовом оформлении. При этом в специальной литературе предлагается выделение полномочий именно по функциональному критерию (законодательные, исполнительные, контрольные), а предметов ведения – по отраслевому¹. Однако при обособлении одних предметов ведения от других происходит определенное пересечение этих сфер, что относится как к федеральной, так и совместной сферам компетенции. Например, регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина (п. «в» ч. 1 ст. 71 Конституции РФ) и защита прав и свобод человека и гражданина (п. «б» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ); правовые основы финансового регулирования (п. «в» ч. 1 ст. 71) и общие принципы налогообложения (п. «и» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ).

Таким образом, отграничить такие сферы друг от друга, как и выделить конкретные полномочия в определенной сфере, весьма сложно. Именно тесная взаимосвязь предметов ведения и полномочий предопределила вывод Конституционного Суда РФ о недопустимости перераспределения не только предметов ведения, закрепленных конституционно, но и полномочий, составляющих этот предмет. Рассматривая назначение на должность руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти как полномочие по предмету федерального ведения, Суд подчеркнул: «По смыслу статьи 1 Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее статьями 11, 76, 77 и 78, федеральными конституционными и федеральными законами, а также конституциями (уставами), законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, договорами, соглашениями не могут передаваться, исключаться или иным образом перераспределяться установленные Конституцией Российской Федерации предметы ведения Российской Федерации и соответствующие полномочия федеральных органов исполнительной власти»².

Особое место в системе разграничения компетенции занимает сфера совместной компетенции, где предполагается конструктивное сотрудничество и взаи-

¹ См.: Гриценко Е. Разграничение и передача полномочий в системе публично-властных отношений // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 2. С. 72–73.

² Постановление КС РФ от 7 июня 2000г. по делу о суверенитете Республики Алтай // ВКС. 2000. № 5.

модействие между Федерацией и ее субъектами. Действующее законодательство, разделяя федеральные и региональные полномочия в сфере совместной компетенции, не определяет четко федеральные полномочия, а концентрируется на региональных полномочиях.

Причем в указанный Федеральный закон в 2003 г. впервые вводится классификация полномочий органов государственной власти субъектов РФ по предметам совместного ведения в зависимости от порядка финансового обеспечения их осуществления. Полномочия были сгруппированы на два блока: 1) полномочия, осуществляемые за счет собственных средств бюджета субъекта РФ; 2) полномочия, осуществляемые за счет субвенций из федерального бюджета. В последующих изменениях Федерального закона №184-ФЗ данная классификация получила дальнейшее развитие¹.

Тот факт, что федеральный законодатель в ст. 26-3 Федерального закона № 184-ФЗ четко определил полномочия субъектов РФ по предметам совместного ведения, оставляя все остальное Федерации, явственно свидетельствует не только о централизации федеративной системы, но и об ограничении регионов в сфере совместной компетенции, которые фактически вытесняются из нее.

Указанным Законом в должной мере не учитывается, что на основании ст. ст. 72, 73 Конституции РФ федеральными законами не могут ограничиваться права субъектов РФ по самостоятельному регулированию и определению полномочий своих органов государственной власти по предметам совместного ведения, если только таковые не отнесены к федеральным полномочиям. Поэтому обоснованно подвергается критике и ставится под сомнение в конституционности предусмотренная в ФЗ об общих принципах... (ст. 26-9) возможность временного осуществления федеральными органами отдельных полномочий региональных органов власти, а также установление ограничительного перечня объектов собственности субъектов РФ (ст. 26-11)².

Практика установления федеральными законами так называемых делегированных полномочий, которые первоначально отнесены к числу полномочий федеральных государственных органов по предметам совместного ведения, но передаются для их реализации органам власти субъектов РФ, критикуется некоторыми авторами. Исходя из положений ч. 2, 3 ст. 78 Конституции РФ, прямо следует, что взаимная передача федеральных и региональных полномочий осуществляется не федеральными законами, а соглашениями между этими органами, а возможность обмена или делегирования законодательными полномочиями не предусмотрена в Конституции РФ³. Другой вопрос, что делегирование части полномочий должно осуществляться при соблюдении ряда требований (конституционной законности, неизменности установленных Конституцией РФ предметов ведения, ответственности и финансирования реализации переданных полномочий).

Кроме того, федеральные органы государственной власти вправе осуществлять детальное регулирование не только в совместной сфере, но и в сфере собственных полномочий субъектов РФ, если соответствующие вопросы не регулируются субъектом РФ или противоречат федеральному законодательству. Конституционный Суд подтвердил правомерность такого «вторжения» в постановлении по «тульскому делу» подчеркнув, что если субъект РФ не принял закона, отнесенного к его компетенции, то федеральный законодатель в случае необходимости вправе осуществить правовое регулирование в этой сфере⁴.

Особенно важным представляется решение Конституционного Суда РФ по делу о Лесном кодексе⁵. Из положений Конституции РФ Суд вывел формулу о том, что федеральный законодатель вправе осуществлять законодательное регули-

¹ См.: Гриценко Е. Указ. соч. С. 76–77.

² См.: Тарасов О. Конституционная модель территориальной организации системы органов государственной власти в России и проблемы ее реализации // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 2. С. 69–70.

³ Там же. С. 70–71.

⁴ Постановление КС РФ от 3 ноября 1997 года // СЗ РФ. 1997. № 45. Ст. 5241.

⁵ Постановление КС РФ от 9 января 1998 года о проверке конституционности Лесного кодекса РФ // СЗ РФ. 1998. № 3. Ст. 429.

рование вопросов, относящихся к предметам совместного ведения, определять соответствующие конкретные полномочия и компетенцию федеральных и региональных органов государственной власти. В том же решении Суд подтвердил правомочие Президента РФ и Правительства РФ по изданию правовых актов по вопросам разграничения компетенции. В этой связи следует разделить опасения Н.М. Добрынина о том, что в позиции КС вкралось несколько тезисов, лежащих вне логики федерализма. Во-первых, отсутствие пределов законодательного регулирования по предметам совместного ведения, что может привести к фактическому ее размыванию. Во-вторых, рамочные по своей природе федеральные законы стали детально регулирующими все сферы общественных отношений, что федеральной Конституцией не подразумевается. В-третьих, подзаконные акты были признаны Судом фактически способом разграничения компетенции, что явно идет вразрез со ст. 11 Конституции РФ.¹

Проводимая федеративная реформа внесла определенные коррективы в механизм разграничения компетенции, однако не удалось ликвидировать и диспропорции. Вводятся новые добровольные полномочия субъектов РФ и муниципальных образований, но без обеспечения соответствующими доходными полномочиями, что обусловлено снятием с них социальных обязательств перед населением. Перечень полномочий субъектов РФ расширяется увеличением числа как их собственных полномочий (более 60), так и делегированных. Полномочия передаются зачастую без передачи соответствующих финансовых ресурсов. Так, например, субъекты РФ могут сегодня осуществлять любые полномочия в социальной сфере при наличии лишь двух условий – инициативы субъекта РФ и финансовых ресурсов. Поэтому справедливо отмечается, что основная проблема действующей модели разграничения компетенции – отсутствие у регионов стимулов к реализации социальных полномочий и соответствующей материальной базы для этого². Следовательно, необходимо создание таких условий для регионов и предоставление им доходных полномочий, которые простимулируют их к собственной самостоятельной хозяйственной деятельности. Разумным будет и повышение ответственности субъектов РФ за проводимую ими социально-экономическую политику³.

Поэтому для оптимизации механизма разграничения полномочий необходимо законодательно определить исчерпывающий перечень не региональных, а федеральных полномочий в совместной сфере, оставив остальные полномочия регионам, причем установить для федерального законодателя пределы установления общих принципов, исключив детальное правовое регулирование в совместной сфере, которые должны выполнять регионы в развитие рамочного федерального законодательства, в необходимых случаях опережая его.

Проводимые федеративные преобразования, выразившиеся в том числе и в закреплении полномочий органов государственной власти субъектов РФ в сфере совместного ведения, свидетельствуют о политике явственной централизации и означают тенденцию к сглаживанию различий между моделью кооперативного способа разграничения полномочий между Федерацией и ее субъектами, в которой присутствует федеральная и совместная компетенция, и моделью дуализма, устанавливающей две сферы – Федерация и ее субъектов. Потому важно ограничить перечень федеральных полномочий по предметам совместного ведения, предоставив субъектам большую самостоятельность в правовом регулировании таких вопросов.

При этом реформы разграничения компетенции между Федерацией и ее субъектами не завершены. В своем выступлении в апреле 2010 г. с очередным отчетом о деятельности Правительства РФ перед депутатами Государственной Думы Председатель Правительства РФ В.В. Путин отметил, что необходимо внести существенные изменения в действующее законодательство, распределяющее пра-

¹ Добрынин Н. М. Конституционная реформа в России: миф и очевидность // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 9. С. 3–4.

² См.: Глигич-Золотарева М.В., Добрынин Н.М. Разграничение компетенции: от передачи полномочий к устойчивому развитию // Федерализм. 2007. № 4. С. 20–23.

³ Там же. С. 21–22.

ва и обязанности федерального центра и субъектов Российской Федерации, хотя пока не уточнил, какие именно¹.

Таким образом, анализируя обозначенные преобразования разграничения компетенции в механизме взаимодействия публичных образований по вертикали, можно резюмировать следующее. Во-первых, проводимые федеративные реформы непосредственно отразились на механизме разграничения полномочий между федеральным и региональным уровнями государственной власти в направлении централизации и концентрации полномочий у Федерации. Во-вторых, проводимое законодательное разграничение федеральных и региональных полномочий по предметам совместного ведения ограничивает права субъектов РФ и требует расширения их полномочий, сопровождаемого конкретизацией федеральных полномочий с учетом социально-экономических потребностей и возможностей субъектов РФ. В-третьих, Федеральным законом № 184-ФЗ установлены новые правовые формы разграничения федеральных и региональных полномочий (Федеральные законы, акты Президента РФ и Правительства РФ), что не предусмотрено Конституцией РФ и должно рассматриваться как временная управленческая мера. Поэтому важно находить оптимальные пути совершенствования модели разграничения федеральных и региональных полномочий в рамках Конституции РФ с учетом соблюдения интересов всех участников федеративных отношений.

РЕГИСТР МУНИЦИПАЛЬНЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ОДИН ИЗ ИНСТРУМЕНТОВ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

*Ванев Олег Николаевич,
Менщиков Алексей Анатольевич*

В федеральное законодательство понятие регистра муниципальных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации было введено Федеральным законом от 8 ноября 2007 г. № 260-ФЗ «О внесении изменений в отдельные акты Российской Федерации в связи с организацией и ведением регистра муниципальных нормативных правовых актов»². Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» был дополнен ст. 43.1, в которой было закреплено, что «муниципальные нормативные правовые акты... подлежат включению в регистр муниципальных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, организация и ведение которого осуществляется органами субъекта Российской Федерации в порядке, установленном законом субъекта Российской Федерации».

Регистр муниципальных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации является составной частью федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов. В соответствии с Положением о ведении федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов, утвержденным постановлением Правительства от 10 сентября 2008 г. № 657 «О ведении федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов», включению в федеральный регистр подлежат регистры муниципальных правовых актов субъектов Российской Федерации³. Уполномоченным федеральным органом исполнительной власти по ведению и методическому обеспечению федерального регистра

¹ См.: Российская газета. 2010. 21 апр.

² СЗ РФ. 2007. № 46. Ст. 556.

³ СЗ РФ. 2008. № 38. Ст. 4301.

муниципальных нормативных правовых актов является Министерство юстиции Российской Федерации. Федеральный регистр ведется в электронном виде.

На основании Методики ведения федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов, утвержденной приказом Минюста РФ от 19 декабря 2008 г. № 298 «Об организации работы по ведению федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов»¹, информация из регистра муниципальных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации должна быть интегрирована в автоматизированную информационную систему ведения федерального муниципального регистра.

В соответствии с пп. 64 п. 2 ст. 26.3 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» к полномочиям органов государственной власти субъекта Российской Федерации относится решение вопросов организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов. Указанный пункт был введен Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»².

К 1 января 2009 г. на федеральном уровне была сформирована правовая база для введения на уровне субъекта Российской Федерации регистра муниципальных нормативных правовых актов. Кроме того, в субъектах Российской Федерации были приняты соответствующие региональные законы. В Сибирском федеральном округе, например: Закон Республики Тыва от 7 июля 2008 г. № 683 ВХ-2 (ред. от 28.11.2008) «О регистре муниципальных нормативных правовых актов в Республике Тыва»; Закон Забайкальского края от 25 сентября 2008 г. № 30-33К «О порядке организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов Забайкальского края»; Закон Республики Хакасия от 3 октября 2008 г. № 47-ЗРХ «О регистре муниципальных нормативных правовых актов Республики Хакасия»; Закон Республики Бурятия от 13 октября 2008 г. № 470-IV «Об организации и ведении республиканского регистра муниципальных нормативных правовых актов»; Закон Омской области от 27 ноября 2008 г. № 1111-ОЗ «О порядке организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов Омской области»; Закон Алтайского края от 3 декабря 2008 г. № 122-ЗС «О регистре муниципальных нормативных правовых актов Алтайского края»; Закон Томской области от 4 декабря 2008 г. № 242-ОЗ «О порядке организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов в Томской области»; Закон Новосибирской области от 5 декабря 2008 г. № 294-ОЗ «О порядке организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов Новосибирской области»; Закон Красноярского края от 18 декабря 2008 г. «О регистре муниципальных нормативных правовых актов Красноярского края»; Закон Республики Алтай от 30 декабря 2008 г. № 136-РЗ «О порядке организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов в Республике Алтай»; Закон Иркутской области от 12 марта 2009 г. № 10-оз «О порядке организации регистра муниципальных нормативных правовых актов Иркутской области»³.

Целями организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов (далее – регистр) являются: 1) обеспечение соответствия муниципальных нормативных правовых актов Конституции Российской Федерации, федеральному законодательству, законодательству субъекта Российской Федерации; 2) реализация конституционного права граждан на получение полной и достоверной информации о муниципальных нормативных правовых актах; 3) создание условий для получения информации о муниципальных нормативных правовых актах органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, организациями; 4) систематизация и учет муниципальных нормативных правовых актов.

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 5.

² СЗ РФ. 2008. № 52 (ч.1). Ст. 6236.

³ Обзор законов субъектов Российской Федерации [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс-Регионы».

Принципами ведения регистра являются общедоступность, достоверность и актуальность содержащихся в нем сведений.

Регистр ведется в документальном и электронном виде (Иркутская область, Республика Алтай, Томская область, Омская область и др.) или в электронном виде (Красноярский край, Республика Хакасия). Как правило, уполномоченным органом, на который возложена функция ведения регистра, является орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации. Например: в Республике Алтай – правительство республики; в Красноярском крае – администрация губернатора Красноярского края; в Алтайском крае – структурное подразделение администрации края, определяемое губернатором края.

В регистр включаются муниципальные нормативные правовые акты, в том числе оформленные в виде правовых актов решения, принятые на местном референдуме (сходе граждан). В состав информации, подлежащей включению в регистр, входят следующие сведения: 1) номера и даты регистрации муниципальных нормативных правовых актов; 2) реквизиты муниципальных нормативных правовых актов (вид акта, наименование принявшего его органа или должностного лица, дата принятия (подписания) акта, его номер и наименование); 3) сведения об источнике и дате официального опубликования (обнародования) муниципальных нормативных правовых актов; 4) тексты муниципальных нормативных правовых актов; 5) дополнительные сведения. К дополнительным сведениям относятся решения и постановления судов по делам об оспаривании муниципальных нормативных правовых актов, акты прокурорского реагирования, иная официальная информация о соответствии муниципальных нормативных правовых актов законодательству Российской Федерации (предписания антимонопольных органов, экспертные заключения уполномоченных органов, акты органов государственной власти об отмене или приостановлении действия муниципальных нормативных правовых актов в части, регулирующей осуществление органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий).

Практика в сфере муниципального нормотворчества вызывает обеспокоенность органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов прокуратуры. По сведениям прокуратуры Красноярского края, в 2008 г. органами местного самоуправления Красноярского края было принято свыше 9 тысяч нормативных правовых актов, которые органами прокуратуры изучены на предмет соответствия Конституции Российской Федерации, федеральному законодательству, наличия коррупциогенных факторов, административных и иных ограничений, препятствующих осуществлению предпринимательской деятельности. В связи с выявленными противоречиями оспорено органами прокуратуры свыше 3 тысяч нормативных правовых актов, в том числе 392 устава муниципальных образований.

В целях обеспечения соответствия муниципальных нормативных правовых актов Конституции Российской Федерации, федеральному законодательству, законодательству субъекта Российской Федерации осуществляется юридическая экспертиза муниципальных нормативных правовых актов при включении их в регистр. Порядок проведения юридической экспертизы муниципальных нормативных правовых актов утверждается уполномоченным органом государственной власти.

В Красноярском крае порядок проведения юридической экспертизы муниципальных нормативных правовых актов края утвержден Указом губернатора Красноярского края от 24 марта 2009 г. № 51-уг «Об утверждении Порядка проведения юридической экспертизы муниципальных нормативных правовых актов Красноярского края»¹. Юридическая экспертиза заключается в правовой оценке формы муниципального нормативного правового акта, его целей, предмета правового регулирования, компетенции органа (должностного лица), принявшего муниципальный акт, содержащихся в нем норм, порядка принятия, обнародования (опубликования) на соответствие требованиям Конституции Российской Федерации, законодательству Российской Федерации и законодательству субъекта Российской Федерации.

¹ Ведомости высших органов государственной власти Красноярского края. 2009. № 17 (313), 30 марта.

Обязательной юридической экспертизе подлежат муниципальные нормативные правовые акты, регулирующие такие вопросы, как муниципальная служба, в том числе установление социальных гарантий муниципальным служащим; установление социальных гарантий лицам, замещающим муниципальные должности; непосредственное осуществление населением местного самоуправления и участие в его осуществлении; порядок управления и распоряжением имуществом, находящимся в муниципальной собственности; порядок материально-технического и организационного обеспечения деятельности органов местного самоуправления; порядок принятия решений о создании, реорганизации и ликвидации муниципальных предприятий и учреждений, а также об установлении тарифов на услуги муниципальных организаций.

Основными признаками несоответствия муниципального акта действующему законодательству являются:

- 1) отсутствие правовых оснований, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации и (или) Красноярского края необходимы для издания муниципального нормативного правового акта;
- 2) принятие муниципального нормативного правового акта во исполнение отмененного (признанного утратившим силу) нормативного правового акта Российской Федерации или Красноярского края;
- 3) принятие муниципального нормативного правового акта органом (должностным лицом) местного самоуправления, в компетенцию которого не входит его издание, либо издание муниципального нормативного правового акта с превышением полномочий, предоставленных этому органу (должностному лицу);
- 4) нарушения порядка принятия муниципального нормативного правового акта;
- 5) включение в муниципальный нормативный правовой акт норм и положений, противоречащих законодательству Российской Федерации и (или) Красноярского края;
- 6) неверное установление порядка вступления в силу муниципального нормативного правового акта.

За период с 24 марта 2009 г. по 1 марта 2010 г., по данным Красноярского центра муниципального развития, было подготовлено 667 (367 – в 2009 г. и 300 – за январь–февраль 2010 г.) информации по анализу муниципальных нормативных правовых актов¹.

Динамика рассмотрения муниципальных нормативных правовых актов за рассматриваемый период представлена на рис. 1.

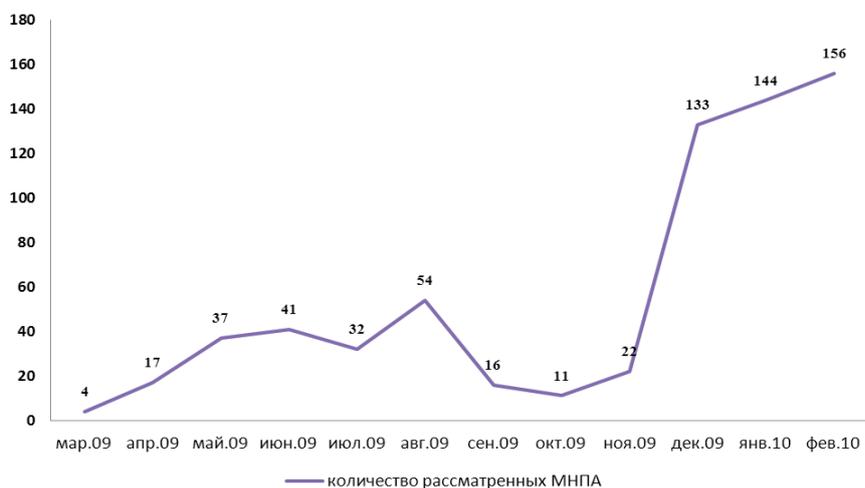


Рис. 1. Динамика рассмотрения МНПА за период 24 марта 2009 г. – 1 марта 2010 г. КГБУ «Институт муниципального развития»

¹ [Электронный ресурс] URL: <http://www.kmc.enisey.com/data/activity/news> (дата обращения 2.06 2010).

Количественные показатели рассмотрения муниципальных нормативных правовых актов за рассматриваемый период указаны в табл. 1.

Таблица 1

**Количество муниципальных нормативных правовых актов
за период 24 марта 2009 г. – 1 марта 2010 г.**

	Всего			Соответствует			Не соответствует		
	2009	2010	Итого	2009	2010	Итого	2009	2010	Итого
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
г. Ачинск	3	6	9	3	4	7	0	2	2
г. Боготол	1	4	5	0	2	2	1	2	3
г. Бородино	1	7	8	1	5	6	0	2	2
г. Канск	8	1	9	4	1	5	4	-	4
г. Лесосибирск	3	2	5	1	-	1	2	2	4
г. Минусинск	4	2	6	2	2	4	2	-	2
г. Норильск	1	1	2	0	1	1	1	-	1
г. Сосновоборск	7	1	8	5	1	6	2	-	2
г. Шарыпово	10	2	12	9	1	10	1	1	2
ЗАТО г. Железногорск	5	5	10	1	3	4	4	2	6
ЗАТО г. Зеленогорск	11	2	13	5	1	6	6	1	7
ЗАТО пос. Солнечный	1	1	2	1	1	2	0	-	0
Абанский район	8	3	11	3	2	5	5	1	6
Ачинский район	8	24	32	3	5	8	5	19	24
Березовский район	14	12	26	2	3	5	12	9	21
Бирилюсский район	6	3	9	3	1	4	3	2	5
Боготольский район	6	19	25	0	10	10	6	9	15
Богучанский район	8	13	21	3	5	8	5	8	13
Большемуртинский район	3	2	5	1	1	2	2	1	3
Большеулуйский район	1	1	2	1	1	2	0	-	0
Дзержинский район	4	19	23	3	4	7	1	15	16
Емельяновский район	4	9	13	2	1	3	2	8	10
Енисейский район	3	3	6	0	2	2	3	1	4
Ермаковский район	2	2	4	1	1	2	1	1	2
Идринский район	3	7	10	1	6	7	2	1	3
Иланский район	3	7	10	1	4	5	2	3	5
Ирбейский район	2	3	5	1	-	1	1	3	4
Казачинский район	3	5	8	2	5	7	1	-	1
Канский район	6	8	14	2	5	7	4	3	7
Кежемский район	10	4	14	4	1	5	6	3	9
Козульский район	3	3	6	1	2	3	2	1	3
Краснотуранский район	5	11	16	3	10	13	2	1	3
Курагинский район	8	6	14	5	6	11	3	-	3
Манский район	22	11	33	2	3	5	20	8	28
Минусинский район	1	2	3	0	2	2	1	-	1
Мотыгинский район	7	3	10	3	2	5	4	1	5
Назаровский район	29	5	34	4	-	4	25	5	30
Нижнеингашский район	6	4	10	3	2	5	3	2	5
Новоселовский район	14	1	15	4	-	4	10	1	11

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Партизанский район	6	9	15	1	2	3	5	7	12
Пировский район	1	5	6	1	-	1	0	5	5
Рыбинский район	12	16	28	6	6	12	5	10	15
Туруханский район	1	7	8	0	3	3	1	4	5
Сухобузимский район	20	5	25	5	2	7	15	3	18
Тюхтетский район	19	2	21	1	-	1	18	2	20
Ужурский район	33	13	46	8	4	12	27	9	36
Шарыповский район	19	7	26	4	6	10	15	1	16
Шушенский район	8	6	14	4	2	6	4	4	8
Эвенкийский МР	4	6	10	0	1	1	4	5	9
	367	300	667	120	132	252	248	168	416
Среднее значение по краю				33 %	44 %	38 %	68 %	56 %	62 %

Таким образом, 252 муниципальных нормативных правовых акта соответствуют действующему законодательству, что составляет 38 %.

В результате рассмотрения муниципальных нормативных правовых актов были выявлены следующие типичные ошибки:

1) в муниципальном нормативном правовом акте отсутствуют правовые основания, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации и (или) Красноярского края необходимы для издания муниципального акта – 18 актов (3 %).

2) Муниципальные нормативные правовые акты приняты во исполнение отмененного (признанного утратившим силу) нормативного правового акта Российской Федерации или Красноярского края – 5 актов (1 %).

3) Муниципальные нормативные правовые акты приняты органом (должностным лицом) местного самоуправления, в компетенцию которого не входит его издание, либо издание муниципального акта с превышением полномочий, предоставленных этому органу (должностному лицу) – 85 актов (13 %).

4) Муниципальные нормативные правовые акты содержат нарушения порядка принятия муниципального акта – 48 актов (7 %).

5) Муниципальные нормативные правовые акты содержат нормы и положения, противоречащие законодательству Российской Федерации и (или) Красноярского края – 303 акта (45 %).

6) Муниципальные нормативные правовые акты содержат неверное установление порядка вступления в силу – 74 акта (11 %).

Часть муниципальных нормативных правовых актов имеют признаки разных оснований несоответствия, указанных в Указе Губернатора Красноярского края от 24.03.2009 № 51-уг «Об утверждении Порядка проведения юридической экспертизы муниципальных нормативных правовых актов Красноярского края».

Информация о результатах рассмотрения муниципальных нормативных правовых актов представлена на рис. 2.

Также в результате проведения анализа муниципальных нормативных правовых актов были выявлены часто встречающиеся замечания и ошибки по юридической технике.

1) Муниципальные нормативные правовые акты не содержат или неверно устанавливают нормы, регламентирующие порядок вступления в силу муниципального акта.

2) Неверное наименование представительных органов муниципальных образований, установленных Законом Красноярского края от 20.06.2006 № 19-4805 «О наименованиях представительных органов муниципальных образований, глав муниципальных образований и местных администраций в Красноярском крае».

3) Актом не индивидуализирован субъект, на которого возлагается контроль за исполнением муниципального правового акта.

4) Муниципальные нормативные правовые акты содержат несоответствующие названия, термины в наименованиях акта и приложениях к ним, а также неверное указание номера, даты принятия федерального или краевого закона, во исполнение которого он принят.

5) Муниципальные нормативные правовые акты содержат стилистические, орфографические ошибки (опечатки).



Рис 2. Статистическая информация о выявленных признаках несоответствия муниципальных нормативных правовых актов действующему законодательству за период 24 марта 2009 г. – 1 марта 2010 г.

При этом необходимо отметить рост качества муниципальных нормативных правовых актов:

- за период март – июнь 2009 г. доля муниципальных нормативных правовых актов, соответствующих действующему законодательству, составляла 25 %;
- за период март 2009 г. – декабрь 2009 г. доля муниципальных нормативных правовых актов, соответствующих действующему законодательству, составляла 33 %;
- за период январь – март 2010 г. доля муниципальных нормативных правовых актов, соответствующих действующему законодательству, составляла 44 %.

Динамика качества муниципальных нормативных правовых актов представлена на рис. 3.

Причиной позитивных изменений считаем возросшую ответственность должностных лиц местного самоуправления в связи с началом работы по экспертизе актов в целях содействия ведению регистра муниципальных нормативных правовых актов.

Большая часть выявленных признаков несоответствия муниципальных нормативных правовых актов действующему законодательству связана:

- 1) с включением в муниципальный акт норм и положений, противоречащих законодательству Российской Федерации и (или) Красноярского края;
- 2) с неверным установлением порядка вступления в силу муниципального акта;

3) с принятием муниципального акта органом (должностным лицом) местного самоуправления, в компетенцию которого не входит его издание, либо с изданием муниципального акта с превышением полномочий, предоставленных этому органу (должностному лицу).

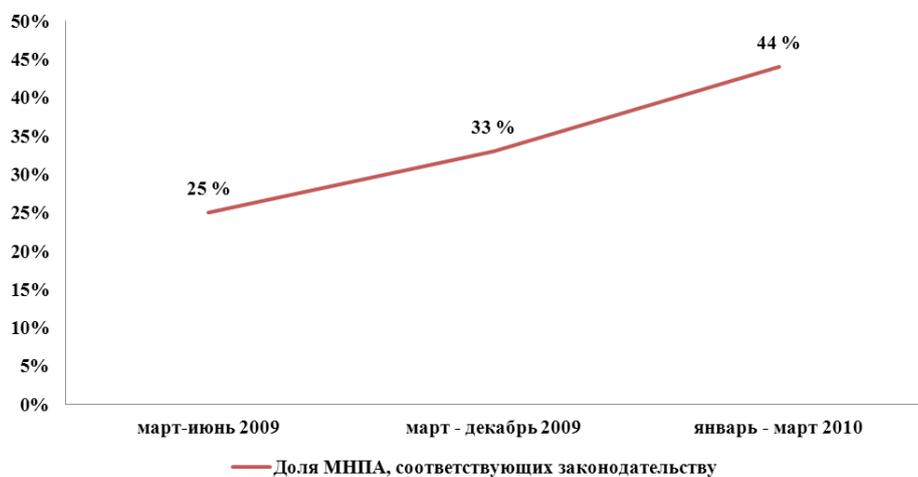


Рис. 3. Динамика качества МНПА за период 24 марта 2009 –1 марта 2010 г.

Проблемы невысокого качества муниципальных нормативных правовых актов, на наш взгляд, обусловлены следующими причинами:

- 1) большим количеством изменений, вносимых в федеральное и краевое законодательство (высокая динамика законодательства);
- 2) недостаточным уровнем подготовки муниципальных служащих и выборных должностных лиц в сфере муниципального управления и права;
- 3) отсутствием в большинстве муниципальных образований квалифицированных кадров, имеющих юридическое образование;
- 4) недостаточным информационным обеспечением (слабый доступ к интернет-ресурсам в сельских поселениях, а также отсутствие навыков их использования, отсутствие тематической периодики и информационно-правовых систем).

В целях совершенствования правотворческой и правоприменительной деятельности органов местного самоуправления на территории Красноярского края предлагается:

- 1) рекомендовать информационные, методические, консультационные и организационные ресурсы ККГБУ «Институт муниципального развития» для активного использования муниципальными служащими и выборными должностными лицами в муниципальных образованиях Красноярского края;
- 2) провести в 2010 г. межмуниципальные совещания по качеству муниципального правотворчества, на которых осуществить анализ типичных ошибок в данной сфере и рассмотреть методы их устранения;
- 3) применять информацию о результатах анализа муниципальных нормативных правовых актов при разработке методических рекомендаций и модельных нормативных правовых актов;
- 4) внести в планы подготовки, переподготовки муниципальных служащих соответствующие корректировки для улучшения качества муниципальных нормативных правовых актов.

ОПТИМИЗАЦИЯ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПРЕДМЕТОВ ВЕДЕНИЯ И ПОЛНОМОЧИЙ МЕЖДУ ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ФАКТОР МОДЕРНИЗАЦИИ СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Жавнер Александр Васильевич

Разграничение предметов ведения и полномочий между разными уровнями публичной власти является одним из основных принципов федерализма, позволяющим оценить уровень «федерализации» конкретного государства, сбалансированность властных полномочий между федеральным центром и регионами, с одной стороны, регионами и муниципалитетами – с другой. Очевидно, что четкая институализация компетенции каждого из уровней публичной власти выступает залогом успешного развития государства, гарантией или, по меньшей мере, условием для исключения необоснованных посягательств на вмешательство разных уровней публичной власти в дела друг друга. Вместе с тем та или иная модель размежевания компетенции в государстве не должна являться статичной, должна изменяться с учетом существующей внутри- (и внешне-) государственной социально-экономической обстановки.

Институт законодательного регулирования разграничения компетенции между разными уровнями публичной власти в новейшей истории Российской Федерации неоднократно подвергался трансформации. На определенном отрезке государственной действительности изменялось не только соотношение объема властных полномочий между разными уровнями публичной власти, но и собственно правовые источники их разграничения.

Заключенный 31 марта 1992 г. Федеративный договор разграничивал предметы ведения и полномочия между федеральными органами государственной власти Российской Федерации, с одной стороны, и органами власти суверенных республик в составе Российской Федерации и органами власти краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга Российской Федерации, органами власти автономной области, автономных округов в составе Российской Федерации – с другой. Данный договор был подписан практически всеми субъектами Российской Федерации (исключение составили Чечено-Ингушская республика и Республика Татарстан) и одобрен Советом народных депутатов Российской Федерации (Постановление от 10 апреля 1992 г. № 2689-1). Данный договор нашел свое отражение в разделе 2 Конституции Российской Федерации 1993 г. «Заключительные и переходные положения». Вместе с тем упоминание о Федеративном договоре содержится в Конституции Российской Федерации в целях закрепления приоритета конституционных норм о разграничении предметов ведения и полномочий над его положениями в случае несоответствия им последних. Исходя из этого, учитывая, что большинство положений Федеративного договора дублируются ст. ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации либо не соответствуют им, можно констатировать фактическую утрату им юридической силы или, по меньшей мере, его неприменение в регулировании отношений по разграничению предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации по большинству вопросов. Однако сама по себе конституционная легализация договорного регулирования таких отношений породила некоторые проблемы, о которых речь пойдет ниже.

Так, существует проблема определения места договора в системе нормативных правовых актов, регулирующих разграничение предметов ведения и полномочий, его соотношения с федеральным законом.

В соответствии с ч. 3 ст. 11 Конституции Российской Федерации разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации осуществляется Конституцией Российской Федерации, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий. Таким образом, федеральный закон вообще не назван в качестве нормативного акта, которым могут разграничиваться предметы ведения и полномочия между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации. О возможности разграничения федеральным законом предметов ведения и полномочий высказался Конституционный Суд Российской Федерации в своем постановлении от 9 января 1998 г. № 1-П. Согласно позиции Суда по данному вопросу «Федеральный закон как нормативный правовой акт общего действия, регулирующий те или иные вопросы (предметы) совместного ведения, определяет права и обязанности участников правоотношений, в том числе полномочия органов государственной власти, и тем самым осуществляет разграничение этих полномочий».

Вместе с тем согласно ст. 4 Конституции Российской Федерации федеральные законы, наряду с Конституцией Российской Федерации, имеют верховенство на всей территории Российской Федерации. Кроме того, ст. 76 Конституции Российской Федерации установлено, что по предметам ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федеральные законы (ч. 1), по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации (ч. 2). В приведенных положениях Конституции Российской Федерации, напротив, договоры не названы в качестве нормативных актов, которыми может осуществляться решение рассматриваемого вопроса.

Данная конституционная «нестыковка» породила вопросы о том, допустимо ли в принципе разграничение полномочий между органами государственной власти двух уровней в федеративном государстве федеральным законом как актом, принимаемым органами государственной власти лишь одного из них¹, а также (при допущении первого) – какой из нормативных актов – федеральный закон или договор имеет приоритет при разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

Указанные вопросы разрешил, казалось бы, Федеральный закон от 24 июня 1999 г. № 119-ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации», из ст. 4 которого во взаимосвязи со ст. 14 следует однозначный вывод о приоритете федерального закона над договором о разграничении предметов ведения и полномочий. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 14 данного Федерального закона договор может быть заключен: а) при прямом указании в федеральном законе по предмету совместного ведения на допустимость заключения договора по данному предмету совместного ведения; б) при отсутствии федерального закона по предмету совместного ведения-с условием приведения указанного договора в соответствие с федеральным законом по данному предмету совместного ведения после принятия такого федерального закона. Договор может конкретизировать предметы совместного ведения с учетом политических, экономических, социальных, географических, этнических и иных особенностей субъектов Российской Федерации (ч. 2). Таким образом, договор о разграничении предметов ведения и полномочий автоматически отходил на второй план и мог заключаться лишь при прямом указании в федеральном законе возможности договорного регулирования данных отношений или в силу отсутствия первого.

¹ Кинтерая А. Г. Правовые формы разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации: проблемы соотношения федерального закона и договора // Право и политика. 2007. № 3. [Электронный ресурс] ИПС КонсультантПлюс (дата обращения 26.03.2010).

Однако данный Федеральный закон утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Согласно ч. 1 ст. 26.7 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее в настоящем разделе – Федеральный закон № 184-ФЗ) заключение договоров о разграничении полномочий допускается только в случае, если это обусловлено экономическими, географическими и иными особенностями субъекта Российской Федерации, и в той мере, в которой указанными особенностями определено иное, чем это установлено федеральными законами, разграничение полномочий. Договор о разграничении полномочий подлежит утверждению федеральным законом и вступает в силу со дня вступления в силу федерального закона о его утверждении, если указанным федеральным законом не установлено иное (ч. 8 и 9 ст. 26.7). т. е. основанием, обуславливающим заключение договора о разграничении предметов ведения и полномочий, в настоящее время являются экономические, географические и иные особенности субъекта Российской Федерации.

В соответствии с абзацем вторым ч. 9 ст. 26.7 Федерального закона № 184-ФЗ договор о разграничении полномочий имеет силу федерального закона и может быть изменен, его действие может быть приостановлено только путем внесения в него изменений и (или) дополнений в порядке, установленном данным федеральным законом для заключения и вступления в силу договора о разграничении полномочий.

Положения Федерального закона № 184-ФЗ, определяющие обусловленность заключения договора о разграничении полномочий, а также наделяющие указанный договор силой федерального закона, не только не добавляют ясности в вопрос о месте и роли договора в системе актов, которыми разграничиваются полномочия между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъекта Российской Федерации, но, напротив, дают основания считать их шагом назад – возвращением к вопросу о закреплённом в ст. 4 Конституции Российской Федерации верховенстве Конституции Российской Федерации и федеральных законов на всей территории Российской Федерации. Ведь если договор о разграничении полномочий заключается в исключительных (по отношению к общим, установленным федеральным законом) случаях, т. е. фактически изменяя определенную федеральным законом модель разграничения полномочий, то это позволяет рассматривать его как акт, превосходящий по юридической силе федеральный закон. В силу этого небезосновательна позиция А.В. Безрукова, полагающего, что «логика таких рассуждений законодателя может привести и к тому, что договором можно будет изменять положения федеральных законов, что может повлечь массу негативных последствий»¹.

Несовершенство законодательной модели заключения договоров о разграничении полномочий между Российской Федерацией и субъектом Российской Федерации, обуславливающей заключение таких договоров особенностями субъектов Российской Федерации, выражается также в следующем.

Отсутствие в Федеральном законе № 184-ФЗ критериев определения особенностей субъектов Российской Федерации, при наличии которых может быть заключен договор о разграничении полномочий, является благодатной почвой для возникновения (сохранения?) асимметрии в конституционно-правовом статусе субъектов Российской Федерации, неравнозначности объема их полномочий, завуалированностью закрепления большего объема компетенции региональными особенностями за отдельными субъектами. Примером из новейшей практики договорного регулирования отношений о разграничении предметов ведения и пол-

¹ Безруков А.В. Разграничение предметов ведения и полномочий Федерации и ее субъектов в условиях федеративных преобразований в России // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 9 [Электронный ресурс] ИПС Консультант Плюс (дата обращения 26.03.2010).

номочий, основанного на учете «особенностей» субъекта Российской Федерации, является Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан, утвержденный Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 199-ФЗ¹.

Основанием для заключения данного Договора, как следует из его преамбулы, послужили *исторические, культурные, экономические, экологические и иные* особенности Республики Татарстан, а также учет опыта применения Договора Российской Федерации и Республики Татарстан «О разграничении предметов ведения и взаимном делегировании полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан» от 15 февраля 1994 г.

При этом перечисление особенностей Республики Татарстан носит формально-констатирующий характер, без раскрытия в тексте Договора их содержания. В силу этого отсутствует возможность установить наличие прямой связи между такими особенностями и необходимостью заключения данного вида договора, определяющего «иное, чем это установлено федеральными законами, разграничение полномочий». Представляется, что каждый субъект Российской Федерации, в первую очередь, построенный по национально-территориальному или национальному принципу, может похвастать целым рядом таких особенностей.

В силу изложенного нет оснований не согласиться с Е.М. Шашковой в том, что «новый Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан ... фактически является возвратом к практике 90-х годов, позволяющей отдельным субъектам Федерации ставить себя в особое положение в обход федеральной Конституции и федеральных законов»².

Решение означенных проблем возможно, по нашему мнению, посредством следующего.

Во-первых, нужно четко регламентировать роль договоров о разграничении полномочий по предметам совместного ведения и их соотношение с федеральными законами, принимаемыми по указанным вопросам. Для этого необходимо внести изменения в ч. 3 ст. 11 Конституции Российской Федерации и в Федеральный закон № 184-ФЗ, закрепив, что разграничение полномочий по предметам совместного ведения осуществляется федеральными законами, а в случаях, предусмотренных федеральными законами, – также договорами.

Во-вторых, в ст. 26.7 Федерального закона № 184-ФЗ определить критерии экономических, географических особенностей субъекта Российской Федерации, при наличии которых между ним и федеральным центром может быть заключен договор о разграничении (фактически – о перераспределении установленных федеральным законом) полномочий. Например, критерием для определения экономических особенностей субъекта Российской Федерации может являться отсутствие предоставления межбюджетных трансфертов из федерального бюджета в течение нескольких последних финансовых лет. Кроме того, перечень таких особенностей необходимо сделать закрытым.

Также, учитывая фактическое прекращение действия Федеративного договора, из ч. 3 ст. 11 Конституции Российской Федерации следует исключить ссылку на него.

Лишь после совершения всего комплекса указанных действий законодательную модель договорного регулирования отношений по разграничению предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации можно будет считать соответствующей закрепленным в Конституции Российской Федерации принципам федерализма, верховенства Конституции Российской Федерации и федеральных законов, равенства субъектов Российской Федерации.

² СЗ РФ. 2007. №31. Ст.3996.

¹ Шашкова Е.М. Договоры о разграничении полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и ее субъектов: забвение или реанимация // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 3. С. 10.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЧАСТИ УСТАНОВЛЕНИЯ ЗАПРЕТА НА ВЫНОС ИЗБИРАТЕЛЬНОГО БЮЛЛЕТЕНЯ ИЗ ПОМЕЩЕНИЯ ДЛЯ ГОЛОСОВАНИЯ

Гетьман Людмила Сергеевна

Реализация конституционного права избирать и быть избранным связана с взаимоотношениями между гражданином и властью, что предопределяет научный интерес к проблемам избирательного права. В политическом отношении выборы рассматриваются как способ формирования представительного органа или наделения полномочиями выборного лица путем свободного голосования граждан¹. Международные правовые документы признают необходимость обеспечения свободного голосования. Так, Всеобщая декларация прав человека 1948 г.² предусматривает, что воля народа должна быть основой власти правительства и должна находить выражение в выборах, обеспечивающих свободу голосования (п. 3 ст. 21). Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.³ в п. «b» ст. 25 закрепляет, что каждый гражданин должен иметь право и возможность голосовать и быть избранным на выборах, обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей. Считаем возможным согласиться с утверждением, согласно которому свободные выборы предполагают обеспечение как свободы волеизъявления избирателей при голосовании, так и свободные условия подготовки и проведения выборов⁴. В специальной литературе справедливо отмечается, что особенно актуален поиск компромисса между свободой личности и пределами ее ограничения органами государственной власти, а также злоупотреблением индивидом свободой⁵. Рассмотрим, каким образом избиратель может злоупотребить в день голосования своей свободой голосования.

В соответствии с Федеральным законом от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»⁶ (далее – Федеральный закон об основных гарантиях избирательных прав) участие гражданина в выборах является свободным и добровольным. Это означает, что никто не вправе оказывать воздействие на гражданина с целью принудить его к участию или неучастию в выборах либо воспрепятствовать его свободному волеизъявлению (п. 3 ст. 3). Таким образом, в Российской Федерации в отличие от некоторых других государств избирательное право не рассматривается как обязанность избирателей принимать участие в голосовании, и за неучастие в голосовании к ним не применяются различные санкции⁷. Добровольность участия в выборах подразумевает право избирателя самостоятельно решить вопрос о целесообразности участия в голосовании. Принцип свободных выборов, как указал Конституционный Суд Российской Федерации, предполагает наличие у избирателей права выражать свою волю в любой из юридически возможных форм голосования в соответствии

² Садовникова Г.Д. Проблемы оптимизации порядка формирования представительных органов в Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 14. С. 24.

¹ Всеобщая декларация прав человека : принята на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН резолюцией 217 а (III) от 10 декабря 1948 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Международный пакт о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ Матейкович М.С. Защита избирательных прав граждан в Российской Федерации : дис. ... д-ра.юрид. наук. Саратов, 2003. С. 52.

⁴ Вершинина Ю.В. Свобода личности в конституционном праве Российской Федерации : автореф. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 3.

⁵ СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

⁶ См.: Израелян В.Б. Особенности судебной защиты избирательных прав граждан в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 44; Матейкович М.С. Указ. соч. С. 128; Плешкова О.А. Конституционно-правовые основы обеспечения избирательных прав граждан в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Хабаровск, 2002. С. 17.

с установленными законодателем процедурами¹. Следует согласиться с утверждением, согласно которому с предоставлением личности определенного избирательного права у нее возникает соответствующая этому праву обязанность – осуществление этого права производить в соответствии с предписанием закона, соблюдая установленные законом объем, пределы и другие условия возможного поведения, не злоупотреблять предоставленным правом в ущерб интересам других субъектов права². Вследствие этого актуальным представляется решение вопроса, является ли обязанностью избирателя, изъявившего желание проголосовать и получившего для этих целей избирательный бюллетень, выполнить предусмотренные в законе юридически значимые действия с данным избирательным документом³.

С целью разрешения обозначенной проблемы предлагаем следующее. Правовым средством, используемым на стадии голосования для целей фиксации юридического факта-волеизъявления избирателя, является официальный юридический документ – избирательный бюллетень. Таким образом, волеизъявлению каждого проголосовавшего избирателя придается официальность и юридическая сила. Председатель Центральной избирательной комиссии Российской Федерации В.Е. Чурова отмечает, что необходимо придать бюллетеню значение государственной бумаги на том основании, что бюллетень – это материальная ценность, на него затрачены бюджетные средства⁴. Отмеченная позиция была высказана в связи с появлением случаев выноса избирательных бюллетеней избирателями из помещения для голосования. Однако в настоящее время нет законных оснований, препятствующих возможности избирателя вынести избирательный бюллетень в день голосования, не опуская его в ящик для голосования. После получения избирательного бюллетеня в избирательной комиссии избиратель может унести избирательный бюллетень с собой как сувенир. Е.И. Колюшин даже обращает внимание на то, что отношения между избирателем и избирательной комиссией по поводу заполнения избирательного бюллетеня и опускания его в ящик для голосования носят факультативный характер⁵.

В условиях отсутствия графы «против всех списков кандидатов» существуют различные политические и гражданские группы, которые призывают к протестным формам голосования. Кроме того, лицо, выносящее избирательный бюллетень с избирательного участка, может попасть под подозрение в силу возможности в дальнейшем организовать процедуру по незаконному использованию избирательных бюллетеней. Например, избирателю перед входом в участок вручается заполненный бюллетень, который он должен опустить в ящик для голосования, а выданный чистый бюллетень он выносит из помещения для голосования. Отдав чистый бюллетень, избиратель получает вознаграждение. Этот новый бюллетень, заполненный определенным образом, будет вручен следующему голосующему.

¹ По делу о проверке конституционности положений пункта 6 статьи 4, подпункта «а» пункта 3 и пункта 4 статьи 13, пункта 3 статьи 19 и пункта 2 статьи 58 Федерального закона от 19 сентября 1997 года «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 июня 1998 года № 17-П // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3002.

² Сивков С.И. Конституционно-правовой статус личности как субъекта избирательного права Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 83.

³ Так, Федеральный закон об основных гарантиях избирательных прав содержит следующие положения, касающиеся порядка голосования: голосование проводится путем нанесения избирателем, участником референдума в бюллетене любого знака в квадрате (квадратах), относящемся (относящихся) к кандидату (кандидатам) или списку кандидатов, в пользу которого (которых) сделан выбор, либо к тому из вариантов волеизъявления, в отношении которого сделан выбор (п. 7 ст. 64); бюллетень заполняется избирателем, участником референдума в специально оборудованной кабине, ином специально оборудованном месте, где не допускается присутствие других лиц (п. 8 ст. 64); заполненные бюллетени опускаются избирателями, участниками референдума в опечатанные (опломбированные) ящики для голосования (п. 11 ст. 64). Следует полагать, что избиратель, пожелавший проголосовать и получивший для этих целей избирательный бюллетень, должен в соответствии со смыслом и назначением активного избирательного права выполнить установленные законодательством действия, направленные на реализацию данного права.

⁴ Чуров В.Е. Итоги выборов 2007 года в цифрах и размышлениях // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 6. С. 17.

⁵ Колюшин Е.И. Выборы и избирательное право в зеркале судебных решений. М., 2010. С. 49.

Эта противоправная избирательная технология получила среди политтехнологов название «карусель» («вертушка»)¹. В специальной литературе даже предлагается установить административную или уголовную ответственность для избирателя, голосующего определенным образом за вознаграждение в случае отмеченного круговорота бюллетеней².

Центральная избирательная комиссия Российской Федерации по рассматриваемому вопросу занимает однозначную позицию о неправомерности выноса избирательного бюллетеня. Считается, что в федеральном избирательном законодательстве определено предназначение избирательного бюллетеня, а также последовательность действий избирателя с избирательным бюллетенем. Центральная избирательная комиссия Российской Федерации, Российский центр обучения избирательным технологиям при Центральной избирательной комиссии Российской Федерации (далее – РЦОИТ) подготовили в целях оказания помощи участковым избирательным комиссиям Рабочий блокнот члена участковой избирательной комиссии (далее – Рабочий блокнот), который содержит разъяснения отдельных вопросов организации и обеспечения деятельности участковых избирательных комиссий³. В Рабочем блокноте разъясняется, какие действия может предпринять участковая избирательная комиссия в случае попытки избирателя вынести бюллетень: член комиссии вправе выяснить, что намерен делать избиратель с этим избирательным бюллетенем, разъяснить возможные последствия действий избирателя в том случае, если он пытался вынести избирательный бюллетень с целью передачи его другим лицам, т. е. В конечном счете в целях фальсификации итогов голосования, и убедить избирателя в необходимости исполнить положения федерального закона о порядке голосования. Кроме того, об этой ситуации должен быть проинформирован председатель участковой избирательной комиссии, который отвечает за соблюдение порядка в помещении для голосования.

В ответах на вопросы, поступившие в РЦОИТ от избирательных комиссий муниципальных образований, руководители которых принимали участие в семинаре «Муниципальные выборы, местные референдумы и иные формы непосредственного осуществления населением местного самоуправления в Российской Федерации», проводившемся 8–11 сентября 2009 г., применительно к статусу избирательного бюллетеня было дано следующее разъяснение⁴. С целью предотвращения дальнейших нарушений с использованием вынесенного бюллетеня члены комиссии, зафиксировавшей попытку избирателя вынести избирательный бюллетень, должны разъяснить предназначение избирательного бюллетеня и предложить избирателю проголосовать. Иные действия комиссии по пресечению выноса бюллетеня могут быть квалифицированы как незаконные.

Ответственность за вынос избирателем из помещения участковой избирательной комиссии в день голосования избирательного бюллетеня, полученного для голосования, не предусматривается федеральным законодательством. Однако, как указала Центральная избирательная комиссия Российской Федерации, конкретные действия по выносу избирательного бюллетеня требуют специального рассмотрения на предмет наличия в них состава преступления. Так, в Уголовном кодексе Российской Федерации содержится ст. 325, предусматривающая уголовную ответственность за похищение, уничтожение, повреждение или сокрытие официальных документов, совершенные из корыстной или иной личной заинтересованности. На вопрос о том, подпадает ли под признаки указанного со-

⁴ См.: Сидякин А.Г. Отказ в регистрации и отмена регистрации кандидата (списка кандидатов): проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 168; Соловьев С.Г. Денежный подкуп избирателей на муниципальных выборах: проблемы теории и практики // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 9. С. 22.

⁵ См.: Галушко В.Ф. Правотворчество избирательных комиссий субъектов Российской Федерации: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2005. С. 84; Турищева Н.Ю. Охрана избирательных прав граждан в уголовном законодательстве России и зарубежных стран // Журнал российского права. 2007. № 6. С. 58.

¹ Мальшев В.А. Рабочий блокнот члена участковой избирательной комиссии. М., 2007. С. 39.

² URL: http://www.cikrf.ru/newsite/aboutcik/study/kursy_mun/voprosy.jsp (дата обращения: 19.08.2010).

става преступления вынос избирателем бюллетеня, как указывает Центральная избирательная комиссия Российской Федерации, нельзя ответить однозначно без рассмотрения конкретной ситуации, например, выяснения понятия «личная заинтересованность». Следовательно, гипотетически допускается возможность квалификации действий по выносу избирательного бюллетеня в качестве преступных.

Следует также отметить, что согласно рекомендациям Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии) предлагается запретить государствам – членам Совета Европы вынос неиспользованных избирательных бюллетеней с территории избирательного участка¹. Как полагают международные наблюдатели на выборах Президента РФ 2 марта 2008 г., отмеченная рекомендация Венецианской комиссии частично воплощена в российском законодательстве посредством императивного положения о том, что избиратель заполняет бюллетень и опускает его в ящик для голосования². Данные положения могут быть истолкованы как порядок голосования и как обязанность избирателя совершить указанные действия. Таким образом, предусмотренная законодателем последовательность действий, которые избиратель совершает на избирательном участке с избирательным бюллетенем, может рассматриваться как определенный порядок использования лицами избирательных прав. Однако не совсем четкое указание на границы избирательного права может служить препятствием к его активному использованию, а также привести в результате его использования к нарушению прав других субъектов избирательных правоотношений³.

Возникает вопрос, какие цели может преследовать избиратель, желающий вынести избирательный бюллетень из помещения для голосования? в соответствии с ч. 4 ст. 29 Конституции Российской Федерации⁴ каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Даже если рассматривать избирательный бюллетень как государственную собственность, то в силу положений Конституции Российской Федерации гражданину может быть предоставлена возможность снять копию с избирательного бюллетеня и вынести ее⁵.

В обществе, объявляющем высшей ценностью человека, его права и свободы⁶, взаимодействие государства и личности является важным средством координации частного и публичного интереса. Вследствие этого введение юридического запрета выносить бюллетени (как заполненные, так и незаполненные) из помещения для голосования и установление возможных санкций за его нарушение требуют дальнейшего изучения и оценки перспектив его использования. Учитывая последние нововведения в законодательстве о выборах, которые выражаются, в частности, в исключении графы «Против всех» из избирательного бюллетеня, отмене порога явки избирателей, установление запрета на вынос избирательного бюллетеня в день голосования еще больше, на наш взгляд, ограничит право граждан на свободной и добровольной основе принимать участие в выборах. В настоящее время в силу недостаточной политической активности граждан Российской Федерации считаем установление такого запрета преждевременным.

³ Свод рекомендуемых норм при проведении выборов. Руководящие принципы относительно выборов : приняты Венецианской комиссией на 51-й пленарной сессии 5-6 июля 2002 г. URL: <http://www.pravoteka.ru/pst/103/51458.html> (дата обращения: 19.08.2010).

¹ Доклады, заявления и отчеты миссий международных наблюдателей о выборах Президента РФ 2 марта 2008 года. URL: http://www.cikrf.ru/international/kniga/mnablud_1.pdf (дата обращения: 19.08.2010).

² Сивков С. И. Указ. соч. С. 96.

³ Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

⁴ Однако указанное предложение может встретить возражение вследствие наличия в Федеральном законе об основных гарантиях избирательных прав запрета для членов избирательных комиссий с правом совещательного голоса на снятие копий с избирательных бюллетеней как документов, содержащих конфиденциальную информацию (подп. «г» п. 23 ст. 29).

⁵ Статья 2 Конституции Российской Федерации.

МОДЕРНИЗАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В РАЗРЕЗЕ СУБЪЕКТОВ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

Кондрашев Андрей Александрович

Прежде чем перейти к характеристике субъектов конституционно-правовой ответственности и представить их классификацию, необходимо остановиться на обобщающем понятии субъекта ответственности. В теории государства и права, да и других отраслевых юридических науках субъект права рассматривается как совокупность трех элементов: правоспособности, дееспособности и деликтоспособности. Эти элементы объединяются при использовании более общего понятия правосубъектности, которой обладает любой субъект права. При этом следует учитывать, что применительно к юридическим лицам многие ученые, в особенности цивилисты, говорили об отсутствии необходимости выделения таких элементов, как правоспособность и дееспособность, указывая на их слияние в единую категорию правосубъектности¹. По нашему мнению, вряд ли следует ограничивать употребление таких категорий, как правоспособность и дееспособность, применительно к юридическим лицам, так как общепризнано, что дееспособность юридических лиц может ограничиваться теми же способами, что и дееспособность физических лиц.

В юридической науке встречается понятие субъекта конституционного правонарушения (деликта)² и субъекта конституционно-правовой ответственности. Как правило, используя термин «субъект конституционно-правовой ответственности», имеют в виду как раз субъект конституционного деликта. Вместе с тем в некоторых случаях необходимо отличать субъект конституционно-правовой ответственности от субъекта конституционного деликта (правонарушения). Однако это не дает оснований согласиться с О.В. Кудряшовой, которая полагает, что конституционно-правовая ответственность может не иметь субъекта ответственности. По ее мнению, при этом субъект правонарушения присутствует всегда, но конкретного субъекта ответственности, несущего негативные последствия, может и не быть³, вследствие чего отправным является понятие конституционно-правовой ответственности.

В принципе допустима постановка вопроса в рамках нашего понимания ответственности как правоотношения, что субъектами конституционно-правовой ответственности можно называть как тех, кто подвергается санкциям, так и тех, кто применяет их по отношению к другим субъектам. Некоторые исследователи конституционно-правовой ответственности различали два вида субъектов конституционно-правовой ответственности: 1) субъекты, претерпевающие ответственность, и 2) субъекты, привлекающие к ответственности⁴. Субъекты конституционно-правовой ответственности первого вида есть субъекты конституционного деликта. Посредством же субъектов конституционно-правовой ответственности второго вида реализуется деликтоспособность первых. Таким образом, в данном случае субъект конституционно-правовой ответственности – понятие более широкое, чем субъект конституционного деликта. Следует отметить, что в зависимости от правоотношения один и тот же субъект может принадлежать как к первому, так и ко второму виду: может и претерпевать, и применять

¹ Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 135, 136.

² Еременко Ю.Л. Советская Конституция и законность. Саратов, 1982. С. 157.

³ Кудряшова О.В. Федеративная ответственность как институт конституционного права: понятие и особенности // Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран. Научное издание / под ред. С.А. Авакьяна. М., 2001. С. 254.

⁴ См., например: Зражевская Т. Д. Ответственность по советскому государственному праву. Воронеж, 1980. С. 123. С.А. Авакьян выделяет особую группу субъектов конституционно-правовой ответственности, которые не могут подвергаться конституционно-правовым санкциям, но сами вправе применять их по отношению к другим субъектам. См.: Авакьян С.А. Санкции в советском государственном праве // Советское государство и право. 1973. № 11. С. 29.

меры конституционно-правовой ответственности. Хотя в ряде случаев субъект, участвующий в применении мер конституционно-правовой ответственности, вряд ли может быть субъектом, претерпевающим ответственность (например, народ), и наоборот (к примеру, гражданин, иностранный гражданин). Если же подходить к ответственности как к обязанности¹, то понятие субъекта конституционного деликта совпадает с понятием субъекта конституционно-правовой ответственности.

В данной работе мы рассматриваем термин – инстанция ответственности, для субъекта, применяющего меры ответственности, и субъекта ответственности (субъект конституционного деликта) для субъекта, претерпевающего действие мер принуждения.

Представляется, что проблема субъектов правонарушения (ответственности) должна занимать одно из значимых мест в общей теории права. Вместе с тем, несмотря на отдельные исследования по этому вопросу², утверждать, что он в общей теории права всесторонне изучен, видимо, нельзя. Более полно проблемы субъектов ответственности разработаны отдельными отраслевыми науками, в особенности уголовным, административным и международным правом. Что же касается конституционного права, то приходится констатировать, что вопросы, связанные с субъектами конституционно-правовой ответственности, являются во многом спорными.

Что представляет собой конституционная правосубъектность? в самом общем значении – это правовая возможность субъекта быть участником конституционных правоотношений. Составными частями конституционной правосубъектности выступают конституционная правоспособность, дееспособность и деликтоспособность. Содержание этих понятий и в конституционном, и в иных отраслях права в принципе не отличается: под правоспособностью понимается способность иметь право, под дееспособностью – способность своими действиями приобретать и осуществлять права, а деликтоспособность представляет собой юридически признанную способность субъекта нести ответственность за совершенное правонарушение. При этом следует отметить, что особенностью конституционной правосубъектности может рассматриваться отсутствие в некоторых случаях деликтоспособности как признака правосубъектности (народ, нация, иная социальная общность).

Конституционная правосубъектность (в единстве правоспособности и дееспособности) возникает практически у всех субъектов конституционного права (за исключением иностранцев, апатридов) одновременно. У государственных органов – с момента образования, у общественных организаций и политических партий – с момента государственной регистрации, у должностных лиц – с момента замещения соответствующей должности, у физических лиц – с определенного возраста.

Как отмечается в юридической литературе, система субъектов конституционного права отличается существенным своеобразием, как и собственно содержание прав и обязанностей различных субъектов конституционно-правовых отношений. Во-первых, круг субъектов конституционно-правовых отношений очень широк, так как конституционно-правовым отношениям присуще большое разнообразие видов, порождающее многослойные юридические связи между субъектами. Во-вторых, субъектам конституционно-правовых отношений свойствен особый субъектный состав, например, ряд субъектов не имеют иной правосубъектности, кроме конституционной (народ, нация, иные социальные общности). В-третьих, статус субъектов конституционно-правовых отношений имеет преимущественно политический характер: «важнейшей особенностью его является то, что он интегрирует те права и обязанности субъектов, которые отвечают их

¹ См.: Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. Очерк теории. М., 1976. С. 4; Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. М., 1974. С. 23.

² Денисов Ю.А. Общая теория правонарушения и ответственности. Л., 1983. С. 135; Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М. 1981. С. 35; Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 159 и др.

социальной роли в механизме осуществления народовластия»¹. В-четвертых, конституционная правосубъектность существенно отличается моментом наступления от иных отраслей, так как конституционное законодательство весьма вариативно в плане наступления этой субъектности в отношении должностных лиц и отдельных категорий граждан.

В науке конституционного права, как правило, к субъектам конституционно-правовых отношений относят: 1) социальные и национальные общности; 2) государство и его составные части; 3) государственные органы; 4) общественные объединения и коллективы граждан публичного характера; 5) должностных лиц; 6) органы местного самоуправления; 7) индивидов². Нет необходимости доказывать, что не все из перечисленных субъектов конституционно-правовых отношений (или права) являются субъектами конституционно-правовой ответственности.

Так, совершенно ясно, что народ не может быть субъектом, который имеет возможность претерпеть негативное воздействие конституционных норм. Необходимо наличие как минимум двух предпосылок: во-первых, нести обязанности, обеспеченные соответствующими санкциями, во-вторых, иметь возможность претерпевать действие санкций. Субъект конституционных правоотношений, не обладающий деликтоспособностью, нельзя признать субъектом конституционной ответственности.

В юридической литературе достаточно широко представлены мнения авторов, полагающих, что не все субъекты конституционных правоотношений обладают деликтоспособностью. Так, народ одними авторами (Л.С. Мамут³ и др.) признается субъектом конституционной ответственности, т. е. имеющим деликтоспособность, другими (Д.А. Липинский, О.Е. Кутафин и др.) – не признается, так как, по мнению последних, действующее российское законодательство не предусматривает правонарушений, субъектом которых являлся бы народ⁴.

Как обоснованно отмечает т. д. Зражевская, ни государство, ни народ, ни нация не обладают конституционной деликтоспособностью⁵. Нет оснований полагать, что народ может испытывать действие каких-либо конституционных санкций, поэтому второй подход к решению данного вопроса является единственно правильным. «Ни народ, ни нацию ... нельзя в полной мере признать субъектами конституционной ответственности, – пишет В. О. Лучин, – поскольку отсутствуют как ее институционализация, так и та инстанция, которая была бы вправе и в состоянии применять к ним государственное принуждение»⁶.

В принципе можно согласиться с определением субъекта конституционно-правовой ответственности, данным В.А. Виноградовым, но с рядом оговорок. «Субъект конституционной ответственности – это участник конституционно-правовых отношений, – пишет В.А. Виноградов, – на которого возлагается закрепленная нормами конституционного права обязанность отвечать за свое юридически значимое поведение в сфере конституционно-правового регулирования, обеспечиваемая возможностью применения конституционно-правовых санкций»⁷. Следует дополнить, что субъект конституционно-правовой ответ-

¹ Лучин В.О. Конституционные нормы и правоотношения : учеб. пособие. М., 1997. С. 119.

² Богданова Н.А. Конституционное право: Программа курса, тезисы лекций и метод. указания к семинарам. Общая часть : учеб. пособие. М., 1994. Ч. 1. С. 28–29; Лучин В.О. Конституционные нормы и правоотношения. С. 117–118; Миронов О.О. Субъекты советского государственного права. Саратов, 1975. С. 55–59; Бойцов В.Я. Система субъектов советского государственного права. Уфа, 1972. С. 81–82.

³ Мамут Л.С. Проблема ответственности народа // Вопросы философии. 1999. № 8. С. 19–28.

⁴ См.: Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. М., 2001. С. 258; Липинский Д.А. Проблемы юридической ответственности. СПб., 2003. С. 207.

⁵ Зражевская Т.Д. Ответственность по советскому государственному праву. С. 124.

⁶ Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. С. 400.

⁷ Виноградов В.А. Конституционная ответственность: вопросы теории и правовое регулирование. М., 2000. С. 107; Его же. Ответственность в механизме охраны конституционного строя. М., 2005. С. 94.

ственности должен иметь признанную нормами конституционного права способность подвергаться действию конституционных санкций.

Таким образом, субъект конституционного деликта характеризуется тремя важными системными признаками. Во-первых, он является участником конституционно-правовых отношений, т. е. обладает конституционной правоспособностью, во-вторых, на него возложена обязанность отвечать за свое юридически значимое поведение, в-третьих, в конституционном праве предусматривается возможность претерпевания им особых правоограничений, негативного воздействия норм конституционного права (т. е. он обладает конституционной деликтоспособностью).

Можно выделить несколько подходов в отношении того, могут ли быть субъектами ответственности лица, не обладающие властными полномочиями. Согласно мнению М.В. Баглая, О.В. Жогина, В.А. Кислухина и Д.Т. Шона, к субъектам ответственности можно отнести высшие органы государственной власти, их должностных лиц, депутатов, т. е. тех субъектов, которые принимают наиболее важные государственные решения¹.

Другой подход к определению числа субъектов конституционно-правовой ответственности заключается в позиции авторов, которые относят к субъектам ответственности граждан и общественные объединения. По мнению Н.М. Колосовой, к субъектам конституционно-правовой ответственности следует отнести Президента РФ, Правительство РФ, Федеральное Собрание, Верховный Суд, Высший Арбитражный Суд, Конституционный Суд РФ, органы местного самоуправления, общественные объединения, граждан, должностных лиц². Некоторые авторы в числе субъектов конституционно-правовой ответственности называют Генерального прокурора РФ, Председателя Центрального банка РФ, аудиторов Счетной палаты РФ. При этом они подчеркивают, что большинство конкретных случаев применения этой ответственности «представляли собой политическую ответственность»³.

По нашему мнению, можно выделить следующие группы субъектов конституционно-правовой ответственности:

- 1) государственные или автономные образования;
- 2) государственные органы;
- 3) должностные лица (президент, высшие должностные лица субъектов РФ, выборные должностные лица местного самоуправления) и депутаты представительных органов власти и местного самоуправления;
- 4) общественные объединения;
- 5) индивиды;
- 6) органы местного самоуправления.

Ошибочным представляется мнение о том, что специальными субъектами ответственности в конституционном праве могут быть лишь органы и должностные лица⁴. Субъектами конституционно-правовой ответственности могут выступать как органы и должностные лица, так и физические лица, но наделенные особым конституционно-правовым статусом (например, беженцы), а также общественные объединения (ассоциации).

¹ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации : учебник для юридических вузов и факультетов. М., 1998. С. 33; Жогин О.В. Конституционная ответственность как объект теоретико-правового исследования : дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2008. С. 140; Кислухин В.А. К вопросу о современном понимании юридической ответственности и ее видах // Тезисы докладов научной конференции Пермского государственного университета, Юридического института МВД РФ, Юридического факультета Пермского военного института ВВ МВД РФ «Состояние и перспективы развития российского общества, государства и права». Пермь, 1998. С. 91; Шон Д.Т. Конституционная ответственность // Государство и право. 1995. № 7. С. 35.

² Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации: ответственность органов государственной власти и иных субъектов права за нарушение конституционного законодательства Российской Федерации. М., 2000. С. 61.

³ Авдеев М.П., Дмитриев Ю.А. Конституционное право Российской Федерации // Право и жизнь. 2002. № 45. С. 277.

⁴ Там же. С. 255.

Каждому из указанных видов субъектов свойственны определенные специфические черты, которые отграничивают существо мер воздействия, применяемых к различным группам субъектов, а также опосредуют и применение особой правовой процедуры.

1. Государственные или муниципальные образования. Для Российской Федерации рассматриваемая мера ответственности в целом нехарактерна, поскольку отечественное конституционное законодательство не закрепляет мер принуждения в отношении такого рода субъектов. В то же время в Индии и Пакистане широко применяются в отношении субъектов федерации меры, когда федерация своим правовым актом ликвидирует субъект или преобразует его статус. Единственная мера ответственности, которая, по мнению некоторых авторов, применяется в отношении государства (Российской Федерации или ее субъекта), – это возмещение ущерба, причиненного действиями государственных органов и должностных лиц. Представляется, что возмещение ущерба – это как минимум санкция смешанной правовой природы, поскольку, во-первых, само возмещение осуществляется по правилам гражданского судопроизводства, во-вторых, возмещение ущерба со стороны государства, как правило, вызвано нарушением норм соответствующей отрасли права (уголовных, административных, гражданско-правовых) конкретными государственными органами.

Сравнительно недавно (в 2003 г.) в российском законодательстве появились две меры ответственности, которые можно отнести к ответственности, применяемой именно к государственным образованиям:

- временное осуществление органами федеральной власти полномочий органов государственной власти субъектов РФ;
- временное осуществление органами государственной власти субъектов РФ полномочий органов местного самоуправления.

Указанные меры ответственности преследуют цель ограничить правовой статус субъектов РФ или муниципального образования посредством изъятия отдельных полномочий, которые передаются органам власти иного уровня.

Следует отметить, что государство в целом не выступает как субъект конституционно-правовой ответственности, так как отсутствует инстанция применения соответствующих санкций. Считать такой инстанцией народ, который может выступить инициатором смены государственного режима, по меньшей мере, некорректно, поскольку в результате таких действий нарушаются конституционные и иные правовые нормы.

2. Государственные органы и должностные лица. К числу государственных органов как субъектов конституционно-правовой ответственности можно отнести Президента РФ, Правительство РФ, избирательные комиссии, органы законодательной власти субъектов РФ.

Основными особенностями указанных субъектов являются: наличие властно-распорядительных полномочий, специфическое положение, занимаемое в системе государственных органов, особое правовое регулирование процедуры лишения таких полномочий (как правило, участие судебных органов), основным содержанием соответствующих санкций является прекращение деятельности соответствующего органа в данном составе (ропуск, расформирование).

3. Должностные лица органов государственной власти и местного самоуправления. К числу должностных лиц как субъектов ответственности можно отнести депутатов Государственной Думы, Совета Федерации, аудиторов Счетной палаты РФ, Уполномоченного по правам человека, высших должностных лиц субъектов РФ, депутатов представительных органов власти субъектов РФ, судей, прокуроров, дипломатов.

Условием применения мер ответственности к этим субъектам конституционного права выступает, как правило, наличие в действиях должностных лиц, наделенных особым конституционным статусом, вины в форме умысла при совершении правонарушения (например, условием ответственности аудиторов Счетной палаты РФ является совершение ими умышленных нарушений законодательства). Характерно участие в процедуре применения санкций судебных органов (отстранение от должности главы местного самоуправления). Следствием применения

соответствующих санкций является утрата властно-распорядительных полномочий (лишение полномочий депутата). Указанные меры ответственности достаточно широко применяются в конституционной практике большинства государств мира.

4. **Общественные объединения.** Основным видом общественного объединения, который несет серьезные обременения, являются политические партии. К другим организационно-правовым формам общественных объединений следует отнести общественные организации и движения, для которых характерны более разнообразные цели создания и способы осуществления своей деятельности. К особенностям этих субъектов конституционно-правовой ответственности с точки зрения возложения на них последствий применения конституционных санкций можно отнести строго целевой характер деятельности, разнообразный круг используемых санкций (от предупредительных до карательных), участие в процедуре их применения различных государственных органов: от прокуратуры до судебных инстанций. Кроме того, необходимо заметить, что в процедуре применения санкций против общественных объединений всегда принимает участие уполномоченный государственный орган (в Российской Федерации таковыми являются Министерство юстиции РФ и его территориальные органы).

5. **Индивиды.** Следует сказать, что не все индивиды выступают субъектами конституционно-правовой ответственности, а лишь те, чей статус регламентируется в нормах конституционного права в силу важности их правового положения в системе конституционного регулирования. Это кандидаты на выборные должности, наблюдатели и члены избирательных комиссий, лица без гражданства и иностранцы, желающие получить статус граждан, беженцы и вынужденные переселенцы. Ответственность этих лиц зачастую регламентируется с процессуальной стороны несколько упрощенно, а именно: вина в их действиях, как правило, презюмируется, а не доказывается соответствующими органами; судебные инстанции в процедуре, как правило, не участвуют; санкции имеют своей целью лишить граждан их особого статуса и связанных с ним прав и обязанностей в системе конституционно-правовых отношений (дополнительных по сравнению с иными субъектами конституционного права).

Для физических лиц, выступающих в качестве субъектов конституционно-правовой ответственности, существенным является определение возраста, по достижении которого они могут приобретать специфические конституционные права и нести обязанности. Так, кандидаты на соответствующих выборах могут быть субъектами ответственности по достижении 21 года, 30 или 35 лет, судьи – с 25 лет.

Также следует указать, что, несмотря на возникновение политической правоспособности и дееспособности у граждан с 18 лет (ст. 60 Конституции РФ), а у некоторых категорий субъектов конституционного права и ранее (членами молодежных общественных объединений можно стать с 14 лет, а детских – с 8 лет), деликтоспособность практически у всех физических лиц субъектов конституционно-правовой ответственности наступает позднее (за исключением иностранцев и вынужденных переселенцев). Иные физические лица, которые обладают особым конституционно-правовым статусом, наделяются как право- и дееспособностью, так и деликтоспособностью с более старшего возраста.

6. **Органы местного самоуправления.** Органы местного самоуправления¹ занимают особое место в числе субъектов конституционно-правовой ответственности, что обуславливается двойственным статусом этих органов – с одной стороны, наличие властных, публично-правовых полномочий, а другой – особый характер этих

¹ Для целей настоящего исследования автор рассматривает санкции в отношении депутатов местного самоуправления в главе 3 в параграфе «Ответственность органов государственной власти и должностных лиц», а меры ответственности в отношении главы местного самоуправления (главы администрации) в параграфе «Ответственность органов местного самоуправления». Это разграничение обусловлено тем, что глава местного самоуправления по своему статусу может быть приравнен к органу местного самоуправления аналогично Президенту РФ. Хотя следует отметить, что такое разграничение в значительной мере условно и определяется внутренней логикой построения авторского исследования института конституционно-правовой ответственности.

субъектов, которые не принадлежат к государственной власти. Именно этим и объясняется наличие в числе санкций, применяемых к органам местного самоуправления, аналогичных санкций, которые используются и в отношении органов власти субъектов (ропуск представительного органа, временное осуществление органами государственной власти субъектов полномочий местного самоуправления). Но ряд санкций, применяющихся к должностным лицам местного самоуправления, носят специфический характер, так как их использование осуществляется по решению населения, проживающего в муниципальном образовании, при обязательном участии соответствующих местных органов (отзыв депутата населением).

ТЕОРИЯ ДЕФЕКТНОСТИ АКТОВ В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ ГЕРМАНИИ И ЕЕ ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ РОССИИ

Мицкевич Людмила Абрамовна

В административно-правовой науке Германии институт форм государственно-управленческой деятельности занимает центральное место, а понятие административного акта относится к основным понятиям административного права. Это обусловлено тем, что правовые акты управления составляют важнейшую правовую форму, в которой реализуется государственно-управленческая деятельность публичной администрации. Административный акт опосредует взаимоотношения между органами публичного управления и гражданами, их объединениями. Описывая социальное значение административного акта, классик немецкой правовой науки О. Майер указывал, что данный акт является таким инструментом государственного управления, с помощью которого реализуется необходимое для правового государства требование обеспечения правопорядка («правовой безопасности»), соблюдение гражданами их обязанностей в отношении государства, а также «правовым образом могут быть точно определены и очерчены пути и границы деятельности государства и сферы свободного поведения его граждан»¹.

Официальное определение административного акта содержится в § 35 предл.1 Закона ФРГ об административной процедуре. Административный акт определяется как такое «решение, указание или иное властное действие, которое принимается органом государственного управления для разрешения конкретного индивидуального дела в области публичного права и представляет собой непосредственное внешневластное воздействие».

В соответствии с этим легальным определением в специальной литературе описываются основные признаки административного акта².

1. Административный акт может быть принят только уполномоченным субъектом, осуществляющим *государственно-властные полномочия*.

2. Таким актом может быть решение, распоряжение или иное *властное действие*; главным в этом признаке является указание на его государственно-властный характер, т. е., односторонне-властный порядок принятия и обязательность для исполнения теми, кому он адресован; данный признак вытекает из сущности отношений «власти-подчинения», складывающихся между государством и гражданином в области публичного права, при этом не имеет значения, в какой области он принят – в области властного вмешательства государства или в сфере предоставления услуг гражданам, точно так же не имеет значения его форма и способ принятия, это могут быть технические или механические действия, например, регулирование уличного движения светофором.

¹ Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1, 1. Aufl. München, 1895. S. 64.

² См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl. München, 1997. S.176–189.

3. Административный акт направлен на урегулирование, *разрешение конкретного индивидуального дела*. Этот признак означает, что соответствующее закону распоряжение или выраженное иным образом волеизъявление непосредственно направлено на возникновение правовых последствий, а именно на возникновение, изменение или прекращение прав или обязанностей граждан, а также на установление правового состояния конкретного дела. Не являются административными актами действия, которые не соответствуют этому критерию, например, организационные действия, направленные на согласование интересов, предоставление информации или иных услуг гражданам, а еще так называемые неформализованные управленческие действия. Это относится, прежде всего, к организационной деятельности внутри самих органов, например к обучению служащих или к указанию на их правовое положение.

4. Следующий признак – *индивидуальный характер* административного акта позволяет отграничить его от нормативно-правовых актов, которые всегда представляют собой направленное на неопределенный круг адресатов правило поведения. Трудности возникают при определении правовой природы смешанных актов, например, при отграничении административного акта от подзаконного нормативно-правового акта (постановления или положения), который адресован относительно определенному кругу лиц, но может относиться к конкретному делу¹. Следует специально выделить властные акты, которые обладают так называемой «двойственной правовой природой». В отношении одних субъектов они имеют характер индивидуальных предписаний, в отношении других являются правилами поведения. В качестве примера можно привести предоставление права органам местного самоуправления осуществлять опосредованное государственное управление.

5. Такой признак, как непосредственное *внешнее воздействие*, предполагает, что акт адресован лицам, не находящимся «внутри» органа государственного управления или системы органов государственного управления в целом.

6. Область деятельности органов государственного управления – *публичное право*, данный признак тесно связан с признаком государственной власти, и это означает, что любые действия органа в области частного права не могут считаться административными актами.

В немецкой административно-правовой литературе отличается важность и практическая значимость теории законности и незаконности актов², при этом подчеркивается, что противоправность актов может быть связана не только с неправильным толкованием или применением нормы права, но и с недостаточно тщательным исследованием обстоятельств дела или их ошибочной оценкой. Специально указано, что на практике большая часть противоправных актов органов не соответствует закону именно по этой причине, точно так же большинство студентов, рассматривая конкретные случаи, приходят к ошибочным выводам не из-за неправильного понимания нормы права, а фактических обстоятельств дела.

Административный акт считается законным, т. е. соответствующим правовым требованиям, если:

- в данном конкретном случае орган должен осуществлять свои действия именно в форме акта (допустимость акта);
- акт принят органом в пределах его компетенции, в формах, предписанных правом, и в результате соответствующей процедуры (формальная законность);
- административный акт содержит положения, соответствующие действующему праву (материальная законность)³.

Закон об административной процедуре разделяет дефектные акты (акты с нарушением требований) на два вида, в зависимости от тяжести дефекта в акте: на акты с *очевидными* (вескими, существенными) ошибками и акты с *обычными* (прочими) ошибками.

¹ См.: Huber P.-M. Allgemeines Verwaltungsrecht. Heidelberg, 1992. S. 136.

² См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl. München, 1997. S. 224.

³ См.: Там же.

В зависимости от характера ошибки выделяют акты с *материальными* (содержательными) и *формальными* (например, нарушение процессуальных правил) ошибками.

Правовые последствия зависят от тяжести ошибки, ее характера, вида и некоторых других моментов.

Недействительность (ничтожность) акта означает, что данный акт не порождает ни одно из правовых последствий, предусмотренных таким актом, вне зависимости от того, был или не был данный акт обжалован сторонами¹.

Интересным представляется положение о том, что возможны три основных варианта процедуры признания акта недействительным (ничтожным). Во-первых, это подача заинтересованными сторонами жалобы в суд о признании такого акта противоправным. Во-вторых, это обращение в суд за подтверждением факта противоправности (недействительности) данного акта. В-третьих, этот акт может быть признан недействительным (вне зависимости от обжалования) самим органом, его принявшим.

В соответствии с § 43–44 Закона об административной процедуре недействительным (ничтожным) является акт, в котором содержатся особо тяжкие и очевидные дефекты (ошибки), противоправности которых, по образному выражению Фердинанда Коппа, «написана на лбу»².

Незаконность – оспоримость актов связана с иными дефектами, не относящимися к особо важным, эти акты действуют и исполняются до тех пор, пока их незаконность не будет установлена путем официальной процедуры по ходатайству участников или по решению самого органа (§ 48 Закона об административной процедуре). Принципиальным исключением из этого положения являются случаи, когда дефекты (ошибки) носят несущественный характер (не влияют на содержание акта) или они впоследствии уже были исправлены.

Очевидная неправильность актов обусловлена наличием в них очевидных для всех ошибок, не связанных с правовым содержанием акта. Речь идет о простых орфографических, арифметических или иных ошибках, которые могут быть просто исправлены, поэтому нет необходимости оспаривать или обжаловать такие акты.

Акты, не являющиеся административными, также не подлежат административно-процессуальному обжалованию или оспариванию, поскольку они, собственно говоря, не обладая признаками административных актов, не относятся к таковым. Это, например, акты, принятые не уполномоченными на то государственными органами, акты, принятые в качестве шутки, акты, не доведенные до сведения адресата, и, следовательно, как уже описывалось ранее, не вступившие поэтому в законную силу.

История Германии знает несколько примеров принятия таких «не административных актов», к ним относится, в частности, знаменитая «кёпеникиада», когда в 1906 г. некий самозванный «капитан» арестовал бургомистра берлинского пригорода Кёпеника.

Нецелесообразность актов не будет правовым дефектом, влекущим определенные правовые последствия, если в остальном эти акты соответствуют предъявляемым требованиям правомерности. Например, если дорогу было целесообразнее проложить по другой улице или оплата могла бы быть выше или ниже и т. д. По поводу нецелесообразности акта не может быть подана жалоба, но может быть внесен протест.

Анализ *типичных ошибок при принятии административных актов* составляет довольно обширный и весьма интересный раздел в большинстве учебников³. Это очень полезно для студентов, так как помимо теории актов, требований к ним и анализа законодательства в учебниках представлен развернутый и подробный

⁴ Mayer F., Kopp F. Allgemeines Verwaltungsrecht. 5. Aufl. Stuttgart – München – Hannover, 1985. S. 229–230.

¹ См.: Там же. S. 230.

² См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl. München, 1997. S. 247–261. Kopp F. Skript zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht. Universität Passau, 1994. S. 45–53.

анализ типичных недостатков, дефектов актов, влекущих на практике различные правовые последствия.

Первый вид ошибок – это *ошибки в подведомственности*, которые могут быть различными по характеру¹.

Выделяется, в частности, неподведомственность данному субъекту, например, когда одна община дает разрешение на использование улицы, которая относится к территории другой, соседней общины. В результате акт является недействительным.

Другой вид неподведомственности – это ошибка в компетенции, когда акт принимается не тем органом, к компетенции которого относится такой-то круг вопросов, например, запрет политической партии осуществлен не Федеральным Конституционным Судом, а органом государственного управления. Этот акт также должен быть признан недействительным.

Неподведомственность по организационному принципу (в частности, нарушение отраслевой подведомственности), когда, например, финансовое ведомство выдает вместо соответствующего органа разрешение на строительство, этот акт также является ничтожным.

Неподведомственность по инстанции – если нижестоящий орган принимает решение, относящееся к компетенции вышестоящего органа, например, разрешение на строительство выдает не строительное ведомство какой-либо земли, а нижестоящее строительное ведомство какой-либо входящей в этот округ общины.

При этом авторы отмечают, что достаточно неоднозначным в литературе считается вопрос о правовых последствиях принятия акта в зависимости от того, вышестоящий или нижестоящий орган присвоил себе компетенцию другого. Если относительно акта нижестоящего органа вопрос решается однозначно – такой акт признается недействительным, то относительно акта вышестоящего органа, присвоившего себе компетенцию нижестоящего органа, мнения расходятся. Одни ученые полагают, что такой акт не является ничтожным, а будет оспоримым, другие полагают, что этот акт также должен быть признан ничтожным².

Достаточно сложны случаи, когда административные акты принимаются органами, имеющими пересекающуюся подведомственность, или когда вообще может существовать спор о компетенции. Тогда следует, скорее всего, говорить об оспоримости таких актов, а не об их ничтожности.

Неподведомственность по месту (территории) возникает, когда орган принимает решение по вопросу, относящемуся к ведению другого территориального органа.

Формальные ошибки (дефекты) – это ошибки в оформлении акта, которые возникают в случае, когда акт издан с нарушением соответствующих предписаний о внешней форме административного акта³. Например, если вместо положенной по закону письменной формы акт издан в устной форме или когда соответствующий акт не вручен лично адресату (например, при назначении на должность чиновника). Эти дефекты влекут за собой недействительность акта. Неясность, непонятность, противоречивость административного акта по самым существенным пунктам также делают акт недействительным. К таким же дефектам относятся случаи, когда не указано, какой орган издал акт. Вместе с тем, например, отсутствие необходимого обоснования для принятия акта делает его дефектным, но не ничтожным, а оспоримым. Подобным образом ошибки или неправильности при объяснении порядка обжалования акта не влекут его недействительности и вообще не затрагивают его правомерность, а влияют на процедуру подачи жалобы, например, на возможность продления срока обжалования.

Процедурные (процессуальные) дефекты (ошибки) влекут неправомочность акта, если акт принят с нарушением норм или общих правовых принципов, относящихся к административной процедуре (§ 9 Закона ФРГ об административной

³ См.: Mayer F., Kopp F. Allgemeines Verwaltungsrecht. 5. Aufl. Stuttgart – München – Hannover, 1985. S. 231; Kopp F. Skript zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht. Universität Passau, 1994. S. 46.

¹ См.: Там же.

² См.: Там же.

процедуре), в особенности тех положений, которые посвящены процессу формирования властного волеизъявления органа при принятии акта.

Например, необъективность должностного лица может вызвать либо ничтожность акта, если это лицо действовало в своих собственных интересах и в пределах своей компетенции, либо оспоримость акта, если лицо действовало в других случаях. К такого же рода недостаткам относится принятие решения неполным составом коллегиального органа, это служит основанием для оспаривания акта. Могут быть оспорены также акты, когда в их принятии не участвовал какой-либо орган, чье участие (или согласование) предусмотрено законодательством. Достаточно спорным является вопрос о правовых последствиях принятия актов без обязательного участия гражданина¹. Одни ученые полагают, что акт должен быть признан ничтожным, если отсутствует предусмотренное законом заявление (ходатайство) гражданина о принятии такого акта или если слушание прошло без участия гражданина. Другие авторы полагают, что такие случаи могут привести и к ничтожности, и к оспоримости акта, в зависимости от различных обстоятельств, например, если впоследствии эти ошибки были устранены. К процессуальным нарушениям относятся и недостаточное выяснение обстоятельств дела, и невыполненное требование объявления (опубликования) акта.

Весьма интересным представляется вопрос о последствиях принятия акта с «дефектом волевого компонента» должностного лица. Например, если акт принят фактически недееспособным или ошибающимся (заблуждающимся) должностным лицом, последствия зависят от того, нарушены ли в самом акте нормы права или он (акт) соответствует правовым нормам, т. е. по содержанию является «правильным», правомерным. Эта позиция обосновывается тем, что в данном случае административный акт выступает не «волеизъявлением конкретного человека», но выражением государственной воли в нормах права, и она не была нарушена². Иначе обстоит дело с актами, принятыми в рамках административного усмотрения, когда на принятие решения влияет волеизъявление конкретного должностного лица. Для этих актов дефект «волевого компонента» может повлечь их недействительность. Таковы же последствия при принятии актов под давлением, угрозой, путем обмана и т. п.

Акты с дефектами содержательного характера достаточно многообразны и многочисленны.

Во-первых, это может быть отсутствие установленного законом основания для принятия акта. Поскольку в немецком праве действует принцип оговорки в законе, постольку для принятия административного акта всегда необходимо оговоренное в законе основание. Ученые-административисты Германии³ отмечают некоторые сложности, возникающие при описании данного положения. Например, если орган государственного управления принял акт на основе уже не действующего закона, является ли этот акт основанным на законе? Тогда предлагается уточнение к вопросу о законности оснований акта – он должен быть основан на действующем законе.

Во-вторых, это могут быть акты, принятые с нарушением иных правовых предписаний, например, акты, нарушающие права граждан, акты, не соответствующие принципу целесообразности (предписание о сносе вообще не построенного дома и т. п.), акты явного административного произвола.

В-третьих, это акты с нарушениями в сфере свободного административного усмотрения, а именно с превышением полномочий (например, установление платы выше, чем предусмотрено правовыми рамками), с злоупотреблением свободой усмотрения (например, использование предоставленной свободы усмотрения не в соответствии с целями закона). Особую сложность представляют собой акты в данной сфере усмотрения, принятые с нарушением оценочных понятий, неопределенных правовых категорий и т. п., а также с изъянами в сущности

³ См.: Mayer F., Kopp F. Allgemeines Verwaltungsrecht. 5. Aufl. Stuttgart – München – Hannover, 1985. S. 213–214.

¹ См.: Там же. S. 215–216.

² См.: Там же. S. 216.

акта, т. е. в содержании самого управленческого решения, составляющего основу акта¹.

В-четвертых, такие акты могут быть дефектными в связи с несоответствующим толкованием нормы права, неправильной оценкой фактических обстоятельств, ошибками в юридической квалификации.

Теория дефектности административных актов имеет практическое значение для правового регулирования процедуры признания актов неправомерными и наступления соответствующих последствий.

В административном праве Германии различается *отмена противоправных (незаконных) актов* и *отмена правомерных (законных) актов*. Поскольку предметом рассмотрения в данной статье являются дефектные акты, постольку более подробно следует охарактеризовать именно эту процедуру. Отмена противоправных актов (*Ruecknahme*) возможна вне зависимости от вступления акта в законную силу. Эта отмена осуществляется, как правило, тем органом, который принял данный акт, и происходит за пределами формализованной процедуры обжалования. Правовое регулирование данного вида отмены закреплено в §§ 48, 50 Закона об административной процедуре.

Отмена *правомерного* (законного) акта (*Widerruf*), которая также возможна вне зависимости от того, действуют еще сроки для обжалования или нет, регулируется специальным образом, ей посвящены §§ 49, 50 Закона об административной процедуре.

Таким образом, в немецком административном праве различаются виды отмены актов в зависимости от того, является акт противоправным или нет, и соответственно существуют различные термины для обозначения этих видов отмены (*Ruecknahme* и *Widerruf*). Именно по этой причине в науке немецкого административного права столь подробно разработана теория дефектности административных актов.

Отмена дефектного акта (§ 48 Закона об административной процедуре) осуществляется с помощью другого самостоятельного акта (*actus contrarius*). Эта отмена существенным образом зависит от того, является ли отменяемый акт *обременяющим* или *благоприятствующим* (предоставляющим выгоду, благо, льготу). Отмена актов, предоставляющих выгоду, регулируется специально (§ 48 предл. 2 Закона об административной процедуре), а остальных – в общем плане (§ 48 предл. 1 Закона об административной процедуре). Следует еще раз обратить внимание на то, что речь идет о процедуре отмены дефектных актов *самим органом*, т. е. в данном случае отмена акта – это инициатива и право (усмотрение) органа, поскольку процедура обжалования акта сторонами и его отмены регулируется другими правилами. Отмена может последовать по собственной инициативе органа или на основании заявления или протеста прокурора, а также по указанию вышестоящего органа. Например, акт может быть отменен, если он был издан не уполномоченным на то органом или должностным лицом или без достаточных правовых оснований, или при наличии иных указанных в данной статье дефектов. Отмена обременяющего акта возможна относительно всего акта в целом или его отдельной части; акт может быть отменен с момента вступления его в силу или с момента вступления в силу отменяющего акта.

Отмена благоприятствующего (предоставляющего выгоду) акта зависит от того, имеет ли этот акт денежную или вещную форму исполнения. Для указанных случаев установлен общий запрет на отмену такого акта, за исключением прямо предусмотренных законом обстоятельств. В других случаях также может действовать запрет на отмену акта, если эта отмена может вызвать требование адресата акта о материальной компенсации. Значит, при оценке подобного акта и решении вопроса об отмене дефектного благоприятствующего акта необходимо «взвешивание» публичного интереса, состоящего в издании законного акта, и частного интереса стороны, получившей благодаря незаконному акту выгоду. Естественно, что право стороны на «защиту доверия» не распространяется на те случаи, когда

³ См.: Mayer F., Kopp F. Allgemeines Verwaltungsrecht. 5. Aufl. Stuttgart – München – Hannover, 1985. S. 159–161; Kopp F. Skript zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht. Universität Passau, 1994. S. 51–53.

административный акт был принят на основе подложных документов, под угрозой, давлением, подкупом или на основе фальшивых данных или «грубой неосторожности». Срок для принятия акта об отмене установлен в течение года с момента, когда органу стали известны все факты, необходимые для принятия решения об отмене.

Отмена законного административного акта также зависит от того, является ли акт обременяющим или предоставляющим выгоду.

Для отмены обременяющих и иных, не предоставляющих выгоду, актов (§ 49 предл. 1 Закона об административной процедуре) установлены правила о том, что отмена производится самим органом по его усмотрению в соответствии с компетенцией. Это значит, что у самого органа есть право на отмену своего акта, а у сторон имеется право не на отмену акта, а на то, чтобы сама отмена по усмотрению органа была законной и правомерной. Отменены могут быть акты, вступившие и не вступившие в силу, акт может быть отменен полностью или частично. В принципе может быть отменен любой акт и в любое время. При этом в отличие от *незаконных актов* действие отмены начинается только с принятием отменяющего акта и обратной силы не имеет. Орган не может отменить акт, если ему предстоит принять новый акт с таким же содержанием. Возможны и другие причины, не позволяющие отменить законный акт.

Отмена предоставляющих выгоду законных актов в принципе допустима, лишь если это прямо предписано в правовых нормах и если распоряжение о получении выгоды не было исполнено в течение установленного срока, а также в других случаях, если эта отмена вызвана публичными интересами. При этом сторона, чьи интересы затронуты, может претендовать на возмещение имущественного ущерба, если это связано с необходимостью «защиты доверия».

Таким образом, в немецкой науке административного права в отличие от отечественного административного права подробно разработана теория дефектности административных актов, законодательно урегулировано право органов и должностных лиц на отмену дефектных актов по своей инициативе, подробно регламентирован порядок отмены обременяющих и благоприятствующих административных актов.

ИНИЦИАТИВА СОЗДАНИЯ, УПРАЗДНЕНИЯ, ПРЕОБРАЗОВАНИЯ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ, ИЗМЕНЕНИЯ ИХ ГРАНИЦ: ОПЫТ И НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Праскова Светлана Васильевна

Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ (далее – Федеральный закон) существенно изменил подход к правовому регулированию территориальной основы местного самоуправления. Посвятив этому вопросу намного большее внимание, чем ранее действовавший закон², он исчерпывающе определил все возможные варианты изменения территории и статуса муниципальных образований (ст. ст. 12–13²). При этом вне зависимости от формы инициатива подобных изменений может исходить либо от органов публичной власти (федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъекта РФ или органы местного самоуправления), либо от населения соответствующего муниципального образования. Также Федеральный закон определяет порядок выдвижения инициативы измене-

¹ Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ (ред. от 27 июля 2010 г.) // Российская газета. 2003. 8 окт.

² Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ: Федеральный закон от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ // Российская газета. 1995. 1 сент.

ния муниципального устройства: для населения – в порядке, предусмотренном для выдвижения инициативы проведения местного референдума или на сходе граждан, для органов публичной власти – посредством принятия решения соответствующего органа (ч. 1 ст. 12, ч. 2 ст. 13, ч. 2 ст. 13¹, ч. 1 ст. 13²). Одновременно необходимо учитывать, что решение о создании, упразднении, преобразовании муниципальных образований, изменении их границ принимается в форме закона субъекта РФ. Значит, на такую инициативу в полной мере распространяются требования, установленные для законодательной инициативы¹. Каких-либо особенностей порядка рассмотрения законопроектов о создании, упразднении, преобразовании муниципальных образований, изменении их границ федеральные законы не предусматривают.

Вместе с тем рассмотрение законопроекта об изменении муниципального устройства имеет особенности, отличающие его от стандартного законодательного процесса: при его рассмотрении должно учитываться мнение населения, а также последствия производимых изменений с точки зрения обеспечения решения вопросов местного значения имущественными, финансовыми, кадровыми и иными ресурсами. Так, для оценки необходимости и целесообразности осуществления преобразования муниципальных образований следует учитывать возможности муниципальных образований самостоятельно решать вопросы местного значения, а для этого необходим анализ финансово-материальной обеспеченности осуществления данных вопросов до преобразования и предполагаемого состояния их осуществления после преобразования. Иначе говоря, для полной и всесторонней оценки последствий изменения муниципального устройства необходимо иметь сведения о состоянии муниципальных образований, в отношении которых предполагается произвести изменение, а также прогноз социально-экономического развития муниципальных образований после изменения. Требуется ли уже на стадии внесения инициативы обосновывать все факторы, которые необходимо учесть законодателю при принятии решения о целесообразности соответствующего изменения муниципального устройства? Федеральный закон ответа не дает. Однако, учитывая организацию законодательного процесса, такой вариант представляется наиболее оправданным.

Выявить все указанные обстоятельства, всесторонне их проанализировать и оценить в ходе обычного законотворческого процесса достаточно затруднительно. Рассмотрение проекта закона ограничено по срокам. Не имея на стадии внесения законопроекта предварительной информации о состоянии муниципальных образований на момент инициирования изменений, прогноза их развития после изменений, законодательный орган субъекта РФ будет вынужден запрашивать такую информацию, анализировать ее, делать прогноз социально-экономического развития этих территорий непосредственно при подготовке законопроекта к обсуждению, а это весьма затруднительно. Более того, без помощи органов исполнительной власти законодательный орган субъекта РФ вряд ли сможет самостоятельно выполнить подобную работу на надлежащем уровне. Вполне возможно, что, столкнувшись с «голой» инициативой изменения муниципального устройства, неподкрепленной никаким финансово-экономическим обоснованием², законодательный орган будет вынужден принимать решение об изменении

¹ Общие положения о праве законодательной инициативы в законодательный (представительный) орган субъекта Российской Федерации предусмотрены ст. 6 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (Российская газета. 1999. 19 окт.), детальное регулирование осуществляется в конституциях (уставах), законах субъектов РФ и регламентах законодательных органов субъектов РФ.

² В число стандартных документов, вносимых вместе с проектом закона при реализации права законодательной инициативы, входит финансово-экономическое обоснование. Однако в таком обосновании указывается необходимость осуществления затрат из бюджета субъекта РФ. В то время как изменение муниципального устройства в основном влечет расходы местных бюджетов. Наиболее затратным обстоятельством для бюджета субъекта РФ будет подготовка описания границ муниципальных образований, если они подлежат изменению. Поэтому в стандартном финансово-экономическом обосновании законопро-

муниципального устройства или отказе в таком изменении, не имея четкого представления о последствиях своего решения.

Кроме того, в Федеральном законе отсутствуют какие-либо требования к содержанию закона субъекта РФ об осуществлении соответствующего изменения муниципального устройства. Теоретически такой закон может состоять из нескольких строк. И такие примеры имеются: в Республике Коми при изменении границ между муниципальными образованиями «Город Ухта» и «Город Сосногорск», связанным с передачей деревни Гажаяг, в тексте закона указали лишь на само изменение и картографическое описание новой границы этих муниципальных образований¹. В Пензенской области при объединении муниципальных образований Кондольский район и Пензенский район в законе решены лишь вопросы наименования, статуса, административного центра и состава поселений вновь образуемого муниципального района².

Но любое изменение муниципального устройства влечет необходимость решения комплекса вопросов, внесенных в соответствующий закон субъекта РФ. Создание поселения влечет возникновение принципиально нового муниципального образования. Это означает, что должны быть образованы новые органы местного самоуправления, сформирована база муниципального имущества, бюджет нового муниципального образования, также необходимо решить вопросы с формированием новой системы муниципальных нормативных правовых актов. Тщательного регулирования требует переходный период, в течение которого будет осуществляться переход решения вопросов местного значения от муниципального района ко вновь образованному поселению. При упразднении поселения происходит тот же процесс, но в обратную сторону: все институциональные элементы муниципального образования должны быть ликвидированы, решение вопросов местного значения передано муниципальному району. При преобразовании муниципальных образований возникают те же вопросы, но одновременно и с созданием и с упразднением муниципальных образований, поскольку при преобразовании фактически происходит ликвидация существующих и образование новых муниципальных образований³. Соответственно должны быть решены вопросы о правопреемстве муниципального имущества, реформировании системы органов местного самоуправления, действии муниципальных нормативных правовых актов и другие переходные положения. При изменении границ муниципальных образований происходят менее существенные изменения, поскольку статус муниципальных образований не меняется. Однако и в этом случае возникают вопросы об изменении территории действия нормативных правовых актов, территориальной юрисдикции органов местного самоуправления, могут возникнуть вопросы

екта об изменении муниципального устройства может содержаться лишь одна фраза о том, что его принятие не повлечет увеличения расходов из бюджета субъекта РФ. Вместе с тем для оценки финансово-экономических последствий изменения территории или статуса муниципальных образований необходимо учитывать весь комплекс финансовых средств, которые необходимо будет затратить на осуществление такого изменения, а также прогноз доходов, расходов, дотационности муниципальных образований после изменения. В этих целях необходим особый документ, обосновывающий финансово-экономическую целесообразность изменений в муниципальном устройстве.

¹ См.: Об изменении границы между муниципальными образованиями «Город Ухта» и «Город Сосногорск» : Закон Республики Коми от 5 апреля 2005 г. № 33-РЗ // Республика. 2005. 12 апр.

² о преобразовании муниципальных районов – Кондольский район и Пензенский район Пензенской области : Закон Пензенской области от 10 апреля 2006 г. № 981-ЗПО (ред. от 14 ноября 2006 г.) // Пензенские губернские ведомости. 2006. № 10. Ст. 1.

³ За исключением двух форм преобразования: 1) объединение поселения и городского округа, 2) изменение статуса городского поселения в связи с наделением его статусом городского округа либо лишением его статуса городского округа (ч. 31, ч. 7 ст. 13 Федерального закона). В первом случае происходит лишь упразднение поселения, а нового муниципального образования не создается, во втором случае муниципальные образования не создаются и не упраздняются, меняется лишь их статус или территория (ч. 8 ст. 13 Федерального закона). Однако и при таких формах преобразования возникают вопросы с правопреемством, изменением структуры органов местного самоуправления и системы муниципальных нормативных правовых актов.

о принадлежности недвижимого муниципального имущества, расположенного на передаваемой территории, изменении субъекта распоряжения земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, отчислении в местный бюджет доходов, собираемых на соответствующей территории, и иные подобные вопросы. Понимая сложность такой процедуры, многие субъекты РФ в законах о соответствующих изменениях муниципального устройства регулируют весь комплекс вопросов правопреемства и переходного периода⁴.

Отсутствие требований к закону субъекта РФ означает и отсутствие требований к законопроекту. Инициатор может внести проект закона об изменении муниципального устройства, в котором вопросы правопреемства и переходные положения совершенно не будут урегулированы, а законодательный орган субъекта РФ в процессе рассмотрения проекта будет вынужден дорабатывать его, дополняя всеми необходимыми положениями. Правопреемство требует определенно-го согласования со стороны органов местного самоуправления соответствующих муниципальных образований (например, в части передачи имущества между муниципальными образованиями при переходе населенного пункта (поселения) в результате изменения границ), что может существенно затянуть, а в случае отсутствия принципиального согласия по вопросам изменения муниципального устройства – затруднить подготовку законопроекта. Представляется, что все вопросы, возникающие при изменении муниципального устройства, должны быть решены в проекте соответствующего закона субъекта РФ уже на стадии его внесения.

Конечно, закрепление таких требований к содержанию проекта закона о создании, упразднении, преобразовании муниципальных образований, изменении их границ, а также необходимость представления вместе с таким законопроектом документов, обосновывающих целесообразность изменений, существенно затрудняет выдвижение инициативы. Подготовить подобный пакет документов – сложная и длительная работа, требующая привлечения квалифицированных специалистов. Однако выдвижение и реализация инициативы, влекущей столь существенные изменения, и не должны быть легкими. Реформирование муниципального устройства должно быть вызвано именно необходимостью, которую можно обосновать и доказать. В противном случае затрата финансовых средств на подобное изменение ничем не оправдана.

Представляется, что для органов публичной власти подготовка полного пакета документов не составит серьезной проблемы. Наиболее уязвимым субъектом инициативы изменения муниципального устройства в этом плане является население. Закрепляя жесткие требования, не превратим ли мы инициативу населения в декларацию? Опасения такого рода вполне обоснованы. Для рядового обывателя подготовка социально-экономического прогноза развития муниципальных образований после их преобразования является непосильным делом. Представляется, что для инициативы, выдвигаемой населением, могут предъявляться более мягкие требования, нежели для инициативы, выдвигаемой органами публичной власти. Однако полностью исключить обоснование своего желания что-либо изменить в части территории или статуса муниципальных образований для этого субъекта нельзя. Жители должны понимать и поддерживать не только формальные последствия изменения в муниципальном устройстве, но также все социально-экономические изменения, связанные с ним.

Интересно сравнить правовое регулирование этой процедуры с регулированием процесса объединения субъектов РФ. Федеральный конституционный закон «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе

⁴ См., например: о преобразовании некоторых муниципальных образований Тамбовской области Закон Тамбовской области от 26 ноября 2008 г. № 459-З // Тамбовская жизнь. 2008. 27 нояб.; Об образовании нового муниципального образования Кукуштанское сельское поселение : Закон Пермского края от 7 июля 2008 г. № 272-ПК // Российская газета. 2008. 11 июля.

нового субъекта Российской Федерации»¹, определяя порядок выдвижения инициативы объединения субъектов РФ, предусматривает, что предложение объединения должно содержать предполагаемые наименование, статус и границы нового субъекта, а также прогноз социально-экономических и иных последствий, связанных с образованием в составе РФ нового субъекта (п. 2 ст. 10). Также должны быть представлены следующие предложения, обосновывающие инициативу (п. 2 ст. 10):

- о правопреемстве нового субъекта РФ в отношении собственности заинтересованных субъектов РФ;
- об изменении федерального бюджета в связи с образованием в составе РФ нового субъекта;
- о функционировании государственных органов и организаций заинтересованных субъектов РФ на территории нового субъекта РФ, а также о формировании органов государственной власти нового субъекта РФ;
- о действии законов и иных нормативных правовых актов заинтересованных субъектов РФ на территории нового субъекта РФ.

Иначе говоря, названный Федеральный конституционный закон требует от инициаторов обосновать свое предложение и представить Президенту РФ детальную программу предлагаемого объединения. А возможность лишь совместного обращения законодательной и исполнительной власти всех объединяемых субъектов РФ решает проблему достижения принципиального согласия до внесения законопроекта.

Представляется, что аналогичный подход должен быть использован и при регулировании выдвижения инициативы создания, упразднения, преобразования муниципальных образований, изменения их границ. В этих целях Федеральный закон можно дополнить отдельной статьей, регулирующей порядок выдвижения инициативы изменения муниципального устройства, а из статей, регулирующих изменение границ муниципальных образований, преобразование муниципальных образований, создание и упразднение поселений, повторяющиеся положения удалить. С другой стороны, подобная детализация в законе, который регулирует лишь общие принципы организации местного самоуправления, представляется излишней. Детальное регулирование порядка выдвижения законодательной инициативы по одному из вопросов, отнесенных к компетенции региональных органов власти, вторгается в правовое регулирование законодательного процесса субъекта РФ и выходит за рамки общих принципов. Как известно, к совместному ведению относится установление лишь общих принципов организации системы представительных органов субъекта РФ (п. «н» ч. 1 ст. 72, ч. 1 ст. 77 Конституции РФ). Поэтому детализация требований, предъявляемых к инициативе изменения муниципального устройства, должна осуществляться в законах субъектов РФ.

Вопрос о возможности регулирования рассматриваемых вопросов в региональном законодательстве поднимался в научной литературе², но ни в теории, ни в практике федеративных отношений он пока однозначно не решен. Правомерность регулирования в законах субъектов РФ порядка выдвижения инициативы изменения муниципального устройства при условии, что Федеральный закон на это прямо не указывает, остается под вопросом. Несмотря на такую неопределенность, в отдельных регионах закреплены законодательные требования к инициативе изменения муниципального устройства.

Нормы такого содержания встречаются в региональных законах, посвященных нормативным правовым актам и правотворческой деятельности. Так, согласно ч. 3–5 ст. 18 Закона Алтайского края «О правотворческой деятельности»³ к про-

¹ Федеральный конституционный закон от 17 декабря 2001 г. (ред. от 31 октября 2005 г.) // Российская газета. 2001. 20 дек.

² См.: Дементьев А.Н. Правовые гарантии учета мнения населения при изменении границ и преобразовании муниципальных образований в РФ // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 10. С. 12.

³ Закон Алтайского края от 9 ноября 2006 г. № 122-ЗС (ред. от 2 апреля 2010 г.) // Алтайская правда. 2006. 16 нояб.

екту закона Алтайского края по территориальной организации муниципальных образований должны прилагаться документы о результатах выяснения мнения населения, решения представительных органов муниципальных образований, описание границ муниципального образования (план границ, описание смежеств, геодезические данные) либо описание изменяемого участка границы муниципального образования с обозначением на плане границы до и после ее изменения, предложения об административных центрах вновь образуемых муниципальных образований.

В Санкт-Петербурге требования к инициативе изменения границ муниципальных образований закреплены в законе, регулирующем территориальное устройство. Согласно п. 2 ст. 26 Закона Санкт-Петербурга «О территориальном устройстве Санкт-Петербурга»¹ к проекту закона, предусматривающего изменение границ муниципальных образований или преобразование муниципальных образований, должны прилагаться обоснование границ муниципальных образований, описание предполагаемого изменения границ муниципальных образований с приложением схемы указанных изменений, координаты поворотных точек изменяемых границ муниципальных образований, а также документы, подтверждающие учет мнения населения при изменении границ муниципальных образований или преобразовании муниципальных образований.

Также некоторые субъекты РФ предприняли попытку закрепить требования к инициативе изменения муниципального устройства в законах, регулирующих образование по вопросам изменения границ, преобразования муниципальных образований². Однако такое регулирование нельзя признать удачным. В этих законах требования к инициативе изменения муниципального устройства могут быть регламентированы лишь косвенно и не слишком подробно.

Наконец в региональном законодательстве прописаны законы, специально посвященные вопросам порядка изменения муниципального устройства³. В каждом из этих законов уделено внимание документам, которые должны вноситься одновременно с законопроектом об изменении муниципального устройства. Не имея возможности в рамках данной статьи подробно рассмотреть содержание требований, предъявляемых в таких законах к инициативе изменения муниципального устройства, отметим лишь, что все они предусматривают необходимость вместе с законопроектом предоставлять документы, обосновывающие необходимость и целесообразность осуществления изменений, прогноз социально-экономического развития территорий и заключение органов исполнительной власти субъекта РФ.

Наконец, уникальное правовое регулирование существует в Курганской области. Требования к инициативе изменения муниципального устройства здесь закреплены в двух законах. В Законе Курганской области «О порядке реализации

³ Закон Санкт-Петербурга от 25 июля 2005 г. № 411-68 (ред. от 16 апреля 2010 г.) // Вестник ЗС Санкт-Петербурга. 2005. 21 нояб.

¹ См.: О местном референдуме в Республике Калмыкия : Закон Республики Калмыкия от 6 ноября 2001 г. № 137-П-З (ред. от 12 мая 2009 г.) (п. 5 ст. 51) // Известия Калмыкии. 2001. 20–21, 27 нояб.; о местном референдуме в Нижегородской области : Закон Нижегородской области от 30 декабря 2005 г. № 226-З (ред. от 4 декабря 2009 г.) (ч. 4 ст. 66) // Нижегородские новости. 2006. 1 февр.

² В настоящий момент такие законы действуют в четырех субъектах РФ. См.: О порядке реализации полномочий органов государственной власти Курганской области по установлению, изменению границ муниципальных образований Курганской области : Закон Курганской области от 30 марта 2004 г. № 397 (ред. от 30 ноября 2007 г.) // Новый мир. 2004. 2 апр.; О порядке наделения муниципальных образований статусом городского, сельского поселения, городского округа, муниципального района, преобразования муниципальных образований, упразднения поселений, установления и изменения границ муниципальных образований : Закон Оренбургской области от 30 июня 2004 г. № 1277/198-III-ОЗ (ред. от 2 марта 2010 г.) // Южный Урал. 2004. 16, 17 июля; О порядке рассмотрения вопросов преобразования муниципальных образований в Курской области и изменения границ муниципального образования : Закон Курской области от 21 декабря 2005 г. № 99-ЗКО (ред. от 30 марта 2010 г.) // Курская правда. 2005. 27 дек.; О порядке изменения границ и преобразования муниципальных образований : Закон Республики Адыгея от 16 ноября 2005 г. № 362 (ред. от 6 мая 2010 г.) // Советская Адыгея. 2005. 26 нояб.

полномочий органов государственной власти Курганской области по установлению, изменению границ муниципальных образований Курганской области» внимание уделяется подготовке и согласованию картографического описания границ муниципальных образований. Причем возлагается такая деятельность на Губернатора и Правительство Курганской области. А требования к документам, вносимым инициаторами территориальных изменений в Курганскую областную Думу, содержатся в Законе Курганской области «О нормативных правовых актах Курганской области»¹. Согласно п. 2¹ ст. 32 данного Закона в случае внесения такого законопроекта помимо стандартных материалов в Курганскую областную Думу должен быть представлен целый ряд документов, подтверждающих выявление мнения населения и целесообразность предлагаемых изменений. Правовое регулирование порядка выдвижения инициативы изменения муниципального устройства в этом субъекте РФ наиболее полно, но и оно требует совершенствования. Например, достаточно спорно предъявление требования выслушать мнение населения до выдвижения инициативы изменения муниципального устройства, поскольку Федеральный закон не возлагает эту обязанность на инициатора. Кроме того, отдельной регламентации требует перечень документов, необходимых для выдвижения инициативы населением.

Как показал проведенный анализ, в подавляющем большинстве регионов России правовому регулированию инициативы изменения муниципального устройства не уделяется сколько-нибудь серьезного внимания. Не решен вопрос о соотношении инициативы создания, упразднения, преобразования муниципальных образований, изменения их границ и инициативы выявления мнения населения по этому вопросу. Представляется, что региональному законодателю следует либо более детально регулировать данные вопросы в законе о правотворческой деятельности, либо принять отдельный закон, посвященный порядку рассмотрения вопросов о создании, упразднении, преобразовании муниципальных образований, изменении их границ.

ПОНЯТИЕ ПРИГРАНИЧНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА КАК ЭЛЕМЕНТА МОДЕРНИЗАЦИИ ОТРАСЛИ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА

Семакина Юлия Александровна

Термин «приграничное сотрудничество» используется в ряде нормативно-правовых актов и документов как международного, так и внутригосударственного характера. Между тем исчерпывающее легальное определение термина «приграничное сотрудничество» отсутствует.

Исключение могла бы составить дефиниция, содержащаяся в ст. 2 Европейской рамочной конвенции о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей².

Однако говорить об ее исчерпывающем характере в целях правового регулирования приграничного сотрудничества в Российской Федерации преждевременно в связи с тем, что Европейская рамочная конвенция достаточным средством такого правового регулирования на сегодняшний день не является. Эта конвенция содержит лишь общие положения о приграничном сотрудничестве, а конкретные способы и механизмы реализации приграничного сотрудничества должны содержаться в нормативных правовых актах внутригосударственного права. Схожей

³ Закон Курганской области от 8 октября 2004 г. № 444 (ред. от 4 мая 2010 г.) // Новый мир. 2004. 23 окт.

¹ См.: Европейская рамочная конвенция о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей // СЗ РФ. 2003. 4 авг. № 31. Ст. 3103.

позиции по вопросу необходимости появления дополнительных правовых инструментов правового регулирования приграничного сотрудничества в РФ придерживаются, в частности, Л.А. Быкова¹, Е.В. Гриценко², В.А. Макаров³, а также авторы проекта Федерального закона «Об основах приграничного сотрудничества в РФ»⁴.

Вместе с тем федеральным законодательством РФ приграничное сотрудничество не урегулировано. Исключением является Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. №164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»⁵, в ст. 41 которого содержится определение приграничной торговли и предусматривается, что порядок ее осуществления устанавливается Правительством Российской Федерации. Однако такой порядок до сих пор не установлен.

В настоящее время приграничное сотрудничество в Российской Федерации осуществляется на основе общих законодательных норм, регламентирующих международную и внешнеэкономическую деятельность субъектов Федерации, которые не учитывают всего спектра и специфики приграничных связей. Это, прежде всего, Федеральный закон от 4 января 1999 г. № 4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» и некоторые другие, создающие для регионов общие «правила игры»⁶.

В связи с отсутствием правового регулирования приграничного сотрудничества необходимо отметить имеющуюся Концепцию приграничного сотрудничества в РФ⁷, а также Проект Федерального закона № 351626-5 «Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ в первом чтении 30.06.2010)⁸.

Итак, базовым документом, регулирующим приграничное сотрудничество в большинстве государств – членов Совета Европы, в том числе в России, является Европейская рамочная конвенция о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей.

В соответствии с п. 1 ст. 2 данной Конвенции *под приграничным сотрудничеством понимаются любые согласованные действия, направленные на укрепление и поощрение добрососедских отношений между территориальными сообществами или властями, находящимися под юрисдикцией двух или более Договаривающихся Сторон, и заключение любых соглашений и договоренностей, необходимых для достижения этих целей.* Приграничное сотрудничество осуществляется в рамках полномочий территориальных сообществ или властей, определяемых внутренним правом каждой из сторон.

Исходя из указанного определения приграничное сотрудничество характеризуется следующими признаками:

- 1) приграничное сотрудничество представляет собой механизм взаимодействия территориальных сообществ или властей, находящихся под юрисдикцией двух или более договаривающихся сторон;
- 2) целью приграничного сотрудничества является укрепление и поощрение добрососедских отношений между территориальными сообществами или властями;

² Быкова Л.А. Муниципальные образования как субъекты приграничного сотрудничества // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2009. № 1.

³ Гриценко Е.В. Каковы формы межмуниципального сотрудничества? // Консультационная служба: <http://www.federalism.ru/modules.php?name=News&file=article&sid=40&menu=31>.

⁴ Макаров В.А. Перспективы приграничного сотрудничества России и Китая. Региональный аспект // Международное публичное и частное право. 2005. № 5.

⁵ См.: Пояснительная записка "К проекту Федерального закона "Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации" // СПС «КонсультантПлюс»

⁶ Федеральный закон от 8 декабря 2003 года №164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» // СЗ РФ. 2003. 15 дек. № 50. Ст. 4850.

⁷ См.: Пояснительная записка «К проекту № 66064-5 Федерального закона "О приграничном сотрудничестве" // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Концепция приграничного сотрудничества в Российской Федерации : утв. распоряжением Правительства РФ от 9 февраля 2001 г. № 196-р // СЗ РФ. 2001. № 8. Ст. 764.

⁸ Проект Федерального закона № 351626-5 «Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации»// СПС «КонсультантПлюс».

3) приграничное сотрудничество осуществляется в различных формах, в т. ч. в форме соглашений и договоров.

Также возможно выделение четвертого признака, вытекающего из указания в ст. 2 Конвенции на осуществление приграничного сотрудничества в рамках полномочий территориальных сообществ или властей, а именно *признака самостоятельности субъектов приграничного сотрудничества при вступлении в партнерские отношения*. Вместе с тем признак самостоятельности ограничивается указанием на отсутствие дискреционных полномочий публично-правовых образований, возможность осуществления ими деятельности лишь в рамках, определяемых внутренним правом полномочий.

Однако в связи с недостаточностью правового регулирования приграничного сотрудничества внутренним российским правом приграничное сотрудничество в РФ не отвечает всем указанным в Европейской рамочной конвенции признакам, что выражается в следующем.

Концепция приграничного сотрудничества в РФ понимает под приграничным сотрудничеством в Российской Федерации *согласованные действия федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления*, направленные на укрепление взаимодействия Российской Федерации и сопредельных государств в решении вопросов устойчивого развития *приграничных территорий Российской Федерации и сопредельных государств*, повышения благосостояния населения приграничных территорий Российской Федерации и сопредельных государств, укрепления дружбы и добрососедства с этими государствами.

Из данного определения ясно, что российское приграничное сотрудничество не может отвечать сразу всем трем указанным в Конвенции № 106 признакам.

Во-первых, по признаку ограничения субъектов приграничного сотрудничества только территориальными сообществами или властями ввиду расширения субъектного состава российского приграничного сотрудничества федеральными органами исполнительной власти (государством).

Во-вторых, цели укрепления и поощрения добрососедских отношений между территориальными сообществами или властями в связи с направленностью приграничного сотрудничества в РФ на укрепление взаимодействия Российской Федерации и сопредельных государств в целом.

В-третьих, самостоятельности территориальных сообществ или властей при вступлении в партнерские отношения в связи с появлением дополнительного (государственного) уровня регулирования данных отношений.

Вместе с тем наличие в российской Концепции указанного выше понятия приграничного сотрудничества лишь отражает сложившуюся в российском праве реальность: муниципальные образования не обладают возможностью самостоятельного участия в зарубежном сотрудничестве. Отражение в законодательстве о приграничном сотрудничестве права участия российских муниципалитетов в самостоятельных внешних связях было бы декларативным. Внешние связи муниципальных образований рассматриваются в рамках внешних связей государства.

В соответствии с пп. 8 п. 1 ст. 17 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в целях решения вопросов местного значения *органы местного самоуправления поселений, муниципальных районов и городских округов обладают полномочиями на осуществление международных и внешнеэкономических связей в соответствии с федеральными законами* (данные полномочия органы местного самоуправления осуществляют не от собственного имени, а от имени муниципального образования).

В то же время федеральное законодательное регулирование международных и внешнеэкономических связей органов местного самоуправления отсутствует в Российской Федерации, формы взаимодействия российских муниципальных образований и их органов во внешней сфере не выходят за пределы заключения органами местного самоуправления гражданско-правовых договоров¹.

¹ См. об этом: Гриценко Е.В. Приграничное сотрудничество муниципальных образований в системе межгосударственных и межмуниципальных связей: значение немецкого и евро-

Выделенный выше признак самостоятельности предполагает плюрализм способов не только внутренней самоорганизации местного самоуправления, но и деятельности муниципальных образований вовне, в том числе осуществления взаимодействия с иными муниципальными образованиями.

Кроме того, положения Концепции косвенно вступают в противоречие с п. 2 и 3 ст. 10 Европейской хартии местного самоуправления 1985 г., которыми установлено, что органы местного самоуправления имеют право вступать в международную ассоциацию и могут сотрудничать с органами местного самоуправления других государств на условиях, устанавливаемых законом. Очевидно, что подобное сотрудничество не может развиваться только в рамках внешнеэкономической деятельности¹.

Таким образом, под приграничным сотрудничеством подразумевают гораздо более широкую сферу деятельности, чем деятельность внешнеэкономическую.

Представляется, что несоответствие приграничного сотрудничества в Российской Федерации признакам, установленным в базовых европейских документах, вызвано в первую очередь неразвитостью и недостаточным правовым регулированием не только приграничного сотрудничества, являющегося формой межмуниципального сотрудничества, но недостаточным и даже усеченным правовым регулированием межмуниципального сотрудничества в Российской Федерации в целом.

Стоит надеяться, что вопрос признания за муниципальными образованиями на законодательном уровне организационной самостоятельности при участии в приграничном сотрудничестве может быть частично снят с принятием Федерального закона «Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации».

Вместе с тем в новом законопроекте отражена очень осторожная позиция авторов проекта при разработке легального определения приграничного сотрудничества – они не отказываются от широкого понимания приграничного сотрудничества как части международных отношений Российской Федерации в целом. При этом, формулируя понятие «приграничное сотрудничество», авторы законопроекта указывают на наличие у муниципальных образований международных и внешнеэкономических связей. Однако делают это при помощи соединительного союза «и», избегая прямого использования словосочетания «международные связи муниципальных образований».

Более того, как следует из пояснительной записки «К проекту Федерального закона «Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации», принятие Федерального закона «Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации» не потребует признания утратившими силу, отмены, приостановления, изменения или принятия иных актов федерального законодательства.

Следовательно, принятие специального нормативно-правового акта о приграничном сотрудничестве не повлечет фундаментальных изменений в правовом регулировании межмуниципального сотрудничества, что, как указывалось выше, является залогом успешного развития приграничных кооперационных связей.

Оставляя в стороне вопрос о легальном определении понятия «приграничное сотрудничество», отметим, что на сегодняшний день также отсутствует и единое или признанное хотя бы большинством исследователей доктринальное определение понятия «приграничное сотрудничество».

При этом необходимо отметить, что понятие «приграничное сотрудничество» активно разрабатывалось не столько в рамках правовой науки, сколько в политологии, экономике и социологии. Категория «приграничное сотрудничество» юридической наукой практически не изучалась. В науке отсутствуют фундаментальные труды, посвященные изучению феномена приграничного сотрудничества

пейского опыта для российской теории и практики // Академический юридический журнал. 2003. № 3. С. 21.

¹ См.: Болотов Д.А. Проблемы и перспективы институционального развития межтерриториального сотрудничества в Российской Федерации // Роль образовательных и исследовательских организаций в приграничном сотрудничестве. Минск : Тесей, 2008. С. 13.

и его правовой природы. Немногочисленные работы ученых-юристов в области исследования приграничного сотрудничества по существу сводятся к изучению отдельных вопросов правового регулирования отношений, возникающих в области приграничного сотрудничества, а также к исследованию практики деятельности так называемых «еврорегионов» на территории РФ.

Исследования межмуниципального – международного сотрудничества как фактора регионального развития на уровне органов государственной власти, местного самоуправления встречаются крайне редко. При этом важно отметить то, что такие работы все чаще появляются именно в приграничных субъектах РФ¹.

В связи с этим П.Е. Доронина отмечает: «Собственно любая из существующих дефиниций приграничного сотрудничества потому и отличается значительной долей неконкретности и несет в основном политологическую, а не правовую нагрузку именно вследствие достаточно обширного перечня форм межрегиональных взаимодействий, относимых к данному виду сотрудничества, большинство из которых как раз и являются «неформальными»².

Однако несмотря на очевидную зависимость определений приграничного сотрудничества, предлагаемых политологами, экономистами и социологами, от области научных исследований их авторов, такие определения позволяют выявить специфические особенности феномена приграничного сотрудничества. Выявленные признаки приграничного сотрудничества позволят сформулировать понятие исследуемого феномена.

Итак, большинство ученых указывают на многоуровневую или многосоставную содержательную структуру приграничного сотрудничества. При этом выделяют уровень сотрудничества между органами власти и уровень негосударственного сотрудничества с участием непубличных хозяйствующих субъектов³. Иногда в структуру связей сотрудничества включаются также связи иного вида (например, взаимодействие регионов с иностранными правительствами, трансграничными структурами и наднациональными органами в рамках трансграничного регионализма⁴). Таким образом, приграничное сотрудничество определяется через взаимодействие, в том числе хозяйствующих субъектов – физических и юридических лиц. Однако с подходом к приграничным связям как к связям, в том числе с участием хозяйствующих субъектов, нельзя согласиться по следующим причинам.

Во-первых, хозяйствующие субъекты не всегда выступают участниками приграничного сотрудничества, их участие не является обязательным условием наличия приграничных связей (в отличие от обязательности такого требования в отношении публично-правовых образований и их органов).

Во-вторых, отношения, возникающие в связи с появлением в рамках приграничного сотрудничества гражданско-правовых связей между хозяйственными обществами в пределах территории приграничного сотрудничества (при условии, например, особого льготного режима территории приграничья) или связей между хозяйственными обществами и публично-правовыми образованиями (например, в рамках заключения государственных и муниципальных заказов) не обладают спецификой, позволяющей отделить такие отношения от обычных отношений, возникающих в рамках гражданского оборота. В указанных случаях та-

¹ См.: Проблемы и перспективы развития транзитных территорий. Петрозаводск: КГПУ, 2003; Прозрачные границы: Безопасность и международное сотрудничество в поясе новых границ России / под ред. Л.Б. Вардомского и С.В. Годунова. М., 2002; Межевич Н.М. Региональная экономическая политика Российской Федерации: Влияние трансграничного сотрудничества на традиционные и новые механизмы реализации. СПб. : СПбГУ, 2002.

² Доронина П.Е. Правовое регулирование приграничного сотрудничества в Российской Федерации (на примере сотрудничества в рамках Баренцева/Евро-Арктического региона) : дис. ... канд. юрид. наук. Архангельск, 2005. С. 66–67.

³ См., например.: Бреславская Т.С. Межгосударственные миграционные процессы на современном этапе развития общества (на материалах Республики Бурятия и Монголии) : автореф. дис. ... канд. соц. наук. Улан-Удэ, 2009. С. 15.

⁴ См. об этом: Ирхин Л. А. Стратегические направления развития приграничного сотрудничества регионов России в условиях глобализации : автореф. дис. ... канд. экон. наук. Ростов н/Д, 2008. С. 8.

кие отношения (хотя формально и возникшие в связи с появлением территории приграничного сотрудничества) будут регулироваться исключительно нормами гражданского законодательства.

Законодательство же по приграничному сотрудничеству может определять лишь рамки и направления этих связей, основы для создания таких хозяйственных отношений. Отсутствует и какая-либо специфика таможенных и налоговых отношений, которые могут возникнуть при создании льготных налоговых, таможенных, визовых режимов, режимов прохождения через государственную границу. Более того, граждане и юридические лица будут, скорее, являться объектами, а не субъектами приграничного сотрудничества.

В Европейской рамочной конвенции верно определены в качестве субъектов приграничного сотрудничества лишь публично-правовые образования. Включению в состав субъектов подлежат лишь те лица, на права, обязанности и полномочия которых могут повлиять нормы, регулирующие приграничное сотрудничество. На права же, обязанности и полномочия хозяйствующих субъектов нормы приграничного сотрудничества не влияют. Следовательно, приграничное сотрудничество создает только организационные предпосылки для деятельности граждан и юридических лиц, способствует их взаимодействию. Непосредственное же участие населения в приграничном сотрудничестве осуществляется на основании гражданско-правовых договоров, которые могут заключаться, в том числе и во исполнение соглашений о приграничном сотрудничестве.

Таким же образом решается вопрос статуса юридических и физических лиц в отношениях, возникающих в рамках приграничного сотрудничества, и в проекте Федерального закона «Об основах приграничного сотрудничества в Российской Федерации». Например, понятие «приграничное сотрудничество» по концепции законопроекта не охватывает деятельность граждан и юридических лиц (населения).

В качестве следующего признака приграничного сотрудничества исследователями рассматривается наличие или отсутствие необходимости прилегания к государственной границе административно-территориальных единиц – субъектов сотрудничества.

Так, П.Е. Доронина, руководствуясь положениями международных правовых актов, утверждает, что основной несущей конструкцией определения приграничного сотрудничества выступает фактор наличия общей границы регионов-участников¹. При этом Д.А. Болотов, также исходя из положений Европейской рамочной конвенции, указывает, что приграничным сотрудничеством является как раз сотрудничество, непосредственно не связанное с примыканием субъектов сотрудничества к государственной границе².

Анализ случаев использования в литературе критерия примыкания субъектов сотрудничества к границе для выявления понятия приграничного сотрудничества демонстрирует его ненадежность.

Как понятно из приведенных утверждений, на основе одних и тех же положений закона и аргументов делаются противоположные выводы.

Неопределенность критерия для выделения понятия «приграничное сотрудничество» проявляется и при обсуждении вопроса о природе самого термина «приграничное» сотрудничество. Ряд ученых дискутирует относительно обоснованности использования понятия «приграничное» сотрудничество, а не, например, «трансграничное», «кросснациональное» и т. д.³ Между тем для целей правового исследования подобные дискуссии представляются умозрительными. Использование в настоящем исследовании исключительно термина «приграничное сотрудничество» предопределено наименованием данного явления в нормативно-правовых актах.

¹ Доронина П.Е. Указ. соч. С. 67.

² См.: Болотов Д.А. Указ. соч. С. 12.

³ См., например: Насыров И.Р. Регионы в международном сотрудничестве: роль политических и правовых институтов (сравнительный анализ) : автореф. дис. ... докт. полит. наук. Казань, 2009.

Следующим способом выявления понятия приграничного сотрудничества, по мнению Н.М. Межевича, может быть обращение к европейскому опыту и определение приграничного сотрудничества при помощи конкретных примеров взаимодействия. Например, основываясь на списке распространенных в Европе областей приграничного сотрудничества (например, таких как обеспечение питьевой водой и сотрудничество пожарных бригад), профессор Межевич определяет приграничное сотрудничество как взаимодействие, не выходящее за рамки сотрудничества на уровне органов местного самоуправления или объединений органов местного самоуправления¹.

Данную дефиницию в принципе можно было бы принять, если бы не одно обстоятельство: автор прибегает к методу перечисления сфер возможного действия приграничного сотрудничества, а такой подход всегда рискует оказаться неадекватным (сферы непрерывно изменяются), а потому – неточным.

К тому же Н.М. Межевич относит к приграничному сотрудничеству взаимодействие исключительно местных сообществ, искусственно умаляя роль в таком взаимодействии федерации и субъектов, неизбежно осуществляющих регулирование вопросов приграничного сотрудничества.

Более правильным и адекватным представляется другой путь формулирования определения – через перечисление сущностных признаков².

Выше нами был выявлен ряд признаков приграничного сотрудничества, отличающих данный вид взаимодействия.

На основании изложенного необходимо закрепление следующих признаков российского приграничного сотрудничества муниципальных образований в формирующемся правовом поле:

1) приграничное сотрудничество представляет собой механизм взаимодействия муниципальных образований, находящихся по обе стороны государственной границы, в рамках предоставляемых им национальным правом полномочий;

2) целью приграничного сотрудничества является решение вопросов местного значения;

3) приграничное сотрудничество осуществляется в различных формах, в том числе в форме соглашений и договоренностей;

4) в рамках межмуниципального сотрудничества возможно учреждение приграничных организаций при сохранении у муниципальных образований самостоятельного статуса;

5) деятельность субъектов приграничного сотрудничества не ограничивается рамками внешнеэкономической деятельности;

6) возникающие в процессе приграничного сотрудничества связи субъектов сотрудничества с хозяйствующими субъектами не являются частью приграничного сотрудничества.

Таким образом, *приграничное сотрудничество муниципальных образований можно определить как взаимодействие муниципальных образований, находящихся по обе стороны государственной границы, в рамках предоставляемых им национальным правом полномочий с целью решения вопросов местного значения, осуществляемое в различных формах, в том числе с учреждением приграничных организаций при сохранении у муниципальных образований самостоятельного статуса.*

Учитывая ограниченный характер правового регулирования приграничного сотрудничества российским правом, закрепление понятия приграничного сотрудничества, его принципов и направлений во внутригосударственном праве может выступить в качестве элемента модернизации отрасли муниципального права.

⁴ См. об этом: Межевич Н.М. Региональная экономическая политика в Российской Федерации (Влияние трансграничного сотрудничества на традиционные и новые механизмы реализации) : дис. ... д-ра экон. наук. СПб., 2003. С. 32 –33.

¹ См.: Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика : учебник для юридических вузов. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2004. С. 30, 32, 34.

МОДЕРНИЗАЦИЯ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА: НА ПРИМЕРЕ РАЗВИТИЯ НАУЧНЫХ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О СТРУКТУРЕ МУНИЦИПАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Сергеев Дмитрий Борисович

Муниципальное образование – это один из сравнительно малоисследованных институтов российского муниципального права, (см. российские правовые акты в 1993–1995 гг.¹). Научных исследований, в которых изучается структура муниципального образования, очень мало, и большинство из них появились в 2009–2010 гг. Данный вопрос был проанализирован в статьях И.В. Бабичева², А.В. Москалева и Л.И. Бусыгина³, а также в монографии О.И. Баженовой⁴.

И.В. Бабичев описывает муниципальное образование как сложносоставную юридическую конструкцию, публично-правовую систему, состоящую из двух элементов: субъектов местного самоуправления (территориальный публичный коллектив, состоящий в свою очередь из граждан и местных сообществ; органы местного самоуправления; организации территориального общественного самоуправления) и объектов местного самоуправления (территория; поселкообразующий (градообразующий) инфраструктурный комплекс, находящийся в муниципальной собственности; средства местного бюджета; имущественные права муниципального образования; набор вопросов местного значения; власть). Этот учёный выделяет основные объекты местного самоуправления, например, населённый пункт в установленных территориальных границах с поселкообразующим (градообразующим) инфраструктурным комплексом, и основной субъект местного самоуправления (территориальный публичный коллектив)⁵.

А.В. Москалев и Л.И. Бусыгин рассматривают муниципальное образование как объединение граждан городского округа, муниципального района, городского, сельского поселения, территорий городов федерального значения, имеющее свою территорию, устав, бюджет, муниципальную собственность, выборные органы и свою собственную компетенцию. Эти учёные считают муниципальное образование не столько территориальным, сколько организационным институтом, который приобретает качества организационной основы местного самоуправления, поскольку в его рамках функционирует вся система самоуправления местного сообщества: непосредственное самоуправление населения, территориальное самоуправление граждан и самоуправление через органы и должностных лиц муниципальных образований. Эти исследователи также признают существование и другой интерпретации, совпадающей с муниципальным образованием, – это то, что в обыденном понимании, как и всякая организованная данность, муниципальное образование имеет свою внутреннюю структуру, которая включает

¹ См. п. 11 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 декабря 1993 г. № 32 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий» (Постановления Высшего Арбитражного Суда РФ (1992–2005 гг.). М., 2005. С. 21–28); п. 4.4 Указа Президента РФ от 22 июля 1994 г. № 1535 «Об основных положениях государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации после 1 июля 1994 года» (СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1478); п. 1 ст. 215 ГК РФ (часть первая от 30 ноября 1994 г. // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301/); п. 1 ст. 1 Федерального закона от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ) / (СЗ РФ. 1995. № 35. Ст. 3506).

² Бабичев И.В. Территории местного самоуправления и их юридические конструкции // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 10. С. 23–33.

³ Москалев А.В., Бусыгин Л.И. Институциональный статус муниципального образования (организационно-правовые аспекты) // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2010. № 1. С. 4–6.

⁴ Баженова О.И. Муниципальное образование как субъект права. М., 2010. С. 176–204.

⁵ Бабичев И.В. Указ. соч. С. 23–24.

в себя представительный орган, исполнительный орган, должностных лиц местного самоуправления и муниципальную службу¹.

С точки зрения О.И. Баженовой, организационное устройство муниципального образования, направленное на формирование у него волеиспособности, является элементом юридической конструкции муниципальной собственности. Она выделяет органы местного самоуправления в качестве центрального элемента организационного устройства муниципального образования и обращает внимание на территориальное общественное самоуправление как на особый элемент организационного устройства муниципального образования, рассматривая в рамках организационного устройства муниципального образования и все другие формы, посредством которых осуществляется местное самоуправление².

Эти попытки сформулировать понятие организационного устройства, структуры муниципального образования и описать входящие в него элементы вряд ли можно признать полностью успешными. Безусловно, можно согласиться с тем, что в структуру муниципального образования входят органы местного самоуправления, так как об этом говорят сами названия органов: «глава муниципального образования», «представительный орган муниципального образования». Но другие вопросы – это широкое поле для дискуссий.

На первый взгляд, есть основания включить в конструкцию муниципального образования определенные элементы – это граждане; местные сообщества; органы местного самоуправления; организации территориального общественного самоуправления; территория; поселкообразующий (градообразующий) инфраструктурный комплекс, находящийся в муниципальной собственности; средства местного бюджета; имущественные права муниципального образования; набор вопросов местного значения; власть. Однако взаимосвязи между ними могут быть раскрыты только в рамках юридического института муниципального образования, состоящего из объединенных правовых норм. Вряд ли можно говорить о муниципальном образовании как о конструкции, состоящей из элементов, просто перечисляя их, поскольку часть из них является основой института муниципального образования, его базисом, например, местное общество, другие – основными, обязательными признаками муниципального образования, без которых оно не может функционировать, например, муниципальная собственность или местный бюджет, третьи – это факультативные, необязательные элементы, которые могут не существовать на территории муниципального образования, например, структуры территориального общественного самоуправления.

Анализируя вопрос о включении в организационную систему муниципального образования форм народовластия, с помощью которых осуществляется местное самоуправление на соответствующей территории, необходимо отметить, что в данном случае важнейшим является вопрос о волеобразовании. Нельзя согласиться с тем, что во время непосредственного осуществления гражданами их права на местное самоуправление (например, на местном референдуме) и при функционировании органов местного самоуправления формулируется единая воля муниципального образования. Она формируется в рамках функционирования системы органов местного самоуправления соответствующего муниципального образования. Первоначально у каждого органа местного самоуправления есть возможность проявить собственную волю, но в рамках функционирования этой системы создается единая воля муниципального образования. Например, представительный орган муниципального образования может принимать правовые акты в пределах своей компетенции, а глава муниципального образования имеет аналог права «вето» на эти акты. Наличие единой воли у муниципального образования позволяет ему выступать в качестве субъекта права, в частности – субъекта права муниципальной собственности.

¹ Москалев А.В., Бусыгин Л.И. Указ. соч. С. 5.

² Баженова О.И. Указ. соч. С. 176–204.

Воля муниципального образования не будет волей местного сообщества, но должна совпадать с ней. Непосредственные формы осуществления гражданами местного самоуправления, за исключением некоторых случаев, не являются элементами организационного устройства или структуры муниципального образования, а служат средствами, обеспечивающими отсутствие противоречия между этими волями. Когда граждане принимают решение на местном референдуме, они принимают решение не муниципального образования, а своё собственное, которое обязательно для всех органов местного самоуправления соответствующего муниципального образования.

Вряд ли можно согласиться с идеей о включении в организационное устройство муниципального образования структуры территориального общественного самоуправления. Как отмечает Ю.В. Абагаева, в настоящий момент сложились три подхода к пониманию природы территориального общественного самоуправления, которое обладает общественной природой (А.Н. Белоусов, Л.Д. Морозова, С.А. Солдатов, В.Н. Федотов и др.), является организационной формой местного самоуправления (В.Н. Бондарь и др.), не обладает ни общественной, ни властной природой (О.Л. Савранская, Г.Г. Маркарян), обладает двойственной природой, сочетающей в себе элементы муниципального (публичного) управления и общественного (гражданского) самоуправления граждан (Е.В. Холодная)¹. Безусловно, в правовой природе территориального общественного самоуправления можно выделить элементы общественного (гражданского) самоуправления, поскольку структуры территориального общественного самоуправления создаются не в обязательном порядке, как муниципальные образования, а по инициативе граждан и если эти структуры будут зарегистрированы как юридические лица, то подлежат регистрации как некоммерческие организации (ст. 27 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ). Поэтому трудно согласиться с идеей, что юридическое лицо, созданное в организационно-правовой форме некоммерческой организации, имеющее в своей природе элементы общественного (гражданского) самоуправления, может быть частью организационного устройства, структуры муниципального образования, природа которого является исключительно муниципальной, властной, публичной.

Необходимо отметить, что структуры территориального общественного самоуправления, создаваемые гражданами, как сказано в п. 1 ст. 27 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ, для самостоятельного и под свою ответственность осуществления собственных инициатив по вопросам местного значения, учреждаются в связи с недовольством тем, как действуют органы местного самоуправления. Поэтому можно сделать вывод, что муниципальное образование и структуры территориального общественного самоуправления обладают разными волями. Нельзя согласиться с О.И. Баженовой, что в организационное устройство муниципального образования, направленное на формирование у него волеспособности, можно включить территориальное общественное самоуправление. Структуры территориального общественного самоуправления не могут напрямую, императивно повлиять на формирование воли муниципального образования.

Разные подходы к организационному устройству, структуре муниципального образования, отнесение к его элементам форм осуществления местного самоуправления приводят к логическим противоречиям. Только органы местного самоуправления и те формы непосредственной муниципальной демократии, которые исполняют функции органов местного самоуправления, могут быть элементами организационного устройства, структуры муниципального образования.

¹ Абагаева Ю.В. Правовая природа территориального общественного самоуправления // Вестник Бурятского университета. Вып. 2. Экономика. Право. Улан-Уде, 2009. С. 145–147.

РАЗВИТИЕ КОНЦЕПЦИИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА: ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРЕЗУМПЦИИ КОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Старовойтова Екатерина Игоревна

Конституционное развитие любого государства предполагает установление и поддержание соответствия нормативных правовых актов акту, имеющему наивысшую юридическую силу, т. е. Конституции. При этом имеется в виду, что само такое соответствие обеспечивается не достижением формального сходства либо даже буквальным воспроизведением в правовом акте соответствующих конституционных принципов, норм и положений, а их сущностным соответствием, отсутствием содержательных и логических противоречий и расхождений в смысловой структуре. При этом нормы законодательных и иных правовых актов могут быть бесконечно разнообразными, охватывать своим регулирующим воздействием самый широкий круг отношений, принадлежать к различным отраслям и институтам правовой системы¹.

Вследствие этого особое значение приобретает закрепление презумпции конституционности нормативных правовых актов, которая предполагает соответствие нормативных правовых актов Конституции, пока не доказано обратное.

Презумпция конституционности нормативного правового акта не получила непосредственного закрепления в федеральном законодательстве. Она получила частное закрепление в ряде законов в зависимости от того, акт какого органа признается судом неконституционным. Так, презумпция конституционности федерального закона, нормативного акта Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, конституций (уставов), законов и иных нормативных актов субъектов Федерации косвенно закрепляется в ст. 125 Конституции Российской Федерации и ст. ст. 86, 87 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»². О закреплении презумпции конституционности на уровне законодательства субъектов Российской Федерации также можно говорить, учитывая, что ряд субъектов Российской Федерации приняли законы, регулирующие учреждение и правовой статус конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, которые наделены полномочиями по разрешению дел о соответствии конституции (уставу) субъекта Российской Федерации нормативных правовых актов субъекта Российской Федерации и нормативных правовых актов муниципальных образований субъекта Российской Федерации³.

Кроме того, презумпция конституционности выведена путем толкования Конституции Российской Федерации судьями Конституционного Суда Российской Федерации. Так, судья Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиев ссылается на презумпцию конституционности нормативных актов в своем особом мнении по делу о толковании ст. ст. 103 (ч. 3), 105 (ч. 2 и 5), 107 (ч. 3), 108 (ч. 2),

¹ См.: Малюшин А.А. Конституционность, ее выявление и реализация // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 17. С. 6.

² О Конституционном Суде Российской Федерации : Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

³ См.: О Конституционном суде Республики Адыгея : Закон Республики Адыгея от 17 июня 1996 года № 11 // Ведомости ГС – Хасэ Республики Адыгея. 1996. № 6; о Конституционном суде Республики Башкортостан : Закон Республики Башкортостан от 27 октября 1992 года № ВС-13/7 // Ведомости Государственного Собрания – Курултая, Президента и Правительства Республики Башкортостан. 2004. № 3(177). Ст. 91; о Конституционном суде Республики Бурятия : Закон Республики Бурятия от 25 октября 1994 года № 42-1 // Ведомости Народного Хурала Республики Бурятия. 1995. № 2; о Конституционном суде Республики Дагестан : Закон Республики Дагестан от 7 мая 1996 года № 5 // СЗ Республики Дагестан. 1996. № 5. Ст. 219; о Конституционном суде Кабардино-Балкарской Республики : Закон Кабардино-Балкарской Республики от 12 декабря 1997 года № 38-РЗ // Кабардино-Балкарская правда. 1997. № 246; и др.

117 (ч. 3) и 135 (ч. 2) Конституции Российской Федерации¹. О данной презумпции также упоминали судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрук² и Б.С. Эбзеев³.

Поскольку данная правовая презумпция выведена посредством толкования, то многие авторы относят ее к числу косвенно закрепленных в нормах права⁴. Вместе с тем эта правовая презумпция получила прямое закрепление на региональном уровне. Так, конституционным законом Республики Саха (Якутия) от 15 июня 2002 г. № 16-з № 363-П «О Конституционном суде Республики Саха (Якутия) и конституционном судопроизводстве»⁵ закреплена ст. 45, имеющая наименование «Презумпция конституционности нормативных актов и договоров». Применяя данную статью при рассмотрении вопросов о соответствии нормативных актов, договоров Конституции (Основному закону) Республики Саха (Якутия), Конституционный суд Республики Саха (Якутия) исходит из презумпции их конституционности. Нормативный правовой акт или договор считается конституционным, до тех пор пока его неконституционность не будет установлена итоговым решением в процессе конституционного судопроизводства.

Таким образом, на уровне отдельно взятого субъекта Российской Федерации данная презумпция имеет прямое закрепление. Вместе с тем в законодательстве некоторых зарубежных стран она прямо закреплена в актах, действующих на территории всего государства. Например, Кодекс конституционной юрисдикции Республики Молдова содержит ст. 7, которая называется «Презумпция конституционности нормативных актов». В соответствии с данной статьей «... Любой нормативный акт, а также международный договор, одной из сторон которого является Республика Молдова, считается конституционным, до тех пор пока его неконституционность не будет доказана в процессе конституционного судопроизводства с обеспечением всех предусмотренных настоящим кодексом гарантий»⁶. Закон Республики Беларусь «О Конституционном Суде Республики Беларусь» в п. 2 ст. 2-1 «Законность» устанавливается, что при рассмотрении вопросов о соответствии нормативных актов Конституции Республики Беларусь Конституционный Суд исходит из презумпции их конституционности⁷.

Закрепление данной презумпции в указанных зарубежных законодательных актах снимает многие вопросы относительно правового положения и характеристики этой презумпции, которые могли бы возникнуть вследствие нормативного закрепления. Прямое закрепление данной презумпции в отечественном законодательстве позволило бы не только окончательно определиться с ее правовым содержанием и назначением, но и унифицировать использование такой презумпции Конституционным Судом Российской Федерации⁸. Так, отсутствие норма-

¹ Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 апреля 1995 года № 2-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1995. № 2-3.

⁵ Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрука : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 декабря 1998 года № 28-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1999. № 2; Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрука : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 1 февраля 1996 года № 3-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1996. № 1.

³ Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Б.С. Эбзеева : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 декабря 1997 года № 19-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 1.

⁴ Кузнецова О.А. Презумпции в российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 77; Тамазян Т.Г. Презумпции в страховом праве : дис. ... канд. юрид. М., 2004. С. 49; Каранина Н.С. Правовые презумпции в теории права и российском законодательстве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 98; Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 88.

⁵ См.: Якутские ведомости. 2002. 3 июля.

⁶ Кодекс конституционной юрисдикции Республики Молдова от 16 июня 1995 года № 502-ХШ. Опубликовано : Monitoru Oficial. 1995. № 53-54.

⁷ Закон Республики Беларусь от 30 марта 1994 года № 2914-ХП «О Конституционном Суде Республики Беларусь» // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1994. № 15. Ст. 220.

⁸ Мосин С.А. Указ. соч. С. 96.

тивно закрепленного определения данной презумпции привело к тому, что судьи Конституционного Суда Российской Федерации при формулировании своих особых мнений используют разные названия этой презумпции, а именно: презумпция конституционности принимаемых органами государственной власти правовых актов¹, презумпция конституционности проверяемых на соответствие Конституции нормативных актов², презумпция конституционности актов³, презумпция конституционности федерального закона⁴.

Вместе с тем различия в названиях не изменяют основу конструкции презумпции конституционности нормативных правовых актов, однако предпочтительнее формулировка, в которой говорится о презумпции конституционности нормативных правовых актов. Конституционный Суд Российской Федерации проверяет на соответствие Конституции Российской Федерации законы, подзаконные акты, договоры – то, что входит в понятие «нормативные правовые акты».

Конституционный Суд Российской Федерации также упоминает о презумпции конституционности действующих законодательных норм⁵. В свете учения, представленного в начале XX в. австрийским профессором государственного права Гансом Кельзеном в работе «Чистое учение о праве»⁶, можно говорить о конституционности норм права, где норма права считается действующей потому, что она произведена таким способом, который отвечает норме более высокого уровня. В силу этого возникает иерархия уровней правового уклада и регулирования, в котором обоснование действия норм каждого уровня заложено в положениях более высокого уровня. Высшая ступень при этом – конституция, которая регулирует способ создания всех других норм и определяет их содержательные рамки. По мнению ученого, норма права, которая не поддается соотношению с такой системой иерархии, не является частью действующего правопорядка.

Кроме того, некоторые авторы, рассматривавшие схожую правовую презумпцию, а именно презумпцию истинности государственного акта, в дальнейшем пришли к выводу, что следует говорить о презумпции истинности и целесообразности норм права⁷. В пользу закрепления презумпции конституционности нормы права свидетельствует также практика Конституционного Суда Российской Федерации, который своими решениями признает не соответствующими Конституции Российской Федерации нормы права, а не весь акт в целом⁸. Однако в нау-

¹ См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Б.С. Эбзеева : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 декабря 1997 года № 19-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 1.

⁶ См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 июля 1995 года № 10-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1995. № 5.

⁷ См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 апреля 1995 года № 2-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1995. № 2-3.

⁸ См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрука : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 1 февраля 1996 года № 3-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1996. № 1.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Центрального районного суда города Челябинска о проверке конституционности части второй статьи 238 Уголовно-процессуального Кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2001 года № 134-О // СПС «КонсультантПлюс».

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сб. переводов. Вып. 2 / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович; пер. С.В. Лезов М. : Изд-во ИНИОН РАН, 1988. 213 с.

³ См.: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 328; Либус И. Презумпция невиновности в советском уголовном процессе. Ташкент, 1981. С. 18–19.

⁴ Примером признания акта неконституционным является постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 апреля 1997 года № 7-П «По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 2 марта 1996 г. № 315 «О порядке переноса срока выборов в законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов Российской Федерации», Закона Пермской области от 21 февраля 1996 года «О проведении выборов депутатов Законодательного Собрания Пермской области» и ч. 2 ст. 5 Закона Вологодской области от 17 октября 1995 г. «О порядке ротации состава депутатов Законодательного Собрания Вологодской области» (в редакции от 9 ноября 1995 года)».

ке права и судебной практике говорится главным образом о конституционности нормативных правовых актов.

Подобная неоднозначная формулировка презумпции конституционности, закрепленная Конституционным Судом Российской Федерации, привела к различному ее пониманию в науке. Так, И. В. Сухина при рассмотрении презумпции конституционности государственных актов отмечает, что действие данной презумпции предполагает юридическую обязанность для всех субъектов, которая выражается в том, что федеральная Конституция и принятые законы государства обязательны для всеобщего исполнения. По ее мнению, основой данной презумпции является предположение, что законодательная, исполнительная и судебная власти хотят и обязаны соблюдать федеральную Конституцию и действуют в соответствии с ней, поэтому и правовые акты, издаваемые ими, должны признаваться соответствующими Конституции, пока официально не установлено иное¹.

О.А. Кузнецова, определяя конструкцию презумпции конституционности нормативных актов, указывает на то, что «если нормативный акт принят в установленном порядке, то он предполагается конституционным, пока Конституционным Судом Российской Федерации не установлено обратное»².

Д.М. Щёкин определяет презумпцию конституционности нормативных правовых актов как вероятностное суждение не о факте, а о соответствии нормативного акта акту более высокой юридической силы и относит презумпцию к суждению о наличии определенных нормативных оснований правоотношений³.

Ю.А. Сериков относит презумпцию конституционности положений федерального законодательства к норме-принципу, нормативное утверждение которой в частном случае может быть опровергнуто⁴.

С.А. Мосин отмечает, что презумпция конституционности нормативных правовых актов есть косвенно закрепленное в нормах конституционного права предположение, при котором положения всех нормативных правовых актов, принятых на территории Российской Федерации, считаются соответствующими Конституции Российской Федерации до того момента, пока иное не будет доказано в Конституционном Суде Российской Федерации и оформлено его решением⁵.

Таким образом, в юридической литературе нет единства мнения относительно наименования и содержания данной презумпции. Однако все эти определения презумпции имеют в своей основе общее предположение о том, что «любой акт государственного органа считается конституционным, пока в предписанном Конституцией или законом порядке не установлено обратное»⁶.

Правовая презумпция конституционности нормативных правовых актов является опровержимой, о чем свидетельствует многочисленная судебная практика Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. На возможность опровержения указывает и Конституционный Суд Российской Федерации: «Если конституционный суд не проверил на соответствие Конституции Российской Федерации положения Конституции и закона Республики Башкортостан, то действует презумпция их конституционности»⁷.

⁵ Сухина И.В. Указ. соч. С. 65.

¹ Кузнецова О.А. Указ. соч. С. 74–75.

² Щёкин Д.М. Юридические презумпции в налоговом праве : учеб. пособие / под ред. С.Г. Пепеляева. М. : Академический правовой университет, 2002. С. 22–25.

³ Сериков Ю.А. Правовые презумпции в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 4. С. 3.

⁵ Мосин С.А. Указ. соч. С. 88.

⁶ По делу о проверке конституционности указов Президента Российской Федерации от 23 августа 1991 года № 79 «О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР», от 25 августа 1991 года № 90 «Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР» и от 6 ноября 1991 г. № 169 «О деятельности КПСС и КП РСФСР», а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР : постановление Конституционного Суда от 30 ноября 1992 года № 9-П // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 11. Ст. 400.

⁷ О проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Башкортостан, Закона Республики Башкортостан «О Президенте Республики Башкортостан» и За-

Установить неконституционность нормативного правового акта может только Конституционный Суд Российской Федерации либо конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации. Конституционность правовых актов определяется в результате проверки на соответствие Конституции различных законов и подзаконных нормативно-правовых актов. При этом в Российской Федерации существует два уровня конституционности. На федеральном уровне конституционность предполагает соответствие федеральной Конституции законов и иных нормативно-правовых актов, принятых федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. На уровне субъекта Российской Федерации (региональном уровне) конституционность означает соответствие конституции республики или уставу другого субъекта Федерации законов и иных нормативно-правовых актов органов государственной власти такого субъекта и органов местного самоуправления. Конституции и уставы различных субъектов Федерации вправе закреплять положения об их высшей юридической силе по отношению к правовым актам соответствующего субъекта Федерации¹. Такой подход к понятию конституционности на уровне субъекта Федерации вытекает из Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 1 февраля 1996 г. по делу о проверке конституционности ряда положений Устава – Основного закона Читинской области (п. 3 мотивировочной части)².

Таким образом, констатировать опровержение презумпции конституционности нормативных правовых актов может только Конституционный Суд Российской Федерации либо конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации, т. е. суды, осуществляющие конституционное судопроизводство. В силу специфики конституционного судопроизводства процедура опровержения этой правовой презумпции обладает рядом особенностей.

Во-первых, данные суды решают исключительно вопросы права. Вследствие этого Конституционный Суд Российской Федерации, как правило, «уклоняется» от рассмотрения нормативного правового акта на предмет его конституционности, когда это в большей мере касается политической обстановки. Например, Конституционный Суд Российской Федерации воздерживался от оценки на конституционность нормативного правового акта, регулирующего порядок проведения выборов, во время начала избирательной кампании³.

Во-вторых, если данные суды не исследуют фактических обстоятельств дела, то доказательства стороны, опровергающие эту правовую презумпцию, не имеют решающего значения. Суд принимает решение на основе толкования норм учредительных актов. Поскольку положения федеральной Конституции имеют высокую степень абстракции, то необходимо в процессе обеспечения конституционности нормативных актов использовать особые методы толкования: расширительного, исторического, системного, телеологического. Например, судья Конституционного Суда Российской Федерации Н.С. Бондарь в своем особом мнении на постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2002 г. № 1-П⁴ отметил, что признание оспариваемых положений неконституционными имело характер выявления их действительного конституционного смысла.

кона Республики Башкортостан «О выборах Президента Республики Башкортостан : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 апреля 1997 года № 12-П // Российская газета. 1998. 6 мая.

¹ См.: Кравец И.А. Конституционность нормативных правовых актов: доктрина и практика в России // Право и политика. 2006. № 8. С. 25.

² См.: СЗ РФ. 1996. № 7. Ст. 700.

³ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы Федерального Собрания и запроса Верховного Суда Российской Федерации о проверке конституционности ряда положений Федерального закона от 21 июня 1995 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20 ноября 1995 года № 77-О // Собрание законодательства РФ. 1995. № 49. Ст. 4867.

⁴ По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 64 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и статьи 92 Федерального закона «О выборах депутатов

В-третьих, законами устанавливаются правовой статус судов, которые осуществляют конституционное судопроизводство, определяют пределы проверки нормативных правовых актов на конституционность. Так, в ст. 86 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» записано, что Конституционный Суд Российской Федерации устанавливает соответствие Конституции Российской Федерации нормативных актов органов государственной власти и договоров между ними:

- 1) по содержанию норм;
- 2) по форме нормативного акта или договора;
- 3) по порядку подписания, заключения, принятия, опубликования или введения в действие;
- 4) с точки зрения установленного Конституцией Российской Федерации разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную;
- 5) с точки зрения установленного Конституцией Российской Федерации разграничения компетенции между федеральными органами государственной власти;
- 6) с точки зрения разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, установленного Конституцией Российской Федерации, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий.

Проверка конституционности нормативных актов органов государственной власти и договоров между ними, принятых до вступления в силу Конституции Российской Федерации, производится Конституционным Судом Российской Федерации только по содержанию норм.

Таким образом, законодательством закреплены основные критерии опровержения конституционности нормативных правовых актов, которыми руководствуется суд при оценке акта на предмет его конституционности, данная правовая презумпция применяется в конституционном судопроизводстве, но при этом она не получила прямого закрепления на федеральном уровне. Считаем необходимым закрепить в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» рассматриваемую правовую презумпцию как презумпцию конституционности нормативных правовых актов, содержание которой сводится к следующему: «Нормативные правовые акты, действующие на территории Российской Федерации, предполагаются конституционными, пока иное не установлено решением Конституционного Суда Российской Федерации». Кроме того, возможно закрепление данной правовой презумпции в законах субъектов Российской Федерации, регламентирующих правовой статус конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации.

ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕПРАВОВОГО ПОНЯТИЯ ДОКУМЕНТА ДЛЯ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Сулопаров Алексей Валерьевич

В тексте многочисленных правовых актов широко используется термин «документ». Смысл данного понятия зачастую определяется отраслевой принадлежностью правового акта. Данный термин носит прежде всего информационно-правовой характер. Сказанное означает, что основные принципы, подходы к определению и пониманию документа должны быть едины для всех отраслей права. Базироваться эти принципы, в свою очередь, должны на положениях теории

Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М. Траслова : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2002 года № 1-П // Собрание законодательства РФ. 2002. № 6. Ст. 626.

информации. В противном случае будет невозможно эффективное правовое регулирование информационных отношений, которые в современном обществе развиваются быстрыми темпами и постоянно усложняются.

Рассмотрим один из важных аспектов, касающийся понимания документа, который затрагивает соотношение понятия «документ информации» и материального носителя документа информации. При анализе использовались, прежде всего, работы учёных в области уголовного права, как наиболее глубоко исследовавших данный термин, однако представляется, что приведённые выводы могут быть также применимы и для всех иных отраслей права, оперирующих понятием «документ». Данный тезис подтверждается также тем, что нормы уголовного закона, содержащие указание на документы, являются бланкетными.

Как отмечается в литературе, законодательные акты, в которых используются термины «официальный документ» или «документ», определяют эти понятия различно и применительно к целям этих нормативных актов¹.

В частности, в ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» содержится только указание на документированную информацию, под которой понимается зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию или в установленных законодательством Российской Федерации случаях ее материальный носитель.

При этом не совсем понятно, является ли документированная информация синонимом документа или обозначает информацию, содержащуюся в документе. Кроме того, с позиций информационного подхода представляется некорректным в отдельных случаях определять информацию, пусть и документированную, посредством материального носителя.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 29.12.1994 № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» документ – это материальный объект с зафиксированной на нём информацией в виде текста, звукозаписи или изображения, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях хранения и общественного использования. т. е. законодатель в указанной норме верно определяет документ как совокупность материального носителя и информации.

В уголовном законе содержание понятий «официальный документ» и «документ», применимых для целей уголовного судопроизводства, не раскрывается, а в теории уголовного права единого подхода к понятию документа и официального документа так и не выработано².

В уголовно-правовой доктрине нет единства мнений и относительно того, возможно ли использование межотраслевого понятия документа в уголовном праве либо необходима выработка соответствующего уголовно-правового понятия³. Более верной представляется точка зрения первой группы учёных, поскольку уголовное право охраняет общественные отношения, регулируемые иными отраслями права, и понимание документа должно быть единым для всех отраслей. Как отмечает А.В. Кузнецов, определение понятия документа должно быть единым, т. е. общим для всех отраслей права, и включать в себя все признаки, характеризующие документ применительно к любой из них⁴. При этом следует поддержать позицию Р.Б. Семёнова, отмечающего, что сужение (уточнение) понятия документа возможно за счёт использования наряду с родовым понятием его видовых (дополнительных) признаков⁵.

Р.Б. Семёнов справедливо замечает, что ключевым словом (существенным содержательным признаком) в определении документа является понятие «информа-

¹ См.: Журавлёва Г.В. Уголовная ответственность за служебный подлог : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 60.

² Там же. С. 59, 62.

³ См.: Семёнов Р.Б. Уголовно-правовая оценка подлога документов : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 52.

⁴ Кузнецов А.В. Ответственность за подлог документов по уголовному праву. М., 1959. С. 17.

⁵ Семёнов Р. Б. Указ. соч. С. 55.

ция»¹. Думается, что именно от характера такой информации и зависит признание документом того или иного материального носителя. Если мы поддерживаем точку зрения о необходимости выработки общеправового понятия документа, то признаки информации, содержащейся в документе, должны быть достаточно общими и универсальными. В этом смысле заслуживает внимания позиция Т.Б. Басовой, отмечающей, что в многочисленных определениях понятия документа указывается его основной признак – способность служить доказательством, подтверждением каких-либо событий, фактов².

В науке уголовного права значительная часть специалистов верно определяет документ, в том числе официальный, как информацию, закреплённую на каком-либо материальном носителе. Сам по себе материальный носитель с позиции информационного подхода не может являться документом. Он становится документом только тогда, когда на нём зафиксировали какую-либо информацию. Например, на бланке свидетельства о государственной регистрации указали реквизиты юридического лица, его регистрационный номер, иную информацию, а также поставили печать и подпись. С учётом сказанного представляется не совсем верной позиция П.Ю. Летникова, который определяет официальный документ как материальный носитель, предназначенный для фиксации информации³, а также позиция В.А. Канунникова, который определяет официальный документ как носитель информации, включённый в публичную сферу регулирования правоотношений⁴.

Более того, в связи с развитием информационных технологий всё более распространёнными становятся различные документы на электронных носителях. Признание таких документов, в том числе, в уголовном законе отвечало бы требованиям времени. О возможности существования документов в электронной форме говорят, в частности, Б.В. Волженкин⁵, И.А. Клепицкий⁶, Г.В. Журавлёва⁷. Пока же в Уголовном кодексе РФ под документом понимается, как правило, выраженный в материальном объекте с зафиксированной на нём информацией. Вместе с тем следует отметить, что первый шаг на пути признания электронных документов был не так давно сделан российским законодателем, который в ст. 3 Федерального закона от 10.01.2002 № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» дал определение электронному документу как документу, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме, а в ч. 3 ст. 11 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» приравнял электронное сообщение, подписанное аналогом собственноручной подписи, к документу, подписанному собственноручной подписью.

За рубежом постепенно отказываются от понимания документа как информации только на письменном носителе. В частности, УК Испании в ст. 26 определяет документ как любую физическую среду, содержащую данные или факты, имеющие доказательственное или правовое значение. Из этого определения следует, что документы могут существовать в форме компьютерной информации и содержаться на таких материальных носителях, как электромагнитные импульсы.

Значит, широкое использование в тексте уголовного закона термина «документ» при отсутствии единообразного его толкования нарушает такой важный принцип криминализации, как принцип определённости и единства терминологии

¹ Семёнов Р. Б. Указ. соч. С. 61.

² Басова Т.Б. Уголовное законодательство стран Северо-Восточной Азии об ответственности за должностные преступления / отв. ред. проф. А.И. Коробеев. Владивосток, 2004. С. 28.

³ Летников П.Ю. Понятие официального документа в уголовном праве // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе : сб. материалов Международной научной конференции (15–16 февраля 2007 г.) : в 2 ч. Ч. 1 / Сибирский юридический институт МВД России ; отв. ред. С.Д. Назаров. Красноярск, 2007. С. 224–227.

⁴ Канунников В.А. Уголовная ответственность за служебный подлог: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 1999. С. 57–64.

⁵ Волженкин Б.В. Служебные преступления. М., 2000. С. 181.

⁶ Клепицкий А.И. Документ как предмет подлога в уголовном праве // Государство и право. 1998. № 5. С. 72.

⁷ Журавлёва Г.В. Указ. соч. С. 65.

гии. «Криминализация в законе любого общественно опасного деяния ... должна осуществляться в определённых с точки зрения языка терминах – единых для действующего уголовного законодательства»¹. Сказанное означает, что есть необходимость выработать единое понятие документа. При этом важно при определении указанного термина учитывать положения теории информации, поскольку он носит информационный характер. На наш взгляд, под документом следует понимать любой материальный носитель с информацией, имеющей доказательственное или правовое значение.

Приведённое понятие документа может играть важную роль также при регулировании общественных отношений нормами иных отраслей права. Информационно-коммуникационные технологии сегодня активно внедряются, в том числе и в систему государственного управления. Одной из целей внедрения электронного правительства является расширение перечня предоставляемых государственных услуг в электронном виде. Достижение данной цели предполагает активный электронный документооборот, при осуществлении которого уже невозможно будет использовать прежнее понимание документа как письменного носителя с закреплённой на нём информацией. Сказанное означает необходимость дальнейших разработок в сфере определения сущности документа, его признаков и возможных форм существования.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ В ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНАХ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ НА МЕЖРЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ (УРОВНЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО ОКРУГА) В УСЛОВИЯХ ПРАВОВОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИИ²

Черкасов Константин Валерьевич

Как и иные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти, образованные на межрегиональном уровне государственного управления – уровне федерального округа, за редким исключением (например, органы внутренних дел, таможенные органы) состоят из государственных гражданских служащих и включают должности государственной гражданской службы Российской Федерации разных категорий и групп. Штатное расписание государственных органов на уровне федерального округа одной структуры зачастую разнится, что обусловлено размерами подведомственных территорий, количеством населения, масштабом и спецификой имеющихся государственных задач³.

Порядок поступления на государственную гражданскую службу в органы исполнительной власти на уровне федерального округа в целом унифицирован, осуществляется в соответствии с федеральным законодательством о государственной гражданской службе и в большинстве имеет в своей основе лишь отличие, обусловленное тем обстоятельством, является ли данный орган подразделением центрального аппарата или территориальным органом. Принципиальный момент: образуется ли конкурсная комиссия в федеральном органе исполнитель-

¹ Основания уголовно-правового запрета. М., 1982. С. 238.; цит. по : Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 117.

² Статья подготовлена с использованием результатов работ по гранту Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых – кандидатов наук и молодых российских ученых – докторов наук на тему : «Межрегиональное государственное управление в современной России: состояние и перспективы» (МК-4020.2010.6).

³ См., например: Приказ Федеральной службы по надзору за соблюдением законодательства в области охраны культурного наследия от 2 сентября 2008 г. № 39 «Об утверждении структуры и штатных расписаний территориальных органов Федеральной службы по надзору за соблюдением законодательства в области охраны культурного наследия» // ИПС «КонсультантПлюс».

ной власти или в территориальном органе федерального органа исполнительной власти на уровне федерального округа¹. Впрочем, даже при наличии территориальных органов на уровне федерального округа некоторые федеральные органы исполнительной власти образуют в федеральном органе исполнительной власти единую конкурсную комиссию².

Что касается квалификационных требований, необходимых для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими в органах исполнительной власти на уровне федерального округа, то они устанавливаются соответствующими центральными органами и зависят от направлений деятельности конкретного федерального органа исполнительной власти, категорий и групп должностей государственной гражданской службы и лишь отчасти от того, имеет орган исполнительной власти на уровне федерального округа статус подразделения центрального аппарата или территориального органа. При этом данные квалификационные требования изложены в ведомственных нормативных актах либо унифицированы (в одном акте и технически не разделены для государственных гражданских служащих центрального аппарата и территориальных органов)³, либо обособлены (технически разделены для государственных гражданских служащих центрального аппарата и территориальных органов, причем или в одном, или в нескольких актах)⁴. Последнее представляет

¹ См., например: Приказ Федеральной службы исполнения наказаний от 14 ноября 2007 г. № 632 «Об утверждении Методики проведения конкурса на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы в Федеральной службе исполнения наказаний» // БНА. 2007. № 52; Приказ Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору от 20 ноября 2008 г. № 907 «Об утверждении Методики проведения конкурса на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы в Федеральной службе по экологическому, технологическому и атомному надзору» // БНА. 2009. № 2; Приказ Государственной фельдъегерской службы РФ от 26 ноября 2008 г. № 346 «Об утверждении Методики проведения конкурсов на замещение должностей федеральной государственной гражданской службы, включающей порядок и сроки работы конкурсных комиссий в системе Государственной фельдъегерской службы Российской Федерации по проведению конкурсов на замещение вакантных должностей федеральной государственной гражданской службы в системе Государственной фельдъегерской службы Российской Федерации» // БНА. 2009. № 5.

² См., например: Приказ Федеральной службы по надзору в сфере природопользования от 27 декабря 2007 г. № 593 «Об утверждении Методики проведения конкурса на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы в Федеральной службе по надзору в сфере природопользования» (с послед. изм. и доп.) // БНА. 2008. № 14; Приказ Федерального агентства лесного хозяйства от 24 января 2008 г. № 24 «Об утверждении Методики проведения конкурса на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы в Федеральном агентстве лесного хозяйства» // БНА. 2008. № 15; Приказ Министерства иностранных дел РФ от 28 ноября 2008 г. № 18574 «Об утверждении Методики проведения конкурса на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы Российской Федерации в Министерстве иностранных дел Российской Федерации» // БНА. 2009. № 4.

³ См., например: Приказ Федеральной службы по надзору в сфере природопользования от 22 декабря 2006 г. № 521 «О квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими Федеральной службы по надзору в сфере природопользования» // БНА. 2007. № 12; Приказ Федеральной службы страхового надзора от 14 января 2008 г. № 5 «О квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими центрального аппарата и территориальных органов Федеральной службы страхового надзора» // БНА. 2008. № 9; Приказ Федеральной налоговой службы от 24 апреля 2009 г. № ММ-7-4/259@ «О квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими центрального аппарата и территориальных органов Федеральной налоговой службы» // БНА. 2009. № 25.

⁴ См., например: Приказ Министерства иностранных дел РФ от 29 марта 2007 г. № 4418 «Об утверждении квалификационных требований к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими центрального аппарата Министерства иностранных дел Российской Федерации, территориальных органов — представительств МИД России на территории Российской Федерации, дипломатических представительств и консульских учреждений Российской Федерации» // БНА. 2007. № 24; Приказ Федерального агентства по недропользованию от 7 мая 2007 г. № 531 «О квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей

ся более правильным, так как позволяет в должной степени учесть специфику государственной гражданской службы в центральном аппарате и территориальном органе при работе в одинаковой категории и группе должностей.

Порядок прохождения государственной гражданской службы в органах исполнительной власти на уровне федерального округа, как правило, специально не регламентирован, осуществляется на общих основаниях, но также имеет определенную специфику, обусловленную статусом этих органов как подразделений центральных аппаратов или территориальных органов. Данные обстоятельства определяют и круг полномочий руководителей органов исполнительной власти и иных государственных органов на уровне федерального округа в отношении подчиненных и работников федеральных государственных учреждений, подведомственных конкретному ведомству¹. Содержание и результаты деятельности государственных служащих органов исполнительной власти на уровне федерального округа определены в их должностных регламентах.

МИГРАЦИОННАЯ ПОЛИТИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ОДИН ИЗ ИНСТРУМЕНТОВ МОДЕРНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВА

Школяренко Евгений Александрович

Модернизация любого государства невозможна без достаточно крепкого демографического потенциала. Одним из основополагающих факторов, влияющих на демографическую ситуацию в государстве, является миграция населения.

Движущие силы миграции населения обусловлены определенными диспропорциями между государствами и их частями, разбалансированностью отдельных сфер внутри государств и их регионов. В современных условиях наиболее важными движущими силами-факторами считаются межгосударственная и межтерриториальная дифференциация качества жизни, занятости населения и демо-

федеральными государственными гражданскими служащими Федерального агентства по недропользованию» // БНА. 2007. № 29; Приказ Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору от 29 октября 2007 г. № 743 «О квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору» // ИПС «Гарант».

¹ См., например: Приказ Федерального агентства лесного хозяйства от 24 января 2008 г. № 23 «Об утверждении Положения о порядке проведения аттестации и сдачи квалификационного экзамена федеральными государственными гражданскими служащими Федерального агентства лесного хозяйства и руководителями территориальных органов, находящихся в ведении Федерального агентства лесного хозяйства, замещающими должности федеральной государственной гражданской службы» // БНА. 2008. № 15; Приказ Федерального агентства воздушного транспорта от 17 декабря 2008 г. № 568 «Об утверждении должностного регламента (типового) руководителя Межрегионального территориального управления воздушного транспорта Федерального агентства воздушного транспорта» // ИПС «Гарант»; Приказ Министерства иностранных дел РФ от 23 июля 2009 г. № 11868 «Об утверждении Служебного распорядка центрального аппарата Министерства иностранных дел Российской Федерации, территориальных органов – представительств МИД России на территории Российской Федерации, дипломатических представительств и консульских учреждений Российской Федерации, представительств Российской Федерации при международных организациях» // БНА. 2009. № 39; Приказ Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору от 24 сентября 2009 г. № 816 «Об утверждении Порядка уведомления представителя нанимателя о фактах обращения в целях склонения государственного гражданского служащего Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору к совершению коррупционных правонарушений» // Российская газета. 2009. 17 нояб.; Приказ Федеральной службы по финансовому мониторингу от 6 октября 2009 г. № 251 «Об утверждении Положения о порядке проведения служебной проверки и применения дисциплинарных взысканий в Федеральной службе по финансовому мониторингу» // БНА. 2009. № 51.

графических структур, а также социально-политическая обстановка, экологическая ситуация, уровень безопасности человеческой жизни.

Применительно к миграционной обстановке в России можно отметить, что миграция населения, вызванная преимущественно факторами социально-экономической направленности, в последнее время получила наибольшее распространение. Особенно это касается внешней миграции, что продиктовано довольно низким уровнем жизни населения Российской Федерации по сравнению с уровнем жизни населения в западно-европейских государствах.

Миграция населения выполняет в обществе ряд функций, под которыми понимаются роль миграции населения в жизнедеятельности общества¹.

Исходя из ролевого назначения миграции, в социологической науке высказано мнение о том, что миграция выполняет следующие функции: 1) ускорительную (развитие человека, приобретение знаний, опыта, изменение социально-психологического состояния человека, достигается посредством некоторой пространственной подвижности населения); 2) перераспределительную (обусловлена межтерриториальным характером миграции и направлена на изменение численности населения отдельных территорий); 3) селективную (суть которой заключается в том, что неравномерное участие в миграции различных групп населения ведет к изменению качественного состава населения взаимодействующих территорий)².

Соглашаясь с этим мнением, можно бы было одновременно предложить несколько иной подход к выделению функций миграции как основных направлений осуществления миграции. При этом важное значение приобретают последствия осуществления миграции, наблюдающиеся в тех или иных сферах жизнедеятельности человека и общества.

Исходя из традиционно выделяемых сфер жизнедеятельности человека – личной, социально-экономической, культурной и политической можно выделить следующие функции миграции: 1) персонифицированную (связана с изменением количественного и качественного состава населения определенной территории), 2) социальную (обеспечивает стабилизацию социально-экономической обстановки региона либо вызывает дестабилизацию ее); 3) экономическую (предполагает изменение уровня производительных сил определенного региона); 4) культурную (проявляется в смешении культур, языка либо наоборот в обособлении культур, языка, этнических или религиозных групп); 5) политическую (может проявляться в целенаправленной реализации внутренних и внешних задач государства с целью обеспечения его развития, сохранения внутренней политической стабильности, внешней безопасности государства, обеспечения правопорядка).

К последствиям миграции можно относить те изменения в государстве и обществе, которые повлек за собой миграционный процесс на территории данного государства. Последствия миграции могут вызвать изменения демографического характера (изменение численности населения и его возрастной структуры, что может привести к смене режима воспроизводства населения); социально-экономического характера (изменения в составе населения по образовательному уровню, социальному статусу, сферам деятельности, в регионах выхода снижается спрос на рабочие места и увеличивается – в районах вселения, порождая при этом в первом случае дефицит рабочей силы, во втором усиливая конкуренцию за рабочие места и др.); культурного характера (увеличение этнической мозаичности населения в местностях вселения мигрантов, появление второго языка и др.); политического характера (усиление сепаратистских настроений, обострение национальных отношений, возможность открытых противостояний между различными этническими группами и др.).

Тогда можно заключить, что миграционные последствия проявляются не только в конкретных местностях или регионах, т. е. в местах выхода и в местах вселения, но и во всей территориальной миграционной системе. Согласимся с мнением Е.А. Костыря, который считает, что «миграционные процессы можно назвать

² См.: Рыбаковский Л.Л. Миграция населения: прогнозы, факторы, политика. М., 1987. С. 27.

¹ См.: Заславская Т.И., Рывкина Р.В. Социология экономической жизни: очерки теории. Новосибирск. 1991. С. 32.

индикатором развития ситуации в обществе, так как именно здесь четко просматривается реакция на изменения в экономическом, политическом и социальном плане жизни государства»¹.

Важно отметить, что не все рассматривают миграцию как позитивное общественное явление. Некоторые исследователи указывают на негативные последствия миграции, которые могут выражаться в обострении национальных отношений в регионах вселения, нагрузки на социальную инфраструктуру, усиление конкуренции на рынках труда и жилья. Поэтому они предлагают проведение государственной политики, направленной на сдерживание миграционных потоков². Однако большее распространение на современном этапе развития нашего государства получила точка зрения о положительных последствиях миграции, особенно внешней, так как за счет иммиграционного притока населения Российская Федерация может рассчитывать на решение демографической проблемы и, как следствие, продвинуться в решении некоторых социально-экономических задач³.

При всей полярности мнений исследователей в области миграции населения они сходятся в одном. Миграция населения представляет собой сложный, противоречивый процесс, неподдающийся однозначной оценке⁴. С одной стороны, в ходе миграции происходит сближение народов, взаимовлияние и взаимообогащение их культур, развитие экономики государств и отдельных их регионов, позитивные демографические изменения, а с другой – именно миграция зачастую способствует нивелированию этнических особенностей, потере национальной самобытности, оказывается прародительницей этнических конфликтов, религиозной вражды, политических, экономических, социальных кризисов, сложной криминогенной обстановки⁵.

Миграция может носить стихийный, неуправляемый характер и осуществляться вне целенаправленной деятельности государственных органов и должностных лиц. В современных условиях развития общества важное значение придается государственной политике в области внутренней и внешней миграции, т. е. миграционной политики государства.

По мнению Л.А. Котиевой, «миграционная политика – это система принципов, приоритетов и направлений деятельности государства и других субъектов, направленная на регулирование миграционных процессов, поиск успешного сочетания государственных интересов и интересов отдельной личности в сфере миграции. Объектом миграционной политики являются общественные отношения, складывающиеся в результате миграционных процессов, между мигрантами как субъектами миграции и государством в лице его органов. Основная цель миграционной политики – создание условий для сбалансированного перемещения миграционных потоков, обеспечение социальной безопасности в процессе глобализации миграционных проблем, совершенствование механизма обеспечения и защиты прав граждан»⁶.

² Костыря Е.А. Миграционные процессы в России в конце XX в. начале XXI в. // История российского государства и права. М., 2005. № 4. С. 23.

³ См., например: Мукомель В.И. Вынужденная миграция в СНГ // Миграция. М., 1997. № 1. С. 7–10.

¹ См.: Зайончковская Ж.А. СНГ через призму миграций // Миграция. М., 1998. № 3-4. С. 4–10; в путь в XXI век: стратегические проблемы и перспективы российской экономики. рук. Авт. колл. Акад. Д.С. Львов. М., 1999. С. 289; Рыбаковский Л.Л. Исследования миграции населения в России. М., 2000. С. 23–24; Демидов А.В. Формирование современной миграционной политики Российской Федерации и сотрудничество с международными организациями. М., 2003. С. 109.

⁴ См.: например: Тоцкий Н.Н. Государственно-правовое регулирование миграционных процессов в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; Котиева Л.И. Правовое регулирование вынужденной миграции в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999; Плаксина И.В. Конституционно-правовое регулирование миграционных процессов : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

³ См.: например: Киреева С.А. Некоторые проблемы миграционной правовой политики России // Правовая политика и правовая жизнь. М., 2003. № 2. С. 145.

⁴ Котиева Л.И. Правовое регулирование вынужденной миграции в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 15.

Соглашаясь с приведенным выше определением миграционной политики как комплекса мер, направленных на регулирование миграционных процессов, следует отметить, что осуществление миграционной политики государством проявляется формально в разработке и реализации доктрин, концепций, программ, нормативно-правовых актов, регулирующих общественные отношения, которые возникают в процессе постановки целей, задач, форм, условий, методов и средств осуществления миграции населения. Но проведение миграционной политики не может и не должно ограничиваться лишь формальными проявлениями. Материальным выражением миграционной политики служат меры экономического, социального, информационного характера, способствующие повышению уровня привлекательности государства для мигрантов.

С распадом Союза СССР произошло резкое обострение миграционной ситуации на постсоветской территории, выразившееся в небывалом по масштабам притоке мигрантов в Россию из бывших союзных республик. Поэтому насущная необходимость формирования российским государством целенаправленной миграционной политики в постсоветский период, прежде всего внешней миграционной политики, была обусловлена распадом СССР и образованием суверенных государств. Дестабилизация ситуации в новых независимых государствах, отсутствие в этих государствах гарантий безопасности, внутренние и межгосударственные конфликты, бытовой национализм, возрастающая межэтническая разобщенность привели к глобальным изменениям в миграционной системе России. Начиная с 1991 г., в Россию хлынул поток вынужденных мигрантов из бывших союзных республик Средней Азии, Кавказа, вызванный произошедшими там межнациональными конфликтами. Из стран Балтии в массовом порядке стало возвращаться русскоязычное население из-за гонений по национальному признаку.

В истории миграционного обмена за последние пятнадцать лет можно выделить три периода. Первый период (1991–1994 гг.) ознаменовался небывалым ростом положительного сальдо миграции – с 52 тыс. чел. в 1991 г. до 810 тыс. чел. в 1994 г., причем основной миграционный поток был сформирован вынужденными мигрантами из стран СНГ. Во втором периоде (1995–2000 гг.) наблюдалось сокращение положительного сальдо миграции с 814 тыс. чел. в 1994 г. до 214 тыс. в 2000 г.¹, что объяснялось снижением масштабов миграционного движения между государствами СНГ и относительной стабилизацией межнациональных отношений в этих государствах². Третий период (2002–2010 гг.) характеризуется снижением масштабов миграции в целом как внутренней, так и внешней. Это можно объяснить, в первую очередь, снижением уровня воздействия факторов, влияющих на продуцирование процесса миграции. Однако на современном этапе все большее место занимает внешняя нелегальная миграция.

В юридической литературе широко распространена точка зрения ученых о том, что в 1990-е гг. государство практически не занималось вопросами миграции населения, а миграционная политика была рестриктивной³.

Справедливости ради отметим, что проведению эффективной миграционной политики в то время мешали объективные трудности переходного периода, как-то нехватка средств, отсутствие механизма реализации миграционной политики, отсутствие квалифицированных кадров в государственных органах, наконец, полное отсутствие законодательной базы, регулирующей процессы миграции⁴.

¹ См.: Демографическая ситуация и формирование общего рынка труда государств-участников СНГ // Аналитический доклад. Экономика СНГ. (Вып. 5). М., 2001. С. 97–98.

² См.: Вынужденные мигранты в государствах СНГ: поиск согласованных решений в рамках Содружества. / под ред. В.И. Мукомеля и Э.А. Паина. М., 1997. С. 7.

³ См., например: Морозова Л.А. Миграционная деятельность современного Российского государства (общеправовые вопросы) // Миграция, права человека и экономическая безопасность современной России: состояние, проблемы, эффективность защиты: сб. статей. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2004. С. 321; Торохов А.Н. Конституционно-правовое регулирование миграционных процессов в Российской Федерации : дис... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 39–40.

⁴ См., например: Воронина Н.А. Правовое регулирование миграции в России // Вынужденные мигранты: интеграция и возвращение / под ред. В.А. Тишкова. М., 1997. С. 33.

В целом, как справедливо отмечают некоторые исследователи, «миграционная политика 1990-х гг. Включала в себя три основных компонента: 1) сохранение, несмотря на декоративные изменения, советской паспортной системы как механизма управления населением и контроля за ним; 2) сохранение советских механизмов регулирования въезда и пребывания в стране иностранцев из-за пределов бывшего СССР, но не распространение их действия (вероятно по политическим соображениям) на граждан и жителей СНГ; вместе с тем, возложение функций регулирования движения бывших советских граждан на паспортную систему; 3) создание системы ограниченной поддержки вынужденных мигрантов; риторическое признание вынужденной миграции как фактически единственного вида легитимной миграции»¹.

Современную миграционную политику можно определить как систему мер, предпринимаемых государством для регулирования перемещения людей между государствами (внешняя миграционная политика) или внутри государства (внутренняя миграционная политика).

Осуществление государством внешней миграционной политики должно предусматривать введение административных процедур миграционного контроля за въездом на территорию государства и выездом, пресечение нелегальной миграции, обеспечение свободного доступа мигрантов к справедливым процедурам приобретения специального статуса или предоставления убежища. Внутренняя миграционная политика должна быть направлена на то, чтобы наиболее эффективно воздействовать на направление движения и состав мигрантов с учетом развития экономики, равномерного развития отдельных регионов, сглаживания социально-экономической дифференциации в условиях жизни населения, предусматривать мероприятия по приему и обустройству мигрантов на новом месте жительства².

По сведениям Федеральной миграционной службы Российской Федерации миграционная политика Российской Федерации переживает сегодня очень бурный, непростой и в то же время этапный период³. Как отмечается в юридической литературе, «следует учитывать, что миграционная политика в Российской Федерации в настоящее время проводится в достаточно узком коридоре возможностей, обусловленном рядом ограничений, среди которых основные – это экономические ограничения, значительно сужающие «социальную» составляющую миграционной политики, а также ограничения, вытекающие из интересов обеспечения национальной безопасности государства»⁴.

Поэтому проблема эффективного регулирования миграционных процессов в Российской Федерации в настоящее время поставлена в зависимость от первоочередного положительного разрешения проблем общего характера, прежде всего, социально-экономической направленности⁵.

Исходя из этих предположений можно разделить точку зрения Т.Я. Хабриевой о том, что «управление миграцией – многогранный процесс, объединяющий систему мер (институциональных, организационных, правовых и др.), необходимых для эффективного решения в интересах государства проблем миграции на различных уровнях (глобальном, национальном, региональном)»⁶.

Обосновывая необходимость создания правовой миграционной модели для России, Т.Я. Хабриева отмечает, что правовая миграционная политика может выражаться в «стимулировании или ограничении миграции законодательством,

⁵ Торохов А.Н. Конституционно-правовое регулирование миграционных процессов в Российской Федерации : дис... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 33.

¹ См.: Воробьева О.Д. Миграция населения // Миграционная политика. Вып. шестой. М., 2001. С.8.

² www.fmsrf.ru

³ Андриченко Л.В., Елеонский В.О., Хабриева Т.Я. О концепции развития миграционного законодательства Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 34.

⁴ См.: Великое русское переселение? Профиль. 2006. 25 сент.

⁵ Хабриева Т.Я. Правовая политика государства в сфере миграции населения // Миграция и право. М., 2006. № 1.

установлении поощрений в конкретных отношениях и для определенных категорий лиц, ограничении для других»¹.

«Правовая миграционная политика имеет различные проявления: разграничение полномочий между ветвями и уровнями власти, различными государственными органами, сочетание подходов, предусмотренных в международном праве и национальном законодательстве, приобретение и прекращение российского гражданства, регулирование свободы передвижения и выбора места жительства, защита прав беженцев и вынужденных переселенцев», – пишет М.В. Немытина².

Вместе с тем очевидно, что ядром миграционной политики, проводимой государством, является законодательство в сфере миграции, обеспечивающее проведение правовой миграционной политики.

За истекшие несколько лет российский законодатель принял целый ряд законов, призванных упорядочить миграционные потоки в Российскую Федерацию и усилить контроль за мигрантами. Например, были приняты такие важнейшие законы, содержащие новеллы правового регулирования в области миграционных отношений, как Федеральный закон от 18 июля 2006 г. № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу совершенствования государственного управления в сфере миграции» (далее – Федеральный закон № 121)³, Федеральный закон от 18 июля 2006 г. № 109-ФЗ «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 19 июля 2009 г. № 199-ФЗ) (далее – Федеральный закон № 109)⁴ и Федеральный закон от 18 июля 2006 г. № 110-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и о признании утратившими силу отдельных положений Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 3 июня 2009 г. № 105-ФЗ) (далее – Федеральный закон № 110)⁵.

Федеральный закон № 121 разграничил компетенцию органов внутренних дел Российской Федерации и территориальных органов ФМС России при осуществлении правоприменительных функций в сфере миграции. Им установлена передача осуществления правоприменительных функций, функций по контролю, надзору и оказанию государственных услуг в сфере миграции от органов внутренних дел к Федеральной миграционной службе и ее территориальным органам. Принятие данного закона закрепляет правовые основы их деятельности.

В соответствии с Федеральным законом № 109 вводится миграционный учет иностранных граждан и лиц без гражданства по месту жительства и по месту пребывания. Предполагается, что введение миграционного учета позволит контролировать передвижение по территории России иностранных граждан и лиц без гражданства. Согласно ст. 8 Закона правила и порядок миграционного учета должны устанавливаться Правительством Российской Федерации. Вышеупомянутый федеральный закон вступил в силу 15 января 2007 г. в целях обеспечения исполнения положений данного закона Постановлением Правительства РФ от 15 января 2007 г. № 9 (в ред. Постановления Правительства Российской Федерации от 1 декабря 2008 г. № 899)⁶ утверждены Правила осуществления миграционного учета иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации. Приказом ФМС России от 6 июля 2009 г. № 159 утвержден Административный регламент по предоставлению Федеральной миграционной службой государственной услуги по осуществ-

¹ Хабриева Т.Я. Миграция в России: о модели правового регулирования // Журнал российского права. 2006. № 7. С. 3.

² Немытина М.В. Регулирование миграционных процессов в России: соотношение политики и права // Миграция в России: проблемы правового обеспечения : сб. науч. статей / под ред. М.В. Немытиной. Саратов, 2001. С. 9.

³ См.: СЗ РФ. 2006. № 31 (часть I). Ст. 2757.

⁴ См.: СЗ РФ. 2006. № 30. Ст. 3285; СЗ РФ. 2009. № 23. Ст. 2760.

⁵ См.: СЗ РФ. 2006. № 30. Ст. 3286; СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3636.

⁶ СЗ РФ. 2007. № 5. Ст. 653; СЗ РФ. 2008. № 49. Ст. 5841.

влению миграционного учета в Российской Федерации¹. Цель Федерального закона № 109, а также упомянутых Правил и Административного регламента носит двуединый характер, с одной стороны, замена разрешительного порядка въезда и пребывания на территории Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства, в пределах установленных Правительством РФ квот, на уведомительный порядок, с другой – контроль за перемещением иностранных граждан и лиц без гражданства по территории Российской Федерации.

Третий из вышеозначенных законов – Федеральный закон № 110 имеет целью упрощение миграционных процедур. Новеллы, введенные данным законом, по существу сводятся к упрощению процедуры получения иммигрантом статуса временно проживающего в Российской Федерации, облегчают процедуру трудоустройства иностранных граждан, имеющих право на безвизовый въезд в Россию, чем существенно облегчают жизнь работодателей, привлекающих на работу иностранных граждан и лиц без гражданства. Немаловажным представляется и то обстоятельство, что рассматриваемый закон содержит предпосылки для легализации мигрантов, незаконно пребывающих и ведущих трудовую или предпринимательскую деятельность на территории российского государства и включении их в российскую экономику.

В заключение отметим, что, как показала хотя и не продолжительная правоприменительная практика положений данных законов, новеллы правового регулирования миграционных отношений, содержащиеся в них, своевременны, востребованы, исходя из реалий сложившейся миграционной обстановки, и, безусловно, их надлежащее применение на практике будет способствовать стабилизации не только миграционного климата в Российской Федерации, но и повышению уровня толерантности к мигрантам со стороны российского общества.

Таким образом, миграционная политика является неотъемлемой частью государственной политики, ее реализация должна быть адекватной реалиям настоящего времени². Поэтому объективно существует необходимость закрепления на законодательном уровне основных принципов и направлений осуществления миграционной политики Российской Федерации, которые опирались бы на общепризнанные принципы и нормы международного права и обеспечивали интересы российского государства.

ИНСТИТУТЫ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В МОДЕРНИЗИРУЮЩЕЙСЯ РОССИИ: НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Зуева Юлия Александровна

Создание эффективной системы местного самоуправления, как показывает исторический опыт, – задача длительная, комплексная, требующая экономических, финансовых, политических, правовых и других преобразований. Принятие законов еще не даёт положительного результата, если отсутствуют объективные предпосылки, не учитывается предшествующий опыт местного строительства. Но чтобы законы начали работать, они должны восприниматься обществом как неотъемлемая часть жизнедеятельности. Кроме того, необходимо понимание в обществе самой природы самоуправления, ее отличие от муниципальной власти, соотношение управления и самоуправления.

¹ См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 39.

² См. подробнее: Немытина М.В. Тенденции формирования правовой миграционной политики России // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 1. С. 80–81.

Вообще в контексте специфики формирования ключевых институтов местное самоуправление принято делить на различные системы:

- самоуправление создается «сверху» государственной властью по общему плану, иногда после упорной борьбы, путем реформ и контрреформ, реакционных и прогрессивных периодов (Япония, Германия, Россия);
- самоуправление строится «снизу» «вверх» и как естественное право вырастает в быт и традиции населения (Соединенные Штаты Америки, государства, сохранившие старинные начала самоуправления, но в последнее время вносящие последовательно либеральные, демократические элементы (Англия, Испания)).
- Но несмотря на многочисленные дискуссии, до сих пор отсутствует достаточная ясность в определении самой природы самоуправления и её отличий от местной власти. Конституционная норма (ст. 12) о том, что «органы местного самоуправления не входят в систему государственной власти» и статьи Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» свидетельствуют о стремлении отделить органы местного самоуправления от государства, показать их общественную природу. Однако такое решение имеет прежде всего политический характер и весьма трудно реализуемо на практике.

Закономерно возникает вопрос: не является ли это попыткой переложить решение всех проблем местного значения на негосударственные органы. В то же время местная (муниципальная) власть разве полностью самостоятельна и не зависит от центральных и региональных органов государственной власти в решении, например, социальных вопросов, строительства жизненно важных объектов и т. п.? Где найти золотую середину в соотношении управления и самоуправления, местной власти и реального самоуправления, т. е. непосредственно деятельности населения, его прямого участия в решении местных вопросов.

Как мы уже отмечали, до настоящего времени нет ясного и однозначного понимания природы и сущности местного самоуправления. Одни утверждают, что местное самоуправление – это необходимое продолжение государственной власти, другие – что это форма публичной власти, но существующая наряду с государственной и значительно отличающаяся от неё.

В имперской России многие идеи самоуправления (общинного, земского) нашли свое развитие в трудах славянофилов, наследие которых, к сожалению, весьма критически оценено и в советской, и в постсоветской юридической и политологической литературе (в последней явный акцент сделан на либеральных по своему содержанию идеях российских западников).

Так, А.С. Хомяков, выделяя три исторических периода становления отечественного государства: Киевскую Русь, Московское «единодержавие», императорскую Россию (начало XVIII в.), отмечает целый ряд положений, связанных с проблемой отношений государства и общества в национальном политико-правовом и социокультурном пространстве. «Между частной и государственной областями деятельности, – по его мнению, находится общественная. Значение государственной деятельности «свято и высоко», ибо она, как живой покров, хранит и обуславливает общественную жизнь. Но когда государственная деятельность извращается, «живой покров обращается в какую-то сухую скорлупу, толстеет и, по-видимому, крепнет, от оскудения и засыхания внутреннего живого ядра; но в то же время он действительно засыхает, дряхлеет и наконец рассыпается при малейшем ударе»¹.

Общинное, а затем земское самоуправление и является формой выражения и реализации общественной деятельности, причем это территориально-публичная форма, имеющая в том числе и корпоративно-частные начала. В этом плане действительно сложно отнестись такую отрасль, как муниципальное право, к публичной или частной отрасли права она имеет особую социально-юридическую природу. А.С. Хомяков считал, что через земские реформы в России «высшее общество должно срастись с родной землей», хотя и отмечал, что этого не случилось и в этой сфере общественных отношений «борьба не кончена».

Весьма критически по отношению к ходу и результатам земских реформ были настроены и многие русские консерваторы, не разделявшие восторги российских

¹ Цит. по: Каплин А. Мироззрение славянофилов. М., 2008. С. 290–291.

либералов. В частности М.Н. Катков писал: «Что нам нужно? Нам нужно не *self-government*, не самоуправление в том смысле, как оно исторически установилось в Англии, и только в Англии: нам требуется *хорошее управление*, которое обеспечило бы законный порядок, личную и имущественную безопасность. Совершенно справедливо, что центральная власть не может управлять такой громадной страной, как Россия, посредством посылаемых во все ее местности чиновников. Но необходимо так организовать местные управления, что бы они были продолжением государства..., в котором не должно быть и тени разновластия или антогонизма государства с землей»¹.

Отечественные консерваторы всегда отвергали мысль о наличии каких-либо отличающихся интересов государства (государственной власти) и общества, «земли», обладающей, как известно, «силой мнения». Если такого рода «разногласия» возникает, то это и есть опасный синдром разрушения государственности, показатель деформации ее основных институтов. Именно в этом контексте и следует оценивать российские события последнего десятилетия XX в.

Именно в этот период мир стал свидетелем масштабных политико-правовых трансформаций, происходящих в России после крушения СССР, смысл и значение которых еще, видимо, предстоит осознать ни одному поколению россиян. В результате краха советской социалистической системы на политической карте Евразии появилось еще одно государство, провозгласившее своей целью переход к либерально-демократической системе развития, рыночной экономике и общепризнанным стандартам в области прав и свобод человека.

Подобный транзит почти всегда начинается с периода заимствований различных демократических, как правило «западных», институтов и институциональных механизмов с целью их скорейшего «приживания» на «местной почве». В это время очевиден «уход от национального правового духа в мощное силовое приращение иной правовой культуры» (В.Н. Синюков), на этом пути Россию ожидало скорое разочарование и неизбежный кризис. Видимо это стандартный этап перехода от одной политико-правовой и социально-экономической парадигмы к другой, обойти который вряд ли возможно и целесообразно, но преодолеть просто необходимо. В противном случае нельзя перейти ко второму, собственно основному периоду становления постсоветской государственности – этапу осмысления собственной национальной идентичности, предполагающему формирование стратегии развития правовой, политической, социально-экономической и иных сфер жизнедеятельности на основе присущих стране архетипов и символов, а также производных от них ценностей, стереотипов, поведенческих установок, отечественного типа социальных связей. Именно игнорирование последних, свойственное властным элитам 1990-х гг., и привело к тяжелому системному кризису, возникшему вместо обещанного первым поколением реформаторов-романтиков «триумфа демократических преобразований».

Поэтому на рубеже XX и XXI вв. российская публичная политика делает шаг в сторону таких классических (проверенных веками) социально-правовых ценностей и принципов государственного строительства, как державность, укрепление вертикали государственной власти, законность и правопорядок, возрождение привычной для большинства россиян модели социальной защиты (но уже в новых юридических формах), повышение авторитета России на международной арене и др.

В условиях же постсоветской модернизации отечественного политико-правового пространства вопросы организации местного самоуправления как признанного демократического института являются, безусловно, одними из первоочередных. Связано это и с формированием гражданского общества, и с правовой и политической институционализацией публичной власти, и с развитием самоуправленческих начал в иных (в том числе и корпоративных) сферах российской государственности, и в немалой степени с реализуемым в стране проектом федерализации властных структур. Наиболее важными вопросами, от решения которых зависит формирование соответствующей институциональной системы, являются следующие:

¹ Катков М.Н. Империя и крамола. М., 2007. С. 263.

1) проблема политического или не политического статуса муниципальной власти, что связано с ее публичной природой и основными функциями;

2) проблема правового механизма взаимодействия институтов местного самоуправления с государственной властью не только на федеральном, но и на региональном уровнях. Причем в настоящее время речь должна идти о таком механизме, который, сохраняя муниципальную власть, в то же время обеспечивает сохранение единства российского государства как важнейшего элемента его политического и юридического суверенитета;

3) преодоление неадекватных отечественному политико-правовому «быту», национальным традициям и устоям элементов англосаксонской модели муниципально-правового строительства, ориентированной на создание максимально автономных (в правовом, политическом, социально-экономическом плане) от государства местных сообществ. Внедрение ряда принципов романо-германского проекта местной власти;

4) правовой режим муниципальной собственности как экономической основы утверждения и функционирования институтов местного самоуправления;

5) правовой статус территориального публичного коллектива в постсоветской России;

6) многоуровневая система муниципальных прав и свобод («права участия» и «права пользования») в контексте устойчивого развития современных муниципальных образований¹;

7) развитие самоуправленческих начал в иных сферах жизнедеятельности государства и общества.

Решение этих вопросов, конечно, связано и с учетом исторического (советского и досоветского) опыта, и с современными (национальными и международными) юридическими реалиями.

Согласимся с теми исследователями (В.И. Савиным, Е.Н. Селютиной, И.И. Овчинниковым, М.И. Пискотиным и др.), которые считают, что российское законодательство о местном самоуправлении отличается рядом особенностей, что ставит его несколько особняком от аналогичного законодательства в других странах. Эти особенности во многом определены специфической политической ситуацией, в которой Россия пребывает уже более 10 лет. Становление органов местного самоуправления проходит с определенными трудностями вследствие недостаточного усвоения населением негосударственного характера этих институтов, но главным образом – в связи с принятием в ряде субъектов РФ, особенно в республиках, законов, искажающих суть самоуправления и ставящих его под контроль региональных органов государственной власти.

Для того чтобы покончить с принципом «демократического централизма», который господствовал в управлении на протяжении нескольких десятилетий XX в., ст. 12 Конституции 1993 г. провозгласила, что «органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти», действуют самостоятельно, неся ответственность перед населением. Основопологающей здесь стала общественная теория самоуправления (получившая свое развитие в рамках механически скопированного в начале 1990-х гг. «англосаксонского опыта» организации муниципальной власти), юридический смысл которой заключается в том, что общине (местному сообществу, соответствующему территориальному публичному коллективу) принадлежит естественное право на самоуправление. Последнее подразумевает, что местное сообщество может и должно организовать внутреннее управление, чтобы принимать решения, соответствующие интересам местного развития, не страдая при этом от вмешательства со стороны органов власти других уровней.

Данная постановка вопроса вполне логична. Так, Г.В. Барабашев утверждал, что всяческие дефиниции местного самоуправления должны исходить из наличия двух оснований общественной: «Это, во-первых, учет своего, местного интереса. Должно реализовываться именно местное самоуправление... во-

¹ Одним из первых в постсоветской юридической литературе на монографическом уровне этот вопрос поставил Н.С. Бондарь. См.: Бондарь Н.С. Права человека и местное самоуправление в Российской Федерации. Ростов н/Д, 1998.

вторых, местное самоуправление должно быть проводником общего (публично-го. – Ю.З.) интереса, должно действовать в единой связке с центром и быть вписанным в структуру федеральной власти. С этой точки зрения следует говорить о местном управлении»¹. По большому же счету, российская политико-правовая и социально-экономическая реальность такова, что необходимо исследовать феномен местной власти, представляющей собой такое институциональное образование, в рамках которого теснейшим образом переплетены государственные и муниципальные начала, институты управления и самоуправления, публичные и частные политические, правовые и экономические отношения.

ИНСТИТУТ ПРЕЗИДЕНТСТВА В РОССИИ: ОСОБЕННОСТИ СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

Шулькина Анна Леонидовна

Пришедшие к власти в начале 1990-х гг. XX в. либерально-демократические элиты, кроме всего прочего, столкнулись с проблемой формирования принципиально новой для России формы государственного правления, отличающейся как от досоветских (монархических) вариантов, так и от советско-партийной модели осуществления публичной власти. Первопроходцем на этом пути был лидер КПСС, М.С. Горбачев, полагавший, что советская и президентская формы государственной власти могут быть объединены, особым образом «синтезированы» в отечественном государственно-правовом пространстве или хотя бы могут «безболезненно сосуществовать». Такого рода иллюзии только способствовали нарастанию в стране политического кризиса и в итоге породили несколько «конфликтных зон», которые в течение нескольких лет (вплоть до принятия Конституции РФ 1993 г.) самым негативным образом влияли на процессы политико-правового и социально-экономического реформирования в постсоветской России.

Однако и известное (в 1993 г.) разрешение «президентско-советской» государственно-правовой коллизии не привело к искомой стабильности, так как возникла не менее острая в политическом и юридическом планах и не менее наукоемкая проблема формирования первой за всю историю Российского государства президентской республики.

«Каким быть институту президентства? Кто должен возглавлять исполнительную власть в стране: непосредственно Президент или все-таки Правительство? в начале 90-х гг. эти вопросы занимали умы многих видных политических деятелей, ученых-юристов и политологов. Надо сказать, сторонники президентской республики и полупрезидентской республики продемонстрировали тогда в ходе всевозможных обсуждений данной проблематики великолепные знания зарубежного опыта, однако спустя определенное время стало очевидно, что одного этого было явно недостаточно... требовалось просчитать самым тщательнейшим образом и принять во внимание и российские традиции, и всевозможные амбиции политического лидера, который мог стать первым Президентом России»².

Термин «президент» происходит от латинского «*Praesidens*», что буквально означает «сидящий впереди». «Видимо, в античные времена президентами называли председательствующих на различных собраниях. От этого первоначального значения слова «президент» впоследствии возникла такая должность, как, например, президент сената. Однако в его нынешнем понимании как главы государства термин «президент» не употреблялся ни во времена греческой и римской ре-

¹ Барабашев Г.В. Местное самоуправление. М., 1996. С. 283.

² Зуйков А.В. Введение института президентства и расширение его компетенции нормативно-правовыми актами Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 3. С. 17.

спублик, ни в периоды существования ранних буржуазных республик в Англии и Нидерландах. Так, в Англии, ставшей на короткое время республикой, исполнительную власть вместо свергнутого монарха на первых порах осуществлял Государственный совет. В Нидерландах полномочия исполнительной власти также имел высший коллегиальный орган»¹.

Ясно, что возникновение этого института именно в США не случайно, но связано с рядом факторов как объективной, так и субъективной природы. Известно, что на первом этапе становления американской государственности не только законодательная, но и исполнительная власть были сосредоточены в одном представительном органе – Континентальном Конгрессе – единоличного же главы государства в ту пору просто не существовало и Конгресс выбирал из числа своих членов президента, функции которого ограничивались лишь председательствованием на заседаниях.

Однако весьма скоро большинство политических деятелей американской республики пришли к выводу о неэффективности деятельности Конгресса по исполнению им законов и о необходимости разделения законодательной и исполнительной властей. При этом делегаты Конституционного конвента, собравшиеся в 1787 г. в Филадельфии для принятия федеральной Конституции США, сделали сложный исторический выбор между монархией и республикой (о сущности и институциональной специфике которой в тот период большинство политических деятелей США имели весьма смутные представления, поэтому и оценивали ее формирование на американском континенте в течение ближайших ста лет в качестве «благородного эксперимента»)².

Естественно, что большинство американцев, только что покончив с господством британской монархии, были настроены решительно против создания у себя высшей исполнительной власти в лице монарха, пусть даже с ограниченными полномочиями. В силу этого поиски формирования наиболее приемлемой формы исполнительной власти пошли на конвенте на основе республиканизма, предусматривающего выборность всех должностных лиц.

Тем не менее принцип «единоличного главы государства» все же возобладал: отцы-основатели США решили, что высшая исполнительная власть должна быть единой, т. е. сосредоточиться в руках одного, а не нескольких должностных лиц. Таким образом, в построении федеральной исполнительной власти США изначально утвердилось единоначалие, глава федеральной исполнительной власти в стране стал именоваться, согласно Конституции, Президентом Соединенных Штатов Америки³.

В итоге именно США стали первой страной в мире, где возникла должность президента, объединившая в одном лице главу государства и главу правительства. Кроме того, именно в США зародился институт президентства как один из важнейших институтов политической системы, который следует отличать от близкого, но все же не тождественного понятия «пост Президента». Первая категория, безусловно, шире, так как предполагает возникновение нормативно оформленных, относительно устойчивых принципов и зафиксированных на уровне Основного закона направлений деятельности единоличного избираемого на определенный срок главы государства, ответственного перед обществом и обладающе-

¹ Сахаров Н.А. Институт президентства в современном мире. М., 1994. С. 5–6.

² Термин «благородный эксперимент» как нельзя лучше подчеркивал новаторский характер и в то же время – непрочность, шаткость государственно-правовой практики развивающегося американского государства. В первой половине XIX века президенты США, начиная год с послания Конгрессу, все ещё поздравляли своих соотечественников с тем, что успешно истек ещё один год этого «благородного эксперимента».

³ Возможно, покажется парадоксальным, что, например, Г.Ф. Шершеневич, с одной стороны, указывал «где история не создала монархических традиций, там монархия не может укрепиться, примером чему служит Америка» и в этой же работе отмечал, что «исторически не подлежит сомнению, что президенты республик созданы по образу и подобию монархов. Американский президент представляет собою сколок с английского короля». Русский правовед выразил специфику института президентства, его двойственную сущность, проявляемую в XX в. во многих государствах, в том числе и в современной России. (Шершеневич Г.Ф. Формы государства // Хропанюк В.Н. Теория государства и права: хрестоматия. М., 1998. С. 264, 265.)

го особым механизмом легитимации своей власти, таким образом, учреждаемый «пост Президента» является только одним из элементов института президентства как политико-правовой формы реализации властных полномочий главы государства.

Весь мировой опыт позволяет сконструировать несколько вариантов (моделей) политико-правовой институционализации президентства:

1. Президент – глава государства, но с чисто представительскими функциями. Он осуществляет лишь репрезентативные полномочия (присваивает награды, открывает и закрывает официальные мероприятия и т.д.). Всю серьезную работу осуществляет Председатель Правительства (канцлер, премьер-министр и т. п.).

2. Президент – глава государства, однако не «антуражный», а реальный, наделенный весьма большим объемом властных полномочий.

3. Президент – глава исполнительной власти и высшее должностное лицо. Эта модель прямо ориентирует Президента на непосредственное руководство аппаратом государственного управления¹.

Первый вариант сразу же был отвергнут, ибо на институт президентства возлагались надежды по укреплению исполнительной власти и повышению эффективности управления государством, но уж никак не по выполнению представительских полномочий по образу и подобию английской королевы. Второй вариант вызывал слишком много опасений, постольку, поскольку введение такой модели было чревато возможными авторитарными последствиями. Остался последний, третий вариант, который и получил отражение в соответствующих нормативно-правовых актах.

Нужно иметь в виду и то, что исследования архетипов отечественной правовой культуры позволяют вскрыть специфику содержания властных отношений, выявить устойчивые образы, стереотипы и схемы взаимодействия институтов публичной власти, общества, личности, «не признающие» формационных «перегородок», смены политических режимов и форм правления. Именно на этом основании некоторые современные авторы говорят о «трансляции империи», точнее, о имперской сути в осуществлении публичной власти в России, сохраняющейся при меняющемся институционально-правовом дизайне и организационном «декоре». Именно в империи, в ее институциональном профиле ее сторонники в настоящее время видят ответ на первый «вечный» русский вопрос – «Что делать?», – а ее противники усматривают разрешение второго «проклятого» русского вопроса – «Кто виноват?».

Далеко не все гладко проходило и с учреждением поста Президента и введением соответствующего института в России на рубеже 80–90 гг. XX в. в этот период, когда, например, по мнению В.Д. Соловья, в стране началась «классическая революция» («сверху»), сменившаяся социальной, политической и экономической революцией (массовые движения протеста «снизу», трансформация государственных, экономических институтов и социальных структур)², именно институт президентства стал рассматриваться в качестве некоего центра институциональных инноваций, гаранта «успешности реформ», а значит и источника наступления «эры прогресса» в истории российской государственности, связываемой большинством национальных элит, интеллигенции со скорейшим усвоением западных институционально-правовых, политических и экономических форм.

Так, некоторые авторы уже ставят под сомнение оправданность и целесообразность введения в отечественной государственности поста Президента, отмечают его «инородный» для наших политико-правовых традиций характер, «быстроту заимствования» из франко-американской государственно-правовой теории и практики. В частности, В.Н. Синюков отмечает: «На союзном уровне начался парадоксальный в условиях новой национально-государственной ситуации процесс концентрации и персонификации власти в руках сначала индивидуального Председателя Верховного Совета СССР – Генсека ЦК КПСС, а затем – единоличного Президента СССР... Это была прямолинейная, механическая

¹ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России : учеб. пособие : в 2 т. Т. 2. М., 2007. С. 284.

² Соловей В.Д. Кровь и почва русской истории. М., 2008. С. 219–221.

реакция центра на центробежные тенденции, еще более подстегнувшая распад государства»¹.

М.Н. Марченко пишет: «Оспаривая «правомерность» и обоснованность введения данного института в нашей стране, его открытые противники или скрытые оппоненты (в основном из правящих кругов) апеллируют к позитивному опыту работы Верховных Советов СССР и союзных республик – высших представительных органов в стране, к отсутствию каких бы то ни было «президентских» традиций и обычаев в России, прямо или косвенно противопоставляют «президентализм» «парламентаризму»².

В отношении такого рода аргументов, стремясь к адекватной оценке реципированных в постсоветский период правовых и политических институтов, следует заметить, что:

1) все «отсылы» к позитивному опыту работы Верховных Советов разных уровней не выдерживают исторической критики, а именно того, что вряд ли распад СССР и предшествующее этому событию оцепенение политических и правовых институтов можно считать показателем «позитивного опыта» советской власти образца 80-х годов XX в.;

2) видимо в отношении института президентства можно сказать то же самое, что Р. Даль в свое время писал о демократии – «ее каждый раз изобретали заново», – а именно констатировать, что никакого шаблона, идеала здесь нет, и эта структура, форма государственного управления приобретает везде новые, национальные черты. В частности, в постсоветской России он примерно за десять лет стал действительно сколом имперско-монархической традиции;

3) введение института президентства в тех исторических условиях, да и сейчас, – это важный и нужный шаг, связанный с требованиями кризисной ситуации в отечественной государственности, нуждающейся не в «парламентской говорильне», источнике новых и новых кризисов (обратите внимание на современную Украину), но в сильной единоличной власти ответственного (не только в юридическом, но и в духовном, моральном смысле этого термина) «правителя». В итоге к началу нового тысячелетия это позволило сохранить единство и целостность российского государства, его суверенитет.

¹ Синуков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994. С. 317.

² Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 247–248.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СОВРЕМЕННОГО ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА КАК ФАКТОР МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ

АКЦИОНЕРНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ: СОСТОЯНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВА

Долинская Владимира Владимировна

Федеральный закон от 26.12.1995 г. №208-ФЗ «Об акционерных обществах»¹ (далее – ФЗ) устанавливает, что акции определенной категории (типа) наделяют своих владельцев одинаковым объемом прав (ст. 31 и др.). Но общий объем прав акционера определяется количеством принадлежащих ему акций (п. 5 ст. 103 ГК РФ, п.1 ст. 20, п.п. 2 и 4 ст. 49, ч. I п. 4 ст. 51, п. 1 ст. 53, п. 1 ст. 55, ч. II п. 3 ст. 58, п. 5 ст. 71, п. 3 ст. 85, п. 1 ст. 91 ФЗ, п. 3 ст. 8 Федерального закона от 22.06.1996 г. №39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее – ФЗ «О РЦБ»). При этом допускается объединение акционеров с целью реализации своих прав².

В мировой практике для коллективного осуществления прав используются соглашения акционеров (*shareholders' agreement*). С 2009 г. понятие «акционерные соглашения» (далее – АС) легализовано в России, но единственная норма ФЗ не решила все вопросы содержания и применения этого института.

В литературе предлагают различные определения АС³. Краткое определение в п. 1 ст. 32.1 ФЗ восполняется разрозненными характеристиками в семи пунктах той же статьи.

Общеправовые основания заключения АС – нормы ГК о свободе договора (п. 1 ст. 1, ст. ст. 421, 422). Из них выводится право на существование такой конструкции, как соглашение акционеров, которое представляет собой непоименованный договор.

Конкретизация норм ГК содержится в перечисленных нормах ФЗ и ФЗ «О РЦБ».

Косвенным основанием для заключения АС служит пп. 2.1.4. гл. 7 Кодекса корпоративного поведения⁴.

С момента дополнения ФЗ ст. 32.1 появилось непосредственное правовое основание для АС. В российском праве к существенным условиям договора всегда относится его предмет. В ФЗ предмет АС узок и недостаточно конкретизирован. Ограничения касаются как прав и обязанностей акционеров, так и объема этих прав и обязанностей.

Согласно п. 2 ст. 32.1 ФЗ, предметом АС *не могут быть* обязательства стороны АС голосовать по указаниям органов управления общества, в отношении акций

¹ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1 (с изм.).

² См. об этом: Цитович П.П. Учебник торгового права. Вып. 1. Киев – СПб., 1891. С. 150.

³ См.: Ибрагимов Р. Исполнение акционерных соглашений в свете планируемых изменений законодательства // Корпоративный юрист. 2008. № 9; Каржавина Н.С. Акционерное соглашение как способ преодоления корпоративного конфликта и проблема его действительности по российскому законодательству // Предпринимательское право. 2007. № 4. С. 8; Петрова Е., Храпов М. Регулирование акционерных соглашений по английскому праву // Корпоративный юрист. 2008. № 9.

⁴ Вестник ФКЦБ России. 2002. № 4.

которого заключено это соглашение. Но закон не запрещает голосовать в соответствии с указаниями члена органа управления. Главное – регулярно при переизбрании соответствующих органов управления и их членов переоформлять соглашения.

Согласно п. 3 ст. 32.1 ФЗ, АС должно быть заключено в отношении всех акций, принадлежащих стороне соглашения. т. е. отношения между участниками АС носят исключительный характер. Речь идет не о том, что акционер не может вступить в аналогичные отношения с другим акционером, а о предупреждении недобросовестного поведения, когда по одному и тому же предмету (например, порядок голосования при формировании совета директоров (наблюдательного совета) (далее – СД)) заключаются разные соглашения с разными контрагентами. При распределении акций, осуществление прав по которым согласуется, было бы возможно создание не только конфликтных, но и тупиковых ситуаций (например равенство голосов).

Но эта формулировка не снимает всех проблем. В п. 5 рассматриваемой статьи по законопроекту «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации» и Федеральный закон «Об акционерных обществах» (в части урегулирования акционерных соглашений)», разработанному еще в 2007 г.¹, указывалось, что АС распространяется на акции как принадлежащие акционеру на дату заключения соглашения, так и приобретенные после его заключения, если в нем не предусмотрено иное.

Правомерность такого подхода можно обосновать существованием сделок с отлагательным условием (п. 1 ст. 157 ГК) и предварительных договоров (ст. 429 ГК), противодействием недобросовестному поведению, когда сторона АС распускается иным образом, чем это предусмотрено в договоре, вновь приобретенными акциями и правами, удостоверенными этими ценными бумагами.

Котраргумент – неопределенность предмета договора (количество, категории акций, предоставляемые ими права, в первую очередь, число голосов). Неопределенность порождают две различные по содержанию формулировки в п. 1 ст. 32.1 ФЗ: права, удостоверенные акциями, и права на акции. В литературе по ценным бумагам и по акционерному праву эти права различают.

В той же норме дан примерный перечень вопросов, по которым может быть заключено соглашение: *«Акционерным соглашением может быть предусмотрена обязанность его сторон голосовать определенным образом на общем собрании акционеров, согласовывать вариант голосования с другими акционерами, приобрести или отчуждать акции по заранее определенной цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств, воздерживаться от отчуждения акций до наступления определенных обстоятельств, а также осуществлять согласованно иные действия, связанные с управлением обществом, с деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества»*. т. е. речь идет как об имущественных правах акционеров, так и об организационно-имущественных, корпоративных в сфере управления.

Пункт 7 ст. 32.1 ФЗ добавляет в предмет договора еще два момента: в АС *«могут предусматриваться способы обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из»* него, *«и меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение таких обязательств»*.

Четко прослеживается, что предметом АС могут быть как действия, так и бездействие: по АС *«его стороны обязуются осуществлять определенным образом права, удостоверенные акциями, и (или) права на акции и (или) воздерживаться от осуществления указанных прав»* (п. 1 ст. 32.1 ФЗ).

В субъектном составе присутствует некоторая неопределенность. Статья 32.1 ФЗ названа «Акционерное соглашение». В зарубежной практике также встречается термин «соглашение акционеров», причем эти понятия неравнозначны.

Чуть позже мы будем говорить о такой разновидности АС, как соглашения соинвесторов. В законопроекте инвесторы не исключались из состава участников соглашения.

¹ <www.nccg.ru>.

В английской правоприменительной практике все большее распространение получает положение, при котором сама компания становится стороной АС. В законопроекте в п. 2 будущей статьи особо подчеркивалось, что общество, в отношении акций которого заключено АС, не может быть стороной этого соглашения, однако в принятой редакции ст. 32.1 эта норма отсутствует.

Статья 32.1 ФЗ говорит о сторонах АС и о лицах. Представляется, что с учетом предмета договора ими могут быть АО, акционер, номинальный держатель, доверительный управляющий и иные лица, обладающие возможностью распоряжаться акциями и/или правами, удостоверенным акциями. Автор на практике сталкивался с заключенным в обеспечение исполнения другого обязательства договором, по условиям которого (обеспечивающего) среди прочего не только ограничивались имущественные права должника-акционера (распоряжение акциями, пользование и распоряжение дивидендами), но и кредитор на определенный срок фактически передавались права в сфере управления (явка на общее собрание акционеров (далее – ОСА) только с представителем кредиторов, голосование только по указанию кредитора и т. п.).

Учитывая постоянную смену владельцев акций, разработчики законопроекта предусматривали, что переход прав на акции не влечет перехода к приобретателю акций прав и обязанностей отчуждателя по АС, за исключением случаев реорганизации АО, если иное не предусмотрено соглашением приобретателя и отчуждателя акций.

При этом если правопреемником стороны АС становится общество, в отношении акций которого заключено соглашение, то договор прекращает свое действие за исключением случая, когда этим АС предусмотрено, что оно прекращает действие только в отношении АО и сохраняет силу в отношении остальных его сторон.

В ФЗ этот вопрос не урегулирован. В ГК есть примеры договоров, права и обязанности по которым переходят к правопреемникам, и договоров личного или исключительного характера, не предусматривающих правопреемство. Мы пока не знаем, по какому пути пойдет правоприменительная практика. В законопроекте предполагалось, что прекращение прав акционера на акции влечет прекращение действия АС, если иное в нем не предусмотрено. Представляется, что такой подход обоснован и в отсутствие прямого указания закона.

Резко изменилась ситуация по другой характеристике договора. В законопроекте предлагалось АС по умолчанию считать безвозмездным (п. 7), но стороны могли изменить это общее правило. В отсутствие какого-либо упоминания об этом в ФЗ должна применяться норма п. 3 ст. 423 ГК о презумпции возмездности.

Законопроект предусматривал АС заключенным на неопределенный срок (п. 6). В п. 5 ст. 32.1 ФЗ для конкретных лиц устанавливается обязанность уведомить АО о заключенном соглашении, в том числе о его сроке.

АС заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (п. 1 ст. 32.1 ФЗ).

АС могут быть предусмотрены способы обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из него, и меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение таких обязательств (п. 7 ст. 32.1 ФЗ).

Когда невозможно принудить к исполнению, в числе способов защиты прав участников АС прямо предусмотрены:

- возмещение причиненных нарушением АС убытков;
- взыскание неустойки (штрафа, пеней);
- выплата компенсации (твердой денежной суммы или суммы, подлежащей определению в порядке, указанном в АС) или
- применение иных мер ответственности в связи с нарушением АС.

Права участников АС, в том числе указанные, подлежат судебной защите.

В процессе обсуждения законопроекта была высказана идея о неснижаемой неустойке. Но победила общегражданская концепция, в соответствии с которой суд вправе снизить неустойку за неисполнение АС (ст. 333 ГК). Еще один вариант принуждения или побуждения стороны к исполнению АС – возможная угроза в виде штрафного опциона, выкупа акций или, по примеру американского права, возможной ликвидации общества. Эти варианты ФЗ прямо не предусмотрены,

но предмет АС позволяет включать в него обязательства сторон о распоряжении акциями и можно предусматривать опционы, т. е. обязательства одной стороны продать в будущем другой стороне акции в случае нарушения АС. Кроме того, перечень в п. 7 открытый и предусмотрено применение иных мер ответственности.

Наконец, рассмотрим вопрос об юридической силе АС. Согласно п. 4 ст. 32.1 ФЗ «Акционерное соглашение является обязательным только для его сторон». То есть нарушение соглашения не может быть основанием для признания недействительными решений органов общества, сделок, заключенных АО или любой из сторон соглашения. Для последнего случая законом предусмотрено одно исключение: «Договор, заключенный стороной акционерного соглашения в нарушение акционерного соглашения, может быть признан судом недействительным по иску заинтересованной стороны акционерного соглашения только в случаях, если будет доказано, что другая сторона по договору знала или заведомо должна была знать об ограничениях, предусмотренных акционерным соглашением» (п. 4 ст. 32.1 ФЗ).

Для придания АС юридической силы в отношении третьих лиц рекомендует-ся созыв внеочередного ОСА и внесение основных положений соглашения в качестве изменений и дополнений в устав, их оформление в качестве локального правового акта или закрепление в рамках решения ОСА.

Формальным основанием может служить, например п. 3 ст. 11 ФЗ, согласно которому, помимо обязательных положений, устав АО может содержать и другие положения, не противоречащие самому акционерному закону и другим федеральным законам.

Могут ли положения АС отклоняться от норм, содержащихся в уставе общества? С одной стороны, устав регулирует только отношения между АО и акционером и не затрагивает отношения между акционерами. С другой – согласно п. 2 ст. 11 ФЗ требования устава общества обязательны для исполнения его акционером.

Если всё можно урегулировать в уставе, то зачем АС? Несмотря на то, что устав АО обладает большей юридической силой по сравнению с АС, последнее имеет ряд преимуществ. Это конфиденциальность, так как соглашение является частным документом, оформляющим отношения сторон, в котором, кроме того, могут содержаться специальные требования о конфиденциальности. Поэтому в АС можно прописать такие деликатные моменты, как, например, вознаграждение директоров. В отличие от законопроекта, по которому условия АС могли составлять коммерческую тайну его сторон либо охраняться в качестве конфиденциальных иным образом (п. 10), п.п. 5 и 6 ст. 32.1 ФЗ предусматривают обязанность предоставления информации о соглашении под угрозой ограничения числа голосов в распоряжении лица, не исполнившего предписание закона. Но установлены ограничения по субъектному составу – это:

- обязанное лицо – «приобретшее в соответствии с акционерным соглашением право определять порядок голосования на общем собрании акционеров по акциям общества, выпуск эмиссионных ценных бумаг которого сопровождался регистрацией их проспекта, ... если в результате такого приобретения это лицо самостоятельно или совместно со своими аффилированными лицом или лицами прямо либо косвенно получает возможность распоряжаться более чем 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 или 75 процентами голосов по размещенным обыкновенным акциям общества» (п. 5 ст. 32.1 ФЗ),

- получатель информации – АО.

В ФЗ «О РЦБ» ситуация выглядит иначе. В ст. 30 речь идет не о предоставлении, а о раскрытии информации, т. е. об «обеспечении ее доступности всем заинтересованным в этом лицам независимо от целей получения данной информации в соответствии с процедурой, гарантирующей ее нахождение и получение».

В случае регистрации проспекта ценных бумаг эмитент обязан осуществлять раскрытие информации в двух формах. Одной из них являются сообщения о существенных фактах (событиях, действиях), касающихся финансово-хозяйственной деятельности эмитента эмиссионных ценных бумаг. В их число входят сведения о приобретении лицом или лицами акций АО-эмитента, выпуск ценных бумаг

которого сопровождался регистрацией их проспекта, или права по соглашению с акционером определять порядок голосования по таким акциям на ОСА, если в результате этого приобретения лицо самостоятельно или совместно со своими аффилированными лицами прямо или косвенно получает возможность распоряжаться более чем 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 или 75 процентами голосов по размещенным обыкновенным акциям АО-эмитента. Такие лица обязаны уведомить эмитента и регистрирующий орган (ФСФР или иной).

Открытыми остаются вопросы о статусе ФАС и ее территориальных органах и о необходимости получения от них разрешения на такие соглашения.

Ограничен и объем информации, доводимой до АО (п. 5 ст. 32.1 ФЗ).

Еще одно преимущество АС перед уставом – широкий круг обязательств. Устав накладывает обязательства на участников компании только как акционеров, а соглашение может также предусматривать дополнительные обязательства этих лиц в качестве директоров, кредиторов или представителей.

Наконец, порядок внесения изменений АС в отличие от устава может быть изменён только по взаимному согласию сторон или предусматривать другой порядок внесения изменений.

Страны (в зависимости от юридической силы, соотношения с учредительными документами компании и от возможности применения мер ответственности, юрисдикционной формы защиты), признающие институт АС, делятся на три группы.

I. Страны, где положения АС зарегистрированной в этих юрисдикциях компании полностью признаются и подлежат принудительному исполнению как квази-учредительный документ.

В таких странах АС, не являющиеся обязательными для создания компании, в случае их заключения имеют силу учредительного документа, например, по вопросам компетенции органов управления соответствующей компании и процедуры принятия решений (что предполагает потенциальную возможность оспаривания принятых в нарушение соглашений решений органов управления).

II. Страны, где АС, положения которых не «продублированы» в учредительных документах компании, лишь частично подлежат принудительному исполнению.

Нарушение установленного АС порядка не позволяет признать недействительным решения органов управления АО, когда таковые были приняты хотя и в нарушение АС, но в соответствии с правом страны учреждения АО. В то же время акционер, чьи права ущемлены, может привлечь нарушившего к договорной ответственности, взыскав убытки и/или неустойку, а также в ряде случаев потребовать исполнения обязательств в натуре. Это группа, преобладающая по числу входящих в нее государств группа. т. е. часто отдается предпочтение правопорядку, обязывающему по отношению к инвесторам, акционерам не компанию, а других инвесторов.

III. Страны, в которых принудительное исполнение АС крайне затруднено или невозможно.

Соглашения между акционерами компании, учрежденной в такой юрисдикции, будут признаваться недействительными, по крайней мере, в части, предусматривающей порядок реализации прав акционеров, отличный от установленного национальным законодательством (т. е., по сути, именно в той части, ради которой соглашение и заключалось), как противоречащие ему.

При передаче спора в международный коммерческий арбитраж третьей страны и вынесения решения о привлечении нарушившего соглашение акционера к ответственности велик риск, что в стране инкорпорации компании в принудительном исполнении такого решения будет отказано (например, в силу оговорки о противоречии публичному порядку)¹.

¹ Статья V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 29.12.1958 г. (Нью-Йоркская конвенция) // Вестник ВАС. 1993. №8; Ст. 244 АПК; Ст. 36 Закона РФ от 07.07.1993 г. №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. №32. Ст. 1240.

С дополнением ФЗ ст. 32.1 Россия из третьей группы переместилась во вторую.

При таком многообразии АС необходима их классификация.

Из текста закона понятно, что есть возможность деления соглашений акционеров 1) по предмету регулирования и 2) по субъектному составу.

Обобщение богатого зарубежного опыта и его соотнесение с российской правовой системой позволило выработать следующую классификацию¹.

По предмету регулирования СА делятся на такие соглашения:

А. Соглашения в области корпоративного управления:

- 1) по особенностям формирования органов АО;
- 2) по компетенции органов управления;
- 3) по определению порядка голосования или принятия ряда решений.

Б. Соглашения, предметом которых выступает назначение некоторых должностных лиц компании, аудиторов и профессиональных консультантов компании.

В. Соглашения в сфере имущественных отношений:

1. О привлечении дополнительного финансирования акционерами.

2. О порядке покупки, продажи и размещения акций (об ограничении свободы распоряжения акциями).

Например, АС может предусматривать:

- установление обязанности не отчуждать или обременять акции в течение определенного срока (т. н. «*lockupperiod*»);
- преимущественное право приобретения акций другими акционерами;
- установление права одного акционера при определенных обстоятельствах (или в течение определенного срока) купить принадлежащие другому акционеру (акционерам) акции (с корреспондирующей обязанностью последнего/последних продать такие акции – т. н. «*calloption*»);
- установление права одного акционера при определенных обстоятельствах (или в течение определенного срока) продать принадлежащие ему акции другому акционеру (акционерам) (с корреспондирующей обязанностью последнего/последних купить акции первого – т. н. «*putoption*»);
- установление процедуры обязательного выкупа акций, принадлежащих одному акционеру, другим акционером или продажи акций таким другим акционером (по его выбору) первому акционеру, после получения таким другим акционером от первого требования сделать описанный выше выбор, по одинаковой цене за акцию, указанной в таком требовании (т. н. «русская (или техасская) рулетка»);
- право акционера потребовать от другого акционера, продающего свои акции третьему лицу, обеспечить покупку его акций таким третьим лицом на аналогичных условиях (т. н. «*tag-alongright*») – разновидность механизмов следования за сделкой (*tag along*);
- право акционера, продающего акции третьему лицу, потребовать от другого акционера обеспечения продажи им его акций такому третьему лицу (на аналогичных условиях) (т. н. «*drag-alongright*») – разновидность механизмов требования присоединения к сделке (*drag along*).

3. О распределении прибыли.

Г. Соглашения по организационно-техническим вопросам:

1) с обязательствами акционеров воздерживаться от конкуренции с АО, участниками которого они являются, в том числе обязательство не приобретать акции других компаний, конкурирующих с этой компанией;

2) о механизме разрешения «тупиковых ситуаций» (т. н. «*deadlocks*»).

Предусматривается особый порядок разрешения возникающих разногласий при принятии решения по различным вопросам деятельности АО, например, когда каждый из двух акционеров, владеющих по 50 % акций, не может обеспечить

¹ См. подробнее: Долинская В.В., Фалеев В.В. Миноритарные акционеры: статус, права и их осуществление / отв ред. В.В. Долинская; Сер.: Право корпораций: теория и практика. М. : Волтерс Клувер, 2010.

приятие выгодного для него решения из-за несогласия второго, что парализует работу всего АО;

3) о праве, применимом к АС, отличном от права страны учреждения АО;

4) о разрешении споров акционеров в международном коммерческом арбитраже.

По субъектному составу (и, в некоторой степени, предпосылкам заключения) выделяют соглашения:

- соинвесторов,
- миноритариев,
- между АО и его участниками.

Соглашение соинвесторов – это АС, заключаемое несколькими крупными акционерами/инвесторами с целью обеспечения управления компанией и ее активами за счет создания эффективного механизма согласования их интересов.

Как правило, оно заключается на стадиях создания АО, размещения ценных бумаг. На наш взгляд, они близки по предмету к договору о создании АО.

Соглашение миноритариев – АС, заключенное несколькими миноритарными акционерами для консолидированного влияния на управление компанией.

Последние делятся на два типа.

1. АС, имеющие целью улучшить положение всех миноритарных акционеров общества по сравнению с определенным законом минимумом и оградить их от злоупотреблений со стороны менеджмента и крупных акционеров.

Миноритарии, считающие себя «слабой стороной», часто настаивают на дополнительной защите своих интересов, закрепить которую можно двумя основными способами: 1) путем составления списка вопросов, отнесенных к исключительной компетенции ОСА, и таким образом требующих учета мнения миноритариев; 2) через предоставление миноритариям дополнительных прав при голосовании (установление повышенных порогов для принятия решения; наделение их дополнительными голосами для принятия решения по определенным вопросам на ОСА).

Встречаются соглашения, в силу которых у мажоритариев в определенных случаях возникает обязательство приобрести акции, принадлежащие миноритариям, по требованию последних.

Участником таких АС обычно выступает само АО, на которое ложится дополнительная обязанность по исполнению соглашения другими участниками.

2. АС, заключаемые миноритариями с целью усиления влияния на управление компанией.

Они позволяют миноритариям установить т. н. «негативный контроль» над АО, что может отрицательно сказаться на его хозяйственной деятельности.

Известны случаи, когда акционер, владеющий незначительным количеством акций, создавал препятствия для деятельности АО и других акционеров (запрет органам управления выполнять свои функции, препятствия выплачивать зарплату работникам общества), причиняя при этом ущерб обществу и другим акционерам. Следует активно использовать нормы о запрете злоупотребления правом.

Но АС могут быть средством борьбы (иногда – превентивной) с гринмейлом, недобросовестным поведением миноритарных акционеров, если стороны соглашения договариваются о совместных действиях в таких негативных ситуациях против недобросовестных миноритариев.

Несмотря на то, что в немногочисленной судебной практике Российской Федерации по АС ранее наблюдались негативные тенденции¹, представляется, что это скорее вопросы МЧП и политики.

По неофициальной информации АС заключаются во многих крупных АО. Даже в отсутствие четкого правового регулирования складывалась практика заключения АС, которые в том числе являются средством коллективного осуществления прав миноритарных акционеров.

¹ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31.03.2006 г. по делу № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11); Каржавина Н.С. Указ. соч.

Надеемся, что с легализацией этого института такое средство будет применяться эффективней. Представляется, что при реструктуризации ФЗ в главу «Акционеры и их права» необходимо включить, расширив рамки действующей ныне ст. 32.1, нормы по АС – о способах осуществления прав акционеров.

В ожидании изменения акционерного законодательства предложенную схему можно использовать в локальных правовых актах АО, в частности в уставе и кодексе корпоративного управления.

О НЕОБХОДИМОСТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ, В ТОМ ЧИСЛЕ О ВИНЕ

Шепель Тамара Викторовна

В настоящее время в литературе значительное количество исследований посвящено правовой ответственности. Несмотря на достижения в разработке её теоретических аспектов, многие из них, в том числе и вина, продолжают оставаться дискуссионными.

В римском праве не существовало общего определения понятия вины, она характеризовалась через формы. В дореволюционном гражданском законодательстве России также не было общей нормы о вине. Гражданское законодательство зарубежных стран в подавляющем большинстве случаев не содержит такой нормы¹. Долгое время в советской цивилистической литературе специально не анализировалась правовая категория вины. Её характеризовали через формы (умысел и неосторожность) и считали это достаточным для понимания сущности вины². Названный подход к определению вины О.С. Иоффе метко назвал «перечневым»³.

Между тем В.Т. Смирнов совершенно справедливо отмечал, что если бы было ограничиться определением вины лишь через ее виды («формы»), то не было бы и самой проблемы вины⁴. Аналогичная мысль была высказана в свое время Г.К. Матвеевым, который считал, что разработанность учения о вине уголовно-правовой наукой не освобождает цивилистов от ее исследования. Несмотря на общность понятия вины в советском праве, вина в гражданском праве имеет ряд существенных специфических черт и зачастую приобретает особый смысл: «вина юридического лица», ответственность «за чужую вину», случаи «безвиновной» ответственности⁵.

Вина, как и противоправное деяние, является собирательным понятием. Оно имеет общий характер и должно включать в себя единые признаки, присущие всем ее формам и видам. Гражданский кодекс РФ, в отличие от прежних гражданских кодексов, впервые содержит определение понятия вины. По мнению сторонников «объективистской» концепции вины, в этом определении нашел отражение именно объективный подход. Причем его появление они расценивали как начало кардинальных изменений направления исследований вины в гражданском праве, «ранее сориентированных на усиленно насаждаемые в цивилистике уголовно-

¹ См.: Бутенко Е.В. Вина в нарушении договорных обязательств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2002. С. 10–12.

² См.: Гражданское право / под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина. Т. 1. М., 1944. С. 322, 326, 345; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 330–336; Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1953. С. 80–86.

³ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. II. М., 2000. С.491.

⁴ Смирнов В.Т. Рецензия на книгу В.А. Тархова «Обязательства, возникающие из причинения вреда» // Правоведение. 1958. № 1. С. 130.

⁵ Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. М., 1955. С.170.

правовые подходы к пониманию вины...»¹. Однако их надежды не оправдались. В цивилистической литературе продолжает оставаться господствующим понимание вины как психического отношения правонарушителя к своему противоправному поведению и его последствиям (А.М. Белякова, Т.И. Илларионова, Н.С. Малевин, Г.К. Матвеев, В.Т. Смирнов, А.А. Собчак и др.). В цивилистической литературе последних лет многие авторы также придерживаются «психологической» концепции вины (Е.В. Бутенко, О.В. Дмитриева, А.А. Тебряев, А.Ю. Францифоров, Ю.В. Францифоров, В.А. Хохлов и др.).

Такое понимание вины на самом деле сформировалось в цивилистике под влиянием исследований в области уголовного права. И в этом нет ничего предосудительного. В уголовном праве правовая ответственность наиболее ярко выступает как личная ответственность физических лиц. Поэтому в центре исследований ученых всегда находились и находятся вопросы их психического отношения к совершенному преступлению и его последствиям. В уголовно-правовой литературе господствует представление о вине как особом психическом явлении, как о психическом отношении лица, совершившего общественно опасное деяние, преследуемое уголовным законом². Хотя существует и другая (оценочная) концепция вины, согласно которой суть вины составляет отношение общества к противоправному поведению правонарушителя и последствиям этого поведения³.

В любом случае сторонники «психологического» понимания вины ее суть видят в психическом отношении. Отношение к вине у психологов и правоведов неодинаковое. Юристы при описании данного феномена ссылаются на необходимость наличия психологических познаний для точного определения содержания вины. Однако сама психология не знает данного понятия, считая вину чисто юридической дефиницией. Формы вины – умысел и неосторожность – также не имеют готовых психологических аналогов⁴.

В цивилистике виновное психическое отношение глубоко не исследуется. Характеристика, как правило, ограничивается указанием на наличие такого психического отношения при вине, без детального его анализа. Конечно, это не означает, что психологические аспекты вины не исследовали в гражданско-правовой литературе. Однако акцент делался в основном на волевом компоненте вины. Особенно значительный вклад в разработку воли при вине внес В.А. Ойгензихт, работы которого до сих пор в цивилистике являются базовыми⁵. Вместе с тем вина представляет собой один из видов психических отношений к окружающей действительности. Поэтому для уяснения сущности вины необходимо иметь представление о свойствах, присущих данному психическому отношению.

Представляется, что это отношение как особое психологическое явление обладает определенными сущностными признаками:

1) вина выступает *сознательным* отношением субъекта, при котором адекватно отражается окружающая действительность и ее явления;

2) вина выступает не только *сознательным*, но и *осознанным* отношением. Несмотря на терминологическое сходство понятий «сознание» и «осознание», между этими психологическими категориями существуют различия. Сознание мы понимаем как общее свойство всех проявлений психики человека. Обладая сознанием, субъект способен адекватно относиться к окружающей действительности. Осо-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М., 1998. С. 582.

² См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть : курс лекций. М., 2000. С. 223; Нерсисян В.А. Неосторожная вина: проблемы и решения // Государство и право. 2000. № 4. С. 59; Он же. Понятие и формы вины в уголовном праве // Правоведение. 2002. № 2. С. 67, 68 и др.; Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под ред. Б.В. Здравомыслова. М., 2000. С. 157 и др.

³ Анализ различных концепций вины в теории уголовного права изложен, в частности, С. Складовым. См.: Складов С. Проблемы определения понятия вины в уголовном праве России // Уголовное право. 2003. № 2. С. 71–74; Векленко С.В. Сущность, содержание и формы вины в уголовном праве // Правоведение. 2002. № 9. С. (132).

⁴ См.: Ситковская О.Д. Психология уголовной ответственности. М., 1998. С. 27–28; Векленко С.В. Указ. ст. С. 129.

⁵ Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972; Он же. Воля и волеизъявление (очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983.

знание имеет более узкое значение и предполагает понимание значения каких-то определенных действий. Осознанность – это общая черта, присущая вине и ее формам. Исключение составляет неосторожность, при которой не осознается результат противоправного деяния. При неосторожности существует лишь абстрактное предвидение возможных в будущем неблагоприятных последствий. Но неосторожность не была бы формой вины, если бы в ней не проявлялось психическое отношение. Однако такое осознанное психическое отношение субъект проявляет только к своему противоправному деянию, а не к его результату;

3) в психическом отношении при вине возникают определенные эмоции, чувства правонарушителя, которые, как правило, имеют негативную окраску. Виновиный правонарушитель при совершении противоправного деяния выражает *отрицательное отношение или пренебрежение* к ним, хотя не исключено и безразличное отношение к установленным в обществе общеобязательным правилам поведения. Ученые, исследовавшие вину в гражданском праве, выделяют такой её признак, как отрицательное отношение правонарушителя к интересам общества и граждан, совершенно справедливо полагая, что этот признак позволяет отграничить вину от других форм субъективного отношения к поведению и его результату. Этот дополнительный признак вины был впервые назван О.С. Иоффе¹ и в настоящее время признан большинством цивилистов.

Для виновного психического отношения характерно определенное сочетание интеллектуальных и волевых моментов, которое является определяющим при установлении форм вины, разграничении умысла и неосторожности. При этом для понимания сущности самой вины варианты сочетания интеллектуальных и волевых критериев значения не имеют. Для вины важно наличие самого психического отношения к противоправному деянию и его результату, в котором отражается пренебрежение или безразличие к интересам государства и общества;

4) негативное отношение правонарушителя к интересам государства и общества проявляется в *выборе* среди всех имеющихся у него вариантов поведения *противоправного варианта*.

Многие авторы расценивают выбор правонарушителем варианта поведения, противоречащего нормам права и субъективным правам, как дефект (порок) его воли, и именно в этом видят суть вины. В частности, Г.К. Матвеев считал, что правонарушением может считаться лишь такое противоправное действие лица, которое будет результатом его порочной воли². Т.И. Илларионова также полагала, что психическое отношение при вине проявляется в отношении к избираемому варианту поведения и его последствиям и свидетельствует об определенном пороке воли³.

Е.В. Бутенко определяет вину как «выраженную вовне умышленно или неосторожно такую волю должника, которая отлична от его воли, закрепленной в договоре...»⁴. То есть он считает, что выявление порочной воли в договоре само по себе достаточно для заключения о наличии вины. Но не только воля правонарушителя определяет вину. Скорее воля выступает следствием его отрицательного отношения к интересам общества. Вина представляет собой сложное явление, в котором присутствует взаимосвязь всех психических процессов, в том числе и волевых. Негативное отношение обусловлено эмоциями и чувствами, которые влияют на волю, обуславливают принятие решения, противоречащего интересам государства и общества.

Представляется, что осознанный выбор правонарушителем варианта поведения, противоречащего интересам государства и общества, нельзя рассматривать как порок его воли. Если у человека была возможность выбирать, т. е. различно поступать в одной и той же ситуации, когда объективно существует несколько вариантов возможного поведения или, по образному выражению В.Н. Кудрявцева, есть «веер возможностей»⁵, то дефект воли отсутствует. Из имеющихся вариан-

¹ Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С.113.

² Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. С. 136–148, 181.

³ Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск, 1982. С. 139–140.

⁴ Бутенко Е.В. Указ. соч. С. 14–15; 16–17.

⁵ Кудрявцев В.Н. Право и поведение. М., 1978. С. 103.

тов правомерного и противоправного поведения правонарушитель сознательно и осознанно выбирает вариант противоправного поведения.

В.Н. Кудрявцев совершенно справедливо отмечал, что механизмы правомерного и противоправного поступков содержат по форме те же психологические элементы, но наполненные разным социальным и идеологическим содержанием. В обоих случаях в механизмах поведения отражается внешняя среда, в которой действует человек и проявляется его личность. Конечно, поведение правонарушителя можно расценивать как неадекватное, если иметь в виду, что с точки зрения общества он действует неправильно, вопреки закону. Однако нельзя не видеть, что это поведение вполне соответствует тому субъективному значению, которое это лицо придает данному событию с учетом ограниченности кругозора, особенностей социальной ориентации, взглядов, интересов виновного и т. д.¹;

5) в вине проявляется не только отношение самого правонарушителя к своему противоправному поведению и его результату. Это отношение не имело бы значения для права, если бы само общество относилось к нему безразлично. Поэтому *второй составляющей вины является отношение самого общества к правонарушению и субъекту, его совершившему*. В этом отношении содержится оценка неправомерного поведения сознательного индивида с точки зрения реально существующих в конкретный исторический период и одобряемых большинством членов общества правил поведения.

Наряду с психологической доктриной вины существует и другая, «объективистская», или «поведенческая» концепция вины, суть которой сводится к тому, что вина должна определяться через объективные, а не субъективные признаки. По мнению сторонников этой концепции – Б.И. Пугинского, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского и Е.А. Суханова, вина представляет собой принятие мер по предотвращению неблагоприятных последствий своего поведения². Конечно, любая научная концепция вины имеет право на существование. Но при игнорировании элементов психического отношения правонарушителя к своему противоправному поведению и его результату возникает опасность возврата к тому самому принципу объективного вменения, от которого долгие годы пытались отойти ученые, исследующие правовую ответственность. И первый шаг в этом направлении – размывание границы между противоправным поведением и виной. Вина неразрывно связана с другим обязательным условием правонарушения – противоправностью поведения. Однако эта неразрывная связь не должна приводить к их отождествлению. Вина характеризует лишь внутреннее психическое отношение правонарушителя к совершенному деянию. Само противоправное деяние и его последствия – это выраженный вовне объективный результат такого отношения.

Приверженцы «объективистской» теории вины считают, что в определении понятия вины, предусмотренного ст. 401 ГК РФ, заложен именно объективный подход. При этом они ссылаются на ч. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ, где невиновность лица характеризуется как принятие всех мер для надлежащего исполнения обязательства, которые требовались от него по характеру обязательства и условиям гражданского оборота.

В литературе такой взгляд на законодательное определение вины совершенно обоснованно подвергают сомнению. В частности, В.А. Хохлов отмечает, что так называемый «объективный критерий» содержит и элементы субъективного. Внимательность и заботливость являются психологическими категориями, свидетельствующими об определенной степени активности психических процессов человека. Они находятся в плоскости субъективной реальности и относятся к его личным (внутренним) критериям. О.В. Дмитриева также считает, что внимательность и заботливость служат показателями определенной степени интеллектуальной и волевой активности³. Кроме того, по мнению некоторых авторов, в анали-

¹ Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. М., 1986. С. 16–161.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 582–613; Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 151–153 и др.; Гражданское право : в 2 т. Т. 1 : учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2000. С. 449.

³ Дмитриева О.В. Ответственность без вины в гражданском праве : учеб. пособие. Воронеж, 1997. С. 36.

зируемой части ст. 401 ГК РФ речь все же идет не о вине, а о невиновности. Причем в законе говорится о признании виновным, что не позволяет смешивать содержащееся в части второй правило с характеристикой самой невиновности. Признание виновным – это лишь итог определенного исследовательского процесса¹.

Определение понятия вины дается в ч. 1 п. 1 анализируемой статьи, причем через ее формы: умысел и неосторожность, которые, безусловно, являются субъективными психологическими категориями. Кстати, этого не отрицают и сторонники объективной вины². Умысел и неосторожность различаются по степени отношения интеллектуального и волевого моментов психического отношения. Поэтому утверждение о том, что Гражданский кодекс РФ отказался от понимания вины как психического отношения, представляется несколько категоричным и не находит подтверждения при анализе п. 1 ст. 401 ГК РФ.

Согласно концепции объективной вины ст. 401 ГК РФ является общей нормой о вине как условия гражданско-правовой ответственности независимо от ее вида. Определение понятия вины, предусмотренное данной статьей, распространяется как на договорную, так и на деликтную ответственность.

Однако это не соответствует истинному положению вещей. Статья 401 ГК РФ расположена в гл. 25, именуемой «Ответственность за нарушение обязательств». В нормах, содержащихся в этой главе, речь идет об ответственности за нарушение уже существующего обязательства. Деликтное обязательство возникает только в момент причинения вреда, до его причинения оно не существует. Причинением вреда нарушаются, как правило, абсолютные правоотношения, обязательства не являющиеся. Поэтому применение ст. 401 ГК РФ к случаям деликтной ответственности нельзя считать правомерным. Условия ответственности за причинение вреда названы в другой норме – ст. 1064 ГК РФ. Правда, в ней не дается определение понятия вины как условия деликтной ответственности, но нет и отсылки к п. 1 ст. 401 ГК РФ. В литературе высказано мнение, что поскольку в законодательстве отсутствует определение понятия вины причинителя вреда, то при привлечении его к ответственности нужно по аналогии применять п. 1 ст. 401 ГК РФ³.

Мы не разделяем данную позицию. Договорная и деликтная ответственность существенно отличаются друг от друга. Различия наблюдаются в субъектном составе; условиях ответственности, в том числе ответственности без вины; основаниях освобождения от ответственности и уменьшения ее размера. Более целесообразным представляется закрепление в ГК РФ общей нормы о гражданско-правовой ответственности и ее условиях, в том числе и о вине.

Сказанное позволяет сделать следующие выводы.

1. Вина представляет собой сознательное, осознанное психическое отношение правонарушителя к своему противоправному поведению и его результату, проявляющееся в пренебрежении или безразличии к интересам государства и общества и, соответственно, в выборе противоправного, антисоциального варианта поведения. Помимо названного отношения, составляющей вины выступает отношение самого общества к правонарушителю и его поведению, однако приоритет при характеристике вины отдается первому отношению.

2. В Гражданском кодексе РФ нет статей, посвященных общим положениям о гражданско-правовой ответственности, в том числе основанию и условиям её возникновения, а также основаниям освобождения от ответственности, однако необходимость такого института не вызывает сомнений. Подготовка предложений по содержанию данного института является нашей перспективной задачей. В любом случае одна из его норм должна предусматривать общее основание и условия гражданско-правовой ответственности.

¹ См.: Ровный В.В. Проблемы единства российского частного права. Иркутск, 1999. С. 248; Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1997. С. 140.

² См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 613.

³ См.: Дмитриева О.В. Указ. соч. С. 122.

Предположительно она должна состоять из трех пунктов. Первый должен быть посвящен основанию и условиям ответственности за вину. Во втором пункте предлагаемой нормы необходимо оговорить основание и условия ответственности без вины. В третьем пункте могут быть предусмотрены общие основания освобождения от гражданско-правовой ответственности, а также оговорены особые правила освобождения от договорной и деликтной ответственности.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕЖИМА МАШИНО-МЕСТА В ПОДЗЕМНЫХ ПАРКОВКАХ В АСПЕКТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Качур Нина Федоровна

Строительство жилых домов с подземными автопарковками становится веянием времени, приобретает широкое распространение на практике. На смену громоздким наземным гаражам приходят более вместительные подземные парковки или паркинги, рассчитанные на большое количество автомобилей. Автопарковки решают серьезную проблему всех крупных городов – нехватку земельных участков, особенно в условиях точечной застройки. При этом строительство подземных автопарковок или гаражей-стоянок осуществляется, как правило, в многоквартирных жилых домах, а также в иных зданиях, например, в гостиницах, гостинично-туристических комплексах и т. д. Появился и новый термин – «машино-место», или парковочное место. Отсюда проблемы определения правового статуса машино-мест и регистрации прав на парковочные места, которые требуют пристального внимания.

Особую актуальность данные проблемы приобретают в деятельности регистрационных органов, которые сталкиваются с двумя вопросами – о возможности государственной регистрации:

- договоров участия в долевом строительстве, согласно которым застройщик обязуется в предусмотренный договором срок своими силами или с привлечением других лиц построить подземную автопарковку на несколько машино-мест и после получения разрешения на ввод в эксплуатацию жилого дома передать инвестору одно или несколько машино-мест;
- права собственности на машино-место.

Специальное законодательное решение этой проблемы на федеральном уровне отсутствует, в гражданском законодательстве нет законодательных положений о правовом положении машино-места. Правда, в п. 3 Налогового кодекса РФ говорится об особенностях определения налогооблагаемой базы при передаче имущественных прав, в том числе участниками долевого строительства, на жилые дома, жилые помещения, гаражи и машино-места. На региональном уровне упоминаются подземные гаражи-стоянки, как правило, в связи с отводом земельных участков под строительство многоквартирных жилых домов. Особенно широкое распространение получила практика строительства зданий с подземными автопарковками в Москве и других крупных городах¹.

¹ В многочисленных распоряжениях Правительства Москвы, посвященных строительству зданий с подземными автопарковками, а также в инвестиционных контрактах устанавливается процентное распределение площади или количества машино-мест между городом и застройщиком. См., например: Постановление Правительства Москвы от 2 августа 2005 г. № 564-ПП «О долевом финансировании строительства многофункционального жилого комплекса по адресу: ул. Вавилова, вл. 27-31 (Юго-Западный административный округ)» (п. 11.3), постановление Правительства Москвы от 1 апреля 2003 г. № 196-ПП «О строительстве офисно-жилого комплекса с подземным гаражом-стоянкой по ул. Верхняя Масловка, вл. 25 под офисно-жилой комплекс (Северный административный округ) // СПС «КонсультантПлюс».

Судебная практика представлена многочисленными и разнообразными спорами, связанными с решением тех или иных вопросов по поводу машино-мест¹. Регистрационные органы страны вопросы регистрации прав на машино-места решают по-разному: одни отказывают, другие регистрируют право собственности на машино-места.

Для ответа на поставленные вопросы прежде всего необходимо определить, что представляет собой машино-место, или парковочное место. Возможны несколько вариантов ответа:

- машино-место – *объект недвижимости*;
- машино-место – *общее имущество* многоквартирного дома;
- машино-место – *нежилое помещение или часть нежилого помещения*;
- машино-место – это *не вещь*, не *объект права*, не *объект недвижимости*.

В свете действующего гражданского законодательства машино-место *не может быть признано объектом недвижимости*, поскольку не обладает его признаками: не имеет тесной связи с землей, не может быть индивидуализировано, не имеет пространственных границ, не относится к незаменимым вещам и т. д. Тем самым оно не вписывается в перечень объектов недвижимости, предусмотренный ст. 130 ГК РФ.

Согласно ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ² машино-место не является предметом кадастрового или технического учета. Предметом кадастрового учета признаются объекты недвижимости – индивидуально-определенные вещи, обладающие уникальными характеристиками объекта недвижимости (ст. 1.7). В соответствии с названным законом осуществляется кадастровый учет следующих объектов недвижимости: земельных участков, зданий, сооружений, помещений, объектов незавершенного строительства.

По Градостроительному кодексу РФ объектами капитального строительства признают здание, строение, сооружение, объекты, строительство которых не завершено (ст. 1). Капитальность объекта характерна для созданных руками человека объектов недвижимости, к числу которых отнесение машино-места как элемента гаража или паркинга весьма сомнительно.

Парковочные места вряд ли можно признать и *общим имуществом многоквартирного дома*. В силу ст. 36 ЖК РФ, ст. 290 ГК РФ к общему имуществу собственников помещений в многоквартирном доме относится имущество, не являющееся частями квартир и предназначенное для обслуживания более одного помещения в данном доме. Машино-места, как и автопарковка в целом, не обслуживают жилые и нежилые помещения многоквартирного дома. Более того, инвесторами подземной автостоянки могут быть не только жильцы конкретного многоквартирного дома, но и лица, проживающие в других домах. Собственники жилых и нежилых помещений конкретного многоквартирного жилого дома, не имеющие прав на соответствующую автопарковку, не должны нести расходы по содержанию помещения автопарковки, поскольку не являются потребителями этих услуг.

Вместе с тем в помещении подземной автопарковки может находиться механическое, электротехническое, санитарно-техническое и иное оборудование, обслуживающее более одной квартиры. Правовая принадлежность такого помещения должна определяться с учетом всей документации на многоквартирный дом: разрешения на строительство, проект, целевое назначение соответствующего помещения и т. д. Для решения вопроса о правовой принадлежности подземного гаража-парковки необходимо изучить историю строительства здания и вопросы его финансирования.

Некоторые авторы, в частности Е.О. Трубачев³, с учетом востребованности практикой машино-мест в строениях в качестве самостоятельных объектов пра-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 15.05.2007 1518406, определение ВАС РФ от 29.10.2010 № ВАС-13894/10, определение ВАС РФ от 17.11.2010 № ВАС-14768/10, определение ВАС РФ от 29.10.2010 № ВАС-13894/10 // СПС «КонсультантПлюс».

² О государственном кадастре недвижимости: Федеральный закон от 24.07.2007 № 221-ФЗ (ред. от 27.12.2009) // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4017.

³ Трубачев Е.О. Нежилые помещения как объекты гражданских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2009. С.20.

ва собственности предлагают распространить на парковочные места *правовой режим нежилого помещения*. При этом решение проблемы границ нежилого помещения видят в обозначении долговременной маркировкой машино-мест в подземном этаже строения, чтобы третьи лица были информированы о границе и могли избежать неосознанного ее нарушения. Получается, что машино-место как самостоятельный объект недвижимости – это нежилое помещение в другом нежилом помещении.

Д.Е. Потяркин полагает, что в рамках тех объектов недвижимости, которые определены в качестве таковых российским законодательством, *машино-место наиболее точно характеризуется как нежилое помещение*¹. Завершая свое исследование, автор указывает, как можно установить правовой режим машино-места. Во-первых, это признание машино-места самостоятельным объектом гражданских прав, что де-факто и происходит. Во-вторых, собственник машино-места должен пропорционально нести бремя содержания общего имущества данного здания/сооружения².

Обратимся к понятию «помещение». В многочисленных нормативных правовых актах указывается, что помещение – это внутренне изолированная структурно обособленная пространственная часть здания, сооружения, имеющая определенное функциональное назначение и ограниченная строительными конструкциями.

В Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации указывается, что помещение само по себе не является ни вещью, ни составной частью такой вещи, как здание (строение, сооружение), и не может быть выделено из них. Тем более помещение не является недвижимой вещью. Помещение авторы концепции относят к фиктивным объектам или объектам в чисто юридическом смысле³.

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, созданной, в том числе и на базе названной концепции, под *помещением* предлагают понимать конструктивно и пространственно обособленную часть (трехмерный объем) внутри здания, пригодную для использования⁴.

Таким образом, помещение должно обладать признаком изолированности, что возможно с помощью установления пространственных границ по аналогии с жилым помещением (ст. 15 ЖК РФ). Возникает вопрос – разве можно долговременную маркировку машино-мест в подземном этаже здания, как правило, отмеченную белыми линиями на бетонном или асфальтовом полу, назвать пространственными границами объекта недвижимости? Отсутствие изолированности машино-места приравнивает его к заасфальтированным площадкам, которые в подавляющем большинстве случаев судебная практика не относит к объектам недвижимости.

Признание машино-места *частью нежилого помещения* также не решает проблемы. Часть недвижимого объекта должна обладать признаками целого объекта. Машино-место не обладает признаками изолированности, пространственной обособленности, характерными для нежилого помещения, следовательно, не может быть признано его частью. Кроме того, в настоящее время часть объекта недвижимости не ставится на кадастровый учет и не подлежит государственной регистрации.

Представляется, что нежилыми помещениями можно признать отдельные блок-секции или отдельные боксы в подземных гаражах по аналогии с упоминаемыми в п. 1 ст. 6 ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» блок-секциями многоквартирного дома.

¹ Потяркин Д.Е. Машино-место – особый вид имущества // Право и экономика. 2007. № 1.

² Там же.

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М. : Статут, 2009. С. 85.

Так, Федеральный арбитражный суд Московского округа, отказывая истцу в признании права собственности на конкретные машино-места, обоснованно указал, что в учетно-технической документации спорные объекты (здания) не разделены на секции. Машино-места как отдельные объекты не выделены¹.

Регистрационные органы чаще всего отказывают в регистрации договоров и права собственности на парковочное машино-место со ссылкой на то, что это не объект недвижимого имущества, а потому не может быть объектом долевого строительства и выступать предметом договора участия в долевом строительстве.

Действительно, в соответствии с п. 2 ст. 2 ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ *объектом долевого строительства* является жилое или нежилое помещение, общее имущество в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, подлежащие передаче участнику долевого строительства после получения разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости и входящие в состав указанного многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, строящихся (создаваемых) также с привлечением денежных средств участника долевого строительства.

Согласно п. 4 ст. 4 ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» договор участия в долевом строительстве должен содержать определение подлежащего передаче конкретного объекта долевого строительства в соответствии с проектной документацией застройщиком после получения им разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости. И далее, в п. 5 ст. 4 названного Закона указывается, что при отсутствии в договоре условий, предусмотренных ч. 4 настоящей статьи, такой договор не считается заключенным.

Кроме того, как установлено абз. 5 п. 1 ст. 21 ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», информация о проекте строительства должна соответствовать проектной документации и содержать информацию о количестве в составе строящихся (создаваемых) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости *самостоятельных частей (квартир в многоквартирном доме, гаражей и иных объектов недвижимости)*, передаваемых участникам долевого строительства застройщиком после получения разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, а также об описании технических характеристик указанных самостоятельных частей в соответствии с проектной документацией. Однако в представляемой на государственную регистрацию проектной декларации информация о количестве самостоятельных частей в составе многоквартирного дома или иного объекта недвижимости с подземной автостоянкой на несколько машино-мест и в описании их технических характеристик, как правило, отсутствует.

Кроме того, в представляемых на государственную регистрацию планах объекта также отсутствует информация о количестве помещений в составе здания с подземной автостоянкой на несколько машино-мест и планируемой площади каждого помещения.

Таким образом, в соответствии с действующим законодательством, парковочное место не может быть признано ни *нежилым помещением*, ни иным самостоятельным *объектом недвижимости*, ни *общим имуществом многоквартирного дома*. Значит, речь можно вести о праве собственности на подземную автостоянку в целом. т. е. подземный автостоянка – это единый объект недвижимости, нежилое помещение.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 17.06.2010 № КГ-А41/4490-10 по делу № А41-21793/09 // СПС «КонсультантПлюс».

Вместе с тем с учетом потребностей товарооборота, распространенности данного объекта на практике закон может отнести машино-место к числу *иных самостоятельных объектов недвижимости*.

И не менее важным представляется иной вопрос: как узаконить права на подземную автопарковку либо отдельное машино-место?

С учетом действующего законодательства возможны следующие варианты оформления прав инвесторов на автопарковку:

1. Застройщик может заключать один договор участия в долевом строительстве нежилого помещения – автопарковки со множественностью лиц на стороне инвестора с определением доли каждого инвестора, а в дальнейшем, после ввода указанного нежилого помещения в эксплуатацию, передать его в общую долевую собственность всем участникам долевого строительства по одному акту приема-передачи. Номер машино-места при регистрации права на автопарковку не указывается, поскольку в соответствии со ст. 247 ГК РФ пользование и владение общим имуществом осуществляется по соглашению всех участников общей собственности. Домовладельцы вправе самостоятельно распределить машино-места в подземном гараже или определить иной порядок его использования в соответствии с целевым назначением. На практике такой вариант повлечет ряд проблем: весьма затруднительна регистрация данного договора, поскольку требуется присутствие всех дольщиков, правда, не исключено заключение договора с различными дольщиками в разное время; затруднительно подписание всеми дольщиками акта приема-передачи; определенные сложности могут возникнуть при продаже доли в праве общей долевой собственности на нежилое помещение в связи с необходимостью соблюдения требований ст. 250 ГК РФ и т. д.

2. Застройщик может осуществить строительство подземной автопарковки без привлечения денежных средств участников долевого строительства, т. е. за счет собственных средств. После ввода в эксплуатацию зарегистрировать право собственности на автопарковку, после чего произвести отчуждение долей в праве собственности на нежилое помещение – автопарковку по договору купли-продажи. Вариант не слишком привлекателен для застройщиков, поскольку требует значительных финансовых затрат. Кроме того, с формальных юридических позиций есть проблема трансформации единого права собственности в общую долевую собственность.

3. Застройщик по окончании строительства подземной автопарковки без привлечения денежных средств участников долевого строительства может зарегистрировать право собственности на нежилое помещение на свое имя и передать его в аренду товариществу собственников жилья или заключить договор аренды с собственниками жилых или нежилых помещений со множественностью лиц на стороне арендатора либо с каждым в отдельности.

4. Участники долевого строительства, профинансировавшие строительство подземной автопарковки, могут создать некоммерческую организацию с целью эксплуатации и содержания соответствующего нежилого помещения, например, гаражный кооператив, уступив ему свои права требования к застройщику перед сдачей многоквартирного дома в эксплуатацию.

5. В связи с тем, что при строительстве новых домов для управления ими создаются, как правило, товарищества собственников жилья, то возможен вариант приобретения ими нежилого помещения в собственность с последующим предоставлением собственникам жилых и нежилых помещений в данном доме, а также любым другим лицам, проживающим в других домах, права пользования машино-местами по договору аренды.

Не исключены и другие варианты решения вопроса оформления прав на автопарковку и машино-мест в ней.

Вывод: спорность и неоднозначность решения затронутых вопросов свидетельствуют о необходимости пристального внимания к ним законодателей, практиков и ученых.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ПОНЯТИЯ КОНКУРСНОЙ МАССЫ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО ДОЛЖНИКА

Шишмарева Татьяна Петровна

Категория «конкурсная масса» – одна из основных в институте несостоятельности. И хотя легальное определение конкурсной массы дано в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹, содержание этой категории вызывает дискуссии.

Законодатель определяет конкурсную массу как все имущество должника, имеющееся на момент открытия конкурсного производства и выявленное в ходе конкурсного производства (п. 1 ст. 131). В других правопорядках при определении конкурсной массы обычно исходят из таких же принципов. Пожалуй, лишь в конкурсном законодательстве ФРГ до 1 января 1999 г. существовало иное легальное понятие конкурсной массы, где под конкурсной массой понималось лишь имущество, имеющееся у несостоятельного должника ко времени открытия конкурсного производства (S. 1 § 1 Konkursordnung²). Даже в правопорядках, тесно связанных с немецким (как, например, в австрийском), указанному принципу не следовали. При создании Konkursordnung 1877 г. немецкий законодатель исходил из возможности предоставить должнику уже на стадии конкурсного производства новое существование³. Действующий Insolvenzordnung (§ 35) содержит иное легальное определение массы несостоятельного должника, аналогичное российскому⁴.

Понятие «конкурсная масса» в доктрине служит предметом дискуссий, прежде всего, с точки зрения содержания данного понятия. При этом под конкурсной массой понимают имущество должника, имеющееся у него в ходе конкурсного производства, состав которого оценивается неоднозначно.

Понятие имущества в гражданском праве употребляется в нескольких значениях. Поэтому неоднозначно оценивается и конкурсная масса должника. Г.Ф. Шершеневич писал, что «...с юридической стороны конкурсная масса составляет объект удовлетворения конкурсных кредиторов»⁵ и определял ее как «...совокупность прав вещных и обязательственных, как существующих в момент объявления несостоятельным, так и приобретаемых затем должником в течение всего конкурсного производства»⁶. Г.Ф. Шершеневич в своем определении конкурсной массы не включает в ее состав долги, исходя из функционального назначения конкурсной массы. Аналогичное определение конкурсной массы используется и в современной доктрине⁷.

Конкурсную массу определяют и более широко. В этом случае в составе конкурсной массы выделяют ее актив и пассив⁸. Актив массы образуют вещи и имущественные права или используется понятие «масса, подлежащая разделу»⁹. Под пассивной конкурсной массой «...понимается совокупность требований на несо-

¹ О несостоятельности (банкротстве): ФЗ от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ (в ред. от 22.04.2010 г.) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2010. № 17. Ст. 1988.

² Konkursordnung vom 10 Februar 1877 (BGBl. III 311 – 4).

³ Insolvenzordnung: Kommentar / hrsg. von Stefan Smid. Erl.von Norbert Fehl... Stuttgart; Berlin; Koeln: Kohlhammer, 1999. S. 212–214.

⁴ Insolvenzordnung. Vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S 2866).

⁵ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. С. 359.

⁶ Там же. С. 358.

⁷ См.: Российское гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 219.

⁸ См.: Белых В.С., Дубинчин А.А., Скуратовский М.Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства). С. 178–181; Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht 4., neubearb. Auflage. Mohr Siebeck, 2005. S. 103.

⁹ См.: Bork R. Указ. соч. С. 103.

стоятельного должника, подлежащих удовлетворению из конкурсной активной массы...»¹ или долговая масса².

В литературе в составе конкурсной массы выделяют долги применительно к продаже предприятия должника для случаев, когда предметом купли-продажи выступает именно имущественный комплекс³ или любые обязанности имущественного характера⁴. Включение долгов в конкурсную массу как элемент имущественного комплекса основано на соответствующих положениях гражданского законодательства. Долги как составная часть имущества соответствуют его широкому значению.

Конкурсную массу иногда понимают как некий «имущественно-правовой комплекс, включающий в себя не только вещи и вещные права должника, но и другие имущественные права должника (обязательственные, творческие, наследственные)»⁵. На наш взгляд, конкурсная масса не является имущественным комплексом, поскольку она не представляет какого-либо имущественного единства, а лишь совокупность вещей и имущественных прав, а также обязанностей, если речь идет о конкурсной массе в широком смысле.

Мы считаем, что включение в конкурсную массу права наследования не представляется оправданным. Реализация права наследования возможна исключительно самим должником, который не утрачивает дееспособности в конкурсном производстве. Именно должник принимает наследство или отказывается от него, даже если над его имуществом введено конкурсное производство, без какого-либо участия конкурсного управляющего. Переход права собственности на вещи к наследнику означает возможность их включения в конкурсную массу. В некоторых случаях момент возникновения права собственности на недвижимые вещи не зависит от государственной регистрации права собственности. Так, в соответствии с п. 4 ст. 1152 ГК РФ принятое наследство принадлежит наследнику на праве собственности со дня открытия наследства независимо от момента государственной регистрации.

Существует и более узкое понятие конкурсной массы, под которой понимается «имущество, готовое к распределению между кредиторами, т. е. денежные средства, полученные от реализации имущественной массы»⁶, при этом традиционное понятие «конкурсная масса» предлагается заменить понятием «имущественная масса». Отметим, что между конкурсной массой в стадии ее формирования и денежной суммой, полученной в результате реализации имущества, могут существовать определенные различия в связи с исключением из имущества должника определенной его части или неликвидностью части массы. Цель конкурсного производства – удовлетворение требований кредиторов, осуществляемое в денежной форме. Однако вряд ли правильно обозначать с помощью двух понятий одно и то же имущество должника на разных этапах конкурсного производства.

Состав конкурсной массы

Следует уточнить, какое имущество входит в состав конкурсной массы. По мнению К. Беккера, в конкурсную массу включаются телесные и бестелесные вещи, движимые и недвижимые вещи – это и отдельные вещи, и имущественные комплексы (предприятия, практики, канцелярии) с goodwill, а также ответственность руководителя юридического лица по отношению к обществу⁷.

Таким образом, конкурсную массу в широком смысле составляют вещи, имущественные права, а также долги несостоятельного должника. В ходе конкурсного

¹ См.: Белых В.С., Дубинчин А.А., Скуратовский М.Л. Указ. соч. С. 180.

² BorkR. Указ. соч. С. 103.

³ Попондопуло В.Ф. Конкурсное право: Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) : учеб. пособие. С. 215.

⁴ Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» : постатейный научно-практический / под ред. В.Ф. Попондопуло. 2 изд., доп. М. : Омега-Л, 2003. С. 284.

⁵ Попондопуло В.Ф. Указ. соч. С. 215.

⁶ См.: Телюкина М.В. Конкурсное право: Теория и практика несостоятельности (банкротства). С. 328.

⁷ См.: Becker Ch. Insolvenzrecht. Carl Heymanns Verlag. 2005. S. 128, 129.

производства возможно изменение размера конкурсной массы посредством возврата имущества, принадлежащего должнику, при признании сделок недействительными, изъятия имущества, не принадлежащего должнику при предъявлении виндикационного иска, а также, как отмечает К. Беккер, за счет привлечения к ответственности единоличного органа должника или учредителей (участников), членов органа управления должника, членов ликвидационной комиссии (ликвидатора) в соответствии со ст. 10 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Вещи, принадлежащие должнику на праве общей долевой собственности, не могут быть включены в конкурсную массу, в конкурсную массу включается доля в праве собственности. Если несостоятельный должник является собственником вещи на праве совместной собственности, то предварительно требуется определить долю каждого из сособственников. Обращение взыскания на долю производится в соответствии со ст. 255 ГК РФ.

Имущественные права также составляют элемент конкурсной массы. Имущественные права неоднородны. Как было указано ранее, в конкурсной массе называют обязательственные и исключительные права.

В составе конкурсной массы, на наш взгляд, необходимо выделить и корпоративные права, принадлежащие несостоятельному должнику. Корпоративные права также имеют имущественную природу¹. Доля в уставном капитале хозяйственных обществ, доля в складочном капитале хозяйственных товариществ, пай в производственном кооперативе – объекты взыскания по долгам их учредителей (ст. ст. 76, 80, п. 5 ст. 111 ГК РФ). Учредители (участники) акционерных обществ являются владельцами акций, которые также включаются в состав конкурсной массы.

ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в отличие от ФЗ «Об исполнительном производстве» не конкретизирует виды имущественных прав, на которые может быть обращено взыскание по долгам несостоятельного должника. Учитывая сходство конкурсного производства и исполнительного производства в части объектов, на которые может быть обращено взыскание, следует обратиться к положениям ФЗ «Об исполнительном производстве»², в котором, в частности, названа дебиторская задолженность, право требования в качестве взыскателя по исполнительному документу, право долгосрочной аренды недвижимого имущества (ч. 1 ст. 75). Представляется, что указанные имущественные права входят и в конкурсную массу несостоятельного должника.

Что касается использования понятия «творческие права», то хотелось бы отметить не совсем удачную формулировку, использованную В.Ф. Попондопуло, поскольку общепринятой категорией в цивилистике являются «исключительные права», которые по своей сущности представляют имущественные права и могут быть включены в состав конкурсной массы при определенных условиях, учитывая особую природу прав на результаты творческой деятельности.

Г.Ф. Шершеневич не допускал возможности включения авторского права в состав конкурсной массы: «Несмотря на свой имущественный характер, авторское право, установленное законом в обеспечение материального существования автора, не подлежит взысканию за долги последнего. Предметом взыскания могут быть только книги, отпечатанные и притом обращенные в продажу, рукописи же вовсе не принадлежат принудительному отчуждению»³.

В действующем ГК РФ отражен аналогичный подход. По общему правилу согласно п. 1 ст. 1284 ГК РФ не допускается обращение взыскания на принадлежащее автору исключительное право на произведение. В состав конкурсной массы может быть включено право требования автора к другим лицам при заключении

¹ См.: Российское гражданское право : учебник : в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М. : Статут, 2010. С. 65–66.

² Об исполнительном производстве: ФЗ от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ (в ред. от 27.09.2009 г., с изм. от 17.12.2009 г. // Собрание законодательства РФ. 2007. № 41. Ст. 4849; 2009. № 39. Ст. 4540; 2009. № 51. Ст. 6162.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М. : Фирма «Спарк». С. 257.

договоров об отчуждении исключительного права на произведения, а также по лицензионным договорам. В конкурсную массу включаются доходы, полученные автором от использования произведения. Подобным же образом регулируется законом и исключительное право на исполнение произведения (п. 1 ст. 1319 ГК РФ). Не допускается обращение взыскания на исключительное право, объектом которого является секретное изобретение (п. 5 ст. 1405 ГК РФ).

Если несостоятельным признается лицензиат, которому автор передает право на использование произведения, то исключительное право включается в состав конкурсной массы (абз. 2 п. 1 ст. 1284 ГК РФ). В конкурсную массу несостоятельного должника могут поступить материальные носители, собственником которых является должник¹.

Подобного ограничения не содержится в ГК РФ в отношении исключительных прав на такие объекты интеллектуальной деятельности, как изобретение, полезная модель, промышленный образец. В то же время ФЗ «Об исполнительном производстве»² предусматривает возможность обращения взыскания на исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, за исключением случаев, когда в соответствии с законодательством РФ на них не может быть обращено взыскание (п. 4 ч. 1 ст. 75).

Необходимо отметить, что вследствие обращения взыскания на имущество должника арендатор, залогодержатель и иные третьи лица, подвергающиеся опасности утратить свое право на имущество должника, могут за свой счет удовлетворить требования кредиторов без согласия должника (п. 2 ст. 313 ГК РФ). В этом случае к третьему лицу переходят права кредитора по обязательствам в соответствии со ст. ст. 382–387 ГК РФ.

Определенную проблему представляет включение в конкурсную массу заложенного несостоятельным должником имущества. Действующий закон «О несостоятельности (банкротстве)», как и закон 1998 г., включил в конкурсную массу имущество, обремененное залогом. Законом же «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» 1992 г. такое имущество было исключено из состава конкурсной массы.

В связи с предстоящими изменениями в ГК РФ в части регулирования залога в качестве вещного права необходимо внесение изменений и в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» о правовом статусе залогодержателей. В таком случае залогодержатели утрачивают статус конкурсных кредиторов и их требования должны удовлетворяться не из конкурсной массы, а исключительно из денежных средств, вырученных от продажи предмета залога. По действующему закону частичное удовлетворение требований залогодержателей происходит аналогичным образом, однако предмет залога включен в состав конкурсной массы, отдельно учитывается в составе имущества должника, а определенная доля денежных средств, вырученных от продажи предмета залога, направляется для удовлетворения требований текущих кредиторов.

Из конкурсной массы исключается имущество, изъятое из оборота; имущественные права, связанные с личностью кредитора, в том числе права, основанные на имеющейся лицензии; составляющее ипотечное покрытие имущество должника, осуществляющего эмиссию облигаций с ипотечным покрытием в соответствии с ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»; жилищный фонд социального использования; социально-значимые объекты, объекты культурного наследия (памятники истории и культуры) народов РФ, а также иные объекты, продажа которых осуществляется только на торгах в форме конкурса.

Имущество, изъятое из оборота, исключается из конкурсной массы по причине невозможности его оборота и подлежит передаче собственнику – государству. Передача такого имущества осуществляется в процедуре, предусмотренной п.п. 1–3 ст. 132 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Поскольку указанное имущество не принадлежит должнику на праве собственности, постольку

¹ Гаврилов Э. Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности как права, связанные с личностью автора // *Хозяйство и право*. 2008. № 9. С.

² Об исполнительном производстве: ФЗ от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ (в ред. от 27.09.2009 г., с изм. от 17.12.2009 г. // *СЗ РФ*. 2007. № 41. Ст. 4849; 2009. № 39. Ст. 4540; 2009. № 51. Ст. 6162.

в законе не закреплены правила о его возмездной передаче собственнику. Однако при нарушении собственником сроков приемки имущества на него возлагается обязанность по возмещению расходов на содержание такого имущества (п. 3 ст. 132 ФЗ).

Социально значимые объекты подлежат в соответствии с п.п. 4, 5 ст. 132 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» продаже на торгах в форме конкурса, а при невозможности отчуждения указанных объектов в частную собственность они подлежат передаче в муниципальную собственность. Судебной практикой признано, что ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» не возлагает на муниципальное образование обязанность заключить договор купли-продажи указанных объектов, если они не проданы на торгах, т. е. передача производится на безвозмездной основе¹.

Из числа социально значимых объектов, продажа которых допускается в частную собственность, исключен жилищный фонд социального назначения, так как его продажа в частную собственность не позволяет сохранить договоры социального найма жилого помещения, поскольку их предмет – жилые помещения, находящиеся в государственной или муниципальной собственности.

Жилищный фонд социального использования подлежит передаче в собственность соответствующего муниципального образования на безвозмездной основе (п. 5, 6 ст. 132).

Статья 132 действующего закона существенно изменена по сравнению со ст. 104 закона 1998 г., в соответствии с которой социально значимые объекты передавались муниципальным образованиям на безвозмездной основе. Такие изменения внесены законодателем на основе постановления Конституционного Суда РФ от 16.05.2000 г.², которым п. 4 ст. 104 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» признан не соответствующим Конституции РФ в той части, в какой он позволяет передавать муниципальным образованиям жилищный фонд социального использования и другие объекты социальной инфраструктуры без выплаты должникам-собственникам, находящимся в процедуре конкурсного производства, разумной, справедливой компенсации, обеспечивающей баланс между публичными и частными интересами. Действующий закон предусматривает продажу в частную собственность либо передачу в публичную собственность на безвозмездной основе социально значимых объектов, не проданных на торгах, исходя из баланса публичных и частных интересов.

В конкурсную массу не включается имущество, не принадлежащее должнику. При предъявлении собственником имущества виндикационного иска он не приобретает статуса конкурсного кредитора³. Если между должником и его контрагентом по договору, являющимся собственником вещи, разрешаются споры не денежного характера, то в этом случае спорные вещи также не входят в конкурсную массу⁴.

Порядок продажи конкурсной массы

После окончательного формирования конкурсной массы осуществляется продажа имущества, входящего в состав конкурсной массы для того, чтобы обратить его в денежные средства, которые подлежат распределению между кредиторами несостоятельного должника. Порядок продажи имущества регулируется ст. 139 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

¹ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 19.09.2009 г. № 12609/08 по делу № А56-29143/2007; определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 07.03.2008 г. по делу № А13-3661/2007 // СПС «КонсультантПлюс».

² По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой компании «Timber Holdings International Limited»: постановление Конституционного Суда РФ от 16 мая 2000 г. № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2000.

³ См. п. 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.06.2001 г. № 64 // Вестник ВАС РФ. 2003. № 10 (ч. 1).

⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.07.2004 г. № 4562/04 по делу № А76-7654/03-9-272 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 11.

До продажи имущества, принадлежащего несостоятельному должнику, производится его инвентаризация и оценка этого имущества. В течение месячного срока с момента окончания инвентаризации и оценки имущества конкурсный управляющий представляет собранию (комитету) кредиторов предложения о порядке, сроках и условиях продажи имущества. По общему правилу имущество должно быть продано на открытых торгах (п. 4 ст. 139). Однако для ограниченного в обороте имущества проводятся закрытые торги (п. 6 ст. 139, п. 4 ст. 110, п. 5 ст. 111).

В особом порядке осуществляется продажа имущества, не включаемого в конкурсную массу по терминологии закона, средства от продажи которых поступают в массу, подлежащую разделу между кредиторами. Социально значимые объекты продаются на торгах в форме конкурса (п. 4 ст. 132). Покупателями социально значимых объектов могут быть любые субъекты гражданского оборота, предложившие наилучшие условия и ставшие победителями торгов. Жилищный фонд социального использования и социально значимые объекты, не проданные в таком порядке, передаются в собственность муниципальных образований (п.п. 5, 6 ст. 132). Убыточные объекты передаются в муниципальную собственность безвозмездно (п. 6 ст. 132), финансирование производится из соответствующих бюджетов. В литературе справедливо отмечается, что подобная передача невозможна в отношении объектов, находящихся в государственной собственности¹.

Таким образом, конкурсный управляющий вправе продать имущество несостоятельного должника по договору купли-продажи, заключаемому на торгах (аукцион или конкурс). Собрание (комитет) кредиторов вправе установить иной порядок продажи имущества, если его стоимость не превышает 100 000 руб.

Установленный законом порядок продажи имущества введен с целью получения максимальной цены за продаваемое имущество должника, для ограничения возможных злоупотреблений со стороны конкурсных управляющих или отдельных кредиторов должника.

Определяя условия продажи имущества конкурсной массы, законодатель устанавливает обязательность получения цены за проданное имущество не позднее месячного срока с момента заключения договора купли-продажи или семи дней с момента возникновения права собственности у покупателя. Таким образом, заключая договор купли-продажи с победителем торгов, конкурсный управляющий может предусмотреть предварительную оплату либо оплату в сроки, установленные законом, однако исключена купля-продажа в рассрочку, с отсрочкой платежа.

Сделки, заключенные конкурсным управляющим с нарушением порядка, сроков или условий продажи конкурсной массы, признаются ничтожными согласно ст. 168 ГК РФ, так как в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» не предусмотрены специальные основания недействительности данных сделок. По такому пути идет арбитражная практика. Пороком сделки, совершенной с нарушением порядка, условий продажи конкурсной массы, признается законность содержания, поскольку законом предписан определенный порядок, срок или условия продажи имущества². Однако арбитражные суды не всегда применяют последствия ничтожной сделки при нарушении порядка и условий продажи конкурсной массы, если сделка была совершена конкурсным управляющим к выгоде кредиторов³. Представляется, что такие сделки следовало бы регулировать в законодательстве о несостоятельности как оспоримые, поскольку сделки, совершенные к выгоде кредиторов несостоятельного должника, не имеет смысла признавать ничтожными и применять к ним двустороннюю реституцию.

Вырученные от продажи имущества денежные средства подлежат распределению между кредиторами в очередности, установленной ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

¹ Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)»: постатейный научно-практический / под ред. В.Ф. Попондопуло. С. 288.

² Судебная практика к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». М.: Спарк, 2003. С. 761–764.

³ Там же. С. 761–762.

СТАТУС ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ: НОВЕЛЛЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Кирилова Надежда Андреевна

Юридические лица, не являющиеся собственниками принадлежащего им имущества, существующие в российском праве постсоветского периода, традиционно подвергались критической оценке со стороны исследователей. Суть такого рода оценок можно свести к нескольким базовым тезисам: а) в условиях рыночной экономики существование юридических лиц-несобственников является ничем не оправданным пережитком административно-командной системы; б) юридические лица-несобственники не могут быть полноценными участниками гражданского оборота, так как их имущественная ответственность неполноценна; в) хозяйствование публично-правовых образований путем создания юридических лиц-несобственников экономически неэффективно. Этот список можно было бы продолжить. Такие высказывания допускались, прежде всего, в адрес существования унитарных предприятий, за которыми имущество закреплялось на праве хозяйственного ведения¹. В значительно меньшей степени они касались казенных предприятий, государственных и муниципальных учреждений. Тем не менее принятие 23 апреля 2010 г. Государственной Думой РФ Федерального закона № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений»² (далее – Закон № 83-ФЗ) показало, что коренному реформированию будут подвергнуты именно учреждения.

Перечислим ключевые направления реформирования правового положения государственных и муниципальных учреждений: 1) закрепление нового типа учреждения – казенного; 2) изменение содержания права оперативного управления и его дифференциация в зависимости от типа учреждения; 3) замена сметного финансирования бюджетных учреждений на субсидированное финансовое обеспечение; 4) изменение термина «предпринимательская и иная приносящая доход деятельность» на термин «приносящая доход деятельность»; 5) исключение субсидиарной ответственности собственника по долгам государственных и муниципальных учреждений.

Первое принципиальное изменение, вводимое Законом № 83-ФЗ – это новая классификация государственных и муниципальных учреждений. С 1 января 2011 г. в российском праве, помимо бюджетных и автономных учреждений, начнут действовать еще и казенные (п. 2 ст. 9¹ ФЗ «О некоммерческих организациях»³). Указанные типы учреждений в той или иной форме будут осуществлять реализацию полномочий государственных и муниципальных органов. На основании анализа норм Закона № 83-ФЗ можно предположить, что осуществлять свою деятельность бюджетные, автономные и казенные учреждения должны в различных сферах. Так, создание казенных учреждений предусмотрено в наиболее социально значимых сферах, перевод которых на рыночную систему отношений невозможен. В частности, казенными учреждениями в силу закона станут: а) управления объединений, управления соединений и воинских частей Вооруженных сил РФ, военные комиссариаты, органы управления внутренними войсками, а также другие войска и воинские формирования; б) следственные изоляторы уголовно-исправительной системы и исправительных учреждений, исполняющих наказания; в) специализированные учреждения для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной реабилитации; г) учреждения Главного управления специальных программ Президен-

¹ См., например: Суханов Е.А. О понятии юридического лица и предприятия // Законодательство России в XXI веке : по материалам науч.-практ. конф. Москва, 17 октября 2000 г. М., 2002. С. 179, 180; Гришаев С.П. Соотношение права собственности с правом хозяйственного ведения и оперативного управления [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

² СЗ РФ. 2010. № 19. Ст. 2291.

³ О некоммерческих организациях: ФЗ от 8 декабря 1996 года № 7-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

та РФ, Государственная фельдъегерская служба РФ, Федеральная миграционная служба, Федеральная таможенная служба, Федеральное космическое агентство, Федеральная служба безопасности РФ, Служба внешней разведки РФ, Федеральная служба охраны РФ, Федеральная служба РФ по контролю за оборотом наркотиков; д) психиатрические больницы (стационары) специализированного типа с интенсивным наблюдением, лепрозории и противочумные учреждения и др. Кроме того, положения, установленные законом для казенных учреждений, распространены и на федеральные органы государственной власти (государственные органы) и их территориальные органы, органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления. Следует обратить внимание, что, несмотря на длительные дискуссии¹ в отношении организационно-правовой формы государственных органов и органов местного самоуправления, законодатель так и не придал им формы юридического лица, а лишь «распространил» на них соответствующие нормы. Полагаем, такой законодательный прием вряд ли снимет существующие в доктрине и правоприменительной практике разногласия относительно статуса государственных и муниципальных органов.

Правовое положение казенного учреждения существенно отличается от статусов бюджетных и автономных учреждений. Его правовые возможности в отношении закрепленного за ним имущества и права осуществлять приносящую доход деятельность ограничены, в то же время публичный собственник их имущества сохраняет за собой обязанности по сметному финансированию деятельности таких учреждений. Можно отметить, что статус казенных учреждений очень схож со статусом «дореформенного» бюджетного учреждения, и этот статус в целом адекватен возложенным на казенные учреждения функциям.

Что же касается бюджетных и автономных учреждений, то с введением в силу Закона № 83-ФЗ разграничить сферу их действия будет достаточно сложно, кроме того, отличия в их правовом положении утратят былую четкость. Законодатель даже определения данных типов учреждений сконструировал практически тождественными². Схожим образом будут регулироваться и вопросы финансового обеспечения бюджетных и автономных учреждений (что было наиболее принципиальным отличием этих двух типов учреждений); содержание прав на закрепленное за ними имущество; право осуществления приносящей доходы деятельности, отсутствие субсидиарной ответственности собственника имущества учреждений и др. Отличия бюджетных и автономных учреждений будут заключаться лишь в следующих положениях: а) право автономных учреждений размещать счета в кредитных организациях, а не только в органах казначейства; б) право автономных учреждений передавать свободные денежные средства в заем, кредит; в) неприменение к автономным учреждениям норм Федерального закона № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»³. Конечно, правовой режим автономных учреждений в отношении закрепленного за ними имущества несколько более свободный, но это малые «послабления». Здесь возникает вопрос о целесообразности существования в российском праве трех типов учреждений. Ведь если статус бюджетного учреждения «унаследовали» казенные учреждения, а автономные учреждения должны стать достойной заменой традиционных учреждений: самостоятельными, эффективными и др., то возможно бюджетные учреждения в том новом виде, в котором они представлены в Законе № 83-ФЗ, не нужны? Полагаю, что взаимное существование таких типов учреждений, как бюджетные и автономные, нецелесообразно, эта дифференциация избыточна, никакого социального и экономического эффекта она не несет, для до-

¹ См., например: Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права // Журнал российского права. 2005. № 5; Жабреев М.В. Публичные образования и их органы: гражданско-правовой статус и участие в гражданских правоотношениях // Цивилистические записки: сб. науч. трудов / ред. кол.: С.С. Алексеев, Б.М. Гонгалов, С.А. Степанов, Д.В. Мурзин. М.: Статут, 2001. С. 194–204.

² См.: Пункт 1 ст. 92 ФЗ «О некоммерческих учреждениях» и ст. 2 ФЗ «Об автономных учреждениях».

³ Российская газета. 2005. 28 июля.

стижения поставленных в законе целей было бы достаточно закрепления одного из них, например автономного.

Следующий блок изменений правового положения учреждений – имущественная основа их деятельности. В этой сфере произошли наиболее существенные изменения. Имущественную основу деятельности государственных и муниципальных учреждений согласно Закону № 83-ФЗ составляют: 1) имущество, закрепленное за ними собственниками на праве оперативного управления; 2) имущество, приобретенное за счет осуществления приносящей доход деятельности; 3) субсидии, выделяемые учреждению собственником в порядке финансового обеспечения.

Наиболее существенная часть имущества учреждений – это имущество, закрепленное за ними на праве оперативного управления. В ГК РФ право оперативного управления конструировалось для использования казенными предприятиями и учреждениями, причем содержание данного права у указанных юридических лиц изначально различалось. Такие различия еще больше усугубились вследствие принятия Закона № 83-ФЗ. В соответствии с нормами данного Закона сейчас можно говорить о существовании пяти различных прав оперативного управления – в зависимости от вида юридических лиц, являющихся носителями такого права. Итак, эти виды: а) право оперативного управления казенных предприятий; б) право оперативного управления казенного учреждения; в) право оперативного управления бюджетного учреждения; г) право оперативного управления автономного учреждения; д) право оперативного управления частного учреждения. Полагаю, весьма спорно существование вещного права, чье содержание не является единым, а различается в зависимости от вида юридического лица, которое обладает таким правом.

В общем виде содержание права оперативного управления закреплено в ст. 296 ГК РФ. В редакции ст. 5 Закона № 83-ФЗ оно выглядит следующим образом: «Учреждение и казенное предприятие, за которыми имущество закреплено на праве оперативного управления, владеют, пользуются этим имуществом в пределах, установленных законом, в соответствии с целями своей деятельности, назначением этого имущества и, если иное не установлено законом, распоряжаются этим имуществом с согласия собственника этого имущества». Таким образом, законодатель разделил правовое регулирование владения и пользования, с одной стороны, и распоряжения – с другой. Владение и пользование имуществом учреждения будет осуществляться традиционно: в пределах, установленных законом, в соответствии с целями своей деятельности, назначением этого имущества, а распоряжение имуществом будет осуществляться с согласия собственника этого имущества, если иное не установлено законом. Иными словами, законодатель в качестве общего правила установил право учреждения распоряжаться имуществом, закрепленным за ним собственником, с согласия последнего. Такое законодательное решение является позитивным, оно во многом снимает противоречивость законодательных положений относительно правомочий учреждений. А противоречивость была заложена уже в нормах Гражданского кодекса РФ. Так, праву распоряжаться имуществом, закрепленным за учреждением, были посвящены две основные нормы: п. 1 ст. 296 ГК РФ и п. 1 ст. 298 ГК РФ. Очевидно, что указанные гражданско-правовые нормы содержали противоречие: п. 1 ст. 298 ГК РФ устанавливал жесткий запрет на распоряжение имуществом учреждения, в то время как п. 1 ст. 296 ГК РФ допускал распоряжение имуществом учреждения в пределах, установленных законом, заданиями собственника и назначением имущества. Заложено противоречие усиливалось нормами иных законов и нормативно-правовых актов¹. Судебная практика вторила противоречивости законодательства².

¹ См. об этом подробнее: Кирилова Н.А. Аренда имущества, закрепленного за государственными (муниципальными) учреждениями // *Хозяйство и право*. 2010. № 8. С. 24–29.

² См. об этом: Давыдова О.В. Предоставление имущества бюджетного и автономного учреждений в аренду // Автономные организации: бухгалтерский учет и налогообложение. 2009. № 3 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

Существенным образом изменено и содержание ст. 298 ГК РФ. Основное направление изменений сводится к тому, что возможности распоряжаться закрепленным за учреждением имуществом теперь будут зависеть от типа учреждения. Так, автономные учреждения без согласия собственника не вправе распоряжаться недвижимым имуществом и особо ценным движимым имуществом, закрепленным за ним собственником или приобретенным автономным учреждением за счет средств, выделенных ему собственником на приобретение такого имущества. Что касается бюджетных учреждений, то они без согласия собственника не вправе распоряжаться особо ценным движимым имуществом, закрепленным за ним собственником или приобретенным бюджетным учреждением за счет средств, выделенных ему собственником на приобретение такого имущества, а также недвижимым имуществом. Казенное учреждение не вправе отчуждать либо иным способом распоряжаться имуществом без согласия собственника имущества.

Таким образом, право государственных и муниципальных учреждений распоряжаться закрепленным за ним имуществом существенно образом расширено. В настоящее время бюджетным и автономным учреждениям предоставлены права а) самостоятельно распоряжаться закрепленным за ним имуществом, за исключением недвижимого и особо ценного движимого имущества, и б) распоряжаться недвижимым и особо ценным движимым имуществом с согласия собственника.

Вместе с тем анализ изменений ст. 298 ГК РФ породил ряд вопросов, которые нуждаются в пояснении. Прежде всего, с какой целью законодатель изложил возможности бюджетного учреждения по распоряжению имуществом по сути одинаковые с возможностями автономных учреждений в иной словесной последовательности? Так, бюджетные и автономные учреждения без согласия собственника не вправе распоряжаться недвижимым имуществом и особо ценным движимым имуществом. В силу этого запрет на самостоятельное распоряжение бюджетным учреждением недвижимым имуществом указанный в конце соответствующей нормы создает иллюзию, что распоряжение таким имуществом возможно. Полагаю, что соответствующие нормы необходимо было изложить единообразно. Следующая неясность ст. 298 ГК РФ в редакции Закона № 83-ФЗ состоит в том, что распоряжение иным имуществом (движимым, но не являющимся особо ценным) для автономного и для бюджетного учреждения допускается, но ограничения такого рода распоряжений могут быть указаны в законе. Подобная открытость нормы порождает совершенную неопределенность в правомочиях государственных и муниципальных учреждений. Полагаю, что пределы распоряжения движимым и недвижимым имуществом государственным и муниципального учреждения целесообразно регулировать на уровне кодифицированного федерального акта – ГК РФ. В противном случае единство правового регулирования имущественных отношений в Российской Федерации, устойчивость гражданского оборота будут поставлены под угрозу.

Следующим способом получения доходов учреждения является осуществление приносящей доход деятельности. Поступления средств от приносящей доход деятельности бюджетного учреждения (так называемых внебюджетных средств) – вид доходов, применяющийся в практике деятельности бюджетных учреждений достаточно давно¹. Традиционно бюджетные учреждения наряду с основной деятельностью осуществляли и иную деятельность, приносящую доход. В научной литературе и судебной практике велись многочисленные споры по поводу правовой природы такой деятельности: является ли она предпринимательской (со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями) либо это деятельность иного рода – непредпринимательская². Данные споры могут быть отложены ввиду изменения терминологии Законом № 83-ФЗ: нормы данного закона внесли изменения во все законодательные акты, регулирующие статус учреждений, и за-

¹ См. об этом подробнее: Опальская А.Л., Опальский А.Ю. Предпринимательская деятельность бюджетного учреждения: учет и налогообложении [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например: Семеусов В. Предпринимательская деятельность в вузе // Российская юстиция. 2000. № 10; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.05.2006 по делу № 09АП-3586/2006-ГК. Официально не опубликовано.

менили слова «предпринимательская и иная приносящая доход деятельность» на «приносящая доход деятельность» учреждений. Следует признать, что ввиду специфики осуществляемой учреждениями деятельности такой термин более предпочтителен.

Что касается вопроса о правовой природе права самостоятельного распоряжения государственных и муниципальных учреждений имуществом, полученным в результате осуществления приносящей доход деятельности, то, несмотря на всю его дискуссионность, вопрос остался открытым¹. Закон № 83-ФЗ вслед за предыдущими законодательными актами, регулирующими имущественную основу деятельности учреждений, решения данного вопроса не содержит. Анализ действующего законодательства не позволяет однозначно ответить, что это за право: право оперативного управления, право хозяйственного ведения, право собственности или какое-то иное? Решение вопроса о правовой природе права самостоятельно распоряжаться доходами от приносящей доход деятельности крайне важен не только с теоретической точки зрения, но и с практической. Это влияет, прежде всего, на возможности учреждения распоряжаться такого рода имуществом. Полагаю, законодательно необходимо было определить вид данного права, которое наиболее близко к праву хозяйственного ведения.

Наконец, наиболее существенным изменением в статусе государственных и муниципальных учреждений является их «перевод» со сметного финансирования на финансовое обеспечение в виде предоставления субсидий. Цель таких изменений очевидна: снижение государственных затрат, более жесткий контроль за расходованием бюджетных средств. Элементы финансового обеспечения вводились постепенно – путем перехода к выдаче учреждениям государственных и муниципальных заданий, но эта практика не была повсеместной и она никак не влияла на изменение размера сметного финансирования. С введением Закона № 83-ФЗ основным финансовым источником выполнения функций, возложенных на бюджетные и автономные учреждения, станет их финансовое обеспечение на основании государственных и муниципальных заданий. Так, «государственное (муниципальное) задание формируется для бюджетных и автономных учреждений, а также казенных учреждений, определенных в соответствии с решением органа государственной власти (государственного органа), органа местного самоуправления, осуществляющего бюджетные полномочия главного распорядителя бюджетных средств» (п. 3 ст. 69² БК РФ). Наиболее детально прописан порядок финансового обеспечения бюджетных учреждений в Федеральном законе «О некоммерческих организациях». Финансовое обеспечение выполнения государственного и муниципального задания бюджетным учреждением осуществляется в виде субсидий из соответствующего бюджета бюджетной системы Российской Федерации. Финансовое обеспечение выполнения государственного и муниципального задания осуществляется с учетом расходов на содержание недвижимого имущества и особо ценного движимого имущества, закрепленных за бюджетным учреждением учредителем или приобретенных бюджетным учреждением за счет средств, выделенных ему учредителем на приобретение такого имущества, расходов на уплату налогов, в качестве объекта налогообложения по которым признается соответствующее имущество, в том числе земельные участки. В случае сдачи в аренду с согласия учредителя недвижимого имущества и особо ценного движимого имущества, закрепленного за бюджетным учреждением учредителем или приобретенного бюджетным учреждением за счет средств, выделенных ему учредителем на приобретение такого имущества, финансовое обеспечение содержания такого имущества учредителем не осуществляется. Детализировать данный способ финансирования будут специальными нормативными правовыми актами, принятие которых предусмотрено Законом № 83-ФЗ.

Цель реформирования правового статуса государственных и муниципальных учреждений, как указывалось, – снижение расходов бюджетов, которое достигается, путем исключения субсидиарной ответственности публичного образования

¹ См. об этом подробнее: Азанова М.В. О породе вещного права автономного учреждения на доходы от предпринимательской деятельности [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

по долгам бюджетных учреждений. Подчеркнем, что рассматриваемый закон превратил в жизнь концепцию отделения государственных и муниципальных учреждений (бюджетных и автономных) от государства, субъектов РФ, муниципальных образований, их создавших. В ответственности это проявилось наиболее наглядно. Итак, п. 2 ст. 120 ГК РФ дополнен абзацем следующего содержания: «Бюджетное учреждение отвечает по своим обязательствам всем находящимся у него на праве оперативного управления имуществом, как закрепленным за бюджетным учреждением собственником имущества, так и приобретенным за счет доходов, полученных от приносящей доход деятельности, за исключением особо ценного движимого имущества, закрепленного за бюджетным учреждением собственником этого имущества или приобретенного бюджетным учреждением за счет выделенных собственником имущества бюджетного учреждения средств, а также недвижимого имущества. Собственник имущества бюджетного учреждения не несет ответственности по обязательствам бюджетного учреждения». Таким образом, субсидиарная ответственность собственника имущества бюджетного учреждения устранена, она сохранена лишь для казенных учреждений.

Как могут быть оценены такого рода изменения? в доктрине при обсуждении предполагаемых изменений законодательства высказывались различные мнения относительно этого вопроса. Проблема ответственности юридических лиц и их учредителей перед участниками гражданского оборота – одна из наиболее остро стоящих в современной цивилистике. В настоящее время одна из целей создания юридического лица, а именно снижение ответственности учредителей, в российском праве и практике его применения доведена до абсурда: ответственность юридических лиц стала фикцией. Указанную проблему пытаются решить, в том числе концептуально. Так, проблема невозможности взыскания убытков с самого юридического лица освещается разработчиками проекта Концепции развития законодательства о юридических лицах, в котором особенно акцентируется внимание на повышении ответственности участников оборота за деятельность создаваемых или контролируемых ими юридических лиц. В данной Концепции положения ГК РФ предлагается дополнить правилом о субсидиарной имущественной ответственности учредителей и участников, выгодоприобретателей и иных лиц, имеющих возможность определять решения о совершении сделок, принимаемые юридическим лицом, перед контрагентами юридического лица. А соответствующие правила Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» и Федерального закона «Об акционерных обществах» предполагается дополнить правилами о субсидиарной ответственности учредителей и (или) участников «компаний одного лица» по долгам (сделкам) таких юридических лиц при недостаточности у последних имущества, если хозяйственное общество совершало такие сделки (сделку) во исполнение воли (указаний) своего единственного учредителя (участника). По сути это будет означать для данных ситуаций «снятие корпоративной маски» и распространение на такие отношения норм об ответственности основных (материнских) компаний по долгам дочерних (ст. 105 ГК РФ)¹. Но в то же время законодатель исключает субсидиарную ответственность Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований по обязательствам созданных ими и полностью подконтрольных им автономных и бюджетных учреждений. Такое положение вещей ущемляет права кредиторов этих учреждений, не соответствует принципам регулирования рыночных отношений, а также может привести к дестабилизации экономического оборота в целом. Как справедливо полагает В.К. Андреев, в этом видится противоречие в намечающихся тенденциях развития законодательства о коммерческих юридических лицах и некоммерческих организациях. На фоне будущих изменений в пользу повышенной ответственности частных лиц государство избавляется от дополнительной ответственности путем создания конструкции нового бюджетного учреждения и автономного учреждения. Становится все сложнее взыскать любые убытки и задолженность с публичного собственника². При такой динамике развития законодательства государство

¹ Проект Концепции развития законодательства о юридических лицах [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

² Андреев В.К. Об автономных учреждениях // Российская юстиция. 2007. № 2.

в скором времени будет полностью скрыто под маской созданных им юридических лиц, при этом оно станет получать выгоды от такого участия в гражданском обороте и не нести бремени ответственности.

Итак, рассмотрев основные новеллы правового регулирования правового положения государственных и муниципальных учреждений, можно отметить следующее. Реформирование бюджетной сферы, в том числе статуса учреждений, является закономерным этапом развития российского законодательства. Нужно признать адекватными современным реалиям такие изменения, как расширение права бюджетных учреждений по распоряжению закрепленным за ним имуществом; изменение терминологии для обозначения самостоятельной приносящей доход деятельности учреждения; переход на финансовое обеспечение деятельности учреждений, основанное на выдаче субсидий под выполнение конкретных заданий. В то же время, полагаю, Закон № 83-ФЗ содержит ряд весьма спорных положений, в частности:

1) форма, избранная законодателем для кардинального реформирования правового положения государственных и муниципальных учреждений, – закон о внесении изменений в более чем 20 федеральных законов – вряд ли может быть признана адекватной. Предпочтительнее было бы принять специальный федеральный закон «О правовом положении государственных и муниципальных учреждений»;

2) существование в российском праве трех типов учреждений, вряд ли оправдано с правовой и экономической точки зрения. Полагаем, что для реализации государственных и муниципальных функций в различных сферах достаточно было бы урегулировать статус казенных и автономных учреждений, либо, оставив прежнюю терминологию: бюджетных и автономных учреждений;

3) содержание права оперативного управления должно быть единым независимо от типа учреждений;

4) исключение субсидиарной ответственности собственника имущества по долгам бюджетного и автономного учреждения не оправдан ни с точки зрения защиты прав кредиторов учреждения, ни с точки зрения защиты стабильности гражданского оборота в целом.

ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫЕ НОВЕЛЛЫ ПРИВАТИЗАЦИИ ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ В ОБЩЕЖИТИЯХ

Сорокина Светлана Яковлевна

В настоящее время жилые помещения в общежитиях относятся к специализированному жилищному фонду (ч. 1 ст. 92 Жилищного кодекса Российской Федерации (далее – ЖК РФ). В качестве специализированных жилых помещений используются жилые помещения государственного и муниципального жилищных фондов.

Жилые помещения в общежитиях предназначены для временного проживания граждан в период их работы, службы или обучения. Под общежития предоставляются специально построенные или переоборудованные для этих целей дома или части домов. Кроме того, жилые помещения в общежитиях должны укомплектовываться мебелью и другими необходимыми для проживания граждан предметами (94 ЖК РФ)¹.

¹ Согласно п. 6 Правил отнесения жилого помещения к специализированному жилищному фонду, утвержденных постановлением Правительства РФ от 26 января 2006 г. (СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 697) к общежитиям относятся специально построенные или переоборудованные для этих целей дома либо части домов, помещения, укомплектованные мебелью и другими необходимыми для проживания граждан предметами. Это могут быть предметы культурно-бытового назначения, необходимые для проживания граждан, занятия и отдыха. Общежитие укомплектовывается обслуживающим персоналом, в том числе воспитате-

На период трудовых отношений, прохождения службы или обучения с гражданами заключается договор найма жилого помещения в общежитии (ст. 105 ЖК РФ)¹. Наниматель жилого помещения в общежитии имеет ограниченные права пользования и распоряжения жилым помещением: он не вправе осуществлять обмен и замену жилого помещения, сдавать его в поднаем и приватизировать. В соответствии со ст. 4 Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» общежития исключены из объектов, подлежащих приватизации².

Законодательный запрет на приватизацию жилых помещений в общежитиях связан с их специальным, целевым назначением как жилья для временного проживания и особым правовым режимом (невозможность обмена, раздела, поднайма и др.), что не нарушает конституционных прав граждан, закрепленных в ст. 40 и ст. 35 Конституции Российской Федерации, положения которых не препятствуют отнесению жилых помещений, расположенных в общежитиях, к объектам, не подлежащим приватизации³.

Вместе с тем в настоящее время можно говорить о существовании нескольких видов жилых помещений в общежитиях, различаемых с учетом их правового режима.

Во-первых, это жилые помещения в государственных общежитиях. В первую очередь речь идет о «классических» общежитиях государственных образовательных, медицинских учреждений. Такие общежития приватизации не подлежат⁴.

Между тем Конституционный Суд в своих актах неоднократно указывал, что суды, разрешая вопрос о правомерности распространения на жилое помещение особого правового режима, не должны ограничиваться лишь формальным подтверждением целевого назначения данного помещения и обязаны проверять факты, обосновывающие в каждом конкретном случае такое распространение⁵. Следовательно, не исключается вариант положительного решения вопроса о заключении договора социального найма и признании в порядке приватизации права собственности на жилое помещение в государственном общежитии.

лями. См.: Примерное положение об общежитиях : утв. постановлением Совета Министров РСФСР от 11 августа 1988 г. № 328 (ред. от 23.07.1993 № 726) // СП РСФСР. 1988. № 17. Ст. 95; САПП. 1993. № 31 Ст. 2860.

¹ Можно утверждать, что предметом такого договора является не только жилое помещение, относящееся к специализированному жилищному фонду, но и другие предметы (вещи), необходимые для проживания граждан.

² О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации: Закон РФ от 04.07.1991 г. № 1541-1 (в ред. от 11.06.08 г. № 84-ФЗ) // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 28. Ст. 959; СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2797.

³ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда г. Краснодара о проверке конституционности ст. 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2000 г. № 220-0 // СПС «КонсультантПлюс». Аналогичные обоснования приводятся Конституционным Судом РФ и в других «отказных» определениях и постановлениях. По мнению суда, ограничение прав и свобод человека и гражданина путем определения круга объектов, не подлежащих приватизации, допустимо только в том случае, если обстоятельства, фактически обуславливающие особенности правового режима жилья, прежде всего его целевое назначение, исключают возможность передачи жилого помещения в частную собственность. См.: По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 4 закона РФ « о приватизации жилищного фонда в Российской Федерации»... : постановление Конституционного Суда РФ от 3 ноября 1998 г. № 25-П // СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5603.

⁴ Государственные и муниципальные образовательные учреждения, закрепленные за ними на праве оперативного управления или находящиеся в их самостоятельном распоряжении объекты производственной и социальной инфраструктуры, в том числе жилые помещения, расположенные в зданиях учебного, производственного, социального, культурного назначения, общежития, а также клинические базы учреждений медицинского образования, находящиеся в оперативном управлении образовательных учреждений или в ином ведении, приватизации (разгосударствлению) не подлежат (Об образовании: Закон РФ от 10.07.1992 г. № 3266-1 (в ред. от 17.06.2010 г. № 121-ФЗ // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1797; СЗ РФ. 2010. № 25. Ст. 3072).

⁵ Определения от 24.01.2008 г. № 39-0-0, от 28.05.2009 г. № 769 0-0, от 23.06.2009 г. №652 0-0 и др. //СПС «КонсультантПлюс».

Во-вторых, это жилые помещения в муниципальных общежитиях. В муниципальных общежитиях имеют право временно проживать работники муниципальных предприятий и учреждений. Нормативные правовые акты органов местного самоуправления, входящие в структуру жилищного законодательства, расширяют перечень лиц, могущих проживать в общежитиях. Муниципальные общежития предназначаются для временного проживания бюджетных работников в период работы или службы, а также работников предприятий, учреждений и организаций других форм собственности в соответствии с **договорами социального партнерства** и граждан, не обеспеченных жилыми помещениями в г. Красноярске, если они признаны или могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях по основаниям, установленным Жилищным кодексом Российской Федерации¹.

Статья 23 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ) дает понятие социального партнерства в сфере труда. Это система взаимоотношений между работниками (представителями работников), работодателями (представителями работодателей), органами государственной власти, органами местного самоуправления, направленная на обеспечение согласования интересов работников и работодателей по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений.

Правовыми формами социального партнерства названы коллективный договор (ст. 40 ТК РФ) и соглашения (ст. 45 ТК РФ). В доктрине с достаточной полнотой исследованы значение и правовая природа коллективных договоров и соглашений как актов социального партнерства. Что касается **договоров социального партнерства**, то трудовое законодательство о них не упоминает. Однако, полагаем, это не исключает возможности заключения таких договоров с организациями, дислоцированными в муниципальном образовании, для обеспечения социально-экономических прав работников этих организаций.

Таким образом, в муниципальных общежитиях на основании договоров социального партнерства могут проживать работники частных организаций, являющихся эффективными градообразующими производствами в данном муниципальном образовании. Жилые помещения в таких муниципальных общежитиях исключены из объектов, подлежащих приватизации.

В-третьих, особый режим имеют жилые помещения, которые находились в жилых домах, принадлежавших государственным или муниципальным предприятиям либо государственным или муниципальным учреждениям и использовались в качестве общежитий, а затем были переданы в ведение органов местного самоуправления. К отношениям по пользованию такими помещениями применяются нормы ЖК РФ о договоре социального найма (ст. 7 Федерального закона от 29 декабря 2004 г. №189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» (в ред. от 30.07.10 г.)².

Такие жилые дома утрачивают статус общежития в силу закона, и к ним применяется правовой режим, установленный для жилых помещений, предоставленных по договору социального найма. Судебная практика судов общей юрисдикции единодушно идет по тому пути, что отсутствие договоров социального найма, а также решения органов местного самоуправления об исключении соответствующего дома из специализированного жилищного фонда не препятствуют осуществлению гражданами прав нанимателя жилого помещения по договору социального найма, в том числе права на приватизацию. Суды считают, что реализация этих прав не может быть поставлена в зависимость от оформления органами местного самоуправления указанных документов³.

Отсутствие оформленного договора социального найма и решения органов местного самоуправления об исключении соответствующего дома из специали-

¹ См., например: Положение о порядке предоставления жилых помещений в муниципальных общежитиях: постановление администрации г. Красноярска от 22.09.2006 г. № 788 // Городские новости. 2006. 4 окт.

² Собрание законодательства РФ 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 15; 2010. № 32. Ст. 4298.

³ Определения Верховного Суда РФ от 30.06.2009 г. № 67-В09-4, от 28.07.2009 г. № 77-В09-5, от 15.05.2007 г. №57-В07-6. от 18.07.2006 г. 383-В06-7 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

зированной жилищного фонда не может повлечь нарушение прав граждан на приватизацию жилых помещений в этих домах, поскольку данное право не может ставиться в зависимость от оформления изменившегося в силу закона статуса соответствующих домов, использовавшихся ранее в качестве общежитий.

В научной литературе ученые делают вывод, что содержащийся в законодательстве подход практически ликвидирует всю систему муниципальных общежитий¹.

Вместе с тем Конституционным Судом РФ в определении от 03.07.2007 г. № 425-0-0 изложена правовая позиция, согласно которой введение ст. 7 ФЗ от 29.12.2004 г. № 189-ФЗ было обусловлено задачей защиты прав тех граждан, которые после передачи органам местного самоуправления общежитий, ранее принадлежавших государственным или муниципальным предприятиям (учреждениям), выполнявшим в отношении указанных граждан функцию и наймодателя, и работодателя, оказались пользователями жилой площади, принадлежащей другому наймодателю, который не являлся их работодателем, что исключало возможность использования этих помещений в качестве общежитий и, соответственно, выселения граждан по основаниям, предусмотренным для выселения из специализированного жилищного фонда. Фактически это привело к изменению правового статуса таких граждан и тем самым потребовало изменения правового режима занимаемых ими жилых помещений.

Распространение законодателем, в полномочия которого входит определение действия закона по кругу лиц, на указанные жилые помещения действия норм Жилищного кодекса Российской Федерации о договоре социального найма устранило неопределенность правовых последствий передачи таких общежитий органам местного самоуправления и не может рассматриваться как нарушение конституционных прав и свобод, поскольку направлено исключительно на реализацию положений, закрепленных в ст. 40 Конституции Российской Федерации².

Тем самым, как представляется, Конституционный Суд РФ ограничил сферу применения ст. 7 ФЗ от 29.12.2004 г. № 189-ФЗ случаями несовпадения наймодателя и работодателя в одном лице при передаче общежитий в ведение органов местного самоуправления. Положения ст. 7 названного Закона применяются в том случае, если жилые помещения в общежитиях, расположенных в жилых домах, ранее принадлежавших государственным и муниципальным предприятиям и учреждениям, были предоставлены гражданам, состоявшим в трудовых отношениях с указанными предприятиями или учреждениями, однако впоследствии жилые дома были переданы в муниципальный жилищный фонд.

Между тем практика судов общей юрисдикции идет по пути удовлетворения требований граждан о приватизации жилых помещений в общежитиях со ссылкой на ст. 7 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» без анализа вопроса о наличии или отсутствии трудовых правоотношений с предприятиями, учреждениями³.

Более того, Верховный Суд РФ считает, что гражданам, проживающим на момент вступления в силу ст. 7 Вводного закона в таком жилом помещении на условиях «койко-места», должно передаваться в пользование изолированное жилое помещение в целом, и с ними должен заключаться один договор социального найма как с сонанимателями. Жилые помещения, переданные в пользование таким гражданам по договору социального найма, подлежат последующей приватиза-

¹ См.: Сокол П.В. Приватизация жилых помещений в общежитиях // Право и экономика. 2006. № 8.

² Об отказе в принятии к рассмотрению запросов Лангепасского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры Тюменской области о проверке конституционности ст. 7 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации»: определение Конституционного Суда РФ от 3 июля 2007 г. № 425 – 0-0 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение Верховного Суда РФ от 24.01.2007 г. № 74-В06-9; Определение Верховного Суда РФ от 13.11.2007 г. № 41-В07-49; Определение Верховного Суда РФ от 04.05.2007 г. № 36 –В07-3 // СПС «КонсультантПлюс».

ции в равных долях при условии согласия каждого из них на получение жилья в собственность¹.

В-четвертых, речь идет о так называемых «частных» общежитиях. В нарушение законодательства о приватизации в состав приватизируемого имущества государственных и муниципальных предприятий были включены объекты жилищного фонда, в том числе и общежития. Такие объекты подлежали передаче в муниципальную собственность.

Судебная практика исходит из того, что включение жилого дома (здания общежития) в состав приватизируемого имущества государственного и муниципального предприятия в нарушение действующего законодательства не должно влиять на жилищные права граждан, проживавших в данных жилых помещениях до приватизации, в том числе и на право бесплатной передачи жилья в собственность граждан на основании ст. 2 Закона РФ «О приватизации жилищного фонда Российской Федерации»².

В последнее время арбитражные суды удовлетворяют требования государственных органов (Территориальных управлений Федерального агентства по управлению федеральной собственностью, Комитетов по управлению государственным имуществом и др.) о признании права собственности Российской Федерации на здания (общежития), которые были включены в состав приватизированного имущества при приватизации предприятий или переданы в муниципальную собственность и о признании недействительным зарегистрированного права собственности.

Если будет выяснено, что спорный объект из владения собственника фактически не выбывал, то суды с учетом судебной арбитражной практики обоснованно признают, что на эти требования с учетом ст. ст. 304, 208 ГК РФ не распространяются сроки исковой давности.

Таким образом, при установлении того, что спорное помещение из владения Российской Федерации или созданных ею учреждений не выбывало, суду следует рассмотреть иск о признании права федеральной собственности как требование, аналогичное требованию собственника об устранении всяких нарушений его прав в отношении спорного помещения, не связанных с лишением владения этим помещением, и, следовательно, применить к нему правила ст. 208 ГК РФ³.

Из п. 45 постановления Пленума Верховного Суда РФ №10 и Высшего Арбитражного Суда РФ №22 от 29.04.2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»⁴ следует, что в силу ст. 304 ГК РФ удовлетворяется иск собственника или иного законного владельца об устранении нарушений прав, которые не связаны с лишением владения, если такими лицами доказано, что их право собственности или законное владение нарушено действиями ответчика, не связанными с лишением владения.

Далее отметим, что существуют и другие виды общежитий, вопрос о приватизации которых остается открытым⁵.

¹ Определение Верховного Суда РФ от 28.07.2009 г. №77-В09-5 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Определения Верховного Суда Российской Федерации от 28.07.2009 г. № 46-В09-21; от 28.07.2009 г. № 46-В09-20; от 9.09.2009 г. № 5-В09-22 и др. // СПС «КонсультантПлюс». Еще в обзоре судебной практики Верховного Суда РФ от 07.06.2006, 14. 06.2006 г. было отмечено, что на практике имелись случаи, когда в нарушение действующего законодательства после приватизации государственных и муниципальных предприятий жилые помещения в общежитиях не передавались в муниципальную собственность. На данные правоотношения, по мнению суда, должны распространяться те же положения, регулирующие порядок приватизации, что и при приватизации жилых помещений в общежитиях, принадлежащих государственным или муниципальным предприятиям // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 9.

³ См., например: Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 06.11.2007 № 8665/07 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Вестник ВАС РФ 2010. №6; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. №7.

⁵ Так, в ст. 297 Трудового кодекса РФ, содержащей общие положения о работе вахтовым методом, дополнительно включена норма о том, что работники, привлекаемые к работам вахтовым методом, в период нахождения на объекте производства работ проживают в специально создаваемых работодателем вахтовых поселках, представляющих собой комплекс

ПОГАСИТЕЛЬНАЯ ДАВНОСТЬ: ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ИНСТИТУТА ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Лоренц Дмитрий Владимирович

По словам Г.Ф. Шершеневича, давность способна прекратить или установить юридические отношения¹. Одним из дискуссионных в цивилистике является вопрос о последствии истечения срока исковой давности по притязаниям об истребовании индивидуализируемого имущества, т. е. Вопрос о юридической судьбе субъективного права собственности на спорный предмет, владельцем которого остается ответчик. Подобная проблема возникает и в случае пропуска срока предъявления исполнительного документа к исполнению, когда предметом приговора служит индивидуально-определенная вещь.

В соответствии с ФЗ РФ «Об исполнительном производстве»² исполнительные документы могут быть предъявлены к исполнению в течение определенного срока (ст. 21). Взыскатель, пропустивший срок предъявления исполнительного листа или судебного приказа к исполнению, вправе обратиться с заявлением о восстановлении пропущенного срока в суд, принявший соответствующий судебный акт, если восстановление указанного срока предусмотрено федеральным законом (ст. 23). Судебный пристав-исполнитель отказывает в возбуждении исполнительного производства, если истек и не восстановлен судом срок предъявления исполнительного документа к исполнению (п. 3 ч. 1 ст. 31).

По существу здесь складывается неопределенная правовая ситуация в связи с невозможностью принудительно истребовать присужденное истцу имущество, что может пагубно сказаться на стабильности гражданского оборота.

Относительно последствий пропуска срока исковой давности традиционно взгляды всех цивилистов можно дифференцировать на две группы.

1) Истечение срока исковой давности прекращает только право на удовлетворение иска³. Так, по образному выражению К.П. Победоносцева, с истечением исковой давности гражданское право не пропадает само по себе, но пропадает главный его нерв, существенное его свойство – защищать себя⁴.

зданий и сооружений, предназначенных для обеспечения жизнедеятельности указанных работников во время выполнения ими работ и междусменного отдыха, либо в приспособленных для этих целей и оплачиваемых за счет работодателя общежитиях, иных жилых помещениях.

В соответствии со ст. 129 Уголовно-исполнительного кодекса РФ в колониях-поселениях осужденные к лишению свободы проживают, как правило, в специально предназначенных для них общежитиях. К казарменно-жилищному фонду Вооруженных сил РФ наравне с казармами, зданиями штабов, военно-учебными заведениями и др. относятся жилые дома, общежития и гостиницы. См.: Токарев Е.И. Реализация высвобождаемого военного имущества в Вооруженных силах Российской Федерации // Право в Вооруженных силах. 2000. № 8, 9, 3.

Организации, где предусматривается прохождение альтернативной гражданской службы, бесплатно обеспечивают общежитием граждан, проходящих альтернативную гражданскую службу вне территории, где они постоянно проживают. (Об альтернативной гражданской службе: Федеральный закон от 25.07.2002 г. № 113-ФЗ (ред.от 09.03.2010 г.) (ст. 20) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3030; 2010. № 11. Ст. 1176.)

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 133.

² ФЗ РФ «Об исполнительном производстве» от 2 октября 2007 № 229-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

³ См.: Черепяхин Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения // Советское государство и право. 1940. № 4. С. 52; Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М., 1948. С. 544–546; Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 223–227; Кириллова М.Я. Исковая давность. М., 1966. С. 87–89; Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 210–211; Моргунов С.В. Исковая давность в правилах о виндикации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 4. С. 137–138.

⁴ Победоносцев К.П. Курс гражданского права : в 3 т. Т. 1 / под ред., с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 150.

2) Истечение исковой давности погашает не только право на иск, но и право собственности¹.

Проанализируем ситуацию применительно к пропуску срока предъявления исполнительного документа к исполнению. Конечно, прекращение материально-го права на присужденную вещь не может быть обосновано одним только фактическим истечением времени, мотивы к тому более глубокие, чем кажется на первый взгляд. Субъективное право, безусловно, может существовать в силу одного только признания без обеспеченности его государственным принуждением, на что ссылаются сторонники сохранения права собственности. Однако исполнение исполнительного документа приводит к восстановлению не самого права собственности, а способа его осуществления, например, владения. После отказа в возбуждении исполнительного производства возможность завладения вещью правомочными способами утрачивается навсегда (если не брать в расчет случайное стечение обстоятельств по возврату имущества). Значит, теряется смысл закреплять за взыскателем одну только абстрактную меру поведения. Сохранение «голого» субъективного права собственности будет лишь стимулировать самоуправство со стороны прежнего истца, который не успел предъявить исполнительный документ к исполнению.

Если признать прекращение права собственности взыскателя на основании погасительной давности², то снимается проблема неопределенности правового положения заданного имущества.

Если же есть все основания для удовлетворения иска или взыскания по исполнительному документу, но собственник отказывается от иска или от взыскания по исполнительному документу и отказ принят судом, то здесь также возникает неопределенность прав на вещь, поскольку, с одной стороны, собственник совершил действие, определенно свидетельствующее о его устранении от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерений сохранить какие-либо права на это имущество, т. е. отказался от права собственности (ст. 236 ГК РФ), а с другой – у владельца-ответчика (должника) нет титула владения. Следовательно, в целях установления однозначности в правах на спорную вещь стоит считать, что отказ собственника от притязаний на имущество представляет собой частный случай отказа от права собственности.

Когда собственник пропустил давность или отказался от притязаний, а в отношении владельца установлен факт самоуправного (силой, тайно и т. д.) завладения или удержания имущества, в такой ситуации признание права собственности за самоуправным владельцем противоречило бы всяким принципам правопорядка. Поэтому, если учесть, что истец (взыскатель) должен терять в указанных ситуациях право собственности в связи с несоблюдением им дисциплины своевременной защиты, своевременного предъявления исполнительного документа к исполнению или в случае отказа от защиты (исполнения), то справедливо передать спорную вещь в муниципальную собственность.

Таким образом, можно предложить законодательно предусмотреть «погасительную данность» в качестве способа прекращения права собственности истца (взыскателя) и одновременно одного из первоначальных способов приобретения права собственности на стороне ответчика (должника в исполнительном производстве).

Нормативная модель «погасительной данности» и «отказа от притязаний» может выглядеть следующим образом:

¹ См.: Энгельман И.Е. О данности по русскому гражданскому праву: историко-догматическое исследование // СПС «КонсультантПлюс». Классика российской цивилистики. 2005; Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 1997. С. 284; Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л., 1958. С. 267; Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л., 1955. С. 159–164; Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 56–68; Арзамасцев А.Н. Охрана социалистической собственности по советскому гражданскому праву. Л., 1956. С. 69–71; Ерошенко А. Личная собственность в гражданском праве. М., 1973. С. 200; Братусь М.Б. Вещно-правовые способы защиты права собственности и владения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 78.

² См.: Лоренц Д.В. Особенности применения исковой давности при виндикации имущества // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 1. С. 23–24.

«Статья 234.1. Погасительная давность и отказ от притязаний

1. Когда суд на основании истечения срока исковой давности (п. 2 ст. 199 ГК РФ) отказывает собственнику в иске об истребовании недвижимого имущества, право собственности прежнего правообладателя считается прекратившимся, а недвижимое имущество признается принадлежащим владельцу на праве собственности (погасительная давность) с момента такой регистрации, а в случае наличия регистрации на день вынесения судебного решения право собственности возникает с момента, определяемого судом в качестве дня истечения срока исковой давности, независимо от первоначальной даты, когда фактически сделана запись в Едином государственном реестре.

2. Когда суд на основании истечения срока исковой давности (п. 2 ст. 199 ГК РФ) отказывает собственнику в иске об истребовании движимого имущества, право собственности прежнего правообладателя считается прекратившимся, а движимое имущество признается принадлежащим владельцу на праве собственности (погасительная давность) с момента, определяемого судом в качестве дня истечения срока исковой давности.

3. Когда суд отказывает собственнику-взыскателю в восстановлении срока предъявления исполнительного документа к исполнению по иску об истребовании имущества, право собственности прежнего правообладателя считается прекратившимся, а имущество признается принадлежащим владельцу на праве собственности (погасительная давность) с момента, определяемого по правилам п. 1 и 2 настоящей статьи.

4. Когда при наличии оснований для истребования имущества собственник отказывается от иска или от взыскания по исполнительному документу (ст. 236) и отказ принят судом, право собственности прежнего правообладателя считается прекратившимся после приобретения владельцем права собственности на имущество с момента вступления постановления суда в законную силу, а в отношении недвижимости в случае отсутствия государственной регистрации права собственности владельца с момента такой регистрации.

5. Если помимо обстоятельств, указанных в настоящей статье, судом в отношении владельца будет установлен факт неспокойного владения (в случае самоуправного завладения или удержания) спорным имуществом, это имущество передаётся в муниципальную собственность на основании признания его бесхозяйным».

ВИНА КАК УСЛОВИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ УПРАВЛЯЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ: ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Петрова Екатерина Николаевна

Участие управляющей организации в управлении хозяйственными обществами в современной России используется достаточно часто.

Среди причин, побуждающих к принятию соответствующего решения, можно назвать желание участников повысить эффективность управления обществом. Нередко управляющие организации привлекаются для вывода предприятия из кризиса. Распространен и такой вариант, когда функции единоличного исполнительного органа одного хозяйственного общества начинает исполнять другое юридическое лицо незадолго до реорганизации в виде их присоединения или слияния.

В связи с отмеченной популярностью особую актуальность приобретает вопрос об ответственности управляющей организации перед хозяйственным обще-

ством за убытки, причиненные обществу в результате ненадлежащего исполнения своих обязательств по договору.

В п. 2 ст. 71 ФЗ РФ «Об акционерных обществах», а также в п. 2 ст. 44 ФЗ РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью» установлено, что единоличный исполнительный орган общества, а равно управляющая организация (управляющий) несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания и размер ответственности не установлены федеральными законами. Аналогичное положение содержит п. 3 ст. 53 ГК РФ.

Ответственность управляющей организации и хозяйственного общества друг перед другом в рамках исследуемых правоотношений как самостоятельных субъектов соответствующего обязательства является гражданско-правовой, договорной, что, впрочем, не исключает возникновение и деликтной ответственности в рамках иных правоотношений с участием названных субъектов.

В качестве условий гражданско-правовой ответственности традиционно называют противоправный характер поведения (действий или бездействия) лица, на которое предполагается возложить ответственность; если потерпевшему лицу нанесен вред или он понес убытки; установлена причинно-следственная связь между противоправным поведением нарушителя и наступившими вредоносными последствиями; когда доказана вина правонарушителя. Необходимость первых трех из перечисленных условий гражданско-правовой ответственности вряд ли стоит отрицать.

В свою очередь, говоря о таком условии гражданско-правовой ответственности, как вина причинителя вреда, считаем необходимым отметить некоторые проблемы, связанные с трактовкой вины относительно лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа хозяйственного общества.

Долгое время вина рассматривалась как психическое отношение лица к своему противоправному поведению и к его результату, основанному на возможности предвидения и предотвращения последствий этого поведения¹. Подобное определение понятия вины можно встретить и в современный период. Так, Н.Д. Егоров полагает, что вина – такое психическое отношение лица к своему противоправному поведению, в котором проявляется пренебрежение к интересам общества и третьим лицам².

Резко критиковали такой подход М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, которые призывали к «избавлению от химер»³. Е.А. Суханов⁴ и В.В. Долинская⁵ отмечают, что данный подход обоснован для уголовного права. Следует, наконец, учесть и то обстоятельство, что участниками гражданских правоотношений являются не только граждане, но также юридические лица и публично-правовые образования. Говорить об их «субъективном психическом отношении к своему поведению и его последствиям» можно весьма условно. Очевидно, что такой подход не выдерживает критики, особенно если с его помощью пытаться установить вину юридического лица как самостоятельного реального субъекта права.

С позиций современного российского гражданского права более подходящим определением вины можно считать принятие правонарушителем всех возможных мер по предотвращению неблагоприятных последствий своего поведения, необходимых при той степени заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру лежащих на нем обязанностей и конкретным условиям оборота⁶.

¹ См.: Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. М., 1973. С. 340; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 111.

² Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 1 / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М., 2004. С. 673.

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 721–751.

⁴ Гражданское право : учебник : в 4 т. Т. 1. Общая часть / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. С. 607.

⁵ Долинская В.В. Акционерное право: основные положения и тенденции. М., 2006. С. 607.

⁶ См.: Гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2000. С. 449.

В литературе справедливо отмечается, что в настоящее время принцип ответственности за вину лишен универсальности¹. Подтверждением тому может быть закрепление в законе ряда случаев ответственности при отсутствии вины (п. 3 ст. 401, п. 1 ст. 405, ст. ст. 640, 697, 794, п. 1 ст. 901, п. 1 ст. 1022, абз. 2 п. 1 ст. 1078 ГК РФ).

Однако ФЗ «Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью» применительно к ответственности управляющей организации говорят именно о вине. В связи с этим некоторые исследователи вопросов ответственности лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа хозяйственного общества, делают вывод о том, что вина является необходимым условием их гражданско-правовой ответственности².

В то же время В.В. Долинская полагает, что ответственность управляющей организации подчиняется жестким правилам п. 3 ст. 401 ГК РФ. Е.Н. Бычкова предлагает трактовать закон таким же образом в отношении управляющих организаций акционерных обществ³.

Договор с управляющей организацией используется в сфере предпринимательской деятельности. Такая организация занимается предпринимательской деятельностью по возмездному оказанию услуг: текущим руководством, осуществлением функций единоличного исполнительного органа другого юридического лица. То есть по общему правилу, закрепленному в п. 3 ст. 401 ГК РФ, за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств управляющих организация должна нести ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы: чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. При этом указанное общее правило действует, если законом или договором не предусмотрено иное. Следовательно, п. 2 ст. 71 ФЗ РФ «Об акционерных обществах» и п. 2 ст. 44 ФЗ РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью» закрепляют «иное», т. е. ответственность за вину.

Допускаем, что ответственность за вину справедлива в отношении физического лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа хозяйственного общества. Тем не менее мы полагаем, что ответственность управляющей организации, а также ответственность хозяйственного общества не может основываться на принципах вины.

Как подчеркивалось выше, хозяйственное общество и управляющая организация являются лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Их действия направлены на извлечение прибыли. Как отмечает А.Л. Маковский, ГК РФ относится к предпринимателю как к профессионалу, как к тому, кто, действуя в обороте, знает больше и может больше, и с кого, соответственно, должен быть и больший спрос, чем с обычного гражданина или некоммерческой организации⁴. В.Ф. Яковлев также подчеркивает, что поскольку предпринимательская деятельность осуществляется с целью извлечения прибыли, то весь риск негативных последствий такой деятельности должен на себя брать предприниматель⁵.

Поэтому нужно поддержать позицию В.В. Долинской и Е.Н. Бычковой о необходимости корректировки положений законодательства, устанавливающих вину в качестве необходимого условия для наступления гражданско-правовой ответственности управляющей организации.

Предлагаем первые предложения п. 2 ст. 71 ФЗ РФ «Об акционерных обществах» и п. 2 ст. 44 ФЗ РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью» из-

¹ См.: Кулинская А.В. Гражданско-правовая ответственность единоличного исполнительного органа акционерного общества // Актуальные проблемы гражданского права : сб. статей. Вып. 11 / под ред. О.Ю. Шилохвоста. М., 2007. С. 152.

² См.: Лаптев В.В. Акционерное право. М., 1999. С. 93; Молотников А.Е. Ответственность в акционерных обществах. М., 2006. С. 157–159; Кулинская А.В. Указ. соч. С. 157.

³ Бычкова Е.Н. Договорная ответственность исполнительных органов акционерного общества : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 6.

⁴ Маковский О.А. О концепции первой части Гражданского кодекса // Вестник ВАС РФ. 1995. № 4. С. 80.

⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (часть первая) // под ред. О.И. Садикова. М., 1999. С. 653.

ложить в следующей редакции: «Члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, лицо, исполняющее функции единоличного исполнительного органа общества (директор, генеральный директор), лицо, исполняющее функции временного единоличного исполнительного органа, члены коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания и размер ответственности не установлены федеральными законами. Управляющая организация (управляющий) как лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа общества, несет ответственность в соответствии с п. 3 ст. 401 ГК РФ».

ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА ПРИМЕРЕ КОМПЕНСАЦИИ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ

Гаврилов Евгений Владимирович

Современное гражданское право Российской Федерации предусматривает открытый (неисчерпывающий) перечень способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ), особенно это касается защиты нематериальных благ.

Так, согласно п. 2 ст. 150 ГК РФ нематериальные блага защищаются в соответствии с ГК РФ и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и тех пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ) вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения.

Анализ ст. 150 ГК РФ, подтвержденный судебной практикой, показывает, что нематериальные блага субъектов гражданского права защищаются не только теми способами защиты, которые предусмотрены законом (в частности ст. 12 ГК РФ), но и теми способами, которые законом не предусмотрены, но являются необходимыми для эффективной защиты нематериальных благ. При этом в основе таких способов защиты лежат специфика нарушенного нематериального права и характер последствий этого нарушения. Непредусмотренные законом способы защиты нематериальных благ должны носить производный характер от основных способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ).

Самым распространенным непредусмотренным законом способом защиты деловой репутации хозяйствующих субъектов является компенсация нематериального (репутационного) вреда, которая на практике часто именуется компенсацией вреда, причиненного деловой репутации. Вопрос о соотношении указанных терминов – не предмет настоящей статьи; мы придерживаемся позиции, что это разное обозначение одного и того же непредусмотренного законом, но признанного судебно-арбитражной практикой, способа защиты деловой репутации.

Компенсация вреда, причиненного деловой репутации, носит производный характер от компенсации морального вреда, но при этом имеет некоторые имущественные черты и ориентирована на юридических лиц. Существование указанного способа защиты некоторыми учеными подвергается критике, однако Конституционный Суд Российской Федерации (КС РФ), Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (ВАС РФ) и федеральные арбитражные суды округов (арбитражные кассационные суды), признают его правомерность.

В современной судебно-арбитражной практике компенсация вреда, причиненного деловой репутации, ассоциируется с юридическими лицами. Считается, что исследуемый способ защиты является неким аналогом компенсации морального вреда, который, в свою очередь, свойствен лишь гражданам. А как быть с индивидуальными предпринимателями, которые, с одной стороны, являются граж-

данами (п. 1 ст. 23 ГК РФ), а с другой – приравнены к коммерческим организациям (п. 3 ст. 23 ГК РФ)? Могут ли индивидуальные предприниматели защитить свою деловую репутацию с помощью компенсации вреда, причиненного деловой репутации? Как она соотносится с компенсацией морального вреда? Или может быть, индивидуальные предприниматели вообще лишены права на денежную компенсацию за свою опороченную деловую репутацию?

Для начала отметим, что до сих пор является проблемным вопрос о возможности компенсации морального вреда индивидуальным предпринимателям. На практике в одних случаях компенсация морального вреда взыскивается в пользу индивидуальных предпринимателей, в других случаях – нет (со ссылкой на то, что компенсация морального вреда возможна лишь в отношении физических лиц, а не в отношении хозяйствующих субъектов)¹. По данному вопросу мы полностью согласны с Ю.А. Тарасенко, допускающим возможность компенсации морального вреда индивидуальным предпринимателям. Ю.А. Тарасенко пишет, что будучи индивидуальным предпринимателем субъект не перестает быть личностью, которая вполне может испытывать физические и нравственные страдания (моральный вред). «Сказать, что такие страдания гражданин может испытывать лишь как «обычный гражданин», т. е. Вне связи с деловой сферой и предпринимательской активностью, значит допустить «раздвоение» всей личности гражданина и всех сфер его активности (его имущества, воли и действий – актов волеизъявления) на «обычные» и «предпринимательские»; отсюда – один шаг до признания возможности заключения «обычным гражданином» договора с... самим же собой, но «как предпринимателем», до обязательств и судебных процессов с совпадением должника и кредитора (истца и ответчика) в одном лице!»².

Заметим, что в последнее время «чаша весов Фемиды» склоняется всё же к допустимости компенсации морального вреда индивидуальным предпринимателям. Во всяком случае, это тенденция ВАС РФ и федеральных арбитражных судов округов (арбитражных кассационных судов).

Сложнее обстоит дело с компенсацией вреда, причиненного деловой репутации. Как понимать указанный способ защиты?

В 2006 г. ФАС Северо-Западного округа констатировал правомерность выводов нижестоящих судов о компенсации морального вреда индивидуальному предпринимателю. Причем в рассматриваемом ФАС Северо-Западного округа деле истец (индивидуальный предприниматель) просил суд взыскать с ответчика 25 000 руб. В качестве *компенсации вреда, нанесенного его деловой репутации*; требование компенсации морального вреда в иске отсутствует. Решением суда первой инстанции, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, в пользу истца взыскано 1000 руб. компенсации морального вреда. ФАС Северо-Западного округа оставил судебные акты нижестоящих судов без изменения³.

Получается, суды расценили «компенсацию вреда, нанесенного деловой репутации» в качестве «компенсации морального вреда», тем самым самостоятельность компенсации вреда, причиненного деловой репутации как способа защиты, была полностью утрачена. Вывод следующий – компенсация вреда, причиненного деловой репутации, – это не что иное, как компенсация морального вреда, причиненного умалением деловой репутации.

Из постановления ФАС Северо-Западного округа от 16.01.2009 г. по делу № А56-17029/2007 ясно, что на требование о денежной компенсации вреда, причиненного деловой репутации индивидуального предпринимателя, распространяются правила компенсации морального вреда.

¹ Об этом подробнее см.: Гаврилов Е.В. Компенсация морального вреда индивидуальным предпринимателям (на примерах из практики Арбитражного суда Тульской области) // Гражданские правоотношения: вопросы теории и правоприменения: Материалы выступлений на Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 15-летию принятия первой части ГК РФ (27 марта 2009 года, г. Тула). Тула : Тульский филиал Моск. ун-та МВД России, 2009. С. 381–386.

² Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой / А.Б. Бабаев, Р.С. Бевзенко, В.А. Белов, Ю.А. Тарасенко; под общ. ред. В.А. Белова. М. : Изд-во «Юрайт», 2010. С. 216.

³ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 02.06.2006 г. по делу № А05-8888/2005-27 // ИС ВАС РФ «БРАС».

Схожий подход нашел свое отражение и в практике ФАС Волго-Вятского округа.

В постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 27.03.2009 г. по делу № А79-3970/2008 обосновывается правомерность взыскания нижестоящими судами в пользу индивидуального предпринимателя компенсации морального вреда, причиненного распространением спорных сведений, несмотря на то, что истец заявлял требование о взыскании ущерба деловой репутации.

Аналогичная позиция содержится в постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 09.10.2008 г. по делу № А79-10696/2007.

Гражданин обратился в Арбитражный суд Чувашской Республики – Чувашии с иском, уточненным в порядке ст. 49 АПК РФ, к ООО «Аргументы и факты – Чувашия», редакции печатного издания «Региональное приложение «Аргументы и факты – Чувашия» и гражданину М. о защите своей деловой репутации как гражданина и директора общества с ООО «НПК «Меркурий», путем обяания ответчиков опровергнуть порочащие его честь, достоинство и деловую репутацию несоответствующие действительности сведения, а также о взыскании с ООО «Аргументы и факты – Чувашия» 150 000 руб. и с М. 50 000 руб. компенсации морального вреда и ущерба, нанесенного деловой репутации истца¹.

Суд первой инстанции взыскал в пользу истца с ответчиков по 3000 руб. морального вреда. Суд апелляционной инстанции оставил решение суда первой инстанции без изменений. Постановлением ФАС Волго-Вятского округа от 09.10.2008 г. по делу № А79-10696/2007 решение Арбитражного суда Чувашской Республики – Чувашии от 28.04.2008 и постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 30.06.2008 по делу № А79-10696/2007 оставлены без изменения.

Кассационный суд констатировал, что нижестоящие суды правомерно взыскали с виновных лиц сумму компенсации за причиненный вред, а также обязали опубликовать опровержение недостоверных сведений².

Таким образом, суды сочли, что моральный вред и ущерб, нанесенный деловой репутации, имеют одну правовую природу и могут быть компенсированы универсальным способом защиты – компенсацией морального вреда.

Абсолютно противоположный подход высказал в 2008 г. восьмой арбитражный апелляционный суд в своем постановлении от 16.04.2008 г. по делу № А46-5542/2007.

Индивидуальный предприниматель обратился в Арбитражный суд Омской области с иском, уточненным в порядке ст. 49 АПК РФ, об обяании первого ответчика опровергнуть распространенные им публично в обращении к членам Омского областного союза предпринимателей сведения путем рассылки присутствовавшим на собрании 18.12.2006 г. членам Омского областного Союза предпринимателей писем с опровержением; обяании второго ответчика опровергнуть распространенные сведения; взыскать с первого ответчика в пользу истца в качестве компенсации вреда деловой репутации 2 500 000 руб., в качестве компенсации морального вреда – 2 500 000 руб.³.

Заявленные требования основаны на ст. ст. 151, 152 ГК РФ и мотивированы тем, что распространенные сведения не соответствуют действительности, в результате чего индивидуальному предпринимателю нанесен моральный вред и вред деловой репутации. Таким образом, истцом были заявлены два самостоятельных «денежных» способа защиты – «компенсация вреда, причиненного деловой репутации» и «компенсация морального вреда».

Решением суда первой инстанции иск удовлетворен частично, в пользу истца взыскано 50 000 руб. В порядке возмещения морального вреда и 50 000 руб. В порядке возмещения вреда деловой репутации.

Постановлением от 16.04.2008 г. восьмого арбитражного апелляционного суда решение суда первой инстанции изменено. В удовлетворении требований о возмещении вреда деловой репутации отказано. В остальной части решение оставле-

¹ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 09.10.2008 г. по делу № А79-10696/2007 // ИС ВАС РФ «БРАС».

² Там же.

³ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2008 г. по делу № А46-5542/2007 // ИС ВАС РФ «БРАС».

но без изменения. Апелляционный суд констатировал обоснованность взыскания денежной компенсации морального вреда, причиненного умалением деловой репутации юридического лица. Однако суд апелляционной инстанции не согласился с правомерностью взыскания в пользу истца компенсации вреда, причиненного деловой репутации. В мотивировочной части постановления суд справедливо именует исследуемый способ защиты «компенсацией нематериального (репутационного) вреда».

По мнению суда, наличия оснований для такого взыскания истец не доказал: «Статьей 152 ГК РФ не предусматривается возможность возмещения нематериального репутационного вреда».

Впервые возможность возмещения репутационного вреда, причем именно юридическому лицу, а не физическому лицу, была подтверждена Решением Европейского суда по правам человека от 06.04.2000 г. по делу «Компания Коминггерсоль против Португалии». В этом решении Европейский суд по правам человека пришел к выводу о том, что он не может исключить возможность присуждения коммерческой компании компенсации за нематериальные убытки, которые могут включать виды требований, являющиеся в большей или меньшей степени «объективными» или «субъективными». Среди них необходимо принять во внимание репутацию компании, неопределенность в планировании решений, препятствия в управлении компанией (для которых не существует четкого метода подсчета) и, наконец, хотя и в меньшей степени, беспокойство и неудобства, причиненные членам руководства компании.

Дело «Коминггерсоль С.А.» против Португалии», являющееся главным прецедентом возмещения «нематериального вреда» в пользу юридического лица, возникло из-за того, что суды Португалии более 20 лет не могли произвести взыскание по вексельному требованию в пользу истца. В решении Европейского суда по этому делу подчеркивается, что взыскание денежной компенсации «нематериального вреда» – единственный способ для этого суда понудить Правительство Португалии выполнить требования нарушенной нормы Конвенции поскольку возмещение убытков в данном деле невозможно, так как судебные процессы по существу дела продолжаются.

Иными словами – такое взыскание не является вторжением во внутреннее законодательство стран-участниц Конвенции и потому не дает национальным судам прав, которых у них не было до этого дела. Такое решение возможно исключительно в рамках компетенции Европейского суда.

Однако отсутствие в российском законодательстве критериев, позволяющих установить факт причинения нематериального вреда юридическому лицу, не лишает последнего в случае умаления его деловой репутации требовать в судебном порядке возмещения этого нематериального вреда. Это вытекает из ниженазванного определения Конституционного Суда Российской Федерации.

Конституционный Суд РФ в Определении от 04.12.2003 г. № 508-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации» пояснил, что отсутствие прямого указания в законе на способ защиты деловой репутации юридических лиц не лишает их права предъявлять требования о компенсации убытков, в том числе нематериальных, причиненных умалением деловой репутации, или нематериального вреда, имеющего свое собственное содержание (отличное от содержания морального вреда, причиненного гражданину), которое вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения.

То есть понятие нематериального (репутационного) вреда пока вводится в судебную практику исключительно в отношении юридического лица и только в целях возмещения юридическому лицу вреда, сходного с моральным вредом, причиненным физическому лицу. Данное понятие вводится в целях применения пункта 7 статьи 152 ГК РФ, согласно которой правила о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

Но даже если допустить, что положения о возмещении репутационного вреда распространяются на физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, то истец обязан доказать как сам факт причинения вреда (умаления деловой репутации), так и размер такого умаления, делающий возможным его денежную оценку.

В данном деле в нарушение части 1 статьи 65 АПК РФ истцом не доказан ни факт причинения вреда (умаления деловой репутации) распространением сведений порочащего характера, ни размер этого умаления.

Сам факт наличия вреда и его размер должны быть обоснованы с учетом специфики правонарушения и его влияния на хозяйственную (предпринимательскую) деятельность истца.

Истец не доказал наличия даже тех «объективных» или «субъективных» факторов (умаление репутации компании, неопределенность в планировании решений, препятствия в управлении компанией и, наконец, хотя и в меньшей степени, беспокойство и неудобства, причиненные членам руководства компании), которые принял во внимание Европейский суд по правам человека.

Возмещение репутационного вреда осуществляется лишь в тех случаях, когда опровержение распространенных порочащих сведений не позволяет в полной мере восстановить деловую репутацию.

В деле нет никаких доказательств того, что в связи с распространенными сведениями истцу причинено беспокойство за развитие бизнеса, у него увеличились риски ведения хозяйственной деятельности, распространенные сведения повлекли нестабильность инвестиционного процесса, непредвиденные затраты времени персонала на преодоление возникших затруднений, неопределенность в планировании решений, которые нужно принимать в связи с управлением хозяйственной деятельностью.

По указанным причинам иск в части возмещения репутационного вреда не может быть удовлетворен¹.

Заметим, что указанное постановление является одним из немногих судебных актов, в которых бы так подробно описывалась позиция суда по вопросу компенсации нематериального (репутационного) вреда. Нам на память приходит только два судебных акта (постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 02.11.2009 г. по делу № А75-3887/2009 и постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.10.2009 г. по делу № А32-6861/2008-16/114), в которых также подробно был освещен вопрос о компенсации нематериального (репутационного) вреда.

Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 21.08.2008 г. по делу № Ф04-4610/2008(8879-А46-28) и постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2008 г. по делу № А46-5542/2007 оставлено без изменения.

Применительно к нашей теме, можно отметить, что Восьмой арбитражный апелляционный суд отграничивает компенсацию нематериального (репутационного) вреда (вреда, причиненного деловой репутации) от компенсации морального вреда. Признает компенсацию нематериального (репутационного) вреда в отношении юридических лиц и оспаривает применительно к индивидуальным предпринимателям, которые могут довольствоваться компенсацией морального вреда. Требует доказывать сам вред и размер его денежной компенсации.

Практика судов показывает, что в иске о компенсации вреда, причиненного деловой репутации, будет отказано в том случае, если оспариваемые сведения не являются сведениями, порочащими деловую репутацию индивидуального предпринимателя (например, постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 02.03.2009 г. по делу № А32-4268/2007-52/90).

На основании всего изложенного можно сделать следующие выводы:

1. Современная судебная-арбитражная практика склоняется к тому, что индивидуальные предприниматели, деловая репутация которых опорочена несоответствующими действительности сведениями, имеют право на денежную компенсацию.

¹ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2008 г. по делу № А46-5542/2007 // ИС ВАС РФ «БРАС».

2. В большинстве случаев компенсация вреда, причиненного деловой репутации индивидуальных предпринимателей, отождествляется с компенсацией морального вреда, причиненного умалением деловой репутации индивидуального предпринимателя.

3. В целях устранения различного подхода некоторых арбитражных судов к компенсации нематериального (репутационного) вреда (вреда, причиненного деловой репутации), ориентированного на юридических лиц, и компенсации морального вреда, причиненного умалением деловой репутации, ассоциируемого с физическими лицами, предлагаем создать универсальный способ защиты нематериальных благ субъектов гражданского права (физических и юридических лиц) – компенсацию нематериального вреда¹.

ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВОВЫХ ФИКЦИЙ КАК СПОСОБ МОДЕРНИЗАЦИИ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА (НА ПРИМЕРЕ АРБИТРАЖНОПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РФ)

Коголовский Иван Радионович

Возможность защиты гражданских прав служит одной из гарантий их осуществления. Право на судебную защиту гарантировано ст. 46 Конституции Российской Федерации. Опираясь на ст. ст. 2, 18 и 46 Конституции РФ, Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно указывал в своих решениях, что право на судебную защиту предполагает охрану прав не только от произвольной неправомерной деятельности законодательной и исполнительной власти, но и от ошибочных решений самого суда². Иначе говоря, конституционное право на судебную защиту есть право на защиту действительно нарушенных или неправомерно оспариваемых прав и свобод с помощью суда, право на правосудие, которое по своей сути предполагает эффективное восстановление в правах и несовместимо с ошибочной деятельностью суда.

Необходимым требованием при рассмотрении спора судом является обязательное извещение судом лиц, участвующих в деле, и иных участников процесса о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия (ст. 121 АПК РФ в ред. Федерального закона № 228-ФЗ³). В противном случае решение подлежит безусловной отмене (п. 2 ч. 4 ст. 270 АПК). Однако как должен поступить суд, если заинтересованное лицо во время решения вопроса о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу или совершения отдельного процессуального действия сменило место нахождения (место жительства), не известив об этом? Суд должен отложить судебное заседание или разыскивать новое место нахождения данного лица?

В подобной ситуации возможен и целесообразен единственный вариант, установленный законодателем в ч. 4 ст. 121 АПК (в ред. Федерального закона от 27.07.2010 № 228-ФЗ) – выслать судебное извещение по адресу, определенному на

¹ Об этом см.: Гаврилов Е. вред деловой репутации: к вопросу о понятиях // Хозяйство и право. 2009. № 1. С. 124; Гаврилов Е.В. Компенсация нематериального вреда юридическим лицам: проблемы в терминологии // Цивилист. 2009. № 3. С. 51; Он же. Компенсация морального вреда юридическим лицам в судах общей юрисдикции и арбитражных судах // Право и защита. 2010. № 3, 4. С. 65, 68.

² См., например: Постановление КС РФ от 28.05.99 № 9П по делу о проверке ч. 2 ст. 266 и п. 3 ч. 1 ст. 267 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях // Вестник КС РФ. 1999. № 5.

³ Федеральный закон от 27 июля 2010 года № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4197.

основании выписки из Единого государственного реестра юридических лиц (индивидуальных предпринимателей), после чего полагать выполненной процессуальную обязанность извещения лица, участвующего в деле, и продолжать рассматривать дело по существу.

В ст. 123 АПК РФ законодатель установил перечень оснований считать лиц, участвующее в деле, или иных участников арбитражного процесса надлежащим образом извещенным, если:

- адресат отказался от получения копии судебного акта и этот отказ зафиксирован организацией почтовой связи или арбитражным судом;
- несмотря на почтовое извещение, адресат не явился за получением копии судебного акта, направленной арбитражным судом в установленном порядке, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд;
- копия судебного акта не вручена в связи с отсутствием адресата по указанному адресу, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд с указанием источника данной информации.

Названные нормы представляют собой правовые фикции. Арбитражный суд исходит из того, что лицо, участвующее в деле, или иной участник арбитражного процесса извещен надлежащим образом, хотя в действительности копия судебного акта не дошла до адресата и это известно судье. Налицо очевидное исключение из правил ч. 1 ст. 153 Кодекса. И оно объективно необходимо, иначе невозможно разбирательство спора по существу.

С принятием Федерального закона № 228-ФЗ, внесшего изменения в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, у арбитражного суда появилась возможность извещать лиц, участвующих в деле, и иных участников арбитражного процесса о последующих судебных заседаниях и отдельных процессуальных действиях по делу путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи, если арбитражный суд располагает доказательствами получения указанными лицами определения о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу (абз. 2 ч. 1 ст. 122 АПК РФ).

Кроме того, ч. 6 ст. 121 Кодекса устанавливает, что лица, участвующие в деле, после получения определения о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, вступившие в дело или привлеченные к участию в деле позднее, и иные участники арбитражного процесса после получения первого судебного акта по рассматриваемому делу самостоятельно предпринимают меры по получению информации о движении дела с использованием любых источников такой информации и любых средств связи.

Вместе с тем в абз. 2 ч. 1 ст. 121 АПК РФ предусмотрена обязанность арбитражного суда о размещении информации о принятии искового заявления или заявления к производству, о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия на официальном сайте арбитражного суда в сети Интернет. Документы, подтверждающие размещение арбитражным судом на официальном сайте арбитражного суда в сети Интернет указанных сведений, включая дату их размещения, приобщаются к материалам дела.

Таким образом, можно предположить, что через определенный промежуток времени фикция надлежащего извещения приобретет несколько иную структуру. При этом арбитражный суд будет лишь обязан известить лиц, участвующих в деле, путем направления копии определения только о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, а лиц, вступивших в дело или привлеченных к участию в деле позднее, и иных участников процесса, – направив первый судебный акт по рассматриваемому делу. Данная информация и дальнейшая информация о ходе рассмотрения дела размещается на официальном сайте арбитражного суда в сети Интернет. Лицо, получившее первое определение арбитражного суда по рассматриваемому делу, считается надлежащим образом извещенным о всем ходе рассмотрения дела.

Наряду с обязанностью суда надлежащего извещения сторон о времени и месте судебного заседания и иного процессуального действия, лица, участвующие в деле, обязаны сообщить арбитражному суду об изменении своего наименова-

ния. Закон не уточняет форму, в которой должно быть сообщено об изменении наименования. С целью получения достоверной информации извещение об изменении наименования должно быть сделано письменно и подписано уполномоченным на то лицом. В арбитражные суды нередко приходит информация о смене наименований тех или иных юридических лиц не в рамках конкретных судебных дел, а в качестве информации, адресованной председателю суда или просто с указанием «в арбитражный суд». Эта информация должна быть исследована на предмет ее достоверности и доведена до сведения судей, в производстве которых находятся дела с участием данных лиц.

На случай неисполнения указанной обязанности законодатель в ч. 1 ст. 124 Кодекса установил фикцию, согласно которой при отсутствии извещения об изменении наименования, лицо, участвующее в деле, именуется в судебном акте исходя из последнего известного арбитражному суду наименования этого лица.

Федеральным законом № 228-ФЗ от 27.07.2010 Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации дополнен нормой (п. 9 ч. 1 ст. 148), содержащей правовую фикцию, согласно которой арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после его принятия к производству установит, что истец повторно не явился в судебное заседание, в том числе по вызову суда, и не заявил ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие или об отложении судебного разбирательства, а ответчик не требует рассмотрения дела по существу.

Подаявая исковое заявление в арбитражный суд, истец заинтересован в разрешении спора по существу. Введя данную норму права, законодатель предусмотрел, что неоднократно не являясь в судебное заседание и не заявляя ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие или об отложении судебного заседания, истец утратил интерес к данному спору. В связи с чем предоставил арбитражному суду возможность при указанных обстоятельствах оставить иск без рассмотрения.

Таким образом, рассмотрев лишь небольшую часть юридических фикций в арбитражном процессе, можно сделать вывод, что фикции – своеобразные нормы, закрепленные в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации. Они дополняют обычные процессуальные нормы и предназначены для преодоления негативных последствий процессуальной недисциплинированности лиц, участвующих в деле. В известной степени они упрощают производство по делу, обеспечивая учет судом позиции лишь одной спорящей стороны. Вместе с тем применение фикции ставит другую сторону в привилегированное положение. Так, при применении ст. ст. 123–124 Кодекса являющееся в суд участвующее в деле лицо получает очевидную процессуальную льготу: никто не будет опровергать его доводы, а арбитражный суд при вынесении решения будет основываться на представленных доказательствах.

Несмотря на то, что действующий Арбитражный процессуальный кодекс и постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации не дают ответа на то, как должно быть оформлено судебное применение фиктивных норм, логика процессуального регулирования правосудия очевидна и заключается в следующем. Судья обязан задокументировать использовавшиеся фикции. С этой целью в определении или решении он отмечает как сам факт применения процессуальной нормы, содержащей фикцию, так и основания ее реализации, а также, обязательно, – юридические последствия. При этом необходимо точно воспроизвести формулу закона.

И. Зайцев отождествляет функцию процессуальной фикции, направленную против недисциплинированности лиц, участвующих в деле, с юридической санкцией, видя в ней своеобразную гражданско-правовую ответственность участников процесса. С ним соглашается и О.А. Курсова, утверждая, что «фикции в процессуальном праве действительно представляют собой своеобразные санкции – в случае нарушения правового предписания этого лица возникают неблагоприятные последствия именно вследствие применения фиктивного положения». Подобная позиция вызывает серьезные возражения. Юридическую фикцию нельзя отождествлять с санкцией, даже в самом широком смысле. В традиционном понимании санкция всегда связана не просто с неблагоприятными последстви-

ями для субъекта, но с применением принуждения за противоправное поведение. т. е. санкция выступает как мера правовой ответственности, а основанием юридической ответственности является правонарушение лица. «Санкцией правовой нормы называется нормативное определение норм государственного принуждения, применяемых в случае правонарушения и содержащих его итоговую оценку»¹. Санкции не могут применяться за действия правомерные, но совершенные не в том порядке, чтобы породить желательные правовые последствия, как в случае с ч. 9 ст. 148 АПК РФ. Нельзя расценивать всякий, сформулированный в норме Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, порядок производства процессуально значимой процедуры (например, порядок направления (вручения) копии судебного акта) как императивное возложение обязанности на всех субъектов этой процедуры действовать в предписанных рамках. Явка в судебное заседание признается законодателем правом стороны, а не ее обязанностью, поэтому нельзя расценивать последствия, описанные в п.п. 1–3 части 4 ст. 123 Кодекса как санкцию. Тогда как «обязанность (необходимость) и санкция неразрывно связаны; соответственно содержащиеся в праве предписания, не имеющие императивного (категорического, включающего запрет иного поведения) характера, непосредственно связаны не с санкцией, а с иными мерами поддержания правопорядка»². Таким образом, не следует смешивать понятия юридической фикции и санкции.

Подводя итог, отметим, что практическое значение процессуальных фикций представлено их воздействием на судопроизводство. Они сокращают ход и объем доказательственного материала, облегчают процесс установления обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. В целом фикции являются мерами, обеспечивающими процессуальную экономию юридических средств и сил судей, а также лиц, участвующих при отправлении правосудия в арбитражном суде. Согласимся и с мнением Е.Ю. Марохина, который считает, что юридические фикции направлены на недопущение затягивания или препятствия реализации арбитражно-процессуальных норм, а также «помогают» правоприменителю следовать формальным нормам Арбитражного процессуального кодекса, предлагая альтернативные способы осуществления некоторых процедур³. Модернизация процессуального законодательства путем введения новых фикций облегчает работу судьям при отправлении правосудия и в определенной степени дисциплинирует стороны арбитражного процесса при рассмотрении конкретного дела.

МОДЕРНИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ – ВАЖНЕЙШЕЕ УСЛОВИЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ

Чекмарева Анастасия Валериевна

В современных условиях к проблеме совершенствования правовой системы России приковано внимание как властных структур, так и научной среды. Состоявшееся в июле 2010 г. выездное совещание по современному развитию российского правосудия и законодательному обеспечению судебной реформы выявило целый ряд неотложных задач, которые придется решать в ходе дальнейшей мо-

¹ Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву: Теоретические проблемы. М., 1981. С. 7.

² Лейст О.Э. Указ. соч. С. 24–25.

³ Марохин Е.Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве : дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004. С. 157.

дернизации правовой системы¹. Среди них особую значимость приобретает как совершенствование действующего законодательства, так и его правильное применение. Особое внимание в этой связи должно быть уделено исполнительному производству. Именно в нем фокусируются болевые точки российской правовой системы, среди которых наиболее слабым звеном является защита прав личности. Согласно исследованиям, только 10 % из тех, кто считал свои права нарушенными, прибегли к судебной защите².

На данный вызов общества государство ответило комплексной модернизацией законодательства об исполнительном производстве. Концептуальной основой и главным признаком модернизации законодательной базы исполнительного производства стали отвергавшиеся ранее приоритеты прав и свобод человека и гражданина, концепции правового государства, принцип разделения властей.

Исполнительное производство, представляющее собой порядок действий, направленных на принудительную реализацию исполнительных документов, либо нуждалось в законодательной регламентации. Тем более что под влиянием политической модернизации страны прежнее исполнительное производство к середине 90-х годов XX в. превратилось в фикцию и стало противоречить новой Конституции. Общий объем сумм, подлежащих взысканию, приобрел катастрофические размеры и исчислялся 69 трлн руб. Реально было взыскано лишь 18 трлн руб.³ в этих условиях возросло число жалоб на действия судебного исполнителя. В декабре 1996 г. состоялся Всероссийский съезд судей, который констатировал, что судебное решение, не обеспеченное реально действующим механизмом его исполнения, является пустой декларацией, а следовательно, фикцией судебной защиты прав и свобод граждан⁴.

Как свидетельствуют социологические опросы, проведенные среди судебных приставов-исполнителей, в числе главных причин слабой эффективности работы были названы:

- большое количество исполнительных документов, находящихся в производстве – 87 % судебных приставов-исполнителей от общего числа опрошенных;
- плохое материальное и социальное обеспечение – 84 %;
- несовершенство законодательства об исполнительном производстве – 52 %;
- недостаточность полномочий судебного пристава-исполнителя – 36 %⁵.

Таким образом, хотя указанные причины и различны, но их объединяло одно – отсутствие реально действующего законодательства и четко разработанного статуса судебного пристава-исполнителя и его полномочий.

Новые возможности модернизации российской правовой системы возникли с вступлением Российской Федерации 28 февраля 1996 г. в Совет Европы. К этому времени в Совете Европы уже было принято более ста правовых актов, направленных на укрепление сотрудничества государств – членов этой организации и реализацию таких ценностей, как демократия, права человека, верховенство закона. Однако затянувшийся в России социально-экономический кризис не позволил на данном этапе существенно преобразовать как правовую систему в целом, так и исполнительное производство. Но толчок к преобразованиям состоялся, Россия приблизилась к «самому совершенному и эффективному договору в мире»⁶ – Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая была принята 4 ноября 1950 г.

С 1997 г. начинается масштабная работа по совершенствованию законодательства об исполнительном производстве. Новая социально-экономическая обстановка

¹ См.: Кузьмин В. Суд честной // Российская газета. 2010. 20 июля.

² См.: Морозова Л.А. Проблемы современной российской государственности. М., 1998. С. 170.

³ Статистика – 96. Исполнительное производство // Российская юстиция. 1997. № 7. С. 53.

⁴ Постановление 4 (Чрезвычайного) Всероссийского съезда судей от 4 декабря 1996 года «О состоянии судебной системы Российской Федерации и перспективах её развития» // Российская юстиция. 1997. № 2. С. 7.

⁵ См.: Морозова И.Б. Субъекты исполнительного производства : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 61.

⁶ См.: Гомиен Д. Путеводитель по Европейской конвенции о защите прав человека. Страсбург, 1994. С. 5.

потребовала прежде всего приведение российского законодательства об исполнительном производстве в соответствие с новыми трудовыми, социальными и экономическими отношениями. В ноябре 1997 г. вступили в действие федеральные законы №118-ФЗ «О судебных приставах» и №119-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Главная инновация этих законов заключается в решительном изменении статуса должностного лица, осуществляющего принудительное исполнение. Вместо судебных исполнителей, состоявших при судах и работавших непосредственно под руководством председателя районного суда или судьи, на основании новых законов была создана Служба судебных приставов, входящая в систему органов Министерства юстиции Российской Федерации. Закон позволил сформировать должностную иерархию исполнительного производства. На федеральном уровне высшим должностным лицом является Главный судебный пристав РФ, в регионах – главные судебные приставы субъектов Российской Федерации. На уровне районов судебные приставы-исполнители подчинены старшему судебному приставу. Ему же подотчетны не только приставы-исполнители, но и приставы, обеспечивающие порядок судопроизводства. Думается, что в этом случае законодательство далеко не совершенно, смешивая в одну иерархию подчиненных, наделенных разными функциями. Так, судебные приставы-исполнители действуют вне суда, их основными функциями являются послесудебные действия, как то: исполнение судебных решений, арест, изъятие, передача на хранение имущества и т. д. Что же касается приставов по обеспечению установленного порядка деятельности судов, то они действуют в совершенно других условиях – в ходе судебного процесса. Они обеспечивают в судах безопасность судей, заседателей и других участников судебного процесса. Они непосредственно выполняют распоряжения председателя суда, обеспечивают охрану зданий судов, совещательных комнат и судебных помещений в рабочее время, поддерживают общественный порядок в зале заседания и т. д. (ст. ст. 11 и 12 ФЗ «О судебных приставах»). В целом же указанные законы выделялись прежде всего сущностной ориентацией, направленной на более полную защиту прав граждан и в этом их неоспоримое достоинство.

Либеральный характер модернизации исполнительного производства проявился прежде всего в том, что в нем наряду с представителем государственной власти в лице судебного пристава-исполнителя как основного субъекта обозначены законом взыскатель и должник, активно участвующие в защите своих прав. Понятие взыскателя и должника впервые было определено в Федеральном законе РФ «Об исполнительном производстве» 1997 г. во второй главе данного закона были также установлены их права и обязанности, решен вопрос о возможности соучастия в исполнительном производстве. Были закреплены нормы, регламентирующие особенности участия в исполнительном производстве несовершеннолетних. Однако названные законы несколько отставали от быстро развивающейся практики. В них не упоминались организации, занимающиеся розыскной деятельностью по нахождению должника и его имущества, выполнения функции по охране имущества после его описи и ареста, реализации имущества. Как справедливо отмечал В.В. Ярков, «необходимо легализовать участие в исполнительном производстве специализированных организаций, которые занимаются реализацией имущества на торгах и комиссионных началах»¹. Следовательно, модернизация правовой системы отмеченного этапа обнажила проблему качества законов в современной России. Причем эта проблема представляет собой сложное переплетение традиционных и новаторских критериев. Среди традиционных фигурируют такие качества закона, как гуманность, эффективность, справедливость. Принципиально новым качеством становится отражение интересов личности. Защита интересов личности нуждалась в дополнениях, разъяснениях, наработке практики, использовании зарубежного опыта. В этом плане Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод представляет возможность физическому лицу подать жалобу непосредственно в международную организацию. Признание государством права индивидуального обращения стало важным фактором модернизации правовой системы, подтвердило его добрую

¹ Ярков В.В. Концепция реформы принудительного исполнения в сфере гражданской юрисдикции // Российский юридический журнал. 1996. № 2. С. 40.

волю к охране прав человека и принципам свободной Европы. Россия поставляет 28 % всех жалоб, поступающих в Европейский суд по правам человека. Это самое большое количество жалоб, приходящихся на одну страну. На втором месте (с большим отрывом) стоит Турция (11 %). Всего из России в настоящее время в Европейском суде находится 27 250 жалоб (всего жалоб – 98 000). Ежегодно количество жалоб из России в ЕСПЧ увеличивается на 3 %¹.

4 сентября 2002 г. вступило в силу вынесенное Европейским судом первое постановление по жалобе №59498/00 «Бурдов против России», в котором суд признал заявителя жертвой нарушения п. 1 ст. 6 Конвенции и ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции в связи с неисполнением в течение четырех лет трех судебных решений, вынесенных в пользу заявителя. Заявителем в данном деле являлся российский гражданин, участник мероприятий по ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС. Начиная с конца 1990-х гг., российские суды удовлетворяли его многократные требования о выплате различных денежных пособий, которые причитались ему как «ликвидатору», но их решения не исполнялись в течение длительного времени. Суд присудил А.Т. Бурдову 3000 евро – в качестве компенсации морального вреда².

4 мая 2009 г. вступило в силу пилотное постановление Бурдов-2, в котором Европейский суд установил, что имело место нарушение ст. 6 и ст. 13 Конвенции и ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, в результате длительного неисполнения российскими властями трех решений национальных судов, обязывающих власти произвести денежные выплаты заявителю, и отсутствия внутригосударственных эффективных средств правовой защиты от указанных нарушений. Суд присудил заявителю 6000 евро в качестве компенсации морального вреда³.

Европейский суд предложил властям Российской Федерации в течение шести месяцев с момента вступления в силу этого решения создать эффективное внутригосударственное средство правовой защиты или комплекс таких средств, которые обеспечат быстрое и адекватное восстановление нарушенных прав, включая возмещение ущерба, в случае неисполнения или длительного неисполнения национальных судебных решений. Российское государство обязано в течение года обеспечить восстановление прав всех пострадавших от невыплаты или длительных задержек в выплате сумм, которые оно задолжало по судебным решениям во всех делах, поданных в Европейский суд до вынесения указанного постановления, включая возмещение ущерба.

В этой связи Европейский суд приостановил на один год процедуру по всем делам, касающимся неисполнения или длительного исполнения судебных решений, обязывающих российские власти к выплате денежных сумм. При этом он может в любой момент объявить любую новую жалобу неприемлемой или прекратить по ней судопроизводство в результате заключения мирового соглашения между сторонами или урегулирования спора другими средствами.

На государственном уровне, наконец, пришло понимание того, что обращения граждан в Европейский суд не столько завоевание демократии, сколько показатель несовершенства правовой системы нашей страны. Выступая на VII съезде судей, Президент РФ Д.А. Медведев подчеркнул, что сама судебная система должна свести к минимуму такого рода обращения⁴.

В ч. 3 ст. 46 Конституции Российской Федерации провозглашено право каждого обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

¹ Европейский суд по правам человека наложил мораторий на рассмотрение жалоб из России // <http://www.reconciliation.ru/29050.html> (дата обращения 30 мая 2009).

² Постановление Европейского суда по правам человека (Первая секция) по существу дела и в отношении справедливой компенсации. Страсбург, 7 мая 2002 г. Дело Бурдов (Burdov) против России (жалоба № 59498/00) // Российская газета. 2002. 4 июля.

³ Постановление Европейского суда по правам человека. Страсбург, 15 января 2009 г. Дело Бурдов против России (№ 2) (Жалоба №. 33509/04) // Страсбургская катастрофа России – 747. <http://sutyajnik.ru/news/2009/05/1148.html> (дата обращения 30 мая 2009) .

⁴ Выступление Президента РФ на VII Всероссийском съезде судей // Официальный сайт Президента России: www.kremlin.ru/text/appears/2008/12/210020 (дата обращения 25 декабря 2008).

ты. В то же время Европейский суд по правам человека указывает на отсутствие в России специального внутригосударственного средства правовой защиты. Вместе с тем юридическая общественность правомерно поднимала и поднимает вопрос о том, что правовая система России не должна быть абсолютно открытой для норм международного права, поскольку вслед за этим утрачивается суверенность государства. Нельзя не согласиться с утверждением В.Н. Синюкова о том, что «завоевание личностью неприкосновенного общественного пространства в виде индивидуалистической правовой резервации не может стать методологическим принципом реформы российской правовой системы»¹.

Неоднозначно воспринимается правоведами и содержательная сторона деятельности Европейского суда. Право на эффективные средства правовой защиты толкуется судом широко, в связи с чем в литературе отражено неприятие такого факта². Кроме того, модернизация правовой системы в России и, прежде всего, такой ее динамично развивающейся части, как исполнительное производство, существенно обогатили возможности граждан на защиту своих прав после суда. Европейский суд в основном исходит из утвердившегося представления о том, что исполнительное производство – это стадия в гражданском процессе. Отсюда и восприятие как роли суда, так и исполнительного производства в защите прав граждан.

В России же и теория и практика активно дрейфуют в сторону комплексного понимания исполнительного производства, что является, на наш взгляд, существенным фактором модернизации правовой системы не догоняющего типа, а самобытного, отражающего внутренние потребности страны и менталитет народа. В этой связи исключительно плодотворным является признание того, что исполнение судебных актов – это не просто действия определенных структур, а неотъемлемая составная часть механизма защиты нарушенных оспоренных прав организаций и граждан³. Именно такое восприятие стимулирует развитие механизмов защиты прав граждан, соответствующих реалиям современной России. Так, идет поиск новых радикальных способов более эффективного исполнения решений суда, среди которых широко обсуждается проблема введения института частных приставов, и легализации специализированных организаций.

Вместе с тем возникает вопрос о возможных пределах расширения рыночных механизмов в рамках исполнительного производства. В частности, нуждается в контроле государства деятельность коллекторских агентств, фактически негласно содействующих гражданам в исполнении судебных решений. В настоящее время деятельность таких структур законодательно не оформлена, что может повлечь нарушение прав участников исполнительного производства. Например, агентство под названием «Пристав» может легко ввести в заблуждение граждан и воспользоваться полномочиями судебных приставов-исполнителей, прикрываясь такой вывеской. В процессе легализации деятельности коллекторских агентств важно не допустить проникновения преступных элементов и обеспечить строгий государственный контроль за этой структурой. По мнению Министра юстиции А. Коновалова, можно использовать потенциал негосударственных объединений в сфере отыскания имущества должников, доказывания реальной принадлежности имущества должнику. Такие структуры должны будут проходить аккредитацию или получать лицензию на осуществление своей деятельности⁴.

¹ Синюков В.Н. Обеспечение прав человека в России в условиях правовой реформы // Права человека в России и Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Саратов, 1999. С. 31.

² См.: Малиновский О.Н., Улетова Г.Д. Право на эффективные средства правовой защиты в свете Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и исполнительное производство : науч. труды / Российская академия юридических наук. Вып. 6 : в 3 т. Т. 2. М., 2006. С. 1012, 1013.

³ См.: Шерстюк В.М. Проблемы исполнительного производства привлекли внимание Конституционного Суда РФ // Арбитражная практика. 2001. № 5. С. 4.

⁴ Д. Медведев провел рабочую встречу с Министром юстиции А. Коноваловым, 2 июня 2009 г. http://www.kremlin.ru/appears/2009/06/02/2043/_type63378_217136.shtml. Дата обращения 7 июня 2009.

Современный экономический кризис еще более обострил проблему эффективности исполнения судебных решений. Как отмечалось в газете «Известия», «на рынке разворачивается соревнование – банки раньше успеют арестовать собственность должника или перед судебными приставами явится новый владелец»¹. В результате такого соревнования незащищенными становятся права огромного количества людей, подвергающихся увольнению, невыплатам заработной платы. Справедливо утверждение О.В. Исаенковой о том, что «экономический критерий не позволяет говорить об обеспечении получения юридической помощи на основе принципа «доступности и реальности». Далек не каждый российский гражданин может позволить себе оплатить услуги квалифицированного представителя в ходе совершения исполнительных действий»².

В этой связи представляется необходимым сохранить приоритеты государства в защите прав граждан и его гарантии на получение правовой помощи лицам, участвующим в исполнительном производстве. Поддержкой такой позиции могут служить примеры модернизационных преобразований в целом ряде стран. Там, где не были закреплены принципы государства, отчетливо проявлялись факты углубления социального неравенства в реализации конституционных прав граждан, затруднения в осуществлении фундаментальных прав и свобод личности, ограничения в возможностях защиты прав низкообеспеченных слоев общества.

Значительную роль в модернизации законодательства об исполнительном производстве сыграло обновление законодательной базы всей правовой системы. Принятие новых ГК РФ, УК РФ, КоАП РФ, ТК РФ и процессуальных кодексов существенно упрочили законодательную основу исполнительного производства. 1 февраля 2008 г. вступил в силу новый Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»³, который, не меняя концепцию исполнительного производства, устранил несоответствие прежнего законодательства реалиям современных исполнительных правоотношений.

Указанный закон усилил механизм принудительного исполнения судебных решений и иных юрисдикционных актов. Ведется активный поиск мер воздействия на недобросовестных должников (взаимодействие с ГИБДД, православной церковью, проведение тематических социальных информационных кампаний, применение ограничения права на выезд из Российской Федерации).

Полагаем, что модернизация законодательства об исполнительном производстве вступила в качественно новую фазу. Об этом свидетельствует, прежде всего, принятие Федерального закона РФ от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»⁴. Практически речь должна идти о новом качестве исполнения судебных решений, более строгой ответственности должностных лиц и новых возможностях защиты прав участников исполнительного производства. Государство таким образом дало ответ на пилотное постановление Европейского суда по правам человека «Бурдов-2», выполнив предписание о создании внутригосударственного средства правовой защиты от длительного неисполнения судебных решений, хотя необходимость действия компенсационных механизмов защиты права на судопроизводство в разумный срок была прописана в определении Конституционного Суда в 2008 г.⁵ Однако указанный закон далек от совершенства и порождает немало вопросов, ответы на которые в ближайшее время, возможно, даст практика.

Таким образом, в последние двадцать лет произошла существенная модернизация законодательства об исполнительном производстве. Она способствует по-

¹ Приставы спешат арестовать недвижимость // Известия. 2009. 10 апр.

² Исаенкова О.В. Исполнительное законодательство: использование зарубежного опыта // Исполнительное право 2008. № 4. С. 15.

³ СЗ РФ. 2007. № 41.

⁴ СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 3 июля 2008 г. № 734-О-П «По жалобе гражданки В. на нарушение ее конституционных прав статьей 151 Гражданского кодекса Российской Федерации» (о праве на компенсацию за неисполнение судебных решений) // СЗ РФ. 2009. № 5. Ст. 678.

вышению эффективности службы судебных приставов, более полно защищая права участников исполнительного производства. Вместе с тем процесс модернизации еще далек от своего завершения. Во многом он сдерживается несовершенством всей правовой системы, переживающей процесс радикальных преобразований, кадровыми проблемами и правовым нигилизмом граждан.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПЕРЕВОЗОК ГРУЗОВ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫМ ТРАНСПОРТОМ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Орлов Сергей Васильевич,
Орлова Ксения Александровна*

В новых социально-экономических условиях основной задачей федерального железнодорожного транспорта является транспортное обслуживание грузоотправителей и грузополучателей. Осуществляя перевозки грузов, перевозчик вступает в целый ряд правовых отношений и с иными субъектами предпринимательской деятельности, среди которых владельцы инфраструктур железнодорожного транспорта, другие физические и юридические лица, пользующиеся услугами железнодорожного транспорта. В настоящее время повышение эффективности работы железнодорожного транспорта обусловлено совершенствованием правового регулирования отношений в области железнодорожных перевозок.

В данный момент как сам железнодорожный транспорт России, так и система правового регулирования его деятельности находятся в состоянии структурного реформирования. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 июня 2008 г. № 877-р была утверждена Стратегия развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 г.¹

Существующая система правовых актов, регламентирующих вопросы перевозки грузов железнодорожным транспортом, состоит из ряда законов, а также большого количества подзаконных актов.

На сегодняшний день проблемы отставания и противоречия транспортного законодательства ставятся представителями различных ведомств и общественных организаций, в том числе Торгово-промышленной палаты РФ², Совета Федерации РФ³, Национальной ассоциации транспортников⁴, Министерства транспорта России, Союза транспортников России, комитета Госдумы РФ по транспорту, Федерального агентства железнодорожного транспорта, ведущих российских транспортных и логистических компаний⁵. Такой интерес к вопросу правового регулирования перевозок грузов железнодорожным транспортом демонстрирует актуальность вопросов совершенствования правового регулирования соответствующих отношений для экономики и права современной России. Например, в Минтрансе России отмечают очевидную вещь – существующая система правового регулирования в значительной степени устарела, в частности, в нормативных актах одинаковой значимости содержатся нетождественные определения,

¹ Стратегическое развитие железнодорожного транспорта России / под ред. Б.М. Лапидуса. М., 2008. 10 с.

² Концепция правовой политики «Развитие законодательства, регулирующего отдельные сферы предпринимательской деятельности: транспортное законодательство» [Электронный ресурс] // Интернет-сайт рабочего портала Департамента по законодательству Торгово-промышленной палаты РФ. Режим доступа: www.new.hse.ru.

³ Федоров Ю. Закон торможения [Электронный ресурс] // Интернет-сайт журнала «Сириус. Транспортное обозрение». Режим доступа: www.ciriuc.ru.

⁴ См.: Давыдов Г.Е. Очевидное или вероятное? [Текст] // РЖД – Партнер. 2007. № 24. С.26.

⁵ См.: Савенков А. Практические меры по преодолению кризисных явлений на предприятиях транспортного комплекса России [Электронный ресурс] // Интернет-сайт Торгово-промышленной палаты РФ. Режим доступа: www.tprpf.ru/ru.

что создает дополнительные сложности в регулировании правоотношений в сфере транспорта¹.

Законодательство Российской Федерации образует иерархически организованную систему, в которой каждый акт занимает строго отведенное ему место. Эта система вертикально ориентирована на основной закон нашей страны – Конституцию Российской Федерации², которая содержит нормы, имеющие непосредственное отношение к транспорту.

Согласно ст. 71 Конституции Российской Федерации управление федеральным транспортом, путями сообщения отнесено к ведению Российской Федерации. Это положение является основополагающим при правовом регулировании деятельности транспорта. Перевозки, осуществляемые российскими транспортными предприятиями в международном сообщении, как правило, регулируются международными конвенциями и соглашениями.

Основными международными актами, регулирующими отношения в сфере железнодорожного транспорта и действующими на данный момент в Российской Федерации, являются: Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении³ (введено в действие с 1 ноября 1951 г.) и Конвенция о международных железнодорожных перевозках⁴ (текст которой был принят на очередной Бернской конференции в 1980 г.). Наличие двух многосторонних международных соглашений в известной степени осложняет развитие международных железнодорожных перевозок грузов и серьезно препятствует осуществлению перевозок грузов из России в страны Западной Европы и обратно по единому перевозочному документу.

Кроме указанных действующих в России международно-правовых актов, те или иные вопросы, связанные с перевозкой грузов железнодорожным транспортом в международном сообщении, регулируются еще большим количеством нормативных актов, например Правилами пользования вагонами в международном сообщении (ППВ)⁵, Договором о едином транзитном тарифе⁶, Договором о международном транзитном тарифе⁷, Правилами о расчетах в международном пассажирском и грузовом железнодорожном сообщении⁸. Имеются и двусторонние международные соглашения, среди которых, например, Соглашение между Правительством СССР и Правительством Польской Народной Республики о пограничном железнодорожном сообщении.

На наш взгляд, назрела необходимость унификации норм транспортного права России и Европы. Однако совершенно очевидно, что в настоящее время для реализации подобной унификации существует ряд препятствий экономического и политического характера. Важнейшие нормы российского законодательства, определяющие основы правового регулирования перевозочных отношений на всех видах транспорта, содержатся в ч. 2 ГК РФ в отдельных главах – 40 «Перевозка» и 41 «Транспортная экспедиция». Положения этих глав Гражданского кодекса конкретизируются и развиваются специальными актами транспортного законодательства, прежде всего транспортными уставами и кодексами.

¹ См. Вторушина Н.А. Транспортный кодекс: ну, поехали? // РЖД – Партнер. 2009. №19. С. 47.

² Конституция Российской Федерации принята 12 декабря 1993 года (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) // СЗ РФ. 2009. №4. Ст. 445. Далее – Конституция РФ.

³ Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении от 1 ноября 1951 года [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». Далее – «СМГС», «Соглашение».

⁴ Конвенция о международных железнодорожных перевозках от 9 мая 1980 года [Электронный ресурс] / Официальный интернет-сайт «Организации международного железнодорожного транспорта (ОТИФ)». Режим доступа: www.otif.org.

⁵ Договор о «Правилах пользования вагонами в международном сообщении». М., 2005. 11 с.

⁶ Договор о едином транзитном тарифе (с изменениями и дополнениями на 1 марта 2005 г.). М., 2005. 6 с.

⁷ Договор о международном транзитном тарифе (с изменениями и дополнениями на 1 сентября 2004 г.). М., 2005. 7 с.

⁸ Договор и Правила о расчетах в международном пассажирском и грузовом железнодорожном сообщении от 1 января 2004 года [Электронный ресурс] // СПС «АСПИЖТ».

В целях реализации Программы структурной реформы на железнодорожном транспорте, утвержденной постановлением Правительства РФ от 18 мая 2001 г. № 384 «О программе структурной реформы на железнодорожном транспорте»¹, были разработаны концептуально новые федеральные законы, регламентирующие функционирование железнодорожного транспорта в новых условиях хозяйствования и составляющие правовую основу данной реформы: Федеральный закон «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации»², Федеральный закон от 10 января 2003 г. «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации»³, Федеральный закон «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта»⁴ и Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О естественных монополиях»⁵. Кроме того, по отдельным вопросам транспортной деятельности принимают акты Правительство РФ и другие органы исполнительной власти.

Что касается Устава железнодорожного транспорта РФ, то он является фундаментальным нормативно-правовым документом, регулирующим отношения, возникающие между перевозчиками, пассажирами, грузоотправителями (отправителями), грузополучателями (получателями), владельцами инфраструктур железнодорожного транспорта, другими физическими и юридическими лицами при пользовании услугами железнодорожного транспорта общего пользования и железнодорожного транспорта необщего пользования, и устанавливает их права, обязанности и ответственность. УЖТ определяет основные условия организации и осуществления перевозок пассажиров, грузов, багажа, грузобагажа, оказания услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования и иных услуг, связанных с перевозками⁶.

Действующие федеральные законы о железнодорожном транспорте в Российской Федерации и Устав железнодорожного транспорта РФ в настоящее время не соответствуют реальным экономическим и организационным условиям, сложившимся в отрасли, и требуют значительных изменений.

К такому выводу пришли участники прошедшего в Совете Федерации круглого стола «Нормативно-правовое регулирование деятельности железнодорожного транспорта в современных условиях». Реформа отрасли продолжается уже достаточно длительное время. Однако до сих пор не гармонизированы отношения между разными участниками рынка железнодорожных перевозок, в том числе между государством и занимающим монопольное положение в отрасли ОАО «РЖД», законодательно не обеспечен свободный доступ к услугам инфраструктуры железнодорожного транспорта всех субъектов предпринимательской деятельности⁷.

Помимо односторонних выгод и преимуществ, предоставленных транспортным организациям и владельцам инфраструктур, Устав железнодорожного транспорта РФ включает в себя ряд новых положений, значительно усложняющих и делающих невнятной структуру договорных связей, опосредующих перевозки грузов. В частности, теперь заявки грузоотправителей на подачу вагонов и контейнеров должны согласовываться перевозчиками с владельцами инфраструктуры.

¹ Постановление Правительства РФ от 18 мая 2001 года «О программе структурной реформы на железнодорожном транспорте» // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2366. Далее – Программа.

² Федеральный закон от 10 января 2003 года «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст.169. Далее – ФЗ «О железнодорожном транспорте в РФ».

³ Федеральный закон от 10 января 2003 года «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 170. Далее – УЖТ РФ, Устав железнодорожного транспорта РФ.

⁴ Федеральный закон от 27 февраля 2003 года «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта» // СЗ РФ. 2003. № 9. Ст. 805. Далее – ФЗ «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта».

⁵ Федеральный закон от 10 января 2003 года «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О естественных монополиях» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 168. Далее – ФЗ «О естественных монополиях».

⁶ Большая энциклопедия транспорта «Железнодорожный транспорт» / под ред. Н.С. Конарева и др. М., 2003. Т. 4. 72 с.

⁷ См.: Федоров Ю. Закон торможения. М. : Сириус, 2007. № 8. 14 с.

Они, в свою очередь, могут ее и не согласовать, например, если нет согласия иностранных железных дорог перевозить груз, предусмотренный данной конкретной заявкой, если отсутствуют технические возможности для перевозки груза. У перевозчика есть свои основания для отказа в принятии заявки даже при ее согласовании с владельцем инфраструктуры. Перевозчик также может сослаться на отсутствие технических возможностей и отказать в принятии заявки. В результате значительно расширяется круг оснований отказа в удовлетворении заявок грузоотправителей на подачу транспортных средств. Сейчас законом установлено свыше десяти оснований для отказа в принятии заявки. Если же не принята заявка, то не может быть и договора перевозки. Однако договор перевозки всегда рассматривался как публичный, что подразумевает строгое ограничение возможности отказа перевозчика от заключения договора.

Хотелось бы обратить особое внимание еще на одно право перевозчика, которое не вписывается ни в какие юридические каноны. Это право не исполнять принятую заявку, если грузоотправитель не оплатил провозные платежи за предыдущую перевозку грузов по ранее принятой перевозчиком и реализованной заявке. Складывается совершенно непонятная ситуация. Перевозчик во исполнение принятой им заявки грузоотправителя подал транспортные средства, отправитель погрузил в них груз и вручил («вверил», как сказано в ГК РФ) груз перевозчику вместе с накладной (заключил договор перевозки), но не внес провозные платежи. Тем не менее перевозчик по собственной воле отправил груз по назначению. Несмотря на это, отправителю может быть отказано в предоставлении транспортных средств по совершенно другой (следующей) заявке на другие вагоны и, возможно, для другого по роду груза, принятой перевозчиком к исполнению. Закон предоставил перевозчику такое право.

Кроме того, у перевозчика есть масса средств, позволяющих заставить грузоотправителя оплатить провозные платежи. Можно не отправлять груз, до тех пор пока не поступит провозная плата, взыскать санкции за простой вагонов, за незаконное пользование денежными средствами, а также плату за пользование вагонами, контейнерами. Наконец, по тому же УЖТ РФ неоплаченные грузоотправителем провозные платежи должен оплатить грузополучатель в пункте назначения. В противном случае перевозчик вправе не выдать ему груз.

По УЖТ РФ перевозчик вправе не только не подать вагоны в указанном случае, но и взыскать с грузоотправителя штраф за неиспользование не поданных им по следующей принятой перевозчиком заявки на подачу вагонов (контейнеров). Подтверждением этому служит решение Арбитражного суда Красноярского края по делу №А33-32486/04¹, оставленное без изменения Федеральным арбитражным судом Восточно-Сибирского федерального округа. В соответствии с ним Арбитражный суд Красноярского края взыскал с Закрытого акционерного общества «Красноярская компания по производству лесоматериалов «Красноярсклесоматериалы» в пользу ОАО «Российские железные дороги» штраф за невыполнение принятой железной дорогой заявки, при том что перевозчик не подал грузоотправителю согласованное в заявке количество вагонов.

Не менее важной и столь же дискуссионной является проблема перехода от ограниченной ответственности по обязательствам, вытекающим из перевозок, к универсальной ответственности в объеме причиненного ущерба (возмещения убытков). В этом контексте целесообразно рассмотреть вариант использования аналога убытков – прогнозных показателей потерь (по международной терминологии – «заранее оцененных убытков»), которые могут быть отражены в соответствующих договорах.

Мы считаем необходимым рассмотреть вопрос о возврате в Устав положений, регламентирующих порядок оплаты перевозок и других услуг. Нынешняя система платежей, сложившаяся на базе технических центров по подготовке документов, безусловно, выгодна для ОАО «РЖД», так как позволяет ему использовать в своих оборотах значительные пассивы (кредиторскую задолженность перед грузоотправителями). Однако в настоящее время финансовая система в России нормализована,

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 31 мая 2005 года № А33-32486/04-С1-Ф02-2416/05-С2 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

платежи проходят быстро. Требование УЖТ РФ об оплате перевозки до ее начала вполне может обеспечиваться аккредитивной формой расчетов. При этом не будет происходить смешивания оплаты перевозок с оплатой других услуг, а также неустоек, в отношении которых никаких «предоплат» законом не предусмотрено.

Для транспортной системы страны важно разобраться с правовым регулированием прямых смешанных сообщений. Пока были написаны и приняты два последних устава, прямые смешанные перевозки были успешно сведены к нулю. Надо понять, актуальна ли данная тема для страны, для ее отдаленных районов, которые на протяжении немалого периода снабжались благодаря именно прямому смешанному сообщению. И если да, то при каком правовом режиме они могут быть восстановлены. Надо ли про все это прописывать в Уставе железнодорожного транспорта? Или правильное было бы активно взяться и подготовить, наконец, специальный закон о смешанных перевозках, предусмотренный ГК РФ.

Несмотря на то, что УЖТ РФ является весьма эффективным нормативным правовым актом, имеющим большое значение в развитии железнодорожных перевозок, улучшении их качества, создании здоровой конкуренции между перевозчиками, а это, несомненно, оказывает влияние на подъем российской экономики, тем не менее, на наш взгляд, работу по его совершенствованию необходимо продолжать, поскольку Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации отражает не перспективное и даже не сегодняшнее состояние отрасли, а то, которое было при Министерстве путей сообщений.

Кроме того, нынешняя структура Устава железнодорожного транспорта РФ не соответствует реальному положению дел и перспективе развития отрасли. В нынешней структуре УЖТ РФ значительное место отводится регулированию поведения грузоотправителей и грузополучателей, скрупулезно отслеживаются малейшие нюансы в их действиях, как будто это в первую очередь не закон для железнодорожного транспорта, а дисциплинарный Устав для грузовладельцев.

Фактически на железнодорожном транспорте уже другая ситуация. Для его успешной работы большее значение имеют отношения, возникающие между организациями, участвующими в перевозочном процессе (владельцами инфраструктуры, перевозчиками, операторами подвижного состава, владельцами путей не общего пользования, государственными надзорными органами).

Значит, правовое обеспечение как самого перевозочного процесса, так и взаимоотношений участников перевозки нуждается в постоянной доработке и совершенствовании.

Существующие пробелы не остались незамеченными законодателем, и 3 марта 2010 г. Государственная Дума Российской Федерации одобрила в первом чтении проект нового Устава железнодорожного транспорта России. При этом в Правительстве России подчеркнули, что устав определяет общие условия перевозок пассажиров и грузов, взаимодействия владельцев инфраструктур и перевозчиков, предусматривает ответственность, в том числе и пассажиров. В отличие от прежнего устава он расписывает новый порядок работы отрасли в переходный период к конкурентным условиям и определяет механизм развития отрасли при расширении рынка услуг на железнодорожном транспорте¹.

Полагаем, что при подготовке изменений в устав важным аспектом станет приведение формы его изложения в соответствие с требованиями, предъявляемыми к федеральным законам. Закон должен быть бы построен по видам регулируемых отношений, иметь логически точное и тематически правильное построение статей и соответствующие заголовки статей. На наш взгляд, структура Устава железнодорожного транспорта Российской Федерации должна строиться по аналогии с Гражданским кодексом Российской Федерации. Кроме того, очевидно, что при разработке нового Устава необходимо оценивать и учитывать опыт правоприменения.

Таким образом, говорить о существовании систематизированного транспортного права в России пока не приходится. Речь можно вести о некоей совокупно-

¹ Одобрен в первом чтении Транспортный устав железнодорожного транспорта РФ [Электронный ресурс] / Интернет-сайт «Мировой созерцатель». Режим доступа: <http://www.meneton.ru>.

сти принятых в разные годы нормативно-правовых актов, регулирующих деятельность в этой области и не всегда стыкующихся друг с другом.

Существующая конкуренция норм права, а также различия в нормах и правилах перевозок усложняют работу перевозчика, грузоотправителей, грузополучателей, экспедиторов, грузовладельцев. Такое несовершенство правового регулирования негативно сказывается на качестве, сроках и стоимости транспортировки грузов, препятствуя максимальному использованию транзитного потенциала России.

Считаем, что эффективное функционирование железнодорожного транспорта России играет исключительную роль в создании условий для модернизации, перехода на инновационный путь развития и устойчивого роста национальной экономики, способствует созданию условий для обеспечения лидерства России в мировой экономической системе. Такое функционирование возможно только при грамотном, полноценном и четком правовом регулировании всего процесса перевозки грузов, начиная от возникновения потребности в перевозке груза на определенное расстояние в наиболее короткие сроки по экономически обоснованной цене и заканчивая получением груза с оказанием комплекса необходимых услуг для обеспечения удобства этой процедуры для грузополучателей. Однако действующее железнодорожное законодательство не отражает современных реалий, нормативно-правовые акты, регулирующие процесс перевозки грузов железнодорожным транспортом в РФ, частично устарели и имеют много пробелов.

Сегодняшняя ситуация во многом обусловлена тем, что огромный массив железнодорожного законодательства представлен правовыми актами разной юридической силы и разнообразной видовой и ведомственной принадлежности, разработка и подготовка к изданию которых осуществляется разными государственными органами и коллективами разработчиков.

Несовершенство нормативно-правового регулирования деятельности железнодорожного транспорта, отмечаемое в последние годы в научных работах и в средствах массовой информации, отчасти является следствием неопределенности места железнодорожного права в общей системе российского права. Железнодорожное право имеет не только свой предмет, но и метод правового регулирования, а также значительный массив железнодорожного законодательства, что позволяет выделить железнодорожное право в отдельную подотрасль права. Однако в настоящее время железнодорожное право официально признается только как институт гражданского права.

Подводя итог, отметим, что пересмотр, переосмысление, анализ, систематизация и мониторинг железнодорожного законодательства позволят более четко регламентировать данные правоотношения. При этом мы считаем, что правовые нормы, касающиеся функционирования железнодорожного транспорта, должны быть максимально сконцентрированы в одном законе, а не растворяться в море правовых актов, относящихся к разным отраслям законодательства, в котором трудно «плыть» даже специалистам в данной области. И таким законом, на наш взгляд, должен стать Кодекс железнодорожного транспорта Российской Федерации.

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ОСНОВНЫХ РАЗЛИЧИЙ ГК РФ и ГК РСФСР 1922 г. О СТРАХОВАНИИ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

Гарбар Андрей Валерьевич

При анализе норм о страховании в Гражданском кодексе РФ 1996 г. (далее – ГК РФ) и Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. (ГК РСФСР) прежде всего обращает на себя внимание то, что в ст. 367 ГК РСФСР содержится определение понятия договора страхования, тогда как в ст. ст. 929, 934 ГК РФ раскрываются понятия договора имущественного и личного страхования. То есть в ГК РСФСР призна-

ется единая правовая природа договора имущественного и личного страхования, тогда как ГК РФ в определенной мере рассматривает договор имущественного и личного страхования как различные виды договоров. Поскольку в ГК РСФСР содержится понятие договора страхования, постольку многие положения о страховании применялись как к договору имущественного, так и личного страхования, а в ГК РФ многие нормы о страховании применимы только в отношении договора имущественного или личного страхования и в целом располагаются последовательно, как бы «перемешаны». В этой связи представляется оправданным включение в гл. 48 ГК РФ единого понятия договора страхования по аналогии со ст. 367 ГК РСФСР.

Важной новеллой главы «Страхование» ГК РФ, по сравнению с главой 11 ГК РСФСР, является ст. 928, содержащая перечень интересов, страхование которых не допускается.

ГК РСФСР особых свойств правовой природы для договора личного страхования не устанавливал, что вполне оправдано ввиду равнозначности личного и имущественного страхования. В свою очередь, в самом начале главы «Страхование» ГК РФ в ч. 2 п. 1 ст. 927 признает договор личного страхования публичным, тем самым фактически придавая договору личного страхования, как и обязательному страхованию, большую значимость, нежели договору имущественного страхования.

С развитием рыночной экономики ГК РФ предусматривает новые, ранее не известные ГК РСФСР виды страхования, такие как страхование предпринимательских рисков и страхование гражданской ответственности.

Согласно п. 1 ст. 930 ГК РФ и ст. 373 ГК РСФСР имущество может быть застраховано по договору страхования, если страхователь или выгодоприобретатель имеют интерес в сохранении этого имущества. Указанная статья ГК РСФСР устанавливала, что при заключении договора страхования должен точно указать характер своего интереса и интереса выгодоприобретателя. Такое уточнение ГК РСФСР достаточно важно и его надо было бы включить в ст. 930 ГК РФ.

В ст. 938 ГК РФ определено то, кто вправе заключать договоры в качестве страховщиков, а именно юридические лица, имеющие разрешения (лицензии) на осуществление страхования соответствующего вида. ГК РСФСР не содержит такой нормы.

В ГК РФ сохранена норма ст. 379 ГК РСФСР о том, что договор страхования должен быть заключен в письменной форме, несоблюдение этой формы влечет недействительность договора. Далее ст. 380 ГК РСФСР устанавливает обязательные условия, которые должны содержаться в выдаваемых страхователю полисе или квитанции, при этом фактически рассматривая их в качестве существенных условий договора страхования. ГК РФ не признает страховой полис (квитанцию, сертификат) ценной бумагой и не содержит обязательных реквизитов для него.

Поскольку в ГК РФ нет единого понятия договора страхования, постольку в ст. 942 определены существенные условия для договора имущественного и договора личного страхования. Иначе определены существенные условия договора страхования в ГК РСФСР, ст. 380 которого устанавливает, что при заключении договора страхования страховщик должен выдать страхователю квитанцию или полис, в которых должны быть указаны: наименование страховщика, страхователя; застрахованный интерес (застрахованное имущество или лицо); назван тот риск, от которого заключается страхование, или событие, при наступлении которого страховщик обязан уплатить страховую сумму; начало и конец действия страхования; страховая сумма; премия (взносы), срок и место их уплаты. Применительно к основным условиям договоров страхования в ГК РФ имеет смысл использовать опыт указанной статьи ГК РСФСР и в качестве существенного условия для договоров страхования в действующем ГК РФ закрепить условие о страховой премии (взносах), сроке и месте ее уплаты.

Правило о том, что если после заключения договора страхования окажется, что в действительности обстоятельства, существенные для определения страхового риска, не соответствуют заявлениям страхователя, то страховщик по суду может требовать признания договора недействительным как до, так и после на-

ступления страхового случая, прописано и в ГК РСФСР, и в ГК РФ. Однако ст. 383 ГК РСФСР в отличие от п. 3 ст. 944 ГК РФ устанавливает, что если это обстоятельство стало известно страховщику до наступления страхового случая, то он может предъявить требование о признании договора недействительным не позже двухнедельного срока, лишаясь в противном случае права требовать признания договора недействительным на этом основании.

ГК РСФСР не содержал норм о праве страховщика на оценку страхового риска. Данный пробел устранен в действующем ГК РФ, который в ст. 945 предоставляет страховщику при заключении договора страхования право произвести осмотр страхового имущества и обследование страхового лица.

В ГК РФ дополнительно установлена тайна страхования (ст. 946), за нарушение которой страховщик несет ответственность.

Положения о страховой сумме, содержащиеся в ст. 368 ГК РСФСР, нашли свое закрепление в ст. 947 ГК РФ и по смыслу ничем друг от друга не отличаются. Основное различие состоит в том, что в ГК РФ добавлены правила об определении размера страховой суммы по договорам страхования предпринимательского риска и страхования гражданской ответственности.

В ст. 387 ГК РСФСР и ст. 960 ГК РФ предусмотрено, что в случае перехода застрахованного имущества к другому лицу страхователь или приобретатель имущества обязаны немедленно известить об этом страховщика, но ГК РСФСР добавляет при этом обязанность сообщить страховщику имя и адрес приобретателя. Важное дополнение к данной обязанности содержится в ст. 388 ГК РСФСР, которая устанавливает, что по получении извещения о переходе застрахованного имущества к новому владельцу страховщик может в течение семи дней расторгнуть договор, если он прямо или косвенно не изъявил согласия на передачу прав по договору страхования новому владельцу; если страховщик не воспользовался этим правом, то договор сохраняет силу и приобретатель имущества вступает во все права и обязанности страхователя. Указанное положение ст. 388 ГК РСФСР более отвечает интересам страховщика и позволяет ему при увеличении степени риска расторгнуть договор, тогда как в ст. 960 ГК РФ последствий неисполнения обязанности уведомления страховщика о переходе прав на застрахованное имущество к другому лицу не предусмотрено.

Несмотря на то, что ГК РФ не предусматривает в ст. 960 нормы о согласии страховщика на изменение договора страхования, тем не менее ГК РФ в п. 1 ст. 959 устанавливает, что в период действия договора имущественного страхования страхователь (выгодоприобретатель) обязан незамедлительно сообщать страховщику о ставших ему известными значительных изменениях в обстоятельствах, сообщенных страховщику при заключении договора, если эти изменения могут существенно повлиять на увеличение страхового риска; значительными признаются изменения, оговоренные в договоре страхования (страховом полисе) и в переданных страхователю правилах страхования. При этом п. 2 ст. 959 ГК РФ закрепляет правило о том, что страховщик, уведомленный об обстоятельствах, влекущих увеличение страхового риска, вправе потребовать изменений условий договора страхования или уплаты дополнительной страховой премии соразмерно увеличению риска. В итоге, несмотря на то, что в ст. 960 ГК РФ не идет речь о получении согласия страховщика на изменение договора страхования имущества при переходе прав на него к другому лицу, однако необходимость получения такого согласия следует из содержания п. 2 ст. 959 ГК РФ.

Обязанность уведомления страховщика о наступлении страхового случая и последствия неисполнения данной обязанности предусмотрены в ст. 390 ГК РСФСР и ст. 961 ГК РФ. В качестве последствия анализируемые кодексы предусматривают, что при неисполнении данной обязанности страховщик освобождается от уплаты страховой суммы. При этом п. 2 ст. 961 действующего ГК РФ уточняет, что неисполнение указанной обязанности дает страховщику право отказать в выплате страхового возмещения, если не будет доказано, что страховщик своевременно узнал о наступлении страхового случая либо что отсутствие у страховщика сведений об этом не могло сказаться на его обязанности выплатить страховое возмещение.

В ст. 393 ГК РСФСР в качестве оснований для освобождения страховщика от уплаты страховой суммы рассматриваются умысел (впрочем, как и ГК РФ) и грубая неосторожность страхователя или выгодоприобретателя. Напротив, ГК РФ в ч. 2 п. 1 ст. 963 устанавливает, что законом могут быть предусмотрены случаи освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения по договорам имущественного страхования при наступлении страхового случая вследствие грубой неосторожности страхователя или выгодоприобретателя. Например, согласно ст. 265 Кодекса торгового мореплавания РФ: «страховщик не несет ответственность за убытки, причиненные умышленно или по грубой неосторожности страхователя или выгодоприобретателя либо его представителя». Для того чтобы аналогичная норма действовала не только в морском страховании, но и в иных видах страхования, следует соответствующее положение закрепить по аналогии со ст. 393 ГК РСФСР в ГК РФ, предусмотрев, что страховщик освобождается от осуществления страховой выплаты по договору страхования, если страховой случай произошел вследствие умысла или грубой неосторожности страхователя (выгодоприобретателя) либо его представителя.

Существенно расширен перечень оснований освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения и страховой суммы в ст. 964 ГК РФ по сравнению со ст. 394 ГК РСФСР. Помимо такого общего для обоих ГК основания, как война, в ст. 964 ГК РФ дополнительно содержатся такие основания, как воздействие ядерного взрыва, радиации или радиоактивного заражения; военные действия, а также маневры или иные военные мероприятия; народные волнения всякого рода или забастовки. Кроме того, п. 2 ст. 964 ГК РФ устанавливает, что если договором имущественного страхования не предусмотрено иное, то страховщик освобождается от выплаты страхового возмещения за убытки, возникшие вследствие изъятия, конфискации, реквизиции, ареста или уничтожения застрахованного имущества по распоряжению государственных органов.

Статьи 395 ГК РСФСР и 965 ГК РФ в целом соответствуют друг другу по содержанию. Однако в ГК РСФСР переход прав требования от страхователя (выгодоприобретателя) к страховщику не именуется суброгацией, как это сделано в ГК РФ. Важно учитывать, что п. 1 ст. 965 ГК РФ позволяет сторонам договора имущественного страхования предусматривать иные положения о суброгации, нежели чем те, которые предусмотрены в ГК РФ. В качестве исключения названо условие договора, исключающее переход к страховщику права требования к лицу, умышленно причинившему убытки, которое в случае включения в договор имущественного страхования будет являться ничтожным.

Различаются в ГК РФ и ГК РСФСР нормы о сроках исковой давности по договорам страхования. Статья 396 ГК РСФСР предусматривала двухгодичный срок исковой давности по притязаниям из договора страхования. В ст. 966 ГК РФ срок исковой давности различается в зависимости от вида договора страхования, а именно, срок исковой давности по требованиям, вытекающим из договора имущественного страхования, за исключением договора страхования риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, составляет два года; срок исковой давности по требованиям, вытекающим из договора страхования риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, составляет три года. Поскольку иное не установлено в ст. 966 ГК РФ, то срок исковой давности по требованиям, вытекающим из договора личного страхования, определяется по правилам ст. 196 ГК РФ и составляет три года.

Своеобразные положения о специальных видах и формах страхования содержались в ст. 397 ГК РСФСР, согласно которой условия таких видов страхования, как страхование от огня, от падежа скота, от градобития, транспортного страхования, а также страхования на случай смерти или дожития и от несчастных случаев, определялись особыми положениями и правилами, утверждаемыми Народным комиссариатом финансов. Кроме того, в ст. 398 ГК РСФСР нормы гл. 11 о страховании не распространялись на все виды обязательного страхования, если в правилах о последних эти нормы не указаны. Действующий ГК РФ в ст. 970 в ка-

честве специальных видов страхования рассматривает страхование иностранных инвестиций от некоммерческих рисков, морское страхование, медицинское страхование, страхование банковских вкладов и страхование пенсий, устанавливая, что законами об этих видах страхования могут быть установлены иные правила, нежели чем в гл. 48 ГК РФ, которые имеют приоритет перед нормами о страховании в гл. 48 ГК РФ. Нужно обратить внимание также и на то, что ГК РФ содержит новеллы о перестраховании (ст. 967) и о взаимном страховании (ст. 968).

Как следует из перечисленного выше, анализируемые ГК в качестве специальных видов страхования рассматривают различные виды страхования, необходимость специального законодательного регулирования которых обусловлена существующими социально-экономическими условиями действовавшего в то время ГК. Представляется, что транспортное страхование и в настоящее время нужно отнести к специальному виду страхования и регулировать его отдельными нормами, имеющими приоритет перед положениями гл. 48 ГК РФ.

Таким образом, проведенный сравнительно-правовой анализ основных различий ГК РФ и ГК РСФСР о страховании позволяет сделать вывод о том, что во многом нормы о страховании действующего ГК РФ сходны с нормами главы 11 о страховании ГК РСФСР. При этом в нормах ГК РФ о страховании многие заимствованные положения конкретизированы и дополнены, а также содержатся новеллы о страховании с учетом современных российских реалий. Представляется оправданным включение в гл. 48 ГК РФ единого понятия договора страхования, которое прописано в ст. 367 ГК РСФСР, и исходя из этого далее последовательно выстраивать нормы гл. 48 ГК РФ о страховании.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ ИЗ ОБСТАНОВКИ В ДОГОВОРАХ ПОСТАВКИ И РАЗОВЫХ СДЕЛКАХ КУПИ-ПРОДАЖИ В КОММЕРЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЯХ ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

Сидоренко Кирилл Сергеевич

Институт представительства имеет большое практическое значение для предпринимательской деятельности. Он позволяет коммерческим организациям и индивидуальным предпринимателям оптимизировать использование своих временных и материальных ресурсов, привлекая к осуществлению своих прав и исполнению обязанностей представителей. Прибегая к их помощи, субъекты коммерческих отношений могут провести за единицу времени больше юридически значимых действий, чем делая это единолично. Но помимо очевидных преимуществ для сторон сделок, данный институт несет дополнительные риски, обусловленные необходимостью установления полномочий представителей и этих полномочий. Наиболее сложно оказалось регулировать полномочия представителя из обстановки.

Гражданский кодекс Российской Федерации уделяет данному вопросу буквально одну строчку в ст.182: «Полномочие может также являться из обстановки, в которой действует представитель (продавец в розничной торговле, кассир и т.п.)». Данная норма, видимо, изначально и создавалась для регулирования розничных отношений, которые характеризуются следующими положениями:

1) норма о полномочиях из обстановки позволяет установить прежде всего полномочия представителя продавца, а не покупателя;

2) данная норма направлена на защиту слабой стороны – покупателя, который не в состоянии самостоятельно получить необходимые подтверждения полномочий представителя либо сбор таких доказательств является бременем, несоответствующим значению совершаемой сделки;

3) полномочия из обстановки определяются в момент совершения сделки («здесь и сейчас»), исходя из оценки конкретных обстоятельств ее совершения.

Создатели ГК РФ, вероятно, не предполагали, что потребность в защите с помощью данной нормы возникнет и у субъектов коммерческих отношений. Однако практика показала, что нередко передача товара осуществляется без предварительного согласования ассортимента и стоимости товара, а также без какого-либо документального оформления полномочий лица, фактически принявшего товар. В такой ситуации риски могут возникать у обеих сторон, а именно:

1) поставщик может столкнуться с невозможностью взыскания стоимости товара с контрагента и будет вынужден предъявлять иск непосредственно лицу, фактически принявшему товар;

2) за покупателем может быть признана обязанность по оплате товара, полученного лицом, действовавшим от его имени, при том, что потребности в данном товаре у покупателя не существует.

Закон не дает ответа, каким образом должны быть разрешены эти ситуации. Арбитражная практика на сегодняшний день также не выработала единых подходов к разрешению подобных споров. Нет сколько-нибудь серьезных исследований на данную тему и в российской юридической литературе. В связи с этим представляю интерес сформулированные Арбитражным судом Красноярского края правовые позиции, изложенные в обобщении судебной практики по делам о неисполнении (ненадлежащем исполнении) договоров поставки, купли-продажи за 2009 г. (<http://www.krasnoyarsk.arbitr.ru/90/59/obobshenie1.html>). Названное обобщение было одобрено 19 апреля 2010 г. постановлением Президиума Арбитражного суда Красноярского края. Оно освещает различные спорные вопросы отношений из договоров поставки, но наиболее спорным представляется раздел «Обобщения практики о подтверждении полномочий на получение товара» (далее по тексту – Обобщения практики, нумерация пунктов приводится в соответствии с оригинальной).

8. Систематическое получение товара одним и тем же лицом, не имеющим доверенности на принятие товара, по всем поставкам, в том числе и ранее оплаченным, является достаточным основанием для признания факта заключения сделок по спорным поставкам уполномоченным лицом.

В данном пункте, на мой взгляд, содержится две проблемы:

1) соотношение полномочий на получение товара и на заключение сделок;

2) обоснованность признания полномочий на получение товара/заключение сделок у лица, систематически получавшего товар ранее, в том числе на основании доверенности.

Прежде всего хотелось бы отметить необоснованное смешение в судебной практике полномочий на получение товара и на заключение сделок по его приобретению в собственность. Полномочие на получение товара делает представителя покупателя лицом, передача товара которому будет считаться передачей товара самому покупателю. При этом надлежащая передача товара предполагает уже заключенный ранее договор поставки (купли-продажи), поскольку в отсутствие договора говорить о наличии взаимных прав и обязанностей по поводу товара у контрагентов не приходится. У сторон при наличии соглашения о наименовании и количестве товара отсутствует спор о том, выражалась ли воля покупателя на его приобретение в собственность. Вопрос о наличии полномочий на приемку товара у представителя в таком случае означает лишь вопрос о том, кому был передан этот товар – покупателю в лице его представителя либо иному лицу. В такой ситуации представитель покупателя в момент получения товара не заключает сделку купли-продажи, а только лишь выполняет приемку товара.

Однако очень распространена ситуация, когда на момент передачи товара контрагенту еще не достигнуто соглашения о наименовании и количестве товара, например, когда между сторонами подписан «рамочный» договор, по условиям которого конкретное наименование и количество товара определяется в накладных. В такой ситуации для возникновения у покупателя обязанности по оплате данного товара недостаточно наличия полномочий на получение товара у пред-

ставителя, поскольку для этого прежде всего необходимо полномочие на заключение сделки купли-продажи данного товара. В связи с этим передача товара лицу, уполномоченному на его получение, в том числе и в силу должностных обязанностей (например кладовщику), на мой взгляд, нельзя рассматривать как достаточное основание для признания заключения между сторонами договора купли-продажи переданного товара. Если покупатель ни в какой форме не подтверждал право представителя определять за него, что он покупает, а что нет, то не будет оснований на признание за представителем таких полномочий. В противном случае возникает незаконное и необоснованное вмешательство в хозяйственную деятельность покупателя, ограничение его свободы на самостоятельное определение полномочий своих представителей и фактически вменение ему заключения договора, хотя его воля на заключение этого договора не была выражена ни в какой форме.

В поддержку такого подхода можно указать на ст.183 ГК РФ, которая прямо предусматривает последствия передачи товара неуполномоченному лицу и **право** представляемого одобрить сделку, чтобы права и обязанности по ней возникли непосредственно у него. При этом лицо, получающее товар в силу своих должностных обязанностей, должно вначале проверить целостность полученного товара, наличие видимых признаков несоответствия товара по качеству, соответствие партии товара товаросопроводительным документам. Данное лицо может быть осведомлено о том, в каком именно товаре организация имеет потребность, а в каком нет, и оно может не иметь права на закупку товара от имени организации. Если же следовать выраженной судом правовой позиции, то за покупателем может быть признана обязанность по оплате товара, который он не заказывал. Более того, на практике встречаются ситуации, когда поставщик целенаправленно совершает подкуп сотрудника для того, чтобы тот «принял» ненужную покупателю партию товара. В такой ситуации покупатель остается беззащитным при том, что он мог проявлять полную добросовестность при ведении дел.

С точки зрения разумного понимания собственных интересов именно поставщик должен убедиться в наличии необходимых полномочий у представителя, поскольку в силу ст.183 ГК РФ именно поставщик несет риск заключения договора непосредственно с представителем. Предложенный же подход, на мой взгляд, является примером совершенно необоснованного и несправедливого перенесения коммерческих рисков поставщика на покупателя, который не может на 100 % контролировать действия работника по подписанию документов, но при этом он может определить исчерпывающим образом его полномочия по доверенностям и должностным инструкциям. И если эти документы не предоставляют представителю право заключать договор, то нет разумных оснований «признавать» такое право за ним.

Помимо того, что данный подход усиливает нестабильность коммерческого оборота (никто не может быть уверен в том, что завтра за ним не «признают» заключение договора на покупку товара, потому что вчера его менеджер подписал какие-то накладные без ведома директора), он не будет законным. Гражданский кодекс РФ устанавливает определенный способ наделения полномочиями – путем выдачи письменного уполномочия (доверенности). Без доверенности от имени коммерческих организаций (ООО, АО) вправе действовать только единоличный исполнительный орган общества. Иного механизма прямо наделить полномочиями действовать без доверенности законом не предусмотрено. Безусловно, существует ст.182 ГК РФ, которая говорит, что полномочие может являться из обстановки, в которой действует представитель. Однако в приведенном в Обобщении практики примере имеет место, на мой взгляд, некорректное применение данной нормы. Норма о полномочиях из обстановки в самом тексте ГК РФ ориентирует на определенную категорию сделок, в которых представителями могут быть кассиры, продавцы в розничной торговле и т. п. Такая ситуация чаще всего встречается в розничной купле-продаже. Применение данной нормы в отношениях между коммерческими организациями, если и возможно, то в крайне ограниченных случаях, поскольку коммерческие организации являются равноправными участниками коммерческого оборота и вправе запросить у контрагента

подтверждение полномочий его представителя. Схожий подход к проблеме автору встретился в практике МКАС при Торгово-промышленной палате РФ (постановление от 25.05.2004 по делу № 63/2003): «Истец, со своей стороны, не представил доказательств того, что соответчик действовал на основании договора поручения. Неубедительно и его объяснение относительно того, что при подписании контракта истец не потребовал представления соответчиком доверенности на совершение сделки от имени ответчика, поскольку наличие полномочий у соответчика явствовало из обстановки согласно абз. 2 п. 1 ст. 182 ГК РФ. При этом он не раскрыл, что являлось основанием для такого заключения. Состав арбитража отмечает, что в упомянутой норме законодатель приводит пример действий представителя в качестве «продавца в розничной торговле, кассира и т.п.» в связи с этим в комментариях к этой норме указывается, что она касается работников организаций, оказывающих публичные услуги (торговые, бытовые, транспортные и т.п.). Исходя из изложенного, состав арбитража пришел к выводу, что истец не доказал обоснованности применения в данном случае при заключении внешне-торговой сделки правила, содержащегося в абз. 2 п. 1 ст. 182 ГК РФ».

В том случае, если поставщику не было предоставлено письменное уполномочие в отношении лица, принявшего товар, то поставщик может либо принять риск того, что представитель является неуполномоченным и все-таки передать ему товар с расчетом на последующее одобрение сделки, либо, учитывая высокую стоимость товара (а значит, повышенный риск его неоплаты непосредственно представителем в случае, если покупатель откажется одобрить совершенную неуполномоченным представителем сделку), отказаться от передачи товара. Кроме того, в отношениях между коммерческими организациями ситуации, когда сделки совершаются спонтанно без их предварительного письменного согласования сторонами, встречаются значительно реже, по сравнению с розницей, что позволяет заблаговременно получить все необходимые документы и информацию. Также отметим, что практика ведения дел непосредственно с работником покупателя, в полномочиях которого поставщик не удостоверился, не может рассматриваться как проявление разумности и осмотрительности, в связи с чем не должна поддерживаться судебной практикой.

Содержательным недостатком такого подхода (помимо общего, как минимум сомнительного, правового основания) является то, что данный механизм позволяет искусственно «создавать» в организации такого субъекта, который вправе без доверенности заключать от ее имени договоры купли-продажи. С большой долей уверенности можно утверждать, что данный механизм нарушает конституционное право на свободное осуществление предпринимательской деятельности и создает возможности для злоупотреблений со стороны недобросовестных контрагентов. При этом Обобщение практики ничего не сообщает нам о пределах признаваемых судом полномочий по видам и стоимости товара. Будут ли признаваться полномочия только в отношении товара, аналогичного поставленному ранее, либо они могут быть признаны также и в отношении совершенно иного товара? Будет ли установлен предел стоимости приобретаемой партии по наиболее дорогостоящей, принятой данным представителем ранее, или он может принять еще более дорогостоящую партию товара и сделка будет признана заключенной? Остается загадкой, каким образом можно «прекратить» полномочия такого представителя в будущем, чтобы организация могла выдавать в том числе разовые полномочия на получение товара или даже его покупку, но в строго ограниченных рамках, либо вовсе отказаться от предоставления подобных полномочий данному лицу. Ответов на эти вопросы пока нет.

Какова была истинная причина выработки такой правовой позиции, остается невыясненным. Вероятно суд пытался найти способ защиты интересов поставщиков, которые страдают от не очень добросовестного способа ведения дел отдельными покупателями, например некоторыми торговыми сетями, в практике которых выдача доверенностей представителям является исключением из общей практики, но при этом товар долгое время могут принимать одни и те же представители и оплачивать покупатели. Однако подобное решение данной проблемы нельзя назвать даже меньшим злом по сравнению с отсутствием какого-либо кон-

кретного способа ее решения, поскольку потенциально создаваемая им правовая неопределенность в значительной степени опаснее для всего коммерческого оборота в целом, чем те риски, которые несут поставщики, передавая товар представителям, полномочия которых не подтверждены доверенностями. Ведь поставщики могут отказаться от слишком рискованного сотрудничества, а сделать что-то с признанием судом полномочий их собственного сотрудника на заключение договора купли-продажи совершенно ненужного товара будет нельзя. Уволить же не в меру «инициативного» работника за подписание «не тех» накладных крайне сложно, если только его должностные обязанности очень документально оформлены.

Представляется, что данный подход должен пройти «обкатку» в судебной практике, чтобы либо быть уточненным и дополненным определенными критериями, при которых его допустимо использовать, либо этот подход будет признан незаконным и необоснованным. До того момента, как практика по данному вопросу станет более определенной, можно порекомендовать всем предпринимателям привести в порядок трудовые договоры и должностные инструкции сотрудников, отвечающих за получение товара, включить в них оговорки о том, что эти сотрудники не вправе вести переговоры о закупке товаров и документально согласовывать наименование и количество приобретаемого товара без соответствующей доверенности, а также внести подобные оговорки в договоры с поставщиками, чтобы в случае спора иметь возможность утверждать, что поставщику было известно об ограничении должностных полномочий работника, в связи с чем они не могли явствовать из обстановки.

9. Проставление печати покупателя на товарных накладных не является достаточным доказательством принятия товара от имени покупателя уполномоченным лицом, а следовательно, не освобождает от доказывания факта получения товара уполномоченным лицом.

Данную правовую позицию можно назвать долгожданной. Последние несколько лет в судебной практике возникали ситуации, когда суды признавали факт не только получения товара уполномоченным лицом, но и заключения сделки купли-продажи полученного товара, основываясь, по сути, только на том, что у получателя товара была на руках печать. Ни в одном судебном решении нет объяснения того, в силу каких свойств данный объект наделяет представителя такими полномочиями, пусть даже и из обстановки! Ведь печать в законодательстве России – совершенно неурегулированный объект, которому закон не придает каких-либо определенных юридических свойств. Придание какого-либо юридического значения оттиску печати на документах коренится в общественном сознании граждан нашей страны, привыкших жить в бюрократическом обществе, в котором документ без печати – не документ. Этот подход перекочевал и в частноправовые отношения, при том, на мой взгляд, совершенно безосновательно. Первоочередной задачей при исследовании документа является установление субъекта, от которого исходит документ. В этой связи главную роль играет собственноручная подпись лица, которое действует от имени представляемого. Печать же, по моему глубокому утверждению, уже довольно давно утратила свойство дополнительного средства идентификации юридического лица. Современные технологии производства печатей и штампов позволяют в течение часа изготовить дубликат печати на основе ее отсканированного оттиска. Возможно дубликат и подлинник будут отличаться в деталях на микроуровне, но для обычного человека, рассматривающего оттиски обеих печатей невооруженным взглядом, они будут идентичными. В условиях, когда отсутствует какой-либо законодательно урегулированный реестр эталонных оттисков, полагаться на печать как на дополнительное доказательство того, что перед вами действительно представитель именно той самой организации, нельзя. Во многих правовых системах, где созданы более комфортные, отвечающие современным требованиям условия для ведения бизнеса, вообще отсутствует обязательное требование о наличии печати у юридического лица. Поэтому автор является сторонником отмены требования об обязательном наличии печати, по крайней мере, у коммерческих организаций. В принципе будет

достаточной устойчивая и неизменная судебная практика, отрицающая юридическое значение оттиска печати, как, например, произошло в коммерческих спорах с требованием об обязательном наличии подписи бухгалтера на всех финансово-расчетных документах. Оставление же печати в обороте в совокупности с попытками придать ей какие-либо юридические свойства (например подтверждение полномочий представителя) будет создавать в коммерческом обороте фактор неопределенности, когда на предприятии несколько печатей. Кладовщик может получить товар, который не заказывали, поставить на него печать, а поставщик откажется забирать товар назад и будет требовать оплаты, ссылаясь на то, что кладовщик был уполномочен заключить сделку. С такой ситуацией автору лично доводилось встречаться на практике неоднократно.

Будем надеяться, что выраженный в Обобщении практики подход к печатям будет последовательно применяться на практике. Пока же обязательное требование наличия у коммерческих организаций печати не отменено, можно порекомендовать всем коммерческим организациям и предпринимателям или максимально ограничить возможность использования печатей организации сотрудниками в тех ситуациях, когда их использование не является обязательным в силу заключенного с контрагентом договора, поскольку в коммерческих отношениях по общему правилу отсутствие оттиска печати не влияет на юридическую действительность документа.

11. В случаях, когда передача товара происходит путем его доставки в месте нахождения покупателя, наличие доверенности у лиц, осуществляющих приемку товара, не требуется, а полномочия работников покупателя, обладающих печатями юридического лица, на получение товара явствуют из обстановки.

К сожалению, из текста указанного пункта не установить, осуществлялась ли передача товара, в отношении которого стороны предварительно достигли соглашения, либо товар передавался без такого соглашения. В первом случае вывод суда о надлежащем исполнении обязанности по передаче товара следует признать обоснованным. Как уже отмечалось выше, в ситуации предварительного согласования предмета договора купли-продажи основным является вопрос, передан ли товар представителю покупателя либо иному лицу. Учитывая, что товар в одних и тех же торговых точках долгое время получали одни и те же лица, у них на руках были печати покупателя, а факт нахождения данных лиц в трудовых отношениях с покупателем в ходе судебного разбирательства был подтвержден также и другими доказательствами, то передача товара этим работникам, на мой взгляд, вполне обоснованно признана надлежащей передачей товара покупателю.

По-иному выглядит ситуация, если соглашение о предмете договора до передачи товара сторонами не согласовывалось. Подробно об этом уже было сказано в комментарии к п. 8 Обобщения практики. Сомнительными представляются доводы суда об отсутствии необходимости в наличии доверенностей у получателей товара, основанные на ФЗ «О бухгалтерском учете», а также Приказе Минфина №119н (Методические указания по бухгалтерскому учету материально-производственных запасов) и письме Роскомторга №1-794/32-5 (Методические рекомендации по учету и оформлению операций приема, хранения и отпуска товаров в организациях торговли). Во-первых, данные документы прежде всего касаются вопроса документального оформления приемки товара, а не вопроса оформления полномочий. Во-вторых, суд не приводит конкретных норм из указанных документов, на основе которых сделан вывод о том, что при получении товаров на складе покупателя-грузополучателя наличие доверенности у материально ответственных лиц совершенно необязательно. В третьих, и это, пожалуй, является основным замечанием, указанные документы едва ли можно признать специальными нормами по отношению к общей норме об оформлении полномочий – ст. 185 ГК РФ, в особенности учитывая то, что они сформулированы даже не в законе, а в ведомственных документах. Если данный пункт не разграничивает ситуации передачи товара при наличии предварительного соглашения о наименовании и количестве товара, а также без него, то не стоит ожидать одинаковой практики его применения.

Таким образом, проблеме полномочий из обстановки в коммерческих отношениях не уделено достаточного внимания ни в отечественной теории, ни в правоприменительной практике. Стоит также отметить, что данный вопрос обойден вниманием и в концепции развития гражданского законодательства (с разделом концепции по общим положениям Гражданского кодекса РФ можно ознакомиться по адресу: http://www.privlaw.ru/vs_info.html). В связи с этим представляется, что всем заинтересованным лицам необходимо приложить усилия по теоретической проработке данного вопроса с привлечением зарубежного опыта и пытаться применять данные разработки в судебных спорах для формирования практики. Иной возможности создать основанные на праве и учитывающие интересы коммерческого оборота, устойчивые подходы к разрешению данной категории споров в среднесрочной перспективе не усматривается.

НАПРАВЛЕННЫЙ ОТКАЗ ОТ НАСЛЕДСТВА: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНОВАНИЯ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

*Качур Нина Федоровна,
Тарбагаева Елена Борисовна*

В нотариальной практике возник вопрос о толковании ст. 1158 ГК РФ, согласно которой наследник, призванный к наследованию, вправе отказаться от наследства в пользу определенных лиц. Высказаны две различные точки зрения, основное противоречие которых можно свести к определению понятия наследника.

Одни полагают, что наследниками могут считаться только те лица, которые призваны к наследованию. Другие считают, что понятие наследника не связано с призывом к наследству по закону или завещанию.

Согласно первому подходу направленный отказ от наследства может быть совершен только в пользу лиц, призванных к наследованию по закону (в порядке очередности) или по завещанию. Соответственно наследниками могут считаться только те субъекты, которым принадлежит субъективное право принять наследство. Поэтому и направленный отказ от наследства может быть совершен только в пользу наследников той очереди, которая призвана к наследованию.

Согласно второму подходу нужно различать наследников, призванных к наследству, и наследников, которые при определенных условиях могут быть призваны к наследованию. Значит, наследник, призванный к наследованию по закону, может отказаться от своей доли в пользу наследника по закону любой очереди (независимо от очередности).

Такие неоднозначные подходы к толкованию понятия наследника, используемого при определении круга лиц, в пользу которых возможен отказ от наследства, породили различную по существу нотариальную практику применения положений ст. 1158 ГК РФ, что, конечно же, недопустимо. Однако установление единства нотариальной практики невозможно без системного толкования применяемых норм, уяснения действительного смысла, заложенного законодателем в систему норм наследственного права.

Наследственное право своим предметом имеет переход имущественных прав и обязанностей от одного лица (наследодателя) к другим (наследникам) в порядке универсального правопреемства. Законом определено понятие наследства, основания наследования и условия возникновения права собственности на наследственное имущество.

Одной из революционных новелл ГК РФ является установление многоочередности наследования, чем подчеркивается основная идея наследования по закону – обеспечение имущественных интересов лиц, находящихся в родственной, супружеской или иждивенческой связи с наследодателем. Законодатель устанавливает

ливаает максимально широкий круг граждан, обладающих абстрактной способностью наследовать имущество умершего лица по закону. В случае отсутствия таких лиц или их волеизъявлений в отношении наследования и в других предусмотренных законом случаях имущество переходит к государству как выморочное (ст. 1151 ГК РФ). Действующее законодательство сняло теоретическую проблему определения основания перехода имущества умершего к государству – это наследование, а не приобретение бесхозного имущества.

Таким образом, при наследовании по закону наследственной правоспособностью обладают граждане, отнесенные к числу наследников в соответствии с принципом очередности, и государство.

В то же время законодатель усилил принцип свободы и автономии субъектов гражданского права, закрепив идею верховенства наследования по завещанию. Наследование по закону может иметь место в тех случаях, когда оно не изменено завещанием и когда оно не противоречит воле наследодателя, оформленной в соответствии с требованиями законодательства. Наследственной правоспособностью при наследовании по завещанию наделяются граждане (независимо от каких-либо отношений с наследодателем), юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, иностранные государства и международные организации.

Переход абстрактной наследственной правоспособности в категорию субъективного права на наследство (наследственное правопреемство) связан с совокупностью юридических фактов: открытие наследства, призвание к наследованию (в соответствии с очередностью или завещанием) и принятие наследства.

В теории вопрос о понятии принятия наследства решается неоднозначно. Принятие наследства рассматривается и как субъективное право¹, и как формирующееся субъективное право², и как односторонняя сделка, обладающая обратной силой³.

Как представляется, следует различать субъективное право на принятие наследства и юридически значимые действия по его реализации. Право на принятие наследства как субъективное право принадлежит наследникам, призванным к наследованию по закону или завещанию, и может быть ими реализовано одним из двух способов, предусмотренных законом (ст. 1153 ГК РФ).

Независимо от основания наследования, наследник становится собственником наследственного имущества только при условии реализации права на принятие наследства. Способы реализации этого права установлены законом (ст. 1153 ГК РФ). В случае принятия наследства наследник признается собственником наследственного имущества с момента смерти наследодателя (ст. 1152 ГК РФ). Однако законодатель не связывает переживших наследодателя лиц обязанностью возложения на себя бремени собственности, в том числе и отягченной долгами наследодателя. Поэтому наследник, имеющий право на принятие наследства, может отказаться от принятия наследства, от приобретения права собственности. Таким образом, отказ от наследства – это всегда субъективное право наследника, призванного к наследованию по закону или по завещанию. Особенно подчеркнем, что в соответствии с ч. 2 ст. 1157 ГК РФ наследник вправе отказаться от наследства в течение срока, установленного для принятия наследства, в том числе в случае, когда он уже принял наследство. В контексте этих норм можно сделать вывод о том, что отказ от наследства означает распоряжение наследником своим субъективным правом собственности. Распоряжаться же своим унаследованным имуществом лицо может по своему усмотрению, но в рамках наследственного правопреемства, со всеми ограничениями, установленными законом.

Реализация права на отказ от наследства имеет значение юридического факта, влекущего правовые последствия для других лиц, круг которых определен законом (ст. ст. 1142–1145 ГК РФ) или завещанием. В соответствии со ст. 1158 ГК РФ наследник, призванный к наследованию, вправе отказаться от наследства в поль-

¹ См.: Антимонов Б.С., Граев К.А. Советское наследственное право. М., 1955. С. 57.

² См.: Толстой Ю.К. Наследственное право : учеб. пособие. М., 2000. С.29.

³ См.: Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права // Избранные труды. М., 1997. 179.

зу других лиц из числа наследников по завещанию или наследников по закону любой очереди, не лишенных наследства.

Полагаем, отказ от наследства в пользу других лиц имеет двойственную правовую природу. Это и субъективное право наследника, и основание призвания к наследованию другого лица. Наследник, имеющий субъективное право на принятие наследства, т. е. призванный к наследованию, может распорядиться своей наследственной долей, передав свое право на принятие наследства другому лицу, обладающему наследственной правоспособностью как потенциальной возможностью принять наследство после смерти определенного лица. Именно так нужно толковать содержание ст. 1158 ГК РФ, которая предусматривает возможность направленного отказа от наследства в пользу других лиц из числа наследников по завещанию или наследников по закону любой очереди.

Таким образом, отказ от наследства в пользу других лиц по своей сути является субъективным правом наследника, призванного к наследованию, направленным на распоряжение своей наследственной долей. Как юридически значимое действие отказ от наследства в пользу другого лица влечет возникновение у последнего права на принятие наследства.

Это распоряжение не ограничено очередностью призвания к наследованию при наследовании по закону, но имеет ограниченный характер при наследовании по завещанию. Наследник, призванный к наследованию по завещанию, может отказаться от наследства в пользу других лиц только при условии, что этим отказом не будет изменяться последняя воля наследодателя и интересы других наследников по завещанию. Именно поэтому наследник по завещанию в случае, когда все имущество завещано нескольким лицам, может отказаться от наследства в пользу наследников, определенных волей завещателя, а не законом (ч.1 ст. 1158 ГК РФ).

Особую группу наследников составляют лица, наследующие по праву представления и в порядке наследственной трансмиссии. В ст. 1158 ГК РФ упоминается о том, что отказ от наследства возможен в пользу этих лиц при условии, что они призваны к наследованию. Некоторые нотариусы полагают, что упоминание о призвании к наследованию как условия направленного отказа от наследства имеет общий характер, а это, по их мнению, доказывает невозможность отказа от наследства в пользу наследников не призванной к наследованию очереди. Полагаем, такой вывод не основан на законе.

Это положение закона объясняется тем, что наследники по праву представления и наследники в порядке наследственной трансмиссии приобретают право на принятие наследства не в силу своего собственного статуса (например, внука, племянника, двоюродного брата (сестры)), а только при определенных условиях. В обоих случаях необходимо, чтобы на момент открытия наследства не было того наследника, которого они представляют, или того наследника, который, имея право на принятие наследства (призванного к наследованию), умер, не успев его реализовать. Для наследования по праву представления необходимо еще и отсутствие наследников предшествующих очередей.

В этих условиях находит свое проявление идея о том, что «правопредставление» и наследственная трансмиссия не являются самостоятельными основаниями наследования (на что неоднократно указывалось в литературе¹), а лишь определяют порядок перехода права на принятие наследства от одного лица к другому. Лица, наследующие по праву представления или в порядке наследственной трансмиссии, не становятся субъектами наследственного правопреемства до тех пор, пока они не призваны к наследованию. Их наследственная правоспособность возникает одновременно с возникновением у них права на принятие наследства, т. е. призывом к наследованию. Обоснованна и формулировка ст. 1146 ГК РФ: «Доля наследника по закону, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем, переходит по праву представления к его соответствующим потомкам...», поскольку вопрос доли в наследстве относится только к тем наследникам, которые призваны к наследованию, т. е. имеют право принять наследство.

¹ См., например.: Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследственное право в нотариальной практике: комментарии : практ. пособие. М., 2005. С. 12.

Направленный отказ от наследства в пользу наследника по праву представления можно проиллюстрировать следующими примерами. Сын умершего может отказаться от наследства в пользу внука наследодателя – своего племянника, если родитель последнего (брат или сестра) умерли до открытия наследства или одновременно с наследодателем. Однако сын умершего не может отказаться от наследства в пользу внука наследодателя – своего ребенка. Нельзя отказаться в пользу племянников наследодателя, если нет в живых братьев и сестер наследодателя, но есть наследники первой очереди.

Что касается наследственной трансмиссии, здесь особо отметим: закон предусматривает переход права на принятие наследства, но не переход имущества (наследства). Наследственная трансмиссия возможна только в случае, если умирает наследник, призванный к наследованию и не успевший реализовать свое право на принятие наследства. Право на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии не входит в состав наследства, открывшегося после смерти такого наследника (ст. 1156 ГК РФ). Из полученного таким образом наследства могут удовлетворяться требования кредиторов того лица, которому это имущество принадлежало, а не того, кто умер, не успев принять наследство. При наследовании в порядке наследственной трансмиссии возможны различные ситуации: когда право на принятие наследства переходит к лицам, которые и сами имеют право на принятие наследства после смерти общего наследодателя, и когда право на принятие наследства переходит к таким лицам, которые не имеют с умершим наследником общего наследодателя.

Как представляется, при наследовании в порядке наследственной трансмиссии отказ от наследства возможен в пользу не любого наследника умершего наследника, а только в пользу такого наследника, который одновременно мог бы наследовать и после смерти наследодателя. В ст. 1158 ГК РФ содержится указание на то, что отказаться от наследства можно в пользу других лиц из числа наследников, в том числе тех, которые призваны к наследованию в порядке наследственной трансмиссии. Иное решение вопроса могло бы повлечь ущемление прав других наследников, призванных к наследованию, и нарушение правил, определяющих круг лиц, обладающих потенциальной способностью к принятию наследства после смерти определенного лица.

Например, у сына наследодателя есть жена и ребенок. Сын умирает, не успев принять наследство. Его брат желает отказаться от своей доли в пользу наследников своего умершего брата. Но в пользу вдовы брата отказаться от наследства нельзя, так как невестка не наследует после смерти свекра, а отказ от наследства в пользу племянника возможен, поскольку внук умершего при определенных условиях отнесен к числу наследников по закону. Иными словами, наследник, имеющий право отказаться от наследства, и наследник в порядке наследственной трансмиссии должны относиться к числу лиц, которые могут быть призваны к наследованию после смерти одного и того же лица.

Таким образом, системное толкование норм наследственного права приводит к определенным выводам. Наследник, призванный к наследованию, может отказаться от наследства в пользу любого лица, отнесенного к числу наследников по закону, независимо от той очереди, к которой относится наследник. Такой направленный отказ сам по себе имеет значение юридического факта, равносильного факту призыва к наследованию по закону или завещанию. Лицо, призванное к наследованию на основании направленного отказа, может принять наследство или отказаться от него на общих основаниях. Однако такое лицо не вправе совершить направленный отказ, право на который принадлежит исключительно наследникам, призванным к наследованию в порядке очередности или по завещанию.

Наследник, призванный к наследованию, может отказаться от своей доли в пользу наследника по праву представления, если такое лицо призвано к наследованию.

Наследник вправе совершить направленный отказ в пользу лица, к которому перешло право на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии, только если такой наследник входит в число наследников по закону или завещанию ранее умершего наследодателя.

ПЕРСПЕКТИВЫ РЕШЕНИЯ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ СКИДОК (ДИСКОНТОВ) ПО ГРАЖДАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РФ

Яковенко Игорь Васильевич

В настоящее время широко распространены отношения по предоставлению скидок (дисконтов) приобретателям товаров, заказчикам работ и услуг.

Так как отношения в области предоставления скидок и дисконтов не получили прямого законодательного регулирования, а однозначного понимания правовой природы этих отношений нет, то необходимо рассмотреть некоторые спорные гражданско-правовые вопросы в этой сфере. Интерес вызывают вопросы понимания скидки в экономическом и правовом смысле, применения скидок в публичных договорах, использования дисконтных карт, а также соотношение понятий «скидка» и «бонус».

Для рассмотрения этих вопросов необходимо определиться с правовыми и экономическими понятиями скидки и дисконта, которые широко распространены как в договорах с участием потребителя, так и в предпринимательских договорах.

Согласно словарю С.И. Ожегова скидка – это сумма, на которую понижена цена чего-нибудь. Дисконт (discount) в переводе с английского также означает скидку. В экономическом и правовом смысле эти понятия могут считаться тождественными и будут употребляться нами как синонимы (при этом не будем учитывать понятие дисконта в отношениях с ценными бумагами).

Смысл в предоставлении скидок и дисконтов, конечно, заключается в материальном стимулировании потребителя к приобретению максимального количества товаров, работ или услуг, что влечет в итоге для продавца увеличение объемов продаж и скорейшее получение оборотных средств.

Типичным на сегодняшний день примером предоставления скидки или дисконта является заключение возмездного договора (например, купли-продажи, оказания услуг) по цене ниже объявленной ранее (ниже «базисной цены» по терминологии ВАС РФ¹). То есть в определенных обстоятельствах продавец товара, подрядчик или исполнитель услуги (далее для удобства – продавец) отступает от оглашенной первоначальной цены в отношениях с приобретателем. С экономической точки зрения скидка существует, если покупатель приобретает товар дешевле, чем по первоначальной «базисной» цене (при этом не имеет значения была ли объявлена или закреплена первоначальная цена товара).

Таким образом, под скидкой в экономическом смысле можно понимать денежную сумму, которая составляет разницу между объявленной продавцом ценой товара и ценой, которую в итоге оплачивает покупатель по договору. Скидкой можно назвать действия продавца по уменьшению начальной цены товара.

Размер скидки может быть определен в процентах от первоначальной цены товара или в твердой денежной сумме (в зависимости от конкретных условий). Обычно скидка выражена в деньгах, хотя нельзя исключать ситуацию определения цены договора не в денежных единицах. Тогда логично, что скидка будет выражена в виде части возмездного предоставления по договору (в части имущества).

Основания для предоставления и размеры самой скидки в большинстве случаев определяются продавцом самостоятельно и могут варьироваться в зависимости от различных обстоятельств.

Продавец может учитывать ранее заключенные и исполненные договоры с данным покупателем (их количество и суммы оплаты по ним) – это распространенные накопительные скидки по дисконтным картам или по дистрибьюторским

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 11175/09 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 4.

соглашениям (чем больше сумма покупок, тем больше сумма скидки). Учитывают также вид и количество приобретаемого товара (работы, услуги) – стимулируются покупки дорогостоящего или уже не пользующегося спросом товара, а также опт.

Можно связывать получение скидки с характеристиками личности покупателя (пенсионер, студент, оптовая компания и т. д.) для стимулирования активности отдельных групп покупателей. Для увеличения розничных продаж продавцы часто привязывают предоставление скидки к определенным событиям (праздники, наступление нового или окончание старого сезона, «день рождения» компании и т. п.). Это далеко не полный перечень обстоятельств, в которых продавец может предоставлять скидку.

В некоторых из перечисленных случаев продавец предоставляет скидку исключительно по своему усмотрению, а в других он уже связан с покупателем определенными обязательствами и должен предоставить скидку.

Первоначальная цена товара (работы, услуги) для возможности расчета скидки должна быть известна заранее из рекламы, простой или публичной оферты (ст. ст. 435 и 437 ГК РФ). Для получения скидки от цены, предложенной продавцом в обычной оферте, содержащей все существенные условия договора (ст. 436 ГК РФ), требуется акцепт покупателя на иных условиях с указанием новой цены (ст. 443 ГК РФ), т. е. новая оферта.

С правовой точки зрения совершенно безразлична скидка от цены, указанной в рекламе и иных подобных объявлениях, так как объявленная цена здесь не является частью оферты (публичной оферты) и продавец юридически не связан такой ценой. Типичное для розничных торговых сетей объявление «Распродажа и скидки 50 %» означает, что покупатель увидит рекламный плакат и ценник на товаре с зачеркнутой «старой» ценой с указанием меньшей «новой» цены, и заключит договор с продавцом именно по этой самой «новой» цене. Экономически покупатель получил скидку от ранее «объявленной» цены товара (хотя достоверно мы не знаем, какой она была). С правовой точки зрения он достиг с продавцом соглашения о приобретении товара по конкретной цене и ничего дополнительно по этой сделке не выгадал (юридически безразлично, сколько стоил товар раньше). т. е. скидка в данном случае не существует в рамках гражданского правоотношения.

Это касается и акцепта покупателем оферты продавца на иных условиях, когда покупатель делает новую оферту продавцу (с меньшей ценой). Если продавец согласен с новой офертой покупателя, то экономически покупатель действительно выигрывает, а с юридической точки зрения договор заключается по одной определенной цене и для правового положения сторон нет разницы, сколько стоил товар по первоначальной оферте. Соответственно скидка опять остается за пределами сделки.

В случае заключения договора продавец связан согласованной с покупателем ценой, но может ее понизить путем изменения условий договора или отказом принять часть оплаты от покупателя.

Значит, заключив договор по одной цене, стороны в процессе исполнения договора вполне могут (согласно п. 1 ст. 450 ГК РФ) по своему соглашению изменить его условия о цене. Таким образом, скидка может существовать в виде разницы между начальной ценой заключенного договора и вновь определенной ценой. Эта скидка имеет уже правовое значение, так как является юридическим результатом договорных отношений. Иногда уменьшение цены договора происходит хоть и по соглашению сторон, но вследствие, например, продажи товара ненадлежащего качества. В этом случае также употребляют термин «скидка на некачественный товар».

Что касается возможности отказаться от принятия части оплаты по уже заключенному договору, то такое поведение с гражданско-правовых позиций вполне допустимо (хотя может иметь ряд налоговых последствий), так как ст. 415 ГК РФ допускает прощение долга. Соответственно прощение части, а не всего долга, не будет противоречить смыслу указанной статьи. Иногда такое прощение долга

отождествляют с дарением, поскольку по ст. 572 ГК РФ дарение может осуществляться путем освобождения должника от имущественной обязанности.

Как минимум, в двух рассмотренных ситуациях возникает скидка от цены именно в юридическом смысле, поскольку она предоставляется в рамках возникшего гражданского правоотношения. Такое уменьшение цены (независимо от мотива сторон) уже не просто экономическое, но и гражданско-правовое отношение.

Существует еще одна ситуация, когда предоставление скидки происходит в рамках гражданских правоотношений. Иногда в публичной оферте продавца (содержащей все условия договора) указываются, помимо собственно условий о товаре и цене, также условия о предоставлении скидки покупателю при совершении определенных действий¹. Тем самым продавец усложняет условия публичной оферты и, по сути, одновременно делает вместо одной оферты две. Одна предназначена для всех, кто не собирается выполнять особые условия и согласен приобрести товар по общей заявленной цене (существенные условия – один товар и одна цена). Другая – для тех, кто выполнит все необходимые действия и будет претендовать на льготные условия покупки (существенные условия для этого случая – набор нескольких товаров и цена за все единицы). Скидка имеет в данном случае правовой характер и существует в виде разницы цены двух вариантов публичной оферты. Конечно, каждая оферта влечет заключение отдельного гражданско-правового договора по конкретной цене, однако тесная взаимосвязь условий оферты позволяет говорить о наличии в данных правоотношениях скидки.

Интересным представляется вопрос о допустимости применения скидок в рамках публичного договора. Согласно п. 2 ст. 426 ГК РФ цена товара и иные условия договора должны быть, по общему правилу, одинаковыми для всех потребителей. В этой связи существует мнение о том, что предоставлять скидку на один и тот же товар отдельным покупателям (владельцам дисконтных карт, оптовикам и т. д.) нельзя, так как это противоречит закону. Рассуждения даже касались того, что все лица, которые приобретали товары без скидки, могут требовать возмещения себе излишне уплаченного продавцу в виде разницы между ценой по их договору и ценой договора с учетом скидки. С подобной позицией вряд ли можно согласиться. Телеологическое и системное толкование нормы п. 2 ст. 426 ГК РФ позволяет говорить о том, что норма содержит запрет дискриминации потребителей. Но дискриминация по смыслу статьи выражается не в самой возможности введения непредусмотренных законом льгот для отдельных категорий потребителей. Запрещена именно дискриминация в форме установления для некоторых контрагентов более невыгодных условий покупки по сравнению в общими (например, повышенная цена товара по сравнению с «базисной»). Значит, снижать заранее известную всем цену на размер скидки в некоторых случаях можно, а повышать нельзя.

В то же время есть для такой ситуации и дополнительное ограничение, следующее из той же нормы п. 2 ст. 426 ГК РФ: предоставление скидки должно происходить на равных условиях, т. е. если скидка предоставляется отдельной категории потребителей (например, пенсионерам или студентам, лицам, совершившим крупные покупки), то нельзя отказать в ее предоставлении конкретному представителю этой категории. Условия предоставления скидки от объявленной цены должны быть одинаковыми, чтобы каждый при желании мог воспользоваться такой возможностью. В частности, если для получения скидки требуется купить товаров на некоторую сумму, то любой потребитель, «накопив» требуемую сумму покупок, должен получать скидку.

Интересно, что при таких отношениях скидка может предоставляться потребителю по итогам заключения нескольких отдельных договоров². Из этого следу-

¹ Буквально такие предложения выглядят, например, в виде указания товара и его начальной стоимости и примечания о том, что при покупке нескольких единиц товара цена будет ниже объявленной на несколько процентов.

² Дисконтные карты часто предоставляют по итогам серии приобретений на определенную сумму. При этом сумма скидки напрямую зависит от общей суммы покупок. Некоторые

ет, что правоотношения по предоставлению скидки выходят за рамки отдельно взятой публичной оферты или одного договора. Так как скидки «накапливаются» и применяются к приобретению разных товаров, можно говорить о том, что между покупателем и продавцом в ряде случаев существуют длительные гражданско-правовые отношения по поводу применения дисконта, которые распространяются на отдельные сделки. Если внимательно проанализировать отношения, например, по выдаче и использованию дисконтных карт (в супермаркетах, кафе, АЗС и пр.), то становится очевидным, что предоставление скидки является предметом отдельной договоренности покупателя и продавца. Продавец, конечно, в большинстве ситуаций не подписывает с покупателем некий договор об условиях и порядке приобретения скидок и использования при этом дисконтных карт. Однако устно или конклюдентными действиями стороны обозначают условия своего будущего взаимодействия. В рамках этих взаимодействий продавец публично обязуется при выполнении покупателем неких условий снижать ему цену на товар, для чего выдает дисконтную карту. Тем самым между сторонами заключается непредусмотренный ГК РФ договор, во многом носящий организационный характер. Действие этого договора влияет на заключение конкретных имущественных договоров по приобретению товаров, так как достигнутое условие о скидках должно применяться продавцом, несмотря на условия отдельных публичных оферт.

Более того, иногда одни и те же дисконтные карты потребители могут использовать у разных продавцов, что позволяет говорить о многоуровневом договорном регулировании дисконтных отношений. С одной стороны, это будет соглашение между различными продавцами об учете «единой» дисконтной карты при заключении отдельных договоров с ее владельцем, с другой – это соглашение между покупателем и продавцом (продавцами) о применении карты для получения скидок.

В то же время отношения по применению дисконтных карт не имеют законодательного регулирования. Из-за этого могут возникать споры между сторонами о скидках, когда условия их предоставления, накопления, учета отмены подробно не определены.

Мерами стимулирования покупателя может быть не только скидка, но и бонус. Термин бонус (от лат. *bonus* – добрый, хороший) по экономическому словарю – это дополнительное вознаграждение, поощрение, надбавка к выплате, премия; дополнительная скидка со стоимости (цены) товара, предоставляемая продавцом в соответствии с условиями договора о купле-продаже или постоянным покупателям¹.

При предоставлении бонуса покупатель получает от продавца по заключению договора с ним дополнительную имущественную выгоду². Такая выгода может выражаться в передаче покупателю определенного имущества, выполнении работ и услуг без отдельной их оплаты (т. н. «подарки», например, дополнительная единица товара, аксессуары к купленному товару, наладочные работы, консультационные услуги и пр.). Стоит сказать, что предоставление «бесплатно» дополнительной единицы того же товара к ранее приобретенным («купи два, третий в подарок») можно рассматривать и в качестве скидки, так как в итоге покупатель за все переданные единицы заплатил меньше, чем должен был (т. е. получил скидку в размере стоимости одной единицы товара).

Иногда бонусом именуют скидку определенного размера в отношении будущих приобретений. В этом случае продавец может учитывать часть полученной сейчас оплаты для расчета будущей скидки (например, так называемые «бонус-

продавцы в связи с этим градуируют карты по размеру скидки (бронзовые, серебряные, золотые, платиновые и т. д.) и условиям их предоставления.

¹ См.: Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ИНФРА-М, 2007. 495 с. (Б-ка словарей «ИНФРА-М»).

² Бонусы неимущественного характера встречаются реже и могут выражаться, например, в предоставлении возможности участвовать в очередном этапе лотереи, в получении благодарственных писем, символических грамот и т. д. Известны случаи получения бонуса в виде возможности присвоить название новому товару, магазину и т. д.

ные рубли» – при последующей оплате продавец «учтет» определенную часть полученной им от покупателя суммы, но за первую покупку оплата идет в полном объеме).

В большинстве случаев при предоставлении бонуса продавец не отступает от объявленной ранее цены товара и «компенсирует» это покупателю названными способами. В то же время под бонусом следует понимать дополнительное и не требующее отдельной оплаты имущественное предоставление со стороны продавца в пользу того покупателя, который заключил с продавцом договор на приобретение товаров, работ, услуг по объявленной ранее цене. Бонус чаще всего имеет вид «подарка» или возможности получить в будущем скидку.

Понятно, что скидка, и бонус являются способами предоставления экономической выгоды покупателю для стимулирования его спроса. При соотношении скидки и бонуса, как уже рассматривалось выше, бонус в виде «подарка» можно рассматривать и в качестве частного вида скидки. Поскольку в итоге покупатель приобретает набор товаров, а платит за него меньше на стоимость самого «подарка».

Правовая природа бонуса во многом связана с дарением. Однако когда бонусом выступает «будущая скидка», это означает, что между сторонами, помимо обычного договора по приобретению товара, одновременно возникают дополнительные организационные правоотношения. Продавец обязуется в дальнейшем реализовать право покупателя на конкретный бонус. Таким образом, правоотношения продолжают существовать за пределами исполнения отдельного договора и похожи на длящиеся отношения по предоставлению неоднократных скидок.

МЕТОД ИССЛЕДОВАНИЯ СООТНОШЕНИЯ ЗЕМЕЛЬНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ПРИ РЕГУЛИРОВАНИИ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Политахин Петр Андреевич

Некоторые представители науки по земельному и гражданскому праву побуждают интерес к вопросу системной связи этих отраслей права при регулировании земельных отношений, обосновывая его якобы существующими в источниках этих отраслей права противоречиями и сложностями в правоприменении ряда норм Земельного кодекса Российской Федерации (ЗК РФ) и Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ). Подобная дискуссия является, однако, не очень плодотворной по следующим основаниям.

Во-первых, в дискуссии преобладают элементы прагматизма, поскольку в ней, как правило, не используется анализ системы права и структурной межотраслевой связи в земельном и гражданском праве, а выводы делают на анализе нескольких статей, связанных с правоприменением.

Во-вторых, не учитывается особенность объектов этих отраслей права. Ведь объекты земельных отношений, если можно так сказать, составляют триаду: земля как природный объект (географическая категория), земля как природный ресурс (экономическая категория), земельные участки (как юридическая категория) и это соответствует ст. 6 ЗК РФ. Лишь земельный участок может служить критерием определения межотраслевых связей.

В-третьих, правоприменители, как правило, не используют грамматическое, логическое и системное толкование норм, в которых и проявляется межотраслевая связь.

В-четвертых, не учитываются результаты разрушения земельного строя СССР и особенности переходного характера современной системы российского права. И если ученые, например, при анализе соответствующих статей Гражданского ко-

декса Российской Федерации утверждают, что «проблема, реакцией на которую являлось установление данного принципа (разграничение действия норм гражданского законодательства и норм земельного законодательства. – П.П.), является сегодня самой острой в правовом регулировании земельных отношений»¹, то практики, например, ошибочно не переоформляют право постоянного (бессрочного) пользования земельными участками в соответствии с ЗК РФ бесплатно на статус права собственности предпринимателям, ошибочно ссылаясь на ст. 23 ГК РФ. Например, В.В. Устюгова весьма убедительно доказала, что Арбитражный суд Республики Хакасии необоснованно отказал в иске В.М. Ромашову, который просил суд признать недействительным решение Департамента градостроительства, архитектуры, землепользования и экологии г. Абакана об отказе в бесплатном предоставлении в собственность земельного участка в г. Абакане, принадлежащего В.М. Ромашову на праве постоянного (бессрочного) пользования². Суд первой и кассационной инстанций «в обосновании своего вывода о невозможности безвозмездного приобретения гражданами предпринимателями в собственность земельных участков, находящихся в их постоянном (бессрочном) пользовании, ссылается на презумпцию платности использования земли как один из принципов земельного законодательства...»³. А эта ссылка суда уже из присказки: «В огороде бузина, а в Киеве – дядька». Ведь В.М. Ромашов платил за пользование земельным участком и как землепользователь, и платил бы, став собственником этого участка. Значит, в данной ситуации презумпцию платности не следовало брать во внимание, так как вопрос возник не по поводу уплаты налога за земельный участок, а по поводу предоставления землепользователю земельного участка в собственность безвозмездно. А если учесть статус срочного безвозмездного землепользования, то совершенно очевидным становится то, что презумпция применена ошибочно. Ведь общепризнанно, что презумпция – это признание факта юридически достоверным, пока не будет доказано обратное. Следовательно, суд должен был не ссылаться на принцип земельного законодательства, а исходить из факта, что действовавший на момент рассмотрения спора п. 5 ст. 20 ЗК РФ называл граждан просто физическими лицами без определения их статуса. Поэтому предприниматель В.М. Ромашов как физическое лицо имел право на приобретение (а не предоставление, поскольку это участок уже был предоставлен ему ранее как землепользователю) земельного участка в собственность *бесплатно*. Только при наличии в законе прямого указания на то, что гражданам предпринимателям такое право не предоставляется, было бы доказательством отсутствия у В.М. Ромашова такого права. Ссылаясь на ст. 1 ЗК РФ и ст. 23 ГК РФ в принятом решении суд не исходил из единства, целостности и последовательности в применении земельного законодательства. Обращение к ГК РФ при рассмотрении этого спора ошибочно, так как он не регулировал порядок приобретения гражданами земельных участков в собственность бесплатно, которыми они владели и пользовались на праве постоянного (бессрочного) пользования, и не регулирует порядок их переоформления. Ни приобретение в собственность такого участка, ни переоформление его статуса в упрощенном порядке не относятся к гражданско-правовой сделке, а относятся к управленческой (административной) деятельности. В первом случае выносится решение о предоставлении земельного участка в собственность, а во втором – признание права собственности и внесение сведений в единый реестр. Следовательно, суд не определил межотраслевую связь земельного и гражданского законодательства в системе российского права. При рассмотрении очень простого казуса судом допущены две очень серьезные ошибки. Решение суда даже противоречит государственной политике поддержки мало-

¹ Комментарий Голиченкова А.К. Постатейный научно-практический комментарий Земельного кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс] // «КонсультантПлюс». Версия. Комментарий законодательства. 2002.

² Устюгова В.В. Еще раз о соотношении земельного и гражданского права (по материалам судебной практики) // Государство и право. 2006. № 3. С. 30. С такими же вопросами граждане сталкиваются и при переоформлении права собственности на земельный участок по упрощенной процедуре.

³ Там же. С. 31.

го бизнеса. Получается, что государство оказывает мелкому бизнесу финансовую поддержку, а суд отбирает у него переменный капитал.

А теперь попытаемся тезисно изложить сущность «системы права». Система как философская категория – это целое, составленное из частей, т. е. совокупность элементов, которые находятся в отношениях и связях друг с другом, образуя определенное единство (целостность). Следовательно, при определении места любой отрасли права в системе российского права надо обязательно учитывать взаимосвязь отраслей права с понятием целостности системы права, её структуры, элементов, подсистем и т. п. А так как система права неразрывно связана (обусловлена) базисом, то её необходимо исследовать, исходя из социально-экономических условий принятия и применения законодательства в соответствующих отраслях права. Все это должно определять и метод исследования вопроса соотношения гражданского и земельного законодательства. Однако, как правило, этот метод не применяется в большинстве научных сочинений¹.

Определение места любой отрасли права в системе российского права в правоприменении не является ключевым фактором для толкования норм любого законодательства, так как всякий юридический казус разрешается с использованием не одной только отрасли права, а нескольких. Например, бесспорная самостоятельность уголовного права немыслима в применении её норм без связи с уголовно-процессуальным законодательством. А если учесть, что при этом казус связан с возмещением материального вреда или компенсацией морального вреда, то при применении уголовного и процессуального законодательства (гражданский иск в уголовном судопроизводстве) надо руководствоваться ещё и ГК РФ.

При определении правовой доктрины системы российского права необходимо рассмотрение проблемы отраслевой её структуры. Последнее свойственно и законотворческому процессу. Оправдан анализ отраслевой структуры российского права в учебных и научных целях. И в этой связи целесообразно в смысле единства системы определять отраслевую структуру системы права через категорию научной абстракции (такой вывод вытекает из суждений ряда ученых-юристов).

Во многих исследованиях проблемы соотношения гражданского и земельного законодательства совершенно обоснованно делается ссылка на условия рыночной экономики. Однако дальше ссылок на последнюю речь не идет, несмотря на то, что данные условия и являются основным признаком в оценке соотношения этих отраслей права. При этом необходимо учитывать следующие факторы.

Рыночная экономика (исходя из политической экономики и экономической теории) – это высшая стадия расширенного капиталистического производства, где производительные силы и производственные отношения регулируются как имманентными экономическими законами, так и юридическими (волевыми) законами. Поэтому при исследовании сущности и явления российского государства как надстройки надо рассматривать социально-экономическую систему данного общества. А отход от названного метода исследования и приводит к бесплодным дискуссиям.

Производительные силы и производственные отношения, если так можно выразиться, подвластны экономическим законам рыночной экономики, а волевые отношения в этой экономике регулируются правом. Однако волевые отношения зависят не только от желания законодателя и субъектов этих отношений, а в основном от экономических границ (содержания и форм) производственных отношений. С позиции производственных отношений современная Россия находится в стадии возникновения рыночных отношений в переходном состоянии от социалистической общественно-экономической формации к капиталистической.

¹ К ним можно отнести следующие труды: Краснов Н.И. О соотношении земельного и гражданского права при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. № 7. С. 53–60; Жариков Ю.Г. Разграничение сферы земельного и гражданского законодательства при регулировании земельных отношений // Государство и право. 1996. № 2. С. 44–54; Адиханов Ф.Х. Соотношение норм гражданского права и норм земельного права в регулировании земельных отношений в условиях рынка земли // Государство и право. 2001. № 1. С. 31–39; Сыродоев Н.А. О соотношении земельного и гражданского законодательства // Государство и право. 2001. № 4. С. 28–35; Мисник Н.Н. Еще раз о соотношении гражданского и земельного законодательства при регулировании земельных отношений // Государство и право. 2006. № 9. С. 18–25, и др.

И все трудности перехода вызваны не экономическими процессами, не недостатками системы российского права. Сложность переходного периода вызвана тем, что он не является закономерным процессом разрешения противоречий между социалистическими и капиталистическими производственными отношениями, а также тем, что российская власть пытается законодательным путем создать рыночную экономику, образно говоря, вырастить её из пробирки, т. е. искусственным способом.

Для определения связи между гражданским и земельным правом надо использовать и историческое, и системное толкование законодательства.

Советская правовая доктрина, основанная на отражении и закреплении социалистических производственных (волевых) отношений, относила землю только к собственности государства (достоянию народа) и исключало её из гражданского оборота. Следовательно, гражданское законодательство лишь закрепляло, но не регулировало отношения даже собственности на землю. Однако земельное право (как отрасль права) признавалось в связи с регулированием отношений по использованию и охране земель. В этот период в юридической науке был спорным лишь вопрос о методе правового регулирования земельных отношений. Сущность последних была обоснована социалистическими производственными отношениями, при которых вся материальная производительная сила (включая и землю) была общественной (социалистической) собственностью; рабочая сила не являлась товаром и труд носил коллективный характер; общественный совокупный продукт распределялся государством в порядке, который обеспечивал функционирование государственного и колхозно-кооперативного уклада экономики, всей социальной сферы. Земельные участки (иногда в законодательстве закреплялся термин «земля») предоставлялись в постоянное (бессрочное) бесплатное пользование. Такой статус земли соответствовал характеру социалистических производственных отношений. Социалистические производственные отношения, а следовательно, и земельный строй СССР как экономическое социальное явление находились в постоянном развитии. В основе этого развития закономерно возникали противоречия. Например, развитие производительных сил в колхозах и совхозах при уравнительном распределении и недостатке рабочей силы порождали рентные отношения. Например, когда хозяйства заключали с частными лицами договоры на выращивание сельхозпродуктов и как землепользователи предоставляли этим бригадам земли. Выращенную на этих землях продукцию продавали хозяйствам, а часть её оставалась в распоряжении членов бригад, они и продавали её на колхозных рынках. Таким образом в социалистическом укладе зарождались арендно-рентные отношения с элементами неполного соответствия (противоречия) с законодательством и производственными отношениями.

После Мартовского (1989 г.) Пленума ЦК КПСС на основе партийных директив в колхозах и совхозах начали расширяться бригадные и семейные подрядные формы производственных отношений. И эти формы хозяйствования были зародышами товарных отношений, но без включения земельных участков в гражданский оборот.

На примере агропромышленного комплекса (АПК) можно проследить возможный вариант объективного процесса разрешения противоречий в АПК и правового воздействия на него. Арендным бригадным подрядам колхозов и совхозов следовало передать всю производительную силу на условиях создания ими производственного и потребительского кооперативов (исключая коллективизацию) с самостоятельностью и товарными отношениями между хозяйствами. Разница между стоимостью и себестоимостью произведенной продукции и оказанными услугами должна была составлять доход хозяйства.

Предприятия пищевой промышленности следовало передать в собственность (приватизировать) кооперативов, которые смогли бы совместно с потребительским кооперативом на условиях товарно-денежных рыночных отношений обеспечивать переработку и реализацию произведенной товарной продукции. Они могли бы также на условиях долгосрочной оплаты (20–25 лет) приобрести колхозные рынки в собственность. Развития классической конкуренции в АПК можно было не бояться, так как при социализме не был обеспечен внутренний продуктовый (товарный) запас в нужном ассортименте и качестве (на это тоже необходимо

20–25 лет). Влияние конкуренции внешнего рынка на АПК и поддержку отечественных товаропроизводителей реально должно обеспечить государство через экономические и правовые механизмы. Для этого необходим был рынок земельных участков со снятием в нем ограничений оборота.

Для обеспечения эффективного управления кооперативами надо было создать правление из представителей всех хозяйств, а для выработки рыночных механизмов экономических товарных отношений между хозяйствами и бухгалтерского учета – привлечь рабочий аппарат специалистов с установлением процента их дохода от чистого дохода кооперативов. И это был бы закономерный экономический процесс перевода АПК в рыночную экономику, а не его разграбление. И лишь когда российская власть в начале 1990-х гг. решила законодательным путем перевести социалистические производственные отношения на рыночную экономику, возникла необходимость закрепить многообразие форм земельной собственности, признать земельные участки недвижимым имуществом и урегулировать их гражданский оборот в законодательстве. В этих условиях, используя системное толкование, и необходимо пересмотреть соотношение гражданского и земельного законодательства. Думается, что наилучший вариант такого соотношения найден в ГК РФ и ЗК РФ. Пункт 3 ст. 3 ЗК РФ, как говорится, все поставил на свои места и ученым-правоведам пора прекратить бесплодные дискуссии по поводу некоторых «несоответствий», «противоречий» и т. п. Правоприменителям нужно правильно толковать и применять законодательство, используя следующий метод. Прежде всего, необходимо исходить из того, что ЗК РФ лишь **закрепляет** формы собственности на землю: частную, государственную и муниципальную, **не регулируя отношения** прав собственности. И эти отношения, бесспорно, являются предметом гражданского права. Земельный кодекс РФ лишь признает, но не регулирует возможность гражданского оборота земельных участков и называет особенности, которые должны учитываться при применении законодательства при совершении трех сделок с земельными участками (аренда, купля-продажа, мена). Все же условия совершения сделок с земельными участками надо отнести к гражданскому праву. Что же касается, если можно так выразиться, чисто земельных отношений по использованию и охране земель, то эти отношения и есть предмет земельного права, что соответствует зарождающимся в России капиталистическим рыночным производственным отношениям, когда земельные участки приобретают статус **товара**, и товара весьма специфического.

Во-первых, природа и явление земельного участка как товара обусловлена следующими особенностями. В отличие от любой товарной рыночной массы земельные участки не создаются человеческой деятельностью, а выступают субстратом эволюции Вселенной. Земля не имеет ничего общего с любым объектом товарной массы, так как она является первоначальным орудием труда, своего рода резервуаром природного сырья, предпосылкой любого труда, объективным условием воспроизводства самого человека (среда обитания).

Во-вторых, земля в производственных отношениях – это постоянный капитал (средство производства и операционный базис), что вызывает потребность определения её целевого назначения (категории земель). Бесспорно, отношения по определению категории земель, перевод их из одной категории в другую, их правовой режим могут регулироваться лишь земельным законодательством, так как это связано с использованием и охраной земель. Здесь присутствует и административный метод регулирования.

В-третьих, даже если земельный участок выступает объектом залога, то он не теряет свойства постоянного капитала, а лишь служит условием получения переменного капитала (кредита).

И наконец, в-четвертых, отношения по определению земельного участка со всеми его реквизитами регулируются ЗК РФ, нормами о землеустройстве, правилами землепользования и застройки, и это связано с использованием и охраной земель. В ГК РФ земельный участок назван лишь как объект права собственности. И в этой части заслуживает внимания вопрос о целесообразности принятия федерального закона об определении порядка землепользования и застройки на землях населенных пунктов. Представляется, что положения, определяющие

цель регулирования землепользования и застройки, должны быть едиными на всей территории России. Учет местных условий и каких-либо особенностей территорий каждого муниципального образования должен быть связан с конкретными проектами зонирования земель населенных пунктов и планами развития муниципальных образований, которые и должны разрабатываться на основе федерального закона.

В дискуссиях по проблеме соотношения гражданского и земельного законодательства присутствует одна, но значительная неточность. Например, Н.Н. Мисник утверждает, что «из дальнейшего текста ст. 3 ЗК РФ следует как раз то, что указанные там отрасли законодательства регулируют земельные отношения»¹. Ведь, например, гражданское законодательство, согласно ст. 3 ЗК РФ, регулирует не земельные отношения, а отношения имущественные, связанные с земельными участками. Это соответствует и п. 3 ст. 3 ЗК РФ, и соответствующим статьям ГК РФ. Отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками составляют содержание права собственности на земельный участок, который является объектом этого права. Далее, сделки совершаются не с землёй, а с земельными участками (недвижимым имуществом) и регулируются гражданским законодательством с обязательным учетом положений ст. ст. 22, 24, 37 ЗК РФ.

Нет смысла искать, как предлагает Н.Н. Мисник, заложенный где-то «ключ к разграничению гражданско-земельно-правового регулирования земельных отношений...»². Представляется целесообразным возродить дискуссию по поводу разработки и принятия кодекса о природных ресурсах России, в котором можно было бы объединить законы о земле, воде, лесах, животном мире и об экологии в этих природных объектах. В данный, как предполагается, особый исторический период перехода России к многоукладной рыночной экономике актуальность разработки и принятия такого кодекса должна быть бесспорной. Одна из целей такого источника права – отход России от сырьевого уклада экономики. Природные ресурсы России использовались и охранялись как условие жизни и деятельности народов России, но не в интересах власти олигархов.

И, пожалуй, следует учесть, что на систему российского права надо смотреть, если можно так сказать, как на сущность и явление «эластичное», без соблазнительных попыток «резкого» разграничения её отраслевой структуры, разрабатывая при этом правовую доктрину системной связи отраслей права с учетом социально-экономических процессов, происходящих в России. А поскольку система права является отражением базисных (экономических) отношений, цельным социальным организмом, то ей присущи как внешние (отношения к базису), так и внутренние противоречия (пример тому – дискуссия о соотношении гражданского и земельного права!)

Необходимость учета всех указанных выше факторов, включая и научное их исследование, как никогда актуальна и требует безотлагательного разрешения по следующим причинам.

Переходный период к рыночной экономике показал, что реформы-катастрофы уже привели к разрушению производительной силы социализма, которая реально создавала условия для реального осуществления советским народом через консолидированный общественный продукт этого народного достоинства (полная бесплатная социальная сфера в воспроизводстве рабочей силы, контроль народа над этой системой национального совокупного продукта во всей социальной деятельности государства и т. п.). В современной России наблюдается процесс, когда социальная производительная сила (материальная и рабочая) уже потеряла формы совместной деятельности (не работает принцип разделения труда) и происходит отчуждение основной рабочей силы (не считая индивидуальное предпринимательство) от материальной производительной силы. Вся социальная производительная сила уже находится во власти не народа, а политической (государственной) и даже муниципальной власти, сросшейся с олигархическим сословием (советскому миллионеру Корейко, если сравнить его с российскими олигархами, жилось трудно!). Правда, власть и ученые-экономисты ищут в России «средний класс» – далеко не

¹ Мисник Н.Н. Еще раз о соотношении гражданского и земельного законодательства при регулировании земельных отношений // Государство и право. 2006. № 9. С. 18.

² Там же. С. 18.

научную категорию. Правильно будет разрешать проблему формирования крупной, средней буржуазии и класса наёмных рабочих (пролетариата).

Негативному процессу развития России способствуют и ученые-правоведы. Не обременяя себя формированием правовой доктрины соответствующей переходному периоду, они, если можно так сказать, ведут раскопки на погосте древнеримского права. Приведем один пример. В «осколках» древнеримского права обнаружили принцип соотношения публичных и частных интересов в праве. Однако на данном этапе становления российского права надо обратить внимание на Декларацию «О государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической республики», в которой было заявлено, что государственный суверенитет РСФСР провозглашается во имя высшей цели обеспечения каждому человеку неотъемлемого права на достойную жизнь, свободное развитие. А Конституция Российской Федерации закрепила: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства» (ст. 2). При грамматическом толковании этих норм вытекает, что в России нет классового деления, а власть должна гарантировать признание, обеспечение прав и свобод человека и гражданина, не рассматривая их как частный интерес. И даже тогда, когда в России произойдет реальное классовое расслоение, то интерес экономически господствующего класса не будет рассматриваться ни как публичный, ни как частный, а рассматриваться он будет как классовый интерес. В древнеримском же обществе имело место сословное, а не классовое расслоение общества. Это и являлось социально-экономическим условием отражения в его правовой доктрине сословного состояния, что составляет азбучную истину даже классической буржуазной политэкономии.

КАТЕГОРИЯ «ИНВЕСТИЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ» КАК ВАЖНЫЙ АСПЕКТ В ОБЛАСТИ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

Айзетулова Назлыгуль Азатовна

Инвестиции являются одним из наиболее важных ресурсов любой экономики. Использование ресурсов позволяет обновлять и модернизировать производство, осуществлять структурную перестройку экономики. Возникновение рыночных отношений в нашей стране предопределило становление и развитие инвестиционной деятельности. В современный период существуют определенные спорные моменты и проблемы в понимании категории «инвестиционная деятельность».

Термин «инвестиционная деятельность» неоднократно встречается как в нормативных актах, так и в литературе. Вместе с тем вопрос о ее сущности и содержании во многом остается открытым и требует дальнейшего исследования. Законодатель разделил понятия «инвестиция» и «инвестиционная деятельность». Понимание инвестиций связано с определенными фактическими действиями инвестора – инвестиционной деятельностью, и это законодательно закреплено в определении инвестиций, которое устанавливает, что материальные и нематериальные ценности лишь потенциально являются инвестициями, а статус инвестиций они приобретают в процессе их вложения в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности. Закон допускает инвестирование объектов не только предпринимательской, но и любой иной деятельности (например, научной деятельности, общественно значимых капиталоемких объектов и т. д.). Использование законодателем союза «и (или)» можно понимать – одновременно и как цель извлечения прибыли и любых иных правомерных целей, так и преследование любой из этих целей в отдельности.

В Законе РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»¹ «инвестиционная деятельность» определяется как «вложение инвестиций, или инвестирование, и совокупность практических действий по реализации инвестиций». А в Федеральном законе от 25 февраля 1999г. №39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»² как «вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта». На этом основании процесс вложения инвестиций рассматривают как разновидность предпринимательской деятельности. Так, понимание Б.В. Муравьевым критерии извлечения прибыли в качестве общего свойства инвестиционных вложений привело его к заключению, что, «учитывая определение предпринимательской деятельности, содержащееся в п. 2. ст. 2 ГК РФ, можно прийти к выводу, что по отношению к понятию «инвестиционная деятельность» она является общим понятием»³. Инвестиционная деятельность рассматривается как разновидность предпринимательских отношений также И.А. Вдовиным⁴. Считаем необходимым поддержать точку зрения, высказанную И.В. Ершовой, Т.М. Ивановой⁵ и Р.А. Курбановым⁶, и полагаем, что понятия инвестиционной и предпринимательской деятельности совпадают только в той части, что осуществляемая субъектами предпринимательства деятельность может быть инвестиционной, однако субъектами инвестиционной деятельности могут быть не только предприниматели. Необходимо отметить то, что инвестиционная деятельность может выходить за пределы предпринимательской деятельности, когда инвестиции вкладывают в другие виды деятельности, не являющиеся предпринимательскими, и получают доход не в виде прибыли. Инвестиционная и предпринимательская деятельность – это не тождественные понятия, и инвестиционная цель не ограничивается рамками извлечения прибыли. Инвестиционная деятельность понимается законодателем как процесс инвестирования и активная деятельность, направленная на достижение целей инвесторов. Она включает в себя как непосредственное вложение инвестиций, так и осуществление ряда организационных, юридических, технических и иных действий.

Понятие «инвестиционная деятельность» может трактоваться в широком и узком значениях. По широкому определению инвестиционная деятельность – это деятельность, связанная с вложением средств в объекты инвестирования с целью получения дохода. Такое определение можно рассматривать как попытку уйти от специфики объекта или способов инвестирования. В подобном подходе существенным признаком инвестиционной деятельности является не характер вложений, а получение дохода. Но здесь возникает вопрос, если эти вложения не принесли реального дохода, то можно ли их называть инвестициями или надо исходить из первоначальной мотивации инвестора – получить такой доход? По узкому же определению инвестиционная деятельность представляет собой процесс преобразования инвестиционных ресурсов во вложения. Данная деятельность включает два этапа, первый – собственно инвестиционная деятельность (вложение средств), второй этап предполагает окупаемость осуществленных затрат и получение дохода в результате использования инвестиций. Так, существует подход, при котором инвестиционная деятельность определяется как единство процессов вложения ресурсов и получения доходов в будущем⁷.

¹ Ведомости РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1005.

² СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

³ Муравьев Б.В. Инвестиционное обязательство в строительстве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 37.

⁴ Вдовин И.А. Механизмы правового регулирования инвестиционной деятельности (исторический и теоретико-правовой анализ : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 117.

⁵ Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право : учеб. пособие. М. : Юриспруденция, 2000. С. 282.

⁶ Курбанов Р.А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. М. : Юриспруденция, 2005. С. 171–172.

⁷ См.: Игонина Л.Л. Инвестиции : учеб. пособие / под ред. В.А. Смирнова. М. : Экономистъ, 2004. С. 26.

В научной литературе понятие «инвестиционная деятельность» не имеет однозначного понимания и определяется по-разному. Так, Е.В. Михайлов и Ю.В. Рожков рассматривают инвестиционную деятельность как осуществление цепочки взаимодействий: ресурсы (блага, ценности) – вложения (затраты) – прирост капитальных стоимостей – получение дохода¹. А.Г. Богатырев отмечает, что «инвестиционная деятельность в основном заключается в инвестировании в производство материальных и духовных благ»². Некоторые юристы рассматривают инвестиционную деятельность как совокупность действий по вложению и реализации инвестиций. Так, В.А. Бублик отмечает, что «инвестиционной следует признавать деятельность ... инвесторов, связанную с вложением и долгосрочным использованием ... инвестиций»³. Другие ограниченно рассматривают инвестиционную деятельность только как процесс вложения. Например, Н.И. Клейн под инвестиционной деятельностью понимает «деятельность, направленную на размещение ... денежных и иных имущественных средств с целью получения прибыли»⁴. Иногда понятие «инвестиционная деятельность» употребляется как синоним словосочетания «инвестиционный процесс»⁵. Есть и совсем суженные определения инвестиционной деятельности⁶.

Многие авторы отмечают что ни нормативные правовые акты, ни юридическая и экономическая литература не проводят различий между вложением инвестиций и деятельностью по реализации полученных средств⁷.

Исходя из изложенного, можно утверждать, что до сегодняшнего дня не выработано единое понятие инвестиционной деятельности, что, конечно же, является одной из важных проблем в области модернизации правовой системы современного российского общества.

УСЛОВИЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЛИЦ ПО ДОЛГАМ ДОЛЖНИКА НА ОСНОВАНИИ п. 4 ст. 10 ЗАКОНА О БАНКРОТСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ

Качур Юлия Игоревна

Федеральным законом от 28.04.2009 № 73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁸ (далее – Закон № 73-ФЗ) были внесены изменения в Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁹ (далее – Закон о банкротстве) и Федеральный закон

² Михайлов Е.В., Рожков Ю.В. Финансово-кредитные методы регулирования инвестиционных рынков. Л.: ЛФЭИ, 1991. С. 12.

³ Богатырев А.Г. Государственно-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений (вопросы теории): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 11.

⁴ Бублик В.А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999. С.128.

⁵ Предпринимательское право: курс лекций / под ред. Н.И. Клейн. М.: Юрид. лит., 1993. С. 143.

⁶ См.: Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. М.: Волтерс Клувер, 2005. С.60.

⁷ См., например: Горягин А.А. Административно-правовое регулирование инвестиционной деятельности в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С.8.

⁷ См., например: Жуковский В.М. Правовое регулирование инвестиций в биржевую деятельность на рынке ценных бумаг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 22; Черепанов Н.С. Правовое регулирование деятельности институциональных инвесторов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 18.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 28.04.2009 № 73-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 18 (1 ч.). Ст. 2153.

³ О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ (ред. от 27.07.2010) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

от 25.02.1995 № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» (далее – Закон о банкротстве кредитных организаций)¹. Основными новеллами данного Закона № 73-ФЗ являются: усиление материальной ответственности лиц, прямо или косвенно способствующих наступлению банкротства должника, увеличение круга оснований, по которым может наступить субсидиарная ответственность, расширение субъектного состава лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности, установление процессуальных особенностей рассмотрения судом требований о привлечении указанных в действующем законодательстве лиц к субсидиарной ответственности, перераспределение бремени доказывания при привлечении к субсидиарной ответственности лиц за вред, причиненный кредиторами, и т. д.²

В целом изменения, внесенные Законом № 73-ФЗ, должны способствовать защите прав и интересов кредиторов от злоупотреблений со стороны должника и контролирурующих должника лиц и препятствовать уводу ликвидных активов должника из конкурсной массы.

Несмотря на то, что прошло более полутора лет применения Закона о банкротстве в редакции Закона № 73-ФЗ (с 05.06.2009 г.), но судебная практика до сих пор испытывает затруднения с применением норм как процессуального, так и материально-правового характера при привлечении лиц к субсидиарной ответственности по долгам должника. Например, возникают проблемы с установлением условий привлечения виновных лиц к субсидиарной ответственности.

Статьей 10 Закона о банкротстве предусмотрено три самостоятельных основания наступления ответственности в виде взыскиваемых в субсидиарном порядке убытков. Наибольший интерес вызывают положения п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве, в отношении которых отсутствуют единообразные подходы в их применении как в теории, так и на практике.

В соответствии с п. 3 ст. 56 Гражданского кодекса Российской Федерации³ (далее – ГК РФ), если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана учредителями (участниками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, на таких лиц в случае недостаточности имущества юридического лица может быть возложена субсидиарная ответственность по его обязательствам.

Данное нормативное положение общего характера получило свое развитие и закрепление в специальных федеральных законах, в частности в п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве, где сказано, что контролирующие должника лица солидарно несут субсидиарную ответственность по денежным обязательствам должника и (или) обязанностям по уплате обязательных платежей с момента приостановления расчетов с кредиторами по требованиям о возмещении вреда, причиненного имущественным правам кредиторов в результате исполнения указаний контролирующих должника лиц, или исполнения текущих обязательств при недостаточности его имущества, составляющего конкурсную массу. При этом данный вид ответственности по своей сути является убытками, общие положения о взыскании которых предусмотрены в ст. 15 ГК РФ.

Помимо п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве, идентичные по своему содержанию положения закреплены также и в других федеральных законах. Например, в п. 3

⁴ О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций: Федеральный закон от 25.02.1999 № 40-ФЗ (ред. от 19.07.2009) // СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1097. Положения Закона о банкротстве кредитных организаций не были предметом настоящего исследования.

⁵ См., например: Пояснительная записка «К проекту федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» и Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»; замечания Комитета по собственности от 11.12.2008 № 3.9-32/1 «По проекту Федерального закона № 125066-5 «О внесении изменений в Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» и Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»; Пестриков В. Субсидиарная ответственность учредителей (участников) и руководителей должника при банкротстве // Корпоративный юрист. 2009. № 4; СПС «КонсультантПлюс».

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 27.12.2009) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

ст. 3 Федерального закона от 26.12.1995 № 208 «Об акционерных обществах»¹ (далее – Закон об АО) и п. 3 ст. 3 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО)² предусмотрено, что если несостоятельность (банкротство) общества вызвана действиями (бездействием) его акционеров (участников) или других лиц, которые имеют право давать обязательные для общества указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, то на указанных акционеров (участников) или других лиц в случае недостаточности имущества общества может быть возложена субсидиарная ответственность по его обязательствам. Аналогичные нормы нашли свое закрепление в п. 2 ст. 7 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»³. Кроме того, действующее законодательство устанавливает субсидиарную ответственность основного общества по долгам дочернего в случае несостоятельности (банкротства) последнего по вине основного общества (например, п. 2 ст. 105 ГК РФ, п. 2 ст. 6 Закона об АО)⁴.

Таким образом, применение в мотивировочной части судебных актов в некоторых случаях совокупности указанных норм соответствует положениям п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве, поскольку каждая из этих норм конкретизирует предыдущую, развивает ее положения применительно к отдельным видам юридических лиц и никоим образом не конкурирует с иными применяемыми совместно с ней нормами. Данный вывод подтверждается многочисленными примерами судебной практики⁵.

Условия, необходимые для привлечения виновных лиц к субсидиарной ответственности по долгам должника. Привлечение лиц к субсидиарной ответственности в порядке п. 3 ст. 56 ГК РФ и п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве осуществляется при наличии в их действиях состава гражданского правонарушения, для этого необходимо установление совокупности следующих условий⁶.

а) Надлежащий субъект ответственности. В п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве в редакции Закона № 73-ФЗ законодатель отказался от прежних жестких формулировок, содержащих указание на перечень лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности по долгам должника. В Закон о банкротстве было введено новое понятие – «контролирующее должника лицо». Это понятие благодаря своему универсальному характеру позволяет относить к ответственным по долгам должника лицам практически любых субъектов, главное, чтобы они отвечали тем признакам, которые установлены Законом о банкротстве.

Согласно ст. 2 Закона о банкротстве **контролирующее должника лицо** – это лицо, имеющее либо имевшее в течение менее двух лет принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника, в том числе путем принуждения руководителя или чле-

¹ Об акционерных обществах: Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 03.11.2010) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

² Об обществах с ограниченной ответственностью: Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 27.07.2010) // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

³ О государственных и муниципальных унитарных предприятиях: Федеральный закон от 14.11.2002 № 161-ФЗ (ред. от 02.07.2010) // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

⁴ Постановления Третьего арбитражного апелляционного суда от 09.02.2009 и от 02.09.2009 по делу № А33-1695/2007 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 25.08.2010 по делу № А10-4461/2009 и от 09.12.2009 по делу № А33-1695/2007, ФАС Волго-Вятского округа от 09.07.2010 по делу № А11-11001/2009, ФАС Уральского округа от 13.09.2010 по делу № А50-38553/2009, ФАС Московского округа от 01.02.2010 по делу № А40-94681/08-88-249, ФАС Дальневосточного округа от 07.09.2010 по делу № А16-636/2009, ФАС Поволжского округа от 23.07.2009 по делу № А65-26041/2008, ФАС Центрального округа от 27.02.2009 по делу № А64-2152/07-20 и т. д. // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См., например: Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 01.04.2010 по делу № А33-14070/2009; ФАС Уральского округа от 24.09.2009 по делу № А50-582/2009, ФАС Центрального округа от 05.08.2009 по делу № А64-6424/08-21, ФАС Московского округа от 30.09.2009 по делу № А41-7304/09, ФАС Северо-Кавказского округа от 02.03.2006 по делу № А32-10895/2005-46/120 и т. д. // СПС «КонсультантПлюс».

нов органов управления должника либо оказания определяющего влияния на руководителя или членов органов управления должника иным образом. В частности, контролирующим должника лицом могут быть признаны члены ликвидационной комиссии, лицо, которое в силу полномочия, основанного на доверенности, нормативном правовом акте могло совершать сделки от имени должника, лицо, которое имело право распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью.

В соответствии с абз. 2 п. 3 ст. 56 ГК РФ к числу ответственных лиц относятся также учредители (участники) юридического лица, собственник имущества юридического лица или другие лица, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия. На основании п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ (далее – постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 6/8) к числу лиц, на которые может быть возложена субсидиарная ответственность по обязательствам признанного несостоятельным (банкротом) юридического лица, относятся, в частности, лицо, имеющее в собственности или доверительном управлении контрольный пакет акций акционерного общества, собственник имущества унитарного предприятия, давший обязательные для него указания, и т. п.

Кроме того, в качестве контролирующих должника лиц могут выступать члены органов управления должника, например, члены совета директоров (наблюдательного совета), единоличный исполнительный орган (директор, генеральный директор), временный единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа (правления, дирекции), управляющая организация или управляющий, а также другие субъекты, главное, чтобы в результате их действий или обязательных указаний наступило банкротство должника.

Как показывает судебная практика, в преобладающем большинстве случаев требования предъявляются либо к собственнику имущества, переданного в хозяйственное ведение государственного (муниципального) унитарного предприятия, либо бывшему руководителю юридического лица.

б) Факт несостоятельности (банкротства) должника. В соответствии со ст. 2 Закона о банкротстве несостоятельность (банкротство) – это признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей.

Если с требованиями о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности по долгам должника обращается конкурсный управляющий, то в отношении должника суд должен вынести решение о признании его банкротом и об открытии конкурсного производства. В ситуации, когда заявителем выступает кредитор или уполномоченный орган должника, конкурсное производство в отношении должника должно быть завершено на основании определения арбитражного суда, и такие требования предъявляются уже вне рамок дела о банкротстве.

в) Недостаточность имущества должника для расчетов с кредиторами, которая в силу ст. 2 Закона о банкротстве определяется как превышение размера денежных обязательств и обязанностей по уплате обязательных платежей должника над стоимостью имущества (активов) должника.

Спецификой гражданско-правовой субсидиарной ответственности (п. 1 ст. 399 ГК РФ) является ее дополнительный характер, т. е. она наступает только в том случае, если основной должник не может за счет собственных средств в полном объеме удовлетворить требования кредиторов. Применительно к п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве действует аналогичное правило, поэтому размер субсидиарной от-

³ О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 // Бюллетень ВС РФ. 1996. № 9; Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

ветственности (п. 6 ст. 10 Закона о банкротстве) определяется исходя из разницы между размером требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, и денежными средствами, вырученными от продажи имущества должника или замещения активов организации должника.

Из определения размера субсидиарной ответственности в отношениях несостоятельности следует, что конкурсный управляющий должен сначала выявить конкурсную массу, реализовать ее, получить средства от продажи, и только после этого (в случае недостаточности имущества должника для расчетов со всеми кредиторами должника) обратиться в суд к контролирующим должника лицам о привлечении их в субсидиарном порядке к ответственности по долгам должника.

г) Действия контролирующих должника лиц, выразившиеся в даче обязательных для должника указаний или реализация ими иным образом возможности определять его действия. В соответствии со ст. 2 Закона о банкротстве учету подлежат только те действия, которые имели место в течение менее чем двух лет до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом. В результате действий лиц, несущих субсидиарную ответственность по долгам должника, должнику причиняются убытки, которые в свою очередь влияют на размер требований кредиторов, чьи требования остаются неудовлетворенным из-за недостаточности имущества должника.

Необходимо особо отметить, что в п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве речь идет исключительно о действиях или указаниях контролирующих должника лиц, поэтому возложение на них ответственности за бездействие исключается¹. Вместе с тем в судебной практике имеют место случаи, когда ответственность по п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве наступала также и за бездействие, но только если на лицо была возложена обязанность действовать определенным образом. В качестве примера можно привести ситуацию, когда собственник создал предприятие, передав ему значительную сумму необеспеченной какими-либо активами задолженности, т. е. уже на момент создания предприятие в результате виновного бездействия собственника отвечало признакам неплатежеспособности².

Наиболее ярко виновные действия контролирующих должника лиц, ставшие затем причиной несостоятельности (банкротства) должника, прослеживаются в делах о привлечении к субсидиарной ответственности бывших руководителей, членов совета директоров и других членов единоличных или коллегиальных органов управления должника.

Как показывает судебная практика³, основаниями для удовлетворения таких требований чаще всего служат следующие обстоятельства:

- заключение ответчиками недействительных крупных сделок, направленных на вывод основных активов должника, что приводит к прекращению основной хозяйственной деятельности должника (постановление ФАС Уральского округа от 24.12.2009 по делу № А50-6656/2009-Г17);
- заключение ответчиком ряда последовательных сделок (купли-продажи векселей, уступки права требования и др.), которые изначально неисполнимы и являются причиной банкротства должника (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 21.01.2010 по делу № А33-836/2007, ФАС Московского округа от 01.04.2009 по делу № А40-41229/07-86-131, Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.02.2010 по делу № А50-17104/2009);
- заключение ответчиком ряда сделок с несуществующими субъектами, что служит основанием для доначисления налога на прибыль и НДС и применения в отношении должника налоговых санкций (штрафов и пени), приводящих в итоге к банкротству должника (постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.07.2010 по делу № А50-42665/2009);

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 13.08.2010 по делу № А10-4885/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.06.2010 по делу № А50-747/2010; Кавелина Н.Ю. Ответственность основного общества при несостоятельности дочернего акционерного общества // Законы России: опыт, анализ. Практика. 2007. № 7; СПС «КонсультантПлюс».

³ СПС «Консультант Плюс».

- заключение ответчиком ряда сделок, исключительно с целью создания задолженности и вывода активов должника, например, принятие в счет погашения долга за дорогостоящее имущество нереального ко взысканию векселя или собственно-го векселя, существенное завышение цен по приобретаемым товарам или услугам (например, более чем в 90 раз), заключение договоров купли-продажи имущества в отсутствие первичных документов, подтверждающих их оплату или фактическое поступление денежных средств на счет должника, а не ответчика (постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 29.04.2010 по делу № А75-8203/2009, решение Арбитражного суда от 11.10.2010 по делу № А33-14789/2009 2о).

В судебной практике⁴ встречаются также случаи, когда в удовлетворении требований о привлечении к субсидиарной ответственности членов единоличных или коллегиальных органов управления должника было отказано. Например, основанием для отказа в удовлетворении подобных требований могли служить следующие обстоятельства:

- заключение кредитных договоров и договоров купли-продажи векселей происходило после формирования кредитных досье, тщательной проверки финансового состояния заемщиков и векселедателей и оценки их кредитоспособности. Покупка векселей и кредитование осуществлялось только после составления соответствующих заключений уполномоченными на это лицами, что свидетельствует об отсутствии виновных действий ответчика в заключении убыточных сделок от имени должника (постановление ФАС Московского округа от 22.03.2010 по делу № А40-30178/09-86-72);

- отсутствие в материалах дела подлинных первичных документов (договоров, актов приема-передачи), подтверждающих, что именно ответчики заключали от имени должника сделки, которые стали причиной банкротства должника (постановление ФАС Московского округа от 14.04.2009 по делу № А40-28269/07-38-101);

- отсутствие доказательств, что причиной банкротства должника явился, например, факт мошенничества ответчика по осуществлению вексельных схем и выдаче необеспеченных кредитов от имени должника (постановление ФАС Московского округа от 31.03.2009 по делу № А41-3613/08), совершение налогового правонарушения ответчиком (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 01.04.2010 по делу № А33-14070/2009, ФАС Центрального округа от 05.04.2010 по делу № А54-2038/2009-С14, Восьмого арбитражного апелляционного суда от 19.05.2010 по делу № А75-6050/2009);

- убыточность деятельности должника задолго до того, как в должность директора вступил ответчик, поскольку и до этого момента имелись значительные краткосрочные обязательства, превышающие размер активов (постановление ФАС Уральского округа от 07.05.2010 по делу № А50-17104/2009);

- заключение от имени должника сделок по рыночным ценам, без нарушения прав и интересов должника, когда причиной банкротства являются другие обстоятельства, не связанные с виновными действиями ответчика (постановления ФАС Поволжского округа от 23.07.2009 по делу № А65-26041/2008, Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.06.2009 по делу № А53-24730/2008);

- заключение предварительного договора купли-продажи недвижимости, поскольку его заключение еще не порождает необходимых правовых последствий (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.02.2010 по делу № А19-14844/09).

В качестве доказательств, подтверждающих виновные действия ответчика по доведению должника до банкротства, могут рассматриваться: анализ финансового состояния должника, составленный арбитражным управляющим, содержащий сведения о состоянии активов должника как до, так и после банкротства, о его хозяйственной деятельности и возможных причинах банкротства; бухгалтерский баланс должника, подтверждающий, что после совершения в отношении должника тех или иных действий или указаний контролирующих должника лиц его финансовое состояние резко ухудшилось; отчеты о прибыли и убытках; первичные учетные документы, подтверждающие заключение сделок на крайне невыгодных условиях, например, без их реальной оплаты или оплаченные недействительными,

⁴ СПС «КонсультантПлюс».

несуществующими или изначально неисполнимыми векселями; экспертиза, например, на предмет наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства; оценка стоимости чистых активов; аудиторское заключение; заключение арбитражного управляющего о наличии (отсутствии) признаков преднамеренного и фиктивного банкротства; сведения о дебиторской и кредиторской задолженности с подтверждающими размер первичными документами; решения (распоряжения, постановления) об изъятии имущества или о передаче имущества из хозяйственного ведения собственнику и т. д.

д) Причинно-следственная связь между действиями контролирующих должника лиц, в результате которых должнику были причинены убытки, и фактом банкротства должника.

Как показывает судебно-арбитражная практика, чаще всего основанием для отказа в удовлетворении требований о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности служит именно недоказанность причинно-следственной связи между действиями должника и доведением должника до банкротства¹. Например, об отсутствии причинно-следственной связи между действиями собственника государственного (муниципального) унитарного предприятия по изъятию имущества из хозяйственного ведения предприятия и его последующим банкротством могут свидетельствовать такие обстоятельства:

- продолжение осуществления деятельности предприятием и после изъятия у него имущества, даже если оно было осуществлено неправомерно (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 13.08.2010 по делу № А10-4885/2009 и от 02.08.2010 по делу № А78-1484/2010, ФАС Московского округа от 27.05.2010 по делу № А41-21633/09, ФАС Волго-Вятского округа от 03.03.2010 по делу № А29-1419/2009, третьего арбитражного апелляционного суда от 20.11.2009 по делу № А33-3352/2009);

- правомерность изъятия у предприятия переданного имущества, например, если право хозяйственного ведения на недвижимое имущество так и не возникло ввиду отсутствия его государственной регистрации или изъятие произведено на основании заявления самого предприятия в связи с невозможностью дальнейшего рационального использования или содержания имущества (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 20.10.2009 по делу № А33-3228/09 и от 07.02.2008 по делу № А33-5868/07, ФАС Поволжского округа от 15.07.2009 по делу № А55-16733/2008, ФАС Уральского округа от 15.04.2010 по делу № А76-14025/2009-20-210, ФАС Центрального округа от 26.01.2010 по делу № А14-4510-2009/11/27, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.07.2009 по делу № А42-5486/2008);

- изъятые имущество не выбывало из фактического пользования предприятия, поскольку передано ему на праве безвозмездного пользования (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 24.09.2009 по делу № А19-6849/09, ФАС Западно-Сибирского округа от 03.11.2009 по делу № А45-3021/2009, ФАС Дальневосточного округа от 02.09.2009 по делу № А73-359/2009, Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.09.2009 по делу № А50П-281/2009, Шестого арбитражного апелляционного суда от 05.07.2010 по делу № А16-636/2009);

- изъятые имущество в соответствии с действующим законодательством не подлежит включению в конкурсную массу или является неликвидным, поэтому его изъятие не повлияло на общий размер задолженности перед кредиторами (постановления ФАС Северо-Западного округа от 26.01.2010 по делу № А26-5685/2009, ФАС Поволжского округа от 19.06.2009 по делу № А55-13192/2008, ФАС Уральского округа от 03.11.2009 по делу № А50-3826/2009-Г06);

- изъятие имущества произведено после возбуждения в отношении должника процедур банкротства (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от

¹ Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 10.09.2009 по делу № А19-7047/09, от 17.04.2008 по делу № А10-1651/07-14, от 11.12.2008 по делу № А10-565/08, ФАС Северо-Западного округа от 22.07.2010 по делу № А66-13030/2009, ФАС Поволжского округа от 27.04.2010 по делу А12-17051/2009, ФАС Уральского округа от 07.12.2009 по делу № А60-7041/2009-С11, ФАС Московского округа от 02.08.2010 по делу № А41-20625/09, Третьего арбитражного апелляционного суда от 20.04.2009 по делу № А33-12049/2008 и др. // СПС «Консультант-Плюс».

15.12.2009 по делу № А69-1548/2009, ФАС Дальневосточного округа от 11.06.2010 по делу № А73-17331/2009);

- наступление банкротства вследствие других причин, например, неэффективной деятельности самого предприятия, сокращения рынка сбыта, неэффективного использования основных средств, реализации продукции по низким ценам и т. п. (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.02.2010 по делу № А10-1562/2009, ФАС Уральского округа от 26.05.2010 по делу № А50-29301/2009, ФАС Дальневосточного округа от 21.10.2009 по делу № А73-14475/2008, ФАС Волго-Вятского округа от 12.10.2009 по делу № А28-1988/2009);

- наличие признаков несостоятельности (банкротства) и до изъятия имущества собственником предприятия (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 25.08.2010 по делу № А10-4461/2009 и от 07.02.2008 по делу № А33-5868/07, ФАС Северо-Западного округа от 23.12.2009 по делу № А42-5855/2007, ФАС Поволжского округа от 25.06.2010 по делу № А72-17829/2009, ФАС Центрального округа от 09.06.2010 по делу № А48-6239/2009, ФАС Московского округа от 02.06.2009 по делу № А51-13158/2007);

- действия собственника, направленные на стабилизацию финансового положения должника в виде предоставленных субсидий, дотаций или иной помощи (постановления ФАС Уральского округа от 11.08.2010 по делу № А34-6866/2009, Четвертого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2009 по делу № А10-1562/2009).

Как правило, данные обстоятельства в качестве основания для отказа в удовлетворении заявленных требований указываются в совокупности. Нередко в качестве дополнительного аргумента содержится ссылка на то, что анализ финансового состояния должника показывает отсутствие признаков преднамеренного и фиктивного банкротства. Однако вряд ли этот довод может служить самостоятельным основанием для отказа в иске, что подтверждается судебной практикой¹.

И наоборот, доказанность того, что в результате неправомерного изъятия из хозяйственного ведения предприятия имущества оно вынуждено было прекратить осуществление своей уставной деятельности, что стало затем причиной его банкротства, является достаточным доказательством виновных действий собственника и наличия причинно-следственной связи между его действиями и банкротством предприятия².

е) Вина. Общее правило о том, что лицо может быть привлечено к гражданско-правовой ответственности только при наличии его вины, закреплено в п. 1 ст. 401 ГК РФ, согласно которому лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

При этом лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

В отношении лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, закреплено иное правило. В соответствии с п. 3 ст. 401 ГК РФ данные субъекты несут ответственность независимо от вины, поэтому основанием, освобождающим их от ответственности, может служить лишь непреодолимая сила, т. е. чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства.

В то же время судебная практика исходит из того, что для наступления субсидиарной ответственности необходимо устанавливать вину ответчика в доведении должника до банкротства. Данный вывод вытекает из п. 4 ст. 10 Закона о банкрот-

¹ См.: Постановления ФАС Поволжского округа от 17.11.2009 по делу № А72-2619/2009, ФАС Дальневосточного округа от 07.05.2010 по делу № А51-10607/2009, ФАС Центрального округа от 30.01.2009 по делу № А48-4134/07-12, Седьмого арбитражного апелляционного суда от 04.06.2009 по делу № А45-19800/2008-51/340 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Постановления ФАС Северо-Западного округа от 23.11.2009 по делу № А52-798/2008, ФАС Поволжского округа от 17.02.2010 по делу № А57-2320/2009 и от 16.07.2009 по делу № А12-3308/07, ФАС Уральского округа от 08.06.2010 по делу № А07-15413/2009, ФАС Волго-Вятского округа от 27.07.2009 по делу № А28-2054/2009-67/13 // СПС «КонсультантПлюс».

стве, п. 3 ст. 56 ГК РФ, п. 3 ст. 3 Законов об АО и ООО, а также п. 22 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 6/8, в которых указывается, что при разрешении споров, связанных с ответственностью учредителей (участников) юридического лица, признанного несостоятельным (банкротом), собственника его имущества или других лиц, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия (абз. 2 п. 3 ст. 56 ГК РФ), суд должен учитывать, что указанные лица могут быть привлечены к субсидиарной ответственности лишь в тех случаях, когда несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана их указаниями или иными действиями.

Кроме того, в определении ВАС РФ от 22.10.2009 № ВАС-13743/09 говорится: исходя из смысла п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве следует, что необходимым условием для возложения субсидиарной ответственности по обязательствам должника на учредителя, участника или иных лиц, которые имеют право давать обязательные указания либо имеют возможность иным образом определять его действия, является вина названных лиц в банкротстве должника и бремя доказывания вины ответчика в банкротстве должника возлагается на заявителя.

Вместе с тем в литературе высказано иное мнение, в соответствии с которым новая редакция п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве перераспределяет бремя доказывания вины контролирующих должника лиц, закрепляя презумпцию виновности ответчика¹. Буквальное толкование абз. 2 п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве, в котором говорится о том, что контролирующее должника лицо не отвечает за вред, причиненный имущественным правам кредиторов, если докажет, что действовало добросовестно и разумно, означает, что именно ответчик должен доказать свою невиновность, и, соблюдая должную степень осмотрительности, разумности и заботливости, он принял все зависящие от него меры, направленные на соблюдение прав должника и третьих лиц. Подобные нововведения, внесенные в Закон о банкротстве, направлены как раз на облегчение процедуры привлечения к субсидиарной ответственности лиц, способствовавших наступлению банкротства должника.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПОНЯТИЯ КОММЕРЧЕСКОГО ОБОЗНАЧЕНИЯ ПРЕДПРИЯТИЯ ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

Кочелорова Евгения Сергеевна

Понятие «коммерческое обозначение» в отечественной юридической литературе не было рассмотрено полно и однозначно. Например, Е.А. Суханов² и Г.Е. Авилов³ говорили о коммерческом обозначении как о применяемом в деятельности предпринимателя наименовании, которое не зарегистрировано, общеизвестно и охраняется без регистрации.

¹ См.: Кнутова В. Судебная практика по привлечению к ответственности должника // Банкротство. Теория и практика. 2010. № 1. С. 33; Пестриков В. Субсидиарная ответственность учредителей (участников) и руководителей должника при банкротстве // Корпоративный юрист. 2009. № 4; Кузьмишин А. Ответственность за вред, причиненный компании контролирующим ее лицом: новые тенденции // Корпоративный юрист. 2009. № 10; Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»» // СПС «КонсультантПлюс».

² Суханов Е.А. Комментарий части второй Гражданского кодекса для предпринимателей. М., 1996. С. 247.

³ Авилов Г.Е. Коммерческая концессия (глава 54) // Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 553.

Рассматривая договор коммерческой концессии, Е.Н. Васильева¹ под коммерческим обозначением понимает именно средство индивидуализации самого правообладателя как субъекта предпринимательской деятельности, поскольку оно может использоваться как одновременно с фирменным наименованием, так и вместо него, по определению договора в ст. 1027 ГК.

А. Н. Гув² приходит к выводу, что коммерческое обозначение – это дополнительные средства индивидуализации юридического лица, которые: 1) являются символом в части эмблемы; 2) применяются систематически; 3) широко известны; 4) охраняются без регистрации.

Некоторые авторы предполагают, что коммерческое обозначение – это заместитель фирменного наименования у индивидуального предпринимателя.

Интересную точку зрения высказывали некоторые исследователи в связи с отсутствием в законодательстве определения «коммерческое обозначение». Они пришли к заключению, что такая правовая категория вообще не существует. Например, О.Н. Садиков в Постатейном комментарии к ГК РФ говорит о том, что коммерческое обозначение не включено действующим законодательством в число объектов исключительных прав и, следовательно, в соответствии со ст. 138 ГК РФ в России не охраняется³.

Коммерческим обозначением является то, что мы, потребители, встречаем на каждом шагу, считает В.Ю. Бузанов: оригинальные (и не очень) названия магазинов, кафе, ресторанов, гостиниц, фирменные заставки телеканалов, позывные радиостанций и т. д. Одним словом, коммерческое обозначение – это то, что так или иначе символизирует предпринимательскую деятельность хозяйствующего субъекта или, выражаясь языком ГК РФ, его предприятия⁴. Мы можем согласиться с этим мнением. Тем более что российскому законодательству давно уже известна индивидуализация предприятия как *sui generis* – морских судов. Так, в соответствии со ст. 20 КТМ РФ индивидуализация судна осуществляется через его собственное название.

Что же такое коммерческое обозначение по российскому законодательству?

Коммерческое обозначение представляет собой охраняемое без специальной регистрации обозначение, используемое правообладателем для индивидуализации торгового, промышленного или иного предприятия. Коммерческое обозначение может использоваться для индивидуализации одного или нескольких предприятий правообладателя (п. 2 ст. 1538 ГК РФ).

Анализируя ст. ст. 1538, 1539 четвертой части ГК РФ, можно выделить признаки рассматриваемого средства индивидуализации. Как отмечает А.П. Рабец, признаки коммерческого обозначения «обуславливаются основным назначением данного символа – индивидуализировать предприятие и выделять его из числа подобных объектов, принадлежащих разным хозяйствующим субъектам»⁵.

Перечислим признаки коммерческого обозначения:

- 1) условное обозначение, которое является прежде всего словесным, но при этом может включать в себя и изобразительные элементы⁶;
- 2) новизна, которая выражается в отличии коммерческих обозначений от охраняемых средств индивидуализации, вошедших в торговый оборот, права на которые принадлежат другим лицам⁷;

⁴ Васильева Е.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии по российскому праву : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 92.

⁵ Гув А.Н. Постатейный комментарий к части II ГК РФ, не вошедший в часть I и II ГК РФ. М., 2000. С. 175.

¹ Садиков О.Н. Постатейный комментарий к ГК РФ. Часть II. М., 2003. С. 735.

² Бузанов В.Ю. Интеллектуальная собственность на коммерческое обозначение // Хозяйство и право. 2006. № 12. С. 77.

³ Рабец А.П. Правовая охрана коммерческих обозначений: новеллы законодательства // Право и экономика. № 6. 2007. С. 67.

⁶ См.: Дмитриев В.А. Интеллектуальная собственность. М. : Изд-во «Статут», 2004. С. 18; Белова Д. А. Правовая охрана фирменных наименований и коммерческих обозначений в РФ : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 18.

⁷ Бузанов В.Ю. Указ. соч. С. 78.

3) различительная способность, т. е. неповторимость коммерческого обозначения¹;

4) известность коммерческого обозначения в пределах определенной территории².

Рассмотрим данные признаки более подробно.

Условное обозначение означает, что коммерческое обозначение служит определенным символом, индивидуализирующим внешнее проявление имущественного комплекса как объекта права и позволяющим третьим лицам идентифицировать указанный объект в коммерческом обороте. При этом охраняются не любые условные обозначения, а символы, используемые в предпринимательской деятельности и имеющие отношение к коммерции³.

Признак новизны вытекает из п. 2 ст. 1539 ГК, согласно которому не допускается использование коммерческого обозначения, способного ввести в заблуждение относительно принадлежности предприятия определенному лицу, в частности обозначения, сходного до степени смешения с фирменным наименованием, товарным знаком или защищенным исключительным правом коммерческим обозначением, принадлежащим другому лицу, у которого соответствующее исключительное право возникло ранее.

Говоря другими словами, под новизной нужно понимать отличие коммерческих обозначений от других охраняемых средств индивидуализации, вошедших в торговый оборот. Однако не всё так просто, как кажется на первый взгляд. А.П. Рабец справедливо отмечает, что критерий новизны имеет свою специфику, которая выражается в следующем:

1) требуется сопоставить коммерческое обозначение со средствами индивидуализации на территории РФ, принадлежащими другим лицам;

2) исключительное право на коммерческое обозначение должно возникнуть раньше, чем исключительные права на средства индивидуализации, принадлежащие другим лицам;

3) отсутствуют другие средства индивидуализации, не только идентичные коммерческому обозначению, но и сходные, т. е. совпадающие с ним лишь частично⁴.

Таким образом, если в торговый оборот вводится обозначение, тождественное уже существующему и известному в пределах определенной территории коммерческому обозначению, то о новизне такого обозначения и речи идти не может. Более того, такое обозначение лишается охраны со стороны государства. Поэтому признак новизны является неотъемлемым элементом коммерческого обозначения.

Однако нормативные акты могут содержать ограничения, касающиеся содержания коммерческого обозначения. Например, юридическое лицо не вправе использовать в своем наименовании (коммерческом обозначении) слова «банк», «кредитная организация», поскольку такое право имеют только организации, обладающие лицензией на осуществление банковской деятельности (ст. 7 ФЗ «О банках и банковской деятельности» № 395-1 от 2 декабря 1990 г. (с последующим изм. и доп.)⁵ и разъяснения, данные постановлением Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П)⁶. Кроме того, использовать в своем коммерческом обозначении словосочетание «паевой инвестиционный фонд» также запрещается, поскольку такое право имеет только управляющая компания паевого инвестиционного фонда, привлекающая денежные средства и иное имущество. Этот запрет установлен абз. 2 п. 2 ст. 10 ФЗ «Об инвестиционных фондах» № 156-ФЗ от 29 ноября 2001 г. (в ред.).

¹ См.: Зуйкова Л. Коммерческое обозначение в части четвертой ГК РФ // Новая бухгалтерия. 2007. № 8. С. 27.

² См.: Городов О.А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. СПб., 1999. С. 123.

³ См.: Рабец А.П. Указ. соч. С. 68.

⁴ Рабец А.П. Указ. соч. С. 69.

⁵ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

⁶ СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1254.

Третьим признаком коммерческого обозначения является его различительная способность, однако законодательством критерии «различимости» не установлены, и в этом мы видим существенную недоработку закона. А поскольку в п. 2 ст. 1539 ГК РФ закреплено основание для наступления ответственности за незаконное использование коммерческого обозначения как его сходство «до степени смешения с фирменным наименованием, товарным знаком или защищенным исключительным правом коммерческим обозначением», принадлежащим другому лицу, то проблема установления содержания понятия «различительная способность» встает более остро. В законодательстве разъясняется только, то, что подразумевается под различительной способностью обозначений, регистрируемых в качестве товарных знаков (п. 2.3.1 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания)¹.

Под «различительной способностью» следует понимать способность вызвать у третьих лиц ассоциативные образы, необходимые и достаточные для индивидуализации предприятия как имущественного комплекса. С проблемой «различимости» суды уже столкнулись ранее – при рассмотрении споров о товарных знаках и знаках обслуживания. Учитывая сходство ситуаций, можно предположить, что судебная практика в отношении коммерческих обозначений пойдет по тому же пути.

Как следует из ч. 1 ст. 1539 ГК РФ, обязательным условием возникновения права на коммерческое обозначение является известность в пределах определенной территории, которая будет **четвертым признаком** коммерческого обозначения.

Считаем целесообразным дать понятие таким категориям, как «известность» и «общеизвестность».

Под «общеизвестностью» следует понимать известность на территории всего государства – на территории всей Российской Федерации. Это определение находит своё подтверждение в п. 1.1 Правил признания товарного знака общеизвестным в РФ, утвержденных приказом Роспатента от 17.03.2000 г. № 38². Отталкиваясь от такого понимания «общеизвестности», мы приходим к выводу, что «известность» (наличие сведений о коммерческом обозначении правообладателя, о котором знают другие участники коммерческого оборота)³ ограничена определенной территорией (муниципального образования, субъекта РФ или даже территорией нескольких субъектов РФ).

Как мы видим, законодатель в ч. 1 ст. 1539 ГК РФ употребляет понятие «известность». Следовательно, для того чтобы право на коммерческое обозначение возникло, достаточно будет приобрести известность в пределах определенной территории.

Рассмотренные нами признаки коммерческого обозначения предприятия позволяют нам сделать вывод, что рассматриваемое средство индивидуализации используется как способ привлечения внимания потребителей к своему предприятию и производимой им продукции либо оказываемым услугам или выполняемым работам. т. е. коммерческое обозначение рекламирует предприятие. Возникает вопрос – можно ли коммерческое обозначение предприятия рассматривать в качестве рекламы?

На основании пп. 5–9 п. 2 ст. 2 ФЗ «О рекламе» от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ⁴ не совсем ясно, можно ли считать коммерческое обозначение рекламной информацией.

Согласно п. 18 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законо-

¹ Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания : утв. Приказом Роспатента от 05.03.2003 № 32 // Российская газета. 2003. 3 апр.

² Правила признания товарного знака общеизвестным в РФ : утв. Приказом Роспатента от 17.03.2000 № 38 // Российская газета. 2000. 7 июня.

³ См.: Преснякова е. в. Коммерческие обозначения // Торговля: бухгалтерский учет и налогообложение. 2008. № 4. С. 7.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

дательства о рекламе»¹, сведения, распространение которых по форме и содержанию являются для юридического лица обязательными на основании закона или обычая делового оборота, не относятся к рекламной информации независимо от манеры их исполнения на соответствующей вывеске. Однако обладание коммерческим обозначением не является обязательным для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, и на это прямо указывает п. 1 ст. 1538 ГК РФ.

Но если обратиться к другому положению указанного выше информационного письма и к письму Федеральной антимонопольной службы «О разграничении рекламы и иной информации» от 16 марта 2006 г. № АК/3512², то видим, что указание юридическим лицом своего наименования на вывеске (табличке) по месту нахождения преследует иные цели и не может рассматриваться как реклама. То есть речь идет о коммерческом обозначении предприятия.

Таким образом, есть серьезное сходство коммерческого обозначения предприятия и рекламной информации, однако законодательством установлены ограничения на виды рекламы, к которым рассматриваемое средство обозначения не относится.

Подводя итог, можно сказать, что **коммерческое обозначение** индивидуализирует предприятие (торговое, промышленное и др.) любым не противоречащим закону способом, в том числе путем указания на вывесках, бланках, в счетах и на иной документации, в объявлениях и рекламе, на товарах или их упаковках. И его признаками являются условное обозначение, новизна, различительная способность и известность коммерческого обозначения в пределах определенной территории.

Однако законодательство в этой области недостаточно урегулировано, поскольку допускает двусмысленность в толковании некоторых положений, касающихся правового режима коммерческого обозначения предприятия, а также не дает ответы на многие вопросы, которые жизненно необходимы прежде всего владельцам торговых, промышленных и иных предприятий.

ПРИМЕНЕНИЕ ЦЕССИИ КАК СПОСОБ МОДЕРНИЗАЦИИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ СДЕЛОК

Голик Максим Вячеславович

В начале XX в. выдающийся русский цивилист Д.И. Мейер писал: «Вообще все то, что по правилам благоразумия может побудить должника к точному исполнению договора, будучи совместимым с существующими юридическими определениями, может служить к его обеспечению». Так, он относил к способам обеспечения не только залог, поручительство, задаток, но еще и аванс, обязанность должника воздержаться от заключения договоров займа, обращение при разбирательстве спора к посреднику³. В экономической литературе к так называемым нетрадиционным способам обеспечения относят вексель, чек, продажу долгов с дисконтом, лизинг, форфейтинг и даже банкротства.

Современные явления в экономике вынуждают участников гражданского оборота обращаться к новым, нетипичным для классической науки гражданского права способам обеспечения обязательств. Зачастую в Гражданском кодексе данные способы обеспечения обязательств непоименованы, либо в их регулировании имеются значительные недостатки. Одним из них является применение уступки права требования (цессии), предусмотренной гл. 24 ГК РФ.

Статья 824 ГК закрепляет возможность использования в качестве способа обеспечения обязательств договор факторинга. В литературе уже высказывалась точ-

⁵ Вестник ВАС РФ. 1999. № 2.

⁶ СПС «КонсультантПлюс».

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право : в 2 ч. М., 2003. С. 523–526.

ка зрения о том, что нормы ГК об обеспечительном факторинге вполне допустимо по аналогии распространять и на другие случаи уступки права требования¹.

В связи с изложенным представляется необходимым рассмотреть один весьма дискуссионный вопрос – о соотношении договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) и цессии. Рассматривая вопрос о соотношении договора факторинга и сделки по уступке права требования, Л.Ю. Василевская обращает внимание на то, что «основной целью договора факторинга является финансирование, что нашло отражение в самом названии договора, т. е. речь идет о предоставлении денежных средств либо обязательстве фактора представить их клиенту в будущем; цели же уступки могут быть самыми разными – купля-продажа, дарение и т.п.»² Тогда почему автор упускает из виду цель заключения договора факторинга, предусмотренную абз. 2 ч. 1 ст. 824 ГК – обеспечение исполнения обязательств клиента? Согласимся с тем, что цели уступки прав как таковой могут быть самыми разнообразными, но почему уступка, совершаемая по правилам гл. 24 ГК, не может иметь целью обеспечение обязательств?

Здесь следует рассмотреть вопрос о правовой природе уступки права (цессии) как таковой. Большинство авторов сходятся во мнении, что цессия вообще не имеет цели, кроме непосредственно перехода прав, т. е. является абстрактной сделкой³. В некоторых случаях цессия может существовать сама по себе⁴, однако когда мы рассматриваем способы обеспечения обязательств, то говорим об обеспечительных сделках, которые представляют собой договоры, имеющие в своём составе системообразующий компонент – цессию. Таким образом, сравнения и сопоставления цессии и, например, договора факторинга содержат методическую неточность – сравниваются несопоставимые понятия⁵. Сам договор, в который «облекается» цессия, служит для определения характера юридической связи между цессионарием и цедентом⁶. От юридической связи зависит цель договора, а она может быть любая, не противоречащая закону, в том числе и обеспечение исполнения обязательств.

Таким образом, договоры, содержащие в своём составе уступку права требования, могут использоваться для обеспечения обязательств вне зависимости от того, поименована она в законодательстве или нет.

В настоящее время обеспечительная уступка права требования, в том числе и её легальная разновидность – обеспечительный факторинг, не получила ещё широкого распространения. Причины здесь могут быть самыми различными: чрезмерная лаконичность позитивного права; недавнее негативное отношение арбитражной практики к уступке права вообще; невысокая степень добросовестности должников при исполнении обязательств (что делает уступку прав менее привлекательной). Применительно к факторингу мешает неразвитость финансового рынка, экономическое доминирование других видов финансирования и прочее.

По своей природе обеспечительная цессия (в том числе и её легальная разновидность – обеспечительный факторинг) представляет собой уступку права тре-

² См.: Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. С. 86; Чиркова М. Страхования и цессия как способы кредитного обеспечения в России // Хозяйство и право. 1999. № 7. С. 59–60; Сарбаш С.В. Основные черты обеспечительной уступки денежного требования в гражданском праве России // СПС «КонсультантПлюс».

³ Василевская Л.Ю. Факторинг в России и Германии: особенности договорных конструкций // Право и политика. 2003. № 12. С. 43.

⁴ См.: Крашенинников Е.А. Допустимость уступки требования // Хозяйство и право. 2000. № 8. С. 79–80; Белов В.А. Гражданское право: Общая часть : учебник. М. : Центр ЮриИнфоР, 2002. С. 239.

⁵ Цессию в «чистом виде» представляют собой абстрактные сделки, которые смогут облекаться в форму ценных бумаг, например векселя, который, как известно, содержит простое и ничем не обусловленное предложение (или обещание) уплатить определённую денежную сумму (прим. Автора).

⁶ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. Кн. 5. Том 1 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения // СПС «КонсультантПлюс».

бования, осложнённую выполнением обеспечительной функции. Е.Г. Комиссарова и Д.А. Торкин следующим образом характеризуют существо рассматриваемого обеспечения: «... На период исполнения основного обязательства клиент предоставляет финансовому агенту возможность «побить» кредитором по отношению к должнику клиента (цедента). В случае надлежащего исполнения основного обязательства, согласно обеспечительному договору, финансовый агент возвращает клиенту право требования. При неисправности клиента финансовый агент получает возможность удовлетворить свой интерес за счёт прав, переданных в порядке обеспечительной цессии»¹.

Широкому применению данного способа обеспечения обязательств, как уже говорилось, препятствует ряд проблем, вызванных неоднозначным или недостаточным правовым регулированием.

Так, проблемой является уже сама необходимость обратной уступки прав, обусловленная спецификой обеспечительной цессии. Как и в случае с некоторыми другими непоименованными способами обеспечения обязательств, должник рискует не получить обратно переданные в обеспечение основного обязательства блага – в данном случае право требования. В соответствии с п. 4 ст. 429 и ст. 190 ГК РФ обратная уступка прав, заключённая под условием, недопустима. Соответственно условие договора об обратной уступке прав не позволяет заёмщику понудить займодавца заключить договор возвратной цессии. Единственное, что остаётся заёмщику, это обратиться в суд с иском о возмещении убытков в связи с неисполнением договора.

Вторым препятствием на пути широкого применения обеспечительной цессии является возможность преждевременного использования недобросовестным цессионарием (кредитором) прав, полученных в обеспечение основного обязательства. Указывая на данное обстоятельство, М. Чиркова говорит о доверительности отношений между цедентом и цессионарием², А.В. Вошатко даже называет обеспечительный факторинг фидуциарной цессией³. Должнику остаётся только надеяться, что кредитор не воспользуется уступленным правом до истечения срока основного обязательства и в случае исправности должника добровольно возвратит переданные средства. В литературе вполне справедливо делается замечание о положении должника, которое в этой ситуации является слишком уязвимым для того, чтобы обеспечительная уступка стала привлекательным правовым инструментом⁴.

Б.М. Гонгало сделал попытку исправить ситуацию, предложив считать обеспечительный факторинг своеобразным залогом прав клиента к должнику. Действительно, при заключении договора залога право на заложенное имущество не переходит к залогодержателю без нарушения основного обязательства и, соответственно, отсутствует проблема доверительности отношений между ним и залогодателем (в нашем случае между клиентом и финансовым агентом). В литературе в целом поддерживается идея перехода права требования только после нарушения⁵, но указывается на отсутствие нормативного обоснования квалификации обеспечительного факторинга как договора залога. Взамен предлагается использовать конструкцию уступки права требования под отлагательным условием, где основанием для перехода прав будет не сама эта сделка, а отлагательное условие (её основание).

По итогам проведённого исследования представляется возможным сделать некоторые выводы:

⁶ Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А. Указ. соч. С. 87.

¹ Чиркова М. Страхование и цессия как способы кредитного обеспечения в России // Хозяйство и право. 1999. № 7. С. 59.

² Рецензия А.В. Вошатко на кн.: Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств (М.: Статут, 2002) // Правоведение. 2004. № 1. С. 258–260.

³ См.: Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А. Указ. соч. С. 87.

⁴ См.: Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М.: Статут, 2000. С. 21; Суханов Е.А. Факторинг – новый договор в российском законодательстве // Законодательство. 1997. № 6. С. 11.

1. Представляя по своей природе абстрактную сделку, цессия может включаться в состав любых договоров независимо от их цели.

2. Договоры, содержащие в своём составе цессию, могут служить в том числе и способами обеспечения обязательств.

3. Существующие положения ГК РФ позволяют сконструировать достаточно безопасный для должника договор обеспечительной уступки прав требования.

ДОГОВОР АРЕНДЫ ЛЕСНОГО УЧАСТКА КАК МОДЕРНИЗАЦИЯ ДОГОВОРНОЙ ФОРМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЛЕСОВ

Бурносенко Михаил Валерьевич

В настоящее время одной из ключевых договорных форм использования лесов является договор аренды лесного участка. Договор аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, регулируется ст. ст. 72–74 Лесного кодекса Российской Федерации (далее – ЛК РФ), а также рядом других норм ЛК РФ и Постановлением Правительства РФ от 28 мая 2007 г. № 324¹, утвердившим Правила подготовки и заключения договора аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, и форму примерного договора аренды лесного участка (далее – Правила), кроме того, к договору аренды лесного участка применяются положения об аренде, предусмотренные Гражданским кодексом Российской Федерации, если иное не установлено Лесным кодексом (ч. 3 ст. 71 Лесного кодекса РФ).

Таким образом, исходя из анализа названных правовых норм одной из основных особенностей данного договора, которая вносит отличия в правовую сущность этой конструкции (в сравнении, к примеру, с договорами аренды зданий, сооружений и земельных участков), является смешанное правовое регулирование одновременно с помощью трех отраслей законодательства – лесного, гражданского и земельного (аренда земельных участков в сравнении с рассматриваемым видом аренды регулируется только двумя отраслями законодательства: гражданским и земельным). Данный факт объясняется тем, что аренда является гражданской конструкцией². При этом гражданское законодательство устанавливает общие принципы, на которых должен основываться договор аренды лесных участков. Лесное же законодательство наполняет содержание данного договора положениями, учитывающими особенности арендуемого имущества. Земельное законодательство налагает определенные ограничения по видам использования арендуемых лесных участков, исходя из их нахождения на различных категориях земель.

Договор аренды лесного участка имеет особую правовую конструкцию, которая проявляется в том, что объект договора имеет две составляющие: земельный участок и лесные насаждения (лесной участок). Фактически правоотношения по договору аренды лесных участков складываются по поводу потребления лесных ресурсов и приобретения права собственности на них, в то время как объектом договора аренды в его традиционном понимании могут быть только непотребляемые вещи. Принимая во внимание этот факт, термин «аренда» в данном случае не совсем точен, и многие ученые, например Е.Н. Пугач, считают, что такой договор следует рассматривать как договор лесопользования³. Мы придерживаемся иной позиции и считаем, что в аренду передается лишь земельный участок, а лесные

¹ Постановление Правительства РФ от 28 мая 2007 г. № 324 // СЗ РФ. 2007. № 23. С. 2793

² См.: Скрёбкова О.П. Договор аренды земельных участков : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. С. 225.

³ Пугач Е.Н. Правовое обеспечение охраны лесов (на примере Вологодской области) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 176

насаждения передаются в собственность арендатора, поэтому договор целесообразнее именовать как договор аренды лесного участка. В этом и проявляется отличительная сторона данного договора.

Нередко в юридической литературе понятие «предмет договора» отождествляют с понятием «объект договора»¹. Полагаем, что такое суждение не совсем верно, и целесообразнее придерживаться позиции, когда предметом договора все же будут не только передаваемое по нему имущество, но и действия, которые должны совершить стороны относительно объекта договора, поскольку предмет отражает существо обязательства. В связи с этим для более полного понимания смысла договора аренды лесного участка его предмет следует разделять на объект первого рода (соответствующие действия обязанных лиц) и второго рода (имущество, которое в результате таких действий предоставляется во владение и пользование арендатора, а по окончании срока аренды возвращается арендодателю), как это предлагают сделать представители цивилистической доктрины М.И. Брагинский и В.В. Витрянский², О.С. Иоффе³, М.М. Агарков⁴. В случае же с арендой лесных участков, по нашему мнению, в роли объекта первого рода выступают действия арендодателя по передаче во временное владение и пользование лесного участка, арендатора по уплате арендной платы и возврате лесного участка, а в роли объекта второго рода – сам лесной участок.

Специфика данного договора обусловливается еще и тем, что договором осуществляется правовая регламентация такого объекта, как «лесной участок». Статья 7 ЛК РФ «лесной участок» определяет как «земельный участок, границы которого устанавливаются в соответствии со ст. ст. 67, 69 и 92 настоящего Кодекса». Другого определения не дано, а предложенное определение понятия «лесной участок» напрямую относит его к сфере действия земельного законодательства, что приводит к ограничению сферы действия лесного законодательства и замене его земельным законодательством, в соответствии с которым определяются и формы собственности на лесные участки в составе земель иных категорий.

Чтобы не допустить в дальнейшем возникновение противоречий при определении понятия и сущности договора, необходимо выделить признаки лесного участка: во-первых, нужно отметить, что было введено понятие «лесной участок». Правда, само понятие ЛК РФ не раскрывает, как было сказано выше, указывая лишь на признаки, соответствие которым дает основание признать земельный участок лесным участком:

- часть земной поверхности, границы которой определены в соответствии с федеральными законами;
- он расположен на землях лесного фонда или на землях других категорий, на которых расположены леса (обороны и безопасности, поселений, особо охраняемых природных территорий);
- в отношении его проведено лесоустройство в порядке, установленном Правительством РФ, и осуществлено проектирование (подготовка проектной документации о местоположении, границах, площади и об иных количественных и качественных характеристиках лесного участка) по правилам ст. 69 ЛК РФ;
- образуется при разделе, объединении, перераспределении земельных участков или выделе из земельных участков.

В настоящее время лесные участки не могут быть признаны объектами недвижимости в соответствии со ст. 130 Гражданского кодекса РФ⁵ (далее ГК РФ), так как леса и многолетние насаждения были исключены из перечня объектов недвижимости Федеральным законом от 4 декабря 2006 г. № 201-ФЗ «О введении в дей-

¹ См.: Кокоева Л.Т. Основные проблемы гражданско-правового регулирования арендных отношений : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2004. С. 452.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о передаче имущества. Кн. 1. 3-е изд. М. : Статут, 2001. С. 139.

³ Иоффе О.С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л. : Изд-во ЛГУ, 1949. С. 76.

⁴ Агарков М.М. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л. : Изд-во ЛГУ, 1949. С. 45.

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (части первая, вторая, третья, четвертая) // СЗ РФ. 1994. № 32. С. 3301.

стве Лесного кодекса РФ»¹. Оставив без изменения в ст. 130 ГК РФ правое положение земельных участков, относя их к категории недвижимых вещей, законодатель породил правовую неопределенность в отношении лесов, находящихся на земельных участках. Исключенные из состава недвижимых вещей, леса и лесные насаждения имеют спорный правовой статус. В настоящее время некоторые ученые признают их движимыми вещами, и их отношения с земельным участком отдаленно напоминают отношения главной вещи и принадлежности (ст. 135 ГК РФ)².

Решение названной проблемы видится в детальной регламентации правового статуса лесов на законодательном уровне. Данная мера позволит избежать в дальнейшем злоупотреблений с использованием, владением и реализацией лесов.

Далее, ЛК РФ ввел ряд новых положений, регулирующих вещные права на землю. В ст. 8 ЛК РФ установлено, что лесные участки в составе земель лесного фонда находятся в федеральной собственности, однако право собственности на лесные участки на землях других категорий может находиться также и в собственности других субъектов (физических и юридических лиц).

Содержание права собственности на лесные участки определяется в соответствии с гражданским и земельным законодательством с приоритетом последнего. К отношениям по поводу земель лесного фонда можно применить только общие положения ГК РФ о праве собственности. Для регулирования остальных правоотношений применяются гл. III и ст. ст. 40, 42, 43 Земельного кодекса Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ (в ред. от 29 июня 2007 г.) (далее – ЗК РФ)³.

Еще, необходимо сказать об ограниченных вещных правах на лесные участки (ст. 9 ЛК РФ). В ст. 71 ЛК РФ говорится о том, что в постоянное (бессрочное) пользование, безвозмездное срочное пользование лесные участки предоставляются в порядке, предусмотренном земельным законодательством. Право постоянного (бессрочного) пользования регулируется ст. 20 ЗК РФ и ст. ст. 216, 268, 269 ГК РФ. Согласно постановлению Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства» нормы земельного законодательства как специальные имеют приоритет при регулировании земельных правоотношений⁴. Федеральным законом от 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части приведения их в соответствие с Земельным кодексом Российской Федерации»⁵ некоторые законодательные акты были приведены в соответствие с Земельным кодексом, в том числе и положения частей 1 и 2 Гражданского кодекса РФ (гл. 17, § 7 гл. 30, § 4 гл. 34). Например, ст. 268 ГК РФ полностью повторяет по содержанию ст. 20 ЗК РФ. Таким образом, лесные участки, как и другие земельные участки, на праве постоянного (бессрочного) пользования предоставляются только государственным и муниципальным учреждениям, казенным предприятиям (в том числе муниципальным), а также органам государственной власти и органам местного самоуправления. ГК РФ к данным правоотношениям не применяется, поскольку ЗК РФ полностью регулирует их своими нормами. Но это право может сохраняться у граждан и юридических лиц, поскольку ЛК РФ, как и ЗК РФ, применяется только к правоотношениям, возникшим после введения его в действие, а Лесной кодекс РФ 1997 г. предусматривал предоставление участков лесного фонда физическим и юридическим лицам на данном праве.

Кроме того, следует отметить, что п. 1 ст. 8 ЛК РФ устанавливает исключительное право федеральной государственной собственности на лесной фонд, не допускает передачи части лесного фонда в собственность субъектов РФ, не произ-

⁵ О введении в действие Лесного кодекса РФ: ФЗ РФ от 04.12.2006 №201-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 50. С. 5279.

¹ См.: Ахмадгазизов И.С. Вещные права на Лесные участки по новому лесному кодексу РФ // Бюллетень нотариальной практики. 2007. № 5. С.15 – 18.

² Земельный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 2001. № 44. С. 4147.

³ Постановление Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2005. № 5

⁴ О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части приведения их в соответствие с Земельным кодексом Российской Федерации: ФЗ РФ от 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 141. С. 3213.

водит разграничения государственной собственности на федеральную собственность и собственность субъектов РФ. В ЛК РФ не проведено разграничения прав собственности на земли лесного фонда между Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации и муниципальными образованиями, не содержатся ссылки на нормы законодательства в этой части, которые могли бы быть основой такого разграничения, поэтому вопросы распределения полномочий между указанными субъектами права практически не имеют под собой правовой основы.

В ЛК РФ прямо не говорится о передаче лесных земель и лесных участков в частную собственность и возможности приватизации лесов. Законодатель отказался также от концепции, согласно которой гражданам и юридическим лицам предоставлялось право приобретать в собственность арендуемые лесные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности по истечении 15 лет с момента заключения договора. Несостоятельной была признана юридическая конструкция долгосрочных договоров аренды лесных участков на срок до 99 лет по тому мотиву, что предельные сроки таких договоров должны рассматриваться как завуалированная форма приватизации лесных угодий.

В соответствии с п. 3 ст. 71 ЛК РФ к договору аренды применяются положения об аренде, предусмотренные Гражданским кодексом РФ, если иное не установлено ЛК РФ. Тем самым ЛК РФ устанавливает приоритет норм Лесного кодекса в регулировании арендных отношений. Правительство РФ в Постановлении от 28 мая 2007 г. № 324 утвердило Правила подготовки и заключения договора аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, и форму примерного договора аренды лесного участка¹.

Таким образом, договор аренды лесного участка – это договор, в силу которого арендодатель обязуется предоставить арендатору лесной участок, находящийся в государственной собственности, за плату во временное владение и пользование для осуществления одного или нескольких видов использования лесов, а арендатор обязуется уплачивать арендную плату, использовать лесной участок в соответствии с его целевым назначением и разрешенными видами использования лесов и соблюдать установленные законодательством требования.

С учетом особенностей договора аренды лесного участка можно выделить признаки как общие, так и частные. Перечислим общие признаки, характеризующие данный договор с точки зрения общей характеристики гражданско-правовых особенностей.

Во-первых, договор аренды лесного участка является консенсуальным, поскольку считается заключенным с момента достижения сторонами соглашения по его существенным условиям, а момент вступления договора в силу не связывается с передачей арендованного имущества арендатору. Собственно передача сданного в аренду имущества арендатору представляет собой исполнение заключенного и вступившего в силу договора аренды со стороны арендодателя. Поэтому в случаях, когда момент вступления договора в силу совпадает с фактической передачей арендованного имущества (лесного участка), можно говорить об особом порядке заключения договора аренды и о том, что он исполняется в момент заключения, но не о реальном характере договора.

Во-вторых, данный договор считается возмездным, поскольку арендодатель за исполнение своих обязанностей по передаче имущества во владение и пользование арендатору должен получить от последнего встречное предоставление в виде внесения арендной платы.

В-третьих, договор аренды лесного участка является двусторонним, поскольку каждая из сторон этого договора (арендодатель и арендатор) имеет права и несет обязанности в пользу другой стороны. Более того, в договоре аренды имеют место две встречные обязанности: обязанность арендодателя передать арендатору имущество во владение и пользование и обязанность арендатора вносить арендную плату, которые взаимно обуславливают друг друга.

В-четвертых, данному договору присущи признаки синаллагматического договора. Синаллагматический характер договора аренды лесного участка выражается в том, что арендатор не должен исполнять свои обязанности по внесению

¹ Постановление Правительства РФ от 28 мая 2007 г. № 324 // СЗ РФ. 2007. № 23. С. 2793.

арендной платы до исполнения арендодателем своих обязанностей по передаче ему арендованного имущества.

В-пятых, особенностью рассматриваемого договора является его целевой характер. Виды использования лесов обязательно указываются в заключенном договоре. Данное требование соответствует лесному законодательству (ст. 25 ЛК РФ).

К частным признакам договора аренды лесного участка можно отнести:

а) принадлежность его к категории гражданско-правовых договоров на передачу определенного имущества (лесного участка). Передача данного имущества, осуществляемая арендодателем, не сопровождается переходом права собственности на это имущество к арендатору; последний получает лесной участок лишь во владение и пользование либо только в пользование. То есть арендатор получает возможность не только извлекать полезные свойства из арендованного имущества, но и обладать им, быть его титульным владельцем, если он получает право владения. Данное обстоятельство может служить явным признаком, отличающим договор аренды лесного участка от таких договоров, как, например, купля-продажа, мена. Пользование лесным участком при аренде обязательно сопряжено с его эксплуатацией со стороны арендатора, с присвоением последним плодов, продукции и доходов, полученных в результате использования арендованного имущества. Этим качеством договор аренды лесного участка отличается от договора на оказание возмездных услуг, который может быть сопряжен и с временным использованием имуществом исполнителя со стороны заказчика, интерес которого, однако, сводится к получению услуги как таковой с исключением возможности присвоения плодов, продукции и доходов, которые дает пользование соответствующим имуществом. Наделение арендатора статусом титульного владельца позволяет оптимально решить проблему защиты его прав и законных интересов, связанных с арендованным имуществом. Такая возможность вытекает из ст. 305 ГК, согласно которой права на истребование имущества из чужого незаконного владения (виндикационный иск), а также на защиту прав от нарушений, не связанных с лишением владения (негаторный иск), принадлежат также лицу, хотя и не являющемуся собственником, но владеющему имуществом по основанию, предусмотренному законом или договором. Хотелось бы также отметить, что наделение арендатора статусом титульного владельца позволило законодателю обеспечить его правом следования. Эта идея реализована путем включения в ГК специальной нормы, определяющей судьбу аренды при переходе права собственности на арендованное имущество. Переход права собственности или иного ограниченного вещного права на сданное в аренду имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора аренды (п. 1 ст. 617 ГК).

В юридической науке бытует мнение, согласно которому предоставление арендатору вещно-правовой защиты и признание за правом аренды свойства следования иногда расценивается как основания отнесения этого договора к числу вещно-правовых договоров¹. Считаем, что договор аренды лесного участка в целом сохраняет свою обязательственно – правовую природу. Ведь правоотношение, порождаемое договором аренды, носит не абсолютный, а относительный характер; основным содержанием этого правоотношения являются права и обязанности арендодателя и арендатора по отношению друг к другу, а не ко всем третьим лицам;

б) смешенное правовое регулирование: к договору аренды лесного участка применяются положения об аренде, предусмотренные Гражданским кодексом РФ, если иное не установлено ЛК РФ. В ГК РФ просматривается стремление законодателя обеспечить детальное и непосредственное регулирование договора аренды, а также тех вопросов, которые являются общими как для договора аренды, так и для его отдельных видов. В ч. 4 ст. 71 ЛК РФ установлен приоритет норм Лесного кодекса в регулировании арендных отношений. Таким образом, на договор аренды лесного участка будут распространяться приоритетные нормы, которые заложены в ЛК РФ, а также в субсидиарном порядке будет применяться ГК РФ, подзаконные акты и, как правило, постановления Правительства;

¹ См.: Гражданское право : учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. II. М., 1997. С. 152.

в) диспозитивный характер норм, регулирующих договор аренды лесного участка, действующий в случае, если стороны не урегулировали соответствующие вопросы в договоре. Данное правило применяется в соответствии со ст. 421 ГК РФ;

г) передача лесного участка осуществляется путем подписания акта приема-передачи. Наличие правового основания передачи объекта (лесного участка) не влечет само по себе его фактического перехода от арендодателя к арендатору и требует осуществления дополнительных действий. Таковыми являются: оформление и подписание дополнительного соглашения к договору аренды лесного участка, оформление, подписание ведомственных документов и других согласований с компетентным органом (например, Агентством лесной отрасли Красноярского края);

д) основой использования лесов, служит новый правовой акт – лесохозяйственный регламент. Данный акт утверждается органами государственной власти субъектов Российской Федерации, в нем устанавливаются виды разрешенного использования лесов, возрасты рубок деревьев, сроки использования лесов и все другие основные параметры разрешенного использования, а также требования к охране, защите и воспроизводству лесов;

е) договор аренды лесного участка заключается по результатам аукциона или посредством выдачи специального разрешения (лицензии).

Таким образом, на основании изложенного можно заключить, что договор аренды имеет уникальную смешанную форму правового регулирования. Его правовая природа требует дальнейшего теоретического осмысления и практической реализации.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ НЕЗАКЛЮЧЕННЫХ СДЕЛОК

Устюгова Анжелика Викторовна

В современном гражданском законодательстве не урегулирован вопрос об имущественных последствиях незаключенной сделки. Разработчиками Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации в п. 7.2 предложено «законодательно решить вопрос о самой возможности исков о признании договоров незаключенными, а в случае положительного решения вопроса также определить правовые последствия признания договора незаключенным»¹.

По мнению В.А. Кияшко², нужно различать два вида последствий незаключенности договоров: невозможность применения к таким договорам некоторых обычно применяемых способов защиты; возможность применения специальных способов защиты, к которым он относит требование о возврате неосновательного обогащения.

Проанализировав судебную-арбитражную практику, можно выделить некоторые правовые последствия признания сделки незаключенной.

Во-первых, по общему правилу незаключенный договор не влечет правовых последствий для сторон³.

Во-вторых, последствием признания договора незаключенным, исполненного какой-либо из сторон, будет неосновательное обогащение.

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 11. С. 77.

² Кияшко В.А. Правовые последствия признания договора незаключенным (сделки несостоявшейся) // Право и экономика. 2003. № 9. С. 82.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2009 г. № 09АП-24646/2009-ГК по делу № А-40-34504/09-5-402. URL: <http://www.9aac.ru>. Дата обращения 14.03.2010.

Так, в Определении Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 августа 2009 г. № ВАС-11058/09 сказано: «Установив отсутствие государственной регистрации договора, суды на основании статьи 651 Гражданского кодекса Российской Федерации признали договор незаключенным. Соответственно, принимая во внимание факт пользования обществом названным помещением в отсутствие установленных законом (сделкой) оснований без соответствующего возмещения (внесения арендной платы), суды с учетом статей 1102, 1105, 1107 Гражданского кодекса Российской Федерации пришли к выводу о неосновательном обогащении общества и взыскали с последнего 189 354,52 рубля»¹.

В-третьих, дополнительные соглашения к незаключенному договору тоже являются незаключенными, незаключенный договор не может быть изменен или расторгнут.

Подтверждение этому можно найти в судебной практике:

В постановлении Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 апреля 2009 г. № 17АП-2228/2009-АК по делу № А60-32747/08 сказано: «Как следствие того, что договор является незаключенным, не имеют юридической силы и все дополнительные соглашения к этому договору, изменяющие и дополняющие его, поскольку нет предмета договора, который должен быть изменен или дополнен»².

В постановлении ФАС Дальневосточного округа от 16.01.2008 № Ф03-А04/07-1/6078 по делу № А04-1888/07-12/139 сказано: «Поскольку договор аренды от 01.03.2006 № 9/06 является незаключенным, следовательно, соглашение от 28.12.2006 о расторжении этого договора не имеет правовых последствий, в связи с чем судом обоснованно отказано в удовлетворении исковых требований»³.

В-четвертых, за нарушение незаключенного договора санкции не применяются.

Примерами могут служить следующие судебные дела:

В постановлении Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 14 января 2010 г. по делу № А29-1182/2009 сказано, что «в договоре субподряда от 30.04.2008 № 03/08 отсутствует условие о его предмете – о конкретных видах работ, подлежащих выполнению, их объеме и других, предъявляемых к ним, требованиях. Из представленных в материалы дела доказательств невозможно установить данные о видах и объемах работ, подлежащих выполнению ответчиком. В этой связи правомерен вывод суда первой инстанции о том, что упомянутый договор не является заключенным ввиду несогласования сторонами его существенного условия (предмета договора).

По указанной причине у суда не имелось оснований для применения договорной ответственности к ООО «Северный Строительный Альянс» по первоначальному иску и к ООО «Компаньон» по встречному иску»⁴.

В постановлении Федерального арбитражного суда Уральского округа от 9 апреля 2009 г. № Ф09-1945 / 09-С5 по делу № А71-7647/2008-Г13 сказано: «Поскольку договор подряда не заключен, суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что требование о взыскании с ответчика убытков, причиненных в результате неисполнения договорных обязательств, заявлено обществом «Ижевский инструментальный завод» необоснованно и удовлетворению не подлежит»⁵.

В-пятых, в отношении незаключенных договоров не могут применяться такие способы защиты гражданского права, как признание сделки недействительной

¹ Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 августа 2009 года № ВАС-11058/09 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 20 апреля 2009 г. № 17АП-2228/2009-АК по делу № А60-32747/08 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Федерального арбитражного Суда Дальневосточного округа от 16.01.2008 № Ф03-А04/07-1/6078 по делу № А04-1888/07-12/139 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 14 января 2010 года по делу № А29-1182/2009 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 9 апреля 2009 года № Ф09-1945 / 09-С5 по делу № А71-7647/2008-Г13 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

и применение последствий ее недействительности, потому что недействительным может быть признан только заключенный договор.

Однако по этому вопросу в арбитражных судах сложилась различная практика – некоторые суды применяют последствия недействительности к незаключенным сделкам¹, другие суды исходят из недопустимости применения последствий недействительности к незаключенным сделкам².

Высший Арбитражный Суд РФ в ряде постановлений и определений высказался о неприменимости правовых норм о недействительности к незаключенным сделкам, отметив, что «незаключенный договор не относится к сделкам недействительным»³.

Обсуждаемым является вопрос о том, какой правовой механизм следует применять, если в сделке есть порок и с точки зрения ее заключенности, и с точки зрения ее действительности. Так, согласно первой точке зрения, «если в сделке есть порок и с точки зрения ее заключенности, и с точки зрения ее действительности, то необходимо применять правовой механизм, регламентирующий недействительность сделки. Следует исходить из принципа, что более суровая санкция поглощает менее суровую. Недействительная сделка влечет более значимые правовые последствия, чем незаключенная»⁴.

В соответствии со второй точкой зрения «в отношении незаключенных договоров не могут применяться такие способы защиты гражданского права, как признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, потому что недействительным может быть признан только заключенный договор»⁵.

Таким образом, можно наблюдать, что все перечисленные последствия не являются специальными последствиями незаключенных сделок.

В целях совершенствования современного гражданского законодательства, единообразного толкования и применения судами норм права представляется необходимым законодательно решить вопрос о правовых последствиях незаключенных сделок – включить в Гражданский кодекс Российской Федерации нормы, предусматривающие специальные последствия для незаключенных сделок, либо распространить на данные отношения нормы о неосновательном обогащении.

МОДЕРНИЗАЦИЯ ОСНОВАНИЙ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДЕЛОК, УСТАНОВЛЕННЫХ ЗАКОНОМ О БАНКРОТСТВЕ

Сысоева Ольга Валерьевна

Возможность оспаривания сделок должника, совершенных с намерением причинить ущерб кредиторам, имеет давнюю историю. Еще римскому праву был известен Паулианов иск (*actio Pauliana*), направленный против самого должника

¹ Постановление Федерального арбитражного Суда Дальневосточного округа от 16.11.2004 года по делу № Ф03-А51/04-1/3316 [Электронный ресурс]. СПС КонсультантПлюс; Постановление Федерального Арбитражного Суда Поволжского округа от 12.11.2002 года по делу № А 12-3933/02-С17 [Электронный ресурс]. СПС КонсультантПлюс.

² Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26 марта 2009 г. № Ф04-1829/2009(3361-А45-30) [Электронный ресурс] // СПС «Консультант-Плюс»; постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 04.04.2008 г. № А19-13335/07-55-Ф02-1250/2008. URL://www.fasvs.o.arbitr.ru.

³ Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24 сентября 2009 года № ВАС-12111/09 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Афолина Е.И. Проблемные вопросы соотношения недействительных и незаключенных сделок. URL: <http://pda.fassko.arbitr.ru/novosti/vestnik/archive/8249.html>.

⁵ Кияшко В.А. Правовые последствия признания договора незаключенным (сделки несостоявшейся) // Право и экономика. 2003. № 9. С. 82–85.

и третьих лиц приобретателей, участвовавших в растрате имущества должника и обмане кредиторов в преддверии ожидавшегося конкурса¹.

Институт, напоминающий в рецепированной форме Паулианов иск, существует во многих правовых системах. Возможность оспорить сделку лишь на том основании, что она совершена с намерением причинить вред другим кредиторам, предусмотрена законодательствами многих стран.

Анализируя современное отечественное законодательство о банкротстве, можно вести речь, по сути, о двух подходах в правовом регулировании оснований оспаривания сделок в процедурах банкротства.

С момента принятия Закона о банкротстве № 127-ФЗ от 26.10.2002 и до 28.04.2009 (далее – Закон о банкротстве) специальные основания для оспаривания сделок несостоятельного должника были предусмотрены ст. 103 Закона о банкротстве. Перечень специальных оснований, по которым сделки должника могли быть оспорены, являлся исчерпывающим. Таким образом, данная статья не позволяла оспорить сделки, совершенные в ущерб интересам кредиторов, но не подпадающие под диспозицию ст. 103 Закона о банкротстве.

Федеральным законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 73-ФЗ от 28.04.2009² были внесены существенные изменения в Закон о банкротстве, касающиеся оснований оспаривания сделок должника. В частности введена в действие гл. III.1 «Оспаривание сделок должника», устанавливающая, по сути, новый подход к регулированию оснований оспаривания сделок должника.

Однако положения гл. III.1 «Оспаривание сделок должника» применяются к сделкам, совершенным после вступления в силу Закона № 73-ФЗ от 28.04.2009, в том числе и по делам о банкротстве, производство по которым возбуждено до дня вступления в силу данного Закона.

Таким образом, еще несколько лет оспаривание сделок должника будет осуществляться на основе, с одной стороны, ст. 103 Закона о банкротстве, с другой – положений гл. III.1 Закона о банкротстве.

Глава III.1 «Оспаривание сделок должника» вводит новые специальные основания для оспаривания сделок должника. Выделение самостоятельной главы, регламентирующей оспаривание сделок должника, обусловлено комплексным характером регулируемых вопросов.

Статья 61.1 Закона о банкротстве закрепляет в целом возможность оспаривания сделок должника.

Пункт 1 данной статьи устанавливает: «Сделки, совершенные должником или другими лицами за счет должника, могут быть признаны недействительными в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации, а также по основаниям и в порядке, которые указаны в настоящем Федеральном законе».

Аналогичная норма содержалась в п. 1 ст. 103 Закона о банкротстве. Однако п. 1 ст. 103 Закона о банкротстве не указывал, что сделка должника может быть признана недействительной в соответствии с ГК РФ. В связи с чем возникал вопрос, о каком федеральном законе идет речь и можно ли оспорить сделки должника по общим основаниям, установленным ГК РФ?³

Закон о банкротстве в действующей редакции позволяет решить эту проблему: теперь прямо указано, что сделка должника может быть признана недействи-

⁶ См.: Малышев К.И. Избранные труды по конкурсному процессу и иным институтам торгового права. М.: Статут, 2007. С. 150.

¹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 28.04.2009 № 73-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 18 (1 ч.). Ст. 2153.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)»/ под ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Изд-во «Омега-Л», 2003. С. 217; Дихтяр А.И. Три российских закона о банкротстве и история вопроса о недействительных сделках // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 7. С. 9; Семенова Е.А. Недействительность сделок должника при банкротстве: учеб. пособие. Иркутск: Иркут. ун-т, 2004. С. 47; Кондратенко Л.О. Недействительность сделок, совершаемых юридическими лицами: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2007. С. 142.

тельной как по общим основаниям, установленным в ГК РФ, так и по специальным, установленным в Законе о банкротстве.

Существенной новеллой Закона о банкротстве является то, что в соответствии с п. 3 ст. 61.1 Закона о банкротстве правила настоящей главы могут применяться к оспариванию действий, направленных на исполнение обязательств и обязанностей, возникающих в соответствии с гражданским, трудовым, семейным законодательством, законодательством о налогах и сборах, таможенным законодательством Российской Федерации, процессуальным законодательством Российской Федерации и другими отраслями законодательства РФ. К действиям, совершенным во исполнение судебных актов или правовых актов иных органов государственной власти, применяются правила, предусмотренные настоящей главой.

В литературе существует спор, являются ли сделками действия должника, которые направлены на исполнение обязательства, и могут ли они быть оспорены в суде как направленные на предпочтительное удовлетворение требований отдельных кредиторов.

Например, платеж по договору. Ученые разделились во мнениях – будет ли исполнение обязательства отдельной сделкой или же это иной юридический поступок¹. Единый подход отсутствует и в арбитражной практике.

Можно встретить судебные акты, в основе которых лежит понимание действия по исполнению договора как самостоятельной сделки². Встречаются и противоположные позиции судебных органов³.

В настоящее время гл. III.1 Закона о банкротстве позволяет оспорить различные действия по исполнению обязательств, в том числе наличный или безналичный платеж должником денежного долга кредитору, передачу должником иного имущества в собственность кредитора, а также действия, направленные на прекращение обязательств (заявление о зачете, соглашение о новации, предоставление отступного, прощение долга и т. п.)⁴.

Применительно к Закону о банкротстве открытым был также вопрос о том, можно ли по правилам ст. 103 Закона о банкротстве оспорить действия, возникающие из иных отраслей законодательства.

По мнению В.А. Химичева, Закон о банкротстве использует термин «сделка» не в узком смысле, ограничиваясь гражданско-правовым аспектом, а в широком смысле, подразумевая под ним юридические действия, возникающие из трудовых, налоговых и иных правоотношений. Это, по мнению автора, дает основание полагать, что конкурсный кредитор может опровергать не только сделки гражданско-

¹ См.: Красавчиков О.В. Советское гражданское право. Т. 1. М. С. 471; Ефимова Л.Г. Банковская сделка – институт гражданского права // Журнал российского права. 1999. № 2. С. 41; Гражданское право. Т. 3: Обязательственное право/ отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 41; Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 5; Толстой В.С. Исполнение обязательств. М., 1973. С. 23; Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Теоретические проблемы гражданского права. Свердловск, 1970. С. 51.

² См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 19.06.2008 № Ф04-3676/2008(6725-А03-13) по делу № А03-9158/2007-32; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26.08.2008 № А78-2065/08-Ф02-4291/08 по делу № А78-2065/08 // СПС «КонсультантПлюс»: судебная практика.

³ См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18.06.2007 по делу № А39-3951/2006-360/17, постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.03.2008 по делу № Ф03-А73/08-1/728, постановление ФАС Уральского округа от 17.02.2009 № Ф09-355/09-С4 по делу № А60-13793/2008-С11; постановление ФАС Уральского округа от 25.11.2008 № Ф09-8674/08-С4 по делу № А60-6851/2008-С11; постановление ФАС Уральского округа от 18.11.2008 № Ф09-8424/08-С4 по делу № А60-6863/2008-С11; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.11.2008 № 17АП-8258/200-ГК по делу № А60-13793/2008; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2008 № 17АП-5442/2008-ГК по делу № А60-6851/2008; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2008 № 17АП-5439/2008-ГК по делу № А60-6863/208 // СПС «КонсультантПлюс»: судебная практика.

⁴ См.: Пункт 4 Проекта постановления Пленума ВАС РФ о некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»: // <http://arbitr.ru/vas/proj/>

правовой направленности, но и сделки (если вообще можно применять этот термин к отношениям иного, не гражданско-правового характера) по уплате налогов и выплате заработной платы¹. Аналогичной позиции придерживался А.А. Хачатуров².

Данная позиция, по мнению Г.П. Царик, представляется необоснованной хотя бы ввиду того, что подобное расширительное толкование приводит как минимум, к подмене понятий, установленных в ГК РФ. Подобное толкование закона в итоге может повлечь неверное применение арбитражными судами правовых норм и, как следствие, отмену судебных актов³.

Закон о банкротстве не признает исполнение обязательств по ранее заключенному договору сделкой, но позволяет оспорить данные действия в порядке, установленном гл. III Закона о банкротстве. При этом указано на возможность оспаривания исполнения обязательств и публичных обязанностей, вытекающих не только из гражданского законодательства, но и других отраслей законодательства, в том числе налогового, таможенного, семейного, процессуального и др.

Так, к примеру, могут быть оспорены выплаты по трудовому договору, предоставление дополнительных гарантий отдельным работникам, исполнение обязанности по уплате налогов, уплата таможенных пошлин, судебные расходы в виде оплаты услуг представителя, взыскание задолженности в рамках исполнительного производства, исполнение алиментных обязательств, заключение брачного договора, соглашение о разделе общего имущества супругов и др. По правилам ст. 61.1 Закона о банкротстве может быть оспорено бесспорное взыскание задолженности по налогам и сборам.

В законе о банкротстве в действующей редакции выделены два специальных (дополнительных) основания для оспаривания сделок: подозрительные сделки и сделки с предпочтением.

Подозрительные сделки

Статьей 61.2 Закона о банкротстве введена новая категория оспоримых сделок – подозрительные сделки, которые не были известны ни дореволюционному законодательству о банкротстве, ни закону о банкротстве предприятий 1991 г., ни закону о банкротстве 1998 г.

Статья 61.2 Закона о банкротстве включила в себя основания оспаривания сделок, ранее существовавшие самостоятельно: сделки с заинтересованностью (п. 2 ст. 103 Закона о банкротстве) и сделки с учредителями (п.п. 4–5 ст. 103 Закона о банкротстве).

Выделены две категории подозрительных сделок: *подозрительная сделка по признаку неравноценного предоставления* (п. 1 ст. 61.2) и *подозрительная сделка по признаку цели причинения вреда кредиторам* (п. 2 ст. 61.2).

Подозрительной по признаку **неравноценного предоставления** является сделка при наличии следующих условий:

- сделка должна быть совершена в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия заявления;
- если имеет место неравноценное встречное исполнение обязательств другой стороной сделки (в том числе при наличии разницы между ценой этой сделки и ценой аналогичных сделок в сравнимых обстоятельствах). Неравноценным встречным исполнением обязательств будет признаваться, в частности, любая передача имущества или иное исполнение обязательств, если рыночная стоимость переданного должником имущества или осуществленного им иного исполнения обязательств существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств, определенную с учетом условий и обстоятельств такого встречного исполнения обязательств.

¹ Химичев В.А. Защита прав кредиторов при банкротстве. М. : Волтерс Клувер, 2005. С. 93.

² Хачатуров А.А. Право конкурсных кредиторов на опровержение сделок // Юрист. 2008. № 3. С. 52.

³ Царик Г.П. Специальные основания для оспаривания сделок должника в процедурах банкротства. Нужны ли они? // Предпринимательское право. 2008. № 2. С. 13.

Подозрительной по признаку **цели причинения вреда** является сделка при наличии следующих условий:

- сделка совершена должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов;
- сделка совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании банкротом или после принятия заявления;
- в результате ее совершения был причинен вред имущественным правам кредиторов;
- другая сторона знала о цели должника.

Для признания сделки подозрительной законодатель ввел два субъективных условия: цель должника причинить вред и знание контрагентом об этой цели. Установление данных условий было бы просто невозможно без наличия правовых презумпций. Так, например, презюмируется, что контрагент должника знал о цели должника, если он является заинтересованным лицом, либо знал об ущемлении интересов кредиторов должника, либо знал о наличии признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества должника.

Цель причинения вреда имущественным правам кредиторов предполагается, если должник на момент совершения сделки отвечал признаку неплатежеспособности или недостаточности имущества и сделка была:

- совершена безвозмездно;
- совершена в отношении заинтересованного лица;
- направлена на выплату (выдел) доли (пая) в имуществе должника учредителю (участнику) должника в связи с выходом из состава учредителей (участников) должника;
- либо совершена при наличии условий, перечисленных в абзацах 3–5 п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве.

Итак, цель должника – причинение вреда кредиторам и знание контрагента об этой цели – определяется, в первую очередь, через наличие признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества. Сразу обращает на себя внимание то, что законодатель впервые дает легальное определение понятиям «неплатежеспособность» и «недостаточность имущества должника». Ни закон о банкротстве предприятий 1992 г., ни закон о банкротстве 1998 г. не содержали этих понятий. Законодатель учел, что в основу несостоятельности (банкротства) различных должников фактически положены различные принципы: неплатежеспособность и недостаточность имущества (неоплатность).

Знание контрагентом о неправомерной цели должника презюмируется, если сделка совершена в отношении заинтересованного лица. Нужно заметить, что Закон о банкротстве использует свое понятие заинтересованного лица. В ст. 19 Закона о банкротстве приводится перечень заинтересованных лиц¹.

Формулируя условия подозрительных сделок, законодатель пытался учесть все факторы, которые безусловно свидетельствуют о неправомерности сделки должника.

Сделки с предпочтением

Помимо оспаривания подозрительных сделок, Закон о банкротстве в ст. 61.3 предусматривает оспаривание сделок с предпочтением одному из кредиторов. По существу, условия, указанные в ст. 61.3 Закона о банкротстве, конкретизируют понятие «предпочтительность» по отношению к кредиторам.

¹ Длительное время в судебной практике был актуальным вопрос: можно ли считать заинтересованными лицами в целях закона о банкротстве заинтересованных лиц, указанных в корпоративном законодательстве? По данному вопросу сложилась противоречивая судебная практика. В литературе также отсутствовало единство мнений (см.: Алиева К.М. Сделки с участием заинтересованных лиц по акционерному законодательству и законодательству о банкротстве // Юрист. 2006. № 8. С. 15; Зайцев О.Р. Оспаривание сделок должника с заинтересованными лицами на основании пункта 2 статьи 103 Закона о банкротстве // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2008. № 2. С. 38). Закон № 73-ФЗ от 28.04.2009 разрешил данный спор, включив в число заинтересованных лиц, лиц, указанных в корпоративном законодательстве. Однако, на наш взгляд, данное решение спорно.

Возможность оспаривания сделок с предпочтением была предусмотрена и ст. 103 Закона о банкротстве. Однако в литературе и в судебной практике вызывало споры понятие «предпочтительное удовлетворение» требований кредиторов¹. По спорам данной категории дел арбитражные суды склонны были рассматривать как предпочтительное удовлетворение наиболее явные случаи преимущественного выполнения требований одних кредиторов в ущерб другим².

Действующий Закон о банкротстве решил эту проблему путем простого перечисления случаев, квалифицируемых как предпочтительное удовлетворение требований. Представляется, что такое решение проблемы нельзя отнести к достоинствам юридической техники Закона о банкротстве.

Итак, сделка с предпочтением одному из кредиторов в отношении удовлетворения требований может быть признана недействительной при наличии одного из следующих условий:

1. Сделка направлена на обеспечение исполнения обязательства должника. Способы обеспечения обязательств установлены ГК РФ. Речь идет о сделках, заключаемых с целью обеспечения исполнения обязательств должника. Например, заключение договора залога не нарушит очередность требований кредиторов, но поставит кредитора в положение, при котором его требование будет удовлетворено ранее других кредиторов.

2. Сделка привела или может привести к нарушению очередности удовлетворения требований кредиторов. Очередность удовлетворения требований кредиторов установлена в ст. 134 Закона о банкротстве. Нарушение очередности удовлетворения требований следует трактовать широко. Так, проведение зачета с отдельным кредитором или удовлетворение требований только одного кредитора в рамках определенной очереди свидетельствует о нарушении порядка удовлетворения требований кредиторов.

3. Сделка привела или может привести к удовлетворению требований, срок исполнения которых к моменту совершения сделки не наступил. Имеется в виду досрочное исполнение обязательств.

4. Сделка привела к большему предпочтению в удовлетворении требований кредитора, чем было бы в случае удовлетворения требований в очередности, установленной ст. 134 Закона о банкротстве. Так, можно оспорить проведение зачета встречных требований или осуществление лицом, имеющим обязательство перед должником, платежа отдельному кредитору.

Выделены три вида сделок с предпочтением в зависимости от характера предпочтительности и осведомленности кредитора о признаке неплатежеспособности:

1. Сделка, соответствующая **одному** из условий предпочтительности, перечисленных в п.1 ст. 61.3, вне зависимости от осведомленности кредитора о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества.

2. Сделка при наличии **одновременно** следующих условий предпочтительности:

- направлена на обеспечение исполнения обязательства должника;
- привела или может привести к нарушению очередности удовлетворения требования кредиторов. Например, заключение договора залога с одним из кредиторов.

3. Сделка, соответствующая **одному** из условий предпочтительности, перечисленных в п.1 ст. 61.3, при условии осведомленности кредитора о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества либо об обстоятельствах, ко-

¹ См.: Химичев В.А. Проблемы применения законодательства о несостоятельности (банкротстве) в практике арбитражных судов // Закон. 2007. № 7. С. 40–56; Марков П.А. Предъявление внешним управляющим требования о признании сделки недействительной // Предпринимательское право. 2007. № 3. С. 11–12; Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс»; Гутникова А.С. Оспаривание сделок в ходе конкурсного производства // Законодательство. 2003. № 7. С. 57–67; Хачатуров А.А. Право конкурсных кредиторов на опровержение сделок // Юрист. 2008. № 3. С. 52–55.

² См.: Царик Г.П. Специальные основания для оспаривания сделок должника в процедурах банкротства. Нужны ли они? // Предпринимательское право. 2008. № 2. С. 12.

торые позволяют сделать вывод о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества.

При этом действует презумпция: заинтересованное лицо знает о неплатежеспособности или недостаточности имущества должника. Возможность доказывания иного не исключается.

Период подозрительности

Важным изменением в правовом регулировании оспаривания сделок является установление периода, в течение которого должна быть совершена сделка, оспариваемая по специальным основаниям. Так называемый «период подозрительности» существует во многих правовых порядках. Предполагается, что именно в этот период времени, когда становится ясно, что наступление неплатежеспособности неизбежно, должник совершает сделки, направленные на сокрытие имущества от кредиторов. Таким образом, обычно сделки могут быть признаны недействительными, если они были совершены в течение определенного соответствующим законодательством периода подозрительности¹. Так, во Франции после даты прекращения платежей признаются недействительными безвозмездные сделки с переходом прав; договор мены, по которому обязательства должника превосходят обязательства другой стороны, и т. д.² Как правило, период подозрительности в отношении заинтересованных лиц больше, чем в отношении обычных контрагентов, поскольку у заинтересованных лиц чаще более близкие отношения с должником, они имеют доступ к информации о финансовом состоянии должника и могут оказать на него влияние.

Статья 103 Закона о банкротстве широко критиковалась за отсутствие в ней «периода подозрительности». По мнению ряда авторов, очевидной недоработкой Закона о банкротстве являлось то, что он не предусматривал, в течение какого времени должна быть совершена сделка, чтобы затем она могла быть признана недействительной³. Внешний управляющий мог поставить вопрос о недействительности сделки, совершенной сколь угодно давно, т. е. за пределами сроков исковой давности⁴.

В настоящее время эта проблема решена. В отечественном законодательстве период подозрительности, исчисляемый с момента принятия заявления о признании должника банкротом, установлен в зависимости от категории сделки (подозрительная или сделка с предпочтением) и вида (подозрительная по признаку неравноценного предоставления, подозрительная по признаку цели причинения вреда, сделка с предпочтением при наличии одного из условий и т. д.).

Анализ изменений, внесенных в Закон о банкротстве в части оснований оспаривания сделок должника, позволяет сделать вывод, что законодатель попытался решить проблемы, которые возникали в практике применения ст. 103 Закона о банкротстве.

В правовом регулировании специальных оснований недействительности сделок прослеживается явная тенденция законодателя органично соединить объективные и субъективные условия оспаривания сделок. Наряду с преимуществами новых положений Закона о банкротстве, имеются и недостатки, связанные со стремлением законодателя излишне детализировать все возможные обстоятельства, при которых сделка будет направлена на причинение ущерба интересам кредиторов.

¹ См.: Колинченко Е.А. Защита интересов неплатежеспособного должника при банкротстве. Сравнительно-правовой анализ. М. : Статут, 2001. С. 70.

² См.: Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М. : Статут, 1999. С. 64.

³ См.: Марков П.А. Предъявление внешним управляющим требования о признании сделки недействительной // Предпринимательское право. 2007. № 3. С. 11; Колинченко Е.А. Указ. соч. С. 69.

⁴ См.: Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». М. : Юрайт-Издат, 2003. С. 256.

САМОВОЛЬНАЯ ПОСТРОЙКА: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

Осетрова Ирина Викторовна

«Понятие «самовольная постройка» в первую очередь рассматривается как понятие негативное. Обусловлено это главным образом тем, что создание постройки при наличии установленных ст. 222 ГК РФ признаков самовольности приводит к невозможности возникновения на нее права собственности у лица, осуществившего самовольную постройку. Это связано с тем, что такое лицо не приобретает на нее право собственности и не вправе распоряжаться постройкой, другими словами, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки».

Мухаметзянова Л.М. Актуальные вопросы узаконения самовольной постройки в судебном порядке // Российский судья. 2009. № 4.

К числу проблем определения правового режима объектов самовольного строительства следует отнести вопрос о порядке признания права собственности заинтересованных лиц на такие объекты. В силу ст. 222 ГК РФ «самовольной постройкой признается жилой дом, другое строение, сооружение или иное недвижимое имущество, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом или иными правовыми актами, либо созданное без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил».

Главное правовое последствие самовольной постройки состоит в том, что лицо, ее осуществившее, не приобретает права собственности на нее¹. Оно является лишь собственником материалов, израсходованных при возведении объекта². В результате самовольного строительства у застройщика возникает обязанность по сносу возведенного объекта, однако в исключительных случаях, предусмотренных п. 3 ст. 222 ГК РФ, за таким лицом может быть признано право собственности на постройку. Сделки, направленные по распоряжению такими объектами, ничтожны в силу ст. 168 ГК РФ³.

На настоящий момент в юридической литературе существует несколько позиций относительно правовой природы, сущности и последствий самовольно возведенных объектов недвижимости.

Одни авторы полагают, что по своей правовой сути самовольная постройка – это гражданское правонарушение, так как виновный в данном деянии игнорирует требования закона и иных правовых актов: «В основании самовольного строительства всегда лежит публичный деликт – самоуправное занятие земельного участка, например, ст. 7.1 КоАП РФ, ст. 76 ЗК РФ, нарушение градостроительных норм и т. д.»⁴, но это не означает, что механизм ст. 222 ГК РФ является формой ответственности. Можно говорить о том, что «строительство, начавшееся с публичного деликта, порочно»⁵.

Таким образом, если следовать логике, самовольная постройка как объект строительства, созданный с нарушениями строительных норм и правил, несет в себе потенциальную опасность, «нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц, либо создает угрозу жизни и здоровью граждан» (п. 3 ст. 222 ГК РФ), значит, является гражданским правонарушением.

¹ См.: Камышанова А.Е. Проблемы самовольной реконструкции как ограничения права собственности на недвижимое имущество // Правовые вопросы недвижимости. 2010. № 1. С. 8

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / под ред. О.Н. Садикова. М.: Инфра-М, 2005. С. 263.

³ См.: Селифонова С.Ю. Ответственность за самовольное строительство: признание права собственности или снос? // Адвокат. 2010. № 3. С. 47.

⁴ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве : учеб.-практ. пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. С. 486.

⁵ Скловский К.И. Режим строения, возведенного на спорном земельном участке // Хозяйство и право. 2007. № 1. С. 64.

Обосновывается позиция, согласно которой понятие «существенное нарушение градостроительных норм и правил» должно быть определено в действующем законодательстве и в качестве одного из критериев существенности должно присутствовать угроза данного нарушения жизни и здоровью граждан, либо причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды¹.

Правонарушение как правовая сущность самовольной постройки, чаще всего исследуется через определение самовольного строительства как состава гражданского правонарушения. Наличие всех элементов состава необходимо для наступления ответственности.

Например, в юридической литературе отмечают, что «объектом такого гражданского правонарушения являются правоотношения, связанные с самовольным строительством и регулируемые гражданским правом, субъектами выступают лица, осуществившие самовольную постройку. Объективной стороне гражданских правонарушений присущи все элементы, являющиеся обязательными составляющими объективной стороны гражданских правонарушений. Противоправность самовольного строительства как гражданского правонарушения заключается в возведении объекта строительства с нарушением норм гражданского права и в нарушении субъективных прав потерпевших от самовольного строительства лиц»².

Причинная связь между противоправным действием и наступившим вредом является обязательным элементом объективной стороны самовольной постройки как гражданского правонарушения и условием деликтной ответственности за вред, причиненный данным правонарушением.

Другие авторы полагают, что законодатель рассматривает объект самовольного строительства как особый способ приобретения права собственности, обосновывая это тем, что ст. 222 ГК РФ помещена в гл. 14 ГК РФ «Приобретение права собственности»³. Возможность признания на самовольную постройку иного вещного права, кроме права собственности, ст. 222 ГК РФ не предусмотрена. В частности, не предусмотрена, возможность признания права хозяйственного ведения на самовольную постройку, что подтверждается судебной практикой⁴.

В данном смысле ст. 222 ГК РФ связана с положениями п. 1 ст. 218 ГК РФ, в силу которых право собственности на новую вещь, изготовленную или созданную лицом для себя с соблюдением закона или иных правовых актов, приобретается этим лицом. Статья 222 ГК РФ регламентирует как раз один из тех случаев, когда требования закона и иных правовых актов при создании новой вещи (постройки) не были соблюдены.

В результате можно сделать вывод о том, что норма ст. 222 ГК РФ является специальной по отношению к ст. 218 ГК РФ и должна применяться с учетом ее положений: в этом смысле ключевым будет факт создания вещи лицом для себя, т. е. своими силами, за счет собственных средств.

Однако некоторые авторы отмечают, что «самовольная постройка не может выступать в качестве основания возникновения права собственности, так как таким основанием должна являться исключительно правомерная деятельность, направленная на создание новых вещей (в том числе недвижимых), а ее гражданско-правовым последствием, как подчеркивается в пункте 1 ст. 218 ГК РФ, становится приобретение права собственности на новую вещь у лица, ее создавшего»⁵. Самовольная же постройка – действие противоправное, и закон призван предусматривать адекватные ей гражданско-правовые последствия. К этой позиции, как полагаем, нужно подходить критически.

Таким образом, по своей правовой природе самовольная постройка – это гражданское правонарушение, но между тем она легально признана способом

¹ См.: Герценштейн О.В. Безопасность самовольной постройки как одно из условий признания права собственности на нее // СПС «КонсультантПлюс».

² Савина А.В. Правовой режим самовольной постройки : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 20.

³ Герценштейн О.В. Безопасность самовольной постройки как одно из условий признания права собственности на нее // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 7. С. 21.

⁴ Постановление ФАС Уральского округа от 13.12.2007 по делу № А76-1352/07 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Селифонова С.Ю. Указ. соч.

приобретения права собственности¹. Правовой режим самовольной постройки является ограничивающим и направлен, прежде всего, на сдерживание возможного негативного поведения субъектов строительной деятельности и его последствий. Справедливо отмечают, что после возведения неразрешенной постройки «вокруг объекта недвижимости возникает своеобразный правовой вакуум»². Эту неопределенность необходимо разрешать с учетом интересов как собственника земельного участка, так и лица, осуществившего застройку.

В новой редакции п. 3 ст. 222 ГК РФ указано, что право собственности на самовольную постройку может быть признано судом, а в предусмотренных законом случаях – в ином установленном законом порядке, за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка. Таким образом, возникла необходимость разграничения традиционного судебного и нового «иного установленного законом порядка признания права собственности»³.

Указывая на иной порядок, законодатель, по-видимому, стремился обратить внимание на установленную законом возможность признания прав граждан на самовольные постройки в административном (внесудебном) порядке. И в качестве закона, устанавливающего данный порядок, рассматривается ст. 25.3 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»⁴.

Так, принятие Федерального закона № 93-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросу оформления в упрощенном порядке прав граждан на отдельные объекты недвижимого имущества» (вступил в силу с 1 сентября 2006 г.), получившего также название «дачной амнистии», было обусловлено необходимостью упростить процедуру государственной регистрации сделок с принадлежащими гражданам объектами недвижимости, на значительную часть которых правоустанавливающие документы отсутствуют либо не соответствуют требованиям действующего законодательства. Указанным законом, наряду с другими законодательными актами, были внесены изменения и в ст. 222 ГК РФ.

Анализ п. 3 ст. 222 ГК РФ позволяет выделить три условия, которым должен отвечать иной порядок признания права собственности⁵: 1) такой порядок не должен быть судебным, т. е. признавать право должен орган, не относящийся к судебной ветви власти; 2) этот порядок должен быть прямо назван в качестве такового федеральным законом; 3) при решении вопроса о признании права компетентный субъект обязан проверять соответствие объекта требованиям абз. 3 п. 3 ст. 222 ГК РФ, т. е. сохранение постройки не должно нарушать прав и охраняемых законом интересов других лиц либо создавать угрозу жизни или здоровью граждан.

В результате иной порядок признания права, установленный ст. 25.3 Закона о государственной регистрации, не в полной мере отвечает названным требованиям п. 3 ст. 222 ГК РФ, несмотря на то, что и ст. 25.3 Закона о государственной регистрации, и новая редакция п. 3 ст. 222 ГК РФ были введены в действие одним Законом № 93-ФЗ. В отличие от ст. 222 ГК РФ в сфере действия ст. 25.3 Закона о государственной регистрации попадают также объекты недвижимости, не отвечающие названным признакам самовольности⁶.

¹ См.: Коршунова Е.А. Проблемы легализации и оформления самовольной постройки // СПС «КонсультантПлюс».

² Гончаров А. Самовольная постройка // Земля и недвижимость Сибири. 200. № 4(18). С. 35.

³ Ковтков Д.И. Иной (внесудебный) порядок признания права собственности на самовольную постройку // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Маркова Л.С. О признании права собственности на самовольную постройку // Арбитражная практика. 2006. № 12. С. 10; Жогов Д., Малета С. Государственная регистрация как внесудебный способ признания прав на самовольные постройки // Право и экономика. 2007. № 3. С. 18–20.

⁵ См.: Богданова И.С., Деев А.В. Правовой режим объектов самовольного строительства: некоторые вопросы теории и практики // Информационный бюллетень Адвокатской палаты Красноярского края. 2008. № 1 (48). С. 89.

⁶ См.: Ковтков Д.И. Иной (внесудебный) порядок признания права собственности на самовольную постройку // СПС «КонсультантПлюс».

В результате может получиться, что объекты недвижимости, право собственности на которые подлежат государственной регистрации в соответствии со ст. 25.3 Закона о государственной регистрации, не являются самовольными постройками в смысле ст. 222 ГК РФ.

Таким образом, полагаем, что порядок регистрации прав на недвижимое имущество, закрепленный ст. 25.3 Закона о государственной регистрации, в том виде, в котором он сейчас действует, не может рассматриваться в качестве «иного» установленного законом порядка, о котором речь идет в п. 3 ст. 222 ГК РФ. По существу ст. 25.3 Закона о государственной регистрации закрепляет упрощенный порядок оформления права собственности на некоторые созданные или создаваемые объекты недвижимости.

В действующем законодательстве с определенной долей условности этим требованиям отвечает только порядок, предусмотренный ст. ст. 25–29 ЖК РФ, распространяющийся на случаи самовольного переустройства и (или) перепланировки жилого помещения¹. Данные нормы не только устанавливают критерии самовольного переустройства и (или) перепланировки жилого помещения, но и закрепляют условия, при которых оно может быть сохранено в таком состоянии.

Об административном характере установленного ст. ст. 25–29 ЖК РФ порядка признания права свидетельствует также судебная практика. Так, Красноярский краевой суд рекомендует судам края вообще отказывать в принятии исков о сохранении жилых помещений в переустроенном и (или) перепланированном состоянии, если до обращения в суд не было нарушено право истца, а именно ему не было отказано органом местного самоуправления в согласовании самовольно выполненных переустройств и (или) перепланировок либо если к нему не был заявлен иск о продаже жилого помещения или о расторжении договора социального найма по данному основанию².

В качестве исключения из общего правила о неприобретении права собственности на самовольно возведенное строение ст. 222 ГК РФ предусматривает случаи, при которых право собственности на самовольную постройку все-таки может быть признано. Анализ норм закона позволяет, на наш взгляд, следующим образом сгруппировать условия, необходимые для признания права собственности на самовольно возведенные объекты.

Во-первых, объект самовольного строительства должен являться объектом недвижимого имущества и отвечать признакам недвижимости, предусмотренным ст. 130 ГК РФ. При этом положения ст. 222 ГК РФ распространяются только на такие объекты недвижимости, которые могут быть квалифицированы в качестве постройки.

Во-вторых, возведенная постройка должна отвечать критериям самовольности, установленным п. 1 ст. 222 ГК РФ, т. е. должна быть создана либо на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом или иными правовыми актами, либо без получения на это необходимых разрешений, либо с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил.

В-третьих, земельный участок, на котором возведена самовольная постройка, должен находиться в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании лица, претендующего на признание права собственности. В отличие от прежней редакции п. 3 ст. 222 ГК РФ новая редакция данной нормы свидетельствует о том, что земельный участок должен принадлежать истцу на определенном вещном праве уже на момент обращения в суд с соответствующим иском.

В Концепции развития гражданского законодательства о вещном праве 2009 г.³ дан новый вектор в развитии правового режима самовольной постройки. Пред-

¹ См.: Богданова И.С., Деев А.В. Правовой режим объектов самовольного строительства: некоторые вопросы теории и практики // Информационный бюллетень Адвокатской палаты Красноярского края. 2008. № 1 (48). С. 90.

² Письмо Красноярского краевого суда от 04.12.2006 № П-695 // СПС «КонсультантПлюс»

³ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // СПС «КонсультантПлюс».

ложенная концепцией модель регламентации правоотношений, связанных с самовольным строительством, по сути, возвращает к существовавшей до 2006 г. схеме легитимации самовольной постройки, допуская признание права собственности за самовольным застройщиком. Обозначенная тенденция к либерализации подтверждена и тем, что государство в ходе «дачной амнистии» приняло меры для узаконения тех построек, которые в силу объективных причин не могли быть оформлены в строгом соответствии с законом¹.

В-четвертых, сохранение самовольной постройки не должно нарушать права и охраняемые законом интересы других лиц либо создавать угрозу жизни и здоровью граждан (п. 3 ст. 222 ГК РФ).

В соответствии с ГК РФ самовольная постройка подлежит сносу осуществившим ее лицом либо за его счет. Вопросы сноса самовольных построек регулируются также специальным законодательством. Так, в силу п. 3 ст. 25 ФЗ «Об архитектурной деятельности в РФ «лицо, виновное в строительстве или изменении архитектурного объекта без соответствующего разрешения на строительство, обязано за свой счет осуществить снос (полную разборку) самовольной постройки или привести архитектурный объект и земельный участок в первоначальное положение»².

Таким образом, самовольная постройка как правовое явление имеет двойственный характер, с одной стороны, – это правонарушение, а с другой – правовая конструкция, признаваемая в качестве первоначального способа приобретения права собственности на объект строительной деятельности.

Трансформация правонарушения в способ приобретения права собственности на самовольную постройку становится возможной в момент приведения ее в соответствие с градостроительными и строительными нормами и правилами с одновременным отсутствием причинения вреда (угрозы вреда) имущественным или неимущественным правам участников правоотношений, связанных с самовольным строительством.

При этом самовольная постройка как способ приобретения права собственности носит исключительный характер и применяется лишь к тем категориям самовольных построек, у которых устранены нарушения строительных и градостроительных норм и правил, и только формальные нарушения являются препятствием для признания права собственности на них в ином порядке. При этом процесс признания права собственности на самовольную постройку не относится к категории простых и предсказуемых, а решение суда по делам о признании права собственности на самовольную постройку зависит от обстоятельств каждого конкретного дела.

ПОЛНОМОЧИЯ СУДЕБНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЯ (В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА)

Решетникова Ольга Михайловна

Судебное представительство призвано обеспечить лицу, заинтересованному в судебной защите своего права (интереса), возможность получения содействия судебного представителя в осуществлении права на судебную защиту в рамках гражданского процесса. Судебный представитель выступает самостоятельным участником гражданского процесса, вступает в процессуальные отношения с судом и реализует собственные процессуальные функции. Осуществление предста-

¹ См.: О некоторых вопросах совершенствования гражданского законодательства (редакционный материал) // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 17.11.1995 № 169-ФЗ «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 18.10.1999) // СПС «КонсультантПлюс».

вительской процессуальной деятельности в процессе предполагает совершение совокупности процессуальных действий (по реализации процессуальных прав и исполнению процессуальных обязанностей) судебным представителем – участником процесса с целью оказания помощи, содействия судебной защите прав (интересов) представляемого лица (стороны, третьего лица).

Именно содействие стороне, нуждающейся в защите права, лежало в основе исторического формирования судебного представительства в отечественном гражданском процессе и составляет суть судебного представительства. А.Х. Гольмстен писал: «Под помощником, адвокатом стороны разумеется стороннее лицо, вступающее в процесс по договору (возмездному или не возмездному) со стороной, для поддержания ее своими знаниями по части закона и делопроизводства, ... участие его в процессе чисто дополнительное ... клиент действует сам за себя и таким образом, одновременно и совместно с адвокатом участвует в процессе»¹.

Анализ норм ГПК РФ свидетельствует, что законодателем воспринята именно эта идея. В идеале судебный представитель, не замещая собой сторону (третье лицо) в процессе, помогает вести дело и эффективно использовать процессуальные средства.

Объем процессуальных возможностей судебного представительства определяется теми полномочиями, которыми наделен представитель в соответствии с законом и волей представляемого лица. Вместе с тем вопросы о понятии полномочий судебного представителя, их содержании и реализации в гражданском процессе четкого законодательного разрешения не получили. В науке процессуального права по этому поводу единства мнений не наблюдается, а на практике такое положение вещей создает вполне ощутимые проблемы. Отдельные спорные вопросы решаются на уровне толкования, осуществляемого Верховным Судом РФ², другие остаются без должного внимания. Сегодня сложилась ситуация, когда, с одной стороны, законодатель в ГПК РФ явно усилил статус представителя³, а с другой – спорные вопросы, возникающие на практике и требующие именно законодательного урегулирования, остаются нерешенными.

Полагаем, что причины этого кроются не столько в недостатках законодательной регламентации, но и в недостаточной теоретической разработанности отдельных проблем института судебного представительства в гражданском процессе.

В частности это касается понимания сути полномочий судебного представителя, оснований их возникновения, определения их объема и порядка реализации.

Одна из сторон проблемы – соответствие осуществляемых представителем процессуальных действий позиции представляемого. Следует ли связывать возможность совершения представителем конкретного действия с одобрением стороны (третьего лица)? Из чего нужно исходить, как поступать суду, если представитель своими действиями не содействует защите, а возможно, напротив, ограничивает использование процессуальных возможностей?

Видный русский правовед Е.В. Васьковский писал: «Все действия, совершенные поверенным в пределах данного ему полномочия, имеют такую же силу, как если бы были совершены лично самим тяжущимся. Однако тяжущийся, поручив ведение дела поверенному, не лишается права принимать и лично участие в деле наряду с ним. Мало того, оставаясь все-таки субъектом процесса, хозяином дела, тяжущийся может отменять и исправлять действия поверенного, однако, не нарушая ни нормального течения производства, ни процессуальных прав противника»⁴.

Современный гражданский процесс построен таким образом, что сторона (третье лицо) не может изменить или исправить действие, совершенное ее представителем. Общеизвестным в науке гражданского процессуального права яв-

¹ Гольмстен А.Х. Программа по русскому гражданскому судопроизводству (Петроград, 1915) // Гражданский процесс : хрестоматия : учеб. пособие. М., 2005. С. 332.

² См., например: Постановление Пленума ВС РФ «О судебном решении» от 19 декабря 2003 г.

³ В ГПК РФ вопросы, связанные с участием представителя в гражданском процессе, регламентированы не только положениями гл. 5, но также и ст. ст. 10, 16, 18, 94, 100, 101, 113, 147, 149, 150, 167 и др. ГПК РФ.

⁴ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 209.

ляется факт, что представительские функции реализуются в рамках процессуальных отношений с участием судебного представителя и суда, а представителя с доверителем связывают материальные отношения, служащие предпосылкой реализации судебного (процессуального) представительства. Этим обусловлено и право доверителя отозвать доверенность, отказаться от ведения дела именно этим представителем.

Процессуальная правосубъектность судебного представителя является предпосылкой возникновения процессуальных представительских отношений и обусловлена волеизъявлением представляемого, реализующего установленное ст. 48 ГПК право на ведение дела через представителя, и зависит от процессуального статуса представляемого лица. Завершающим в юридическом составе фактом выступает определение суда о допуске к участию в деле судебного представителя. Судебный представитель вправе совершать такие процессуальные действия, которые сообразно своему процессуальному положению может осуществить доверитель (истец, ответчик, третье лицо) при условии надлежащего оформления полномочий представителя.

Это не относится к случаям участия адвоката на основании ст. 50 ГПК – в основе представительства по назначению суда лежат исключительно процессуальные факты.

Вопрос о понятии полномочий предполагает соотнесение понятий «полномочие» и «субъективное право». Судебный представитель приобретает процессуальные права в большинстве случаев с момента допуска его судом к участию в деле¹ и соответственно реализует указанные права в рамках процессуальных отношений с судом. Как справедливо писал А.Х. Гольмстен, «участие представителей ... имеет главнейшее процессуальное значение уже после того, как процесс возник»².

Полномочия судебного представителя С.А. Халатов определяет как субъективное право представителя на совершение от имени и в интересах представляемого процессуальных действий, направленных на возникновение определенных правовых последствий для представляемого, и одновременно как обязанность совершить указанные действия³.

По мнению И. А. Табак, под полномочием представителя следует понимать «официально предоставленную (полученную) возможность судебного представителя совершать определенные процессуальные действия от имени и в интересах другого лица»⁴, при этом судебный представитель имеет в процессе собственные процессуальные права и обязанности и наделяется доверителем соответствующими полномочиями⁵.

В учебной литературе полномочие обычно определяется как процессуальные действия.

Полагаем, что полномочие представителя не стоит отождествлять с субъективным правом доверителя. Наделяя полномочием судебного представителя, доверитель (сторона, третье лицо) не передает ему собственных процессуальных прав, сохраняя, таким образом, свой статус и имея полную возможность лично реализовывать процессуальные права в процессе. Представитель и сторона (третье лицо) участвуют в процессе параллельно, являются участниками самостоятельных процессуальных отношений с судом, в рамках которых и осуществляют свою процессуальную деятельность.

Другой проблемой можно назвать некоторую непоследовательность в законодательной регламентации объема специальных полномочий представителя.

¹ До вступления в процесс у представителя также могут возникать определенные процессуальные права по совершению определенных действий, такие как составление и подписание искового заявления, предъявления его в суд, которые должны быть зафиксированы в доверенности в соответствии с требованиями ст. ст. 53–54 ГПК.

² Гольмстен А.Х. Указ. соч. С. 337

³ Халатов С.А. Представительство в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002. С. 102.

⁴ Табак И.А. Новые положения судебного представителя в гражданском судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 10.

⁵ Там же. С. 25–26.

Статья 54 ГПК РФ содержит перечень специальных полномочий судебного представителя, указывая совокупность процессуальных действий, совершать которые представитель вправе только при указании их в доверенности. В числе таковых обжалование судебного постановления.

В соответствии с п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23 «О судебном решении» от 18 декабря 2003 г.¹ адвокат, назначенный судом в качестве представителя ответчика на основании ст. 50 ГПК РФ, вправе обжаловать решение суд в кассационном (апелляционном) порядке и в порядке надзора, поскольку он имеет полномочия не по соглашению с ответчиком, а в силу закона и указанное право объективно необходимо для защиты прав ответчика, место жительства которого неизвестно.

Такая позиция представляется обоснованной с точки зрения предназначения судебного представительства – содействия в реализации права на судебную защиту, – но не соотносится с требованиями гражданской процессуальной формы, которая предписывает именно нормативное закрепление. Как показывает практика, существенные и актуальные для судебной деятельности вопросы, не урегулированные действующим законодательством, становятся предметом решения и толкования Верховного Суда РФ.

Как указывает Г.А. Жилин, «неясности и противоречия в законодательстве... пробелы в регулировании приводят к появлению таких судебных актов, в которых формулируются правила процессуального поведения для участников рассмотрения дела, отсутствующие в законе»². Выработанные судебной практикой правовые положения как «федеральные общеобязательные правила осуществления правосудия, подлежащие применению судами при рассмотрении гражданских дел на территории всей страны»³, подтвержденные авторитетом Верховного Суда РФ, «как бы заменяют в механизме правового регулирования норму закона, обеспечивая в таких случаях единство судебной практики при разрешении типичных дел»⁴.

Однако в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ № 2 от 12 февраля 2008 г.⁵ и № 12 от 24 июня 2008 г.⁶, содержащих толкование процессуальных норм, регулирующих порядок рассмотрения дел в надзорной и кассационной инстанциях, судебный представитель, участвующий по назначению суда, не называется в числе лиц, имеющих право на обращение с кассационной или надзорной жалобой.

Возможно, это обусловлено перспективой законодательного закрепления права адвоката, участвующего на основании ст. 50 ГПК РФ, обжаловать судебное постановление. Но и проект ФЗ РФ № 306965-5 «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»⁷ (предполагаемое вступление в силу – с 1 января 2012 г.), определяя состав лиц, имеющих право обжаловать судебные постановления, судебного представителя в него не включает (ст. ст. 320, 376, 391.1), указывая на право подписания жалобы представителем при наличии соответствующего полномочия (ст. ст. 322, 378, 391.3).

¹ О судебном решении: постановление Пленума ВС РФ от 18 декабря 2003 г. № 23 // БВС РФ. 2004. № 2.

² Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы: монография. М., 2010. С. 254.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 255.

⁵ О применении судами норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 года № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»: постановление Пленума ВС РФ от 12 февраля 2008 г. № 2 // БВС РФ. 2008. № 4.

⁶ О применении судами норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции: постановление Пленума ВС РФ от 24 июня 2008. № 12 // БВС РФ. 2008. № 9.

⁷ Проект Федерального закона № 306965-5 «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в первом чтении 29.01.2010) // СПС «КонсультантПлюс».

Не менее спорной выглядит позиция законодателя при решении вопроса о праве представителя заявлять и подписывать возражения ответчика на иск. В соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 149 ГПК РФ ответчик или его представитель представляет истцу или его представителю и суду возражения в письменной форме относительно исковых требований. Статья 54 ГПК РФ в числе специальных полномочий представителя называет право на подписание искового заявления. Как указывает Верховный Суд РФ, «судья в ходе подготовки разъясняет лицам, участвующим в деле, их право вести дело через представителей, а также порядок оформления полномочий представителей, проверяет объем этих полномочий, если они оформлены, имея в виду, что право на совершение представителем действий, предусмотренных статьей 54 ГПК РФ, должно быть специально оговорено в доверенности, поскольку оно связано с распоряжением материальными и процессуальными правами доверителя»¹.

Возражения на исковые требования могут касаться не только процессуальных, но и, как правило, материально-правовых вопросов. Заявление материально-правовых возражений ответчика на иск влечет последствия процессуального и материально-правового характера. Обстоятельства, обосновывающие позицию, подлежат доказыванию ответчиком на основании ст. 56 ГПК РФ. Если ответчик не докажет существование факта, обстоятельства, на котором основывается возражение, суд сочтет его несуществовавшим. В конечном счете это может отразиться на содержании решения по делу.

Таким образом, ответчик поставлен в иные условия, нежели истец. Для выражения, предъявления и обоснования позиции истца его представитель должен иметь соответствующим образом оформленные полномочия, что подтверждает и обеспечивает волеизъявление доверителя-истца. Действия представителя ответчика по предъявлению и обоснованию возражений на иск доверителем-ответчиком не контролируются. При этом объем и характер последствий совершения указанных действий представителей истца и ответчика сопоставимы.

Иной подход в решении такого вопроса принят в Арбитражном процессуальном кодексе РФ. В соответствии с ч. 8 ст. 131 АПК РФ отзыв на исковое заявление подписывает ответчик или его представитель. К отзыву, подписанному представителем, прилагается доверенность или иной документ, подтверждающий его полномочия на подписание отзыва.

Как указывает Г.А. Жилин, АПК не предусматривает какой-либо специфической формы судопроизводства, которая не укладывалась бы в рамки правосудия по гражданским делам: «...С точки зрения конституционных норм арбитражного судопроизводства как формы осуществления правосудия не существует, а гражданское судопроизводство включает в себя не только гражданский, но и арбитражный процесс»². Убедительна позиция Т.В. Сахновой, полагающей, что обе разновидности судебного процесса являются процессуальной формой осуществления правосудия по гражданским делам, отнесенным к компетенции двух самостоятельных звеньев судебной системы Российской Федерации (суда общей юрисдикции и арбитражного суда), представляя собой по своей сути единый цивилистический процесс³. Поэтому такое различие в подходах законодателя по решению вопроса о полномочиях представителя ответчика в арбитражном и гражданском процессе сложно объяснить. Ведь «судебная защита неправомерно нарушенного или оспоренного материального права возможна лишь при условии реализации участниками судопроизводства их процессуальных прав, обеспечивающих полноценное и равноправное участие в состязательном процессе»⁴.

¹ О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству: постановление Пленума ВС РФ от 24 июня 2008 г. № 11// БВС РФ. 2008. № 9.

² Жилин Г.А. Указ. соч. С. 23.

³ Сахнова Т.В. Новые ГПК и АПК: еще раз о единстве процесса (заметки по поводу) // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета. Вып. 2. Красноярск, 2003. С. 315–323.

⁴ Жилин Г.А. Указ. соч. С. 135.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НОТАРИАТЕ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Тарбагаева Елена Борисовна

Основы законодательства РФ о нотариате, принятые в феврале 1993 г. (далее – Основы)¹, положили начало становлению в России нотариата латинского типа. Для нотариата латинского типа (или небюджетного нотариата) характерны принципы, закрепленные в документах Международного союза небюджетного нотариата, образованного в 1948 г.²

Соответствие законодательства о нотариате этим принципам позволило российскому нотариату в 1995 г. вступить в Международный союз небюджетного нотариата. Прошедший период показал жизнеспособность нотариата небюджетного типа на российской почве. Организационные начала небюджетного нотариата нашли свое достаточно полное воплощение как в законодательстве Российской Федерации о нотариате, так и в правовой действительности³.

Реформа 1993 г. вызвала научный интерес к исследованию вопросов о природе нотариата, нотариальных функциях, методах и процедурах нотариальной деятельности. В последние годы получила обоснование идея о нотариате как институте публичного права⁴. В современной литературе обосновывается концепция нотариата как института предупредительного правосудия⁵.

Однако на протяжении всего процесса становления небюджетного нотариата в Российской Федерации можно было наблюдать очевидные доказательства игнорирования законодателем возможностей этого института в обеспечении стабильности и бесконфликтности частноправовых отношений. В их числе – отмена обязательной нотариальной формы ряда сделок, в первую очередь с недвижимостью, сокращение оснований бесспорного взыскания по исполнительной надписи нотариуса. Судебную практику привлечения нотариусов в качестве свидетелей для проверки аутентичных по природе нотариальных актов при рассмотрении гражданских дел также можно отнести к числу фактов, подтверждающих кризис нотариата.

В настоящий период можно констатировать, что организованный по типу латинского российский нотариат функционально не соответствует своему назначению.

Однако кризис, переживаемый нотариатом, послужил серьезным толчком к переосмыслению многих вопросов, имеющих отношение к нотариальной дея-

¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 19.07.2009) // Российская газета. 1993. 13 марта.

² К числу таковых можно отнести профессионализм, территориальность, несовместимость с иными видами деятельности, подконтрольность государству и ряд других. См. подробнее: Черемных Г.Г., Черемных И.Г. Нотариальное право РФ: учебник / под ред. Ю.А. Дмитриева. М.: Изд-во «Эксмо», 2004. С. 26–28.

³ По данным, опубликованным в «Российской газете», в настоящее время в Российской Федерации общее число должностей нотариусов составляет 7669 единиц, из них всего 48 единиц отведено нотариусам, работающим в государственных нотариальных конторах. Однако из их числа 10 должностей государственных нотариусов вакантно // Российская газета. 2010. 23 авг.

⁴ См., например: Черемных И.Г. Российский нотариат: прошлое, настоящее, будущее. М., 1999; Калининченко Т. Конституционные основы деятельности нотариата // Российская юстиция. 2001. № 7; Калининченко Т.Г. Развитие публично-правовых начал в нотариальной деятельности // Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы: Материалы Всерос. науч.-практ. конференции (15–16 февраля 2007 года, г. Москва). М.: ФРПК, 2007. С. 34–48; Нотариальное право России: учебник / под ред. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер. 2003. С. 25–26.

⁵ См., например: Клейн В. Составляющая превентивного правосудия // Нотариальный вестник. 1998. № 7/8; Жуйков В.М. Нотариат как институт предупредительного правосудия: единство и различие с судебными органами // Нотариальный вестник. 1998. № 9; Тарбагаева Е.Б. Нотариат как институт предупредительного правосудия: признаки, функции, форма // Юстиция. 2006. № 2, и др.

тельности и связанных, в первую очередь, с регулированием частноправовых отношений. Во всяком случае обоснование значимости контрольной функции нотариата послужило, в определенной степени, поводом к обсуждению вопроса о необходимости восстановления в гражданском законодательстве норм об обязательности нотариальной формы сделок с недвижимостью, доверенностей, расширения круга оснований бесспорного взыскания по исполнительной надписи нотариуса. Это и нашло отражение в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации¹, в проекте федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ.

Восприятие нотариальных способов охраны прав и свобод законодателем и внесение соответствующих изменений в гражданское законодательство, безусловно, открывает перспективы развития нотариата и ставит новые задачи по совершенствованию и реформированию законодательства о нотариате. Однако принятие нового закона о нотариате и нотариальной деятельности с учетом уже имевшихся проблем, вызванных несогласованным проведением правовой реформы в целом, отложено, как минимум, до внесения изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации. Поэтому для обсуждения предлагаемых проектов нового закона о нотариате еще есть время.

Как представляется, одной из значимых проблем, решение которой в значительной степени способствовало бы занятию нотариатом надлежащего места в правовой системе России, является определение природы правил, по которым должна осуществляться нотариальная деятельность. Иными словами, это вопрос о понятии, признаках и содержании нотариальной формы.

В литературе последних лет все большее распространение получила идея отнесения формы нотариальной деятельности к числу процессуальных форм². Этому в значительной степени способствовало определение нотариата как формы защиты прав и свобод³, акцентирование внимания на сходстве нотариальной и судебной деятельности⁴, наконец, значимость процедуры осуществления публичной власти, переданной нотариусам государством.

В Концепции проекта федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации»⁵, в частности, указывается, что одним из направлений совершенствования законодательства о нотариате должна стать детальная регламентация процедуры (правил) совершения всех нотариальных действий, последствий их нарушения. При этом в Концепции особо отмечено, что в случае введения законодательными актами нового нотариального действия положения о нем будут вступать в силу при условии законодательного порядка его совершения (п.7 Концепции).

В мае 2010 г. Министерством юстиции РФ совместно с Федеральной нотариальной палатой подготовлен проект федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности»⁶. Соответственно заложенному в концепции подходу к регламентации нотариальной деятельности проект закона включает Общую и Особенную части. Особенная часть, в свою очередь, состоит из глав, определяющих

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС. 2009. № 11. Ноябрь.

² См., например: Калининченко Т.Г. Правовая природа нотариальных процедур: теоретический аспект // Нотариальный вестник. 2009. № 6. С. 8–16; Шахбазян А.А. Правовая природа защитной функции нотариата в гражданском обороте // Нотариальный вестник. 2010. № 2. С. 9–13, и др.

³ См.: Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы : монография. М. : Проспект, 2010. С. 20–21.

⁴ См.: Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия: общие цели, принципы и полномочия // Российская юстиция. 1997. №№ 6–7; Денисова Е.Э. Нотариат в Российской Федерации : учебник. М. : ТК Велби; Изд-во «Проспект», 2003. С. 10, и др.

⁵ Концепция проекта федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности» опубликована на сайте Министерства юстиции РФ // <http://www.minjust.ru>

⁶ Не опубликован. С текстом проекта закона можно ознакомиться в Нотариальной палате Красноярского края.

компетенцию по совершению нотариальных действий, общие правила их совершения, возбуждение нотариального производства, подготовку к совершению нотариального действия, порядок совершения нотариального действия и придания нотариальному акту полной юридической силы, нотариальное делопроизводство и, наконец, глав, посвященных порядку совершения отдельных нотариальных действий.

Структура Особенной части проекта свидетельствует о «процессуальном» подходе разработчиков проекта к определению нотариальной формы, о стремлении максимально упорядочить процедуру нотариальной деятельности, совершения отдельных нотариальных действий¹.

Однако, как представляется, формализация нотариальной деятельности посредством установления процедур совершения отдельных нотариальных действий противоречит природе нотариата и определенному в Конституции Российской Федерации предмету законодательства о нотариате.

Нотариат латинского типа «двуедин» в своей сущности. Это выражается не только в передаче публичных функций независимому лицу, не входящему в иерархию государственных служащих. Двуединность нотариата кроется в его функциях, позволяющих нотариусу содействовать заинтересованным лицам в осуществлении субъективных прав и законных интересов, осуществляя именем государства контроль над законностью их волеизъявлений во избежание злоупотреблений правом.

Удостоверяя сделки, свидетельствуя бесспорные права и факты, совершая действия обеспечительного характера, нотариус, как минимум, принимает на себя ответственность перед неопределенным кругом лиц за достоверность содержащейся в нотариальном акте информации. В этом качестве нотариус выполняет публичную функцию, гарантированную возложением на него ряда профессиональных обязанностей.

К числу профессиональных обязанностей нотариуса по обеспечению публичной достоверности нотариальных актов можно отнести те правила поведения нотариуса, которые в настоящее время предусматриваются Основами (гл. 9) как основные правила совершения нотариальных действий. Нотариус обязан действовать в пределах своей предметной и территориальной компетенции, устанавливать личность обратившихся лиц, проверять дееспособность граждан, правосубъектность юридических лиц, полномочия представителя, подлинность подписи на документах и выполнять другие обязанности, предусмотренные законом.

В равной степени профессиональные обязанности нотариуса обеспечивают интересы обратившихся за нотариальной помощью лиц. Это предусмотренные законом обязанности разъяснения, предупреждения о последствиях, консультирования в поиске наилучшего варианта поведения, сохранения нотариальной тайны. В проекте закона «О нотариате и нотариальной деятельности» к профессиональным обязанностям нотариуса также отнесено урегулирование спора с использованием альтернативной процедуры (медиации).

Конечно, законом могут быть предусмотрены требования к порядку исполнения нотариусом своих обязанностей. Этот установленный законом порядок исполнения профессиональных обязанностей образует публичную процедуру. Однако не любую установленную законом процедуру деятельности уполномоченного лица можно относить к числу процессуальных по своей правовой природе.

Процессуальная форма имеет свое собственное процессуальное содержание, опосредуемые ею отношения (властеотношения) характеризуются взаимностью прав и обязанностей субъектов. Взаимность процессуальных прав и обязанностей неравных субъектов как определяющая особенность метода регулирования гражданского процессуального права проявляется в таких принципах процесса, как состязательность и диспозитивность. Решение, принятое судом по су-

¹ Понятия нотариальной деятельности и нотариальных действий не тождественны, на что справедливо указывается в литературе (см., например: Черемных Г.Г., Черемных И.Г. Нотариальное право РФ. С. 60–83.).

ществу дела, имеет двойственную природу: будучи актом властного субъекта, выносится в пределах, определенных волей заинтересованных лиц, и на основании представленных ими доказательств, отражает результат осуществления процессуальных прав и исполнения процессуальных обязанностей участника процесса.

Регулирование нотариальной деятельности и возникающих при этом отношений имеет принципиально иное построение.

Нотариальная деятельность опосредуется различного рода отношениями. Можно выделить государственно-правовое отношение по наделению лица полномочиями нотариуса с возложением на него широкого круга профессиональных обязанностей. Только специально уполномоченный субъект вправе осуществлять нотариальную деятельность, реализуя предоставленные ему законом полномочия. В этом отношении праву граждан и организаций на квалифицированную юридическую помощь соответствует обязанность государства обеспечить надлежащее функционирование системы нотариата. Однако это отношение не имеет и не должно иметь процедурно-правового наполнения.

Когда же речь идет о нотариальных действиях, то будучи правоприменительными они совершаются в рамках отношения, возникающего между заинтересованными лицами и нотариусом. Это отношение имеет характер властеотношения. Нотариус, наделенный компетенцией, именем государства применяет нормы материального (при обеспечении доказательств – процессуального) права. Заинтересованные лица своими волеизъявлениями в рамках указанного властеотношения не могут повлиять на решение нотариуса. Диспозитивно лишь обращение за совершением определенного нотариального действия, но не механизм его совершения. Законодательными актами могут быть установлены требования к поведению нотариуса, но не к поведению заинтересованных в нотариальном действии лиц. Нотариус и заинтересованные лица не связаны взаимными правами и обязанностями, что характерно для отношений процессуального типа.

Правовое регулирование деятельности нотариуса направлено на гарантирование законности и обоснованности принятия нотариусом решения по правовому вопросу, обеспечивает заинтересованным лицам право на квалифицированную нотариальную помощь.

Можно заметить, что регулируется нотариальная деятельность (деятельность нотариуса) императивным методом с возложением на нотариуса ответственности за неправомерное поведение по осуществлению профессиональной деятельности.

Ответственность нотариуса предусмотрена действующим законодательством и имеет значение организационного принципа нотариата. Предусмотренные законом меры ответственности также свидетельствуют о двуединой природе нотариата. Как лицо, осуществляющее публичные функции, нотариус может быть подвергнут мерам организационно-правового характера – вплоть до лишения права заниматься нотариальной деятельностью. Как лицо, содействующее осуществлению субъективных прав, нотариус может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности. Однако регулирование имущественной ответственности нотариуса – задача гражданского законодательства, а не законодательства о нотариате¹.

Таким образом, установленные законом правила осуществления нотариальной деятельности не имеют процессуального характера: адресованы нотариусу, исполняются нотариусом, гарантируются организационно-правовой ответственностью нотариуса.

С точки зрения системы законодательства о нотариате место этих правил в Общей части закона о нотариате, где и определяются профессиональные обязанности нотариуса. В Особенной части закона могли бы содержаться правила

¹ В этом отношении показателен тот факт, что в проекте федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности» установлена лишь профессиональная обязанность нотариуса – страхование риска ответственности, а не основания и условия имущественной ответственности нотариуса, как это имеет место в действующих Основах.

исполнения нотариусами этих обязанностей – определенные процедуры удостоверения, свидетельствования, консультирования и осуществления иных нотариальных функций. Однако будучи направленными на упорядочение деятельности властного субъекта (нотариуса), процедуры исполнения нотариусом своих профессиональных обязанностей к числу процессуальных не относятся.

Включение в закон о нотариате (Особенную часть) специальных правил осуществления отдельных нотариальных действий – вопрос достаточно спорный. На наш взгляд, содержание правил удостоверения сделок, свидетельствования наследственных прав, ряда других нотариальных действий обусловлено, главным образом, применяемыми нормами материального права, хотя и адресовано нотариусу. В обоснование нежелательности включения такого рода процедур в закон, регулирующий нотариальную деятельность, можно привести аргументы различного порядка.

Прежде всего следует учитывать то обстоятельство, что нотариальная процедура содействия в осуществлении гражданских (в широком смысле) прав должна иметь тот же уровень правового регулирования, что и само осуществление этих прав, т. е. федеральный. Нотариат же согласно ст. 72 Конституции РФ находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ.

Кроме того, регулирование процедуры совершения отдельных нотариальных действий чревато тем, что при изменении материального закона неизбежно возникновение противоречий, как это имеет место в настоящее время. Так, универсализация сроков исковой давности гражданским законодательством до сих пор не нашла отражения в процедуре совершения исполнительных надписей, установленной Основами законодательства о нотариате. Не приведены в соответствие с частью третьей ГК РФ статьи Основ, регулирующих процедуру принятия мер к охране наследственного имущества. Перечень противоречий между материальным законом и Основами законодательства РФ о нотариате можно было бы продолжить. Важно подчеркнуть, что само их наличие способно породить и порождает неоднозначную нотариальную практику, что, конечно же, недопустимо с точки зрения интересов государства и общества.

Наконец, включение в закон о нотариате положений, устанавливающих процедуры совершения отдельных нотариальных действий, и придание им самостоятельного характера нежелательно еще и по соображениям прикладного порядка. Практика свидетельствует, что отнесение в соответствии со ст. 35 Основ законодательными актами РФ к компетенции нотариусов каких-либо новых нотариальных действий обычно бывает парализовано до включения в закон о нотариате соответствующей действию процедуры либо утверждения Минюстом РФ соответствующей действию формы. Так, только в 2005 г. Министерством юстиции РФ во исполнение положений Федерального закона от 12.06.2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан Российской Федерации» был издан приказ, утверждающий форму удостоверительной надписи о засвидетельствовании сведений, содержащихся в списке лиц, осуществляющих сбор подписей избирателей (участников референдума) и подлинность подписи этих лиц. В Основы законодательства РФ о нотариате данное нотариальное действие и процедура его совершения не внесены до сих пор.

На наш взгляд, в целях установления единообразной нотариальной практики совершения отдельных нотариальных действий вполне достаточно было бы систематическое издание Федеральной нотариальной палатой, нотариальными палатами субъектов Российской Федерации соответствующих методических рекомендаций, следование которым являлось бы правом нотариуса, а не его профессиональной обязанностью, что более соответствует принципу независимости нотариуса.

ОБ ОБЩИХ ПОДХОДАХ К ОЦЕНКЕ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВОСУДИЯ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

Курочкин Сергей Анатольевич

В юридической литературе активно обсуждаются вопросы, связанные с эффективностью правосудия по гражданским делам, путях ее повышения, а также возможностью применения альтернативных способов урегулирования правовых конфликтов в условиях «неэффективного» государственного судопроизводства. Стало общим местом критиковать работу судов. Рискнем предположить, что далеко не всегда высказанные оценочные суждения справедливы. Во многом это связано с тем, что ни государство, ни общество пока не располагают системой комплексной оценки работы юрисдикционного механизма, эффективности и соразмерности его временных, организационных и финансовых затрат. В настоящее время не осуществляется оценка эффективности действующих норм процессуального права, которая позволила бы выявить проблемные вопросы, направления совершенствования процессуального законодательства и, как следствие, способствовала повышению эффективности правосудия по гражданским делам.

В ходе своей экономической деятельности участники гражданского оборота сталкиваются с проблемой выбора способов достижения своих целей между несколькими из институциональных альтернатив, созданных государством и обществом. Выбор – действие над множеством альтернатив. Для выбора – сужения множества альтернатив – необходим способ их сравнения между собой в целях выявления наиболее предпочтительных, или критерий выбора. Основным таким критерием в выборе способов защиты прав и законных интересов (как альтернатив), прежде всего несудебных, должна стать экономическая эффективность, а исходным пунктом для ее поиска – частные интересы сторон. Система гражданского судопроизводства как совокупность субъектов, организаций и правил их деятельности представляет собой одну из дискретных институциональных альтернатив, созданных обществом для улаживания частных конфликтов, возникающих по поводу использования тех или иных ресурсов, установления, реализации и изменения прав на эти ресурсы¹. Другой такой альтернативой становятся негосударственные способы разрешения (урегулирования) правовых конфликтов как относительно формализованные (третейские суды, международные коммерческие арбитражи, медиация), так и неформализованные (переговоры и др.). Выступая в качестве методов преодоления разногласий, они занимают свое место в механизме, обеспечивающем эффективное перераспределение, аллокацию ресурсов; установление, реализацию и изменение прав на них.

С методологической точки зрения эффективность правосудия по гражданским делам может быть рассмотрена в двух аспектах. Во-первых, как эффективность системы гражданского судопроизводства в целом в масштабах всего государства и, во-вторых, как эффективность для разрешения конкретного спора сторон. Полагаем возможным для их обозначения использовать применяемые в литературе понятия эффективности гражданского судопроизводства в широком и узком смыслах.

Эффективность системы гражданского судопроизводства в целом. Как справедливо отмечается в литературе, экономическая значимость судебного (государственного) улаживания частных конфликтов обусловливается наличием двух основных каналов его влияния на хозяйственные процессы. Во-первых, такое влияние заключается в *сокращении непроизводительных издержек*, которые могли бы возникнуть в случае, если все конфликты такого рода устранялись бы исключительно усилиями их сторон. Ведь тогда «победителем» всегда выступала бы сторона, обладающая сравнительными преимуществами в осуществлении насилия. Соответственно права на ресурсы концентрировались бы именно у таких ин-

¹ Эффективность гражданского судопроизводства в России: институциональный анализ и институциональное проектирование / Аузан А.А., Бальсевич А.А., Водопьянова Е.А., и др. М., 2005. С. 7.

дивидов, а не у тех, кто может использовать ресурсы наиболее эффективно, что привело бы к утратам общественного благосостояния. Во-вторых, значимое направление положительного влияния системы гражданского судопроизводства на экономику связано с созданием ею эффекта *сдерживания будущих нарушений* различных прав¹.

Неэффективная работа системы гражданского судопроизводства влечет противоположные желаемым обществом результаты в экономической сфере. Сокращения непроизводительных издержек не происходит, «победителем» в конкурентной борьбе за ресурсы становятся стороны, обладающие определенными преимуществами в осуществлении принуждения – располагающие административным либо иными «рычагами» воздействия. Часто такие субъекты стремятся избежать судебного разбирательства, как наиболее гласного и прозрачного способа установления прав на ресурсы. Неэффективность системы гражданского судопроизводства (длительное и непредсказуемое разрешение дел, неисполнение судебных решений) не способствует и достижению эффекта сдерживания будущих нарушений прав, лишая систему гражданского судопроизводства значимого положительного влияния на экономику.

При оценке механизма регулирующего воздействия системы гражданского судопроизводства необходимо принимать во внимание и еще одно обстоятельство. И.Я. Дюрягин справедливо заметил, что юридическая сторона государственного управления не сводится к установлению нормативно-правовых положений как предписаний общего характера, рассчитанных на регулирование типичных общественных отношений. Управление предполагает также распространение нормативных предписаний на индивидуальные общественные отношения, на персонально определенных их участников посредством принятия государственными органами управленческих решений индивидуального характера на основе применения норм права².

В этом смысле правосудие по гражданским делам необходимо рассматривать как строго регламентированную законом деятельность, направленную на распространение действия общих нормативных предписаний (норм права) на конкретные индивидуальные общественные отношения. Посредством применения права осуществляется приведение системы общественных отношений в соответствие с присущими ей закономерностями (установленными правилами) в целях обеспечения оптимального функционирования. Такими закономерностями выступают как общие правила поведения – нормы права, так и правоприменительная практика.

Система гражданского судопроизводства любой страны, будучи составной частью ее властной системы, находится в сложных взаимоотношениях как с другими ветвями власти, так и с более широким социально-экономическим окружением. Повышение результативности и эффективности функционирования системы гражданского судопроизводства согласно положениям экономической теории должны положительно сказываться на стимулах к эффективному использованию ресурсов³.

Скажем больше, повышение эффективности системы гражданского судопроизводства будет способствовать увеличению эффективности всей системы социального управления, неотъемлемой частью которого судопроизводство и является. Заметим, однако, что характер корреляции здесь отнюдь не линейный. Многие зависит от результатов комплексной работы, направленной на равномерное повышение эффективности всей системы. Например, резкое увеличение производительности и результативности судебной системы без адекватного повышения эффективности работы Федеральной службы судебных приставов может повлечь разбалансировку всего механизма судебной защиты прав и законных интересов, не позволит достичь поставленных государством и обществом целей. Права и охраняемые законом интересы рискуют в такой ситуации остаться без реальной защиты.

¹ См. подробнее: Эффективность гражданского судопроизводства в России. С. 7–8.

² Дюрягин И.Я. Право и управление. М., 1981. С. 51.

³ Эффективность гражданского судопроизводства в России. С. 9.

В литературе, да и не только, активно обсуждаются проблемы функционирования судебной системы. Нет смысла их приводить здесь по причине широкой известности. Экономистами негативные моменты, выявленные в деятельности судов, рассматриваются как различные проявления одной базовой причины: монопольного положения суда в секторе оказания услуг по улаживанию частных конфликтов, которые стороны по какой-либо причине не сумели уладить самостоятельно, не прибегая к услугам государственной судебной власти.

Именно для монополиста характерны такие стратегии действия в отношении потребителей его услуг, как (1) незаинтересованность в обеспечении потребителей достоверной информацией; (2) отсутствие заботы о повышении качества услуг; (3) оказание услуг в тех формах, которые удобны производителю, а не потребителю; (4) отсутствие внимания к условиям оказания услуг¹. Для экономиста средство преодоления перечисленных недостатков совершенно ясно: необходимо трансформировать монопольный сектор в конкурентный или хотя бы состязательный. Именно реальная конкуренция (или ее угроза, как в случае состязательных рынков, открытых для входа на них потенциальных конкурентов) заставляет производителей услуг заботиться и об адекватном информировании потребителей, и о качестве услуг, и о качестве условий их предоставления, и о снижении издержек для потребителей, повышении удобства получения услуги².

Весьма своеобразные (с юридической точки зрения) варианты решения проблемы повышения эффективности системы гражданского судопроизводства с необходимостью потребуют процессуального оформления. Каким же образом трансформировать монопольный сектор оказания услуг по урегулированию правовых конфликтов в конкурентный? в экономической литературе в качестве элементов конкуренции в судебной системе рассматриваются:

1) существующая практически во всех правовых системах возможность выбора истцом места слушания дела: по месту совершения правонарушения, по месту проживания (регистрации) ответчика и т. п.;

2) включаемые в судебную систему альтернативные формы разрешения конфликтов³.

Отметим некоторую надуманность первого из представленных элементов. Оправданное с позиций экономической теории решение не выдерживает серьезной критики при его сопоставлении с положениями процессуального законодательства. С некоторой долей условности в качестве элементов конкуренции в судебной системе могут рассматриваться процессуальные межотраслевые механизмы подведомственности и подсудности, реализованные в нормах гл. 3 ГПК РФ, гл. 4 АПК РФ, других федеральных законов. Говоря о реальной конкуренции в юрисдикционном секторе, необходимо принимать во внимание существующую (и уже применяемую) для сторон возможность передать споры на рассмотрение иностранных судов⁴. Вместе с тем практика часто свидетельствует о нецелесообразности конкурентных подходов в судебной системе. История применения самыми разными судами обеспечительных мер в корпоративных конфликтах – яркое тому доказательство. Альтернативные способы разрешения правовых конфликтов не могут в обозримой перспективе конкурировать с судами. Даже в самых оптимистичных прогнозах говорится о том, что они могут лишь частично разгрузить судебную систему, но не стать ей реальным конкурентом.

Ни государство, ни общество не ставят сегодня своей задачей повысить конкурентоспособность судебной системы (как залог ее эффективности). Предлагаемые экономистами решения применимы в условиях рынка. Разрешение гражданских споров судом выходит за пределы рыночной плоскости и преследует совершенно иные социальные цели. Государство должно на всей своей территории иметь механизм, обеспечивающий защиту прав и законных интересов граждан

¹ Эффективность гражданского судопроизводства в России. С. 71.

² Там же. С. 71–72.

³ См.: Эффективность гражданского судопроизводства в России. С. 72.

⁴ Весьма показательным является пример недавно рассмотренного в Англии дела. См. подробнее: Скворцов О.Ю. Юрисдикционный эгоизм или дело Михаила Черного против Олега Дерипаски // Третейский суд. 2009. № 2. С. 43–57; Третейский суд. 2008. № 6. С. 35–38.

и организаций при их возможном обращении. Такой механизм в идеале должен обеспечивать равный по качеству уровень защиты в любом своем звене. Конкуренция же с необходимостью влечет дифференциацию. Государственный юрисдикционный механизм должен функционировать на некотором уровне эффективности, уровне, отличном от полного. Здесь полагаем уместным обратить внимание на одну любопытную закономерность. Оценка качества оказываемой государством услуги по разрешению спора осуществляется относительно некоторого исходного количества юридических дел. Повышение эффективности правосудия по гражданским делам с неизбежностью влечет укрепление доверия к суду и, как следствие, существенный рост количества новых обращений. В такой ситуации вышедшая на некоторый уровень эффективности судебная система не справляется с увеличившимся объемом дел и перестает быть эффективной, ведь возможности быстрого экстенсивного развития государственной судебной системы сильно ограничены. Кроме того, повышение эффективности системы гражданского судопроизводства не стимулирует стороны к поиску компромисса, к достижению путей разрешения конфликта самостоятельно.

Эффективность системы гражданского судопроизводства в масштабах государства не определяется исключительно лишь экономическими факторами. Как справедливо замечает М.А. Плюхина, практически эффективность судопроизводства в широком смысле – это эффективность избранной законодателем модели судопроизводства, т. е. единого механизма, состоящего из целей и задач гражданского судопроизводства и совокупности мер, которые позволяют их достичь¹. Такие цели заданы законодателем в ст. 2 ГПК РФ, ст. 2 АПК РФ. Кроме того, повышение эффективности осуществления правосудия напрямую зависит от обеспечения его доступности, которая, в свою очередь, включает ряд процессуальных аспектов – возможность беспрепятственно обратиться за судебной защитой и одновременно упрощение процедуры судебного разбирательства; своевременность отправления правосудия по гражданским делам; бесплатная для граждан юридическая помощь².

Эффективность системы гражданского судопроизводства для разрешения конкретного спора сторон. Эффективность судопроизводства по отдельно взятому делу – это вынесение законного и обоснованного решения³. В полной мере соглашаясь с приведенным тезисом, все же отметим, что основная цель сторон глубоже, нежели материально-правовой результат и, ее стоит искать в экономической плоскости. Для конфликтов, возникающих в сфере гражданского оборота, целью разрешения (урегулирования) становится увеличение благосостояния участников спора. Формализация правоприменительным или иным актом некоторого состояния правовой определенности, материально-правового результата, о котором говорится в литературе⁴, становится залогом достижения экономической цели. Эффективность системы гражданского судопроизводства для разрешения спора сторон определяется целесообразностью применения судебного разбирательства для данного конкретного случая, *ad hoc*. В этом аспекте эффективность определяется как соотношение результата и затрат на его получение. Соответственно, основными факторами, определяющими для сторон выбор той или иной формы защиты права, становятся размер спорного требования и расходы, которые сторонам необходимо понести для разрешения дела.

¹ Плюхина М.А. Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам : автореф. дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 10.

² См. подробнее: Власов А.А. Актуальные проблемы повышения эффективности правосудия в гражданском судопроизводстве // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. статей. Краснодар – СПб., 2004. С. 205 и далее.

³ См.: Плюхина М.А. Указ. соч. С. 9.

⁴ См., например: Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : учеб.-метод. материалы и практические рекомендации / сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2009. С. 106.

ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОПТИМИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ КАК ОСНОВА МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

О РОЛИ МЕДИАЦИИ В РАЗВИТИИ РЫНОЧНЫХ НАЧАЛ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ

Клык Надежда Леонидовна

Несмотря на то, что значение ФЗ РФ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹ (далее – Закон) не ограничивается лишь сферой экономики и разработан в целях не только (1) для содействия развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, но и (2) для гармонизации социальных отношений, едва ли нуждается в доказывании не просто взаимозависимость обозначенных сфер, но, прежде всего, исторически предопределяемая подчиненность второго первому, ибо опыт выживания россиян в 90-е годы прошлого века куда яснее и нагляднее доказал это, нежели все постулаты учения марксизма-ленинизма о взаимосвязи базиса и надстройки.

Предопределив возможность применения процедур медиации по спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также по спорам, возникающим из трудовых и семейных правоотношений, законодатель не исключил возможность использования посредничества в случаях, предусмотренных федеральными законами, и по конфликтам иных категорий².

Не в последнюю очередь нововведения будут определяться исходя из тех же посылок, что в итоге и предопределили разработку и принятие самого Закона, анонсируемого деловым сообществом страны как одну из важнейших антикризисных мер. Но при любом расширении сферы использования посредничества, возможные нововведения едва ли способны оказать большее влияние на экономику, чем положения Закона об использовании медиации по договорным спорам между хозяйствующими субъектами.

Резкое увеличение количества судебных споров *о неисполнении и о ненадлежащем исполнении договорных обязательств* (в 2009 г. их прирост составил 2,02 по сравнению с 2008 г.) явилось наиважнейшим поводом для ускорения процесса принятия Закона, когда многие, не нашедшие отражения в нём предложения научных и деловых сообществ страны, продолжают бурно обсуждаться в литературе на предмет выработки новых законодательных новелл.

Именно по данной категории дел проявляется в рыночных условиях итоговый макроэкономический эффект в стране, что подтвердилось, в частности, приняти-

¹ ФЗ РФ от 27.07.2010г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (принят ГД ФС РФ 07.07.2010) // СПС «КонсультантПлюс».

² С мнениями и позициями научных и практических работников Красноярского по поводу тех или иных конфликтов, по которым необходима или же является излишней медиация, можно ознакомиться в сборнике материалов региональной научно-практической конференции, проведённой Юридическим институтом СФУ в рамках договоров о взаимном сотрудничестве СФУ с Союзом промышленников и предпринимателей Красноярского края, Центрально-Сибирской торгово-промышленной палатой, а также при содействии Красноярского регионального отделения общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России» и Информационного центра «Искра»: Медиация в условиях кризиса: теоретический и практический аспекты : Материалы региональной научно-практической конференции. Красноярск : СФУ, 2010. 115 с.

ем в год дефолта Пленумом ВАС РФ постановления № 8 от 25.02.1998г. «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»¹, когда в связи с резким увеличением роста судебных дел по признанию недействительными сделок, совершенных неуправомоченными лицами, ВАС РФ резко изменил практику рассмотрения споров, указав в п. 25, что если по возмездному договору имущество приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, собственник вправе обратиться с иском об истребовании имущества из незаконного владения лица, приобретшего это имущество.

Повышение качества рассмотрения судебных споров² по договорным отношениям хозяйствующих субъектов, возникающим из различных оснований, являясь первоосновой социального благополучия в условиях рыночной экономики. Именно в них отражаются все нестыковки договорного механизма правового регулирования, заменившего, как известно, акты планирования нерыночного периода хозяйствования, в соответствии с которыми происходило не только возникновение хозяйственных связей, но и появление самих субъектов хозяйственной деятельности.

Обращение же конфликтующих сторон к посреднику (медиатору) на основании соглашения *о проведении процедуры медиации*, сам факт которого априори свидетельствует о попытке преодолеть конфликт и возникшие нестыковки интересов не на основе действующего законодательства, а исходя лишь из имущественных выгод достигаемого соглашения о примирении (*медиативного соглашения*), практически означает некое подобие «возврата» к историческим корням появления тех или иных договорных конструкций, которые зародились изначально в недрах делового оборота и лишь затем переносились уже в сонм гражданского законодательства³.

Отмечаемый А.И. Каминкой факт, что в области торговых отношений на первом месте закон *целесообразности*⁴, позволяет прийти к выводу, что договариваясь, а тем самым и торгуясь в процессе медиативной сессии, субъекты спора так или иначе способны породить не только новые для них договорные отношения, но и те, которые могут оказаться абсолютно новыми для действующего законодательства. И как показывает опыт хозяйственной деятельности на планете ещё с времён Древнего Рима, именно за счёт совершено новых договорных форм – наиболее эффективных для развития конкуренции в экономике, происходило процветание стран и народов.

Естественно, как и при достижении медиативного соглашения на основе *de lege lata*, так при выработке медиативного соглашения, по сути не известного законодательству, спорящие стороны крайне заинтересованы в уяснении соответствующих правовых последствий, а поскольку медиатор не вправе оказывать сторонам юридическую, консультационную или иную помощь (пп. 2 п.6 ст.15 Закона), то в таких случаях помощь оказывает квалифицированный консультант. Вместе с тем, гипотетически допуская возможность зарождения новых договорных форм в процессе проведения медиации, нельзя сбрасывать со счетов и далеко не в полной мере освоенный опыт современным бизнес-сообществом России опти-

¹ В настоящее время не действует в связи с принятием совместного постановления Пленума ВС РФ и ВАС от 29.04.2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

² Следует отметить, что в пояснительной записке к проекту Закона наряду с иными положениями (определение механизма реализации Федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы в части последовательного внедрения института посредничества в практику досудебного разрешения споров; широкое внедрение досудебных и внесудебных процедур позволит активизировать в гражданском обществе урегулирование споров вне рамок судопроизводства, что будет способствовать развитию устойчивой демократии), отмечалось, что принятие представленного проекта позволит повысить качество рассмотрения споров, а также будет способствовать «разгрузке» судебной системы Российской Федерации, что, соответственно, будет также способствовать повышению ее эффективности.

³ Более подробно см.: Каминка А.И. Очерки торгового права. М. : АО «Центр ЮрИнфоР». 2002. С. 70.

⁴ Там же.

мальных договорных форм, предусмотренных действующим законодательством. Эти договорные формы могут приобрести значение для выработки соответствующего медиативного соглашения¹, а в случае необходимости и для обеспечения его свойствами бесповоротности, когда не потребуется утверждение судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством или законодательством о третейских судах, законодательством о международном коммерческом арбитраже (п. 3 ст. 12 Закона).

Говоря же об *оптимальных договорных формах* при достижении медиативных соглашений, использование которых в хозяйственной практике, как показывает исторический опыт, способствуют достижению наивысшего макроэкономического результата при минимальных ресурсных затратах, следует напомнить, что к ним относятся абстрактные сделки, где главным перфекционным эффектом как раз и является бесповоротность перехода к приобретателю различных видов имущества.

В настоящее время «секретом Полишинеля» является достаточная распространённость судебных споров, по которым заявитель, требуя по иску о признании отчуждательной сделки недействительной вернуть переданное приобретателю имущество, стремится тем самым переложить понесённый им риск предпринимательской деятельности на других лиц, злоупотребляя правом на судебную защиту. При доказанности этого факта суд вправе отказать в иске на основании ст.10 ГК РФ, чего практически не встречается в современном правоприменении.

Для того чтобы конфликтующим сторонам выработать более прочное медиативное соглашение, исключающее впоследствии возможность отказа от него по тем или иным причинам (в связи с чем нередко и предлагается придать соглашениям о примирении обязательную силу), им необходим именно договорный вариант, гарантирующий *неотменяемость порождаемым соглашением о примирении прав и обязанностей*. В силу соответствующих положений ГК РФ это становится возможным лишь при использовании абстрактных сделок, к числу которых относятся не только общеизвестная всем банковская гарантия, но и сделки выпуска и передачи всех ценных бумаг.

При всех надуманных и придуманных сложностях изучения и освоения ценных бумаг каждая из них фиксирует известный ГК РФ соответствующий договор, отличительной особенностью которого является лишь абстрактность обязательства (абз.1 п. 2 ст.147ГК), т. е. его юридически обеспеченная *безусловность и неотменяемость* – как раз именно то свойство, которое более всего и требуется для успешности итоговой функции медиации в целом, т. е. для примирения. Установленный законом порядок их выпуска практически означает заключение разнообразных гражданско-правовых договоров, а тем самым их приемлемость в различных сферах хозяйственной деятельности, что важно при выборе варианта взаимовыгодного для спорящих сторон варианта примирения. Это может быть:

- договор займа (вексель, облигация);
- договор о совместной деятельности (акция);
- предварительный договор (опцион эмитента, российская депозитарная расписка);
- договор морской перевозки (коносамент);
- договор складского хранения (двойное и складское свидетельство);
- договор доверительного управления (инвестиционный пай, сертификат ипотечного покрытия) и др.

Представляя возможность выбора наиболее выгодной в макроэкономическом аспекте договорной формы, ценные бумаги в большей или меньшей степени расчитаны как раз на развитие внутриторгового кредитования (являющегося базовым для экономики в целом) или же «внутреннего» кредитования в тех или иных сферах, когда возникает возможность обойтись без банковского кредита, а тем самым произвести резкое снижение цены товара или услуги.

¹ Хотя медиативное соглашение по возникшему из гражданских правоотношений спору и достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной *без передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда*, и представляет собой гражданско-правовую сделку, порождаемое ею обязательство сторон имеет натуральный характер, т. е. не обеспечено возможностью принуждения к исполнению.

Необходимая при достижении соглашения о примирении *безусловность возникающих при этом прав и обязанностей спорящих сторон*, с одной стороны, и *наглядность экономических выгод* – с другой, могут быть продемонстрированы на примере использования любой ценной бумаги.

В условиях же осуществляемых в стране инновационных экономических преобразований, когда у хозяйствующих субъектов при реализации тех или иных бизнес-проектов есть постоянная потребность в дополнительных финансовых ресурсах, а также возможно появление угрожающих банкротством долгов перед контрагентами, наиболее пригодными могут оказаться: 1) складские ценные бумаги (простое складское и двойное складское свидетельства) и 2) акции.

Хотя, как это имеет место при использовании и иных ценных бумаг, оба складских свидетельства (простое складское и двойное складское) позволяют оптимизировать товарооборот и быть идеальным средством с точки зрения возможностей сокращения количества общественно-необходимого труда при получении банковского кредита. Тем не менее существующие между ними различия показательны в аспекте наиболее важного свойства имущественных ценностей в условиях рынка в виде их оборотоспособности.

При передаче простого складского свидетельства в качестве предмета залога по договору кредита собственник товара лишается возможности распорядиться товаром. А поскольку кредитные учреждения не являются субъектами товарного рынка, то оборот товара в этом случае, образно говоря, просто «замирает», т. е. Выпадает из обращения.

При передаче в качестве предмета залога варранта (залоговой части двойного складского свидетельства – ст.912 ГК РФ), находящийся на товарном складе товар, хотя и обременённый залогом, предоставляет собственнику (владельцу складского свидетельства) возможность его продажи, что весьма значимо для собственности в условиях постоянно изменяющихся цен на товары в рыночном пространстве.

При проведении медиативных процедур по делам о взыскании банками с хозяйствующих субъектов задолженности по кредитам вряд ли удастся найти какой-либо иной вариант примирения, кроме выпуска двойного складского свидетельства.

Масштабы преобразовательной политики экономики Красноярского края предполагают появление холдингов, о смысле и назначении которых всё чаще говорят в своих выступлениях руководители страны. Не касаясь всех правовых и организационных вопросов «строительства» холдингов и ограничившись лишь выявлением предпосылок для создания при осуществлении примирительных процедур в процессе медиации, следует обратить внимание на наиболее типичные по спорам о взыскании денежных долгов обстоятельства, при наличии которых спорящим сторонам как раз будет крайне выгодно придти к примирению:

- наличие у истца заинтересованности в успешном продолжении ответчиком своей производственно-хозяйственной деятельности, ибо в противном случае ему придётся искать другого контрагента, что чревато лишними затратами средств и времени на поиски нового контрагента;
- наличие заинтересованности подобного рода и у самого ответчика, ибо только в этом случае ему выгодно обрести статус дочернего общества, нежели прекратить свою деятельность в процессе несостоятельности (банкротства)¹.

Именно к возможности такого рода *примирениям* практически «подталкивает» бизнес-сообщество страны ФЗ РФ от 27.12.2009 г. № 352-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части пересмотра ограничений для хозяйственных обществ при формировании уставного капитала, пересмотра способов защиты прав кредиторов при уменьшении уставного капитала, изменения требований к хозяйственным обществам в случае несоответствия уставного капитала стоимости чистых активов, пересмотра ограни-

¹ Едва ли нуждается в доказывании тот факт, что при наличии у дочерних обществ денежной задолженности перед основными (материнскими) обществами угрозы банкротства не возникает в силу наличия в этом случае соответствующих организационных предпосылок по нормализации деятельности неисправных договорных контрагентов.

чений, связанных с осуществлением хозяйственными обществами эмиссии облигаций». Содержательная часть внесённых указанным законом изменений в ГК РФ (п. 2 ст. 90, п. 2 ст. 99), в ФЗ РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (п. 4 ст. 19) и в ФЗ РФ «Об акционерных обществах» (п. 2 ст. 34), с одной стороны, предоставляет возможность при наличии доброй воли обществ не допустить массовых банкротств, а с другой – появление взвешенно и грамотно с экономических позиций созданных интегрированных структур, без которых поступательное развитие рыночных отношений невозможно¹.

Примеры возможности примирения сторон спора на основе достижения соглашения о дальнейшем взаимовыгодном сотрудничестве могут быть продолжены с учётом иных вариантов использования при этом абстрактных сделок, преимуществ использования которых при медиации могут быть охарактеризованы следующим образом:

1. Неотменяемость возникших в процессе примирения прав и обязанностей сторон спора, гарантий, которые не существуют в случае заключения иных, т. е. общегражданских договоров, по которым есть вероятность их оспаривания, а тем самым и вероятность «уничтожения» соответствующих прав и обязанностей в порядке применения реституционных последствий.

2. Осознание субъектами хозяйственной деятельности преимуществ использования собственно рыночных средств правового регулирования и упорядочения имущественных взаимоотношений, позволяющих резко сокращать количество общественнонеобходимого труда на производство продукции, на оказание услуг и т. д.

Представляется, что приведённые примеры медиативных соглашений, позволят не только избавить экономику страны от финансовых катаклизмов, но и придать ей импульс поступательного развития.

О РОЛИ НАУКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В МОДЕРНИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ РОССИИ

Клык Надежда Леонидовна

«...Полностью оправдывает себя ... подход к изучению гражданского права как науки, ставящий во главу угла не информацию о действующем законодательстве ..., а выработанные цивилистической наукой и проверенные многовековой практикой понятия, категории и конструкции»

Е.А. Суханов

Как известно, наука гражданского права представляет собой определенным образом систематизированную совокупность знаний о гражданско-правовом регулировании общественных отношений, свойствах, и закономерностях его функционирования и развития, а также способах достижения эффективности и средствах получения новых знаний, необходимых для дальнейшего совершенствования гражданского права.

Хотя понятия «наука гражданского права» и «модернизация экономики» и не рассматриваются в литературе в качестве разноплановых явлений, тем не менее, вопросам воздействия науки частного права на макроэкономические преобразования в стране практически не придаётся должного значения.

Нельзя не отметить при этом и исчезновение во времени пафоса утверждений 90-х годов прошлого века, когда за Гражданским кодексом Российской Федерации повсеместно утверждалось значение своеобразной *КОНСТИТУЦИИ* рыночной экономики.

¹ Более подробно см.: Клык Н.Л. Интервью для газеты «Советник» // Советник. Грамотное управление». 2010. № 5.

Лишь с изданием Указа Президента РФ от 18.07.2008г. № 1108 г. «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором провозглашена необходимость развития **законодательных основ рыночной экономики** и правового обеспечения международных экономических и гуманитарных связей Российской Федерации, появились весомые предпосылки для значительного усиления роли цивилистической науки в экономических преобразованиях в стране.

Разработанные во исполнение указа пять концепций совершенствования ГК РФ (Общих положений, о юридических лицах, о вещном праве, Общих положений обязательственного права России, о ценных бумагах и финансовых сделках) представили весьма достаточно широкий спектр существующих в литературе научных разработок, реализация которых несомненно окажет благотворное воздействие на социально-экономическую действительность в России.

Вместе с тем настораживают те положения концепций, в которых прослеживается тенденция уничтожения исторических достижений цивилистической мысли, в силу чего возникает явная угроза отрицательного воздействия науки гражданского права на процессы модернизации экономики в стране. Прежде всего это касается абстрактных сделок¹, действенность которых отстаивалась в дореволюционной цивилистике самым решительным образом, что было не так просто сделать в условиях консенсуальной модели перехода права собственности.

Отмечая преимущества использования абстрактных сделок, заключающиеся в простоте осуществления основанных на них процессуальных притязаний, Ю.С. Гамбаров писал: «Веский аргумент в пользу абстрактных сделок – это быстрота и лёгкость обращения вытекающих из них прав. Без такой быстроты и лёгкости обращения, вместе с тем соединённых с этим обращением операций, абстрактные обязательства не могли бы исполнять в обороте своей функции заместителей денег и поэтому уже погибли бы для него. Нечего говорить, насколько такая гибель была разорительна для кредита и всего менового хозяйства»².

Именно такого рода разорительность присуща базовому сектору экономики (заменившему по своему **функциональному назначению** акты планирования нерыночного периода хозяйствования) – оптовой торговле³, без оптимизации которой у российской промышленности нет возможностей для поступательного развития.

Зародившись в недрах торгового оборота в Древнем Риме, абстрактная сделка современному российскому юристу чаще всего представляется понятием исключительно схоластического, но не практического свойства. И уж тем более, когда речь идёт об их назначении в инновационных экономических процессах, ибо невозможно обнаружить в современной цивилистической литературе утверждений о «разорительности» для кредита и «всего менового хозяйства» в случаях неиспользования абстрактных сделок, обозначенных проф. Ю.С. Гамбаровым.

Несмотря на то, что современная торговля является в России самым динамично развивающимся видом предпринимательской деятельности, привносящим в бюджет страны наибольшую часть налоговых и иных обязательных платежей, об её неэффективном, затратном характере постоянно говорят политики, экономисты и всё чаще к проблемам оптимизации товаропроводящих сетей обращаются средства массовой информации. И если в отношении собственно потребительского сектора экономики руководство страны ещё способно определённым образом снизить негативные издержки роста цен на товары массового потребления, то применительно к производственному сектору – нет.

Парадоксальность возникающей при этом ситуации заключается в том, что с незапамятных времён создаваемые именно торговлей правовые понятия, категории и конструкции, способствующие социальному и экономическому про-

¹ Более подробно см.: Клык Н.Л. О бесспорных и спорных положениях проекта Концепции развития законодательства о ценных бумагах // СПС «КонсультантПлюс».

² Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М.: Изд-во «Зерцало», 2003. С. 711.

³ Более подробно см.: Клык Н.Л. Доктрина торгового права в аспекте основных проблем современной российской цивилистики/ Правовая политика и правовая жизнь. Саратов – Москва, 2009. С.141–47.

грессу¹ и закреплённые в действующем гражданском законодательстве, в настоящее время российской торговлей практически оказались невостребованными. И хотя в этом случае данная проблема, скорее, должна обсуждаться цивилистами-коммерциалистами, едва она может быть «выброшена» за пределы науки гражданского права. Заслуживает внимания опыт осмысления нужд торговли дореволюционными цивилистами, придававшими интересам её развития не меньшее значение, нежели римские юристы.

Как известно, ещё в римский период произошло осознание преимуществ оборота прав требования для процветания государства и, несмотря на официальную неподвижность римских обязательств, был накоплен опыт для создания их оборота – сначала путём использования абстрактной сделки стипуляции, как это имело место при активной делегации, а затем, с появлением формулярного процесса, – судебного представительства, в рамках которого зародился и был отшлифован механизм известной нам цессии. Следование именно римскому опыту позволило Д.И. Мейеру говорить о преимуществах оборота обязательственных прав, который требует наибольшей свободы, поскольку «каждое ограничение без нужды неблагоприятно отражается на экономическом положении общества», ибо «...почти вся торговля движется кредитом: кредитные знаки, векселя заменяют деньги – ими производятся платежи точно так же, как наличными деньгами...», поэтому без оборота прав требования «не может развиваться кредит, а без него развиваться торговля»².

В современной же цивилистике макроэкономическому эффекту оборота обязательственных прав не уделяется серьёзного внимания. Существует три научных позиции по поводу правовой природы цессии (каузальности, абстрактности и смешанного характера), что само по себе заставляет надолго задуматься о причинах существующих различий. В этой связи вызывает интерес, в частности, противоречивость научной позиции достаточно авторитетного учёного – И.К. Скловского, ибо в ней как в капле воды отражаются свойства «моря» научных мнений и дискуссий практически по всем важным для экономики гражданско-правовым понятиям, категориям и конструкциям. В одном случае автор говорит о естественной абстрактности цессии («абстрактность цессии сама по себе гораздо более естественна, чем абстрактность традиции»), и, кроме того, в отличие от многих иных авторов обращает внимание на значение оборота обязательственных прав («а более короткий срок жизни прав требования сравнительно с вещами даёт и больше причин пренебречь этими правами в угоду обороту»³).

Казалось бы, из фразы о большей, по сравнению с традицией, естественности цессии следует вывод и о большей наглядности её абстрактного характера, ибо, действительно, достаточно представить наличие в цессии ссылки на основание её совершения и становится очевидным невозможность перехода права от цедента к цессионарию – почему термин «естественность» в связи с этим является не просто уместным, а единственно возможным.

Но далее И.К. Скловский, полагая, что «пока цессия не выделена в законе как отдельная сделка и особенно пока она не признана абстрактной сделкой (закон и практика не признают абстрактности и за традицией), мы лишены возможности обсуждать цессию как распорядительную сделку», практически отказывается признавать за цессией значение не только абстрактной, но и сделки, известной закону⁴.

Такой непоследовательный подход практически пронизывает современную цивилистическую доктрину, что самым непосредственным образом влияет и на практику рассмотрения споров в судах, и на законодательную технику. Причём в данном случае речь идёт о сделке, известной законодательству (ст. ст. 211–215,

¹ Более подробно см.: Мартемьянова Т.С., Белов В.А. Ценные бумаги: эволюция становления и развития // Правоведение. 1992. № 6. С. 58–63; Клык Н.Л. Роль торгового оборота в развитии гражданского законодательства // Актуальные проблемы юридической науки: тезисы докл. Всерос. науч. конференции, посвящённой 50-летию образования Юридического института (факультета) Красноярского государственного университета. Красноярск, 2005. С. 516–521.

² Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М.: Статут, 1997. С. 114–15.

³ Скловский И.К. О действительности продажи чужого имущества // СПС «Консультант-Плюс».

⁴ Скловский И.К. Собственность в гражданском праве // СПС «Консультант-Плюс».

216 ГК РСФР 1964 г.) и хозяйственной практике нерыночного периода страны¹. Что же тогда говорить о неизвестных тому периоду сделках – по выпуску и передаче ценных бумаг, уступке долей участия в корпорациях и т. д.

Не слишком ли затянута процесс научного осмысления главного элемента механизма правового регулирования экономических отношений в условиях рынка? Пожалуй, среднестатистический выпускник юридического вуза более внятно может поведать как о понятии, так и о значении абстрактной сделки в Древнем Риме, нежели в современной предпринимательской деятельности. За множеством бесконечных турбулентных² научных дискуссий, итогом которых всё чаще становится практически уничтожение действительности абстрактных сделок в экономике, невольно упускается из виду предназначение науки гражданского права в рыночных условиях.

Казалось бы, возврат страны к опробованным мировым опытом условиям хозяйствования непременно должен был возродить в научной среде дух глубокой социальности дореволюционных отечественных цивилистов, которые стремились внедрить в России опыт стран Европы (и прежде всего Германии) по правовому регулированию гражданским законодательством хозяйственных отношений в стране.

Но появление самых интересных работ по абстрактным сделкам

В.В. Бердникова³ и Л.Ю. Василевской⁴ (и самых важных для современного правоприменителя и законодателя), не породило фронтальной дискуссии, сфокусированной на тех экономических выгодах, которые привносятся в экономику страны как при использовании оптимальных правовых средств, так и адекватной смыслу гражданского законодательства практикой рассмотрения споров при оспаривании сделок.

Весьма печальным следствием этого является и «уничтожение» свойств абстрактности отдельных сделок в законодательстве, как это характерно для сделок по передаче долей участия в ООО, и стремление к оному в отношении сделок с акциями в Концепции по совершенствованию законодательства о ценных бумагах⁵, когда уже на законодательном уровне⁶ предлагается предусмотреть за участниками оборота право самим определять момент перехода права собственности на акции – тем самым ставить его в зависимость от *privatcausa* по сравнению с установленным в законе порядке, связывая его, в частности, с моментом оплаты приобретателем ценных бумаг.

Наверно это как раз тот случай, когда, по утверждению Е.А. Суханова, отечественная цивилистика и **следующее за её выводами и постулатами законо-**

¹ См.: Гуревич Г.С. Споры об ответственности при уступке требования и переводе долга // Комментарий арбитражной практики. М., 1982. Вып. 15. С. 20–31.

² Едва ли применительно к становлению современной теории сделки в целом и к определению в ней места абстрактной сделки может быть дана какая-либо иная характеристика, нежели приведённая (от лат. *turbulentus* – вихревой), ибо противоречивые выводы по базовым в данном случае понятиям (сделка, юридический поступок, односторонняя сделка, договор, основание сделки и т. д. – образуют «вихревые потоки», исключающие прагматический подход, который неизбежен как при применении и толковании гражданского законодательства, так и при его совершенствовании.

³ Бердников В.В. Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения лица // Законодательство. 2002. № 2. С. 16–22. № 3. С. 36–39.

⁴ Василевская Л.Ю. М. : Статут, 2004.

⁵ Более подробно см.: Клык Н.Л. О бесспорных и спорных положениях проекта Концепции развития законодательства о ценных бумагах // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Необходимо напомнить, что до появления постановлений Президиума ВАС РФ за № 8815/04 и № 10408/04 от 01.05.2005 г. в судебной практике торжествовал подход, когда в случае отказа отчуждателя от передачи акций, она производилась на основании решения суда, «освящающего» при этом тем самым *privatcausa*. Вызвавшие бурное возмущение многих учёных, данные постановления, тем не менее, постулировали весьма несложную истину: субъекты оборота при приобретении акций должны приравниваться к требованиям законодательства т. е. без проявления отчуждателем волеизъявления в передаточном распоряжении или поручении переход их к приобретателю немислим. На фоне бурного недовольства совершенно выпал из внимания тот факт, что ГК РФ допускает принуждение продавца (отчуждателя) к исполнению в натуре лишь в отношении индивидуально-определённых вещей (ст. 463, ст. 398).

дательство (выделено мной. – Н.К.) действительно иногда не вполне последовательно отражают современное состояние дел в некоторых отдельных сферах имущественных (гражданско-правовых) отношений»¹. На самом деле, на языке доктрины «говорят» и законодатель и правоприменитель, порождая, так сказать, соответствующие плоды её непоследовательности.

Но если применительно в целом к проблематике гражданско-правового регулирования имущественных отношений утверждение о частных случаях непоследовательного отражения состояния дел («иногда», «в некоторых отдельных сферах») вполне убедительно, то регулирование имущественных отношений в производственной сфере экономики едва ли можно признать таковым, поскольку это напрямую затрагивает интересы благополучия всей страны, ведь модернизация экономики в рыночных условиях возможна, прежде всего, за счёт средств гражданско-, но не административно-правового регулирования.

Несмотря на значительный по историческим параметрам отрезок времени рыночных преобразований в России, выпускники юридических вузов, как правило, имеют весьма смутное представление не только о понятии абстрактных сделок и их значении в экономике страны, но и об иных оптимальных договорных формах, способствующих резкому сокращению общественно-необходимого труда в производственной сфере. И как показывает опыт законодательной и правоприменительной практики, было бы весьма неосмотрительно утверждать, что ситуация может резко измениться в ближайшие годы.

Представляется, что научные работники федеральных университетов просто обязаны обеспечивать через подготовку специалистов повышение роли гражданского права в модернизации экономики страны, поскольку целями создания федеральных университетов в соответствии с Указом Президента РФ от 07.05.2008 г. № 716 «О федеральных университетах» являются:

- содействие системной модернизации высшего профессионального образования на основе интеграции науки, образования и производства;
- подготовка квалифицированных кадров для обеспечения долгосрочных потребностей инновационной экономики;
- обеспечение высокого уровня образовательного процесса, исследовательских и технологических разработок.

Легальной основой выданного предложения-императива является наличие у федеральных университетов права самостоятельно устанавливать образовательные стандарты и требования (п. 4 ст. 5 ФЗ РФ от 22.08.1996 г. № 125-ФЗ (ред. от 02.02.2011 г.) «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»; п. 2 ст. 7 Закона РФ от 10.07.1992 № 3266-1 (ред. от 02.02.2011 г.) «Об образовании»).

В заключение отметим, что в порядке выполнения поручения руководства СФУ о предоставлении информации для госзадания Министерству образования и науки, кафедрой коммерческого, предпринимательского и финансового права был представлен проект на тему **«Развитие рыночных начал российской экономики в соответствии с положениями Указа Президента РФ от 18.07.2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»**, предусматривающего выполнение некоторых мероприятий.

1. Организация работы по пересмотру образовательных стандартов по юриспруденции и внесение в них соответствующих изменений на предмет актуализации вопросов обозначенной темы при обучении студентов.

2. Организация работы по изданию учебника по гражданскому праву, содержащего необходимые каждому выпускнику юридических вузов страны положения по развитию рыночных начал российской экономики.

3. Издание учебника по гражданскому праву, содержащего необходимые каждому выпускнику юридических вузов страны знания по развитию рыночных начал российской экономики.

Думается, что без реализации данного или подобного ему проекта, повысить роль науки гражданского права в модернизации экономики страны будет весьма сложно.

¹ Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 7.

О МОМЕНТЕ ИСПОЛНЕНИЯ ДЕНЕЖНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В АСПЕКТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ

Серебрянников Сергей Владимирович

Определение денежного обязательства не содержалось и не содержится ни в отечественном, ни в иностранном законодательстве. По мере развития имущественных отношений эта категория трансформировалась вместе с развитием денежной системы. Изначально деньгами являлись только монеты из драгоценных металлов, все прочие монеты и бумажные деньги назывались денежными знаками¹. Постепенно законодатель наделил денежные знаки законной платежной силой, звонкая же монета исчезла из обращения. Конец XIX–XX вв. характеризовались невиданным развитием банковского дела, что привело к вытеснению из оборота наличных денежных знаков и постепенному их замещению безналичными расчетами. В части иностранных законодательств банковские переводы были признаны исполнением денежных обязательств еще в конце XIX в. Российские цивилисты рассматривали этот вопрос в 20-е годы прошлого века и вернулись к нему только в 90-е годы ушедшего столетия.

Однако основные усилия российской цивилистики идут на выяснение вопроса о правовой природе безналичных денежных средств. Вопроса, как показало время, не слишком продуктивного и реально мало чем способного помочь в обеспечении интересов участников гражданского оборота. В то же время регулирование особенностей исполнения денежного обязательства путем безналичных расчетов в ГК РФ полностью отсутствует. В настоящей статье нам бы хотелось остановиться на рассмотрении вопроса о моменте исполнения денежного обязательства путем безналичных расчетов.

Для определения момента исполнения денежного обязательства при безналичных расчетах мы предлагаем исходить из следующих критериев:

- кто из участников расчетов несет риск банкротства банков, участвующих в проведении расчетов;
- на ком лежит риск выбора контрагента;
- на ком лежит ответственность за привлеченные банки.

Эти критерии, по существу, не являются чем-то новым: на них указывает и большинство авторов, анализирующих данную проблематику, и эти же критерии указаны в п. 2.4.4 Концепции развития гражданского законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках (правда, почему-то применительно только к расчетам по инкассо). Однако использование этих критериев зачастую дает противоположные результаты.

(1) *Момент исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями.* В судебной практике мы найдем два противоположных подхода к определению момента исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями.

Согласно одному из них, в том числе выражаемому Президиумом ВАС РФ, денежное обязательство считается исполненным в момент зачисления денежных средств на счет кредитора². Одновременно Пленум ВАС РФ выражает мнение, что денежное обязательство погашается в момент зачисления денежных средств на корреспондентский счет банка получателя³. Последний подход в судебной прак-

¹ В частности, М. Литовченко рассматривал бумажные деньги и банковские билеты как собственные денежные обязательства. См.: Литовченко М. Деньги в гражданском праве. Киев, 1887. С. 21–24.

² См., к примеру: Постановление Президиума ВАС РФ от 13.03.2001 № 6721/00 по делу № А40-35443/99-105-205.

³ Пункт 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.1999 № 5 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета». Данный пункт, определяя момент исполнения обязательств банка

тике стал доминирующим¹. В отношениях по договору займа ГК РФ прямо установил, что если иное не предусмотрено договором займа, то сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или зачисления соответствующих средств на его банковский счет (п. 3 ст. 810). Эти положения применяются и по кредитному договору (п. 2 ст. 819).

Такое же расхождение позиций обнаруживается и в гражданско-правовой доктрине.

Если, по мнению Л.Г. Ефимовой, денежное обязательство при кредитовом переводе (расчетах платежными поручениями) прекращается в момент зачисления средств на корсчет банка получателя², то Р.Д. Зоркольников указывает, что денежное обязательство погашается лишь с поступлением средств на счет кредитора в банке³, а Л.А. Новоселова является сторонником первого подхода⁴, и в одном абзаце объединяет оба этих взаимоисключающих подхода⁵.

С нашей точки зрения, более правильным, исходя из соблюдения баланса интересов должника и кредитора, является подход, определяющий момент исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями момент зачисления денежных средств на корреспондентский счет банка кредитора. Однако надо признать, что этот подход несколько упрощен и не учитывает особенностей отношений, складывающихся при осуществлении расчетов не через корреспондентские счета, открытые в Банке России, в частности, при осуществлении расчетов внутри одного банка, а также через системы нетто-расчетов. Не во всех случаях он применим и при расчетах с использованием корреспондентских счетов, открытых в других коммерческих банках.

Обратимся к международной практике. Пунктом 1 ст. 19 «Завершение кредитового перевода» Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (1992 г.) установлен момент завершения кредитового перевода: «Кредитовый перевод завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара в интересах бенефициара. По завершении кредитового перевода банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения. Завершение кредитового перевода не оказывает никакого иного влияния на отношения между бенефициаром и банком бенефициара».

Одновременно в сноске к этому пункту Комиссия ООН по праву международной торговли предлагает государствам принять положения не только регулирующие момент завершения кредитового перевода, но и момент исполнения денежного обязательства из основного договора: «Если кредитовый перевод предназначался для целей исполнения обязательства перевододателя перед бенефициаром, которое может быть исполнено путем кредитового перевода на счет, указанный перевододателем, то обязательство исполняется в момент, когда банк бенефициара акцептует платежное поручение, и в том объеме, в каком оно было бы исполнено путем платежа такой же суммы наличными».

Понятие акцепта платежного поручения является более углубленной и расширенной проработкой вопроса. Под акцептом платежного поручения банком бенефициара в ст. 9 указанного Типового закона понимается:

плательщика по переводу денежных средств, тем самым определяет момент исполнения денежного обязательства плательщиком (должником) по основному обязательству.

¹ Об этом см.: Постановление Президиума ВАС РФ № 5474/99 от 28.03.2000; Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. 2-е изд., исправ. и доп. М.: Статут, 2003.

² В качестве обоснования этой позиции высказывается мнение, что на должника (плательщика) по основному денежному обязательству не может быть возложен риск, связанный с выбором кредитором банка, обслуживающего последнего. См. об этом: Витрянский В.В. // Гражданское право. Т. II. Полутом 2. Гл. 51 / под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 2000. С. 292.

³ Зоркольников Р.Д. Момент исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями // Закон. 2006. № 11.

⁴ Новоселова Л.А. Указ. соч.

⁵ Новоселова Л.А. Расчеты платежными поручениями // Кредитные организации в России: правовой аспект / О.А. Беляева, А. А. Вишневецкий, Л. Г. Ефимова и др.; под ред. Е.А. Павлодского. М.: Волтерс Клувер, 2006. Гл. 6. С. 212–213.

- а) когда банк получает платежное поручение при условии, что отправитель и банк договорились, что банк будет исполнять платежные поручения отправителя по их получению;
- б) когда банк направляет отправителю уведомление об акцепте;
- с) когда банк дебетует счет отправителя в этом банке в качестве платежа по платежному поручению;
- д) когда банк кредитует счет бенефициара или каким-либо иным образом передает средства в распоряжение бенефициара;
- е) когда банк направляет бенефициару уведомление о том, что тот имеет право снять средства или использовать кредитованные средства;
- ф) когда банк использует кредитованные средства каким-либо иным образом в соответствии с инструкцией, содержащейся в платежном поручении;
- г) когда банк использует кредитованные средства для погашения долга бенефициара перед банком или использует их в соответствии с постановлением суда или иного компетентного органа, или
- h) когда истек срок направления уведомления об отклонении акцепта, а уведомление не направлено.

В российской банковской практике вполне допустимо применение разделов а), б), с), д), е) п. 1 ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах, что позволит учесть особенности безналичных расчетов, проводимых через небанковские расчетные кредитные организации, особенности безналичных расчетов, производимых в рамках одного банка (в том числе межфилиальных), а также безналичных расчетов, осуществляемых на основании прямых корреспондентских отношений банков. В то же время максимально формализованные банковскими правилами платежные поручения не допускают возникновения момента ф), а императивные требования банковских правил в части недопустимости зачета требований банка к своему клиенту, осуществляемого без отражения указанных операций по счету клиента, с необходимостью предполагает возникновение момента г) всегда после момента д). Помимо этого, отечественными банковскими правилами возможность отклонения акцепта, а также направление уведомления об этом не предусмотрена.

При заключении гражданско-правовых договоров момент исполнения денежных обязательств определяется всевозможными способами. Такая диспозитивность выводится из указания Пленума ВАС РФ на то, что момент исполнения обязательства банка плательщика перед клиентом по платежному поручению может определяться договором банковского счета¹. По нашему мнению, момент исполнения денежного обязательства не может определяться диспозитивно, а должен устанавливаться императивно. Поскольку содержание денежного обязательства определяется только доктриной, то диспозитивность определения момента исполнения денежного обязательства приводит к невозможности установления определенного круга действий, которые необходимо совершить для исполнения денежного обязательства.

При этом необходимо учесть, что свобода усмотрения при определении момента исполнения денежного обязательства между должником и кредитором ограничена тем, как определяется момент исполнения обязательства по перечислению денежных средств в отношениях между этими лицами и обслуживающими их банками. А на последние и кредитор, и должник в денежном обязательстве могут влиять очень ограниченно. И диспозитивность в определении момента исполнения денежного обязательства может привести к тому, что лицо, на которое будет возложен риск за неисполнение обязательства привлеченными к расчетам банками, не будет иметь возможности обратиться с иском к банку, с которым у него заключен договор банковского счета, и не сможет защитить свои интересы.

(2) Момент исполнения денежного обязательства при расчетах чеками и при аккредитивной форме расчетов. Моменты исполнения денежного обязательства при расчетах чеками и при аккредитивной форме расчетов будут определяться

¹ Пункт 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.1999 № 5 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета».

аналогично моменту исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями.

(3) *Момент исполнения денежного обязательства при расчетах по инкассо.* Говоря о моменте исполнения денежного обязательства при расчетах в порядке инкассо, хотелось бы предварительно охарактеризовать сложившееся правовое регулирование данного института. Параграф 4 гл. 46 «Расчеты по инкассо» ограничивается тремя статьями (874–876), содержащими общие положения о расчетах по инкассо, определяющими порядок исполнения инкассового поручения и порядок извещения о проведенных операциях. Такого количества норм недостаточно для регулирования этих сложных гражданских правоотношений.

Банковские правила делят расчеты в порядке инкассо на расчеты, осуществляемые на основании платежных требований, оплата которых может производиться по распоряжению плательщика (с акцептом) или без его распоряжения (в безакцептном порядке), и на расчеты инкассовыми поручениями, оплата которых производится без распоряжения плательщика (в беспорном порядке).

Рассмотрим, на каких основаниях может производиться безакцептное и беспорное списание денежных средств. Для расчетов платежными требованиями такие основания приведены в п. 9.4 Положения о безналичных расчетах в РФ¹: «Без акцепта плательщика расчеты платежными требованиями осуществляются в случаях:

- 1) установленных законодательством;
- 2) предусмотренных сторонами по основному договору при условии предоставления банку, обслуживающему плательщика, права на списание денежных средств со счета плательщика без его распоряжения».

Отметим, что поскольку платежные требования использовались именно в гражданско-правовых отношениях (в отношениях с публичным элементом всегда использовались инкассовые поручения), то развитие рыночной экономики привело к отмиранию такого основания расчетов платежными требованиями, оплата которых производится в безакцептном порядке, как случаи, «установленные законодательством». Если на начало 1990-х гг. таких норм было порядка тридцати, то на сегодняшний день таких оснований в законах не содержится.

Несколько шире перечень оснований для беспорного списания денежных средств при расчетах инкассовыми поручениями (п. 12.2 Положения): «Инкассовые поручения применяются:

- 1) в случаях, когда беспорный порядок взыскания денежных средств установлен законодательством, в том числе для взыскания денежных средств органами, выполняющими контрольные функции;
- 2) для взыскания по исполнительным документам;
- 3) в случаях, предусмотренных сторонами по основному договору, при условии предоставления банку, обслуживающему плательщика, права на списание денежных средств со счета плательщика без его распоряжения».

В указанных в Положении о безналичных расчетах основаниях Центральный банк РФ произвел смешение гражданско-правовых отношений и публично-правовых отношений. Внешнее сходство данных отношений обманчиво. По сути в публично-правовых отношениях обязанности исполняющего банка будут совершенно иными, а банк-эмитент может вообще отсутствовать как сторона правоотношения. Исполняющий банк в публично-правовых отношениях будет нести обязанность по исполнению инкассовых документов непосредственно перед государством. Таким образом, в указанных правоотношениях моментом исполнения публичных обязанностей по уплате денежных средств правильнее будет признать момент их списания со счета плательщика, что и закреплено налоговым законодательством.

Указанное смешение привело к тому, что современное гражданское законодательство установило внедоговорные обязанности для исполняющего банка (ст. 875 ГК РФ), что не свойственно ни международным актам о расчетах в порядке инкассо, ни собственно духу гражданского законодательства.

¹ Положение о безналичных расчетах в Российской Федерации : утв. Центральным банком РФ 03.10.2002 № 2-П (зарегистрировано в Минюсте РФ 23.12.2002 № 4068).

Оперируя терминами «безакцептное» и «беспорное» списание в случаях, предусмотренных сторонами по основному договору, законодательство, тем не менее, установило такой порядок расчетов по инкассо в гражданско-правовых отношениях, который сделал их исключительно акцептными. Даже при таком случае безакцептного списания средств при расчетах по инкассо, как предоставление банку, обслуживающему плательщика, права на списание денежных средств со счета плательщика без его распоряжения, по сути речь идет о предварительном акцепте.

Помимо этого, если по Унифицированным правилам по инкассо (публикация Международной торговой палаты № 522) исполняющий банк (представляющий банк) обязан перечислить средства непосредственно той стороне, от которой было получено инкассовое поручение, то отечественное гражданское законодательство и банковские правила таких норм не содержат, и исполняющий банк вправе самостоятельно избрать маршрут платежа. С учетом того, что риск неплатежа банков, привлеченных исполняющим банком, лежит на кредиторе, данное положение дел необоснованно ущемляет интересы последнего. Исполняющий банк же, привлекая банки-посредники, с момента списания средств с его корсчета не несет обязательство по поступлению средств перед банком-эмитентом, поскольку такое обязательство законом не оговорено.

В итоге общепринятая точка зрения о списании средств со счета плательщика как о моменте исполнения денежного обязательства при расчетах в порядке инкассо¹ заводит нас в тупик. Средства с расчетного счета списаны, они даже списаны с корсчета исполняющего банка, но – вдруг – замораживаются в привлеченном банке, поскольку у того на корреспондентских счетах нет ни копеечки и огромная картотека неисполненных платежных документов. Исполняющий банк, привлекая посредников на договорных началах, не обязан довести средства до банка-эмитента, поскольку это не входит в круг его обязанностей, прописанных законодательством. Банк-эмитент ничего не может потребовать от привлеченных банков, так как, с одной стороны, не состоит с ними в договорных отношениях, а с другой – законодательство не предоставляет ему никаких прав в отношении таких банков.

Чтобы избежать этого и для сближения отечественного законодательства с международными актами, следует коренным образом переработать нормы, регулирующие расчеты в порядке инкассо:

во-первых, необходимо исключить из расчетов в порядке инкассо расчеты по исполнению публично-правовых обязанностей, поскольку они строятся по иной схеме распределения рисков и регулируются соответствующими федеральными законами;

во-вторых, необходимо детально определить обязанность и ответственность лиц, участвующих в осуществлении расчетов, и рисков неплатежа банков, участвующих в расчетах;

в-третьих, исключить внедоговорную ответственность исполняющего банка, гармонизировав нормы Гражданского кодекса с Унифицированными правилами по инкассо;

в-четвертых, установить, что перечисление средств исполняющим банком должно осуществляться тому банку, от которого он получил инкассовое поручение (платежное требование) (предполагается, что между этими банками установлены корреспондентские отношения).

После выполнения указанных требований моментом исполнения денежного обязательства при расчете в порядке инкассо наиболее соответствующим интересам сторон и справедливо распределяющий риски между ними будет момент зачисления денежных средств на корреспондентский счет банка, от которого исполняющий банк получил инкассовые документы. Определить же момент исполнения денежного обязательства, максимально соответствующий интересам сторон, из действующего законодательства о расчетах в порядке инкассо не представляется возможным.

¹ См.: Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М. : НИМП, 2001. С. 439; Новоселова Л.А. Расчеты по инкассо // Кредитные организации в России: правовой аспект / О.А. Беляева, А.А. Вишневецкий, и др.; под ред. Е.А. Павлодского. М. : Волтерс Клувер, 2006. Гл. 7. С. 246; Садыков Р., Садыков Р. Инкассо: момент исполнения // ЭЖ-Юрист. 2006. № 12.

ЗНАЧЕНИЕ ОФОРМЛЕНИЯ ИНСТИТУТА ДЕРИВАТИВОВ ДЛЯ РАЗВИТИЯ ЭКОНОМИКИ РОССИИ

Росляков Кирилл Сергеевич

Реформа финансовой системы – одна из ключевых задач, стоящих перед странами «большой двадцатки». Глобальная рецессия была запущена в результате финансового кризиса в развитых странах, поэтому им и предстоит проведение комплексных финансовых реформ. России как члену «большой двадцатки» необходимо принять в этом процессе реформирования современных финансовых институтов непосредственное участие.

Одним из важнейших направлений реформирования является создание механизмов контроля над системными рисками финансовой системы. На практике это означает повышение устойчивости российской финансовой системы, в том числе через углубление национальных финансовых рынков. Для этого необходимо развивать рынки инструментов хеджирования рисков: валютных и процентных свопов, стандартизованных деривативов и т. п. Здесь ключевым моментом является определение значения деривативов по отношению как к финансовой системе, так и к реальной экономике государства.

Деривативы – это сделки, обеспечивающие нормальную работу финансового рынка¹.

Необходимо отказаться от квалификации деривативов в качестве сделок игр и пари. Важное свойство деривативов – воспроизводимость деривативов с помощью сделок на наличном рынке в каждый момент времени. Благодаря этому свойству деривативы, несмотря на присущий им элемент случайности и неопределенности, в каждый момент своей жизни могут быть точно оценены, поскольку из-за равной стоимости потоков платежей их стоимость должна быть идентична величине расходов при создании соответствующих позиций на наличном рынке. Из воспроизводимости деривативов на наличном рынке вытекает также возможность компенсировать рисковую позицию, возникающую при заключении такой сделки, до окончания срока ее действия путем зеркальной сделки на наличном рынке.

Ликвидируемость и определенность цены позиции в любой момент времени являются отличительной чертой деривативов, позволяют принципиально отграничить такие срочные сделки от сделок игр/пари.

Не раз уже обращалось внимание на то, что в дореволюционном законодательстве Российской Империи и в современном германском Гражданском уложении деривативы рассматривались как договоры подобные играм, но играми (пари) не назывались.

Научная позиция, согласно которой «срочная сделка является действительным договором купли-продажи, здесь нет, как это иногда утверждают, игры или пари»² имеет давнюю историю и серьезную аргументацию.

В отношении производных финансовых инструментов (деривативов) установлен специальный налоговый режим, не свойственный сделкам игр и пари. Лица, зарабатывающие на производных инструментах, могут уменьшать размер налога по этим операциям на суммы убытков (путем сальдирования убытков)³. Раньше

¹ Деривативы являются взаимными договорами, выплаты по которым зависят от изменения некоторой случайной переменной. Примером такой переменной, которую также называют базисным активом, могут быть обменные курсы валют, процентные ставки, котировки акций, цены товаров, если говорить о классических инструментах, но в последние годы в качестве переменных используются также климатические показатели. Основные виды деривативов установлены Положением о видах производных финансовых инструментах (утв. Приказом ФСФР России от 04.03.2010 №10-13/пз-н).

² Биржевые операции // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 3-А. СПб., 1891. С. 889, 891–892, 889–890; см. также: Вайденгаммер Ю.А. Банк и его операции. 3-е изд. М., 1923. С. 102–110.

³ Федеральный закон от 25.11.2009 № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

налоговая служба, имея дело с такими финансовыми инструментами, не учитывала убытки из сделок с деривативами, которые также имели место в течение налогового периода. Операции физических лиц с товарными, валютными и процентными финансовыми инструментами будут облагаться налогом в том же порядке, что и операции с деривативами, базовым активом которых являются ценные бумаги и фондовые индексы¹.

Влияние деривативов на современную финансовую систему можно проиллюстрировать на следующих примерах.

Летом 2010 г. Южная Корея объявила о вводе ряда ограничений на операции с деривативами. В связи с этим Citigroup отказала Южной Корее во включении их государственных облигаций в Международный индекс государственных облигаций², поскольку считает, что вводимые ограничения приведут к прекращению отслеживания инвесторами доходности индекса при хеджировании рисков от изменения валютных курсов. По оценкам Barclays, государственные облигации Южной Кореи в результате потеряют 9,8 млрд дол. дополнительных инвестиций³.

В России воплощается стратегия превращения Москвы в международный финансовый центр. Стратегию нельзя реализовать без привлечения иностранных эмитентов на российские биржи. Этой осенью ожидается размещение государственных облигаций Республики Беларусь на ММВБ⁴. Однако, учитывая, что облигации, скорее всего, будут номинированы в белорусских рублях, то появление спроса проблематично, потому что на данный момент отсутствует инструмент хеджирования валютных рисков обесценения белорусского рубля относительно рубля. Таким инструментом мог бы стать, например, валютный фьючерс.

Учитывая, что предполагается размещение на российских биржах облигаций и других стран СНГ (например Украины и Казахстана), необходимо обеспечить их ликвидность, в том числе и с помощью инструментов хеджирования рисков, возникающих из этих бумаг.

Деривативы – неотъемлемый инструмент формирования банковского капитала. За прошлый год, по данным экспертов Citigroup, 40 % прибыли инвестиционных подразделений европейских банков было получено за счет торговли деривативами. В денежном выражении это сумма порядка 100 млрд дол. Наибольшую доходность показала торговля нестандартизированными деривативами, условия которых устанавливаются индивидуально в каждом конкретном случае⁵. Эксперты полагают, что именно прибыль инвестиционных направлений помогла банкам быстро восстановиться после глобального кризиса.

Сказанное иллюстрирует способность финансовой системы самостоятельно аккумулировать необходимый капитал и компенсировать негативные экономические эффекты без участия государственных средств. Для развития в России жизнеспособной финансовой системы необходимо не вкладывать бюджетные деньги в банковскую систему в выборочном порядке исходя из абсолютно нерыночных критериев, а организация такого правового поля, которое позволит согласовать агрессивные интересы различных институтов национальной финансовой системы с интересами общества и государства и адекватно использовать современные финансовые инструменты.

Таким образом, без использования операций с деривативами немислим современный, конкурентоспособный банковский капитал, без которого, в свою оче-

¹ См.: Подкопаев М.В. О ценных бумагах, срочных сделках и других изменениях // Актуальные вопросы бухгалтерского учета и налогообложения. 2010. № 1. С. 19–29.

² World Government Bond Index был создан Citigroup в июле 2007 г. в качестве всеобъемлющего инструмента для оценки эффективности вложений в госбумаги 23 стран. Из стран Азиатско-Тихоокеанского региона в нем присутствуют долговые инструменты Японии, Австралии, Сингапура, Малазии.

³ См.: Шахматов М. Южная Корея режет деривативы // Газета РБК daile, 2010. 6 июля / www.rbcdaily.ru/2010/07/06/world/492269.

⁴ См.: Белорусские облигации скоро появятся на российской бирже/ <http://radio.bfm.ru/news/2010/06/04/>

⁵ См.: Инвестбанкиры прощаются сосверх прибылью // РБК daile. 2010. 26 июля / www.rbcdaily.ru/2010/07/26/world/497351.

редь, невозможно развитие инновационной, высокотехнологической промышленности.

Построение национальной финансовой системы на основе иностранных финансовых институтов недопустимо, потому что финансовая система – это атрибут государственности, и ее состояние является вопросом национальной безопасности.

Деривативы – это не пари, подлежащее судебной защите, как установлено в ГК РФ, это самостоятельный вид алеаторных сделок, не являющихся натуральными, требования из которых должны пользоваться судебной защитой на общих основаниях.

О ЗНАЧЕНИИ ИНСТИТУТА МИРОВОГО СОГЛАШЕНИЯ В АСПЕКТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ

Максина Лилия Евгеньевна

С учетом роста количества судебных разбирательств в последние годы и, как следствие, увеличения загруженности судей все популярней становятся процедуры, связанные с мирным урегулированием спора.

О намерении государства снизить нагрузку на судей свидетельствует и принятие закона «О посредничестве (медиации)» – альтернативном способе урегулирования конфликта вне судебного разбирательства.

В процессе судебного разбирательства также возможно применение примирительных процедур, одной из них является заключение мирового соглашения. Действующий Арбитражный процессуальный кодекс РФ позволяет сторонам урегулировать возникшие между ними разногласия экономического характера без вынесения судебного решения, а путем применения разнообразных примирительных процедур. Одна из таких процедур – мировое соглашение. Его заключение между сторонами способствует дальнейшей стабилизации предпринимательской и иной экономической деятельности, а также избавляет суд от необходимости длительного судебного разбирательства и приводит к снижению загруженности арбитражных судов, т. е. к процессуальной экономии.

Компетенция арбитражных судов весьма широка, так как они рассматривают гражданские и административные дела, дела о банкротстве и др. Статья 139 АПК РФ не содержит ограничений для заключения мирового соглашения не только в зависимости от стадии рассмотрения дела, но и от категории дела. Дифференциация правил судопроизводства в зависимости от предмета спора или требования и характера правоотношений, из которых возник спор, позволяет учесть особенности различных категорий дел в судебном разбирательстве.

Мировое соглашение, заключаемое в гражданском и арбитражном процессе, представляет собой своего рода юридический факт материального и процессуального права, вызывая самые различные правовые последствия. С точки зрения материального права мировое соглашение является гражданско-правовой сделкой, а с точки зрения процессуального права мировое соглашение прекращает производство по делу.

Кроме того, в отличие от обычной гражданско-правовой сделки, заключаемой в рамках взаимодействия участников гражданского оборота, мировое соглашение заключается в рамках судебного процесса при условии соблюдения процессуальных норм и положений, нарушение которых может привести к отмене судебного акта об утверждении мирового соглашения.

В соответствии со ст. 151 АПК РФ утверждение мирового соглашения лишает стороны возможности повторного обращения в суд с тем же спором. Отсюда следует, что источниками правового регулирования мирового соглашения являются

не только арбитражное процессуальное законодательство, но и гражданское законодательство, в частности Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ). Иными словами, по своей правовой природе мировое соглашение – это гражданско-правовая и процессуальная сделка.

Основное отличие мирового соглашения от обычной гражданско-правовой сделки заключается в ее направленности. В соответствии со ст. 153 ГК РФ под сделкой понимаются действия граждан и юридических лиц, направленные на возникновение, изменение или прекращение гражданско-правовых последствий. Мировое соглашение, в свою очередь, направлено на защиту уже возникшего и существующего права и прекращение имеющегося спора¹.

Институт мирового соглашения в современной российской действительности, в том числе и в делах, связанных с банкротством, имеет определенное качественное юридическое значение, хотя и широко не распространен.

О возможности заключения мирового соглашения по делам о несостоятельности (банкротстве) говорится в ст. 225 АПК РФ. Мировое соглашение между должником и кредиторами может быть заключено на любой стадии рассмотрения арбитражным судом дела о банкротстве, в том числе после принятия судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства. Таким образом, мировое соглашение в деле о банкротстве следует рассматривать как процессуальный акт, направленный на мирное урегулирование спорных отношений. При этом заключение мирового соглашения на стадии конкурсного производства является единственной возможностью сохранить должника как субъекта финансово-хозяйственных отношений.

Органы правосудия при разрешении экономических споров не осуществляют каких-либо карательных функций в отношении виновных, а напротив, способствуют с помощью процессуальных инструментов сохранению отношений между спорящими сторонами, содействуют становлению и совершенствованию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

Мировое соглашение в деле о банкротстве – явление отличное от мирового соглашения, заключаемого в гражданском и арбитражном процессе. При заключении общегражданского мирового соглашения «стороны устраняют существующее между ними спорное отношение путем взаимных уступок.

Между тем в конкурсной мировой сделке нет спорности, требования кредитов совершенно определены и признаны; нет также и взаимности уступок, потому что уступка производится только в пользу должника»². В данном случае кредиторы стремятся, пусть даже жертвуя частью, получить сумму долга намного быстрее, чем при обычном производстве.

Отличительной особенностью мирового соглашения в деле о банкротстве является строго определенный круг лиц, имеющих право выступать в качестве субъектов мирового соглашения. При заключении мирового соглашения от имени должника в период внешнего наблюдения это будет руководитель организации-должника, в период внешнего управления либо конкурсного производства – внешний управляющий либо конкурсный управляющий.

Участвовать в мировом соглашении и, соответственно, голосовать на собраниях кредиторов за его заключение от имени кредиторов могут только конкурсные кредиторы, т. е. кредиторы по денежным обязательствам, вытекающим из гражданско-правовых и иных договоров.

Кредиторы по обязательным платежам (налогам и сборам), к числу которых относятся налоговые органы и органы государственных внебюджетных фондов (уполномоченные органы), не могут принимать решение и участвовать в заключении мирового соглашения. Данное положение обусловлено тем, что уплата законно установленных налогов и сборов является конституционной обязанностью каждого (ст. 57 Конституции Российской Федерации), она не может быть каким-либо образом изменена в виде предоставления отсрочки, рассрочки платежа, спи-

¹ См.: Рожкова М.А. Мировое соглашение в арбитражном суде // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2008. №9. С. 104.

² Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М., 2000. С. 440.

сания либо прощения долга и т. д. на основании произвольного соглашения между должником и налоговыми, либо иными уполномоченными органами.

Условия мирового соглашения, вступившего в законную силу, обязательны для всех конкурсных кредиторов – как голосовавших за его заключение, так и не принимавших участия в голосовании по вопросу о заключении мирового соглашения либо голосовавших против его заключения. При этом условия мирового соглашения для конкурсных кредиторов, не голосовавших по вопросу о заключении мирового соглашения либо голосовавших против его заключения, не могут быть хуже, чем для конкурсных кредиторов той же очереди, голосовавших за заключение мирового соглашения.

Стоит отметить, что мировое соглашение также является наиболее экономически выгодным способом избежания банкротства должника, восстановления его платежеспособности, урегулирования имущественных разногласий с кредиторами.

«Мировое соглашение, – писал Г.Ф. Шершеневич, – представляет выгоды не только для самого должника, восстанавливая его во всех правах, возвращая ему свободу управления и распоряжения имуществом, но и для кредиторов, когда ликвидация обещает затянуться на долгое время и поглотить значительную часть имущества»¹.

В современный период количество случаев завершения производства по делу о банкротстве заключением мирового соглашения имеет тенденцию к росту.

Сущность любого мирового соглашения в деле о банкротстве – это уступки, на которые идут кредиторы ради восстановления платежеспособности должника. При заключении мирового соглашения кредитор оценивает реальный размер выплат, которые они получают в случае распродажи имущества несостоятельного должника, и сопоставляет его с размером тех уступок, на которые ему предлагается пойти по условиям мирового соглашения. При этом кредитору для наиболее полного удовлетворения его требований не всегда выгодно банкротство должника. Именно мировое соглашение позволяет не только должнику продолжать деятельность, но и кредитору, несмотря на то, что он фактически отказывается от определенного объема имущественных требований. При этом он может наиболее выгодно удовлетворить свои требования, а также продолжать договорные отношения с должником, который может оказаться единственным на данной территории производителем требуемой продукции либо предоставляющим определенные услуги.

Кроме того, можно утверждать, что, помимо восстановления платежеспособности должника, имеет существенное значение и сохранение рабочих мест для населения. Особенно это касается организаций, находящихся в районах, удаленных от центра. Стоит учитывать, что в настоящее время все чаще к несостоятельности приходят сельскохозяйственные, лесозаготовительные организации, находящиеся в районах, где зачастую эти организации являются единственными, обеспечивающими основную занятость населения.

Так, в 2009 г. между должником ОАО «Угольный разрез Ново-Алтатский» (Красноярский край, Шарыповский район) в лице внешнего управляющего Н.А. Савельева и конкурсными кредиторами было заключено мировое соглашение на стадии внешнего производства, в результате которого сторонами были сохранены 185 рабочих мест.

А в 2010 г. в деле о банкротстве лесозаготовительной организации ООО «Диана» (Красноярский край, Богучанский район) на стадии конкурсного производства с помощью переговоров между конкурсными кредиторами и конкурсным управляющим Н.А. Савельевым задолженность перед кредиторами была удовлетворена за счет третьего лица, и на сегодняшний день ООО «Диана» не только восстановило свою платежеспособность, но и не допустило массовой безработицы в районе – на предприятии работает около 300 человек.

Безусловно, мировое соглашение в определенной степени способствует предотвращению банкротств. Это связано с тем, что стороны хотя и в определенной

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 438.

степени вынужденно, но все-таки сознательно идут на решение возникшей ситуации с наименьшими потерями собственных средств и времени.

Иными словами, заключение мирового соглашения на стадии банкротства предприятий могут способствовать исполнению своих обязательств сторонами намного качественнее и в более короткие сроки, чем исполнение решения суда, так как стороны заинтересованы в исполнении требований именно на условиях, означенных в мировом соглашении.

РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СЕЛЕКЦИОННЫХ ДОСТИЖЕНИЯХ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Шевченко Галина Николаевна

Гражданский кодекс РФ не содержит легального определения селекционного достижения. Такое определение может быть получено логическим путем на основе анализа содержащегося в законодательстве перечня объектов селекционных достижений и критериев их охраноспособности. Селекционными достижениями признаются новые сорта растений или породы животных, зарегистрированные в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений, отвечающие требованиям новизны, отличимости, однородности и стабильности.

Глава 73 ГК РФ «Право на селекционные достижения» содержит незначительные изменения по сравнению с ранее действовавшим Федеральным законом РФ «О селекционных достижениях» от 06.08.1993 г., который соответствовал и во многом воспроизводил положения Международной конвенции по охране новых сортов растений от 02.12.1961 г., в редакции Женевского акта от 19.03.1991 г. (Конвенция UPOV). Российская Федерация присоединилась к Конвенции UPOV уже после принятия ФЗ РФ «О селекционных достижениях» с 24.04.1998 г. Конвенция UPOV затрагивает отношения, связанные с правовым регулированием новых сортов растений, что касается новых пород животных, то на сегодняшний день не существует международных договоров по этому объекту.

С принятием IV части ГК РФ законодательство о селекционных достижениях впервые включено в систему гражданского законодательства и получило общие положения, которые содержатся как в ч. 1 ГК РФ, так и в гл. 69 IV части ГК РФ.

Кроме ГК РФ, вопросам регламентации селекционных достижений посвящены ФЗ «О племенном животноводстве» от 03.08.1995 г. и ФЗ «О семеноводстве» от 17.12.1997 г., а также в сравнительном плане представляет интерес ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» от 05.07.1996 г.

Правовая охрана селекционных достижений первоначально осуществлялась изобретательским (патентным) правом. Так, Парижская конвенция по охране промышленной собственности содержала положение о том, что промышленная собственность понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном смысле слова, но и на область сельскохозяйственного производства (§ 3 ст. 1). В Положении об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях от 21.08.1973 г. селекционные достижения приравнивались к изобретениям, и к ним применялись критерии охраноспособности, которые были установлены для изобретений (п. 22).

Однако с течением времени селекционные достижения в России, в других государствах стали рассматриваться как особые объекты интеллектуальной деятельности, правовой режим которых отличен от режима, установленного для объектов патентного права.

Важным является вопрос соотношения правовой охраны селекционных достижений и достижений генной инженерии. По прямому указанию закона не предоставляется правовая охрана в качестве изобретений сортам растений, породам животных и биологическим способам их получения за исключением микро-

биологических способов и продуктов, полученных такими способами (п. 1 и п. 6 ст. 1350 ГК). В то же время в качестве изобретения рассматриваются растения, относящиеся к штамму микроорганизмов, культуре клеток растений и животных (ст. 1350 ГК). Возникает ситуация, когда новые сорта растений и породы животных, биологические способы их получения не рассматриваются как изобретения и охраняются как самостоятельные объекты интеллектуальной деятельности. В то же время результаты генной инженерии, под которой понимается совокупность методов и технологий, в том числе технологий получения рекомбинантных рибонуклеиновых и дезоксирибонуклеиновых кислот, по выделению генов из организма, осуществлению манипуляций с генами и введению их в другие организмы (ст. 1 ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности»), охраняются как изобретения. В юридической литературе пишут о формировании двух принципиально разных сфер правового регулирования: первая – создание сортов или пород в результате традиционной селекции, применения «биологических способов» получения новых сортов и вторая – генно-инженерная модификация биологических объектов, допускающая независимое повторение достигнутого результата¹. Трансгенные организмы – животные, растения, микроорганизмы, вирусы, генетическая программа которых изменена с использованием генной инженерии, не могут рассматриваться как объекты селекционных достижений.

Селекционные достижения в ГК РФ, как и в ранее действовавшем ФЗ «О селекционных достижениях», раскрываются через понятие объекта селекционных достижений, в качестве которых выступают сорта растений и породы животных.

Для того чтобы стать объектами интеллектуальных прав, соответствующие сорта растений и породы животных должны отвечать установленным в ст. 1413 ГК РФ критериям и быть зарегистрированными в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений, который ведет ФГУ «Государственная комиссия РФ по испытанию и охране селекционных достижений» – Госсорткомиссия. При соответствии селекционного достижения критериям охраноспособности, а наименования селекционного достижения – установленным требованиям Госсорткомиссия принимает решение о выдаче патента, составляет описание селекционного достижения и вносит его в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений.

Определение сорта растения, содержащееся в ГК РФ, приближено к понятию сорта, содержащегося в Конвенции UPOV, которая определяет сорт растений как группу растений в рамках низшего из известных ботанических таксонов, которая независимо от того, удовлетворяет ли она полностью условиям для предоставления права селекционера:

- может быть определена степень проявления признаков, выступающих результатом реализации данного генотипа или комбинации генотипов;
- может быть отличима от любой другой группы растений степенью выраженности, по крайней мере, одного из этих признаков, и может рассматриваться как единое целое с точки зрения ее пригодности для воспроизведения в неизменном виде целых растений сорта (ст. 1 (vi) Определения).

Правовая охрана селекционных достижений не связана с его генетической характеристикой и определяется только внешними признаками.

Сорт может быть представлен одним или несколькими частями растений при условии, что такая часть или такие части могут быть использованы для воспроизводства целых растений сорта, главное, чтобы из этих растений либо его части можно было воспроизвести целое растение. На практике в качестве такой части растения, как правило, выступают семена, понятие которых содержится в ФЗ от 17.12.1997 г. «О семеноводстве». Семена – части растений (клубни, луковицы, плоды, саженцы, собственно семена, соплодия, части сложных плодов и др.), применяемые для воспроизводства видов лесных растений (ст. 1).

Охраняемыми категориями сорта растений являются клон, линия, гибрид первого поколения и популяция – перечень этих категорий сорта исчерпывающий.

¹ См.: Комментарий к части четвертой ГК РФ / под ред. А.П. Маковского. М., 2008. С. 559 (автор гл. К.В. Всеволожский).

Второй объект селекционных достижений – порода животных. В СССР породы сельскохозяйственных животных и птиц подлежали правовой охране и были приравнены к изобретениям, российский закон «О селекционных достижениях» рассматривал породу животных как самостоятельный объект селекционных достижений, что и сохранено в действующем ГК РФ. В то же время в большинстве стран мира породы животных в настоящее время не подлежат правовой охране.

Рассматриваемый вопрос регламентируется ФЗ «О племенном животноводстве», который определяет племенную продукцию (материал) как племенное животное, его семя и эмбрионы (ст. 1), а племенное животноводство понимается как разведение племенных животных, производство и использование племенной продукции в селекционных целях (ст. 1). К охраняемым категориям породы животных относятся тип и кросс линий, перечень которых закрыт.

Критерии охраноспособности селекционных достижений: новизна, отличимость, однородность и стабильность, аналогичны критериям охраноспособности селекционных достижений, содержащимся в ФЗ «О селекционных достижениях».

Критерий новизны, установленный для селекционных достижений, существенно отличается от этого же критерия, установленного для других объектов интеллектуальной собственности: сорт растений и порода животных считаются новыми, если на дату подачи заявки на выдачу патента семена или племенной материал данного селекционного достижения не продавались и не передавались иным образом селекционером, его правопреемником или с их согласия другим лицам для использования селекционного достижения на территории России или другого государства ранее установленных в законе сроков. Такое определение новизны позволяет сделать вывод, что опубликование сведений о селекционных достижениях, использование его самим селекционером, а также использование селекционных достижений без согласия селекционера (правопреемника) не порождает новизну.

Единственное, что может опорочить новизну сорта растений или породы животных, это продажа или передача их иным образом другим лицам для использования. Вместе с тем единичные сделки с селекционными достижениями трудно доказать, поэтому «для утраты новизны селекционного достижения достаточно установить не «факт продажи», т. е. факт заключения договора, а факт нахождения в продаже, т. е. совершения необходимых действий одним лишь селекционером или его правопреемником, в частности, путем размещения в средствах массовой информации публичной оферты договора розничной купли-продажи»¹.

Новизна устанавливается на определенную дату, каковой признается дата подачи заявки на выдачу патента. Экспертиза селекционного достижения начинается с проверки критерия новизны, и при его отсутствии все остальные критерии не имеют правового значения: «Если селекционное достижение не соответствует критерию новизны, принимается решение об отказе в выдаче патента на селекционное достижение» (п. 2 ст. 1437 ГК РФ).

Следующий признак, указанный в законе, близкий с традиционной новизной, – это отличимость; селекционное достижение должно явно отличаться от любого другого общеизвестного селекционного достижения, существующего к моменту подачи заявки на выдачу патента. При этом общеизвестным селекционным достижением будет такое достижение, данные о котором находятся в официальных патентах или в справочном фонде либо которое имеет точное описание в одной из публикаций, это позволяет сделать вывод, что данный перечень является исчерпывающим.

Подача заявки на выдачу патента делает селекционное достижение общеизвестным при условии, что в дальнейшем на селекционное достижение был выдан патент. Все это позволяет сделать вывод о том, что при установлении признака отличимости должны приниматься во внимание все имеющиеся как в РФ, так и других государствах сведения о селекционных достижениях, поэтому отличимость для селекционных достижений, как и новизна для изобретений, должна носить абсолютный мировой характер.

¹ Комментарий к четвертой части ГК РФ / под ред. А.Л. Маковского. М., 2008. С. 572.

Сравнение осуществляется на основании описаний селекционных достижений, которые производятся Госсорткомиссией на основании анкеты селекционного достижения, которую должен представить заявитель¹.

К сравнению будут приниматься только те признаки, которые зафиксированы в описании селекционного достижения, совокупностью которых и будет определяться объем предоставленной правовой охраны.

Следующий признак, указанный в законе, – это однородность: растения одного сорта, животные одной породы должны быть достаточно однородны по своим признакам с учетом отдельных отклонений, которые могут иметь место в связи с особенностями размножения. Как подчеркивается в Конвенции UPOV, новый сорт должен быть достаточно однородным, учитывая особенности его полового или вегетативного размножения (ст. 6 (1)(с)).

Последний признак, содержащийся в ГК РФ, это стабильность. Селекционное достижение считается стабильным, если его основные признаки остаются неизменными после неоднократного размножения или в случае особого цикла размножения – в конце каждого цикла размножения.

Необходимым условием правовой охраны селекционных достижений является их соответствие всем перечисленным критериям, указанным в описании сорта растения или породы животных, составленном на дату включения селекционного достижения в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений, в течение всего срока действия патента, поэтому патентообладатель обязан поддерживать такой сорт или породу. Для установления соответствия селекционного достижения данным критериям патентообладатель по запросу федерального органа по селекционным достижениям обязан направить за свой счет семена или племенной материал для проведения контрольных испытаний и предоставить возможность проводить инспекцию на месте.

УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЖИЛИЩНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СВЯЗИ С ПРИНЯТИЕМ ЖИЛИЩНОГО КОДЕКСА РФ

Погодина Татьяна Ивановна

С 1 марта 2005 г. в РФ вступил в действие новый Жилищный кодекс, который полностью изменил прежнюю модель жилищной политики. Если раньше обеспечение граждан жильём являлось обязанностью государства, которое бесплатно предоставляло жилые помещения всем нуждающимся, то теперь (ст. 2 ЖК) государство лишь «содействует» гражданам в решении их жилищной проблемы. В соответствии со ст. 49 ЖК государство берёт на себя обязательство обеспечивать жильём лишь малоимущих и некоторые «иные определённые федеральным законом или законом субъекта РФ категории граждан». Так, ФЗ РФ от 24 ноября 1995 г. «О социальной защите инвалидов в РФ»² право на бесплатное получение жилья имеют инвалиды.

По ст. 47 ЖК РСФСР единственным основанием для вселения в предоставленное по договору социального найма жилое помещение являлся ордер. Новый ЖК вообще не упоминает об ордере. В соответствии с пп. 3,4 ст.57 основанием для заключения договора социального найма теперь служит решение органа местного самоуправления о предоставлении жилого помещения. Ордер фактически являлся промежуточным звеном между решением Исполкома о предоставлении жилья и договором социального найма. Новый ЖК совершенно справедливо отказался от этого лишнего звена.

¹ Правила составления и подачи заявки на выдачу патента на селекционные достижения от 14.10.1994 № 2-0.

² СЗ РФ. 1995. № 48.

Статья 86 ЖК РСФСР предусматривала возможность раздела жилой площади по требованию члена семьи нанимателя, если в результате раздела ему можно было выделить изолированное жилое помещение. Новый ЖК от этого отказался. Очевидно законодатель стремится ограничить количество коммунальных квартир. Однако на практике это часто приводит к неоправданному ограничению прав и законных интересов нанимателей в ситуации, когда раздел жилого помещения является единственным выходом из семейного конфликта.

Новый ЖК по разному определяет круг членов семьи нанимателя жилого помещения по договору социального найма и собственника жилого помещения. Статья 53 ЖК РСФСР относил к членам семьи нанимателя его супруга, их детей и родителей. Другие родственники, нетрудоспособные иждивенцы, а в исключительных случаях и иные лица признавались членами семьи нанимателя, если они проживали совместно с ним и вели с нанимателем общее хозяйство. Статья 127 ЖК РСФСР, определяя круг членов семьи собственника жилого дома, отсылала к ст. 53 ЖК, т. е. разницы между лицами, относящимися к членам семьи нанимателя и собственника, не было.

Статья 31 ЖК РФ к членам семьи собственника жилого помещения относит проживающих совместно с собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруга, а также детей и родителей собственника.

Другие родственники, нетрудоспособные иждивенцы, а в исключительных случаях и иные граждане могут быть признаны членами семьи собственника, если они вселены самим собственником в качестве членов своей семьи, т. е. новый ЖК признаёт членами семьи собственника жилого помещения в силу прямого указания закона только его супруга, детей и родителей. Возможность признания членами семьи других лиц всецело отдана на усмотрение самого собственника.

Статья 69 ЖК РФ к членам семьи нанимателя жилого помещения по договору социального найма относит проживающих совместно с нанимателем его супруга, детей и родителей. Другие родственники и нетрудоспособные иждивенцы признаются членами семьи нанимателя, если они вселены нанимателем в качестве членов его семьи и ведут с ним общее хозяйство. Иные лица (т. е. не родственники и не иждивенцы) могут быть признаны членами семьи нанимателя жилого помещения по договору социального найма только в исключительных случаях и только в судебном порядке.

Сравнивая данные нормы, нельзя не заметить, что новый ЖК существенно сузил круг членов семьи как собственника, так и нанимателя жилого помещения по договору социального найма. Прежде всего из числа членов семьи исключены дети и родители супруга собственника (нанимателя) жилого помещения. По ЖК РСФСР эти лица признавались членами семьи собственника (нанимателя) наряду с детьми и родителями самого собственника (нанимателя) в силу одного факта совместного проживания. Теперь они могут быть признаны членами семьи только в том случае, если, как и все иные лица (кроме супруга, детей и родителей самого собственника (нанимателя), вселены собственником (нанимателем) в качестве членов своей семьи, а для членов семьи нанимателя необходимо ещё и ведение общего хозяйства с нанимателем жилого помещения (наличие общего бюджета, совместная забота о жилом помещении и т. д.). Для признания лица членом семьи собственника закон не требует ведения общего хозяйства.

Нельзя признать удачной формулировку п.1 ст. 31 ЖК применительно к членам семьи собственника жилого помещения и п. 1 ст. 69 ЖК применительно к членам семьи нанимателя по договору социального найма: «... Если они вселены... в качестве членов своей семьи». Что понимается под «вселением в качестве членов своей семьи»? Должно ли в этом случае заключаться специальное письменное соглашение между собственником (нанимателем) и лицами, вселенными в качестве членов их семей? Учитывая уровень юридической грамотности и менталитет российских граждан, вряд ли следует надеяться на то, что таких соглашений будет достаточно много. Пункт 3 ст. 69 ЖК предусматривает, что «члены семьи нанимателя жилого помещения по договору социального найма должны быть указаны в договоре социального найма жилого помещения», поэтому, если лицо не указано в договоре как член семьи нанимателя, надо полагать, что наниматель

не собирався вселять его в качестве члена своей семьи. А как может доказать член семьи собственника (при отсутствии письменного соглашения), что был вселён собственником именно как член его семьи? Очевидно, что здесь нет другого пути, кроме доказывания факта совместного проживания (включая регистрацию (с согласия собственника) в его жилом помещении) и ведения общего хозяйства с собственником, хотя закон этого и не требует для члена семьи собственника жилого помещения.

Коренным образом изменилось положение бывших членов семьи собственника жилого помещения. Статья 127 ЖК РСФСР предусматривала, что в случае прекращения семейных отношений с собственником, право пользования жилым помещением у бывших членов семьи сохраняется. Пункт 4 ст. 31 ЖК РФ установил, что за бывшим членом семьи собственника право пользования жилым помещением не сохраняется, если иное не установлено соглашением между собственником и бывшим членом его семьи. Переход права собственности на жилое помещение к другим лицам теперь также влечёт прекращение права пользования этим помещением у членов семьи бывшего собственника (п. 5 ст. 31 ЖК). Такие изменения вряд ли следует признать удачными. Ведь ст. 40 Конституции РФ гарантирует каждому российскому гражданину право на жилище. И то, что п. 4 ст. 31 ЖК предусматривает для бывших членов семьи, у которых нет другого жилого помещения и отсутствуют средства на его приобретение, возможность пользоваться жилым помещением собственника в течение определённого времени (по решению суда) служит слабой защитой интересов бывших членов семьи.

В ЖК РСФСР норма предоставления жилых помещений и учётная норма устанавливались исходя из размера только жилой площади (т. е. учитывался только размер жилых комнат). Жилищный кодекс РФ исходит из размера общей площади жилого помещения (т. е. включается не только размер жилых комнат, но и вспомогательных помещений: кухни, коридоры и т. д.). В соответствии со ст. 50 ЖК учётная норма и норма предоставления жилой площади устанавливается органом местного самоуправления в зависимости от достигнутого в соответствующем муниципальном образовании уровня обеспеченности жилыми помещениями и других факторов. В соответствии с данной нормой Дума г. Владивостока решением от 29 сентября 2005 г. установила учётную норму в размере 13 м², а норму предоставления в размере от 15 до 18 м² общей площади жилого помещения на каждого члена семьи. Пункт 2 ст. 58 ЖК предусматривает, что жилое помещение по договору социального найма может быть предоставлено общей площадью, превышающей норму предоставления на одного человека, но не более чем в два раза, если такое жилое помещение представляет собой одну комнату или однокомнатную квартиру, либо предназначено для вселения гражданина, страдающего одной из тяжёлых форм хронических заболеваний, указанных в специальном списке.

Важной гарантией стабильности жилищных прав граждан является п. 3 ст. 60 ЖК: «Изменение оснований и условий, дающих право на получение жилого помещения по договору социального найма, не является основанием расторжения договора социального найма жилого помещения», т. е. если материальное положение семьи, получившей жилое помещение по договору социального найма, впоследствии изменится и семья перестанет быть малоимущей и нуждающейся – это не может служить основанием для расторжения договора и выселения такой семьи.

В п. 2 ст. 66 ЖК прямо закреплено право нанимателя жилого помещения по договору социального найма в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения наймодателем жилого помещения по договору социального найма обязанностей по своевременному проведению капитального ремонта сданного внаём жилого помещения, общего имущества в многоквартирном доме и устройств, находящихся в жилом помещении и предназначенных для предоставления коммунальных услуг, по своему выбору потребовать: 1) уменьшения платы за пользование занимаемым жилым помещением или общим имуществом в многоквартирном доме; 2) возмещение своих расходов на устранение недостатков жилого помещения или общего имущества в многоквартирном доме; 3) возмещения убытков, причиненных ненадлежащим исполнением или неисполнением указанных обязанностей наймодателем. Прямое закрепление этих прав в ЖК является важ-

ной гарантией прав нанимателя, так как на практике наниматель часто оказывался беззащитным перед наймодателем и не мог добиться от последнего надлежащего исполнения своих обязанностей.

Нормы нового Жилищного кодекса, устанавливающие правила обмена жилых помещений, предоставленных по договорам социального найма, содержат больше ограничений, по сравнению с ранее действовавшим законодательством. По ЖК РСФСР обмен допускался по взаимному согласию нанимателя и членов семьи. Статья 72 нового ЖК предусматривает необходимость получения согласия наймодателя на обмен. Кроме того, теперь наниматель может обменять своё жилое помещение только с другим нанимателем, который также получил жильё по договору социального найма. Ранее действовавшее законодательство допускало обмен жилыми помещениями между всеми фондами свободно. Вряд ли подобные ограничения действительно необходимы. Интересы государства и муниципальных образований как собственников жилых помещений, сдаваемых по договору социального найма, вполне будут обеспечены, если ст. 73 ЖК, где указаны условия, при которых обмен жилых помещений не допускается, дополнить ещё одним пунктом, в котором указать, что обмен не допускается, если в связи с обменом жилищные условия одной из обменивающихся сторон существенно ухудшатся, в результате чего граждане становятся нуждающимися в жилых помещениях. В таком случае вполне можно отменить требование закона о необходимости получения согласия наймодателя на обмен жилых помещений, поскольку на практике получение таких «согласий» часто превращается в серьёзную проблему ввиду низкой культуры и коррумпированности должностных лиц, от которых зависит их получение.

Нет существенных причин и для запрета обмена жилых помещений, относящихся к разным жилищным фондам, но в таком случае для обмена, конечно, необходимо согласие наймодателя, поскольку при этом произойдёт смена собственника жилого помещения.

Более детально (по сравнению с ЖК РСФСР) урегулирован в новом ЖК договор поднайма жилого помещения. В соответствии со ст. 77 договор поднайма должен заключаться в письменной форме и экземпляр такого договора должен предоставляться наймодателю. В договоре поднайма должны быть указаны граждане, вселенные совместно с поднанимателем в жилое помещение. Договор поднайма заключается на срок, определяемый сторонами. Если в договоре срок не указан, то договор поднайма считается заключённым на один год. В соответствии с п. 1 ст. 76 ЖК договор поднайма жилого помещения может быть заключён при условии, что после его заключения общая площадь жилого помещения на одного проживающего составит не менее учётной нормы, а в коммунальной квартире – не менее нормы предоставления. По ранее действовавшему законодательству допускалась сдача жилого помещения в поднаём, только если на каждого проживающего приходилось не менее жилищно-санитарной нормы (т. е. не менее 12 м² жилой площади). В настоящее время сдача жилого помещения в поднаём в г. Владивостоке допускается, если на каждого проживающего будет приходиться не менее 13 м² общей площади. По новому ЖК, как и по ранее действовавшему законодательству, поднаниматель не приобретает самостоятельного права пользования жилым помещением. Договор поднайма не порождает обязанностей поднанимателя непосредственно перед наймодателем, он зависит от договора найма жилого помещения и прекращается вместе с ним.

Статья 80 ЖК предоставляет нанимателю право вселить в занимаемое им жилое помещение временных жильцов (это могут быть гости, опекуны, домработница и т. д.). В соответствии с п. 2 ст. 80 ЖК срок проживания временных жильцов не может превышать шести месяцев. Целесообразность подобного ограничения вызывает сомнение. Почему наниматель не может поселить в своём жилом помещении в качестве временного жильца родственника или знакомого, поступившего в вуз, на все пять лет его обучения? Никаких разумных причин для подобного ограничения нет, и следовало бы оставить этот вопрос на усмотрение самого нанимателя.

Временных жильцов необходимо отличать от поднанимателей, так как 1) поднаниматель проживает на основании договора поднайма, а временные жильцы

без заключения договора или на основании договора безвозмездного пользования жилым помещением; 2) поднайматель вносит оплату в соответствии с договором, а временные жильцы проживают безвозмездно; 3) для вселения поднаймателя необходимо согласие наймодателя, нанимателя и совершеннолетних членов его семьи, для вселения временных жильцов достаточно согласия нанимателя и совершеннолетних членов его семьи, наймодатель же лишь уведомляется о вселении временных жильцов; 4) срок договора поднайма определяется сторонами, если срок в договоре не указан, то договор считается заключённым на один год в силу прямого указания закона (п. 3 ст. 77 ЖК), а срок проживания временных жильцов не должен превышать шести месяцев (п. 2 ст. 80 ЖК).

В новом ЖК достаточно подробно урегулированы вопросы выселения нанимателей при расторжении договора социального найма жилого помещения. В ст. 89 ЖК указаны признаки, которым должно отвечать благоустроенное жилое помещение, предоставляемое по договору социального найма в связи с выселением, в том числе отмечается, что оно должно быть «...равнозначным по общей площади ранее занимаемому жилому помещению». Такое требование нельзя признать удачным, поскольку оно прямо противоречит ст. ст. 86–88 ЖК, которые предусматривают, что при сносе жилого дома, переводе жилого помещения в нежилое, признании его непригодным для проживания, а также при капитальном ремонте, если жилое помещение не может быть сохранено или его общая площадь уменьшится, в результате чего проживающие в нём наниматель и члены его семьи могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях, либо увеличится, в результате чего общая площадь занимаемого жилого помещения на одного члена семьи существенно превысит норму предоставления, то нанимателю и членам его семьи должно предоставляться благоустроенное жилое помещение. Понятие благоустроенности включает не только требования к определенной технической оснащённости помещения (наличие отопления, освещения, воды и т. д.), но и размер. Благоустроенное жилое помещение должно соответствовать норме предоставления, которая по ст. 50 ЖК устанавливается органами местного самоуправления в зависимости от достигнутого в соответствующем муниципальном образовании уровня обеспеченности жилыми помещениями и других факторов. В г. Владивостоке решением Городской думы от 29 сентября 2005 г. норма предоставления установлена в размере от 15 до 18 м² общей площади на каждого члена семьи. Поэтому благоустроенное помещение должно соответствовать именно такой норме. Требование «равнозначности по общей площади ранее занимаемому жилому помещению», неприемлемо, поскольку приводит к абсурдным ситуациям, когда в случае сноса дома, перевода жилого помещения в нежилое или признания его непригодным для проживания, а также если при капитальном ремонте жилое помещение не сохранится или по общей площади существенно уменьшится или увеличится, одинокому нанимателю, проживающему в трёхкомнатной квартире, требуется предоставить трёхкомнатную квартиру, а семье с тремя детьми, проживающей в «гостинке», предоставить комнату гостиничного типа.

Требуется уточнение и п. 3 ст. 88 ЖК, который предусматривает, что если при капитальном ремонте или реконструкции дома жилое помещение «существенно превысит норму предоставления, другое жилое помещение должно быть предоставлено по договору социального найма наймодателем до начала капитального ремонта или реконструкции». Что понимать под «существенным увеличением» жилого помещения? Пункт 2 ст. 58 ЖК предусматривает, что «жилое помещение по договору социального найма может быть предоставлено общей площадью, превышающей норму предоставления на одного человека, но не более чем в два раза...», поэтому при определении «существенного превышения» можно исходить из данного правила. Однако, для достижения единства в судебной практике необходимо уточнение названной нормы в самом законе или разъяснение Пленума Верховного Суда РФ.

Таковы основные положения, касающиеся жилищных отношений, закрепленных в Жилищном кодексе РФ. Регламентация жилищных отношений в ЖК имеет как свои положительные, так и отрицательные моменты, попытка проанализировать некоторые из них была сделана в нашей статье.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ФИНАНСОВОГО ПРАВА В ПОСТКРИЗИСНЫЙ ПЕРИОД

ПРИНЦИПЫ НАЛОГОВОГО ПРАВА И МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА: НОВЫЕ ПОДХОДЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Демин Александр Васильевич

Значение правовых принципов в системе налогообложения исключительно велико. Уже римские юристы понимали, что *principium est potissima pars cuiusque rei* – «принцип есть важнейшая часть всего». В постановлении от 21 марта 1997 г. № 5-П Конституционный Суд РФ подчеркнул: «Общие принципы налогообложения и сборов относятся к основным гарантиям, установление которых федеральным законом обеспечивает реализацию и соблюдение основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, принципов федерализма в Российской Федерации». Подчеркивая особую роль принципов налогового права, словацкий правовед В. Бабчак рассматривает их как «своего рода «кровотоки» налогового права, обеспечивающие его жизненно важные функции, поскольку, образно говоря, налоговое право может рассматриваться как живой организм»¹.

Неверно считать принципы налогового права абстрактными декларациями. Присутствуя в той или иной форме в источниках налогового права, они способны – как самостоятельно, так и в устойчивых сочетаниях с иными нормами – упорядочивать социальные взаимодействия, определять и направлять поведение субъектов налогового права, выступать в качестве нормативной основы для разрешения налоговых споров. Указанные обстоятельства детерминируют повышенную актуальность, своевременность и практическую значимость научных и прикладных исследований принципов налогового права.

Со времен Адама Смита к принципам налогообложения приковано внимание экономической и правовой науки. В этой области, как ни в одном ином разделе науки налогового права, отраслевой анализ немаловажен без привлечения данных иных гуманитарных наук – философии, социологии, этики. И это не случайно. Принцип – фундаментальная категория междисциплинарного характера с высокой степенью научной абстракции. В силу этого вряд ли возможно сформулировать ее однозначную дефиницию.

Институт правовых принципов как раздел правовой науки имеет богатейшую историю. Анализ юридической литературы показывает, что подходы к понятию «принцип права» многообразны и разноплановы. Многие авторы, определяя принципы права, комбинируют родовые понятия в различных сочетаниях. Такой плюрализм доказывает сложность и многоплановость рассматриваемой категории. При этом каждый автор по-своему верно определяет «принцип права» – но с какой-то одной стороны. Как видим, понятие «принцип права» – *полисемантическое*.

При определении принципов налогового права принято отталкиваться от понятия «принципы права», которые выработаны общей теорией права. Поэтому в литературе *принципы налогового права* определяются и как общие начала, и как руководящие идеи (установки), и как исходные направления, и как базовые положения, и как специализированные нормы особого рода. В определениях принципов налогового права находит отражение все многообразие общеправовых подходов и исследований.

¹ Babčák V. Rozvojdaňového práva Slovensku // Pocta Milanu Bakešovi 70. narodeninám / kolektív autorů. Praha, 2009. S. 26.

В качестве наиболее общего понятия, как правило, рассматривается категория «принципы налогообложения», интегрирующая, помимо собственно юридических, также социально-экономические, политические, организационные (технические) и иные принципы. Многие специалисты аргументируют существование организационных, социально-экономических, политических, юридических принципов российской налоговой системы. На наш взгляд, будучи вовлеченным в систему правового регулирования, любой принцип налогообложения (несмотря на свою изначально экономическую, политическую или идеологическую природу) приобретает *правовой характер* и должен рассматриваться именно как правовой принцип. Обозначая правовой принцип как идею, мы имеем в виду *идею, так или иначе воплощенную в праве*; говоря о принципах как основах, установках, началах, руководящих положениях, следует вести речь именно о *нормативных началах* той или иной отрасли или права в целом. Социально-экономические, политические, этические и другие категории, «преломляясь через призму правовой нормы, приобретают юридическое содержание»¹.

Помимо принципов, так или иначе формализованных в источниках налогового права, в юридической литературе традиционно выделяют *доктринальные принципы* (принципы-идеи), представляющие собой научные или политические тезисы, не обладающие юридически обязательным характером. Научному поиску всегда присущи личностный и *субъективный характер*, поэтому у каждого исследователя складывается свой перечень и наименования доктринальных принципов, которым должна соответствовать налоговая система, и добиться полного единообразия в этом вопросе нельзя (да и вряд ли необходимо). Это обстоятельство отличает доктринальные принципы от принципов, так или иначе легализованных в источниках налогового права, которые в целом поддаются *систематизации* и в определенной степени – *унификации*. Выступая значимыми элементами правовой культуры, доктринальные принципы способны оказывать существенное влияние на законотворческую, судебную и правоприменительную деятельность, однако, не будучи официально закреплены в том или ином источнике налогового права, качеством нормативности они не обладают. Разнообразные юридические идеи и идеалы только тогда становятся принципами права, когда они непосредственно (легально) выражены в нормативно-правовых актах или иных формах права. Правовые принципы суть не просто идеи, но идеи, которые всегда так или иначе воплощенные в праве и потому проявляющие себя как общеобязательные, нормативно-руководящие начала.

Применительно к принципам права вообще и принципам налогового права в частности, наиболее дискуссионным является вопрос о *формах их легализации*, т. е. о формах официального выражения и закрепления. В отечественной теории права преобладает позиция о возможности неявного, *контекстуального* закрепления принципов права в источниках права. Следуя общеправовой традиции, мы полагаем, что способы и приемы *официальной легализации* принципов налогового права могут быть различными.

Проблема «надпозитивности», т. е. возможность существования принципов права в «скрытом виде» либо вовсе – вне официальных текстов нормативных актов, имеет многолетнюю историю научного обсуждения. По этому вопросу в правоведении сложилось несколько точек зрения, а именно: 1) принципы права всегда должны быть нормативно закреплены в законах и подзаконных нормативных актах; 2) принципы права могут содержаться в любых источниках права, а не только в нормативных правовых актах; 3) принципы права могут находиться вне системы нормативного регулирования в виде устоявшихся элементов правосознания. Мы придерживаемся второй из названных точек зрения.

Советская правовая доктрина признавала в качестве источника права исключительно нормативный правовой акт. Нормативный характер иных *правовых форм* – судебной и юридической практики, правовых обычаев, договоров – за редкими исключениями не допускался. «Монополизм» нормативного акта в каче-

¹ Крохина Ю.А. Принцип экономической обоснованности в правовых позициях Конституционного Суда РФ // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2003 года / под ред. С.Г. Пепеляева. М., 2004. С. 31.

стве источника права превратился в один из «краеугольных камней» советского правоведения. В настоящее время эта «монополия» активно разрушается, всеобщую поддержку находит идея *плюрализма* источников права, к которым, помимо нормативных актов, большинство правоведов относят судебные прецеденты, нормативные договоры, правовые обычаи. Могут ли принципы права содержаться, кроме нормативных актов, и в других источниках права? Полагаем, на этот вопрос следует ответить утвердительно. В частности, содержание многих принципов налогового права раскрывается в судебных решениях. Более того, нередко те или иные правовые принципы впервые «открывает» и формулирует именно *судебная практика*. Например, такие важнейшие принципы налогового права, как ответственность за вину, равенство и соразмерность налогообложения, незлоупотребление правом в налоговых правоотношениях, презумпция невиновности налогоплательщика и некоторые другие, были изначально установлены Конституционным Судом задолго до их формального закрепления в законодательстве о налогах и сборах.

Нужно обратить внимание на важную особенность российского налогового права. В то время как большинство иных отраслей права к моменту их реформирования в конце XX в. уже имели значительный доктринальный, законодательный и прикладной «багаж» правовых принципов, отечественному налоговедению пришлось начинать фактически с нуля. Вплоть до принятия части первой НК РФ принципы налогового права не имели сколько-нибудь адекватной легализации в налоговом законодательстве. В условиях «нормотворческого дефицита» большая часть таких принципов, еще до их закрепления законом, была сформирована Конституционным Судом РФ в процессе интерпретации базовых конституционных положений, в частности путем индуктивного выведения из общеправовых (конституционных) принципов – равенства, социальной справедливости, правового и социального государства, верховенства права, единства экономического пространства, свободы экономической деятельности, соразмерного ограничения прав и свобод и т. п. Именно практика Конституционного Суда в этой сфере предопределила дальнейшее развитие налогового законодательства, а сформулированные в НК РФ нормы-принципы явились «юридическим признанием тех основных начал налогообложения, которые были ранее выведены Конституционным Судом РФ»¹.

Разумеется, прямое и непосредственное воспроизведение принципов в нормах налогового законодательства с позиции требования определенности нормативного регулирования предпочтительнее. Однако нередко принципы налогового права выводятся из содержания действующих норм *логическим путем*. Это свидетельствует о том, что принципы могут содержаться в правовой материи не только в четко формализованном, но и в «скрытом» виде. В последнем случае для их формулирования в виде четких положений, пригодных для правоприменения, требуется анализ действующего законодательства, судебной и юридической практики. Например, общеправовые принципы справедливости и гуманизма формально не закреплены в какой-либо конкретной норме, однако их влияние испытывают все отрасли российского права, включая налоговое. Или же принцип добросовестности и незлоупотребления правом, который в качестве общеправового был сформулирован совсем недавно, но не законодателем, а Конституционным Судом, и до сих пор не закреплен в нормах Налогового кодекса РФ. Данное обстоятельство, на наш взгляд, свидетельствует не о том, что такого принципа ранее не существовало, а лишь о том, что он изначально присутствовал в правовой системе *в неявной форме* и был «открыт» путем судебного толкования общего смысла действующего законодательства. Таким образом, принципы права *изначально* присутствуют в определенном нормативно-правовом комплексе, проявляя себя непосредственно в содержании правовых норм либо в том, что называют «дух закона».

Источником принципов права, на наш взгляд, помимо законодательства и судебных актов, может вступать и сложившаяся юридическая практика, т. е.

¹ Бондарь Н.С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ). М., 2006. С. 105–106.

правовой обычай. Поэтому одной из форм объективации правовых принципов в литературе называется «массовое использование соответствующей идеи в правоприменительной практике»¹. Например, каждый юрист прекрасно знаком с коллизионными принципами, применяемыми в случае противоречия друг другу одноуровневых нормативных актов: специальный нормативный акт имеет приоритет перед общим актом и позднее изданный акт имеет приоритет перед ранее изданным. Активно применяются эти принципы и для разрешения налоговых споров. Однако ни прямо, ни косвенно в нормах российского права они не закреплены. Не представляется возможным вывести их путем толкования действующего законодательства. Каков же источник общеобязательности данных принципов, т. е. их *нормативности*? Все очень просто: правовые сентенции *lex specialis derogat generali* и *lex posterior derogat priori* в качестве императивных требований были впервые сформированы в римском праве, и с тех пор юристы всего мира тысячелетиями применяют их на практике, не подвергая сомнению *аксиоматический характер* этих принципов. На них основывают свои решения суды, решаются казусы студентами юридических вузов, ориентируются участники правоотношений. Не будучи формализованы в нормах российского законодательства, они вошли в «плоть и кровь» отечественной правовой системы. Полагаем, источником этих принципов первоначально выступала *правовая доктрина*, а затем – *правовой обычай*, т. е. сложившееся в результате многократного, длительного применения, общепризнанное (в том числе государством) и повсеместно используемое в какой-либо сфере социальных взаимодействий положение, официально не зафиксированное в каком-либо нормативном правовом акте.

На наш взгляд, принципы налогового права должны всегда так или иначе присутствовать в правовых источниках (причем не только в нормативных правовых актах), но способы их *официальной легализации* могут быть различными. При этом далеко не всегда они непосредственно фиксируются в текстах нормативных актов. «Обнаружить» и сформировать принцип налогового права – хотя бы в форме правовой идеи – может любой субъект права. Разве истец не вправе обосновывать свои требования ссылками не только на нормы налогового права, но и на правовые принципы, которые, по мнению истца, обосновывают его притязания? Разве судья не вправе подкрепить свое решение ссылками не только на налогово-правовые нормы, но и на принципы налогового права, которые он вывел путем анализа законодательства о налогах и сборах и считает возможными применить в данном деле? в случае общего признания и многократного использования эти идеи становятся реальными ориентирами для участников налоговых правоотношений, т. е. приобретают качество *фактической общеобязательности*, не будучи формализованными в законодательстве. Полагаем, легализация принципов налогового права в качестве нормативных регуляторов может осуществляться и законодателем – в процессе издания нормативных правовых актов, и судебными органами – в рамках дискретных полномочий судов, и иными участниками налоговых правоотношений – в форме правовых обычаев, т. е. путем формирования соответствующей правоприменительной практики и ее последующего санкционирования государством. В любом случае необходимо *официальное признание* принципа государством либо в форме прямого нормотворчества, либо в форме последующего санкционирования. «Принципы права, чтобы претвориться в правопорядок, должны трансформироваться в более конкретную форму права (законодательство, подзаконные нормативно-правовые акты, судебные прецеденты и др.)»².

В правовой науке принято подразделение принципов права на общеправовые, межотраслевые, отраслевые и специальные (институциональные). Между ними существует определенная иерархия: общеправовые принципы конкретизируются и проявляются в межотраслевых, межотраслевые – в отраслевых, отраслевые –

¹ Милова И.Е., Милова Е.А. К вопросу о понятии принципов права // Вопросы экономики и права. 2009. № 2. С. 40.

² Честнов И.Л. Антропологическое измерение принципов права // Принципы права : материалы Всерос. науч.-практ. конф. / сост. С.В. Волкова, Н.И. Малышева; под общ. ред. Д.И. Луквской. СПб., 2007. С. 35.

в специальных принципах. С другой стороны, общеправовые и межотраслевые принципы могут оказывать и непосредственное воздействие на отраслевые правоотношения, проявляются здесь с учетом специфики данной отрасли права. Таким образом, принципы права нельзя рассматривать *изолированно друг от друга*, поскольку они тесно взаимосвязаны и взаимодействуют между собой, образуя систему, где один принцип вытекает из другого. Действие каждого из них обуславливается не только собственным содержанием, но и функционированием всей системы принципов в целом. Такая взаимообусловленность позволяет утверждать, что принципы права образуют *единую совокупность правовых начал*. Более того, несоблюдение одного принципа нередко влечет нарушение других принципов. С другой стороны, применительно к конкретной правовой ситуации принципы могут диалектически «конфликтовать», внутренне противоречить друг другу, и тогда от правоприменителя (суда) требуются определенные усилия по согласованию их между собой.

Каково соотношение принципов и норм в налогово-правовом регулировании? Встречаются мнения о тождественности этих понятий. Однако более верным представляется позиция, согласно которой принципы и нормы являются «пересекающимися», но не тождественными категориями – они обладают как общими качествами, так и существенными различиями. Причем одни принципы формулируются непосредственно в виде специализированных норм наиболее общего (абстрактного) характера, другие – лишь упоминаются в источнике налогового права, третьи выводятся индуктивным путем из контекста целого ряда норм налогового права.

Представляется, что позиционирование принципа права исключительно как нормы действующего законодательства не позволяет учесть архиважные правовые положения судебной практики в этой сфере, без которых институт правовых принципов сегодня просто не может считаться сколько-нибудь состоятельным. Важно подчеркнуть, что *смысловое наполнение* правового принципа намного богаче любой иной нормы налогового права. В этой связи принципы налогового права можно именовать не просто оценочными, а «супероценочными» правовыми категориями, требующими непрерывной и трудоемкой интерпретационной работы всех участников налоговых правоотношений по выявлению этих категорий. Таким образом, здравое пожелание отдельных авторов о том, что «принципы отрасли права должны иметь ясное название и четкую формулировку»¹, по объективным причинам вряд ли возможно реализовать в полной мере (хотя стремиться к этому необходимо).

Будучи непосредственно воспроизведенным в норме налогового права, принцип придает ей качество *специализированной нормы-принципа*. Большинство таких норм-принципов сосредоточено в ст. 3 Налогового кодекса РФ «Основные начала законодательства о налогах и сборах». Неполнота, отрывочность, нечеткость и бессистемность юридико-технического изложения правовых принципов в тексте Налогового кодекса Российской Федерации вызывает заслуженную критику. С соблюдением требования нормативной экономии законодатель здесь явно переусердствовал, лишь схематично обозначив некоторые из принципов налогового права, не раскрыв полностью их реального содержания. Так, в п. 1 ст. 3 Налогового кодекса РФ законодатель «втиснул» целых три правовых принципа, в п. 3 – два. При этом многие из общих принципов налогового права, которыми уже давно и успешно оперирует судебная практика, вовсе не упоминаются в тексте кодекса. Даже наименование того или иного принципа вызывает многочисленные дискуссии. Полагаем, следует руководствоваться схемой «каждому принципу – отдельная статья закона». В этом плане можно использовать позитивный опыт уголовного права, где принципы более четко обозначены путем их «разведения» по отдельным статьям Уголовного кодекса РФ. Представляется целесообразным выделение в части первой Налогового кодекса РФ самостоятельной главы с условным наименованием «Общие принципы налогообложения» с постатейным разъяснением каждого принципа.

¹ Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее будущее. М., 2009. С. 19.

Нужно указать на еще одну проблему, непосредственно влияющую на полноту и содержательную наполненность норм-принципов. Особая роль судебной практики в процессе формирования системы принципов налогового права общепризнанна и сомнению не подвергается. Путем анализа и толкования правовой реальности суды выявляют «скрытые» правовые принципы, а также формулируют юридические императивы, составляющие их содержание. Однако если на первоначальном этапе налоговой реформы российский законодатель, как правило, чутко реагировал на достижения судов в этой сфере, оперативно внося изменения в налоговое законодательство, то в последующем ситуация изменилась: правовые позиции, связанные с интерпретацией судами принципов налогового права, все чаще игнорируются законодателем и не находят адекватного отражения в нормах НК РФ.

Содержание принципов налогового права значительно шире их нормативного выражения в законе. Они обладают большей информационной насыщенностью, смысловой емкостью, открытой структурой, их содержание, как правило, *динамично* и не уместается в рамках одной-единственной нормы, но «раскрывается» путем кропотливой (и, как правило, – непрерывной) интерпретационной работы многих субъектов налогового права, прежде всего – судов. При этом содержание правового принципа невозможно ограничить раз и навсегда заданными «рамками», оно многогранно и развивается вместе с развитием налогово-правовой науки и практики. В этом смысле принцип налогового права можно образно представить в виде перманентно строящегося «здания», к которому адресаты соответствующих норм периодически добавляют (или убирают) «кирпичики» в виде дополнительных структурных элементов.

Таким образом, «принцип имеет довольно сложное строение, которое состоит из разнообразных юридических императивов, которые тесно взаимосвязаны и взаимодействуют между собой»¹. Эта «сумма юридических императивов», составляющих содержание принципов, включает, как правило, не только нормы налогового права, но и правовоположения судебной практики. Кроме того, несмотря на императивный характер принципов, законодатель вправе предусмотреть из них некоторые изъятия (исключения) в целях оптимизации общего механизма налогово-правового воздействия. Так, налоговые льготы и преференции можно рассматривать как исключения из принципа равенства, наличие бланкетных норм и оценочных категорий – из принципа определенности налогообложения.

Подведем итоги. Учитывая сложность и многоплановость категории «принципы налогового права», последние можно определить и как общие начала, и как руководящие идеи (установки), и как исходные направления, и как базовые положения, и как специализированные нормы особого рода. Способы и приемы официальной легализации принципов налогового права могут быть различными. Принципы налогового права могут формулироваться непосредственно в виде специализированных норм наиболее общего, абстрактного характера, другие могут быть лишь названы (упомянуты) в источнике налогового права (причем – не обязательно в нормативном акте) либо выведены индуктивным путем из контекста целого ряда налогово-правовых норм.

Главная задача, стоящая перед юридическим сообществом, – сделать принципы налогового права *непосредственно действующими*, сосредоточиться на их использовании в налоговом и судебном процессе, полнее раскрыть их правоприменительный, *инструментальный* потенциал, сделать его более эффективным, убедить (и если надо – научить) участников налоговых правоотношений активнее ссылаться на принципы права в обоснование своих позиций, трансформировать последние из «красочных деклараций» в повседневный элемент практической юриспруденции. Задача же российского законодателя, с которой он пока не справляется, – регулярный мониторинг и нормативное закрепление в нормах НК РФ принципов налогового права, выявленных судебной практикой.

¹ Карташов В.Н. Принципы права // Теория государства и права : учебник / под ред. В.К. Бабаева. М., 2001. С. 222.

ПЛАТА ЗА НЕГАТИВНОЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ НА ОКРУЖАЮЩУЮ СРЕДУ КАК ГАРАНТИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВ ГРАЖДАН В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ¹

Ялбулганов Александр Алибиевич

Обеспечение конституционного права на благоприятную окружающую среду предусмотрено законодательством Российской Федерации и составляет основу государственной экологической политики. Реализация права на благоприятную окружающую среду обеспечивается юридическими и экономическими механизмами. Согласно ст. 16 действующего федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (далее – Закон об охране окружающей среды) негативное воздействие на окружающую среду является платным; формы платы должны определяться федеральными законами.

В ранее действовавшем природоохранном законодательстве использовалось понятие платежей за пользование природными ресурсами. Согласно ст. 20 Закона РСФСР от 19 декабря 1991 г. № 2060-1 «Об охране окружающей природной среды» платность природопользования включала плату за природные ресурсы (земля, недра, вода, лес и иная растительность, животный мир, рекреационные и другие природные ресурсы), за загрязнение окружающей природной среды и за другие виды воздействия. При этом плата за природные ресурсы в названном Законе подразделялась: на плату за право пользования природными ресурсами в пределах установленных лимитов; плату за сверхлимитное и нерациональное использование природных ресурсов; плату на воспроизводство и охрану природных ресурсов.

Нетрудно заметить, что в ранее действовавшем законодательстве все природо-ресурсные платежи, являющиеся элементом экономического механизма охраны окружающей среды, четко делились на два относительно самостоятельных блока: платежи за пользование и платежи за загрязнение. Сохранилось ли такое деление после вступления в силу нового Закона?

Термин «плата за негативное воздействие на окружающую среду» закреплен в российском законодательстве сравнительно недавно – в связи с принятием Закона об охране окружающей среды. При этом в новом Законе не упоминается о платежах за пользование природными ресурсами, несмотря на то, что легальная дефиниция использования природных ресурсов отнесена ст. 1 Закона к основным понятиям. Значительно более формализованный терминологический аппарат обновленного природоохранного законодательства позволяет достаточно точно определить те границы, в пределах которых имеются правовые основания для взимания платы за негативное воздействие.

Согласно положениям действующего природоохранного законодательства, негативное воздействие на окружающую среду в общем виде можно определить как воздействие хозяйственной и иной деятельности человека на совокупность компонентов природной среды, последствия которой приводят к негативным изменениям состояния окружающей среды во взаимосвязи ее физических, химических, биологических и иных показателей. При этом использование природных ресурсов включает в себя все виды воздействия на природные ресурсы в процессе хозяйственной и иной деятельности – как собственно негативное, так и иные виды воздействия (ст. 1 Закона об охране окружающей среды). Негативное воздействие на окружающую среду представляет собой разновидность природопользования. Все предусмотренные Законом виды негативного воздействия так или иначе связаны с понятиями «загрязнение окружающей среды»,

¹ Работа выполнена в рамках индивидуального исследовательского проекта № 10-01-0160 «Реализация права на благоприятную окружающую среду в Российской Федерации: экономические и юридические гарантии», поддержанного Научным фондом ГУ-ВШЭ.

«загрязняющее вещество», определения которых также содержатся в общих положениях Закона.

Таким образом, в Законе об охране окружающей среды не предусмотрено, как это было ранее, взимание платы за деятельность, не приводящую к ухудшению состояния окружающей среды. Сохранился лишь принцип платности природопользования (ст. 3 Закона), сами же виды платы за природопользование закреплены отдельными федеральными законами либо Налоговым кодексом РФ.

Как видим, деление природоресурсных платежей на два блока, по существу, сохранилось, однако если ранее такое разделение можно было провести в рамках одного законодательного акта, то теперь оно явствует из совокупности актов природоресурсного, экологического, налогового законодательства и иных отраслей (подотраслей) законодательства РФ.

В связи с этим стоит вспомнить о намерении законодателя ввести некий общий экологический налог. По-видимому, он предполагался не как налог на пользование различными природными ресурсами (по модели земельного налога или водного налога), а как платеж, взимаемый в связи с ухудшением экологической ситуации в результате деятельности хозяйствующих субъектов. Статьей 13 НК РФ в редакции, действовавшей до 1 января 2005 г., экологический налог был отнесен к федеральным налогам, взимаемым на всей территории РФ. Вместе с тем указанную редакцию ст. 13 НК РФ можно с достаточной долей уверенности отнести к разряду «мертворожденных» норм: с момента принятия части первой НК РФ она так и не была введена в действие, а с 1 января 2005 г. Вступила в силу в иной редакции, уже не предусматривающей установление экологического налога в системе налогов и сборов РФ.

Проявление в законодательстве РФ принципа платности природопользования в двух ипостасях – через установление платежей за природопользование и через установление платы за негативное воздействие – представляется неслучайным. Платежи за природопользование по своему содержанию отвечают характеристикам рентных платежей, в то время как плата за негативное воздействие, по существу, имеет наибольшее сходство с экологическим налогом многих зарубежных стран, т. е. таким публично-правовым платежом, прямое функциональное назначение которого состоит в предотвращении (смягчении) негативного воздействия хозяйственной деятельности человека на окружающую среду.

Действующее законодательное регулирование предлагает лишь общие подходы к определению понятия платы за негативное воздействие. Так, определение понятия негативного воздействия на окружающую среду содержится в общих положениях Закона об охране окружающей среды. В соответствии со ст. 1 этого Закона негативное воздействие на окружающую среду можно определить как воздействие хозяйственной и иной деятельности человека на совокупность компонентов природной среды, последствия которой приводят к негативным изменениям состояния окружающей среды во взаимосвязи ее физических, химических, биологических и иных показателей.

Как было указано выше, в Законе об охране окружающей среды негативное воздействие на окружающую среду рассматривается в качестве разновидности природопользования. Все предусмотренные этим Законом виды негативного воздействия так или иначе связаны с понятиями «загрязнение окружающей среды», «загрязняющее вещество».

Плата за негативное воздействие на окружающую среду предусмотрена ст. 16 Закона об охране окружающей среды. Значение данной статьи в правовом регулировании платы за негативное воздействие можно охарактеризовать следующим образом. Данная статья:

- 1) устанавливает принцип платности негативного воздействия на окружающую среду;
- 2) определяет виды негативного воздействия, осуществление которых может породить обязанность по внесению экологических платежей в бюджетную систему РФ;

3) содержит бланкетные нормы в отношении форм платы за негативное воздействие, порядка исчисления и взимания платы за негативное воздействие;

4) устанавливает, что внесение платы за негативное воздействие не освобождает от выполнения мероприятий по охране окружающей среды и возмещения вреда окружающей среде.

Сходство, а в отдельных случаях и тождественность некоторых характеристик платы за негативное воздействие с признаками налоговых платежей предоставляет основания для попытки унифицировать подходы к анализу механизмов взимания платы за негативное воздействие и взимания налога с использованием инструментария и понятийного аппарата налогового права. В то же время очевидным возражением против правомерности такой унификации будет тезис о различной правовой природе налога и платы за негативное воздействие и, следовательно, о несопоставимости объектов сравнения. Действительно, теория и практика последних лет пошли по пути отрицания налоговой природы платы за негативное воздействие. Однако независимо от ответа на вопрос о правовой природе платы за негативное воздействие вряд ли допустимо отрицать наличие в механизме платы за негативное воздействие неких краеугольных элементов, без которых функционирование данного механизма в правовом поле не представляется возможным.

Экономическое регулирование охраны окружающей среды в действующем российском законодательстве ограничено платой за негативное воздействие на окружающую среду, административными штрафами за нарушения требований природоохранного законодательства и возмещением вреда окружающей среде, причиненного вследствие нарушений требований природоохранного законодательства, а также правовыми нормами о льготном налогообложении природопользователей, которые не имеют необходимых механизмов реализации, в то время как используемые экономические механизмы носят сугубо фискальный характер и отличаются низкой эффективностью своего воздействия.

Предложения по совершенствованию российского законодательства в направлении повышения эффективности реализации экологической функции налогообложения состоят: 1) в необходимости принятия отдельного законодательного акта в соответствии с Законом об охране окружающей среды, который закреплял бы основные принципы экономического регулирования охраны окружающей среды, возможность введения налоговым законодательством конкретных форм и инструментов налоговой политики в соответствии с правовой природой и экономическим содержанием экологических платежей; 2) в целесообразности правового закрепления в налоговом законодательстве конкретных механизмов экономического регулирования в сфере охраны окружающей среды, а также диверсификации правового воздействия с помощью более интенсивного использования налоговых освобождений, налоговых зачетов, налоговых кредитов, ускоренной амортизации, пониженных ставок в отношении отдельных экологически значимых объектов налогообложения и повышенных – в отношении экологически вредной продукции или сырья, налоговых льгот временного характера на период строительства очистных сооружений и постоянных – для целей развития производства экологически чистой продукции и услуг.

По вопросу введения экологического налога. Нам представляется введение экологического налога в принципе необходимым и обоснованным. Однако поскольку такая мера связана с рядом существенных трудностей практического свойства, вызванных технической проблемой корректного измерения степени конкретных видов негативного воздействия на окружающую среду, проблемами эффективно администрирования экологических платежей, ее принятие предлагается отложить на среднесрочную перспективу, предоставив определенное время и органам государственной власти, и общественности, с тем, чтобы обеспечить органичное восприятие экологического налога в системе налогов и сборов РФ.

О ПРЕДЛОЖЕНИЯХ РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМЫ УХОДА ОТ НАЛОГОВОГО КОНТРОЛЯ И УКЛОНЕНИЯ ОТ УПЛАТЫ НАЛОГОВ «БРОШЕННЫМИ» ОРГАНИЗАЦИЯМИ

Ильин Андрей Владимирович

С момента образования современной российской налоговой системы и по настоящее время в налоговом праве особую актуальность приобрела проблема ухода от налогового контроля и уклонения от уплаты налогов посредством заведомо ложного изменения состава участников, руководителя и местонахождения юридического лица. «Миграция» не желающих попасть на выездную налоговую проверку «брошенных» организаций из одного субъекта Федерации в другой всегда была востребованным и рентабельным бизнесом, направленным на нарушение публичных интересов. Весьма показательно, что государственные органы до сих пор не обращают должного внимания на эту проблему. Законодатель, правоприменительная практика так и не предложили ее конкретных решений, несмотря на многочисленные публикации в литературе и уже нередкую констатацию в актах арбитражных судов недостоверности изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридических лиц.

Очевидно, что отсутствие предложений по решению обозначенной проблемы подрывает идею, декларируемую в ст. 57 Конституции РФ, п. 2 ст. 49 НК РФ о полном исполнении организацией – налогоплательщиком публичной обязанности, приводит к нарушениям прав и интересов других налогоплательщиков, неустойчивости налоговых отношений, необоснованному переложению в российском обществе налогового бремени. Кроме того, это негативно сказывается на налоговом контроле. Ведь практическая невозможность проведения полноценной выездной налоговой проверки является тем неправомерным преимуществом, которое сегодня имеют «брошенные» организации перед другими налогоплательщиками. Причем российский парадокс состоит в том, что последние, в отличие от первых, соблюдают требования законодательства о налогах и сборах, а в результате же избирательного налогового контроля попадают в более худшее положение. Кто же в такой ситуации в реальной жизни будет руководствоваться нормами НК РФ, а не брать пример с незаконопослушного налогоплательщика? Это ли не актуальная и требующая незамедлительного решения проблема для доктрины национального налогового права?

Показательно, что с течением времени проблема ухода от налогового контроля и уклонения от уплаты налогов посредством заведомо ложного изменения состава участников, руководителя и местонахождения юридического лица не только не утрачивает повышенного теоретического значения и практической актуальности, но и уверенно выходит на передний план всего спектра налогово-правовых проблем. В правоприменительной практике все чаще появляются иски о признании недействительной государственной регистрации соответствующих изменений, внесенных в учредительные документы юридических лиц. При этом в абсолютном большинстве случаев выясняется: названные изменения недостоверны, что в свою очередь означает фиктивность договоров купли-продажи долей в уставном капитале хозяйственных обществ.

Симптоматично, что у российского налогового права до сих пор нет собственных, содержательных ответов на столь актуальные вопросы. Наверное, поэтому в правоприменительной практике примеры привлечения к налогообложению руководителей, лиц, выбывших из состава учредителей (участников) с целью избавления от «ненужной» организации, единичны.

В связи с этим для решения поднимаемой проблемы предлагается:

1) создать механизм оперативного налогового контроля в отношении организаций, заявляющих изменение состава участников, руководителя и местонахож-

дения. Цель – быстрая проверка соответствия показателей налоговой декларации налогоплательщика – организации его банковской выписке и сопоставимости показателей налоговых деклараций налогоплательщиков – контрагентов;

2) установить обязательное проведение выездной налоговой проверки у налогоплательщика – организации при выявлении в ходе оперативного налогового контроля достаточных оснований предполагать совершение налоговых правонарушений. При этом выездная налоговая проверка должна дать оценку обоснованности изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридического лица;

3) при установлении необоснованности изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридического лица и наличии налоговых правонарушений возлагать неисполненную обязанность по уплате налога по решению суда на другую организацию, созданную теми же учредителями, либо на организацию в уставный капитал которой внесено имущество, принадлежавшее ранее организации, имеющей неисполненную обязанность по уплате налогов;

4) при установлении необоснованности изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридического лица, и наличии налоговых правонарушений привлекать бывшего участника и руководителя налогоплательщика – организации к субсидиарной ответственности по неисполненным налоговым обязательствам.

Для этого внести в Налоговый кодекс Российской Федерации изменения, перечисленные ниже:

Дополнить ст. 50 НК РФ ст. 50.1 следующего содержания:

«Исполнение обязанности по уплате налогов и сборов (пеней, штрафов) при изменении участников и руководителя юридического лица.

1. Если в результате несоответствия показателей налоговой декларации банковской выписке, несопоставимости показателей налоговых деклараций налогоплательщика и контрагента, необоснованных изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридического лица, налогоплательщик не имеет возможности исполнить в полном объеме обязанность по уплате налогов (пеней, штрафов) и такие изменения были направлены на неисполнение обязанности по уплате налогов, то по решению суда неуплаченные налоги могут быть возложены на другую организацию, созданную теми же учредителями либо на организацию в уставный капитал которой внесено имущество, принадлежавшее ранее организации, имеющей неисполненную обязанность по уплате налогов.

2. При невозможности исполнения налоговых обязательств организации в порядке, предусмотренном пунктом 1 настоящей статьи по решению суда на бывшего участника и руководителя организации – налогоплательщика может быть возложена субсидиарная ответственность за неисполненную обязанность по уплате налогов».

Дополнить ст. 88 НК РФ статьей 88.1 следующего содержания:

«Встречная налоговая проверка.

1. При подаче организацией-налогоплательщиком заявления о государственной регистрации изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридического лица, касающиеся смены места постановки на учет, участников, руководителя, налоговый орган осуществляет встречную налоговую проверку.

2. Встречная налоговая проверка проводится по месту нахождения налогового органа в течение одного месяца с момента предоставления налогоплательщиком организацией изменений, указанных в пункте 1 настоящей статьи. При встречной налоговой проверке полномочия должностных лиц налоговых органов состоят в контроле соответствия показателей налоговой декларации банковской выписке налогоплательщика и сопоставимости показателей налоговых деклараций налогоплательщиков – контрагентов.

3. При выявлении несоответствия показателей налоговой декларации банковской выписке, несопоставимости показателей налоговых деклараций налогоплательщиков-контрагентов, налоговый орган обязан направить налогоплательщику (его правопреемнику), бывшему участнику и руководителю письменное уведомление с указанием существа выявленных нарушений и требованием их устранения.

ния. При этом налоговый орган, осуществляющий встречную налоговую проверку, обязан направить в налоговый орган по месту учета контрагента письменное уведомление с указанием существа выявленных нарушений. Налогоплательщик (его правопреемник), получивший уведомление, обязан в течение одного месяца устранить указанные нарушения и представить в налоговый орган измененную налоговую декларацию и документы, подтверждающие уплату налога. Налогоплательщик (его правопреемник), не согласный с доводами, указанными в уведомлении, обязан в течение одного месяца направить в налоговый орган пояснения показателей налоговой декларации с приложением подтверждающих документов. При необоснованном отказе (уклонении) налогоплательщика (его правопреемника) от изменения показателей налоговой декларации, соответствующих его банковской выписке и сопоставимых с показателями налоговой декларации контрагента, налоговый орган обязан провести в отношении налогоплательщика выездную налоговую проверку».

Предлагается сформулировать для правоприменительной налоговой практики следующее положение.

«О необоснованности изменений, вносимых в учредительные и иные документы юридического лица, могут свидетельствовать подтвержденные доказательствами доводы налогового органа о наличии следующих обстоятельств: 1) наличие у организации неуплаченных налогов, пеней, штрафов; 2) отсутствие у лица, приобретающего 100 % долю в уставном капитале организации деловой цели; 3) сжатые сроки между выявлением недоимки и отчуждением 100 % доли в уставном капитале организации; 4) учреждение бывшим участником другого юридического лица; 5) одновременная смена участника, руководителя, бухгалтера организации; 6) последующее отсутствие у организации хозяйственной деятельности и неисполнение обязанностей, установленных НК РФ; 7) предварительный перевод активов в другие организации; 8) отсутствие у организации имущества после смены участника и руководителя; 9) смена места постановки на учет; 10) отсутствие организации по адресу, указанному в учредительных документах».

Думается, что практическая реализация наших предложений позволит пресечь массовые нарушения публичных интересов в налоговой сфере, создать более справедливое и эффективное налоговое регулирование в современной России. Без решения этих задач модернизация налогового права невозможна.

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗЕРВНОГО ФОНДА СУБЪЕКТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В КАЧЕСТВЕ АНТИКРИЗИСНОЙ МЕРЫ

Арбатская Юлия Валерьевна

К основным задачам бюджетной политики ряда последних лет Президент Российской Федерации относит обеспечение макроэкономической стабильности, сбалансированности бюджета, последовательное снижение бюджетного дефицита, прогнозируемые параметры инфляции¹. С целью создания возможного инструментария решения поставленной задачи Федеральным законом от 30 декабря

¹ Бюджетное послание Президента Российской Федерации Федеральному собранию от 29 июня 2010 г. «О бюджетной политике в 2011–2013 годах» // Документ официально не опубликован. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Бюджетное послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 25 мая 2009 г. «О бюджетной политике в 2010–2012 годах» // Парламентская газета. 2009. 29 мая; Бюджетное послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 23 июня 2008 г. «О бюджетной политике в 2009–2011 годах» // Документ официально не опубликован. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

2008 г. № 310-ФЗ¹ в Бюджетный кодекс Российской Федерации² была включена ст. 81.1, определяющая правовое положение Резервного фонда субъекта Российской Федерации. С учетом данных положений с 1 января 2009 г. законом субъекта Российской Федерации (за исключением закона субъекта Российской Федерации о бюджете субъекта Российской Федерации) может быть предусмотрено создание Резервного фонда субъекта Российской Федерации.

Обозначенная норма БК РФ содержит лишь рамочное регулирование. Так, в ст. 81.1 БК РФ устанавливается, что Резервный фонд субъекта Российской Федерации представляет собой часть средств бюджета субъекта Российской Федерации, предназначенную для исполнения расходных обязательств субъекта Российской Федерации в случае недостаточности доходов бюджета субъекта Российской Федерации для финансового обеспечения расходных обязательств. Порядок формирования и использования средств указанного Фонда устанавливается законом субъекта Российской Федерации (за исключением закона субъекта Российской Федерации о бюджете субъекта Российской Федерации).

Как указывалось выше, включение указанных норм в БК РФ было предложено в качестве возможной антикризисной меры, обеспечивающей сбалансированность соответствующего бюджета в условиях колебания доходов или расходных обязательств. Вместе с тем, по мнению разработчиков этих норм, создание Резервного фонда может положительно сказаться на экономике лишь некоторых субъектов Российской Федерации.

Как следует из Методических рекомендаций для субъектов Российской Федерации по формированию и использованию региональных фондов финансовых резервов, разработанных Институтом экономики переходного периода, наиболее целесообразным представляется формирование резервных фондов в субъектах Российской Федерации, в которых:

- уровень фактической бюджетной обеспеченности выше среднероссийского уровня;
- доля налога на прибыль организаций в структуре налоговых доходов превышает среднероссийский уровень;
- моноотраслевая структура экономики;
- доля поступлений по налогу на прибыль от предприятий, занятых в сфере добычи полезных ископаемых, обрабатывающих производств, металлургии, машиностроения и химической промышленности, в общем объеме поступлений по данному налогу превышает среднероссийский уровень;
- объем государственного долга в двух из последних трех лет превышает 50 % к объему доходов без учета объема безвозмездных поступлений.

Однако несмотря на указанные рекомендации, ряд субъектов Федерации поспешил законодательно урегулировать возможность создания Резервного фонда и порядок его формирования и использования. Специальные законы, посвященные данным вопросам в 2009 г. приняты в Кемеровской области³, Ульяновской области⁴, Сахалинской области⁵. В законы о бюджетном процессе отдельные нормы, посвященные вопросам формирования и использования Резервного фонда,

¹ О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации»: Федеральный закон от 30 дек. 2008 г. № 310-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 18.

² Бюджетный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ (с послед.изм. от 27 дек. 2009 г.) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823. Далее – БК РФ.

³ О Резервном фонде Кемеровской области: Закон Кемеровской области от 15 июля 2009 г. № 90-ОЗ // Законодательный вестник Совета народных депутатов Кемеровской области. 2009. № 89.

⁴ О Резервном фонде Ульяновской области: Закон Ульяновской области от 28 сент. 2009 г. № 127-ЗО // Ульяновская правда. 2009. 2 окт.

⁵ О Резервном фонде Сахалинской области: Закон Сахалинской области от 26 февр. 2009 г. № 10-ЗО // Губернские ведомости. 2009. № 38(3245).

включены в Санкт-Петербурге¹, Тюменской области², Республике Алтай³, Республике Хакасия⁴, Республике Дагестан⁵, Пермском крае⁶, Ханты-Мансийском автономном округе⁷.

Рассмотрим механизм функционирования Резервного фонда.

В Методических рекомендациях Института экономики переходного периода говорится о возможности использования одного из двух подходов к формированию резервного фонда:

1. Резервный фонд субъекта Российской Федерации формируется в составе расходной части регионального бюджета и отражается в ведомственной структуре расходов.

2. Резервный фонд субъекта Российской Федерации представляет собой часть средств бюджета субъекта Российской Федерации, подлежащих обособленному учету и управлению в целях исполнения расходных обязательств субъекта Российской Федерации в случае недостаточности доходов бюджета субъекта Российской Федерации для финансового обеспечения расходных обязательств.

Оба эти подхода нашли свое закрепление в законодательных актах субъектов Российской Федерации. При этом в подавляющем большинстве законов установлено, что Резервный фонд формируется в составе расходной части бюджета (Тюменской области, Республике Алтай, Республике Хакасия, Республике Дагестан, Кемеровской области, Ульяновской области, Сахалинской области). В ст. 19-1 Закона Санкт-Петербурга «О бюджетном процессе Санкт-Петербурга» указывается на обособленный учет и управление Резервного фонда.

В Пермском крае законодательно закреплён принципиально иной подход – в ст. 14.1 Закона Пермского края «О бюджетном процессе в Пермском крае» установлено, что средства Резервного фонда края отражаются в составе источников финансирования дефицита бюджета.

Вместе с тем следует учитывать, что при создании Резервного фонда в составе расходов или источников покрытия бюджетного дефицита неиспользованные в течение года денежные средства не переходят неизменным остатком на начало следующего года, а рассматриваются в качестве остатков на бюджетных счетах, что, в свою очередь, является источником финансирования дефицита бюджета.

Кроме того, в данных случаях средства Резервного фонда отражаются в законе о бюджете абсолютной суммой, а их реальная денежная масса хранится и учитывается на едином счете регионального бюджета в Центральном Банке Российской Федерации. При появлении в течение финансового года бюджетного дефицита в сумме сверх запланированного может возникнуть ситуация, когда Резервный фонд останется лишь «на бумаге», а реально этих денег на банковском счете не окажется.

¹ О бюджетном процессе в Санкт-Петербурге: Закон Санкт-Петербурга от 20 июля 2007 г. № 371-77 (с послед.изм. от 22 июня 2009 г.) // Вестник Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. 2007. № 27. (ст. 19-1).

² О бюджетном процессе в Тюменской области: Закон Тюменской области от 12 октября 2001 г. № 426 (с послед.изм. от 7 окт. 2009 г.) // Вестник Тюменской областной Думы. 2001. № 11. Ч. 1. (ст. 4.1).

³ О бюджетном процессе в Республике Алтай: Закон Республики Алтай от 27 ноября 2007 г. № 66-РЗ (с послед.изм. от 22 апр. 2009 г.) // СЗ Республики Алтай. 2007. № 45(51). Ч. 1, ноябрь. С. 40. (ст. 9.1).

⁴ О бюджетном процессе и межбюджетных отношениях в Республике Хакасия: Закон Республики Хакасия от 7 дек. 2007 г. № 93-ЗРХ (с послед.изм. от 30 сент. 2009 г.) // Вестник Хакасии. 2007. 14 декабря. (ст. 10 (1)).

⁵ О бюджетном процессе и межбюджетных отношениях в Республике Дагестан: Закон Республики Дагестан от 6 июня 2005 г. № 23 (с послед.изм. от 9 окт. 2009 г.) // СЗ Республики Дагестан. 2005. № 6. Ст. 392. (ст. 6.1).

⁶ О бюджетном процессе в Пермском крае: Закон Пермского края от 12 окт. 2007 г. № 111-ПК (с послед.изм. от 1 июля 2009 г.) // СЗ Пермского края. 2007. № 11. (ст. 14.1).

⁷ Об отдельных вопросах организации и осуществления бюджетного процесса в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре: Закон Ханты-Мансийского автономного округа-Югры от 20 июня 2007 г. № 99-оз (с послед.изм. от 12 октября 2009 г.) // СЗ Ханты-Мансийского автономного округа-Югры. 2007. № 7. Ст. 913. (ст. 3.1).

Представляется, что достичь цели обеспечения сбалансированности соответствующего бюджета в условиях колебания доходов или расходных обязательств позволит использование лишь второго подхода, когда средства Резервного фонда субъекта Российской Федерации подлежат обособленному учету и управлению, поскольку в этом случае возможно накопление фонда во временном интервале более одного года с дальнейшим использованием их на определенные цели.

Проанализируем федеральную законодательную базу. Как уже указывалось, ст. 81.1 БК РФ содержит лишь рамочное регулирование, не содержащее указания на возможность выбора того или иного подхода. Однако следует учитывать, что структурно указанная норма включена в гл. 10 «Общие положения о расходах бюджета», что с одной стороны, предопределяет необходимость создавать данный фонд только в составе расходов бюджета.

С другой стороны, анализируя упоминание Резервного фонда субъекта Российской Федерации в контексте ст. 92.2 БК РФ, регулирующей вопросы дефицита бюджета субъекта Российской Федерации и местного бюджета, можно прийти к иному выводу. В частности, в указанной статье говорится: «...снижения остатков средств на счетах по учету средств бюджета субъекта Российской Федерации, в том числе средств Резервного фонда субъекта Российской Федерации», из чего можно сделать вывод о том, что средства Резервного фонда учитываются в качестве остатков средств на счетах по учету средств бюджета субъекта Российской Федерации. Согласно ст. 95 БК РФ, изменение остатков средств на счетах по учету средств бюджета субъекта Российской Федерации в течение соответствующего финансового года является источником покрытия дефицита бюджета субъекта Российской Федерации. Следовательно, средства Резервного фонда учитываются как источники покрытия дефицита бюджета субъекта Российской Федерации.

Что касается возможности обособленного учета и управления Резервным фондом субъекта Российской Федерации, то на сегодняшний день правовые предпосылки для этого в федеральном законодательстве отсутствуют. Учитывая положения ст. 71 Конституции Российской Федерации, относящего финансовое регулирование к исключительному ведению Российской Федерации, следует сделать вывод о том, что субъект Российской Федерации как собственник бюджетных средств может самостоятельно формировать и расходовать бюджет, но только в формах, установленных федеральным законодательством.

Кроме того, в ст. 81¹ Бюджетного кодекса Российской Федерации не установлено, на какой период может создаваться Резервный фонд субъекта Российской Федерации. Поэтому не вполне понятно, возможно ли создание данного фонда на неопределенный период времени (неизрасходованный в текущем финансовом году остаток средств фонда будет переходить в соответствии с законом о бюджете на следующий финансовый год и расходоваться только при наличии определенных обстоятельств) либо только на финансовый год (фонд будет создаваться и расходоваться в соответствии с законом о бюджете на очередной финансовый год, затем будет обнуляться и создаваться вновь на новый финансовый год).

Многочисленные дискуссии вызывает также вопрос об источниках формирования Резервного фонда.

В Методических рекомендациях Института экономики переходного периода говорится о возможности трех подходов к определению источника формирования Резервного фонда субъекта Российской Федерации:

1. Резервный фонд Российской Федерации формируется за счет следующих доходов бюджета субъекта Российской Федерации: налоговых доходов, неналоговых доходов, дотаций из других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации и иных межбюджетных трансфертов, не имеющих целевого назначения.

2. Резервный фонд Российской Федерации формируется за счет собственных доходов бюджета субъекта Российской Федерации.

3. Для первоначального формирования Резервного фонда законом субъекта Российской Федерации может быть предусмотрена возможность перечисления в Резервный Фонд бюджетных остатков, не имеющих целевого назначения, а также перевод части резервных фондов органов исполнительной власти

4. Таким образом, предлагается формировать Резервный фонд как за счет доходов бюджета, так и за счет источников покрытия бюджетного дефицита.

Согласно п. 2 ст. 81¹ Бюджетного кодекса Российской Федерации Резервный фонд субъекта Российской Федерации представляет собой часть средств бюджета субъекта Российской Федерации. Анализ положений Бюджетного кодекса Российской Федерации (ст. 6, гл. 4–6, 10, 13) позволяет сделать вывод о том, что средства бюджета представляют собой доходы бюджета и источники финансирования дефицита бюджета. Таким образом, представляется возможным формирование Резервного фонда за счет доходов регионального бюджета и источников финансирования дефицита бюджета. Указанные виды источников используются для формирования Резервных фондов Ханты-Мансийского автономного округа, Санкт-Петербурга, Тюменской области, Республики Хакасия, Республики Дагестан, Сахалинской области, Кемеровской области, Ульяновской области. При этом обращает на себя внимание ч. 3 ст. 14.1 Закона Пермского края «О бюджетном процессе в Пермском крае», согласно которой источником формирования Резервного фонда могут быть поступления налоговых и неналоговых доходов сверх утвержденных бюджетом и сокращение расходов бюджета Пермского края текущего финансового года.

Конкретные виды источников формирования Резервного фонда могут закрепляться либо специальным законом субъекта Российской Федерации, определяющим его статус, либо утверждаются законом о региональном бюджете.

Кроме того, необходимо учитывать, что поскольку Резервный фонд субъекта Российской Федерации формируется в составе регионального бюджета, процесс его формирования во многом будет совпадать с процессом формирования бюджета, поэтому данный вопрос не требует детальной регламентации специальными нормами о Резервном фонде.

Порядок расходования Резервного фонда субъекта Российской Федерации должен также определяться законом субъекта Российской Федерации (за исключением закона субъекта Российской Федерации о бюджете субъекта Российской Федерации).

Некоторыми законами субъектов Российской Федерации определяются приоритетные направления, на которые могут направляться средства резервного фонда, что, несомненно, следует приветствовать. Например, в Кемеровской области к таковым отнесены:

- 1) оплата труда работников бюджетных учреждений;
- 2) предоставление межбюджетных трансфертов местным бюджетам на финансирование расходов;
- 3) исполнение публичных обязательств и публичных нормативных обязательств;
- 4) исполнение иных социальных и экономически значимых расходных обязательств.

Следует лишь учитывать, что средства Резервного фонда субъекта Российской Федерации должны, как и иные бюджетные средства, направляться на финансирование лишь расходных обязательств субъекта Российской Федерации.

Наибольшие сложности вызывает решение вопроса об органе, полномочном принимать решение о расходовании Резервного фонда. В настоящее время законодательно закрепляются две модели:

- 1) средства Резервного фонда направляются на финансирование расходных обязательств финансовым органом с последующим внесением изменений в закон о бюджете (например, Кемеровская область, Сахалинская область);
- 2) средства Резервного фонда расходуются в порядке, установленном для исполнения бюджета (например, Санкт-Петербург).

Оценивая данные модели, необходимо помнить о построении бюджетного процесса на началах разделения властей, что предполагает отнесение к компетенции исполнительных органов государственной власти лишь исполнение заложенных в закон о бюджете правил. Все исключения из данного правила устанавливаются БК РФ (например, ст. 217, 232 БК РФ).

Кроме того, в соответствии со ст. 32 БК РФ принципом бюджетной системы Российской Федерации является принцип полноты отражения доходов, расходов и источников финансирования дефицитов бюджетов, который означает, что все доходы, расходы и источники финансирования дефицитов бюджетов в обязательном порядке и в полном объеме отражаются в соответствующих бюджетах. Следовательно, все средства, поступающие в бюджет, и все средства, выплачиваемые из бюджета, должны отражаться в законе о бюджете.

Таким образом, представляется законной вторая модель, когда средства Резервного фонда расходуются в порядке, установленном для исполнения бюджета, т. е. преимущественно на основании решений, облеченных в форму закона о бюджете.

Вместе с тем на практике нередко возникает острая необходимость оперативно финансировать социально значимые расходы в случае, например, недопоступления средств из запланированных доходных и иных источников. Внесение изменений в закон о бюджете требует значительного времени, что исключает возможность оперативного решения указанных вопросов. Решить данную проблему можно было бы закреплением в БК РФ возможности принятия решений о расходовании Резервного фонда органами исполнительной власти субъекта Российской Федерации (например, финансовым органом) с последующим отражением данного решения в законе о бюджете.

Методические рекомендации Института экономики переходного периода предусматривают возможность капитализации средств Резервного фонда, что находит закрепление в некоторых региональных законах. Так, согласно ч. 6 ст. 3.1 Закона Ханты-Мансийского автономного округа – Югры «Об отдельных вопросах организации и осуществления бюджетного процесса в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре», средства Резервного фонда размещаются на депозитных счетах в кредитных организациях. Статьей 19-1 Закона Санкт-Петербурга «О бюджетном процессе в Санкт-Петербурге» также закреплено, что средства резервного фонда могут размещаться на банковских депозитах. В данном случае необходимо учитывать, что в Бюджетном кодексе Российской Федерации не урегулированы вопросы капитализации средств Резервного фонда субъекта Российской Федерации. Следовательно, будут применяться общие правила, которые заключаются в том, что размещение бюджетных средств на банковских депозитах, получение дополнительных доходов в процессе исполнения бюджета за счет размещения бюджетных средств на банковских депозитах и передача полученных доходов в доверительное управление не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных Бюджетным кодексом Российской Федерации (п. 1 ст. 236 БК). В соответствии с п. 2 ст. 236 Бюджетного кодекса Российской Федерации субъекты Российской Федерации могут размещать бюджетные средства на банковских депозитах только в том случае, если расчетная доля межбюджетных трансфертов из федерального бюджета (за исключением субвенций) в течение двух из трех последних отчетных финансовых лет не превышала 20 процентов объема собственных доходов консолидированного бюджета субъекта Российской Федерации. При этом порядок размещения бюджетных средств на банковские депозиты определяется высшими исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Срок размещения бюджетных средств на банковских депозитах субъектами Российской Федерации не может превышать шесть месяцев.

Таким образом, в региональных законах о Резервном фонде субъекта Российской Федерации необходимо указывать, что средства Резервного фонда могут размещаться на банковских депозитах в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации.

Подводя итог, следует отметить, что на сегодняшний день создание Резервного фонда является правом субъекта Российской Федерации, и, принятие соответствующего решения, должно осуществляться с учетом экономической целесообразности такого шага. Отсутствие в федеральном законодательстве единой четкой концепции создания и функционирования Резервных фондов субъектов Российской Федерации не позволяет субъекту Российской Федерации в полной

мере эффективно реализовать свое полномочие по созданию такого фонда. Кроме того, следует отметить, что создание Резервного фонда субъекта Российской Федерации проблемы недостаточности средств для покрытия расходных обязательств большинства субъектов Российской Федерации не решит, поскольку он не направлен на выявление новых источников поступлений в бюджет.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СИСТЕМЫ ЭЛЕМЕНТОВ ЮРИДИЧЕСКОЙ КОНСТРУКЦИИ НАЛОГА В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ НАЛОГОВОЙ СИСТЕМЫ ОБЩЕСТВА

Бабин Игорь Иванович

Сложное строение налога – большое количество элементов, которые образуют его юридическую конструкцию, – предопределяет потребность в их систематизации, разделении на группы за общими свойствами. В теории права выделяют разные критерии классификации юридической конструкции и ее элементов: сфера действия (публично правовые и частноправовые), за обязательность элементов юридической конструкции (с обязательными и необязательными элементами), по источникам права (юридические конструкции, закрепленные в нормативных правовых актах, актах судебного правотворчества, нормативных договорах и правовых обычаях), социальное назначение в правовом регулировании (регулятивные и охранительные), взаимодействие элементов (статические и динамические), достоверность (истинные и ошибочно юридические), метод правового регулирования (императивные и диспозитивные)¹.

Что касается юридической конструкции налога, то в науке налогового права современный подход к классификации ее элементов базируется главным образом на формальных критериях, где за основу берется «форма», т. е. закрепление или незакрепление в законодательстве, самостоятельное или конкретизирующее значение каждого из элементов и т. п. Например, А.В. Брызгалин выделяет: а) основные обязательные элементы, которые должны быть определены в законодательном акте при установлении налогового обязательства: плательщик налога, объект налогообложения, налоговая база, налоговый период, налоговая ставка, порядок вычисления налога, порядок уплаты налога, срок уплаты налога; б) факультативные элементы, которые не являются обязательными, но могут быть определены законодательным актом о налогах или сборах: налоговая льгота; в) дополнительные элементы, которые не предусмотрены в обязательном порядке для установления налога, но так или иначе должны быть или присутствуют при установлении налогового обязательства: предмет налога, масштаб налога, единица налога, источник налога, налоговый оклад, получатель налога². Д.В. Винницкий выделяет базовые (объект налогообложения, налоговая ставка, порядок и строки уплаты налога) и конкретизирующие элементы³.

С.Г. Пепеляев, разделяя элементы на существенные (сущностные) и факультативные, берет за основу классификации не суть (содержание) этих элементов, а их роль в определении налогового обязательства: без существенных (сущностных) элементов (субъект налога, объект налога, предмет налога, масштаб налога, метод учета налоговой базы, налоговый период, единица налогообложения, налоговая ставка, порядок вычисления налога, отчетный период, срок уплаты налога, способ и порядок уплаты налога) налоговое обязательство и порядок его исполнения

¹ Чевычелов В.В. Юридическая конструкция (проблемы теории и практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 8.

² См.: Брызгалин А.В. Структура (элементы) налога: новое содержание в условиях налогового кодекса // Налоговый вестник. 2000. №4. С. 19–23.

³ См.: Винницкий Д.В. Юридическая конструкция элементов налогообложения в российском налоговом праве // Государство и право. 2004. № 9. С. 62.

не могут считаться определенными, отсутствие факультативных элементов (порядок удержания и возвращения неправильно удержанных сумм налога, ответственность за налоговые правонарушения, налоговые льготы) не влияет на степень определения налогового обязательства, но существенно снижает гарантии его надлежащего исполнения¹.

Н.П. Кучерявенко выделяет две группы элементов: основные (плательщик налога, объект налогообложения, ставка налога) и дополнительные, которые делятся на те, которые детализируют основные или связанные с ними элементы (предмет, база, единица налогообложения), и те, которые имеют самостоятельное значение (налоговые льготы, методы, сроки и способы уплаты налога, бюджет или фонд, куда поступают налоговые платежи)². Еще более сложной является система элементов, предложенная этим ученым в соавторстве с Ю.А. Крохиной в учебнике «Налоговое право России». В нем отмечается, что система элементов правового механизма налога состоит из обязательных и факультативных элементов. Обязательные элементы включают две группы – основные и дополнительные. Основные элементы определяют фундаментальные, сущностные характеристики налога, которые формируют представление о налоговом механизме (плательщик, объект, ставка). Дополнительные же элементы детализируют специфику конкретного платежа, создают завершенную и полную систему налогового механизма. Дополнительные элементы, по мнению авторов данного учебника, делятся на две группы: те, которые детализируют основные и связанные с ними (предмет, база, единица налогообложения), и дополнительные элементы, которые имеют самостоятельное значение (налоговые льготы, методы, сроки и способы уплаты налога, бюджет или фонд, куда поступают налоговые платежи). Факультативными элементами являются особые элементы, характерные исключительно для определенного налога³. Аналогично или близко к вышеупомянутым используют критерии классификации и другие ученые⁴.

Не отрицая и не приуменьшая роль этих формальных критериев как оснований классификации элементов юридической конструкции налога, отметим, что, во-первых, они не могут выступать единственными и, во-вторых, не могут использоваться в качестве основных, поскольку основываются не на сути (содержании) этих явлений, а на их форме. При соотношении содержания и формы первичным является содержание, именно оно определяет форму, а не наоборот. Соответственно, основными критериями, на основании которых должна осуществляться классификация элементов юридической конструкции налога, являются критерии, которые отображают содержание этих явлений, в частности налога.

Основным критерием, на основании которого должна осуществляться классификация элементов юридической конструкции налога, является функциональное назначение каждого из элементов юридической конструкции налога. Поскольку функция налога – это внешнее проявление его внутренней сущности как формы перераспределительных отношений между государством (фиском) и частными лицами, то налогу свойственно лишь две функции: фискальная и контрольная.

Все иное, что нередко выделяют в качестве функций налога, является не его функциями, а ролью, направлением действия, внешним влиянием, которые выра-

¹ См.: Налоговое право : учебник / под ред. С.Г. Пепеляева. М. : Юристъ, 2003. С. 92–93.

² См.: Кучерявенко Н.П. Налоговое право : учебник. Харьков : Легас, 2001. С. 96–98.

³ См.: Налоговое право России : учебник для вузов / отв. ред. Ю.А. Крохина. М. : Норма, 2003. С. 58–60.

⁴ См.: Финансове право (За законодавством України): навч. посібник для студентів юрид. Вузів та факультетів. За ред. Л.К. Воронової і Д.А. Бекерської. К.: Вентурі, 1995. С. 117; Кучеров И.И. Налоговое право России: курс лекций. М. : ЮрИнфоР, 2001. С. 42–51; Податкова система України: Підручник / В.М. Федосов, В.М. Опарін, Г.О. П'ятаченко та ін.; За ред. В.М. Федосова. К. : Либідь, 1994. С. 16; Разгильдиева М.Б. Правовое регулирование налогообложения имущества физических лиц : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 19–21; Кобильник Д.А. Система елементів правового механізму податку як похідна форма визначення податкового обов'язку // Науковий вісник Чернівецького університету. 2002. Випуск 154. Правознавство. С. 100–101.

жаются в результатах его практического использования. Соответственно, и классификация элементов юридической конструкции налога должна осуществляться в зависимости от того, какая функция налога – фискальная или контрольная – через них реализуется.

В зависимости от функционального назначения элементы юридической конструкции налога делятся на такие группы: 1) фискальные элементы юридической конструкции налога (элементы юридической конструкции налога, через которые реализуется в основном фискальная функция налога); 2) организационные элементы юридической конструкции налога (элементы юридической конструкции налога, через которые реализуется в основном контрольная функция налога); 3) защитные элементы юридической конструкции налога (элементы юридической конструкции налога, через которые в равной мере реализуется фискальная и контрольная функции налога в случае их первоначального нарушения)¹.

При этом первые две группы характерны для идеальной юридической конструкции налога. Реальную юридическую конструкцию налога составляют все три группы элементов. Это связано с тем, какую модель отношений закрепляет та или иная юридическая конструкция налога. Идеальная юридическая конструкция налога закрепляет необходимую модель отношений между налогоплательщиком и публичным субъектом, а реальная юридическая конструкция налога отображает как необходимую, так и возможную модели, т. е. охватывает все варианты отношений, которые могут сложиться между налогоплательщиком и публичным субъектом. Именно для отображения отношений, которые сложатся в результате неправомерного поведения субъектов, и необходимы защитные элементы юридической конструкции налога.

Фискальная функция налога проявляется в бесперебойном обеспечении государства финансовыми ресурсами, необходимыми для осуществления его деятельности. Хотя среди ученых встречаются мнения, что налог направляется к потере своего фискального характера², однако большинство исследователей все-таки справедливо считают, что фискальная функция является основной в характеристике сущности налогов и определяет их общественное назначение. Что же касается интерпретации фискальной функции, то, как отмечают авторы учебного пособия «Налоговая система» А.И. Крисоватый и А.М. Десятнюк, «в современной финансовой литературе наблюдается использование смешанной марксистской и немарксистской научной терминологии. Так, одна группа ученых и практиков считает, что налоги аккумулируют в бюджетных фондах государства часть созданного национального дохода (стоимости необходимого и дополнительного продуктов). Вторая уже применяет понятийный аппарат западной экономической науки, где налоги выступают частью стоимости ВВП или ВНП, а третья комбинирует оба подхода»³.

Исходя из такой ситуации, необходимо обратить внимание на то, что отдельными учеными, преимущественно представителями экономических наук, в качестве самостоятельной, рядом с фискальной, выделяется также распределительная или распределительно регулирующая функция налога. Однако четкого разграничения между фискальной и распределительной функциями налога провести данные ученые не могут, отмечая, что сначала распределительная функция носила сугубо фискальный характер, но с развитием государства стала активно использоваться в организации хозяйственной жизни и развитии экономики⁴.

По нашему мнению, с этим утверждением невозможно согласиться, поскольку государство, определяя, какая часть ВВП будет перераспределена через бюджет, в первую очередь исходит из собственных потребностей, а не из необходимости развития экономики. Развитие экономики – это скорее следствие налоговой политики государства, а не ее цель. Как отмечает Б.М. Сабанти, «не налог регулирует развитие

¹ Бабін І.І. Юридична конструкція податку : монографія. Чернівці : Рута, 2008. С. 98.

² См.: Trotabas L., Cotteret J.-M. Droit fiscal. 8-^eed. P., 1997. P. 7–8.

³ Крисоватый А.И., Десятнюк О.М. Податкова система: Навчальний посібник. Тернопіль: Карт-бланш, 2004. С. 17.

⁴ Заяц Н.Е. Теория налогов : учебник. Мн.: БГЭУ, 2002. С. 43.

отрасли, а сам рынок, где баланс между спросом и предложением регулируется автоматически и нормой прибыли, и общим объемом рынка, и уровнем доходов потребителей, и многими другими факторами»¹. В связи с этим справедливым является предостережение А.А. Соколова, который еще в 20-е г. прошлого века писал: «Действительно, налог, безусловно, может быть орудием для достижения разных экономических и социально-политических целей. Однако не стоит забывать, что это орудие, во-первых, не единственное, во-вторых, не наиболее совершенное и, в-третьих, ограниченное за силой своего действия»².

Перераспределение и, соответственно, перераспределительная функция, – это функция государства, а не налогов. Эта государственная функция возникает вместе с появлением самого государства, поскольку для выполнения им других функций необходимы средства, которые государство и получает в виде налогов. Следовательно, налоги не перераспределяют ВВП между государством и налогоплательщиками, это осуществляет государство с помощью налогов. Поэтому основное назначение налогов – это обеспечение финансирования государства, которое осуществляется государством путем перераспределения части ВВП на его пользу. Такое перераспределение происходит через определение элементов юридической конструкции налога, которые влияют на размер налогового платежа и в своей совокупности определяют конечную сумму налогового обязательства. К фискальным элементам, через которые государство в состоянии регулировать стоимостные пропорции такого распределения, относятся:

- субъект налога – это субъект налоговых правоотношений, который имеет, получает (передает) предметы налогообложения или осуществляет деятельность, которая является предметом налогообложения, и реализует (имеет) налоговые обязанности и права, установленные законодательством о налогах и сборах;
- объект налога – это определенное в налоговом законодательстве обстоятельство общественной или хозяйственной жизни, соединенное с влиянием на предмет налога, которая предопределяет или предусматривает появление у субъекта налога общественного блага, и выступает в качестве юридического основания возникновения обязанности уплаты налога;
- предмет налога – благо, способное выступать в экономической форме товара, относительно которого измеряется способность лица, которое подпадает под юрисдикцию государства, нести налоговый груз;
- налоговая база – количественное выражение части предмета налога, определенной в единицах налогообложения, что осталась после применения налоговых льгот, к которой применяется налоговая ставка;
- ставка налога – законодательно определенная величина налоговых начислений на единицу измерения базы налогообложения;
- налоговые льготы – это освобождение субъекта налога от начисления и уплаты налога или уплата им налога в меньшем размере при наличии оснований, определенных законодательством о налогах и сборах;
- основания для получения налоговых льгот – это определенные законодательством о налогах и сборах особенности правового статуса субъекта налога, его деятельности (предмета налога) или налогового режима территории, на которой он осуществляет свою деятельность (находится предмет налогообложения), что предоставляют право субъекту налога, при их наличии, воспользоваться налоговой льготой.

Лишь в своей совокупности они дают возможность в конечном счете окончательно определить сумму налогового обязательства.

Организационные элементы юридической конструкции налога отображают организационную сторону налоговых правоотношений, устанавливают порядок определения размера налогового обязательства конкретного плательщика, процедуру уплаты налога и его часовые рамки, т. е. В своей совокупности организуют

¹ Финансы : учебник для вузов / под ред. М. В. Романовского, О. в. врублевской, Б.М. Сабанти. М. : Юрайт-М, 2002. С. 17.

² Соколов А.А. Теория налогов. М. : ЮрИнфор-Пресс, 2003. С. 253.

уплату налога. Организационными элементами юридической конструкции налога являются:

- масштаб налога – физическая характеристика (величина) или любой другой, избранный законодателем параметр измерения предмета налога, который необходим для установления налоговой базы. В качестве масштаба налога могут быть избраны разнообразные параметры: стоимость, площадь, объем, концентрация вещества, вес, мощность, длина. На выбор конкретного масштаба налога в первую очередь влияют традиции и обычаи, которые сложились в ходе правоприменительной практики. Не последнее место при этом занимает и удобство их применения;

- единица налогообложения – единица измерения физической величины предмета налога. Она фактически является единицей масштаба налога, которая используется для количественного выражения налоговой базы;

- налоговый период – законодательно закрепленный промежуток времени для формирования налоговой базы, по результатам которого осуществляется окончательное определение суммы налога. Необходимость выделения налогового периода в качестве самостоятельного элемента юридической конструкции налога предопределяется длительностью во времени, повторяемостью большинства объектов налога и проблемой однократности налогообложения;

- порядок исчисления налога – совокупность действий субъекта налога (налогового агента) или налогового органа по определению суммы налога, которая подлежит уплате в государственный или местные бюджеты в порядке и сроки, установленные налоговым законодательством. По общему правилу, исчисление налога осуществляется самостоятельно субъектом налога, но в предусмотренных законом случаях эта обязанность может быть возложена также на налоговые органы или налоговых агентов. В зависимости от того, кто осуществляет исчисление налога, в теории налогового права налоги делятся на окладные и неокладные;

- срок уплаты налога – законодательно установленный промежуток времени, в течение которого субъект налога или другое обязанное лицо вправе или обязан самостоятельно оплатить определенную сумму налога в государственный или местный бюджет. Не оплаченная или не полностью оплаченная сумма налога в установленный срок рассматривается как недоимка, наличие которой является основанием для принудительного взыскания с налогоплательщика соответствующих денежных средств налоговым органом. Исключения установлены только в случаях официального изменения срока уплаты налога. Формами изменения срока уплаты налога являются лишь рассрочка и отсрочка налоговых обязательств;

- отчетный период с налога – промежуток времени, в течение которого субъект налога (или другое определенное в законодательстве лицо) обязан осуществлять составление, ведение и сдачу документов установленной формы, которые содержат сведения о результатах хозяйственной деятельности плательщика налога, его имущественном состоянии, а также фиксируют процесс исчисления налога и сумму, которая подлежит уплате в бюджет. Отчетный период с налога включает промежуток времени, за который, и в течение которого субъект налога (или другое определенное законодательством о налогах и сборах лицо) обязан осуществить налоговую отчетность. Отчетный период с налога состоит из двух стадий: а) период времени, в течение которого формируется налоговая база и ведется учет хозяйственной деятельности; б) законодательно установленный срок для оформления и предоставления налоговой отчетности;

- порядок уплаты налога – совокупность технических приемов и действий субъекта налога или другого обязанного лица относительно фактического внесения суммы налога, которая подлежит уплате в государственный или местный бюджет. Порядок уплаты налога соблюден, если выполнены предусмотренные налоговым законодательством требования относительно лица, обязанного платить (перечислять в бюджет) этот налог, суммы, формы и направления платежа, способа и сроков уплаты;

- бюджет (фонд) поступления налога – законодательно установленный публичный получатель налогового платежа, поступление которого в данный фонд

является неперенным условием приобретения на него права публичной собственности соответствующим публичным субъектом.

Отмеченные элементы юридической конструкции налога отображают специфические особенности отдельно взятого вида налога, характерные лишь для него и в своей совокупности определяют механизм определения и уплаты суммы налогового платежа. Именно эта их особенность требует индивидуального определения для каждого вида налога не только фискальных элементов юридической конструкции налога, но и организационных.

Фискальные и организационные элементы юридической конструкции налога в своей совокупности образуют идеальную модель налога и при надлежащем выполнении возложенных налоговым законом обязанностей на стороны налоговых правоотношений – публичного субъекта в лице уполномоченных им органов и налогоплательщиков – этих групп элементов было бы вполне достаточно для регулирования процесса взимания налога. Ведь в таком случае не возникали бы ситуации, связанные, например, с необходимостью взыскания налогового долга в случае неподобающего выполнения своей обязанности плательщиком налога или наоборот – возвращение излишне уплаченных сумм налога или взысканных сумм налогового долга, которые являются следствием как действий плательщика налога, так и уполномоченных публичным субъектом органов, и, наконец, не было бы необходимости привлекать к ответственности лица, виновные в невыполнении возложенных на них обязанностей. Однако такие ситуации возникают, и именно необходимость защиты юридической конструкции налога от нарушений обуславливает существование третьей группы элементов юридической конструкции налога – защитных элементов, через которые в одинаковой мере реализуются как контрольная, так и фискальная функции налога, поскольку им в равной степени присущ как организационный, так и имущественный характер. Такая их двойная природа предопределяется спецификой тех правоотношений, нормативной моделью которых они призваны быть, а именно: отношений, которые возникают в результате невыполнения или неподобающего выполнения своих обязанностей сторонами и участниками налогового обязательства.

С одной стороны, эти элементы, реализуя контрольную функцию налога, призваны обеспечить порядок в налоговых правоотношениях, с другой стороны, в результате их применения происходит перераспределение собственности: налоговый долг, сумма излишне уплаченного налога или взысканного налогового долга, штраф, пеня как часть собственности меняют своего владельца, переходя из собственности налогоплательщика в собственность публичного субъекта, или, напротив, возвращаются из собственности публичного субъекта в собственность налогоплательщика, т. е. ярко проявляется фискальная функция налога.

Применение этих элементов происходит лишь при неподобающем выполнении или невыполнении одной из сторон или обеими сторонами налогового правоотношения своих обязанностей. С учетом того, что подобная ситуация возникает не всегда, в соответствии с формальными критериями классификации элементов юридической конструкции налога можно отнести эту группу элементов к так называемым факультативным, необязательным (в понимании их использования). По нашему мнению, это как раз и предопределяет то, что ученые, которые исследуют внутреннее строение налога, как правило, эту группу элементов не выделяют¹.

Неправомерное поведение участников налоговых правоотношений возможно, но не обязательно, и потребность в реальном применении этой группы элементов возникает не всегда, однако для предотвращения злоупотреблений как со стороны уполномоченных публичным субъектом органов, так и налогоплательщиков и связанных с ними лиц детальная регламентация и определение этих элементов юридической конструкции налога являются обязательными. Это, во-

¹ См.: Иванова В.Н. Оптимизация юридической конструкции налога как одна из проблем совершенствования налоговой системы // Финансовое право. 2005. № 7. С. 9; Ногина О.А. К вопросу об элементном составе налога // Финансовое право. 2005. № 7. С. 12; Мамаев И.В. Налогово-правовая характеристика обязательных элементов акциза // Финансовое право. 2005. № 10. С. 18.

первых. Во-вторых, исходя из того, что модель налога, т. е. его юридическая конструкция, должна отображать все возможные перераспределительные отношения между публичным субъектом и плательщиком налога, а не только необходимые, считаем, что данная группа элементов является неотъемлемой составляющей юридической конструкции налога и в совокупности с двумя предыдущими группами его юридической конструкции образует реальную юридическую конструкцию налога.

Особенностью этой группы элементов юридической конструкции налога в сравнении с двумя предыдущими является то, что они могут быть общими для нескольких видов налогов или вообще для всех. Это предопределено целевым назначением каждой группы элементов. Если целью двух предыдущих групп является определение суммы и механизма уплаты налога, то третья группа элементов направлена на достижение специальных целей налогового-правового принуждения. К ним, по утверждению В.В. Кириченко, принадлежат: а) прекращение неправомерного состояния или неправомерных действий налогоплательщиков; б) возобновление нарушенного правового состояния (защита прав и обеспечение выполнения обязанностей субъектов налоговых правоотношений); в) привлечение к ответственности лиц, которые нарушают нормы налогового законодательства¹. То есть если механизмы определения суммы и уплаты каждого налога разные и именно этим один вид налога отличается от другого, то механизм защиты и возобновления нарушенных прав у всех налогов одинаков. Ведь все налоги в равной степени обязательны к уплате, не существует налогов, которые владеют большей или меньшей силой обязательности, публичный субъект имеет равное право требования уплаты и получения налогов, независимо от их вида, а налогоплательщик владеет равным правом на нерушимость и защиту своего права частной собственности на сумму средств, которая превышает налоговое обязательство и уплачена или взыскана в бюджет, также независимо от вида налога.

Такой же позиции придерживается и законодатель, закрепив в Законе Украины «О порядке погашения обязательств налогоплательщиков перед бюджетами и государственными целевыми фондами» общую процедуру взыскания налогового долга и общие меры ответственности за налоговые правонарушения². К сожалению, обратная процедура, т. е. порядок возвращения излишне уплаченных сумм налога или взысканного налогового долга на уровне закона не определены. Однако это не уменьшает значения этого элемента юридической конструкции налога, поскольку Конституция Украины закрепляет принцип равенства всех форм собственности, а также равную защищенность каждой из них³.

Следовательно, защитными элементами юридической конструкции налога являются: порядок взыскания налогового долга, порядок возвращения излишне уплаченных сумм налога или взысканного налогового долга и ответственность за налоговое правонарушение. Именно с их помощью происходит защита и возобновление нарушенных прав субъектов налоговых правоотношений: налогоплательщика и государства или другого публичного субъекта. Иначе говоря, с помощью защитных элементов юридической конструкции налога реализуется охранительная функция налогового права:

- порядок взыскания налогового долга (недоимки) – это судебная и в предусмотренных налоговым законодательством внесудебная процедура принудительного выполнения уполномоченными государством органами в интересах государства или другого публичного субъекта налогового обязательства (обязанности) субъекта налога за счет активов такого плательщика;
- порядок возвращения излишне уплаченных сумм налога или взысканного налогового долга – это установленная законодательством о налогах и сборах процедура возобновления имущественных прав субъекта налога на средства, кото-

¹ Кириченко В.В. Способи забезпечення виконання податкового обов'язку : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Ірпінь, 2005. С. 9.

² См.: Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» // Відомості Верховної Ради. 2001. № 10. Ст. 44.

³ См.: стаття 13 Конституції України// Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

рые превышают сумму налогового обязательства и уплачены или взысканы на неправомерных основаниях в государственный или местный бюджет. Налоговое законодательство ограничивает право частного субъекта распоряжаться переплаченной суммой, поскольку четко устанавливает пути ее использования: зачет и возвращение излишне уплаченных или излишне взысканных сумм. И даже в пределах этих вариантов самостоятельный выбор налогоплательщика ограничивается несколькими случаями, когда он может подать заявление в орган государственной налоговой службы, в котором он находится на налоговом учете;

- налоговая ответственность – это реализация налоговых санкций, выраженных в денежной форме, уполномоченными на то государственными контролирующими органами за совершенные в налоговых правоотношениях нарушения субъектами налогов и лицами, которые способствуют уплате налогов, в установленном налоговым законодательством порядка с целью обеспечения публичных финансовых интересов, а также наказания нарушителей.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА БЮДЖЕТНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ

Белоусов Андрей Леонидович

Уже прошло более двух десятков лет с тех пор, как наша страна выбрала рыночный путь развития экономики. Однако на сегодняшний день говорить о том, что в России в полной мере функционируют рыночные механизмы в экономике, пока не приходится. Это в полной мере касается бюджетной сферы, которая до последнего времени финансировалась на основе механизмов плановой экономики. Минусом данного механизма является то, что бюджетные учреждения получают финансирование по смете, которая очень часто оторвана от реальных результатов их деятельности. На преодоление, в том числе и данных недостатков сметно-бюджетного финансирования, направлена проводимая в нашей стране бюджетная реформа. Суть данной реформы заключается в оптимизации государственных обязательств, повышении результативности и эффективности бюджетных расходов и переходу от финансирования по смете к финансированию по результатам. В рамках реализации данной реформы, Правительством РФ был утвержден ряд специальных программ. Среди них можно выделить Программу развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 г., Принципы реструктуризации бюджетного сектора в Российской Федерации, Концепцию повышения эффективности межбюджетных отношений и управления государственными финансами в 2006–2008 гг. Однако не все заявленные в этих программах планы были реализованы на практике. В связи с этим для реализации заложенных в начале бюджетной реформы целей начинается процесс реформирования существующих в стране бюджетных учреждений.

Ключевым этапом в реформировании бюджетных учреждений следует считать Федеральный закон от 8 мая 2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений». Принятие данного закона вызвало в обществе достаточно широкую дискуссию. Мнения относительно необходимости и последствий принятия данного закона являются крайне полярными, и поэтому мне в своей статье хотелось бы остановиться на оценке и анализе возможности и целесообразности реформирования бюджетных учреждений таким образом.

Принятый закон делит все государственные и муниципальные учреждения на три типа: казенные, автономные и бюджетные. Для начала хотелось бы остано-

виться на их характеристике, а затем уже перейти к анализу механизмов реализации и предполагаемых последствиях.

Казенные учреждения – это государственные (муниципальные) учреждения, которые будут перечислять все доходы, полученные от приносящей доходы деятельности, в бюджет. При этом казенное учреждение будет отвечать по своим обязательствам только находящимися в его распоряжении денежными средствами, полученными в рамках сметного финансирования. При недостаточности указанных денежных средств субсидиарную ответственность по обязательствам такого учреждения несет собственник его имущества. Согласно закону, перечень казенных учреждений будет ограничен. В их число войдут разнообразные военные ведомства, следственные изоляторы, исправительные учреждения, психиатрические больницы, лепрозории, учреждения ряда федеральных ведомств, в том числе противопожарной, миграционной и таможенной служб и т. д.

Что касается автономных учреждений, то они на сегодняшний день предусмотрены Федеральным законом от 3 ноября 2006 г. № 174-ФЗ «Об автономных учреждениях». При принятии в 2006 г. данного закона, предполагалось, что значительное число существовавших на тот момент бюджетных учреждений преобразуются в автономные. Однако на практике на федеральном уровне было создано всего четыре автономных учреждения, а в регионах ситуация обстоит не намного лучше. Согласно поправкам, вводимым новым законом, автономные учреждения избавятся от необходимости отчитываться перед государством по заработанным средствам, а также получат право распоряжаться всем своим имуществом, за исключением особо ценного.

И последний – третий вид учреждений, предусмотренных новым законом, – это так называемые новые бюджетные учреждения. Они будут финансироваться на основе государственного задания в форме субсидии, а заключать крупные сделки смогут только с согласия учредителя (государства или региональной власти, муниципалитета). Данное бюджетное учреждение не будет иметь права открывать счета вне казначейской системы. Порядок ведения бухгалтерского учета в таких организациях будет устанавливаться Минфином России. Закон также лишает эти бюджетные учреждения права распоряжения недвижимым или особо ценным движимым имуществом, закрепленным за учреждением, а также тем имуществом, которое было приобретено за счет средств, выделенных учредителем на покупку такого имущества. Предполагается, что к таким бюджетным учреждениям будут отнесены медучреждения, школы, музеи, театры и другие государственные (муниципальные) учреждения. Отдельно установлено, что такое бюджетное учреждение не может быть подвергнуто банкротству, но при накоплении долгов его руководитель может быть уволен.

Таким образом, если кратко охарактеризовать те изменения, которые несет анализируемый закон, то можно отметить, что сметное финансирования учреждений будет заменено финансовым обеспечением в виде бюджетных субсидий на выполнение государственного либо муниципального задания на оказание услуг. При этом закон не раскрывает и не регламентирует порядок формирования задания, нормативы его расчёта и объёмы финансового обеспечения. Разница между сметой и субсидией заключается в том, что в смете детально прописывается, на что именно должны быть потрачены деньги. При субсидиях же деньги выделяются «одной строкой» т. е. руководитель может распоряжаться ими более самостоятельно. Но только для того, чтобы выполнить объем задания, т. е. оказать определенное количество и качество услуг, установленные учредителем.

Далее хотелось бы остановиться на том, насколько целесообразно и своевременно принят этот закон, а также понять, какие «подводные камни» могут при этом существовать.

Официальная мотивация необходимости принятия данного закона вполне рациональна. Действительно, сметное финансирование бюджетной сферы крайне неэффективно, поскольку стимулирует стремление руководителей бюджетных организаций к эффективному хозяйствованию, а контроль качества практически полностью отсутствует. Многие сторонники закона говорят о том, что существу-

ющая на сегодняшний день система обеспечения бюджетных учреждений была сформирована в социально-экономических условиях, отличных от нынешних. Председатель Комитета Госдумы по экономической политике и предпринимательству Евгений Федоров выдвигает следующие доводы в поддержку предлагаемого законопроекта: «Доставшаяся нам в наследство система бюджетных учреждений оторвана от нынешних реалий и условий, она была создана под иной тип социально-экономической формации и просто неадекватна требованиям времени. Их мотивация направлена на расширение расходов и штатов, нет никакой мотивации на качество услуг»¹. Также имеет смысл привести слова председателя бюджетного комитета Юрия Васильева: «Есть и определенный стереотип мышления, который формировался десятилетиями. Многие привыкли жить на смете. Привыкли не считать. Привыкли наращивать эту смету, потому что чем больше потратишь, больше потом дадут бюджетных средств. Сейчас же придется, конечно, все считать, все рассчитывать»².

Однако противников данного закона тоже предостаточно и с их доводами, безусловно, тоже можно согласиться. В основном большинство этих доводов сводится к тому, что на данный момент отсутствуют стандарты на оказание бесплатных услуг для населения. Отсутствие этих стандартов и вызывает слухи о том, что почти все уроки в школах и практически все медицинские услуги будут платными. Также возникает вопрос, какие качественные характеристики по предоставлению услуг будут содержаться в стандартах и, что немаловажно, каковы будут их источники финансирования. Вот что по этому поводу говорит Председатель Совета Федерации Сергей Миронов: «По своей сути закон является «приговором неумиющим» ...отказ государства от прямого финансирования большинства бюджетных учреждений и переход на субсидирование госзадания сделает платными многие социальные услуги, которые до сих пор были бесплатными». По мнению Сергея Миронова, «до сих пор нет вразумительных ответов на ряд важнейших вопросов, которые возникают: что конкретно войдет в состав бесплатного для граждан госзадания; что будет, если перегруженные региональные бюджеты не смогут вовремя оплатить это госзадание; или какова будет доля платных услуг и как будут регулироваться цены на них»³.

Еще более жесткую позицию относительно принятого закона занимает известный экономист Михаил Делягин: «бюджетный сектор становится значительно более рыночным, чем он был, и при этом рыночные отношения все шире распространяются на сферах, в которых их по определению быть не должно. Последние 20 лет убедительно показали, что подход к здравоохранению и образованию просто как к способу извлечения прибыли не позволяет им решать их основные задачи: укреплять здоровье нации и воспитывать морально здоровое общество, обладающее нужным количеством квалифицированных специалистов. Это же относится и к другим частям социальной сферы»⁴.

Подводя итог анализу Федерального закона от 8 мая 2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений», а также различных мнений насчет его целесообразности, можно сделать следующие выводы. С точки зрения развития экономики и поиска дополнительных резервов экономики бюджетных средств, особенно в условиях кризиса, данные изменения в бюджетной сфере являются вполне целесообразными. Однако, так как здесь, как нигде более, затрагивается социальная сфера и эти изменения касаются практически каждого, то необходимо подходить к нынешним реформам крайне взвешенно. Следует понимать, что многие бюджетные учреждения имеют определенную специфику и не все из них могут полноценно функционировать в условиях рынка. В связи с этим, как мне кажется, решающее зна-

¹ На урок по госзаказу // Российская газета. Центр. Выпуск. 2010 г. (№ 5175). 6 мая.

² Вопрос времени // Российская газета. Центр. выпуск. 2010. № 5177.

³ Выдан госзаказ на выздоровление // Российская газета. Центр. Выпуск. 2010. (№ 5177). 7 мая.

⁴ Рабы в законе // Завтра. 2010. № 20 (861). 19 мая.

чение будет иметь содержание разработанных стандартов, по которым будут оказываться социально значимые бесплатные услуги населению. Поэтому, как мне представляется, вначале необходима четкая разработка стандартов и механизмов реализации данного закона на практике, а уже потом непосредственно сама реализация.

О «ПРЕЦЕДЕНТЕ» С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ НЕМЕЦКОГО ЮРИСТА: ЗНАЧЕНИЕ ЗАКОННОЙ СИЛЫ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ДЛЯ НАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ В ГЕРМАНИИ

Штефан Рекцигель

Понятия «законная сила», «правовая сила» и «неизменяемость»

Понятие «законная сила» предусмотрено российским правом (см. ст. 180 АПК РФ), понятия «правовая сила» (в области судебной власти) и «неизменяемость» (в области исполнительной власти) используются в немецкой судебной практике. Все три понятия констатируют конец определенной процедуры (деяния). При использовании понятия «законная сила» может иметься в виду момент, когда закон вступает в силу, т. е. завершение законотворческого процесса.

Административная процедура установления размера подлежащего уплате налога начинается с возникновения в силу закона налогового требования, установления фактических обстоятельств налоговым органом (при содействии налогоплательщика) и заканчивается составлением налогового уведомления (индивидуального акта)¹. Этот акт – основание для судебной защиты, которая предоставляется налогоплательщику в правовом государстве. Но если налогоплательщик по истечении установленного законом срока не обжалует налоговое уведомление, то этот акт по общему правилу уже не подлежит изменению. Таким образом, под «неизменяемостью» (Bestandskraft) следует понимать конец процедуры установления налога, и при этом данный акт становится основой (при необходимости) для принудительного взыскания налога.

Разъясняя понятие «правовая сила» (Rechtskraft), нужно отметить, что оно относится к судебной власти и включает формальную и материальную стороны. С формальной стороны правовая сила имеет место, когда судебное решение из-за истечения срока не может быть обжаловано. С материальной стороны правовая сила означает, что содержание решения не подлежит изменению, а стороны в деле, по которому суд принял решение, не могут вновь спорить по рассмотренному вопросу.

Подводя итог рассмотрению использования перечисленных понятий, необходимо отметить, что российское понятие «законная сила» похоже на немецкое понятие «правовая сила» (Rechtskraft), так как они оба касаются судебных решений. Автор в дальнейшем будет применять понятие «законная сила», распространяя его (согласно российской правовой терминологии) на решения судов.

Законная сила в судебных спорах по налогам и единообразии судебной практики

В отличие от России, в Германии налоговые споры разрешаются лишь в двух судебных инстанциях². Первую инстанцию образуют 18 финансовых судов в федеральных землях (16 земель), вторая инстанция – это Высший финансовый суд

¹ См. : Хайнтцен М. Административные процедуры в финансовой сфере ФРГ // Административные процедуры в экономике: проблемы совершенствования правового регулирования / под ред. Е.В. Гриценко, О.А. Ногиной. СПб. : Издат. Дом СПбГУ, 2010.

² Это единственный случай судопроизводства в ФРГ, который характеризуется двухуровневой инстанционностью.

ФРГ (г. Мюнхен). Согласно ст. 95 Основного Закона ФРГ¹ Высший финансовый суд является одним из пяти высших судов Федерации и последней судебной инстанцией по налоговым и таможенным спорам (за исключением уголовных дел, связанных с этими правоотношениями, которые относятся к ведению Федерального верховного суда).

Как налоговый спор доходит до суда? Налоговая инспекция устанавливает фактические обстоятельства деятельности проверяемого налогоплательщика, добывая информацию, и несет бремя доказывания выявленных фактов, определяет характер и объем их проверки с учетом обстоятельств каждого конкретного случая. Налогоплательщик обязан содействовать налоговому органу. Затем налоговый орган устанавливает налоговую обязанность проверяемого налогоплательщика в административном акте (налоговый акт/налоговое уведомление). Если налогоплательщик не согласен с решением налоговой администрации, он вправе обжаловать налоговый акт в рамках обязательного досудебного разбирательства в течение одного месяца со дня извещения об акте (ст. 347, 355 Закона о налогах и сборах). Налоговому органу предоставлена возможность еще раз проверить правильность и законность решения («самоконтроль»). Если налоговый орган оставит жалобу налогоплательщика без удовлетворения, налогоплательщик вправе обратиться в суд первой инстанции (финансовый суд соответствующей земли), который устанавливает фактические обстоятельства дела и примененное право и принимает решение. Если ни налогоплательщик, ни налоговый орган не обжалуют решение финансового суда, оно вступает в законную силу.

Важно отметить, что немецкая судебная система не предусматривает пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу, в порядке надзора (ст. 292 АПК РФ). Цели единообразия толкования и применения судами норм права достигаются другими способами.

Обеспечение единообразия судебной практики судов первой инстанции

Решения финансовых судов земель обжалуются в кассационном порядке² в соответствии со ст. 115 Финансового процессуального кодекса ФРГ, если кассация допускается финансовым судом или недопущение кассации успешно обжаловано в Высший финансовый суд ФРГ.

Интересный случай допустимости кассации, когда Высший финансовый суд принимает решение для «обеспечения единообразного правосудия» (по аналогии – ч. 1 ст. 304 АПК РФ). Решение суда первой инстанции не вступает в законную силу, если он допускает обжалование (первый случай обжалования). Если же налогоплательщик или налоговый орган обжалуют «недопущение» кассации, то решение суда первой инстанции не вступает в законную силу, пока Высший финансовый суд не отклонит жалобу.

Оспариваемое решение финансового суда земли (суда первой инстанции) может не соответствовать решению Высшего финансового суда, Федерального конституционного суда или Единого (совместного) сената высших федеральных судов³, но и решениям других судов (федеральных судов других отраслей права или других финансовых и административных судов)⁴.

Наряду с обеспечением единообразия судебной практики (подп. 1 п. 1 абз. 2 ст. 115 Финансового процессуального кодекса ФРГ), другими причинами для допущения кассации могут быть случаи, когда спор имеет основополагающее значе-

¹ Ст. 95 Основного закона ФРГ: «В области общей, административной, финансовой, трудовой и социальной юрисдикции Федерация учреждает в качестве высших судебных инстанций: Федеральный верховный суд, Федеральный административный суд, Федеральный финансовый суд [Высший финансовый суд. Прим. Автора], Федеральный суд по трудовым спорам и Федеральный суд по социальным вопросам [по праву социального обеспечения. Прим. Автора]».

² Закон употребляет (не только в финансовом, но во всех отраслях права) для такого вида обжалования понятие «Revision».

³ Об этом см. далее.

⁴ См.: Типке/Крузе. Комментарий к Закону о налогах и сборах (АО) и к Финансовому процессуальному кодексу (FGO) (по состоянию на 2005 г.), § 115 FGO, абз. 67: См.: Типке/Крузе. Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung (Stand: 2005), § 11 FGO, Rn. 67.

ние, служит развитию права (подп. 2 п. 1 абзац второй ст. 115 Финансового процессуального кодекса ФРГ) или имеются процессуальные ошибки, которые могли повлиять на судебное решение (п. 1 абзац второй ст. 115 Финансового процессуального кодекса ФРГ).

Обеспечение единообразия судебной практики сенатов Высшего финансового суда ФРГ

Высший финансовый суд ФРГ состоит из 12 сенатов – коллегий судей, которые рассматривают дела в составе пяти судей. По вопросам процессуального и материального права (особенно для тех видов налогов, решение по которым входит в ведение нескольких сенатов) сенаты могут придерживаться разных точек зрения. В такой ситуации тот сенат, который собирается отклониться от ранее принятого решения другого сената, должен запросить у этого сената подтверждение о сохранении своей точки зрения (правовой позиции). Если другой сенат не изменил своего мнения (настаивает на ранее занятой позиции), то сенат, который собирается изменить судебную практику, обязан сделать запрос в Большой сенат (Großer Senat) (ст. 11 Финансового процессуального кодекса ФРГ).

Большой сенат состоит из президента Суда и по одному судье каждого сената. Большой сенат разрешает только запросы сенатов о правовых позициях, его решения обязательны для сената, который делал запрос. Для других сенатов формально решение Большого сената необязательно, поскольку на момент запроса и решения они не рассматривают аналогичных дел. Но как только у других сенатов возникает судебный спор по идентичному правовому вопросу, они должны выбрать: либо применить решение Большого сената, либо, если собираются отступить от этого решения, вновь сделать запрос в Большой сенат. Следует заметить, что на практике сенаты довольно редко обращаются с запросами в Большой сенат, а «повторные» запросы вообще маловероятны (из этических соображений).

Обеспечение единообразия судебной практики различных высших судов

При расхождении в судебной практике высших судов разных юрисдикций, например, Федерального верховного суда и Высшего финансового суда, решение принимает так называемый Единый (совместный) сенат высших федеральных судов. В его состав входят главы федеральных высших судов, председатели сенатов, которые занимают разные правовые позиции, и по одному члену этих же сенатов¹.

Как исключение из общего правила следует назвать такую возможность преодоления законной силы судебного решения, как возобновление дела, разрешенного неправомерным составом суда или когда в действиях судьи (судей), разрешавших спор, выявлено уголовное деяние (ст. 134 Финансового процессуального кодекса ФРГ со ссылкой на ст. 578–591 Гражданско-процессуального кодекса ФРГ).

Функции судов в системе разделения государственной власти

Суды разрешают споры между конкретными участниками, поэтому законная сила судебного решения распространяется на этих участников и на их правопреемников. Суды ФРГ не обобщают судебную практику, процессуальные кодексы не предусматривают возможности для судов издавать постановления Президиума или Пленума, как в России, которые носили бы рекомендательный характер для всех судов.

Тем не менее надо признать, что значимые для правоприменения решения Высшего финансового суда ФРГ публикуются в разных официальных источниках² и имеют разные юридические последствия. Если решение Высшего финансового суда публикуется в Федеральном налоговом вестнике (Bundessteuerblatt),

¹ См.: Закон об обеспечении единообразия судебной практики федеральных высших судов от 19 июня 1968 г. Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl. I, S. 661).

² Решения судов могут быть опубликованы в официальном журнале суда или в других юридических журналах.

который издает Министерство финансов ФРГ, то налоговые органы обязаны применять это решение не только к участникам данного дела (что следует из решения суда), но и ко всем налогоплательщикам в подобных обстоятельствах. Фактически решение суда становится общеобязательным. Кроме того, Минфин ФРГ зачастую вносит изменения в свои письма и разъяснения и в другие подзаконные акты, с учетом принятых решений Суда.

Задача судов заключается только в обеспечении правовой защиты в конкретном случае (абзац четвертый ст. 19 Основного закона ФРГ¹). Даже если признать, что решения Высшего финансового суда ФРГ в связи с их фактическим влиянием на практику имеют некое сходство с законами, нельзя забывать, что правовой обязанности применить «судебный прецедент» в других решениях в немецкой судебной системе не существует². Ни финансовым судам, ни даже Высшему финансовому суду ФРГ не запрещено отступать от решений высших судебных инстанции даже тогда, когда имеет место «устойчивая судебная практика».

Как мы уже отмечали, немецкие суды не создают право, но истолковывают его нормы. В Германии не существует «абстрактного толкования» (по результатам обобщения практики), функция судов заключается в разрешении конкретных споров.

Судья при вынесении решения обязан руководствоваться только законом (абзац третий ст. 20; абзац первый ст. 97 Основного Закона ФРГ³). При истолковании и применении норм права суд по общему правилу не обязан соглашаться с господствующим мнением. Даже в том случае, когда другие суды (включая вышестоящие) придерживаются другой правовой позиции, суд вправе вынести решение в соответствии с собственным обоснованным мнением.

Преимущество такой системы заключается в том, что правосудие (судебная деятельность) «не застаивается», постоянно возникает необходимость выработки правовых позиций по отдельным вопросам, снова и снова рассматриваются новые аргументы сторон⁴. Если же вышестоящий суд «приказывает» нижестоящим судам так или иначе разрешать спор, возникает угроза распространения «неправильного» решения вышестоящего суда на всю страну. Такая угроза представляется реальной особенно в налоговых правоотношениях, поскольку налоговыми органам приходится постоянно выполнять большое количество похожих проверочных процедур, соответственно были бы неизбежны многочисленные судебные разбирательства после применения налоговыми органами «неправильного» решения суда.

Оппоненты прецедентной системы также утверждают, что «подчиненность закону» и «независимость судьи» обуславливают друг друга: «Обеспечение предметной и личной независимости при исполнении обязанностей судьи является неотъемлемой предпосылкой для надлежащего исполнения судебной функции, поскольку институциональная и персональная зависимость угрожает необходимой и исключительной ориентации на закон и право»⁵.

Из правила о том, что суд обязан следовать только закону и праву есть лишь одно исключение – если обязанность применения позиции вышестоящего суда

¹ См.: Предл. первое абзаца четвертого ст. 19 Основного закона ФРГ: «Если права какого-либо лица нарушены государственной властью, он может обратиться в суд».

² Хей Й. Защита доверия в судебной практике Высшего финансового суда и административная практика (применение права налоговыми органами) // Немецкий налоговый журнал. 2004. Стр. 1897; Johanna Hey. Schutz des Vertrauens in BFH-Rechtsprechung und Verwaltungspraxis // DStR. 2004. S. 1897.

³ См.: Абзац первый ст. 97 Основного закона ФРГ: «Судьи независимы и подчиняются только закону»; абзац третий ст. 20 Основного закона ФРГ: «Законодательная власть обязана следовать в своей деятельности конституционному строю; исполнительная власть – закону и праву».

⁴ См.: Фогель, Клаус. Правовая безопасность и обратная сила в поле между правом-разума (Vernunftrecht, «естественным правом») и конституционным правом // Юридическая газета. 1988. Стр. 833–836; Vogel, Klaus, «Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht», Juristische Zeitung 1988. S. 833. 836).

⁵ См. Хиллгрубер в: Маунц/Дюриг. Комментарий к Основному закону (по состоянию 2009 г.), ст. 97, абз. 25; Hillgruber in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 2009), Art. 97, Rn. 25.

установлена законом. Речь идет о случае, когда по итогам рассмотрения кассационной жалобы вышестоящий суд направляет дело в нижестоящий суд на новое рассмотрение (абзац третий п. 2; абзац пятый § 126 Финансового процессуального кодекса ФРГ¹). Норма закона исключает случаи, когда принятие окончательно решения затягивается из-за того, что дело «ходит» по инстанциям в связи с тем, что ни финансовый суд земли, ни Высший финансовый суд не изменяют свою позицию. Такое исключение обусловлено процессуальной экономией и практичностью и оправдано тем, что кассационный суд (Высший финансовый суд) в конкретном случае может применить свою правовую позицию и тем самым обеспечить справедливость².

Резюмируя функции судов, представляется разумным подчеркнуть независимость судей, с одной стороны, от прямого влияния других ветвей власти (исполнительной и законодательной), а с другой стороны – от отдельного суда или судьи, так как судья обязан следовать только закону и праву.

«Законная сила» служит двум элементам справедливости – «правильное» применение права в конкретных случаях и правовая безопасность. Соразмерное выравнивание данных (частично противоположных) позиций должно стать целью деятельности судебной системы.

В заключение хотелось бы привести цитату из решения Федерального Конституционного суда ФРГ³: «Функция законной силы судебного решения заключается в том, чтобы путем правовой устойчивости его содержания для участников спора и путем соблюдения решения публичной властью (государством) правовая ситуация стала ясна и таким образом служила правовому миру (умиротворяющая функция решения суда. *Прим. Автора*) между участниками спора и, в частности, способствовала ориентации на эту правовую ситуацию».

Если судебная система допускает преодоление законной силы судебного акта, на которую полагался и которой доверился налогоплательщик, то при изменении решения суда в любом случае должны быть учтены его интересы как «слабой стороны» публично-правовых отношений, в том числе налогового правоотношения.

ФИНАНСОВО-ПРАВОВЫЕ СТИМУЛЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ОСОБЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЗОНАХ (НА ПРИМЕРЕ ТВЗ «ТОМСК»)

Безикова Екатерина Витальевна

В реалиях сегодняшнего дня все более актуальным становится вопрос о степени развитости особых экономических зон в регионах. Проблемы, возникшие в российском праве, ставят перед регионами задачи изменения существующей системы, характеризующиеся созданием стабильного интереса к деятельности ОЭЗ, переходом на новый этап инновационный развития.

Инновационная деятельность – вид деятельности, связанный с трансформацией научных разработок, исследований, новшеств и иных научно-теоретических

¹ См.: Параграф 126 Финансового процессуального кодекса ФРГ (Finanzgerichtsordnung, FGO); абзац третий п. 2: «Если кассация успешна [по содержанию. *Прим. Автора*], Высший финансовый суд вправе... отменить оспариваемое судебное решение и направить дело назад [в суд первой инстанции, т. е. в финансовый суд земли. *Прим. Автора*] с целью иного рассмотрения и принятия решения. Абзац пятый: «Суд, в который возвращено дело с целью иного рассмотрения и принятия решения, должен при вынесении решения руководствоваться правовой аргументацией Высшего финансового суда ФРГ».

² См.: Типке/Крузе. Комментарий к Закону о налогах и сборах (АО) и к Финансовому процессуальному кодексу (FGO) (по состоянию 2005 г.); § 126 FGO, абзац 61; Seer in: Tipke/Kruse, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung (Stand: 2005), § 126 FGO, Rn. 61.

³ Постановление ФКС ФРГ от 31 янв. 1978 г., 2 BvL 8/77 (BVerfGE 47, 146, 165) // Официальное собрание решений ФКС ФРГ. Т. 47. С. 146, 165.

достижений в новый или усовершенствованный продукт, процесс, используемый в практической жизни. Научные идеи позволяют повысить эффективность отбора перспективных проектов и сконцентрировать инвестиционные ресурсы на главных направлениях развития особых экономических зон.

Для осуществления такой возможности необходимо изучить, разработать, обозначить и сформулировать систему непротиворечивых финансово-правовых стимулов данного направления и гарантировать неизменность установленных государством правил ведения бизнеса на заранее установленный срок.

Таковыми стимулами модернизации являются 1) фискальные льготы, связанные с налоговым стимулированием; 2) специальный льготный субсидиарный режим; 3) гарантии от неблагоприятного изменения законодательства о налогах и сборах; 4) бюджетные ассигнования; 5) эффективный доступ к финансовым ресурсам; 6) инвестиционный налоговый кредит.

Рассмотрим указанные выше преимущества более детально. Предприятиям, действующим на территории ОЭЗ, для извлечения максимальной выгоды от своего местонахождения необходимо получить статус резидента зоны, заключив с органами управления ОЭЗ Соглашение о ведении деятельности на территории ОЭЗ. Для резидентов ТВЗ минимальная сумма вложений не установлена.

Предоставление резидентам *налоговых льгот* регламентируется ФЗ от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации», Налоговым кодексом РФ, устанавливающим ряд особенностей, законами субъектов РФ. В п. 1 ст. 284 НК РФ для резидентов ОЭЗ закреплена пониженная налоговая ставка налога на прибыль, подлежащего зачислению в региональный бюджет, но не ниже 13,5 %. Так, в соответствии с Законом Томской области¹ организациям ТВЗ «Томск» снижена ставка налога на прибыль до 13,5 %.

Налогоплательщики-резиденты ОЭЗ, имеющие движимое и недвижимое имущество, учитываемое на балансе в качестве объектов основных средств, не уплачивают налог на имущество организаций в течение 5 лет со дня постановки на учет имущества. В силу Закона Томской области от 11 июля 2008 г. № 145-ОЗ «О внесении изменения в статью 4 закона Томской области «О налоге на имущество организаций» для резидентов ОЭЗ Томской области увеличен срок освобождения от уплаты налога на имущество до 10 лет.

Согласно ФЗ от 3 июня 2006 г. № 75-ФЗ, п. 9 ст. 395 НК РФ, организации-резиденты ОЭЗ в отношении земельных участков, расположенных на территории особой экономической зоны, освобождены от уплаты земельного налога сроком на 5 лет с момента возникновения права собственности. Следует подчеркнуть, что льгота предоставляется только организациям. Таким образом, государство отдает приоритет существованию в ОЭЗ в основном крупных предприятий и среднего сектора бизнеса. Зачастую льготы предоставляются и по другим налогам, в частности освобождение от уплаты транспортного налога в ОЭЗ Томской области предусмотрено в течение 10 лет².

До замены единого социального налога страховыми взносами, уплачиваемыми работодателем в фонды, для налогоплательщиков были предусмотрены пониженные ставки ЕСН – 14 % вместо 26 %. По прогнозам на будущее в 2011 – 2012 гг. размер страховых взносов для резидентов ТВЗ составит 20,2 %, в 2013 – 2014 гг. – 27 %, а в 2015 г. все льготы будут отменены.

Территория ОЭЗ – это зона таможенного контроля. Резиденты ОЭЗ используют преференциальный таможенный режим для ввозимых и вывозимых товаров на территории ОЭЗ. При ввозе товаров в ОЭЗ НДС не уплачивается. При реализации товаров в ОЭЗ – ставка НДС 0 %. Акцизы уплачиваются в полном объеме при ввозе товаров в ОЭЗ, при вывозе подлежат возврату.

Льготные условия налогообложения инновационной деятельности предусмотрены также гл. 26.2 НК РФ «Упрощенная система налогообложения» и гл. 21 НК

¹ Закон Томской области от 13 марта 2006 г. № 30-ОЗ «О предоставлении льготы по налогу на прибыль организаций резидентам Особой экономической зоны технико-внедренческого типа» // Собрание законодательства Томской области. 2006. №3 (8).

² Закон Томской области от 4 окт. 2002 г. № 77-ОЗ «О транспортном налоге» // Официальные ведомости Государственной Думы Томской области. 2002. № 11(72).

РФ «Налог на добавленную стоимость». Налогоплательщики, применяющие УСН, при определении объекта налогообложения вправе уменьшать полученные доходы на такие расходы, как приобретение исключительных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, прав на использование интеллектуальной деятельности на основании лицензионного договора; патентование и (или) оплату правовых услуг по получению правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности; научные исследования и (или) опытно-конструкторские разработки и т. д. Указанные выше действия с 1 января 2008 года освобождены от уплаты НДС.

Анализ налогового стимулирования не позволяет утверждать, что эти льготы образуют особый налоговый режим. Скорее речь идет о том, что резидентам ОЭЗ предоставляются различные налоговые льготы по основным налогам, уплачиваемым в рамках общего режима налогообложения, при введении одного или нескольких специальных налоговых режимов, предусмотренных законодательством РФ.

Положительным моментом является то, что резиденты ОЭЗ освобождены от платы за присоединение к электрическим и инженерным сетям, снижена арендная плата за пользование земельными участками, средствами инфраструктуры особой экономической зоны. Существуют и такие стимулы, как, например, право выкупа на льготных условиях земли, на которой построены объекты резидента.

Как показывает опыт, в результате применения комплекса льгот норма прибыли в ОЭЗ составляет 30 %¹. Представители IT-бизнеса полагают, что дополнительные льготы (региональные) – это неплохо, однако не совсем то, что нужно будущим резидентам. «IT-компаниям нужны дешевые телекоммуникации и низкие налоги на фонд оплаты труда (ФОТ). А налоговый режим в России устроен так, что основная налоговая нагрузка связана именно с ФОТ», – говорит директор по развитию бизнеса НПО «Информация» Андрей Вакуленко. Сама идея создания ОЭЗ в России принадлежала именно IT-бизнесу и заключалась как раз в том, чтобы сконцентрировать высококвалифицированный персонал и получить преференции для конкурентной борьбы на внешнем рынке, прежде всего – по снижению себестоимости, в которой у IT до 80 % занимает оплата труда. Однако предлагаемые налоговые льготы не решают этих проблем².

Особенность правового режима предпринимательской деятельности проявляется еще и в *гарантиях*, которые предоставляются резиденту ОЭЗ. Например, гарантия от неблагоприятного изменения законодательства РФ о налогах и сборах (ст. 38 Федерального закона № 116-ФЗ), означающая, что законодательные акты РФ о налогах и сборах, законы субъектов Федерации о налогах и сборах, ухудшающие положение налогоплательщиков – резидентов ОЭЗ (за исключением законодательства, касающегося налогообложения подакцизных товаров), не применяется в отношении резидентов ОЭЗ в течение срока действия соглашения о ведении технико-внедренческой деятельности. Указанная норма способствует созданию оптимального инвестиционного климата на территории ОЭЗ.

Дополнительное преимущество, которое получают резиденты ОЭЗ, состоит в том, что согласно положениям федерального закона государство берёт на себя обязательство создать инфраструктуру особой экономической зоны: инженерную, транспортную и социальную. Источниками финансирования инфраструктуры станут бюджеты разного уровня. Но здесь встает вопрос, связанный с ограниченностью финансового и ресурсного потенциала и дифференциацией бюджетных возможностей региона. Ситуация также усугубляется сложившимся уровнем бюрократизации при проведении процедур подготовительного этапа создания зон, например, при подготовке проектных работ по инфраструктуре, при урегулировании вопросов, связанных с использованием иностранной рабочей силы и др.³

¹ Прец В.А. Особая экономическая зона ТВТ в Томске – первые шаги, проблемы и перспективы // Инновации. 2006. № 8.

² Белоусова А. Техничко-внедренческие особые экономические зоны в России, Мпф, 2007 // <http://pg.vavt.ru/works/5423F8C65>.

³ Прец В.А. Особая экономическая зона ТВТ в Томске – первые шаги, проблемы и перспективы // Инновации. 2006. № 8.

Необходимо отметить, что конкретные суммы средств, выделяемых для инфраструктуры из федерального, регионального и местного бюджетов, определяются в соглашении. Данное соглашение заключается после принятия решения о создании ОЭЗ между Правительством РФ, высшим органом исполнительной власти субъекта РФ, и исполнительно-распорядительным органом муниципального образования. Объем *бюджетных ассигнований* на создание объектов инфраструктуры ОЭЗ ТВТ «Томск» на период до 2010 г. составляет 402 млн руб.¹

Формирование и развитие ОЭЗ может реализоваться только в случае, если оно будет подкреплено соответствующим финансированием. В целях привлечения дополнительных финансовых ресурсов в проекты резидентом ОЭЗ разрабатывается *механизм взаимодействия с различными финансовыми структурами*: фондами, банками, венчурными компаниями. Первым результатом такого взаимодействия стало соглашение, заключенное между Федеральным агентством по управлению ОЭЗ и Фондом содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере о льготной процедуре выделения средств для финансирования проектов резидентов ОЭЗ². Запланировано, что часть программ в ОЭЗ будет финансироваться с привлечением средств Всемирного банка. В настоящее время финансовый кризис уже повлиял на реальную экономику России и существенно скорректировал предусмотренные ранее планы по распределению бюджетных средств. Серьезный удар был нанесен крупным российским банкам, в результате чего они резко сократили кредитование реального сектора экономики. Предприятия часто не в состоянии получить кредиты ни в России, ни за рубежом. А в современной экономике, тем более ориентированной на инновационную деятельность, работать без кредитов невозможно. В стратегической доктрине Томской области до 2020 г. указаны следующие основные проблемы в регионе:

- недостаток привлекательных объектов для инвестиций – предприятий, обладающих высоким потенциалом роста;
- низкая активность стратегических инвесторов вследствие недостаточной информированности об инвестиционных возможностях области;
- ограниченный доступ к кредитным ресурсам и другим инструментам долгового финансирования³.

Решением этих проблем становится *инвестиционный налоговый кредит* (ст. ст. 61, 66, 67 НК РФ). Инвестиционный налоговый кредит может быть предоставлен налогоплательщику при наличии осуществления внедренческой или инновационной деятельности, в том числе создание НКО, новых или совершенствование изменяемых технологий, создание новых видов сырья или материалов; выполнение организацией особо важного заказа по социально-экономическому развитию региона или предоставление ею особо важных услуг населению. Налоговый и инвестиционный налоговый кредиты являются формой бюджетного кредитования, т. е. займа бюджетных средств в целях уплаты налога, что вытекает из ст. 69 Бюджетного кодекса РФ и является законодательно предусмотренной формой долгового обязательства между бюджетом и юридическим лицом – налогоплательщиком⁴.

Необходимо выделить, что одним из существующих средств поддержки и реализации проектов предприятий ОЭЗ является *Инвестиционный фонд РФ* как государственный финансовый фонд Российской Федерации, предназначенный для софинансирования инвестиционных проектов. В рамках данного вопроса Инвестфонд интересует нас как платформа привлекательности для потенциальных инвесторов:

- Инвестор не возвращает деньги государству.
- Существует одна процедура для получения всего объема требуемых бюджетных ассигнований.

¹ По материалам сайта <http://tomsk.oao-oez.ru>.

² Гаврил Л.И., Зенкина З.В. Особые экономические зоны: проблемы становления и развития // Известия ТПУ. 2007. № 6.

³ Стратегия развития Томской области до 2020 года. Томск, 2007 // <http://strategia.tomsk.ru>.

⁴ Инвестиционный налоговый кредит как одна из форм выхода предприятий из финансового кризиса // Налоги и налогообложение. 2009. № 6.

- Правилами об Инвестфонде предусмотрено, что риски, связанные с участием в инвестиционном проекте, должны быть сбалансированы между государством и бизнесом.

- Инвестиционное соглашение в силу своей гражданско-правовой природы гарантирует исполнение сторонами своих обязательств по инвестиционному проекту.

- Инвестор получает финансирование, а государство – вложение дополнительных средств (инвестора) в отрасли.

- Существует возможность получать средства не только на инфраструктурные, институциональные, но и на инновационные проекты.

Одна из задач ОЭЗ – это привлечение в регионы долгосрочных прямых иностранных инвестиций. Финансовые учреждения относительно НИОКР и инновационных проектов зачастую не могут применять стандартные подходы, эффективные при вложении средств в традиционные отрасли экономики.

Выход из этого положения видится в создании инструментов *венчурного финансирования* инновационного потенциала бизнеса. Их механизм, обеспечивая осуществление высокорискованных предпринимательских проектов, в то же время путем прямого инвестирования предусматривает для инвестора долю в уставном капитале. Венчурное финансирование относится именно к инвестиционному рынку «длинных денег».

Общее количество венчурных фондов на сегодня в России приближается к 80. Причем активно действующих из них – не более 20. Совокупная капитализация действующих фондов составляет более 3 млрд. долл. Общий объем привлеченных фондами средств составляет от 3 до 5 млрд долл. США (для сравнения, в 2005 г. объем средств, находившихся под управлением европейских фондов, оценивался в 360 млрд долл. США, что составило около 3 % ВВП ЕС)¹. По оценке Министерства промышленности и науки РФ, доля высокотехнологичных проектов, являющихся объектами инвестирования, составляет всего около 5 % (за рубежом – порядка 30 %). Помимо роста количества фондов и их совокупной капитализации можно наблюдать и изменение структуры инвестиций: по сравнению с докризисным периодом наблюдается рост инвестиций в сферу услуг и высокотехнологичные проекты. Тем не менее на сегодняшний день объем венчурного инвестирования абсолютно не соответствует потенциалу страны, в частности, по уровню развития человеческого капитала. Среди основных проблем, с которыми сталкиваются венчурные фонды в России, можно выделить:

- проблема «длинных» денег – дороговизна заемных средств и трудность реализации длительных (свыше семи лет) инвестиционных проектов;

- ограниченность в выборе источников финансирования;

- неспособность, а часто и сознательное нежелание руководства российских компаний производить аудит, внедрять современную методологию корпоративного управления и отчетности;

- непрозрачность структуры собственности российских компаний;

- ситуация, при которой цели бухгалтерского учета для предоставления его результатов в государственные органы (т. е. «оптимизация» налогообложения) и потенциальному инвестору полярно различаются;

- отсутствие институциональных инвесторов, готовых осуществлять диверсифицированные инвестиции на значительный срок (в США среди основных акционеров венчурных фондов – пенсионные фонды и фонды страховых компаний);

- недостаточная информированность разработчиков, малых и средних фирм о работе венчурных фондов;

- несовершенство законодательной базы;

- относительно неблагоприятный инвестиционный климат;

- дефицит профессионалов в области инновационного менеджмента².

¹ По данным сайта <http://www.rvca.ru>.

² Гулькин П.Г., Терехина Т.А.. Оценка стоимости и ценообразование в венчурном инвестировании и при выходе на рынок IPO. СПб. : ООО «Аналитический центр «Альпари СПб», 2002.

На сегодняшний день в Томске действует ООО «Томский центр венчурных инвестиций» (ТЦВИ), основанный в сентябре 2006 г. С предприятиями, получившими инвестиции из венчурных фондов при поддержке компании, заключается инвестиционное соглашение, в соответствии с которым цена услуг ТЦВИ по подготовке и сопровождению проектов включается в бюджетную стоимость проекта. Кроме того, ТЦВИ является официальным представителем «Регионального венчурного фонда инвестиций в малые предприятия в научно-технической сфере Томской области».

В конце октября 2009 г. Российская венчурная компания совместно с фондом содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере (фонд Бортника) организовали Фонд посевных инвестиций РВК с объемом капитализации 2 млрд. руб.¹ Фонд финансирует инновационные компании, чья деятельность соответствует приоритетным направлениям развития науки, технологий и техники РФ на условиях 25 %-го участия частного капитала.

В полномочии Венчурного партнера входят поиск, подготовка и представление проектов на Инвестиционный комитет фонда, а также осуществление постинвестиционного сопровождения проектов в плане взаимодействия с венчурными специалистами Фонда и оказания профессиональной поддержки портфельным компаниям.

С 17 февраля 2010 г. компания ЗАО «Управляющая компания Томский центр венчурных инвестиций» (г.Томск) стала аккредитованным венчурным партнером Фонда посевных инвестиций РВК. Инициатором ТЦВИ в качестве венчурного партнера выступил Томский государственный университет систем управления и радиоэлектроники².

Помимо венчурных фондов, существуют так называемые *бизнес-ангелы* – это частные инвесторы. В городе Томске официально существует «Клуб бизнес-ангелов Томской области». Для бизнес-ангелов предпочтительна стадия «стартап», будь то опытный образец или некие технологии. Как правило, бизнес-ангелы инвестируют в высокотехнологичные проекты, поскольку большинство этих людей имеют естественно-научное образование, они инвестируют в те отрасли, в которых они разбираются. Объем инвестиций колеблется от 20 до 200 тыс. долл. или евро, а доходность, которую они хотят видеть, – не менее 40 % годовых. Если говорить о классических процентах, то если из 10 венчурных проектов успешно реализовываются только 2, а у опытного бизнес-ангела этот процент значительно выше³. Инвестор привносит в проект не только и не столько финансы, сколько свои знания, умения, связи и видение перспектив, что очень важно. Как правило, бизнес-ангел принимает участие в управлении непосредственно проектом.

Стоит отметить, что инвесторы, связанные с высокотехнологичным производством, не спешат вкладывать средства в зоны. Объем предоставляемых льгот зарубежным инвесторам в России на порядок ниже тех, которые предоставляются компаниям-резидентам, например в Китае и Индии. Свою дестимулирующую роль играет *отсутствие специальных гарантий защиты инвестиций*. Поэтому иностранный инвестор часто прибегает к использованию общепризнанных механизмов защиты своих интересов. Одним из таких механизмов является страхование иностранных инвестиций. Применительно к странам-участникам особое значение придается Конвенции об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций, подписанной в Сеуле 11 октября 1985 г. и ратифицированной Россией в 1992 г.⁴ Международная многосторонняя система обеспечивает гарантии государственного и частного страхования. В связи с этим считаем необходимым *создать привлекательные условия страхования инвестиций* в России, опираясь на указанную конвенцию.

¹ По материалам сайта <http://www.rusventure.ru>.

² По материалам сайта <http://www.trvf.ru>.

³ По информации сайта <http://www.bishelp.ru>.

⁴ Постановление Верховного Совета РФ от 22.12.1992 г. № 4186-1 «О ратификации Конвенции об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 1. Ст. 22.

Анализ нормативно-правового регулирования деятельности ОЭЗ показал, что на сегодняшний день нет единого законодательного акта, отражающего общую концепцию развития ОЭЗ ТВТ в г. Томске. Каждый из рассмотренных законов и документов содержит ряд налоговых льгот, особенности регулирования деятельности резидентов данного вида ОЭЗ и прочее. Однако, несмотря на прописанные в законах об ОЭЗ преференций, возникает опасение, что зона не сможет работать на полную мощность и приносить ожидаемые результаты. Необходимо создать *общее правовое поле деятельности ОЭЗ в виде единого закона*, который обеспечит сочетание всех положительных моментов каждого из рассмотренных законодательных актов об ОЭЗ г. Томска, создаст условия для достижения взаимных интересов государства и бизнеса. Для стимулирования в особой зоне операций по глубокой переработке, увеличению доли российских затрат в себестоимости конечной продукции, можно использовать доказавший свою состоятельность опыт Калининградской и Магаданской ОЭЗ¹.

Необходимо решить на национальном уровне вопросы защиты интеллектуальной собственности и снижения себестоимости исследований, разработок.

Требуется создать соответствующие институциональные механизмы, в том числе формирующие систему стимулов для инвесторов, что устранил препятствия для привлечения частного капитала.

Реализация вышеперечисленных предложений позволит систематизировать деятельность резидентов ОЭЗ, в большей степени использовать преимущества межстрановой кооперации и интеграции в зонах². Применение рассматриваемых стимулов даст возможность адекватно реагировать на любые изменения конъюнктуры рынков, обеспечит эффективное создание и функционирование инноваций на основе интенсивного освоения новых научных знаний и оптимизации инвестиционных, финансовых, производственных процессов, образующих единый комплекс национальной инновационной системы.

ИНФОРМАЦИОННОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ НАЛОГОВОГО АДМИНИСТРИРОВАНИЯ НЕВЛАСТНЫМИ УЧАСТНИКАМИ НАЛОГОВЫХ ОТНОШЕНИЙ: МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Маслов Кирилл Владиславович

Налоговые отношения характеризуются тесным взаимодействием частных и публичных субъектов³. Основной массив значимой для налогового администрирования информации налоговые органы получают именно от невластных участников правоотношений.

Правовое регулирование в указанной сфере не ограничивается Налоговым кодексом РФ, а включает в себя значительное число подзаконных актов (принятых Правительством РФ, Министерством финансов РФ, Федеральной налоговой службой и ее правопреемниками)⁴.

¹ Павлов П.В. Сравнительная характеристика законодательного регулирования различных видов ОЭЗ в РФ // Правовой курьер. 2009. № 5.

² Павлов П.В. Сравнительная характеристика законодательного регулирования различных видов ОЭЗ в РФ // Правовой курьер. 2009. № 5.

³ См.: Балакина А.П. Частные и публичные субъекты в налоговом праве: вопросы взаимодействия // Налоги и налогообложение. 2005. № 2. С. 125–129.

⁴ См., напр.: Постановление Правительства РФ от 26.02.2004 № 110 «О совершенствовании процедур государственной регистрации и постановки на учет юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»; Приказ Минфина РФ от 13.04.2006 № 65н «Об утверждении формы налоговой декларации по транспортному налогу и порядка ее заполнения»; Приказ Минфина РФ № 20н, МНС РФ № ГБ-3-04/39 от 10.03.1999 «Об утверждении Положения о порядке проведения инвентаризации имущества налогоплательщиков при налоговой

Принимая во внимание формы, в которых происходит предоставление информации, а также источники правового регулирования, полагаем, что отношения по информационному обеспечению налогового администрирования невластными субъектами входят в предмет финансового права (и налогового права как его подотрасли).

Формы получения сведений от таких субъектов наиболее разнообразны: это постановка на налоговый учет, предоставление налоговой отчетности, истребование документов у налогоплательщика (налогового агента) и его контрагентов, банков, налоговые проверки; осмотр, допрос свидетелей; привлечение экспертов. Следует признать, что все предусмотренные НК РФ мероприятия налогового контроля по своему содержанию являются также способами получения информации, в первую очередь от участников налоговых правоотношений, не обладающих властными полномочиями. Потому модернизация правового регулирования взаимоотношений налоговой администрации и невластных участников налоговых отношений должна основываться на принципах как финансового, так и информационного права.

Гарантии предоставления информации налоговой администрации преследуют главную цель – обеспечение налоговой службы сведениями, необходимыми и достаточными для реализации возложенных на нее функций. Участие в информационном взаимодействии невластных субъектов обуславливает необходимость соблюдения баланса их интересов и интересов налоговых органов. Одной из стратегических задач налоговой службы является «снижение издержек бизнеса, связанных с налоговым администрированием»¹. Соответственно, гарантии передачи информации в налоговые органы невластными субъектами, наряду с обеспечением налогового администрирования необходимыми и достаточными сведениями, преследуют вторую равновеликую цель: минимизация издержек невластных субъектов при предоставлении ими информации налоговым органам.

Принципы минимально необходимого ограничения прав частных субъектов налогового права; экономической обоснованности (соразмерности ограничения экономических интересов); недопустимости злоупотребления правом относятся к основам российского налогового права².

Потому правовое регулирование отношений по получению информации налоговыми органами от невластных участников, помимо общих принципов информационного обмена: принцип реальной доступности информации, принцип сокращения количества транзакций, принцип обеспечения сохранности и достоверности информации, принцип полноты и своевременности предоставления информации, принцип равноправия форм документов, – должно быть основано на принципе минимизации издержек частных субъектов, который дополняет круг общих основ информационного обеспечения налогового администрирования.

При формулировании норм, описывающих получение информации налоговой службой от невластных субъектов, далеко не всегда принимается во внимание обеспечительная функция таких норм, цели и принципы их закрепления в законодательстве. Соответственно, подход к правовому регулированию в данной сфере должен быть модернизирован с учетом положения теории как финансового, так и информационного права.

Предметное изучение особенностей предоставления необходимой для налогового администрирования информации со стороны невластных участников налоговых отношений требует также определения круга таких участников.

проверке»; Приказ ФНС РФ от 25.08.2009 № ШТ-7-6/428@ «Об утверждении формата представления налоговых деклараций, бухгалтерской отчетности и иных документов, служащих основанием для исчисления и уплаты налогов и сборов, в электронном виде (на основе XML) (версия 5)».

¹ См.: О результатах и основных направлениях деятельности на 2009–2011 гг. Федеральной налоговой службы (из Доклада о результатах и основных направлениях деятельности на 2009–2011 гг. Министерства финансов РФ (Прил. 6) // Все о налогах. 2009. № 1. С. 4.

² См.: Винницкий Д.В. Основные проблемы теории российского налогового права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург. 2003.

Можно выделить следующие группы субъектов, обладающих собственными (специфическими) правами и обязанностями в информационных взаимоотношениях с налоговыми органами: 1) налогоплательщики (налоговые агенты); 2) лица, обладающие информацией о налогоплательщике (налоговом агенте, плательщике сборов) и обязанные: а) передавать ее в письменном виде по запросам налоговых органов; б) явиться в налоговый орган и сообщить ее в устной форме (свидетели); 3) банки; 4) эксперты; 5) субъекты, предоставляющие информацию, имеющую значение для учета налогоплательщиков.

Учитывая ограничение в объеме настоящей статьи, рассмотрим правовые гарантии информационного обеспечения налогового администрирования лицами, обладающими информацией о налогоплательщике (налоговом агенте, плательщике сборов).

Такие лица при реализации ими своих обязанностей, следующих из факта обладания ими информацией о налогоплательщике, могут выступать в отношениях с налоговыми органами в двух ипостасях. В первой – как обязанные предоставлять документы и сведения в письменном виде (их правовой статус в этом случае урегулирован статьями 93.1, 129.1 НК РФ). Во второй – как обязанные явиться в налоговый орган и устно сообщить имеющиеся сведения (т. е. свидетели, их правовой статус в этом случае урегулирован статьями 90, 128 НК РФ).

1. Анализ норм, регламентирующих предоставление информации о налогоплательщике в письменном виде, обнаруживает их неполное соответствие целям и принципам информационного обеспечения налогового администрирования.

Статья 93.1 НК РФ позволяет налоговым органам при проведении налоговой проверки требовать любые документы (информацию), касающуюся деятельности проверяемого налогоплательщика (налогового агента, плательщика), у лиц, которые ими располагают. Если же налоговая проверка не проводится, налоговый орган полномочен лишь истребовать информацию о конкретной сделке у лиц, имеющих такую информацию (п. 2 ст. 93 НК РФ).

Разделение законодателем истребуемых сведений на документы и информацию противоречит положениям теории информационного права и информационного законодательства, а также вносит неясность в правоприменение.

В силу п. 1 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» определяет информацию как любые сведения независимо от формы их представления. Документ же в силу ст. 1 Федерального закона от 29.12.1994 № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» представляет собой материальный объект с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи, изображения и (или) их сочетания, который имеет реквизиты, позволяющие его идентифицировать, и предназначен для передачи во времени и в пространстве в целях общественного использования и хранения. т. е. информация выступает более общим явлением по отношению к документу как одной из форм ее предоставления. Соответственно, употребление в ст. 93.1 термина «информация» в любом случае означает разрешение на истребование документов в качестве одной из ее форм. Упомянув же в тексте норм п.п. 1, 3–5 ст. 93.1 термин «документы» наряду с «информацией», законодатель искусственно противопоставляет эти два явления друг к другу, чем подталкивает правоприменителя к ошибочному выводу невозможности истребования документов в тех случаях, когда в Кодексе говорит лишь об истребовании информации. Например, к выводу о незаконности истребования документов о конкретной сделке вне рамок проведения налоговой проверки (поскольку в п. 2 ст. 93.1 Кодекса употреблен термин «информация», а не «документы») пришел ФАС Западно-Сибирского округа¹. Аналогичная позиция высказывается и учеными, толкующими нормы Кодекса².

Полагаем, запрет на истребование вне рамок проверки документов о конкретных сделках не соответствует целям обеспечения налоговых органов достоверной

¹ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.08.2008 № Ф04-3684/2008(6766-А75-14) по делу № А75-6149/2007 / Документ опубликован не был.

² См.: Красницкий В.А. Налоговый контроль в системе налогового администрирования : науч. изд. М. : Финансы и статистика, 2008. С. 57.

и необходимой информацией. При передаче в налоговые органы вместо документов пояснений, составленных на их основе, возрастает вероятность как искажения их содержания, так и неупоминания значимых для налогового контроля нюансов сделок. В результате разумное полномочие налогового органа по получению информации о конкретной сделке вне рамок налоговой проверки теряет всякий смысл. Потому представляется обоснованным заменить в п. 2 ст. 93.1 НК термин «информация» словом «документы».

Вместе с тем п. 2 ст. 93.1 НК РФ «не установил четких критериев видов истребуемых документов (информации)»¹. Цели минимизации расширительного толкования нормы и предотвращения возложения на подвластного субъекта обязанности по предоставлению чрезмерного объема документации требуют некоторого уточнения нормы. В этих целях более правильным представляется указание в п. 2 ст. 93.1 НК РФ на право должностного лица налогового органа истребовать «документы, оформляющие конкретную сделку» а не размытую «информацию относительно конкретной сделки».

Более того, использование в ст. 93.1 НК РФ термина «информация» (предполагающего возможность истребования не конкретных документов, а пояснений относительно деятельности налогоплательщика) не соответствует цели получения органами налогового администрирования достоверных сведений. По существу предоставление таких пояснений представляет собой форму участия свидетеля в налоговом процессе (дачу показаний в письменной форме). При этом на их получение не распространяются нормы, регулирующие процедуру получения свидетельских показаний (в частности, касающиеся предупреждения об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний), что влияет на их достоверность. Потому считаем правильным предусмотреть истребование по правилам ст. 93.1 НК РФ исключительно документов. Пояснения о деятельности налогоплательщика должны предоставляться третьими лицами в рамках ст. 90 НК РФ, определяющей участие в налоговом процессе свидетеля. В этих целях в ст. 90 НК РФ следует прописать порядок направления налоговым органом поручения о допросе свидетеля в налоговый орган по месту жительства последнего. Такой налоговый орган имеет возможность вызвать свидетеля и, удостоверив его личность, предупредив об уголовной ответственности, допросить с последующей передачей пояснений в заинтересованную инспекцию.

Правила же п. 3 ст. 93.1 НК РФ, закрепляющие необходимость для получения документов направлять поручение в налоговый орган по месту учета лица, располагающего такими документами, излишне затрудняют процедуру истребования и не соответствуют принципу сокращения транзакций при получении значимой для налогового администрирования информации. Привлечение к участию в истребовании документов налогового органа по месту учета налогоплательщика не создает дополнительных гарантий защиты прав последнего, поскольку такой налоговый орган не вправе оценивать законность и обоснованность поступившего поручения². При нахождении лица, располагающего документами, в одном субъекте федерации с налоговым органом, осуществляющим налоговый контроль, привлечение еще одной налоговой инспекции не ускорит, а наоборот, затянет процедуру получения документов.

В регулировании ответственности за непредставление документов о деятельности налогоплательщика существуют серьезные противоречия, которые способны нивелировать гарантирующий потенциал норм ст. 93.1 НК РФ.

Данная статья в п. 6 содержит прямое указание на применение за нарушение ее условий ответственности по ст. 129.1 НК РФ. П. 1 ст. 129.1 НК РФ предусматривает взывание штрафа в размере 1 000 руб. за «неправомерное несообщение (несвоевременное сообщение) лицом сведений, которые в соответствии с настоящим Кодексом это лицо должно сообщить налоговому органу, *при отсутствии*

¹ См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.01.2008 г. по делу № А26-1964/2007 / Документ опубликован не был.

² См.: порядок взаимодействия налоговых органов по выполнению поручений об истребовании документов, утв. Приказом ФНС России от 25.12.2006 г. № САЭ-3-06/892@ // БНАФОИВ. 2007. № 13.

признаков налогового правонарушения, предусмотренного статьей 126 настоящего Кодекса (выделено мной – К.М.)». Пункт 1 ст. 126 НК РФ устанавливает ответственность самого налогоплательщика за несообщение сведений налоговому органу, т. е. проблем в разграничении данных составов не возникает.

При этом п. 2 ст. 126 НК РФ предусматривает взыскание штрафа в размере 5000 руб. за «непредставление налоговому органу сведений о налогоплательщике, выразившееся в отказе организации предоставить имеющиеся у нее документы, предусмотренные настоящим Кодексом, со сведениями о налогоплательщике по запросу налогового органа, а равно иное уклонение от предоставления таких документов либо предоставление документов с заведомо недостоверными сведениями, если такое деяние не содержит признаков нарушения законодательства о налогах и сборах, предусмотренного ст. 135.1 настоящего Кодекса» (эта статья предусматривает специальную ответственность банков за непредставление справок о наличии счетов в банке и (или) об остатках денежных средств на счетах, выписок по операциям на счетах).

Очевидно, что описанные составы недостаточно разграничены между собой. Единственное различие усматривается в том, что п. 2 ст. 126 НК РФ ограничивает круг субъектов ответственности организациями, а значит, по ст. 129.1 должны нести ответственность исключительно физические лица (включая индивидуальных предпринимателей). Вместе с тем п. 6 ст. 93.1 Кодекса оснований для такого разграничения не дает.

В науке и правоприменительной практике также отсутствует единство мнений по поводу соотношения указанных составов правонарушений.

До появления ст. 93.1 НК РФ суды указывали на необходимость квалификации действий третьего лица, не сообщившего сведения об интересующем налоговый орган налогоплательщике, по п. 2 ст. 126 Кодекса¹.

Начиная с 2007 г. (когда ст. 93.1 НК РФ вступила в силу) практика судов кассационной и надзорной инстанций изменилась, хотя и налоговые органы, и нижестоящие арбитражные суды продолжают применять к таким нарушителям ответственность по п. 2 ст. 126 НК РФ².

Специалисты Минфина России в авторских изданиях также указывают на возможность привлечения к ответственности по п. 2 ст. 126 НК РФ организаций, которые не представили сведения по запросу налогового органа³.

Полагаем, описанное противоречие между нормами п. 2 ст. 126 и ст. 129.1 НК РФ будет устранено при изменении их содержания с учетом специализации, подтверждаемой «намеками» законодателя, которые приведены в п. 4 ст. 93 и п. 6 ст. 93.1 НК РФ.

Статья 126 Кодекса, по нашему мнению, должна предусматривать ответственность за непредставление необходимых для осуществления налогового контроля сведений исключительно самим налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом). В ст. же 129.1 Кодекса необходимо закрепить последствия непредставления сведений о налогоплательщике (налоговом агенте, плательщике сборов) третьими лицами без каких-либо отсылок к ст. 126 Кодекса.

2. Свидетелем является любое физическое лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для осуществления налогового контроля (п. 1 ст. 90 НК РФ). Таким образом, получение любых сведений о на-

¹ См., напр.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 17.03.2003 № 71 «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с применением отдельных положений части первой Налогового кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2003. № 5; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.01.2005 № А05-9703/04-20, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 01.02.2006 № Ф03-А73/05-2/4852; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.09.2008 № А13-3145/2007 / Документ опубликованы не были.

² См., напр.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 02.03.2009 № Ф04-623/2009(1322-А75-49) по делу № А75-3412/2008; Постановление ФАС Московского округа от 26.03.2009 N КА-А40/2089-09 по делу № А40-51270/08-116-120 / Документ опубликованы не были.

³ См.: Лермонтов Ю.М. Практический комментарий к части первой Налогового кодекса Российской Федерации. Просто о сложном / Документ опубликован не был.

логоплательщике (налоговом агенте, плательщике сборов) должно происходить с соблюдением процедуры, описанной в этой статье. Процедура включает: предупреждение свидетеля о налоговой ответственности за отказ от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний, закрепление свидетельских показаний протоколом (п.п. 1, 5 ст. 90 НК РФ). В случае болезни, старости, инвалидности свидетеля, а также по усмотрению должностного лица налогового органа показания могут быть получены по месту пребывания свидетеля (п. 4 ст. 90 Кодекса).

Следует отметить чрезвычайную лаконичность и неконкретность правил, закрепляющих участие свидетеля в налоговом администрировании, что негативно сказывается на количестве и качестве получаемой от свидетелей информации: показания свидетелей в настоящее время практически не используются в налоговых спорах¹.

По нашему мнению, препятствием в выполнении свидетельскими показаниями функции информационного обеспечения налогового администрирования являются именно дефекты правового регулирования.

Так, в п. 3 ст. 90 НК РФ прописано лишь одно право свидетеля: отказаться от дачи показаний по основаниям, предусмотренным законодательством РФ. Применение указанной нормы в налоговом администрировании вызывает проблемы, поскольку такие основания прописаны в законодательстве не единообразно.

АПК РФ в п. 6 ст. 56 позволяет не свидетельствовать «против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом». Ст. 14 Семейного кодекса РФ включает в такой круг родителей и детей, дедушек, бабушек и внуков, полнородных и неполнородных (имеющими общих отца или мать) братьев и сестер. КоАП РФ в примечании к ст. 25.6 и УПК РФ в п. 4 ст. 5 дополняют этот перечень усыновителями и усыновленными, при этом исключая из него неполнородных братьев и сестер.

Часть 4 ст. 69 ГПК РФ оговаривает дополнительно право отказаться от дачи свидетельских показаний для депутатов законодательных органов - в отношении сведений, ставших им известными в связи с исполнением депутатских полномочий, и уполномоченного по правам человека в Российской Федерации - в отношении сведений, ставших ему известными в связи с выполнением своих обязанностей. К какому из приведенных законодательных актов отсылает п. 3 ст. 90 НК РФ, вовсе не очевидно.

Исходя из описанных противоречий, очевидна необходимость замены бланкетной нормы п. 3 ст. 90 НК РФ на перечень лиц, имеющих право отказаться от дачи свидетельских показаний, который включал бы в себя всех вышеназванных субъектов.

Кроме того, перечень прав свидетеля должен быть дополнен по аналогии со ст. 25.6 КоАП РФ (исходя из схожей природы налогового и административного процесса²) возможностями: давать показания на родном языке или на языке, которым владеет свидетель; пользоваться бесплатной помощью переводчика; делать замечания по поводу правильности занесения его показаний в протокол.

Российское законодательство о налогах и сборах не поощряет свидетелей раскрывать известную им информацию о совершении налогоплательщиком правонарушения.

Более того, конструкция нормы ст. 128 НК РФ скорее способствует уклонению от добросовестного исполнения свидетелями своих обязанностей (по существу нивелируя цели информационного обеспечения налогового администрирования, которые преследует закрепление такой обязанности).

В данной статье содержится важное уточнение: ответственность за уклонение от явки без уважительных причин наступает для лица, вызываемого в качестве свидетеля только «по делу о налоговом правонарушении»³. При этом НК РФ не

¹ См.: Нагорная Э.Н. Налоговые споры: оценка доказательств в суде: науч. изд. М.: Юстицинформ, 2009. С. 213.

² См.: Сухов М.В. Налоговый правоприменительный процесс в механизме реализации налогового законодательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

³ См.: Зверева Е.А. Законодательные гарантии осуществления информационных прав и обязанностей субъектов предпринимательской деятельности по отношению к государственным органам (на примере налоговых органов) // Право и экономика. 2003. № 11. С. 37.

устанавливает момента, когда мероприятия налогового контроля становятся частью «дела о налоговом правонарушении» (иными словами, не определен момент возбуждения такого дела). Соответственно, свидетель может не явиться по вызову налогового органа, а впоследствии оспорить привлечение к ответственности, ссылаясь на отсутствие «дела о налоговом правонарушении» (или сведений о нем), по которому его можно было бы вызвать в инспекцию.

Полагаем, слова «по делу о налоговом правонарушении» должны быть исключены из ст. 128 НК РФ, поскольку, не являясь дополнительной гарантией прав ни одного из субъектов налоговых отношений, они лишь вносят неопределенность в законодательство.

Не является надлежащей гарантией добросовестного исполнения свидетелем своих обязанностей и размер предусмотренных ст. 128 НК РФ санкций: 1000 руб. за неявку (уклонение от явки) и 3000 руб. за неправомерный отказ от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний. В силу повышенной концентрации налогово-контрольных мероприятий на деятельности крупнейших налогоплательщиков, свидетелями во многих случаях могут выступать сотрудники коммерческих организаций, имеющие высокий доход. Потому представляется обоснованным повышение размера санкций по ст. 128 НК РФ, как минимум, в пять раз.

Таким образом, правовое регулирование информационного обеспечения налогового администрирования субъектами, не обладающими властными полномочиями, должно следовать двум равновеликим целям: обеспечение налогового администрирования необходимыми и достаточными сведениями и минимизация издержек невластных субъектов в процессе такого обеспечения.

Круг общих основ информационного обеспечения налогового администрирования (обеспечение реальной доступности, сохранности и достоверности информации, полноты и своевременности ее предоставления, сокращения количества транзакций, равноправия форм документов) при участии в нем невластных субъектов дополняется принципом минимизации издержек таких субъектов.

Анализ законодательства о налогах и сборах показывает, что нормы налогового права, описывающие получение информации налоговой службой от невластных субъектов, в большинстве случаев не следуют приведенным целям и принципам. Поэтому подход к правовому регулированию в данной сфере должен быть модернизирован с учетом положения теории как финансового, так и информационного права.

ОСОБЕННОСТИ БЮДЖЕТНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ ГЕРМАНИИ – ПОЛЕЗНЫЙ ОПЫТ ДЛЯ МОДЕРНИЗАЦИИ НАЛОГОВОГО ПРАВА РОССИИ

Пономарева Карина Александровна

Понятие бюджетного правонарушения является одним из спорных вопросов теории финансового права. Мнения исследователей противоправного поведения в сфере публичных финансов колеблются от полного отрицания финансовых правонарушений и рассмотрения их как вида административных проступков¹ до признания этой правовой категории в качестве одной из ключевых в теории бюджетно-правовой ответственности².

¹ См.: Бахрах Д.Н., Кролис Л.Ю. Административная ответственность и финансовые санкции // Журнал российского права. 1997. № 8.

² См.: Макарова Н.С. Виды и особенности применения бюджетно-правовых санкций за бюджетные правонарушения // Российский судья. 2004. № 6; Крохина Ю.А. Финансовое правонарушение: понятие, состав и санкции // Финансовое право. 2004. № 3; Емельянова Е.С. Бюджетное правонарушение и бюджетная ответственность: понятие и основные черты // Финансовое право. 2004. № 2.

Несмотря на интерес к институту бюджетно-правовой ответственности в отечественной юридической литературе, стоит отметить тот факт, что исследования в основном проводятся в рамках российского правового пространства без учета зарубежного опыта.

Между тем применение сравнительно-правового метода представляет интерес при анализе российских правовых институтов, в нашем случае – бюджетно-правовой ответственности. Так, изучение опыта Федеративной Республики Германии целесообразно с точки зрения возможного его использования в устройстве государственных финансов России. Эта страна является одним из ярких образцов межбюджетных отношений в федеративном государстве. Многие черты германского бюджетного права, например, внедрение элементов среднесрочного бюджетного планирования, укрепление системы финансовой поддержки субъектов федерации, обеспечение результативности и эффективности бюджетных расходов сегодня актуальны для российского бюджетного законодательства. Важным представляется исследование ответственности, в том числе в аспекте межбюджетных отношений. Опыт Германии интересен тем, что там межбюджетные отношения гораздо более децентрализованы, чем в России.

Для начала необходимо остановиться на более общих вопросах бюджетного устройства Германии. Финансовое и бюджетное право играют в академическом юридическом образовании Германии второстепенную роль; в то же время их практическое значение для политической и экономической системы ФРГ огромно. Конституционно-правовые предписания касательно мобилизации денежных средств, управления ими, эмиссии и других вопросов финансовой политики представляют собой выражение внутригосударственного разделения властей.

Финансовое конституционное право Германии в широком смысле – это «конституционное право государственных доходов и расходов»¹. При этом предмет бюджетного права ограничивается тем, что его нормы нацелены на регулирование в основном внутреннего финансового устройства публично-правового образования². К сфере бюджетного права относятся нормативные предписания о подготовке, утверждении, исполнении бюджета и контроле за его исполнением, публичном счетоводстве и публичной отчетности, а также об управлении имуществом и долгом публично-правового образования.

Высшую ступень в иерархии источников финансово-правовых норм ФРГ занимает раздел X Основного закона (ст. 104а–115). Он подразделяется на «финансовую конституцию» (ст. 104а–108) и «бюджетную конституцию» (ст. 109–115). К первой относят нормы, регулирующие распределение расходов между различными уровнями власти, и основные положения о компетенции в области публичных финансов, включая распределение финансовых средств и компетенции в налоговой сфере. К «бюджетной конституции» относят предписания о федеральном бюджетном хозяйстве, включая имущество и государственный долг, а также финансовый контроль. Связующим звеном между «финансовой» и «бюджетной» конституциями является ст. 109, которая устанавливает распределение бюджетных полномочий в федеративном государстве и регулирует общеэкономические обязанности федерации и земель. С 1 августа 2009 г. вступил в силу Закон о поправках в Основной закон (ст. 91с, 91d, 104b, 109, 109а, 115, 143d). Этим законом, помимо прочего, в Конституцию вводится ст. 109а, устанавливающая направления деятельности Стабилизационного совета и введение ранней предупредительной системы с целью избежания и устранения бедственного положения бюджетов федерации и земель.

Вопрос об ответственности в бюджетном праве важен для Германии в следующем аспекте. Немецкое федеративное государство в годы финансового кризиса столкнулось с новыми долгами. Размер долга федерации, земель, муниципальных образований и фондов социального страхования уже в 2007 г. достиг угрожающих 1,576 млрд евро. Главной причиной тому видятся запутанные финансовые

¹ Ялбуганов А.А., Егорова М.О. Основы бюджетного права и бюджетного устройства Германии // Реформы и право. 2007. №1.

² Heun W. Staatshaushalt und Staatsleitung. Das Haushaltsrecht im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes. Baden-Baden : Nomos, 1989. S. 274.

отношения между различными территориальными уровнями. В связи с этим выдвигается тезис о том, что финансовая стабильность государства зависит от собственной ответственности публично-территориальных образований по их обязательствам¹.

Публично-правовые образования находятся в трудном финансовом положении и должны консолидировать свои бюджеты. «Поскольку еще большее налоговое обременение должно так же мало приниматься к рассмотрению, как и увеличение размера государственного долга, остается только один путь – уменьшение государственных расходов и борьба с «публичным расточительством»². То, что эта борьба того стоит, подчеркивает и Федеральная Счетная палата, оценивающая направленные нецелевым образом публичные средства в миллионы. Вопрос о том, является ли эта борьба действенной с помощью средств бюджетно-правового воздействия, и будет предметом настоящего исследования.

В ходе федеративной реформы II была сделана попытка без оглядки на ответственность по обязательствам достичь бюджетной стабильности посредством централизованных сборов долгов с земель, что тем не менее уже готово натолкнуться на сопротивление (часть III). В части IV вместо этого была предложена федеративная реформа в направлении более централизованной ответственности должников и в части V – оценка относительно их стимулов.

Уже в 1992 г. Конституционный Суд ФРГ в своем решении «Финансовое выравнивание II» и в 2007 г. в решении «Федеральный бюджет 2004» постановил, что достаточное регулирование обращения с бедственным положением бюджетов отсутствует. Было озвучено, что федерации и землям необходимо срочно установить обязанности и процессуальные нормы, которые будут противостоять образованию бюджетных нужд и способствовать упразднению уже имеющихся. Такое регулирование было осуществлено на втором этапе административной реформы.

Применительно к юридической ответственности по бюджетному праву ФРГ следует отметить неоднородность терминологии, используемой в немецком законодательстве и литературе. Понятия «ответственность» и «обязанность» рассматриваются как весьма близкие по значению. Это объясняется влиянием гражданско-правовой науки, тесной связью бюджетного, административного и публично-обязательственного права.

В качестве аргумента для обоснования тезиса о внутреннем характере германского бюджетного права приводятся нормы § 3 Положения о федеральном бюджете от 19 августа 1969 г., согласно которым бюджетный план не может устанавливать, подтверждать, изменять или отменять притязания или обязанности граждан и иных третьих лиц. Таким образом, правовое действие бюджетного плана ограничивается установлением полномочий администрации осуществлять расходы и принимать на себя обязательства по осуществлению расходов будущих лет³. В практическом отношении внутренний характер бюджетного права имеет значение при определении круга адресатов бюджетных предписаний, которыми не могут являться граждане и иные третьи лица. Соответственно, исключается возможность подачи индивидуального судебного иска частным лицом. Однако бюджетно-правовые предписания могут быть предметом рассмотрения в порядке нормоконтроля, а также в ряде случаев допускаются бюджетно-правовые споры между различными органами публично-правового образования⁴.

Бюджетное право и публично-обязательственное право устанавливают два контрольных пункта финансового управления в разных масштабах: бюджетное право регулирует правовую самодисциплину государственных органов в интересах общности налогоплательщиков и получателей социальных благ; публичное

¹ См.: Konrad, K.A. (2007), Ein Ausweg aus der bundesstaatlichen Haftungsverflechtung, in: K.A. Konrad und B. Jochimsen (Hrsg.), Der Föderalstaat nach dem Berlin-Urteil. Peter Lang, Frankfurt am Main. S. 155.

² Coenen, Andreas: Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel // Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. S. 9.

³ Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284).

⁴ Ялбуганов А.А., Егорова М.О. Указ. соч.

обязательственное право контролирует административное управление в его воздействии на лиц, отвечающих по конкретным публичным обязательствам (налоговым, служебным и др.)¹.

Обязанность внутреннего согласования бюджетного и административного права означает, что эти отрасли права различаются по целям и адресатам, но в то же время не должны противоречить друг другу². Административное правоотношение регулирует обращенную к конкретному лицу основанную на правовой норме меру поведения. А установленный законом о бюджете бюджетный план, напротив, действует как акт высшей юридической силы, органично связывающий законодательную и исполнительную власти, устанавливающий или изменяющий правопредписания и обязанности.

Одной из важнейших особенностей ФРГ, одновременно обуславливающей ее близость к России, является наличие в ее политическом, экономическом и правовом пространстве принципа бюджетного федерализма. Для описания сглаживания межбюджетных вертикальных и горизонтальных дисбалансов используется понятие «финансовое выравнивание» (Finanzausgleich). Это понятие неоднозначно. В более широком смысле финансовое выравнивание подразумевает обеспечение каждого уровня власти финансовыми ресурсами, достаточными для осуществления поставленных задач. В этом случае к элементам финансового выравнивания относят распределение расходных и доходных полномочий, корректировку изначального налогового распределения. В более узком смысле финансовое выравнивание – это собственно корректировка первоначального распределения налоговых поступлений между бюджетами с целью выравнивания их финансового положения. Корректировка эта возможна как по вертикали, так и по горизонтали.

Основной идеей ст. 104а является принцип разграничения ответственности: расходы несет то публично-правовое образование, которое приняло решение об этих расходах. При этом неважно, кто осуществил индивидуальное регулирование, повлекшее затраты, или кто допустил расходы, т. е. кто был непосредственным исполнителем³.

Сложившаяся в ФРГ бюджетная система предполагает, что внутри каждого субъекта федерации существует собственная методика перераспределения ресурсов между бюджетами муниципальных образований. Обычно при составлении таких методик органы власти земель исходят в первую очередь из расходных потребностей муниципалитетов, принимая во внимание структуру региональной экономики.

В связи с этим бюджетное законодательство Германии большое внимание уделяет неразрывному соединению контроля с организацией бюджетного процесса на всех его стадиях, а равно и ответственности соответствующих субъектов бюджетного права при реализации ими своих полномочий. При этом внутри бюджетного права как отрасли выделяют две подсистемы – «парламентское бюджетное право» и «бюджетное право необходимых ассигнований». Последнее и регулирует институт ответственности, в частности в случаях сверхплановых и внеплановых расходов бюджета.

Законодательство Германии, как, впрочем, и России, не содержит формулировки бюджетно-правовой ответственности и говорит о нарушениях финансовой дисциплины, ответственности за нарушения бюджетных предписаний и т. д. Часто ответственность в бюджетном праве используется в позитивном смысле (имеется в виду разграничения ответственности между федерацией, землями и муниципальными образованиями, когда правонарушение в принципе отсутствует).

¹ Meysen, Thomas: Die Haftung aus Vefwaltungsrechtsverhältnis: zugleich ein Beitrag zur Figur des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses / Thomas Meysen. Berlin: Duncker und Humblot, 2000. S. 61.

² Kirchhof, Paul: Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle // NVwZ. Heft 9. 1983.

³ Kommentar zum Grundgesetz / Begr.von B. Schmidt-Bleibtreu und F. Klein; bearb. von H. Hoffmann und A. Hopfauf; Carl Heymanns Verlag GmbH: Köln; München. 11. Auflage. 2008. Ein Unternehmen von Wolters Kluwer Deutschland. S. 2168.

Субъектами бюджетно-правовой ответственности в Германии являются публично-правовые образования, а также юридические лица публичного права (государственные и муниципальные органы, учреждения и т. п.). Еще Германское гражданское уложение упоминает такой вид коллективных субъектов, как юридические лица публичного права. О последних говорит и § 55 Положения о федеральном бюджете: в случае получения такими юридическими лицами субсидий и иных трансфертов от федерации или земель они также подлежат проверке Счетной палатой Федерации или соответствующей земли¹.

Согласно ч. 5 ст. 104а Основного закона, федерация и земли несут взаимную ответственность за правильное управление публичными финансами. Расходы, которые несут федерация и земли на основании этой ответственности, считаются административными расходами, так что это правило в контексте ст. 104а включается в общие положения. По мнению профессора Хеннеке, «это тем более противоречило бы здравому смыслу, если бы земли могли переложить финансовые последствия своей ответственности на федерацию на основании исключения из положения о самостоятельном несении финансовой ответственности федерацией и землями (ч. 1 ст. 104а Основного закона)»².

Из-за двухступенчатого устройства государства распределение ответственности по ч. 5 ст. 104а Основного закона установлено только между федерацией и землями, но не непосредственно между федерацией и муниципальными образованиями. Так как Основной закон относит общины к ведению субъектов федерации, земли несут ответственность перед федерацией напрямую также за исполнение федеральных законов в округах, городах и общинах.

На практике земли несут ответственность за правильное исполнение федеральных законов. Органы власти земель принимают на основании ст. 84 и 85 Основного закона управленческие решения, которые для федерации в соответствии с ч. 2,3 ст. 104а имеют определенные финансовые последствия. Таким образом, регулирование ответственности ч. 5 ст. 104а имеет функцию обеспечения гарантий федерации и должно защитить от финансовых последствий неправильного исполнения законов органами власти земель.

После утверждения отчетности (*die Entlastung* – одна из центральных категорий немецкого бюджетного права) счетной комиссией, состоящей из членов Бундестага и Бундесрата, она поступает в федеральное Правительство. Заключение двух ветвей власти являются независимыми друг от друга. На основании указанной отчетности возникают публично-правовые требования³. Право и обязанность утверждения отчетности и порядок списания со счетов может быть оспорен в Конституционном суде ФРГ. Конституционно-правовой контроль между тем ограничен только рассмотрением споров о праве. В таком конституционно-правовом процессе правом обращения обладает министр финансов ФРГ.

Особый интерес вызывает в немецкой правовой науке вопрос о том, может ли финансовая конституция вообще быть основанием привлечения к ответственности посредством судебного разбирательства, т. е. сама процедура привлечения к ответственности. От этого зависит эффективность как бюджетного контроля, так и реализации ответственности, когда бюджетное правонарушение уже произошло.

Долгое время в бюджетном праве Германии имела место позиция об ограниченной возможности процессуального применения финансовой конституции. Правотворческая компетенция полностью отдавалась на волю законодательных органов, но не правоприменителя. Однако в последние годы Конституционный суд ФРГ рассматривает нормы финансовой конституции чаще в процессуальном аспекте, как гарантии функционирования материальных норм бюджетного права. Вопрос «санации» публичных финансов – один из самых важных для бюджетного права современной Германии. А вопрос оздоровления публичных финан-

¹ Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284).

² Kommentar zum Grundgesetz / Begr. von H. Mangoldt; Fortgef. von F. Klein; Hrsg. C. Starck. München: Verlag Franz Vahlen. 8. Auflage. 2008. S. 2178.

³ Kommentar zum Grundgesetz / Begr. von H. Mangoldt; Fortgef. von F. Klein; Hrsg. C. Starck. München: Verlag Franz Vahlen. 8. Auflage. 2008. S. 573.

сов – это в первую очередь вопрос процессуальных отношений в сфере регулирования ответственности за бюджетные правонарушения.

Сущность ответственности не должна быть слишком узкой, чтобы о ней уже вообще нельзя было бы говорить; ее границы в то же время не должны быть настолько широкими, чтобы законом были установлены только процессуальные нормы. О сути ответственности высказался Высший административный суд ФРГ¹. Здесь прежде всего должно быть многообразие возможных вариантов принятия решений (ответственность за виновное правонарушение или просто за неисполнение обязанности; дифференциация форм вины; обязанность полного возмещения вреда или возможность регрессного требования к нарушителю).

Ответственность за бюджетные правонарушения присутствует не только на национальном уровне, но и также между Европейским Союзом и странами – его членами, в нашем случае – Германией. В немецкой юридической литературе высказываются конкретные предложения по совершенствованию института финансовой ответственности².

Требования ЕС о возмещении вреда могут возникать из-за нарушения законодательства как федерацией, так и землями. Во внешних отношениях ответственность несет Германия как член ЕС. Во внутренних же отношениях вследствие федеративного устройства ответственность должна распределяться по масштабу причиненного вреда между федерацией и ее субъектами. Это было бы целесообразно закрепить в ч.6 ст.104а Основного закона в следующей редакции: «По всем требованиям о возмещении ущерба вследствие нарушения финансового законодательства Федеративной Республикой Германии, которые должна удовлетворить или удовлетворила Федерация, отвечают федерация и земли в отношениях между собой, а также земли, если вред был причинен ими. В таких же границах они несут финансовые санкции, установленные ЕС».

Указанные предложения выражают основные идеи проводящейся в Германии реформы федеративных отношений: на сегодняшний день в случае международных финансовых обязательств Германии федерация и земли несут финансово-правовую ответственность перед ЕС в соотношении 15 % к 85 %.

Вышеназванные предложения основаны на следующих идеях:

1. Учитываются все требования, прежде всего о возмещении ущерба и обязательстве вследствие неосновательного обогащения.

2. Под финансовыми санкциями понимаются штрафы и иные подобные требования, вытекающие из противоправных действий Германии как члена ЕС.

3. Предпосылкой требования является то, что федерация в случае нарушения ею норм бюджетного законодательства несет финансово-правовую ответственность перед Евросоюзом.

4. Возмещен должен быть только вред по тем требованиям, которые обязана удовлетворить федерация.

5. Это уполномочивает федерацию предъявить к землям регрессные требования. Если требование все еще существует, но еще не подлежит исполнению, по нему истек срок или существуют на то иные установленные Евросоюзом причины, наступает бюджетно-правовая ответственность земель.

6. Определение ответственности «избегает» установленного возмещения вреда и охватывает дальнейшие регрессные составы. Регрессное требование должно соответствовать многообразию финансовых санкций в отношении государства – члена ЕС.

Говоря об ответственности, необходимо остановиться на понятии финансовых санкций. Их суть состоит в принудительном воздействии на правонарушителей со стороны компетентных органов государства, причем данное воздействие предполагает итоговую оценку совершенного деяния. Двумя основными типами санкций являются штрафные и праввосстановительные. Санкции рассматрива-

¹ BVerwG DÖV 2007, 517 [518].

² Kichhof, Ferdinand: Vorschlag zur Haftung von Bund und Ländern für Fehlverhalten gegenüber der EU und zur binnenstaatlichen Aufteilung des EU-Kreditlimits / Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung. Berlin, 2004.

ются как в негативном, так и в позитивном аспекте, но в любом случае их функция заключается в обеспечении действия правовой нормы.

Механизмы поощрения и санкций, по мнению немецких исследователей, должны поддерживать бюджетную дисциплину. Речь идет, с одной стороны, о поощрении, которое применяется, если была изыскана возможность использовать предоставленные средства не полностью, а с другой стороны, о действенных санкциях, которые имеют место при бюджетных правонарушениях и всегда возмещают причиненный вред либо оказывают превентивное воздействие на возможные новые правонарушения.

Механизмы поощрения могли бы пойти на пользу учреждениям, которые не использовали выделенные им средства (например, сократили «ресурсные рамки»), отчего в свою очередь часть могла бы выплачиваться тому получателю бюджетных средств, который приложил усилия к улучшению использования средств. Механизмы санкций могли бы состоять в мерах, применяющихся к тем, кто должен нести ответственность за бюджетные правонарушения, при которых нужно было бы обдуманно подходить к вопросу мер ответственности. Санкции могут применяться к учреждениям, которые не удержались во вверенных им «ресурсных рамках».

Интерес представляет обсуждаемая в немецкой правовой науке проблема применения финансовой конституции при осуществлении правосудия¹. Конституционный суд ФРГ выступает против всех внешних попыток ограничить его компетенцию в сфере финансового права. Он также не принял в немецкое конституционное право международно-правовую категорию мягкого права². Согласно позиции КС ФРГ, финансово-правовые нормы образуют «несущую конструкцию порядка в федеративном государстве»³.

Статья 112 Основного закона ФРГ, по мнению авторов комментария к нему, предусматривает ответственность для Министра финансов⁴. Компетенция министра финансов ФРГ является исключением из правила, но не изолированным исключением, а связанным с компетенцией федерального Правительства. Последнее нарушает законодательство, если освободило министра финансов от процедуры ст. 112, т. е. были утверждены не предусмотренные бюджетом расходы, которые министр финансов должен был утверждать и утвердил, хотя имел возможность своевременно найти основу для этих расходов. Министр финансов в этом случае, как и по иным вопросам утверждения проекта бюджета, исполнения бюджета и в первую очередь утверждения непредусмотренных расходов, является «ответственным министром». Ответственность его возможна вплоть до того, что федеральное Правительство может отстранить министра финансов от утверждения непредусмотренных расходов, посредством чего принимается решение об отклонении этих расходов. Если же министр нарушает это предписание, в его действиях содержится уже нарушение финансовой конституции.

¹ Prokisch, Rainer. Die Justiziabilität der Finanzverfassung. Nomos. 1993. S. 82.

² Börskens, Christoph: Die Kontrolle der öffentlichen Haushalt- und Wirtschaftsführung // Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades doctor iuris (Dr. iur.) // vorgelegt vom Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena. S. 56.

³ BVerfGE 72, 330, 388.

⁴ Kommentar zum Grundgesetz / Begr. von H. Mangoldt; Fortgef. von F. Klein; Hrsg. C. Starck. München: Verlag Franz Vahlen. 8. Auflage. 2008. S. 2299.

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ.....	3
МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ, ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ	4
<i>Шафиров В.М.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ: ЧЕЛОВЕКОЦЕНТРИСТСКИЙ ПОДХОД	4
<i>Мартышин О.В.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ ПОЛИТИЧЕСКОЙ И ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ И ИДЕОЛОГИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	11
<i>Дробышевский С.А.</i> О КРИТЕРИЯХ ОЦЕНКИ НАУЧНЫХ ИДЕЙ В ЮРИСПРУДЕНЦИИ	12
<i>Чаба Варга.</i> ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ИЛИ ДИЛЕММА ИДЕАЛА: САДОВОДСТВО ПРОТИВ МЕХАНИЗАЦИИ.....	14
<i>Рудаков А.А.</i> ПРАВОВАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ И САМООРГАНИЗАЦИЯ ПРАВА	26
<i>Дорофеева Е.С.</i> ТЕОРИЯ МОДЕРНИЗАЦИИ В РУСЛЕ ИСТОРИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ	29
<i>Комова Н.Б.</i> ПОСТСОВЕТСКАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ И ИСТОРИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ	32
<i>Мордовцев А.Ю.</i> АПОЛОГИЯ КОНСЕРВАТИЗМА В СОВРЕМЕННОМ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОМ ПОЗНАНИИ	38
<i>Палеха Р.Р.</i> ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ И ПЕРСПЕКТИВЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА.....	43
<i>Ардашкин В.Д.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВА И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРИОД.....	47
<i>Петров А.А.</i> О СОВРЕМЕННОМ ПОНИМАНИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ СИЛЫ КАК КРИТЕРИИ ПОСТРОЕНИЯ ИЕРАРХИИ в ФОРМЕ ПРАВА.....	49
<i>Гааг Л.В.</i> ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ КАК НЕОБХОДИМОЕ УСЛОВИЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА.....	53
<i>Горбуль Ю.А.</i> ПРОБЛЕМЫ ПОНИМАНИЯ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УРОВНЕЙ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ.....	56
<i>Андреева О.А.</i> ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ В ПРАВЕ КАК МЕТОД МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ.....	59
<i>Дробышевский С.А., Протопопова Т.В.</i> ПРАВО НА ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО И ЕГО РЕАЛИЗАЦИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ.....	64
<i>Богунова О.В.</i> ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИИ (первая четверть XVIII в.).....	66
<i>Латушкин М.А.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАКОННОСТИ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО ПРИНУЖДЕНИЯ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ	72

<i>Бердникова С.А.</i> ОПЫТ ПЕРВЫХ ПАРЛАМЕНТСКИХ ВЫБОРОВ В ВОСТОЧНОСИБИРСКОЙ ДЕРЕВНЕ (1906–1907 гг.): К ПРОБЛЕМЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ В НАЧАЛЕ XX в.	80
<i>Приходько М.А.</i> МИНИСТЕРСКАЯ РЕФОРМА 1802–1811 гг. И МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА	85
<i>Тепляшин И.В.</i> ВЫСШЕЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В КОНТЕКСТЕ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ: ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ.....	89
<i>Михеева И.В.</i> ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ: ПРИОРИТЕТЫ МОДЕРНИЗАЦИИ в XIX – начале XX в.	92
<i>Скударнов А.С.</i> ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЕ УСМОТРЕНИЕ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ.....	99
<i>Крижус И.К.</i> ВВЕДЕНИЕ В ДЕЙСТВИЕ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ КАК ОДНО ИЗ УСЛОВИЙ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА	107
<i>Баранов А.В.</i> МЕСТО СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫХ НОРМ ПРАВА В ПРОЦЕССЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА	111
<i>Бабенко Н.А.</i> РАЗВИТИЕ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ОБЩЕСТВЕ.....	113
<i>Фастович Г.Г.</i> К ВОПРОСУ О КРИТЕРИЯХ ЭФФЕКТИВНОСТИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОГО МЕХАНИЗМА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	114
<i>Асташева Е.Д.</i> МЕТОДОЛОГИЯ ПОЗНАНИЯ ПРАВА В СВЕТЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ ОБ ИНТЕГРАЛЬНОМ ТИПЕ ПРАВОПОНИМАНИЯ	117
<i>Клочкова Ю.А.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА В КОНТЕКСТЕ ПРАВОВОЙ КОНВЕРГЕНЦИИ И ПРАВОВОЙ ДИВЕРГЕНЦИИ.....	120
<i>Пушкарев С.В.</i> ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ МОДЕЛИРОВАНИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРЕОДОЛЕНИЯ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ ПРОБЛЕМ МОДЕРНИЗАЦИИ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА.....	125
<i>Морозов Е.С.</i> К ВОПРОСУ ОБ ИДЕАЛЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ И СПОСОБАХ ЕГО МОДЕЛИРОВАНИЯ	131
<i>Поздняков М.</i> ДУХ ПРАВОВЫХ РЕФОРМ.....	136
<i>Соколов А.В.</i> ПРАВОПОНИМАНИЕ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ ТЕОРИИ ПРАВА	138
<i>Шельпякова Ю.В.</i> К ВОПРОСУ О НЕОБХОДИМОСТИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПОНЯТИЙ ПРИВИЛЕГИЙ И ЛЬГОТ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ПРАВЕ.....	145
<i>Игнатов А.Ю.</i> АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ЭТИЧЕСКИХ НОРМ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НЕКОТОРЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ПРОФЕССИЙ.....	149
<i>Лукина Ю.С.</i> НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРЕДЕЛОВ ЮРИДИЧЕСКОЙ СВОБОДЫ СУБЪЕКТОВ ПРАВА.....	150
<i>Кузьмин И.А.</i> РЕАЛИЗАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ОБЩЕМ КОНТЕКСТЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА: ПОПЫТКА СИСТЕМНОГО ОСМЫСЛЕНИЯ	154
<i>Мишутина Э.И.</i> ЦЕННОСТНЫЙ ПОДХОД К МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ.....	161

<i>Сабиров Э.Р.</i> ПРОБЛЕМА КАЗУАЛЬНОГО И НОРМАТИВНОГО ТОЛКОВАНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ	166
<i>Черняк Л.Ю.</i> ЭВОЛЮЦИЯ ТЕОРИЙ ЕДИНСТВА ГОСУДАРСТВЕННОГО СУВЕРЕНИТЕТА В ФЕДЕРАТИВНЫХ ГОСУДАРСТВАХ	170
МОДЕРНИЗАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО, АДМИНИСТРАТИВНОГО И МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА.....	177
<i>Княгинин К.Н.</i> НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ФЕДЕРАТИВНОГО УСТРОЙСТВА	177
<i>Козырин А.Н.</i> ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ ПРАВО: ЗАДАЧИ УЧЕБНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ.....	180
<i>Абдукаримова З.Т.</i> REGULATORY SIDE OF MAKING CHANGES, ADDITIONS TO THE REGULATIONS AND REPEAL OF OBSOLETE ACTS IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN.....	183
<i>Аксенович О.А.</i> К ВОПРОСУ О МОДЕРНИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ АКТОВ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА.....	185
<i>Безруков А.В.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ МЕХАНИЗМА РАЗГРАНИЧЕНИЯ КОМПЕТЕНЦИИ МЕЖДУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ И ЕЕ СУБЪЕКТАМИ.....	189
<i>Ванев О.Н., Менициков А.А.</i> РЕГИСТР МУНИЦИПАЛЬНЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ОДИН ИЗ ИНСТРУМЕНТОВ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА	192
<i>Жавнер А.В.</i> ОПТИМИЗАЦИЯ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПРЕДМЕТОВ ВЕДЕНИЯ И ПОЛНОМОЧИЙ МЕЖДУ ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ФАКТОР МОДЕРНИЗАЦИИ СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	200
<i>Гетьман Л.С.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЧАСТИ УСТАНОВЛЕНИЯ ЗАПРЕТА НА ВЫНОС ИЗБИРАТЕЛЬНОГО БЮЛЛЕТЕНЯ ИЗ ПОМЕЩЕНИЯ ДЛЯ ГОЛОСОВАНИЯ.....	204
<i>Кондрашев А.А.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В РАЗРЕЗЕ СУБЪЕКТОВ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ	208
<i>Мицкевич Л.А.</i> ТЕОРИЯ ДЕФЕКТНОСТИ АКТОВ В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ ГЕРМАНИИ И ЕЕ ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ РОССИИ.....	214
<i>Праскова С.В.</i> ИНИЦИАТИВА СОЗДАНИЯ, УПРАЗДНЕНИЯ, ПРЕОБРАЗОВАНИЯ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ, ИЗМЕНЕНИЯ ИХ ГРАНИЦ: ОПЫТ И НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ.....	220
<i>Семакина Ю.А.</i> ПОНЯТИЕ ПРИГРАНИЧНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА КАК ЭЛЕМЕНТА МОДЕРНИЗАЦИИ ОТРАСЛИ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА.....	226
<i>Сергеев Д.Б.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА: НА ПРИМЕРЕ РАЗВИТИЯ НАУЧНЫХ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О СТРУКТУРЕ МУНИЦИПАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ	233

<i>Старовойтова Е.И.</i> РАЗВИТИЕ КОНЦЕПЦИИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА: ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРЕЗУМПЦИИ КОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ	236
<i>Сулопаров А.В.</i> ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕПРАВОВОГО ПОНЯТИЯ ДОКУМЕНТА ДЛЯ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ	241
<i>Черкасов К.В.</i> НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ В ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНАХ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ НА МЕЖРЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ (УРОВНЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО ОКРУГА) В УСЛОВИЯХ ПРАВОВОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИИ	244
<i>Школяренко Е.А.</i> МИГРАЦИОННАЯ ПОЛИТИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ОДИН ИЗ ИНСТРУМЕНТОВ МОДЕРНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВА.....	246
<i>Зуева Ю.А.</i> ИНСТИТУТЫ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В МОДЕРНИЗИРУЮЩЕЙСЯ РОССИИ: НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	252
<i>Шулькина А.Л.</i> ИНСТИТУТ ПРЕЗИДЕНТСТВА В РОССИИ: ОСОБЕННОСТИ СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА.....	256
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СОВРЕМЕННОГО ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА КАК ФАКТОР МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ	260
<i>Долинская В.В.</i> АКЦИОНЕРНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ: СОСТОЯНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВА.....	260
<i>Шепель Т.В.</i> О НЕОБХОДИМОСТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ, В ТОМ ЧИСЛЕ О ВИНЕ	267
<i>Качур Н.Ф.</i> ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕЖИМА МАШИНО-МЕСТА В ПОДЗЕМНЫХ ПАРКОВКАХ В АСПЕКТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.....	272
<i>Шишмарева Т.П.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ПОНЯТИЯ КОНКУРСНОЙ МАССЫ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО ДОЛЖНИКА	277
<i>Кирилова Н.А.</i> СТАТУС ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ: НОВЕЛЛЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ.....	283
<i>Сорокина С.Я.</i> ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫЕ НОВЕЛЛЫ ПРИВАТИЗАЦИИ ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ В ОБЩЕЖИТИЯХ.....	289
<i>Лоренц Д.В.</i> ПОГАСИТЕЛЬНАЯ ДАВНОСТЬ: ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ИНСТИТУТА ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ.....	294
<i>Петрова Е.Н.</i> ВИНА КАК УСЛОВИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ УПРАВЛЯЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ: ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.....	296
<i>Гаврилов Е.В.</i> ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА ПРИМЕРЕ КОМПЕНСАЦИИ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ.....	299
<i>Коголовский И.Р.</i> ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВОВЫХ ФИКЦИЙ КАК СПОСОБ МОДЕРНИЗАЦИИ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА (НА ПРИМЕРЕ АРБИТРАЖНОПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РФ).....	304

<i>Чекмарева А.В.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ – ВАЖНЕЙШЕЕ УСЛОВИЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ	307
<i>Орлов С.В., Орлова К.А.</i> ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПЕРЕВОЗОК ГРУЗОВ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫМ ТРАНСПОРТОМ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	313
<i>Гарбар А.В.</i> СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ОСНОВНЫХ РАЗЛИЧИЙ ГК РФ И ГК РСФСР 1922 г. О СТРАХОВАНИИ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ.....	318
<i>Сидоренко К.С.</i> ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ ИЗ ОБСТАНОВКИ В ДОГОВОРАХ ПОСТАВКИ И РАЗОВЫХ СДЕЛКАХ КУПЛИ-ПРОДАЖИ В КОММЕРЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЯХ ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ	322
<i>Качур Н.Ф., Тарбагаева Е.Б.</i> НАПРАВЛЕННЫЙ ОТКАЗ ОТ НАСЛЕДСТВА: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ.....	328
<i>Яковенко И.В.</i> ПЕРСПЕКТИВЫ РЕШЕНИЯ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ СКИДОВ (ДИСКОНТОВ) ПО ГРАЖДАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РФ	332
<i>Политахин П.А.</i> МЕТОД ИССЛЕДОВАНИЯ СООТНОШЕНИЯ ЗЕМЕЛЬНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ПРИ РЕГУЛИРОВАНИИ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ.....	336
<i>Айзетуллова Н.А.</i> КАТЕГОРИЯ «ИНВЕСТИЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ» КАК ВАЖНЫЙ АСПЕКТ в ОБЛАСТИ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА	342
<i>Качур Ю.И.</i> УСЛОВИЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЛИЦ ПО ДОЛГАМ ДОЛЖНИКА НА ОСНОВАНИИ п. 4 ст. 10 ЗАКОНА О БАНКРОТСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ.....	344
<i>Кочелорова Е.С.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПОНЯТИЯ КОММЕРЧЕСКОГО ОБОЗНАЧЕНИЯ ПРЕДПРИЯТИЯ ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ	352
<i>Голик М.В.</i> ПРИМЕНЕНИЕ ЦЕССИИ КАК СПОСОБ МОДЕРНИЗАЦИИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ СДЕЛОК	356
<i>Бурносенко М.В.</i> ДОГОВОР АРЕНДЫ ЛЕСНОГО УЧАСТКА КАК МОДЕРНИЗАЦИЯ ДОГОВОРНОЙ ФОРМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЛЕСОВ.....	359
<i>Устюгова А.В.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ НЕЗАКЛЮЧЕННЫХ СДЕЛОК	364
<i>Сысоева О.В.</i> МОДЕРНИЗАЦИЯ ОСНОВАНИЙ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДЕЛОК, УСТАНОВЛЕННЫХ ЗАКОНОМ О БАНКРОТСТВЕ	366
<i>Осетрова И.В.</i> САМОВОЛЬНАЯ ПОСТРОЙКА: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ.....	373
<i>Решетникова О.М.</i> ПОЛНОМОЧИЯ СУДЕБНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЯ (В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА).....	377
<i>Тарбагаева Е.Б.</i> НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НОТАРИАТЕ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ.....	382

<i>Курочкин С.А.</i> ОБ ОБЩИХ ПОДХОДАХ К ОЦЕНКЕ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВОСУДИЯ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ.....	387
--	-----

**ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОПТИМИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ
КАК ОСНОВА МОДЕРНИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ 391**

<i>Клык Н.Л.</i> О РОЛИ МЕДИАЦИИ В РАЗВИТИИ РЫНОЧНЫХ НАЧАЛ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ.....	391
<i>Клык Н.Л.</i> О РОЛИ НАУКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В МОДЕРНИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ РОССИИ.....	395
<i>Серебрянников С.В.</i> О МОМЕНТЕ ИСПОЛНЕНИЯ ДЕНЕЖНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В АСПЕКТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ.....	400
<i>Росляков К.С.</i> ЗНАЧЕНИЕ ОФОРМЛЕНИЯ ИНСТИТУТА ДЕРИВАТИВОВ ДЛЯ РАЗВИТИЯ ЭКОНОМИКИ РОССИИ.....	405
<i>Максина Л.Е.</i> О ЗНАЧЕНИИ ИНСТИТУТА МИРОВОГО СОГЛАШЕНИЯ В АСПЕКТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ.....	407
<i>Шевченко Г.Н.</i> РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СЕЛЕКЦИОННЫХ ДОСТИЖЕНИЯХ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ.....	410
<i>Погодина Т.И.</i> УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЖИЛИЩНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СВЯЗИ С ПРИНЯТИЕМ ЖИЛИЩНОГО КОДЕКСА РФ.....	413

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ МОДЕРНИЗАЦИИ
ФИНАНСОВОГО ПРАВА
В ПОСТКРИЗИСНЫЙ ПЕРИОД..... 418**

<i>Демин А.В.</i> ПРИНЦИПЫ НАЛОГОВОГО ПРАВА И МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА: НОВЫЕ ПОДХОДЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ.....	418
<i>Ялбулганов А.А.</i> ПЛАТА ЗА НЕГАТИВНОЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ НА ОКРУЖАЮЩУЮ СРЕДУ КАК ГАРАНТИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВ ГРАЖДАН В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ.....	424
<i>Ильин А.В.</i> О ПРЕДЛОЖЕНИЯХ РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМЫ УХОДА ОТ НАЛОГОВОГО КОНТРОЛЯ И УКЛОНЕНИЯ ОТ УПЛАТЫ НАЛОГОВ «БРОШЕННЫМИ» ОРГАНИЗАЦИЯМИ.....	427
<i>Арбатская Ю.В.</i> ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗЕРВНОГО ФОНДА СУБЪЕКТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В КАЧЕСТВЕ АНТИКРИЗИСНОЙ МЕРЫ.....	429
<i>Бабин И.И.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СИСТЕМЫ ЭЛЕМЕНТОВ ЮРИДИЧЕСКОЙ КОНСТРУКЦИИ НАЛОГА В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ НАЛОГОВОЙ СИСТЕМЫ ОБЩЕСТВА.....	435
<i>Белоусов А.Л.</i> СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА БЮДЖЕТНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ.....	442
<i>Штефан Рекцигель .О</i> «ПРЕЦЕДЕНТЕ» С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ НЕМЕЦКОГО ЮРИСТА: ЗНАЧЕНИЕ ЗАКОННОЙ СИЛЫ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ДЛЯ НАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ В ГЕРМАНИИ.....	445

<i>Безикова Е.В.</i> ФИНАНСОВО-ПРАВОВЫЕ СТИМУЛЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ОСОБЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЗОНАХ (НА ПРИМЕРЕ ТВЗ «ТОМСК»).....	449
<i>Маслов К.В.</i> ИНФОРМАЦИОННОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ НАЛОГОВОГО АДМИНИСТРИРОВАНИЯ НЕВЛАСТНЫМИ УЧАСТНИКАМИ НАЛОГОВЫХ ОТНОШЕНИЙ: МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ.....	455
<i>Пономарева К.А.</i> ОСОБЕННОСТИ БЮДЖЕТНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ ГЕРМАНИИ – ПОЛЕЗНЫЙ ОПЫТ ДЛЯ МОДЕРНИЗАЦИИ НАЛОГОВОГО ПРАВА РОССИИ.....	461

Научное издание

**«ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ
ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ
СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО
ОБЩЕСТВА»**

Международная научная конференция
(г. Красноярск, 30 сентября – 1 октября 2010 г.)

Сборник докладов
В двух томах

Том первый

Редакторы:

И.Н. Байкина, А.А. Назимова, Т.М. Пыжик, Н.Ф. Ткачук

Дизайн обложки и макет Л.М. Живило

Компьютерная верстка: О.А. Кравченко, И.В. Манченкова

Подписано в печать 21.09.2011. Печать офсетная
Формат 70×100/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 38,7
Тираж 500 экз. Заказ 4938

ООО «Центр информации»
660079, г. Красноярск, ул. Свердловская, 17а
Тел/факс (391)233-70-92
E-mail: icentre@online.ru

Отпечатано полиграфическим центром
библиотечно-издательского комплекса
Сибирского федерального университета
660041 Красноярск, пр. Свободный, 82а
Тел/факс (391)249-74-81, 249-73-55
E-mail: print_sfu@mail.ru; <http://lib.sfu-kras.ru>